

Université de Montréal

**Des modes de coexistence du secret professionnel du juriste avec les autres droits  
fondamentaux et principes de justice fondamentale en droit canadien**

Par

Jie Zhu

Faculté des études supérieures et postdoctorales

Thèse présentée en vue de l'obtention du grade de docteur en droit (LL.D.), option générale

Novembre 2022

© Jie Zhu, 2022

Université de Montréal  
Faculté des études supérieures et postdoctorales

*Cette thèse intitulée*

**Des modes de coexistence du secret professionnel du juriste avec les autres droits  
fondamentaux et principes de justice fondamentale en droit canadien**

*Présentée par*

Jie Zhu

*a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes*

**Nicolas Vermeys**

Président-rapporteur

**Marie-Claude Rigaud**

Directrice de recherche

**Alain Roussy**

Membre du jury

**Louis-Philippe Lampron**

Examineur externe



## RÉSUMÉ

À l'intersection du droit de la preuve, du droit disciplinaire et des droits fondamentaux, le secret professionnel du juriste est à la fois un droit fondamental des justiciables, une obligation déontologique des professionnels de droit et un principe essentiel à l'administration de la justice. Cette dernière composante – touchant à l'équité de la procédure par laquelle les citoyens font valoir leurs droits devant les tribunaux – distingue le secret professionnel du juriste des autres secrets professionnels ou obligations de confidentialité reconnues aux membres d'autres ordres professionnels. Si le secret professionnel du juriste fait place à part tant aux yeux des membres de professions juridiques que des cours de justice, se pose la question de ses modes de coexistence avec d'autres intérêts concurrents, protégés par des droits et libertés tout aussi fondamentaux, au vu de la conception de non-hiérarchie ou d'égalité des droits constitutionnels que préconise la Cour suprême du Canada. La présente thèse s'intéresse à la coexistence concrète du secret professionnel du juriste avec d'autres intérêts concurrents et constate, dans le quotidien de la pratique, une approche de délimitation qui permet de modérer le discours officiel prônant une conception absolutiste du secret professionnel du juriste. Cette approche de délimitation se substitue à l'approche de pondération en procédant, non pas à une balance des inconvénients, mais plutôt en s'attendant à un examen minutieux, au cas par cas, de la portée d'une protection *a priori* absolue.

**Mots clés** : secret professionnel, avocat / notaire / juriste, conseiller juridique, droits et libertés

## ABSTRACT

At the intersection of the law of evidence, disciplinary law and fundamental rights, solicitor-client privilege is a fundamental right of litigants, an ethical obligation of legal professionals as well as an essential principle for the administration of justice. This last component – affecting the fairness of the procedure through which citizens assert their rightful claims before courts of law – serves as a distinguishing feature of the solicitor-client privilege, apart from general duties of confidentiality incumbent upon other professionals. If solicitor-client privilege attracts so high an esteem in the eyes of both legal professionals and justices, the question arises as to the coexistence thereof with other competing interests, protected by equally fundamental rights and freedoms, in view of the non-hierarchical or equality approach advocated by the Supreme Court of Canada. This thesis turns on the concrete coexistence of solicitor-client privilege with other competing interests and observes, in the daily practice, a delimitation approach which makes it possible to moderate the official discourse advocating an absolutist conception of secrecy. This limitation approach replaces the accommodation approach by carrying out, instead of a balancing of salutary vs deleterious effects, a case-by-case meticulous examination of the adequate scope to be conferred on an *a priori* absolute privilege.

**Keywords:** attorney-/lawyer-client privilege, legal advisor, attorney / lawyer, rights and liberties

## REMERCIEMENTS

Tous mes remerciements dédiés à ma directrice de recherche, l'honorable Marie-Claude Rigaud, pour ses remarques perspicaces, conseils avisés et soutien précieux tout au long de mon cheminement doctoral.

Un merci spécial :

- à mon père, à qui je dois l'initiation de ce projet;
- à Me France Houle, professeure et doyenne de la Faculté de droit, qui m'a honorée de sa confiance; et
- aux professeurs et collègues qui, de près ou de loin, de l'intérieur comme à l'extérieur de la Faculté, m'ont chacun(e) soutenue de sa manière.

Un clin d'œil, aussi, au cadet, qui a démontré de l'intérêt à ce projet ;-)

Une profonde gratitude, enfin, à ma grand-mère qui, jusqu'au haut du ciel, m'a guidée de sa lumière.

## TABLE DES MATIÈRES

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>1</b>
Question de recherche .....	8
Hypothèse de recherche .....	8
Cadre théorique et méthodologie .....	8
 <b>PARTIE I. PERSPECTIVE HISTORICO-JURIDIQUE : DU SECRET DES ORIGINES A LA CONSOLIDATION D'UN PRINCIPE CONSTITUTIONNEL .....</b>	 <b>12</b>
<b>A. Réflexions sur les justifications du secret professionnel et la genèse du concept .....</b>	<b>12</b>
<b>1. Genèse historique du concept .....</b>	<b>13</b>
1.1. De la théorie wigmoreienne de l'honneur.....	13
1.2. De l'origine fiduciaire du secret professionnel de l'avocat.....	20
1.3. De l'articulation du privilège avocat-client par les tribunaux britanniques.....	26
<b>2. Justifications modernes : au nom du respect de la dignité et de l'autonomie de la personne.....</b>	<b>30</b>
2.1. D'un intérêt de « caste » à l'intérêt de la justice .....	31
2.2. De l'intérêt de la justice à l'autonomie de la personne.....	36
2.2.1. Présomption d'innocence .....	37
2.2.2. Droit au silence.....	38
2.2.3. Protection contre l'auto-incrimination .....	40
2.2.4. Droit à l'avocat.....	43
2.2.5. Droit à la vie privée.....	47
<b>B. Évolution normative du secret professionnel du juriste en droit canadien .....</b>	<b>50</b>
1. Des communications simplement privilégiées.....	51
2. Du privilège générique au droit fondamental .....	55
3. Du droit fondamental au principe de justice fondamentale ? .....	68
<b>C. Conception « absolutiste » du secret professionnel du juriste en droit canadien ? .....</b>	<b>76</b>
 <b>PARTIE II. LA COEXISTENCE <i>IN ABSTRACTO</i> : L'EXERCICE DE CONCILIATION, UNE APPROCHE CONSACREE.....</b>	 <b>81</b>
<b>A. À l'aune de la pondération d'intérêts opposés.....</b>	<b>81</b>
<b>B. Levée du secret professionnel du juriste au nom d'un « intérêt plus grand » .....</b>	<b>82</b>
1. Droit à la vie et à la sécurité d'autrui .....	83
2. Droit à une défense pleine et entière.....	96
3. Découverte de la vérité par l'État dans l'exercice de ses pouvoirs de vérification (de conformité réglementaire) et d'enquête.....	109
3.1. Des principes directeurs de Lavalée (2002).....	110

3.2. Des suites de Lavalée (2002) : le secret professionnel de l'avocat vs. les demandes péremptoires de renseignements en matière fiscale .....	127
3.3. Des suites de Lavalée (2002) : le secret professionnel des juristes vs. la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement des activités terroristes .....	141
3.4. Des exceptions de divulgation justifiées par l'intérêt public .....	160
3.4.1. Devant le conseil de discipline .....	160
3.4.2. Vis-à-vis de l'OSSNR .....	164
4. Découverte de la vérité par le citoyen exerçant son droit d'accès à l'information .....	165
4.1. Dans le cadre des demandes d'accès à l'information .....	165
4.1.1. Du droit (statutaire) d'accès à l'information .....	166
4.1.2. Des refus de communication aux citoyens .....	168
4.1.3. Des refus de communication aux commissaires à l'accès et à la protection de la vie privée dans l'exercice de leur pouvoir de révision .....	174
4.2. En cas d'allégation d'abus de procédures ou de conduite répréhensible de l'État .....	182
5. Autres intérêts jugés « suffisamment importants » .....	194
5.1. Du privilège de l' « intérêt commun » .....	194
5.2. Du critère d'« absolue nécessité » .....	202
<b>C. Récapitulatif .....</b>	<b>207</b>
1. Secret professionnel du juriste : un privilège générique apprécié de façon générale et abstraite .....	207
2. Violation d'un autre droit ou principe de justice fondamental : une appréciation concrète .....	209
 <b>PARTIE III. LA COEXISTENCE <i>IN CONCRETO</i> : UNE DÉFINITION PLUS NUANCÉE DE LA PORTÉE DU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT .....</b>	<b>220</b>
<b>A. De la portée a priori de la protection .....</b>	<b>221</b>
1. De la simple existence d'une relation avocat-client, y compris les premières démarches .....	222
2. De la nature du mandat juridique ainsi que les services requis ou rendus .....	229
2.1. De l'existence d'un mandat d'ordre juridique .....	229
2.2. Des informations factuelles rattachées aux services juridiques requis ou rendus .....	232
3. De tout autre renseignement échangé dans le cadre de la relation professionnelle .....	236
3.1. Concernant un client .....	237
3.1.1. Le nom du client .....	240
3.1.2. L'identité de l'avocat .....	240
3.1.3. Les notes d'honoraires et autres registres de l'avocat .....	242
3.1.3.1. De la présomption de confidentialité .....	242
3.1.3.2. De la possibilité raisonnable de préjudice .....	245
3.1.4. Des communications non verbales .....	251
3.2. Qui n'est pas (déjà rendu) public .....	252
3.2.1. La divulgation par inadvertance .....	253
3.2.2. Le cercle du privilège .....	261
4. De la distinction entre « faits », « actions », « éléments matériels » et « communications » .....	267
<b>B. Du caractère non protégé des renseignements dont on autorise la divulgation .....</b>	<b>274</b>
1. De l'existence d'une renonciation au secret professionnel .....	274
1.1. Renonciation explicite .....	276
1.2. Renonciation implicite / tacite .....	278

1.2.1. Dans le cadre d'une poursuite civile ou administrative .....	280
1.2.1.1. Lors de l'audition au mérite.....	280
1.2.1.2. À l'étape de la communication préalable de la preuve .....	298
1.2.2. Dans le cadre d'une poursuite criminelle et pénale.....	301
1.2.3. Dans le cadre d'une poursuite disciplinaire.....	310
1.2.4. Dans le cadre d'une action collective .....	312
1.3. Renonciation partielle ou restreinte.....	314
1.4. Renonciation par procuration .....	317
1.4.1. Par l'avocat agissant au nom de son client.....	317
1.4.2. Par le représentant personnel ou la succession du <i>de cujus</i> .....	319
2. Des communications illégales .....	323
2.1. Conception traditionnelle de l'illégalité : exception de crime ou de fraude projetée.....	323
2.1.1. Des communications criminelles par elles-mêmes .....	326
2.1.2. Des communications faites dans le but de perpétrer un crime ou une fraude.....	326
2.2. Conception moderne .....	330
2.2.1. Abus de procédure.....	331
2.2.2. Preuve d'un (autre) droit .....	335
2.2.2.1. Retour sur l' « exception » relative à l'innocence d'un accusé.....	336
2.2.2.2. Faute disciplinaire.....	337
2.2.2.3. Faute civile (professionnelle).....	340
2.2.2.4. Au décès du détenteur du privilège.....	343
2.2.2.5. Des divulgations justifiées par un intérêt public impérieux .....	347
2.3. Une démarche de proportionnalité ? .....	348
3. D'une divulgation limitée des renseignements : l'application des différents filtres de confidentialité ....	350
3.1. L'élargage ou le caviardage .....	355
3.2. L'anonymisation ou la pseudonymisation.....	357
3.3. La dépersonnalisation .....	358
3.4. Le cas des renseignements non consignés.....	359
<b>C. En cas de doute sur la pertinence des renseignements privilégiés .....</b>	<b>360</b>
1. Du critère de nécessité .....	360
2. Du contrôle judiciaire de l'opportunité de la divulgation .....	362
2.1. Mise sous scellés des renseignements présumés confidentiels.....	362
2.2. Une audience entendue <i>in camera</i> et <i>ex parte</i> .....	366
<b>D. Récapitulatif .....</b>	<b>369</b>
1. Méthode abstraite vs méthode contextuelle : une opposition trompeuse .....	369
2. Interprétation libérale des circonstances étayant une renonciation implicite au secret professionnel pour faciliter la preuve d'un autre droit .....	372
3. Exception relative au crime ou à la fraude projetée : une renonciation implicite ... ..	374
4. Application plus nuancée de l' « exception » relative à la sécurité publique.....	374
5. Approche de pondération vs approche de délimitation.....	376
<b>CONCLUSION GENERALE .....</b>	<b>379</b>
<b>REFERENCES .....</b>	<b>391</b>

TABLE DE LA LÉGISLATION .....	<b>391</b>
<i>Textes canadiens (fédéraux et des autres provinces)</i> .....	391
<i>Textes québécois</i> .....	394
<i>Textes français</i> .....	395
<i>Textes anglais</i> .....	395
<i>Textes américains</i> .....	396
<i>Textes internationaux</i> .....	396
TABLE DES JUGEMENTS .....	<b>396</b>
<i>Jurisprudence de la Cour suprême du Canada</i> .....	396
<i>Jurisprudence québécoise</i> .....	404
<i>Jurisprudence fédérale et des autres provinces canadiennes de common law</i> .....	408
<i>Jurisprudence anglaise</i> .....	417
<i>Jurisprudence américaine</i> .....	419
<i>Autres décisions étrangères</i> .....	419
BIBLIOGRAPHIE .....	<b>419</b>
<i>Monographies et ouvrages collectifs</i> .....	419
<i>Articles de revue et études d'ouvrages collectifs</i> .....	426

## INTRODUCTION

L'actualité judiciaire relative à l'institution du privilège<sup>1</sup> va de pair avec ce que certains qualifient de « révolution » en droit de la preuve canadien. Un privilège, en droit de la preuve, désigne une (simple) exception à l'obligation générale de témoigner ou de produire en justice toute preuve pertinente aux questions à trancher<sup>2</sup>. À l'origine limitée aux cas spécifiquement prescrits par la loi ou traités dans la jurisprudence, l'application « ossifiée »<sup>3</sup> des différentes exceptions traditionnelles au droit de la preuve en *common law* a depuis évolué vers une méthode d'analyse raisonnée, fondée sur les principes<sup>4</sup>, que certains qualifient de « révolutionnaire »<sup>5</sup>. Cette nouvelle approche consiste à prôner une application flexible des principes généraux sous-tendant l'admissibilité ou l'exclusion des catégories de preuve (p. ex. ouï-dire<sup>6</sup>, preuve de propension<sup>7</sup>), plutôt que la reconnaissance (et l'application) de règles spécifiques d'admissibilité ou d'exclusion au cas par cas. Le tout est dorénavant chapeauté par un principe directeur qu'est la pondération de la valeur probante d'une preuve par rapport aux effets préjudiciables qui peuvent résulter de son utilisation<sup>8</sup>, notamment sur l'équité du procès ou la bonne administration de la justice. La distinction entre « règle » et « principe » juridique réside notamment dans leur degré de rattachement aux justifications qui en étayent l'application :

---

<sup>1</sup> Julien FOURNIER, « Les privilèges en droit de la preuve : un nécessaire retour aux sources », (2019) 53 *R.J.T.U.M.* 461 [ci-après « FOURNIER (2019) »].

<sup>2</sup> *R. c. Seaboyer*; *R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577, 609 [ci-après « *Seaboyer* (1991) »]; *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819, 835 et 836 [ci-après « *Graat* (1982) »].

<sup>3</sup> Daniella MURYNKA, « Give Me One Good Reason: The 'Principled Approach' in the Canadian Judicial Opinion », (2015) 40-2 *Queen's L.J.* 609, 610; voir aussi *Graat* (1982), préc., note 2, 835 : « (...) dans le concret, le droit de la preuve est embarrassé d'un grand nombre de règles encombrantes, assorties d'exclusions, d'exceptions à ces exclusions et d'exceptions aux exceptions. »

<sup>4</sup> *Id.*; Lisa DUFRAIMONT, « Realizing the Potential of the Principled Approach to Evidence », (2013) 39-1 *Queen's L.J.* 11 [ci-après « DUFRAIMONT (2013) »].

<sup>5</sup> Hamish STEWART, « Justice Frank Iacobucci and the Revolution in the common law of evidence », (2007) 57-2 *U. Toronto L.J.* 479 [ci-après « STEWART (2007) »]; Bruce P. ARCHIBALD, « The Canadian Hearsay Revolution: Is Half a Loaf Better Than No Loaf at All? », (1999-2000) 25 *Queen's L.J.* 1. Aussi John SOPINKA, Sidney N. LEDERMAN, Alan W. BRYANT et Michelle K. FUERST, *The Law of Evidence in Canada*, 5<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2018 aux pages 3 à 12, §1.1 à §1.36 [ci-après « SOPINKA, LEDERMAN ET BRYANT (2018) »].

<sup>6</sup> *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915.

<sup>7</sup> *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908.

<sup>8</sup> *Seaboyer* (1991), préc., note 2, 609; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443; *R. c. Grant*, 2015 CSC 9, [2015] 1 R.C.S. 475, par. 7. Aussi STEWART (2007), préc., note 5, 491 : « The Supreme Court's evidence revolution is best understood as an attempt to change the focus of decisions about the admission or exclusion of evidence from an exercise in rule application to an exercise in principled decision making. Specifically, the Court has endeavored to re-examine and restate the principles underlying the common law rules of evidence and has reoriented the trial judge's task away from applying strict rules and towards considering the effect of admission or exclusion on the trial process. As a necessary concomitant, the Court has revitalized and protected the trial judge's discretion to exclude evidence whose probative value is outweighed by its prejudicial effect (the 'discretionary exclusionary power'). »



Principles are bound up with and given content by the policies, values and rationales animating the law, while rules have a more attenuated relationship with the justifications behind the law. In other words, rules tend to be 'opaque' to their underlying justifications, while principles allow their justifications to shine through. Principles refer more or less directly to – indeed, they are often indistinguishable from – various values, interests, rights, policies and goals, (...) whereas rules, by contrast, usually just specify a course of action to be followed in a particular type of circumstance.<sup>9</sup>

Le secret professionnel (du juriste) ne fait pas exception. Le « privilège avocat-client » est en effet l'un des plus vieux privilèges reconnus en *common law*. Le concept du secret professionnel en tant qu'un privilège de non-divulgateion (en preuve) rattaché à la profession de l'avocat avait été élaboré dans les contentieux civils anglais impliquant des *barristers* et *solicitors*. Ces sources prétoriennees historiques ont depuis été importées au Canada pour servir de fond conceptuel aux développements ultérieurs du droit de la preuve tant en droit fédéral que dans les provinces de *common law* et accessoirement au Québec<sup>10</sup>. À l'origine une simple règle d'irrecevabilité dans le droit de la preuve, la nature de ce qui était alors un simple « privilège » des communications avocat-client a connu au fil des ans une mutation formelle jusqu'à devenir une règle de fond et principe de justice fondamentale à part entière. Cette approche évolutive se manifeste dans la manière dont les tribunaux conçoivent la portée de ce droit non seulement en tant qu'une règle d'application mécanique, mais plutôt comme un point de rencontre de valeurs, d'intérêts et de droits concurrents, sinon opposés.

Il y a plus d'un demi-siècle, M. Jean-Louis Baudouin, alors doctorant à la Faculté de droit de Paris, releva le caractère parcellaire des diverses manifestations du secret professionnel et du droit au secret en droit québécois, et la difficulté de les conceptualiser sous un dénominateur commun, autrement que comme une « idée très générale » de la protection devant la justice « d'une certaine partie de la vie privée de l'individu »<sup>11</sup>.

En l'absence de conflits, il n'y a point de privilège, dont la reconnaissance atteste de la coexistence de deux nécessités divergentes autour desquelles se cristallise une situation d'antagonisme<sup>12</sup>. Il y a, d'une part, l'impératif des tribunaux à la découverte de la vérité judiciaire et, par extension, le

---

<sup>9</sup> DUFRAIMONT (2013), préc., note 4, 21 [références omises].

<sup>10</sup> FOURNIER (2019), préc., note 1, 475-86.

<sup>11</sup> Jean-Louis BAUDOUIN, *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve. Étude de droit québécois comparé au droit français et à la common law*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965, p. 228, par. 309.

<sup>12</sup> Dominique PICARD et Marc EDMOND, « La notion de conflit », dans Dominique PICARD (dir.), *Les conflits relationnels*, Paris, Presses universitaires de France, 2015, p. 7.

droit des (autres) personnes à l'information. D'autre part, la préservation de certains intérêts individuels est jugée suffisamment importante pour l'emporter même sur l' « objectif ultime d'un procès [qui] doit être la recherche et la découverte de la vérité »<sup>13</sup>. Pour justifier et en quelque sorte asseoir ce traitement « privilégié » sur des bases plus solides, certains de ces intérêts individuels ont été hissés avec le temps au rang de droits constitutionnels, au même titre que le droit à un procès (équitable)<sup>14</sup> ou le droit à l'information présentant un intérêt important pour le public<sup>15</sup>.

De manière générale, la doctrine associe la reconnaissance d'un droit individuel à l'existence d'une liberté correspondante à agir de manière à ne pas nuire à autrui et à l'abri des pressions extérieures<sup>16</sup>. Ensemble, *droits et libertés* renvoient donc à cette marge d'autonomie que la société reconnaît à l'individu dans ses comportements, ses opinions et ses actions. Parce qu'elles font appel à l'intervention protectrice de l'État, les *libertés publiques* correspondent « aux droits de l'homme dont la reconnaissance et l'aménagement par l'État ont été insérés dans le droit positif »<sup>17</sup>. Elles voient d'une part, leur existence reconnue par la loi et, d'autre part, leur violation exécutive sanctionnée par la puissance judiciaire<sup>18</sup>. Au Canada, le législateur fédéral reconnaît dès 1960 un ensemble de droits et libertés « pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe »<sup>19</sup>. Cette protection législative s'ajoute aux

---

<sup>13</sup> *R. c. Nikolovski*, [1996] 3 R.C.S. 1197, par. 13. Voir aussi *Fédération autonome de l'enseignement c. Commission scolaire de Laval*, 2014 QCCA 591, par. 70, conf. par 2016 CSC 8, [2016] 1 R.C.S. 29.

<sup>14</sup> Reconnu à l'article 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.) [ci-après « Charte canadienne »], l'article 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44 [ci-après « Déclaration canadienne des droits »], et l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 [ci-après « Charte québécoise »].

<sup>15</sup> *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815, par. 36 [ci-après « *Criminal Lawyers' Association* (2010) »]; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1339 [ci-après « *Edmonton Journal* (1989) »].

<sup>16</sup> Cf. *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, art 4 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. » Voir notamment la thèse de Pauline GERVIER, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, thèse de doctorat, École doctorale de droit de l'Université de Bordeaux, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014 [ci-après « GERVIER (2014) »].

<sup>17</sup> GERVIER (2014), préc., note 16, p. 16. Voir aussi Jean RIVERO et Hugues MOUTOUH, *Libertés publiques*, 9<sup>e</sup> éd., t. 1, coll. « Thémis », Paris, P.U.F., 2003, p. 8.

<sup>18</sup> Jean MORANGE, *Les libertés publiques*, 8<sup>e</sup> éd., coll. « Que sais je? », Paris, P.U.F., 2007.

<sup>19</sup> *Déclaration canadienne des droits*, préc., note 14, art. 1.

différentes lois sur la protection des droits de la personne adoptées de temps à autres par différentes législatures provinciales<sup>20</sup> et le Parlement fédéral<sup>21</sup>.

Tant la *Déclaration canadienne des droits* que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ou les lois provinciales sur les droits de la personne constituent des lois ordinaires, œuvres du (seul) législateur. À un niveau supra-législatif, les *droits fondamentaux* réfèrent à « l'ensemble des droits et libertés reconnus aux personnes physiques comme aux personnes morales (de droit privé et de droit public) en vertu de la Constitution »<sup>22</sup>, de sorte qu'ils sont protégés non seulement contre un abus de pouvoir de l'exécutif mais aussi de la puissance législative. Comme le remarquent les constitutionnalistes Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet :

Le débat essentiel qu'il y a lieu d'entretenir au sujet des droits de la personne est un débat de forme, non un débat de substance. Il concerne la façon de donner vie juridique à ces valeurs de liberté, de justice et d'égalité. La question est de savoir s'il est préférable d'en faire des règles constitutionnelles supralégislatives ou s'il ne vaut pas mieux en faire des normes législatives programmatoires. Selon cette seconde hypothèse, il appartient aux parlements élus de dire ce que signifient la liberté, la justice et l'égalité. Suivant la première, ces notions sont plutôt enchâssées en termes généraux et abstraits dans des chartes constitutionnelles, de sorte qu'il appartient alors aux tribunaux de les définir ultimement. C'est là en effet la conséquence essentielle de la constitutionnalisation des droits de la personne : les chartes des droits ne font naître ni ne garantissent les droits de la personne, elles ne font que déplacer du politique vers le judiciaire le pouvoir de dire ultimement ce que ces droits signifient. (...) <sup>23</sup>

Au Canada, l'avènement de la Charte canadienne<sup>24</sup> a insufflé un vent nouveau à la protection des libertés et droits fondamentaux : leur opposabilité même au pouvoir législatif garantit une protection plus efficace par rapport aux droits et libertés opposables au simple pouvoir exécutif. Cet ancrage constitutionnel<sup>25</sup> ou avènement « d'une catégorie de droits et libertés qui s'imposent

---

<sup>20</sup> La Saskatchewan fait figure de pionnier à cet égard en adoptant dès 1947 le premier code provincial sur les droits de la personne : *An Act to protect Certain Civil Rights, 1947*, S.S. 1947, c. 35. Au Québec, la Charte québécoise date de 1975 : Charte québécoise, préc., note 14.

<sup>21</sup> *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6. Cette loi fédérale a une portée plus limitée en ce qu'elle vise à garantir une égalité d'accès à certains biens et services.

<sup>22</sup> GERVIER (2014), préc., note 16, p. 16 et 17 citant Louis FAVOREU, « L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires », *R.F.D.C.* 1990.581, 588. Voir aussi Nicole DUPLE, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 7<sup>e</sup> éd. revue et augmentée, Montréal, Wilson & Lafleur, 2018, à la page 517 et suiv. [ci-après « DUPLE (2018) »].

<sup>23</sup> Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., Yvon Blais, 2014, par. XII-1.2 [ci-après « BRUN, TREMBLAY et BROUILLET (2014) »].

<sup>24</sup> Charte canadienne, préc., note 14.

<sup>25</sup> cf. Henri OBERDOFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 6<sup>e</sup> éd., coll. « Manuels », Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2017.

au législateur constitue en effet l'évolution la plus marquante de la protection des droits et libertés des cinquante dernières années »<sup>26</sup>. Dans les mots de Nicole Duplé :

Dans un système juridique où la loi valide conditionnait le contenu et la portée de toutes les autres normes juridiques dans l'État, où le législateur était maître absolu du contenu de ses lois à la seule condition que celles-ci soient compatibles avec le partage constitutionnel des compétences, le citoyen était à la merci du législateur. La loi, pour autant qu'elle était valide, pouvait se révéler particulièrement injuste pour certains sujets de droit; elle n'en était pas moins légitime et applicable par les tribunaux.<sup>27</sup>

Les droits fondamentaux comprennent donc les droits et principes qui protègent « un intérêt considéré comme primordial de la personne »<sup>28</sup>. Leur conférer un caractère constitutionnel les émancipe, en quelque sorte, de la « tyrannie de la majorité » (parlementaire) pour attribuer désormais au pouvoir judiciaire un rôle beaucoup plus important dans l'examen de la portée et des limites de la protection au regard des valeurs constitutionnellement protégées. Comme nous le rappellent les auteurs Monahan, Shaw et Ryan :

... *Charter* adjudication and democratic values are not necessarily inconsistent. Democracy implies something more than simply majoritarian or popular rule. It requires a broadening of the opportunities for, and the scope of, collective deliberation and debate in a political community. Judicial review can reinforce democratic values by protecting existing opportunities and opening new avenues for democratic debate and dialogue.<sup>29</sup>

De ce qui précède, dans quelle mesure la mutation du secret professionnel d'une règle de preuve à un droit fondamental à part entière, aura-t-elle affecté sa teneur et son interaction avec d'autres droits fondamentaux ?

C'est d'abord l'étendue de la protection conférée à la zone de confidentialité rattachée à la relation professionnelle. Des deux approches possibles – substantielle ou procédurale –, le plus haut tribunal du pays retint depuis l'arrêt *Descôteaux* (1982)<sup>30</sup> la première consacrant l'existence d'un droit personnel et extrapatrimonial à la confidentialité. Cette reconnaissance donne ouverture à

---

<sup>26</sup> GERVIER (2014), préc., note 16, p. 18. Voir aussi Sébastien PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels dans l'ordre juridique français*, coll. « Thèses », Institut universitaire Varenne, 2008, p. 19 et 20 [ci-après « PLATON (2008) »]; Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, Annabelle PENA, Otto PFERSMANN, Joseph PINI, André ROUX, Guy SCOFFONI et Jérôme TREMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, 7<sup>e</sup> éd., coll. « Précis », Dalloz, 2015.

<sup>27</sup> DUPLÉ (2018), préc., note 22, à la page 543.

<sup>28</sup> GERVIER (2014), préc., note 16, p. 17 citant PLATON (2008), préc., note 26, p. 19 et 20. Voir aussi Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, édition étudiante, Toronto, Thomson Reuters, 2017, par. 34-1 (« Civil liberties encompass a broad range of values that support the freedom and dignity of the individual (...) »).

<sup>29</sup> Patrick J. MONAHAN, Byron SHAW et Padraic RYAN, *Constitutional Law*, 5<sup>e</sup> éd., Irwin Law, 2017, à la page 419. Sur cette question, voir aussi Peter W. HOGG, « The Charter Revolution: Is It Undemocratic? », (2002) 12-1 *Constitutional Forum* 1; BRUN, TREMBLAY et BROUILLET (2014), préc., note 23, par. XII-1.4.

<sup>30</sup> *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, 875 [ci-après « *Descôteaux* (1982) »].

réparation – comprenant tant les recours préventifs que curatifs<sup>31</sup> – en cas de non-respect du droit au secret professionnel, ce qui va au-delà d'un simple « privilège » (permission) de ne pas témoigner au procès à l'égard de points précis.

C'est aussi le statut, dans l'ordre constitutionnel canadien, du droit au respect du secret professionnel qui a été, au fil des ans, solidement enchâssé par divers instruments et prononcés jurisprudentiels.

Au Québec, dès le 28 juin 1976, l'entrée en vigueur de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec reconnaît le droit au respect du secret professionnel comme un droit fondamental de la personne, de nature quasi constitutionnelle<sup>32</sup>; qui plus est, sa protection doit être assurée d'office par le tribunal<sup>33</sup>. À l'occasion de la réforme du Code civil, le législateur québécois a derechef estimé nécessaire de préciser le devoir du tribunal de rejeter, même d'office, tout élément de preuve lorsqu'il s'avère que ce dernier ait été obtenu « dans des conditions qui portent atteinte [au droit au respect du secret professionnel] »<sup>34</sup>. À la différence des autres libertés et droits fondamentaux, il n'est pas nécessaire au tribunal d'apprécier la mesure dans laquelle l'utilisation de tels éléments de preuve serait susceptible (ou non) de déconsidérer l'administration de la justice<sup>35</sup>. Comme le précise par ailleurs la *Loi sur la justice administrative* du Québec,

---

<sup>31</sup> Comprenant une poursuite en dommages (par le client) ou en discipline (par le syndic de l'ordre professionnel) contre l'avocat qui communiquerait à d'autres une information confidentielle sans l'autorisation du client, ou encore une injonction prohibitive de divulgation contre un tiers qui en aurait pris connaissance par inadvertance : *Id.*, 871. S'y rattache la question connexe, quoique peu explorée, de la loi applicable en matière de droit international privé, laquelle est susceptible de varier suivant que le secret professionnel est considéré comme une règle de fond ou de procédure : Brandon KAIN, « Solicitor-Client Privilege and the Conflict of Laws », (2011) 90-2 *R. du B. can.* 243.

<sup>32</sup> En effet, quoique la Charte québécoise soit l'œuvre du législateur québécois et partant, une loi ordinaire *a priori*, la contravention à ses articles 1 à 38 est assujettie à une clause dérogatoire ou « nonobstant » (art. 52), d'utilisation politiquement difficile et coûteuse. Sur cette question : Pierre BOSSET et Michel COUTU, « Acte fondateur ou loi ordinaire? Le statut de la *Charte des droits et libertés de la personne* dans l'ordre juridique québécois », (2015) *R.Q.D.I.* 37; François CHEVRETTE, « Quasi-constitutionnalité ascendante et quasi-constitutionnalité descendante : réflexions sur deux "inventions" juridiques canadiennes », dans Brigitte LEFEBVRE (dir.) avec la collaboration de Sylvie BERTHOLD, *Mélanges Roger Comtois*, Montréal, Thémis, 2007, p. 165; plus généralement sur les lois quasi constitutionnelles, voir Vanessa MACDONNELL, « A Theory of Quasi-Constitutional Legislation », (2016) 53-2 *Osgoode Hall L.J.* 508; John HELIS, *Quasi-constitutional Laws of Canada*, Irwin Law, 2018.

<sup>33</sup> Charte québécoise, préc., note 14, art. 9.

<sup>34</sup> Art. 2858 *C.c.Q.*

<sup>35</sup> *Id.* Voir aussi 9139-4429 *Québec inc. c. Rosemère (Ville de)*, 2013 QCCA 496, par. 37 (« (...) On peut s'interroger sur la finalité d'une telle règle de fond (l'article 9 de la *Charte*) sanctionnée par une telle règle d'irrecevabilité (l'article 2858 *C.c.Q.*). Peut-être le législateur québécois souhaitait-il affirmer sa singularité par ce moyen. À première vue, il semble bien que l'une des implications nécessaires, sinon une conséquence littérale, de l'article 2858 *C.c.Q.* tel qu'il est rédigé est de conférer au secret professionnel un caractère prioritaire sur tous les autres droits fondamentaux, et d'imposer la chose de manière péremptoire. Il faudrait donc déduire de ce texte que, même lorsque la préservation du

« [I]’utilisation d’une preuve obtenue par la violation du droit au respect du secret professionnel est réputée déconsidérer l’administration de la justice »<sup>36</sup>.

À la différence de la Charte québécoise, la Charte canadienne n’enchâsse pas nommément le droit au secret professionnel au rang de droits constitutionnels protégés, et ce, bien qu’ « [i]l soit « établi depuis longtemps qu’il s’agit d’un principe de la plus haute importance pour l’administration de la justice »<sup>37</sup>. La Cour suprême du Canada n’a cependant pas tardé à l’assimiler à un principe de justice fondamentale du même ordre que le droit à une défense pleine et entière, tout en relevant que l’exercice de pondération habituel n’est pas particulièrement utile lorsque « l’intérêt en jeu est le secret professionnel de l’avocat – principe de justice fondamentale et droit civil de la plus haute importance en droit canadien »<sup>38</sup>.

C’est enfin la diversité des contextes susceptibles de donner lieu à la protection du secret professionnel, tant judiciaires qu’extrajudiciaires. Cette diversité apporte non seulement un raffinement bienvenu à la portée de cette notion, mais augmente par ailleurs les fréquences d’interaction, d’achoppement, de confrontation entre le secret professionnel (du juriste) et d’autres droits et intérêts que le plus haut tribunal du pays estime être de nature également fondamentale. La Cour suprême du Canada a en effet plusieurs fois réitéré le principe de la non-hiérarchie des droits garantis par les chartes, qu’il s’agisse de la liberté d’expression<sup>39</sup>, des droits au respect de la vie privée et à l’égalité<sup>40</sup>, voire du droit à l’assistance d’un avocat<sup>41</sup>, et ce, en désaveu exprès de la règle de *common law* traditionnelle qui privilégiait systématiquement certains droits au détriment d’autres, comme les droits des accusés à l’équité du procès. Il serait intéressant de nous attarder plus particulièrement sur le secret professionnel du juriste – celui de l’avocat et aussi du notaire – lequel, en dépit de son ancrage historique dans les traditions tant de droit civiliste que de *common law*, a connu un regain d’intérêt en jurisprudence canadienne au cours de la dernière décennie.

---

secret professionnel est de nature à déconsidérer l’administration de la justice, la sanction de la règle, soit l’irrecevabilité, doit être automatique et doit être prononcée d’office. » [ci-après « *Rosemère* (2013) »].

<sup>36</sup> *Loi sur la justice administrative*, L.R.Q., c. J-3, art. 11 *in fine*.

<sup>37</sup> *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, par. 35 [ci-après « *Smith c. Jones* (1999) »].

<sup>38</sup> *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général); White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général); R. c. Fink*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 36 [ci-après « *Lavallee* (2002) »]; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 455, par. 41 et 42 [ci-après « *McClure* (2001) »].

<sup>39</sup> *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835 [ci-après « *Dagenais* (1994) »].

<sup>40</sup> *M.(A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, par. 100 [ci-après « *Ryan* (1997) »]; *Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23, [2002] 1 R.C.S. 769, par. 51.

<sup>41</sup> *R. c. L.T.H.*, 2008 CSC 49, [2008] 2 R.C.S. 739, par. 98 [ci-après « *L.T.H.* (2008) » ].

## **Question de recherche**

De ce qui précède, quels seraient les modes de coexistence concrets entre le secret professionnel du juriste vis-à-vis d'autres droits fondamentaux ou principes de justice fondamentale ?

## **Hypothèse de recherche**

Notre hypothèse de recherche est la suivante :

Le principe directeur de la pondération consistant à soupeser la valeur probante d'un renseignement protégé par le secret professionnel par rapport à l'effet préjudiciable de son admission en preuve, serait inadéquat lorsqu'est concerné le droit au respect du secret professionnel du juriste.

Dans leur appréciation au cas par cas des circonstances où le secret professionnel du juriste est invoqué, les tribunaux québécois et canadiens tendent à y substituer un exercice de délimitation de la portée de cette protection consistant à se demander si les renseignements en question sont réellement privilégiés.

## **Cadre théorique et méthodologie**

Pour vérifier notre hypothèse, nous adopterons une démarche pragmatique d'analyse jurisprudentielle essentiellement québécoise et canadienne, en ce qu'elle permet d'apprécier la manière dont les principes généraux et critères formels auront été appliqués par les tribunaux dans la diversité des cas et impératifs d'espèce.

Tirant son origine de l'analyse de cas familière aux juristes de *common law*, l'approche pragmatique s'affilie à l'école sociologique du droit et du réalisme américain. Elle est associée, depuis la fin des années 1960, à un mouvement réformiste connu sous le nom d'« École de Bruxelles ». Cette École met l'accent « sur l'observation des nécessités de la pratique » en commençant par « l'étude de l'argumentation judiciaire et la réintroduction des principes généraux, des droits fondamentaux et des valeurs au sein du droit positif »<sup>42</sup>. Notre prémisse : « la

---

<sup>42</sup> Benoît FRYDMAN, « Le rapport du droit aux contextes selon l'approche pragmatique de l'École de Bruxelles », (2013) 70-1 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 92, DOI : 10.3917/riej.070.0092 [ci-après « FRYDMAN (2013) »]; voir aussi Benoît FRYDMAN, « Comment penser le droit global », dans Jean-Yves CHEROT et Benoît FRYDMAN (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 17.

vérité du droit est dans sa pratique. La règle de droit se révèle véritablement moins dans son concept ou dans sa formule que dans sa mise en œuvre et les effets que celle-ci produit. »<sup>43</sup>

Développée après la Seconde Guerre mondiale autour de la figure emblématique de Chaïm Perelman (1912–1984), philosophe et théoricien du droit belge<sup>44</sup>, l'approche pragmatique invite à repenser fondamentalement les rapports entre le droit posé et le droit appliqué, à la lumière des mutations contemporaines à l'échelle globale caractérisées par l'imprévisibilité, l'instabilité et l'incertitude ainsi qu'un besoin d'effectivité et de légitimité au-delà de la lettre de la loi ou des principes juridiques bien établis. Alors que les conséquences socio-économiques des révolutions industrielles appelaient, au tournant du XX<sup>e</sup> siècle, des réformes qui n'avaient été acquises qu'au prix d'intenses luttes sociales, l'approche pragmatique s'inscrit en porte-à-faux avec la théorie normativiste dominante de Hans Kelsen et la théorie analytique de Herbert Hart. Elle est axée sur l'œuvre des juges dans la résolution au cas par cas des problèmes que pose la logique juridique dans son application concrète, parfois controversée<sup>45</sup>.

La particularité de l'approche pragmatique est son intérêt porté sur le rapport du droit au contexte, dans les circonstances où l'application des principes généraux bien définis mène à des solutions concrètes nuancées ou fortement dépendantes de la trame factuelle et des éléments de preuve disponibles. Résolument orientées vers la pratique et l'ouverture, les recherches de l'École de Bruxelles mettent l'accent sur l'observation de la mise en œuvre effective des normes juridiques ainsi que sur les dynamiques normatives sous-jacentes aux transformations de la société. Les

---

<sup>43</sup> Benoît FRYDMAN, « Les défis du droit global », dans Caroline BRICTEUX et Benoît FRYDMAN (dir.), *Les défis du droit global*, coll. « Penser le Droit », Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 7, à la page 10 [ci-après « FRYDMAN (2018) »].

<sup>44</sup> Sur l'apport de Chaïm Perelman à la théorie (pragmatique) du droit, lire : Benoît FRYDMAN et Michel MEYER (dir.), *Chaïm Perelman (1912-2012). De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, coll. « L'Interrogation philosophique », Presses Universitaires de France, 2012; Stefan GOLTZBERG, *Chaïm Perelman. L'argumentation juridique*, coll. « Le Bien commun », Paris, Michalon, 2013; Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'Argumentation. La nouvelle rhétorique*, coll. « Logos », Paris, L.U.F., 1958.

<sup>45</sup> CENTRE PERELMAN DE PHILOSOPHIE DU DROIT, *L'École de Bruxelles*, en ligne : <[www.philodroit.be/-L-Ecole-de-Bruxelles-](http://www.philodroit.be/-L-Ecole-de-Bruxelles-)>. Outre Chaïm Perelman et Benoît Frydman, les travaux de Gregory Lewkowicz, d'Arnaud Van Waeyenberge et de David Restrepo Amariles, ont également contribué à l'approche pragmatique de l'École de Bruxelles : Gregory LEWKOWICZ et Arnaud VAN WAEYENBERGE, « L'École de Bruxelles : origines, méthodes et chantiers », dans Georges AZZARIA (dir.), *Les nouveaux chantiers de la doctrine juridique: actes des 4<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> Journées d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques*, Montréal, Yvon Blais, 2016, p. 355; Benoît FRYDMAN, Gregory LEWKOWICZ et Arnaud VAN WAEYENBERGE, « De la recherche à l'enseignement du droit global », dans Pascal ANCELET et Luc HEUSCHLING (dir.), *La transnationalisation de l'enseignement du droit*, coll. « Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université de Luxembourg », Bruxelles, Larcier, 2016, p. 241; David Restrepo AMARILES, « Legal indicators, global law and légal pluralism: an introduction », (2015) 47-1 *Journal Legal Pluralism & Unofficial Law* 9, DOI : 10.1080/07329113.2015.1046739.



méthodes d'analyse privilégient l'approche microjuridique des cas dans une perspective stratégique :

L'approche microjuridique ainsi conduite analyse, dans le contexte spécifique d'une situation donnée, comment les acteurs tentent stratégiquement de mobiliser les moyens disponibles au service de leur cause dans « la lutte pour le droit » qui, selon l'heureuse expression de Jhering, les oppose les uns aux autres. Cette lutte stratégique provoquée par le conflit des intérêts, produit la dynamique des normes, qui échappe cependant elle-même aux plans échafaudés par les acteurs.<sup>46</sup>

En ce qui nous concerne, nous nous limiterons à l'étude de la jurisprudence québécoise et canadienne en ce qu'elle constitue un excellent observatoire des tensions que vivent, en droit civil comme en *common law*, l'interrelation complexe et les modes de coexistence entre les droits et intérêts qui entrent en conflit. Cette méthode des cas, abordant les litiges à partir de situations concrètes, convient particulièrement à nos fins pour observer le droit en action et notamment dans les situations où le législateur laisse une grande marge de manœuvre aux tribunaux dans l'interprétation et l'application au cas par cas des principes comme l'impératif de conciliation, l'intérêt public, l'existence d'un préjudice ou d'alternatives raisonnables. Pour ce faire, la méthode pragmatique préconise « de considérer [l]es règles du point de vue d'un acteur opportuniste, soucieux avant tout de ses propres intérêts, qui cherche à éviter les contraintes que le droit lui impose et à profiter des avantages qu'il lui offre »<sup>47</sup>, et ce, en gardant à l'esprit les conséquences pratiques qui découlent d'une certaine manière d'appliquer, d'interpréter ou de poser les règles en vigueur sur les comportements des parties intéressées. La dynamique d'un procès s'avère un excellent observatoire mettant en scène les conflits d'intérêts et de valeurs qui traversent nos sociétés. À chaque fois, « [i]l s'agit de travailler à faits nouveaux, à situations nouvelles et souvent dans la perspective de la construction d'un droit nouveau »<sup>48</sup>.

(En date du 30 juillet 2019, il nous est possible de recenser sur SOQUIJ pas moins de 1 342 décisions indexées sous la rubrique « secret professionnel ». Parmi ces dernières, 963 l'ont été au cours des vingt dernières années (2000–2019). Outre les vingt-cinq (25) arrêts émanant de la Cour suprême du Canada, l'on compte 188 arrêts de la Cour d'appel du Québec, 394 décisions de la Cour supérieure du Québec et 105 décisions de la Cour du Québec, ainsi que pas moins de 217 décisions de la Commission d'accès à l'information. Les tribunaux inférieurs seraient

---

<sup>46</sup> FRYDMAN (2013), préc., note 42.

<sup>47</sup> FRYDMAN (2018), préc., note 43, à la page 11.

<sup>48</sup> *Id.*

régulièrement confrontés à des circonstances nécessitant l'adoption d'une approche plus nuancée à la conception « absolutiste » du secret professionnel telle que promue par la Cour suprême du Canada, lorsque la clarté conceptuelle des qualifications (juridiques) tend à s'éclipser derrière des distinctions très factuelles et particularisées.)

## **PARTIE I. Perspective historico-juridique : du secret des origines à la consolidation d'un principe constitutionnel**

Le secret professionnel du juriste – en tant qu'une « idée très générale » justifiant de garder secrets certains renseignements même devant les cours de justice – pourrait, d'un point de vue géométral<sup>49</sup>, se justifier à l'aide de plusieurs impératifs constitutifs d'un régime dérogatoire au principe de l'admissibilité de toute preuve pertinente à un litige judiciaire. Paraphrasant Bourdieu, il serait tendancieux d'insister sur la recherche d'indicateurs objectifs dans tout exercice de catégorisation. Il est donc pertinent d'intégrer ce vécu juridique qui témoigne de l'ensemble des représentations que ses acteurs se sont faites de la portée du secret professionnel et des circonstances dans lesquelles ce dernier a pu l'emporter.

En nous intéressant à la consolidation symbolique du secret professionnel du juriste par les institutions qui ont « autorité pour parler avec autorité »<sup>50</sup>, nous allons retracer le cheminement par lequel les tribunaux anglais, la doctrine du droit romain et la tradition juridique française en sont arrivés à asseoir le secret professionnel du juriste sur un fondement robuste, en le motivant en dernière analyse par le souci d'intérêts sociaux plus généraux qui l'emportent sur l'équité d'un procès *inter partes*, soumis avant tout aux aléas de la preuve et des procédures.

Fidèle à notre cadre théorique qui se veut axé sur la nécessité de la pratique, cette Partie I sera consacrée à une analyse critique des nécessités historiques qui ont sculpté les « grands principes » encadrant le droit posé à l'égard du secret professionnel du juriste. Ce rappel des contingences historiques permettrait de remettre en perspective l'intangibilité présumée du concept qui, malgré tout, est né dans un contexte socio-historique particulier et qui, partant, est susceptible de modulations et de révisions avec l'évolution des sociétés.

### **A. Réflexions sur les justifications du secret professionnel et la genèse du concept**

Depuis l'origine, la consolidation de cette zone de confidentialité empêchant la divulgation des communications entre un juriste et son client est l'œuvre de la jurisprudence, avec relativement peu d'apports doctrinaux ou de critiques. En articulant le bien-fondé du droit au respect du secret

---

<sup>49</sup> Au sens de Bourdieu, qui l'avait repris de Leibniz, c'est-à-dire « au lieu géométrique de toutes [l]es perspectives, au point de vue divin où il n'y a plus de point de vue » : Pierre BOURDIEU, *Sociologie générale. Volume 1, Cours au Collège de France (1981-1983)*, coll. « Cours et travaux » Paris, Raisons d'agir / Seuil, 2015, p. 69 et 70.

<sup>50</sup> *Id.*, p. 143.

professionnel, les tribunaux font très peu référence à la doctrine et citent en majorité les analyses d'autres juges. Cette production autopoïétique<sup>51</sup> de la norme devant s'appliquer à une profession, par des membres les plus distingués de la même profession, ne serait pas étrangère à l'ancrage progressif du droit au secret professionnel du juriste sur des assises devenues d'ordre public et *a priori* incontestées, comme nous allons le voir à l'instant.

## 1. Genèse historique du concept

À vue d'oiseau, le secret professionnel du juriste au Canada s'est développé au confluent de deux traditions juridiques distinctes. En effet, malgré que la genèse historique du secret professionnel de l'avocat ait subi une trajectoire indépendante dans les traditions de *common law* et du droit civiliste français, ces deux itinéraires séparés se sont rejoints pour former la source commune où s'est irrigué le secret professionnel du juriste tel qu'il est reconnu et évolue au sein de la Fédération canadienne. Tant du côté du droit anglais (1.1) que du droit romain et de la doctrine française de tradition civiliste (1.2), les conseillers juridiques bénéficient d'une des immunités ou dispenses de témoigner les plus anciennes qui avaient été reconnues dès l'époque médiévale. À compter du XIX<sup>e</sup> siècle, la jurisprudence de *common law*, plus particulièrement celle de la Chambre des Lords britannique, deviendra prépondérante au Canada (1.3).

### 1.1. De la théorie wigmorienne de l'honneur

L'histoire du « privilège » du secret professionnel de l'avocat (« *attorney-client privilege* » en *common law*) aurait été de fait cristallisée par le compte-rendu qu'en fit le célèbre juriste américain John Henry Wigmore (1863–1943). Dans son traité encyclopédique sur l'évolution du droit de la preuve en *common law*, ce dernier référence le secret professionnel de l'avocat en tant qu'un privilège exemptant un juriste – qu'il soit *solicitor*, *counsel* ou *attorney*<sup>52</sup> – de l'obligation de témoigner devant une cour de justice relativement à certaines affaires et à certaines conditions. Pour Wigmore, les privilèges font partie de la catégorie des règles d'irrecevabilité motivées par

---

<sup>51</sup> Sur la conception du droit comme un système autopoïétique, lire : Gunther TEUBNER, *Le Droit. Un système autopoïétique*, coll. « Les voies du droit », Paris, P.U.F., 1993; Niklas LUHMANN, « Le droit comme système social », (1989) 11-12 *Droit & Société* 53 [ci-après « LUHMANN (1989) » ].

<sup>52</sup> Différentes dénominations existent pour désigner l'implication de juristes à différentes étapes des procédures judiciaires à l'époque médiévale; sur ce sujet, lire : Roscoe POUND, « Legal Profession in England from the End of the Middle Ages to the Nineteenth Century », (1944) 19 *Notre Dame L. Rev.* 315. Il n'est pas nécessaire, pour nos fins, de détailler l'évolution ainsi que les nuances se rattachant à ces différentes fonctions. Il suffirait de retenir que l'ensemble de ces dénominations renvoie aux conseillers juridiques et plaideurs autorisés à exercer les actes réservés de nos jours à un avocat membre du Barreau.

des considérations extrinsèques (*extrinsic policy*) à la découverte de la vérité (*investigation of truth*)<sup>53</sup>, c'est-à-dire indépendamment de la crédibilité des témoins ou de leur connaissance personnelle des faits pertinents.

Plus spécifiquement, Wigmore retrace l'origine – documentée – du privilège avocat-client à l'ère élisabéthaine, à cheval entre les derniers échos de la Réforme et le XVII<sup>e</sup> siècle naissant, à l'apogée de la Renaissance anglaise. Dans la première compilation (privée) des décisions rendues par la Cour de la Chancellerie<sup>54</sup>, nous avons pu relever, au cours du règne d'Élisabeth 1<sup>ère</sup> (1557–1604), cinq décisions traitant des *solicitors* et d'un *counsel* qui avaient été dûment assignés devant le tribunal pour témoigner relativement aux affaires pour lesquelles ils ont été sollicités par une des parties au procès. Dans les cinq cas, le tribunal les a déchargés de l'obligation de témoigner relativement aux points dont ils avaient une connaissance personnelle parce qu'ils y ont été sollicités. Le *ratio decidendi* à l'origine de cette décharge n'est pas apparent dans ces premiers jugements, si ce n'est dans l'affaire *Kelway v. Kelway* (1579). La Cour y invoque « le secret du titre » (« *secrecy of the title* ») comme excluant tout interrogatoire portant sur ce dont les *solicitors* avaient eu une connaissance personnelle du fait qu'ils ont été *solicitors* d'une des parties :

... Roger Taylor, another witness, appeared, but refused to be examined, because he solicits the plaintiff's cause; it is therefore ordered, that the defendant shall examine, before one of the examiners of this Court, before the end of this term, as well the said Roger Taylor, upon any interrogatory, which shall not be touching the secrecy of the title, or of any other matter, which he knoweth as solicitor only (...) [nos soulignés]<sup>55</sup>

Certaines décisions font mention du fait que les *solicitors* assignés à témoigner ont été rémunérés par une des parties; d'autres déchargent simplement les *solicitors* de témoigner sans mention de

---

<sup>53</sup> John Henry WIGMORE et John T. MCNAUGHTON, *Evidence in trials at common law*, vol. VIII, Boston, Little Brown, 1961, par. 2175 [ci-après « 8 WIGMORE, *Evidence* »] :

**§2175. General nature of rules of extrinsic policy.** The rules of admissibility (...) fall into three general groups: (1) Those which determine the *relevancy* of circumstantial and testimonial evidence – that is, fundamental quality without which no evidential data are to be allowed to be considered by the jury. (2) Those *auxiliary rules of probative policy* which impose artificially some added conditions of admissibility, but are directed solely to improving the quality of proof and strengthening the probabilities of ascertaining the truth as the result of the investigation. And (3) the present group – those rules which rest on no purpose of improving the search after truth but on the willingness to yield to requirements of *extrinsic policy*. They forbid the admission of various sorts of evidence because some consideration extrinsic to the investigation of truth is regarded as more important and overpowering. [références omises]

<sup>54</sup> cf. GREAT BRITAIN COURT OF CHANCERY, *Reports or Causes in Chancery [1557-1604] : Collected by Sir George Cary, One of the Masters of the Chancery, Anno 1601. Out of the Labours of William Lambert*, Londres, Stevens & Sons, 1872, en ligne : <<https://archive.org/details/reportsorcauses01changoo/page/n7/mode/2up>>.

<sup>55</sup> *Kelway v. Kelway*, [1580] 21 Eng Rep 47 (Chancery).

l'existence d'une rémunération. La décision *Dennis v. Codrington* (1579) indique que l'exemption de témoigner bénéficie aux *counsels* dont les services ont été requis soit par les deux parties (« *the indifferent choice of both parties* »), soit par une des parties contre rémunération (« *with either of them by reason of any annuity or fee* »).

Les comptes rendus succincts de ces rares décisions dispensant des avocats de témoigner dans les affaires dont ils ont pris connaissance n'ont pas consigné de motifs élaborés au soutien de ces ordonnances. Cette paucité des premières sources doit se comprendre à la lumière du contexte plus général de la pratique judiciaire d'une époque où les témoignages oraux constituaient l'exception plutôt que la règle. Les procès tenus dans les cours de *common law* étaient alors marqués par une rigidité procédurale<sup>56</sup> qui bannissait tout témoignage oral, et les prétentions des parties étaient tranchées uniquement sur la foi des instruments écrits sous sceau privé<sup>57</sup>. Ce n'est en effet qu'en 1563 que fut adopté le premier acte criminalisant les parjures dans les cours de *common law* (1563)<sup>58</sup>. Aussi, l'institution alors récente du jury comme juge des faits (« *jury of the facts* ») plutôt qu'une assemblée de témoins (« *jury of witnesses* »)<sup>59</sup> dans les cours de *common law* ne permettait pas, par défaut de temps, une sophistication des règles de preuve. Comme nous le rapporte Wigmore sur l'avènement de l'obligation de témoigner en général :

---

<sup>56</sup> Voir par exemple Eric W. IVES, *The Common Lawyers of Pre-Reformation England. Thomas Kebell : A Case Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, p. 194 [IVES (1983)] :

(...) the arteries of the common law were hardened. To leaf through the voluminous records of the common-law courts is to enter an unreal world where men are summoned and do not come, outlawed and do not care; where a progressively less and less significant group of problems is handled, and the sorrows and wrongs of real people are far away. Quite clearly the common law needed to be reformed or else given new vehicles in which to work.

<sup>57</sup> Voir William Hamilton BRYSON, *Cases Concerning Equity and the Courts of Equity 1550-1660*, vol. I, Londres, Selden Society, 2001, p. xxii et suiv. [BRYSON, vol. I (2001)].

<sup>58</sup> *Perjury Statute of 1563*, 5 Elizabeth, c. 9; Voir Michael D. GORDON, « The Invention of a Common Law Crime: Perjury and the Elizabethan Courts », (1980) 24-2 *American J. Leg. History* 145, 146 : « (...) the delay in formulating a common law crime of perjury was the result of the slow evolution of the jury from functioning as witness to functioning as judge and the corresponding delay in formulating procedures dealing with witnesses. (...) perjury by witnesses ... could not be a common law offence because witnesses had no formal existence. » Le préambule du *Perjury Statute of 1563* faisait référence à un statut antérieur adopté au courant du règne d'Henri VIII (*Maintenance and Embracery Act 1540*, 32 Henry 8, c. 9) pénalisant la subordination des témoins dans les revendications de titres fonciers.

<sup>59</sup> Une mutation que les commentateurs se situent au courant du règne d'Édouard III (1327-1377) : Robert VON MOSCHZISKER, « The Historic Origin of Trial by Jury. III », (1922) 70-3 *U. Penn. Law Rev. & American Law Register* 159, 165 : « during the reign of Edward III [1327-1377], a still more important and radical change was effected; witnesses were added to or connected with the recognitors [the jury of witnesses], who communicated to the latter their knowledge of the facts, but took no part in the decision ... The innovation once made, the progress of aiding the recognitors by the testimony of outside parties was rapid. » Sur l'histoire du jury anglais comme institution, voir Chas. T. COLEMAN, « Origin and Development of Trial by Jury », (1919) 6-2 *Va Law Rev.* 77.

**§2190. History of testimonial compulsion, in general.** In looking back over the history of the recognition of the duty to testify, it must be kept in mind that up to the 1400s the modern witness is practically unknown in jury trials, and that not until the 1500s is he a common figure in the trial and an important source of information for the jury. Even in Coke's time, in the early 1600s, it is a comparatively recent feature that he is alluding to when he remarks "most commonly juries are led by the deposition of witnesses." Up to that period the jury had fulfilled the double capacity of triers and of witnesses; their own knowledge of the affair, acquired as neighbors of the parties or by searching about for evidence before the trial, had been a chief source of that information which is nowadays furnished to them by ordinary witnesses. [Références omises]<sup>60</sup>

Un peu plus tôt que dans les cours de *common law*, est reconnu depuis le XIV<sup>e</sup> siècle le droit pour un demandeur d'exiger présence obligatoire de ses témoins devant la Cour de la Chancellerie par un bref d'assignation (*writ of subpoena*) et acte de découverte (*bill of discovery*)<sup>61</sup>. Alors que les professions juridiques étaient apparues progressivement au cours du XIII<sup>e</sup> siècle – notamment durant le règne d'Édouard I<sup>er</sup> (1272-1307)<sup>62</sup> –, les premières réglementations pré-Réforme sur les professions juridiques en Angleterre – sanctionnant la fraude, la corruption, voire l'exercice abusif du droit – ne faisaient pas non plus mention de l'obligation de discrétion<sup>63</sup>. Il nous est donc possible de situer le privilège avocat-client parmi les premiers privilèges de confidentialité reconnus par la Cour de la Chancellerie<sup>64</sup>, exerçant une juridiction parallèle aux cours de *common law* à partir de la fin du XIV<sup>e</sup> siècle<sup>65</sup>.

Qui plus est, la question des immunités de témoigner ne se posait alors que dans les affaires civiles : Avant le XVII<sup>e</sup> siècle, un accusé n'avait tout simplement pas le droit d'assigner des témoins à décharge<sup>66</sup> ni à l'assistance d'un conseiller juridique en cas de crimes graves (*felonies*)

---

<sup>60</sup> 8 WIGMORE, *Evidence*, préc., note 53, par. 2190.

<sup>61</sup> *Id.*, par. 2217–2219.

<sup>62</sup> Jonathan ROSE, « The Legal Profession in Medieval England : A History of Regulation », (1998) 48 *Syracuse Law Rev.* 1, 49 et suiv. [J. ROSE (1998)]; Paul Brand, *The Origins of the English Legal Profession*, Oxford, Blackwell, 1992; Anton-Hermann CHROUST, « Legal Profession during the Middle Ages : The Emergence of the English Lawyer Prior to 1400 XVIII », (1957) 32 *Notre Dame Law Rev.* 268 [CHROUST (1957)].

<sup>63</sup> Voir Penny TUCKER, *Law Courts and Lawyers in the City of London 1300-1550*, Cambridge University Press, 2007, p. 340 et suiv.; J. ROSE (1998), préc., note 62, p. 49 et suiv.; CHROUST (1957), préc., note 62, 291 et suiv.

<sup>64</sup> À côté du privilège de communications entre mari et femme : *Bulwer v. Levett*, [1596] 38 Eliz. 210, rapporté dans BRYSON, vol. I (2001), préc., note 57, p. 259. Voir aussi Robert A. KASTLING, « Recent Developments in the Canadian Law of Solicitor-Client Privilege », (1978) 24-1 *R.D. McGill* 115.

<sup>65</sup> William John JONES, *The Elizabethan Court of Chancery*, Oxford, Clarendon Press, 1967. Sur les procédures de renvoi de la Cour de Chancellerie aux juridictions (jurys) de *common law* sur des questions de fait ou de droit, voir Harold CHESNIN et Geoffrey C. HAZARD, Jr., « Chancery Procedure and the Seventh Amendment : Jury Trial of Issues in Equity Cases before 1791 », (1974) 83-5 *Yale Law J.* 999. DOI : 10.2307/795379

<sup>66</sup> 8 WIGMORE, *Evidence*, préc., note 53, par. 2190. Voir aussi John H. LANGBEIN, « The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law », (1993-94) 92 *Mich. Law Rev.* 1047, 1055 [LANGBEIN (1993-94)] :

et de trahison, à moins qu'une question de droit ne se pose<sup>67</sup>. Même à l'égard des affaires civiles, l'immunité de témoigner pouvait être levée à l'égard d'un conseiller juridique « if the matter entrusted to their secrecy be scandalous and unfit for them to be trusted in, as the suppression or concealment or rasure of a deed or will »<sup>68</sup>.

Dans les cours de *common law*, l'immunité de témoigner reconnue à l'égard des conseillers juridiques avait été reportée de façon tout aussi laconique. Dans *Waldron v. Ward* (1654), la Cour du Banc du Roi se contentait de préciser qu'un conseiller juridique n'était pas tenu « to make answer for things which may disclose the secrets of his clients cause »<sup>69</sup>.

Enfin, en *common law* comme en *equity*, il importe que ces secrets aient été divulgués à un conseiller juridique en sa qualité de conseiller<sup>70</sup>.

---

Throughout the seventeenth century the defendant had no right to subpoena unwilling witnesses. Indeed, in the sixteenth century there were prominent occasions on which trial courts refused to hear defense witnesses who were present in court and willing to testify. When defense witnesses were received, they were forbidden to testify upon oath, although accusing witnesses were routinely sworn. The defendant always spoke unsworn – he was forbidden the right to testify upon oath until 1898.

<sup>67</sup> Felix RACKOW, « The Right to Counsel: English and American Precedents », (1954) 11-1 *William & Mary Quarterly* 3, 5, citant l'extrait suivant des Instituts de Coke sur les lois anglaises :

Where any person is indicted of treason or felony, and pleadeth to the treason or felony, not guilty, which goeth to the fact best known to the party; it is holden that the party in that case shall not have councell to give in evidence, or alleage any matter of him: but for as much as *ex facto jus oritur* it is necessary to be explained, what matters upon his arraignment, or after not guilty pleaded, he may alleage for his defence, and pray councell learned to utter the same in forme of law (...)

Cette prohibition d'être représentée dans les instances criminelles ne sera abolie qu'au cours de la décennie 1730, et l'implication des avocats de la défense dans les procès ne sera significative qu'à compter des années 1780 : LANGBEIN (1993-94), préc., note 66, 1048.

<sup>68</sup> Hock Lai HO, « History and Judicial Theories of Legal Professional Privilege », (1995) *Singapore J. Leg. Studies* 558, 560 [HO (1995)], citant David Eryl Corbet YALE, *Lord Nottingham's 'Manual of Chancery Practice' and 'Prolegomena of Chancery and Equity'*, Cambridge University Press, 1965 [*Lord Nottingham's 'Manual of Chancery Practice'*]:

Though councellers and solicitors being entrusted with the secrets of their clients have thereby a privilege not to be examined as witnesses ..., yet this rule is to be understood with these two limitations; first, if the secret acme to their knowledge otherwise than as councellers or solicitors; or secondly, if the matter entrusted to their secrecy be scandalous and unfit for them to be trusted in, as the suppression or concealment or rasure of a deed or will. In these cases, they are to be examined.

<sup>69</sup> *Waldron v. Ward*, [1654] Style 449, 82 E.R. 853 (Court of King's Bench).

<sup>70</sup> En *equity*, voir *Lord Nottingham's 'Manual of Chancery Practice'*, préc., note 69; devant les cours de *common law*, voir *Cuts v. Pickering*, [1672] 86 E.R. 133, 1 Ventris 197 (Court of King's Bench) :

Upon a trial at Bar, one Baker (who had been solicitor for Pickering) was produced as witness concerning the rasure of a clause in a will, supposed to be done by Pickering.

The Court were moved, whether he could be examined touching this, because having been retained his solicitor, he should by reason of that be obliged to keep his secrets: but it appearing that B. had made this discovery to him, (of which he was now about to give evidence) before such time as he had retained him, the Court were of opinion, that he might be sworn. Otherwise if he had been retained his solicitor before: the same law of an attorney or counsel.



À une époque où les nécessités de la pratique judiciaire n'appelaient pas un recours fréquent aux témoignages, il était compréhensible que le *ratio* des rares décisions recensées ne soit pas plus amplement motivé. Considérant la prépondérance de la culture de l'honneur à la fois dans la consolidation de la réputation personnelle et pour structurer la cohésion sociale de ce temps<sup>71</sup>, le doyen Wigmore associe « le secret du titre » à ce respect de la parole donnée de ne pas divulguer ni d'être contraint à divulguer ce qui parvint à connaissance personnelle sous le sceau du secret<sup>72</sup>, en tant que condition d'exercice du titre de conseiller juridique ou de plaideur. Max Radin, pour sa part, retient également l'honneur entre *gentlemen* comme justificatif du privilège reconnu aux *barristers*, lesquels étaient tous des *gentlemen virtute officii*<sup>73</sup>; du côté des *attorneys* et *solicitors*, le privilège tirerait son origine de l'obligation de loyauté attachant le serviteur à son maître<sup>74</sup>. En effet, alors que des considérations élitistes auraient restreint l'application de l'immunité testimoniale aux personnes de classes sociales supérieures, la Cour de la Chancellerie (1611) dispensait également, sur demande, les apprentis de l'obligation de témoigner contre leur maître

---

<sup>71</sup> Voir par exemple Linda A. POLLOCK, « Honor, Gender, and Reconciliation in Elite Culture, 1570–1700 », (2007) 46-1 *J. Brit. Studies* 3, 8 et 9 :

English honor was less concerned with redress for injury and dueling than with maintaining bonds, was less individualistic and more communal, and allowed women a greater role in defining and maintaining honor than scholars have thought. Honor was ubiquitous. It was not something brought into play only in potentially violent confrontations for men or in questions regarding chastity for women. It was a pervasive feature of life, structuring individual and communal behavior. Honor resided in social relationships, and peacekeeping strategies were a fundamental part of it. Honor, like passion, could be used to excuse violent behavior, but much of honor culture lay in preventing such outbursts and, when they occurred, in repairing the breaches if possible.

Aussi Raoul FIEVET, « L'ambivalence de l'honneur dans l'Angleterre de la fin du Moyen Âge : une force compétitive ou modératrice ? », (2016) 70 *Médiévales* 215, DOI : 10.4000/medievales.7726

<sup>72</sup> Dans d'autres circonstances, le « privilège de l'honneur » se rattachant aux vœux du silence solennels avait été reconnu par la Cour de la Chancellerie notamment dans les affaires *Countess of Shrewsbury's Case*, [1613] 12 Coke 94; *Bulstrod v. Letchmere*, [1676] Freem. Ch. 5 et *Lord Grey's Trial*, [1682] 9 How. St. Tr. 127, citées par 8 WIGMORE, *Evidence*, préc., note 53, p. 531, n.14 et 15.

<sup>73</sup> Max RADIN, « The Privilege of Confidential Communication Between Lawyer and Client », (1928) 16 *Cal. Law Rev.* 487, 487 [RADIN (1928)]. Voir aussi IVES (1983), préc., note 56, p. 17 et 18 : « Below the eight judges and the half-dozen or so serjeants ranked the apprentices-at-law. (...) apprentices preferred the title 'gentleman', and so uniform was this that the very use of the term raises a presumption that the person concerned was a lawyer. The modern convention is to describe the apprentice as a barrister, the nearest equivalent term. »

<sup>74</sup> RADIN (1928), préc., note 73, 487 :

As far as the attorney or the solicitor was concerned, we cannot say so much. The attorney was not a gentleman in most cases, was distinctly a man of business and for many centuries was very much the obedient servant of the family or person whose property he managed and whose affairs he directed. (...) A servant must keep his master's secrets, and however honored and influential a servant, an attorney was for a long time definitely in that class and kept something of that standing, although, to be sure, he was never a "servant" in the specific sense which the English law attached to that term.

dans une affaire de non-paiement des droits de douane<sup>75</sup>. D'autres commentateurs, enfin, hésitent à ancrer l'existence d'un privilège avocat-client sur un impératif précis, considérant le caractère fragmentaire des références de l'époque<sup>76</sup>.

En tout état de cause, l'hypothèse d'un privilège originellement basé sur l'honneur s'est érodée graduellement au cours du XVIII<sup>e</sup> siècle, à mesure que la conception sociale de l'honneur a évolué d'une question d'intérêt public à un (simple) privilège de réputation privé<sup>77</sup>. Dans l'affaire souvent citée de la douairière *Duchess of Kingston* (1776)<sup>78</sup>, la Chambre des Lords fait la distinction entre l'obligation de témoigner devant une cour de justice et une indiscretion privée. Seule une indiscretion volontaire est susceptible d'affecter l'honneur d'un chirurgien lié par le secret médical : « If a surgeon was voluntarily to reveal these secrets, to be sure, he would be guilty of a breach of honour, and of great indiscretion; but, to give that information in a Court of justice, which by the law of the land he is bound to do, will never be imputed to him as any indiscretion whatever. »<sup>79</sup>

---

<sup>75</sup> *Gray v. Alport*, (Ex. 1611) LI MS. Maynard 21, fo. 139v, pl. 1, reproduit dans BRYSON, vol. I (2001), préc., note 57, p. 394 :

... it was resolved by the chief baron [SIR LAWRENCE TANFIELD] and all of the barons that an apprentice, or [a] factor that has been an apprentice, should not be examined in such a case because their covenant is to conceal the secrets of their master, and notwithstanding that precedents were shown ... that apprentices have been examined in such cases [and] that the court did not reject them. And they said exception was not taken to it in those cases, but it passed *sub silentio*.

<sup>76</sup> Voir Geoffrey C. HAZARD, Jr., « An Historical Perspective on the Attorney-Client Privilege », (1978) 66 *Cal. Law Rev.* 1061, 1070 [HAZARD (1978)] : « ... beyond this, the historical foundations of the privilege are not as firm as the tenor of Wigmore's language suggests. (...) Taken as a whole, the historical record is not authority for a broadly stated rule of privilege or confidence. It is, rather, an invitation for reconsideration. »; Aussi Richard S. PIKE, « The English Law of Legal Professional Privilege : A Guide for American Attorneys », (2006) 4-1 *Loyola U. Chicago Int'l Law Rev.* 51, 52 : « The reporting of the early cases includes little by way of reasoning, so it is difficult to know with any certainty why privilege was first recognized. »; Jonathan AUBURN, *Legal Professional Privilege : Law & Theory*, Hart, 2000.

<sup>77</sup> Voir entre autres Faramerz DABHOLWALA, « The Construction of Honour, Reputation and Status in Late Seventeenth- and Early Eighteenth-Century England », (1996) 6 *Transactions Royal Historical Society* 201, 212 :

Well into the later seventeenth century it remained a commonplace that all immoral, disreputable conduct was inherently harmful to the community (at every level – household, neighbourhood, parish, town, and the nation as a whole), and was therefore a matter of public concern. Towards the beginning of the eighteenth century, however, this organic, holistic view was gradually stretched into one that distinguished much more clearly between personal or 'private' behaviour on the one hand, and 'public' matters on the other.

<sup>78</sup> Pour un bref compte-rendu des splendeurs et misères de la vie de la douairière de Kingston, voir Danuta MENDELSON, « The Duchess of Kingston's Case, the ruling of Lord Mansfield and duty of medical confidentiality in court », (2012) 35 *Int'l J. Law & Psychiatry* 480 [MENDELSON (2012)].

<sup>79</sup> *Duchess of Kingston's Case*, (1776) 20 St. Tr. 355, 573 [*Duchess of Kingston's Case* (1776)].

À l'origine donc, le privilège en *common law* était une notion attachée spécifiquement aux professionnels du droit en raison de leur statut. Il a été concédé aux avocats pour les dispenser de témoigner en raison du « *secrecy of the title* », dont Wigmore retrace l'origine au sentiment de l'honneur et au respect de la parole donnée qui irriguent la société médiévale, en particulier dans ses couches aristocratiques. Quoique la preuve documentaire disponible n'étaye pas de façon concluante la thèse de l'honneur comme justification directe de l'immunité de témoigner des avocats à l'ère élisabéthaine, cette thèse fait écho à l'origine fiduciaire de la même dispense de témoigner relevée chez des juridictions de tradition civiliste.

## 1.2. De l'origine fiduciaire du secret professionnel de l'avocat

Du côté de la tradition civiliste, un passage souvent cité du Digeste de Justinien, au livre sur les témoins (« *De testibus* »), nous dit :

*Mandatis cavetur ut praesides attendant, ne patroni in causa cui patrocinium praestiterunt, testimonium dicant. Quod et in executoribus negotiorum observandum est.*<sup>80</sup>

[TRADUCTION] Les ordonnances portent, que les présidents aient soin que les avocats ne soient pas témoins dans les causes dont ils se sont chargés, en faveur de la partie qu'ils défendent. Il en est de même à l'égard de ceux qui sont chargés des affaires d'autrui.<sup>81</sup>

Le droit romain dispensait ainsi un avocat intéressé dans les affaires de son client de témoigner relativement à ces dernières. Selon le juriste américain Max Radin, il s'agissait d'une incapacité de témoigner interpellant directement l'obligation de loyauté que les sociétés anciennes attachaient aux membres d'une même maisonnée, sous le pouvoir du *pater familias* :

That was part of the inadmissibility in general of the *testimonium domesticum*, the testimony which worked against the strongest instincts of ancient society. The slave was incompetent as a witness, not so much because a master had the right not to be betrayed by his slave, but because a slave was essentially part of his family and the relationship of all members of the family was based on mutual fidelity. It seems that originally – as late perhaps as the middle of the second century A. D. – a slave might testify for his master, but shortly after that time, the rule was established that either for or against

---

<sup>80</sup> Le passage a été cité dans Charles MUTEAU, *Du secret professionnel, de son étendue et de la responsabilité qu'il entraîne d'après la loi et la jurisprudence. Traité théorique et pratique à l'usage des avocats, avoués, notaires, ministres du culte, médecins pharmaciens, sages-femmes et de toutes autres personnes dépositaires, par état de profession, des secrets qu'on leur confie*, Paris, Maresq Aîné, 1879, p. 435, n. 1; André HALLAYS, *Droit romain. Les comices à Rome. Droit français. Le secret professionnel*, Thèse de doctorat, Faculté de droit de Paris, Paris, Arthur Rousseau, 1890 à la p 135, n 1 [HALLAYS (1890)]; Pierre BONCENNE, *Théorie de la procédure civile*, t. 4, Paris/Poitiers, Videcoq/Saurin Frères, 1839, p. 350.

<sup>81</sup> Traduit par M. HULOT, *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, t. III, Metz/Paris, Behmer & Lamort/Rondonneau, 1804, p. 265.

his mater, his testimony was inadmissible. It was the same for parents and children, patrons and freedmen. There was, besides, a long list of persons who in criminal cases could not by the *lex Iulia* be compelled to give testimony, although apparently they might, if they so chose.<sup>82</sup>

Cette incapacité de témoigner tant en faveur qu'à l'encontre d'un client aurait été rationalisée comme une règle d'irrecevabilité des preuves testimoniales administrées par des personnes intéressées, et ce, par souci de s'assurer de la crédibilité des témoins :

Although the basis of the exclusion was the general moral duty not to violate the underlying *fides* on which the family was built, the rationalization of the rule was made to rest on the doctrine that the testimony was valueless either for or against a litigant. The theory seems to have been that if a member of a family testified in behalf of another – or an advocate on behalf of his client – he could not be believed because he had a strong motive for misstatement. If he violated group solidarity by testifying against him, he was a disreputable person and unworthy of belief.<sup>83</sup>

Au reste, la preuve fragmentaire disponible ne nous permet pas de documenter le degré d'application du principe ni la portée d'exceptions, dont celle relative aux crimes de trahison mentionnée par certains commentateurs<sup>84</sup>.

Aussi, il ne nous serait pas possible d'affirmer avec certitude dans quelle mesure le devoir de loyauté « domestique » aurait influencé la reconnaissance d'un privilège avocat-client en Angleterre médiévale<sup>85</sup>. Mentionnons en passant qu'il n'était pas rare que les services d'avocats à vie ou à très long terme fussent retenus par des membres de la noblesse britannique en échange d'une annuité au même titre qu'un autre serviteur. Certains commentateurs vont jusqu'à retracer à

---

<sup>82</sup> RADIN (1928), préc., note 73, 488 [références omises].

<sup>83</sup> *Id.*, 488 et 89 [références omises]. Voir aussi Adolf BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, vol. 43, Philadelphia, American Philosophical Society, 1991, p. 735 (« **Testimonium domesticum**. The testimony of a witness who lived in the household of the person on whose behalf he was testifying. In a *testamentum per aes et libram* persons subject to the paternal power of the testator were excluded from acting as witnesses. In general a *testimonium domesticum* was not considered a probatory evidence. »).

<sup>84</sup> RADIN (1928), préc., note 73, 490. Voir cependant Rudolf VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. 3, Paris, A. Maresq, 1880, p. 218 et 219 (« Dans le testament toutes les personnes (fils, frères, père) liées au *familiae emtor* par le lien de la puissance paternelle, étaient inhabiles à fonctionner en qualité de témoins; mais la même exclusion ne frappait ni les héritiers institués, ni les légataires, ni aucunes personnes qui avaient avec ceux-ci des liens de famille de la nature ci-dessus indiquée. - Quel en était le motif ? (...) En effet quel intérêt le *familial emtor* pouvait-il avoir au testament, que le témoignage de ses parents pût mettre en suspicion? Chez l'héritier au contraire l'intérêt existait. (...) C'était évidemment une méprise ... La jurisprudence romaine éprouva ici l'embarras de devoir enseigner une règle, contre laquelle sa propre raison s'insurgeait. Pour couper court à la difficulté elle se borna à recommander de ne la mettre en pratique que le plus rarement possible » [références omises]).

<sup>85</sup> Aussi HO (1995), préc., note 68, 559 : « Although the privilege found expression even in Roman times, Roman law had hardly any influence on the development of the privilege in England. » [références omises]

ces premiers actes d'engagements professionnels l'origine des contrats d'*indenture* liant les apprentis à leur maître<sup>86</sup>.

En tout état de cause, du côté des juristes de la tradition civiliste, l'influence du droit romain a été prégnante dans l'ancien droit. Avant d'être codifiée, ce qui était connu comme la dispense de témoigner sous la monarchie française fut d'abord une pratique qui « s'installa dans presque tous les Parlements »<sup>87</sup> : vis-à-vis certaines catégories de confidents « soigneusement établies », était accordée une dispense de témoigner uniquement à l'égard des faits « avoués à titre de confidences, c'est-à-dire révélés sous le sceau du secret »<sup>88</sup>.

Seules les confidences en sont donc exemptées, et non pas les faits connus de l'avocat indépendamment ou en dehors de la relation professionnelle. Tel que l'établit un arrêt du Grand Conseil de Malines du 17 mai 1616, un avocat n'était pas dispensé de témoigner à l'égard des faits dont il avait eu connaissance avant son ministère :

(...) tous les seigneurs étaient du sentiment qu'il [l'avocat] ne devait pas déposer touchant ce qu'il avait appris de son maître en qualité de procureur, afin d'instruire la cause; mais d'autant qu'il confessait d'avoir eu quelques connaissances du fait dont il s'agissait, avant que le criminel l'eût choisi pour son procureur, il lui fait ordonné, par arrêt du grand Conseil du 17 mai 1616, de donner son témoignage au regard de ce fait, abstractivement de ce qu'il avait entendu de la bouche de son maître ou autrement pour l'instruction de la cause.<sup>89</sup>

À cet égard, des commentaires relèvent une seule exception : l'obligation de dénoncer les crimes d'État telle que consacrée notamment par les ordonnances royales d'avril 1453 (Charles VII), de juillet 1493 (Charles VIII) et du 22 décembre 1477 (Louis XI). Le texte de ces ordonnances oblige quiconque à dénoncer les crimes et complots qui se seraient parvenus à sa connaissance, sous peine de se rendre coupable du crime de lèse-majesté. Sous l'ancien régime, cette exception a surtout été

---

<sup>86</sup> IVES (1983), préc., note 56, p. 132 : « Retainers of this sort were for a term, or more usually for life, and were often executed by deed. (...) the relationship between the lawyers and the bastard feudal world was close, and it is highly likely that the commonest of these deeds, the indenture of retainer, developed from that system. »

<sup>87</sup> Alain CARDINAL, « Les communications privilégiées avocat-client », (1981) 59 *R. du B. can.* 652, 653.

<sup>88</sup> *Id.*, 653. Cette obligation de garder secrètes les confidences reçues a été assimilée à une obligation d'ordre religieux de la part du défenseur en justice, qui « fut astreint au même secret » que celui du confesseur : Marie-Noëlle COMMERÇONS et Fanny XAVIER, *Le secret professionnel de l'avocat*, Concours 2006 Promotion de l'Éthique professionnelle, 29 mai 2006.

<sup>89</sup> Charles François Thérèse MUTEAU, *Du secret professionnel, de son étendue et de la responsabilité qu'il entraîne d'après la loi et la jurisprudence. Traité théorique et pratique à l'usage des avocats, avoués, notaires, ministres du culte, médecins, pharmaciens, sages-femmes et de toutes autres personnes depositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie*, Paris, Maresq, 1870, p. 128 et 129 [MUTEAU (1870)].

invoquée à l'égard des crimes de faux<sup>90</sup>. L'exception des affaires criminelles mise à part, la doctrine du secret professionnel serait devenue « générale et incontestée à la fin de l'ancien régime »<sup>91</sup>.

Alors que la réforme du droit français entreprise sous le Premier Empire cherchait à s'émanciper de l'ancien droit et plus particulièrement de la jurisprudence des Parlements, la dispense de témoigner était plutôt ressortie renforcée avec l'adoption de l'article 378 du Code pénal de 1810. Ce dernier rendait passibles d'amendes et d'un emprisonnement d'un à six mois, « [l]es médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets »<sup>92</sup>. Ce secret est opposable aux citations en justice<sup>93</sup>. Selon les commentaires de Carnot sur le Code pénal de 1810, les personnes qui peuvent être dépositaires des secrets qui leur sont confiés par « état ou profession » comprennent « nécessairement les *confesseurs* et les *conseils* des parties »<sup>94</sup>. La mention expresse des « médecins, chirurgiens et autres officiers de santé » s'explique par le fait que « c'est à eux que l'on est le plus habituellement obligé de confier les secrets les plus importants »<sup>95</sup>.

La distinction entre les dépositaires de secrets « par état ou profession » et les autres dépositaires réside dans le caractère volontaire des secrets confiés aux derniers, de sorte que « celui qui le confie ne peut ignorer le risque qu'il court en le déposant dans le sein de personnes que la loi n'oblige pas de le garder »<sup>96</sup>. Dans son *Répertoire universel et raisonné de la jurisprudence* (1827), Merlin de Douai, avocat sous l'Ancien Régime puis ministre d'État sous l'Empire, relève l'obligation de discrétion en tant qu'une des qualités essentielles de l'avocat. Cette obligation de

---

<sup>90</sup> *Id.*, p. 127 et 128.

<sup>91</sup> HALLAYS (1890), préc., note 80, p. 136.

<sup>92</sup> *Code pénal de 1810* (France), art. 378.

<sup>93</sup> Thierry MASSIS, « La transparence et le secret », (2001) 394 *Études* 751.

<sup>94</sup> Joseph-François-Claude CARNOT, *Commentaire sur le Code pénal contenant la manière d'en faire une juste application, l'indication des améliorations dont il est susceptible, et des dissertations sur les questions les plus importantes qui peuvent s'y rattacher*, t. II, Paris, Warée & Warée, 1824, p. 207 [CARNOT, *Commentaire sur le Code pénal de 1810* (t. II)].

<sup>95</sup> *Id.*, p. 207.

<sup>96</sup> *Id.*, p. 209.

discrétion comprend l'obligation de demande une dispense de témoigner sur ce qu'il ne connaît qu'à titre d'avocat, au risque de commettre un abus de confiance :

Il [L'avocat] n'est point obligé de révéler comme témoin ce qu'il ne sait que comme avocat, à moins que son client ne lui ait montré frauduleusement de la confiance, que pour écarter son témoignage : ainsi, lorsqu'il est assigné comme témoin, et qu'en déposant il ne pourrait s'expliquer sans blesser la confiance d'autrui, au lieu de prêter serment de dire vérité, il doit déclarer, qu'ayant été consulté sur l'affaire pour laquelle il paraît devant le juge, il répugne à son état et à son cœur de s'ouvrir directement ni indirectement, et qu'ainsi il requiert d'être dispensé de déposer : le juge doit recevoir cette déclaration par un acte séparé de l'enquête ou de l'information, en forme de procès-verbal, pour qu'elle soit communiquée ou au ministère public, ou à la partie intéressée; et pour l'ordinaire, l'Avocat est dispensé de déposer, à moins qu'il ne soit question d'une affaire qui intéresse essentiellement le souverain ou l'État.<sup>97</sup>

Au moment de justifier son refus de témoigner, le dépositaire doit se contenter de déclarer, nous rappelle Carnot, « qu'il a été le confesseur, le conseil ou l'officier de santé de l'accusé, sans motiver plus amplement son refus de déposer, afin que l'on ne puisse en tirer aucune induction en faveur ou contre l'accusé »<sup>98</sup>. Au reste, la vieille distinction entre « confidences » et faits dont un avocat est témoin indépendamment de la relation professionnelle trouve application : « (...) quelque large que soit et doive être l'interprétation de l'article 378, on doit néanmoins reconnaître qu'il ne s'applique pas lorsque les personnes désignées par cet article n'ont eu connaissance des faits que comme témoins et par des circonstances étrangères à la confiance que peut inspirer leur état ou profession. »<sup>99</sup>

Quant aux obligations statutaires de dénonciation, l'article 103 du Code pénal de 1810<sup>100</sup> reprend les exceptions reconnues sous l'Ancien Régime en ce qui concerne les crimes et complots projetés portant atteinte à la sûreté intérieure ou extérieure de l'État. À cette obligation statutaire de dénonciation sous peine de sanctions criminelles, la loi n'exempte qu'un « époux, même divorcé, ascendant ou descendant, frère ou sœur, ou allié aux mêmes degrés » de l'auteur du complot ou du

---

<sup>97</sup> Philippe Antoine MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. II, 5<sup>e</sup> éd., Bruxelles, H. Tarlier, 1827, p. 275.

<sup>98</sup> CARNOT, *Commentaire sur le Code pénal de 1810* (t. II), préc., note 94, p. 208.

<sup>99</sup> MUTEAU (1870), préc., note 89, p. 117.

<sup>100</sup> *Code pénal de 1810* (France), art. 103 :

Toutes personnes qui, ayant eu connaissance de complots formés ou de crimes projetés contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'État, n'auront pas fait la déclaration de ces complots ou crimes, et n'auront pas révélé au gouvernement, ou aux autorités administratives ou de police judiciaire, les circonstances qui en seront venues à leur connaissance, le tout dans les vingt-quatre heures qui auront suivi ladite connaissance, seront, lors même qu'elles seraient reconnues exemptes de toute complicité, punies, pour le seul fait de non-révélation, de la manière et selon les distinctions qui suivent.

crime<sup>101</sup>. Les personnes citées pourront cependant être mises « sous la surveillance spéciale de la haute police, pendant un temps qui n'excédera point dix ans »<sup>102</sup>. Toutefois, selon Carnot, « [l']on ne peut tirer la conséquence de ce que l'article 103 ne fait *exception* à la règle qu'il établit, que dans l'intérêt des époux et des plus proches parents des accusés, que les peines portées contre les *non-révélateurs* pussent atteindre les *ministres du culte* et les *défenseurs* des accusés »<sup>103</sup>. À la différence du droit anglais, le droit français mettait alors beaucoup d'importance à l'intérêt de la religion, de sorte que « la loi n'a pu vouloir, en effet, la violation d'un secret que la *religion de l'État* commande à ses ministres de garder (...) s'il l'avait été, il serait non seulement du devoir des juges de ne point y prendre droit; mais que même ils devraient sévir contre le ministre prévaricateur, ou, au moins, le dénoncer à ses supérieurs pour lui faire infliger des peines canoniques »<sup>104</sup>. Quant aux avocats, c'est plutôt la morale qui leur enjoint de ne pas divulguer les secrets qui leur auront été confiés : « s'ils ne sont pas les *ministres du culte*, ils le sont *de la justice* ; aussi l'histoire ne fournit-elle pas d'exemple que des avocats se soient jamais rendus coupables de la violation d'un secret qui leur aurait été confié dans l'exercice de leurs fonctions. »<sup>105</sup> Les mêmes remarques s'appliquent *mutatis mutandis* aux deux autres obligations de dénonciation prévues aux articles 136 (fausses monnaies)<sup>106</sup> et 144 (contrefaçon des sceaux de l'État, billets de banque, effets publics, timbres et marques)<sup>107</sup> du Code pénal de 1810.

\*\*\*

---

<sup>101</sup> *Id.*, art. 107 :

Néanmoins, si l'auteur du complot ou crime est époux, même divorcé, ascendant ou descendant, frère ou sœur, ou allié aux mêmes degrés, de la personne prévenue de réticence, celle-ci ne sera point sujette aux peines portées par les articles précédents; mais elle pourra être mise, par l'arrêt ou le jugement, sous la surveillance spéciale de la haute police, pendant un temps qui n'excédera point dix ans.

<sup>102</sup> *Id.*

<sup>103</sup> Joseph-François-Claude CARNOT, *Commentaire sur le Code pénal*, t. I, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Nêve, 1836, p. 347 [italiques dans l'original].

<sup>104</sup> *Id.*, p. 347 [italiques dans l'original].

<sup>105</sup> *Id.*, p. 347 [italiques dans l'original].

<sup>106</sup> *Code pénal de 1810* (France), art. 136 :

Ceux qui auront eu connaissance d'une fabrique ou d'un dépôt de monnaies d'or, d'argent, de billon ou cuivre ayant cours légal en France, contrefaites ou altérées, et qui n'auront pas, dans les vingt-quatre heures, révélé ce qu'ils savent aux autorités administratives ou de police judiciaire, seront, pour le seul fait de non-révélation, et lors même qu'ils seraient reconnus exempts de toute complicité, punis d'un emprisonnement d'un mois à deux ans.

<sup>107</sup> *Id.* art. 144 :

Les dispositions des articles 136, 137 et 138, sont applicables aux crimes mentionnés dans l'article 139.



De ce qui précède, le secret professionnel de l'avocat était conçu à l'origine étroitement en tant qu'une (simple) dispense de témoigner sur ce qu'un avocat connaît de son client ou du litige en raison de sa fonction. D'une juridiction à l'autre, ce régime dérogatoire s'est consolidé autour de l'élément de confiance, qu'il soit redevable par un gentleman (honneur), un serviteur à son maître (loyauté) et éventuellement toute personne qui, dans l'exercice des fonctions, requiert d'autrui la divulgation de certains faits « sous le sceau du secret ». **Cela étant, d'autres justifications à cette (simple) dispense de témoigner existent et auraient pu prévaloir**, dont les préoccupations relatives à la crédibilité des témoins intéressés, ou encore l'interdiction du oui-dire (dans les cas où l'avocat ne fait que rapporter les paroles de son client sans que celui-ci ne vienne témoigner).

Avant les années 1800, la rareté des sources disponibles rendait difficile l'exercice de qualification sur ce que la jurisprudence de la Nouvelle-France ou de la province de Québec a retenu de ses prédécesseurs concernant les justifications possibles au droit au respect du secret professionnel : ses origines fiduciaires ou la fiabilité suspecte d'une preuve indirecte (rapportée) voire intéressée. À partir des années 1800, la jurisprudence canadienne a été beaucoup plus influencée par les juridictions de *common law*, dont la Chambre des Lords britannique, que la tradition civiliste. C'est en effet dans les décisions anglaises du XIX<sup>e</sup> siècle que l'on trouve une articulation détaillée du fondement du privilège avocat-client, tel qu'il sera plus amplement discuté ci-dessous.

### **1.3. De l'articulation du privilège avocat-client par les tribunaux britanniques**

À partir du XIX<sup>e</sup> siècle, la Cour de la Chancellerie s'est faite beaucoup plus prolix sur les raisons d'être d'un privilège se rattachant spécifiquement à la relation avocat-client, et ce, sans faire référence explicitement aux précédents datant du règne d'Élisabeth I<sup>er</sup>. La complexification des trames factuelles sous-tendant les litiges judiciairisés ainsi que la multiplication des circonstances susceptibles d'interpeller des renseignements *a priori* confidentiels, ne seraient pas étrangères à l'avènement des précédents davantage motivés.

Dans l'affaire *Bolton v. Corporation of Liverpool* (1833)<sup>108</sup>, le défendeur demandait à connaître la version des faits que le plaignant avait présentée à son avocat, et non pas nécessairement les conseils juridiques données en conséquence. En refusant une telle requête, Lord Brougham de la

---

<sup>108</sup> *Bolton v. Liverpool Corporation*, [1833] 1 My. & K. 88, 39 E.R. 614.

Cour de la Chancellerie considérait la protection des renseignements demandés comme une évidence qui s'expliquait d'elle-même :

It seems plain, that the course of justice must stop if such a right exists. No man will dare to consult a professional adviser with a view to his defence or to the enforcement of his rights. The very case which he lays before his counsel, to advise upon the evidence, may, and often does, contain the whole of his evidence, and may be, and frequently is, the brief with which that or some other counsel conducts his cause. The principle contended for, that inspection of cases, though not of the opinions, may always be obtained as of right, would produce this effect, and neither more nor less, that a party would go into court to try the cause, and there would be the original of his brief in his own counsel's bag, and a copy of it in the bag of his adversary's counsel. Nay, as often as a party found himself unprepared, or suspected that something new had come to his adversary's knowledge, he might (at least if he were plaintiff) postpone the trial, and obtain a discovery of those new circumstances, which, in all likelihood, had been laid before counsel for advice. If it be said that this court compels the disclosure of whatever a party has at any time said respecting his case; nay, even wrings his conscience to disclose his belief, the answer is, that admissions not made, or thoughts not communicated to professional advisers, are not essential to the security of men's rights in courts of justice. Proceedings for this purpose can be conducted in full perfection, without the party informing any one of his case except his legal advisers. But without such communication no person can safely come into a court, either to obtain redress or to defend himself.

La même année et toujours dans un contexte civil, Lord Brougham a refusé la production des notes et mémoranda d'un avocat poursuivi pour fraude perpétrée au nom de son client. Plus spécifiquement, il est allégué que l'avocat du défendeur avait fait défaut de retenir une somme avancée à son client en sachant que ce dernier n'avait pas donné la sûreté requise dans le cadre de l'administration des biens d'une succession. Dans *Greenough v. Gaskell* (1833)<sup>109</sup>, Lord Brougham réitérait ses réflexions sur le fondement du privilège reconnu aux avocats qui, à son avis, n'était pas difficile à trouver :

The foundation of this rule is not difficult to discover, it is not (as has sometimes been said) on account of any particular importance which the law attributes to the business of legal professors, or any particular disposition to afford them protection, though certainly it may not be very easy to discover why a like privilege has been refused to others, and especially to medical advisers.

But it is out of regard to the interests of justice, which cannot be upholden, and to the administration of justice, which cannot go on, without the aid of men skilled in jurisprudence, in the practice of the Courts, and in those matters affecting rights and obligations which form the subject of all judicial proceedings. If the privilege did not exist at all, every one would be thrown upon his own legal resources; deprived of all professional assistance, a man would not venture to consult any skilful person, or would only dare to tell his counsellor half his case. If the privilege were confined to communications connected with suits begun, or intended, or expected, or apprehended, no one could safely adopt such precautions as might eventually render any proceedings successful, or all proceedings superfluous.

---

<sup>109</sup> *Greenough v. Gaskell*, [1833] 1 My. & K. 98, 39 E.R. 618.

Cette justification libérale du privilège avocat-client comme promouvant l'intérêt de la justice et de son administration n'est pas de nature à en limiter l'application à un litige actuel ou appréhendé, mais permet d'en étendre la portée à toutes les situations où un justiciable a pu requérir une assistance juridique dans la conduite de ses affaires. C'est ce point de vue libéral qui a été adopté par Lord Lyndhurst, de la Cour de la Chancellerie, dans l'affaire *Herring v. Clobery* (1842) :

The restriction of the rule is not consistent with sound principle; for it may and would often be of as much importance, that communications made at other times, as well as in the progress of a cause, should be protected. In the ordinary transactions of the world, people must resort for legal advice to legal advisers; and these communications must be privileged. (...) the rule I lay down is this: that, where an attorney is employed by a client, professionally, to transact professional business, all communications relative to the business on which he is so employed are privileged communications; and that this privilege is the privilege of the client, and not of the attorney.<sup>110</sup>

Deux ans plus tard, Lord Lyndhurst rappelait la portée du privilège dans les termes suivants :

The principle upon which this rule is established is, that with a view to legal proceedings, the communications between a party and his professional adviser should be unfettered, and that he should not be under any apprehension of such communications being afterwards divulged and made use of to his prejudice. To give due effect to this principle, it is obvious they ought not merely to be privileged in a case which the parties contemplate or are defending, but that the privilege ought to extend to any subsequent litigation between any other parties.<sup>111</sup>

Dans *Ford v. Tennant No 2* (1863), la Cour de la Chancellerie relevait encore une fois, dans les termes suivants, le caractère « évident » d'un privilège qui a été reconnu « *in all the cases* » :

The reason for the rule which establishes the privilege is obvious, and it is acknowledged in all the cases. It is for the interests of justice that the most full, free and complete communication should take place between a client and his solicitor, for, if that did not take place, it would be impossible to conduct a suit or to obtain justice, or for a man to defend himself and prevent an injustice.<sup>112</sup>

Ainsi, dès les premières théorisations sur la portée du privilège avocat-client avant l'adoption du *Judicature Act* de 1873 décrétant la fusion des cours de *common law* et de *equity*, la Cour de la Chancellerie l'a consolidé sur une base justifiée tant par un raisonnement principiel qu'une démonstration par l'absurde, telle qu'illustrée dans les extraits que nous avons reproduits plus haut.

La raison d'être principielle du privilège avocat-client est de deux ordres : protection de l'intérêt de la justice au sens large et, plus particulièrement, protection du lien de confiance indispensable

---

<sup>110</sup> *Herring v. Clobery*, [1842] 1 Ph. 91.

<sup>111</sup> *Holmes v. Baddeley*, [1844] 1 Ph. 476, 14 Law J. Rep. (N.S.) Chanc. 113.

<sup>112</sup> *Ford v. Tennant No 2*, [1863] 32 Beavan 162, 55 E.R. 63.

entre un avocat et son client. Bref, confiance dans le système judiciaire d'une part et, d'autre part, confiance en son conseiller juridique. Ce raisonnement principal est en outre soutenu par une démonstration par l'absurde du caractère contradictoire d'une levée ne serait-ce que partielle d'une protection rattachée aux consultations juridiques.

*A contrario*, un tel privilège pourrait être levé dans toutes les (autres) circonstances où cette confiance ne pouvait raisonnablement être envisagée :

*Prima facie*, all communications made by a client to his attorney or counsel, connected with the purposes with a view to which the relation was entered into, must be regarded as confidential. But the presumption is not conclusive. If it appears by extraneous evidence, or from the very nature of the transaction, that confidence was not, and on the maxims by which human nature is ordinarily governed, could not have been contemplated, then the fact communicated may be proved.<sup>113</sup>

L'intérêt de la justice sous-tendant la confidentialité des communications effectuées en vue d'obtenir un avis juridique explique le statut unique du privilège avocat-client par rapport à l'obligation de confidentialité à laquelle sont tenus les membres d'autres professions. Dans les mots de la Haute Cour d'Australie (1983) :

The reason why privilege is extended to confidential communications made by a client to his solicitor, and not to confidential communications made, e.g., by a patient to a doctor, a penitent to a priest, or a customer to a banker, is that the view has been taken that in the first-mentioned case the public interest requires that the private obligation of confidentiality be fulfilled, for a reason which has been explained in many cases (...) It is necessary for the proper conduct of litigation that the litigants should be represented by qualified and experienced lawyers rather than that they should appear for themselves, and it is equally necessary that a lawyer should be placed in full possession of the facts to enable him to give proper advice and representation to his client. The privilege is granted to ensure that the client can consult his lawyer with freedom and candour, it being thought that if the privilege did not exist "a man would not venture to consult any skilful person, or would only dare to tell his counsellor half his case".<sup>114</sup>

L'articulation par les tribunaux anglais sur la raison d'être du privilège avocat-client survient dans un contexte marqué par la complexification croissante des rapports sociaux et du droit rendant indispensable l'assistance d'un avocat dans la conduite des affaires juridiques. Comme nous le relève la Cour d'appel anglaise dans l'affaire *Anderson v. Bank of British Columbia* (1876) :

[TRADUCTION] L'objet et le sens de la règle sont les suivants : puisqu'en raison de la complexité et de la difficulté de nos principes de droit, seuls des hommes de l'art sont qualifiés pour s'occuper d'un

---

<sup>113</sup> *Hager v. Shindler*, [1865] 29 Cal. 47, 63 et 64.

<sup>114</sup> *Baker v. Campbell*, [1983] 153 C.L.R. 52, [1983] H.C.A. 39 [références omises]

litige, il est absolument nécessaire qu'un homme, pour faire valoir ses droits ou pour se défendre contre une réclamation indue, ait recours à des avocats en titre. Ceci étant absolument nécessaire, il l'est autant, pour reprendre une expression familière, qu'il soit capable de dire ce qu'il a sur le cœur à celui qu'il consulte en vue d'intenter des procédures ou de prouver le bien-fondé de sa défense à l'encontre de la réclamation de tiers; qu'il ait une confiance illimitée dans son mandataire, homme de l'art, et que ses communications à ce dernier soient tenues secrètes, sauf s'il consent à renoncer à son privilège (car il s'agit du sien et non de celui du mandataire), qu'il puisse mener de façon appropriée son litige<sup>115</sup>.

Aujourd'hui, certains vont jusqu'à dire qu'une part de confidentialité est une condition *sine qua non* à l'exercice de certaines professions<sup>116</sup>.

La justification de la protection par l'intérêt de la justice n'est pas fausse ni inadéquate. Il vaudrait mieux, cependant, détailler par ailleurs les raisons ou circonstances qui militeraient pour une divulgation des renseignements *a priori* protégés, pour ensuite les examiner vis-à-vis de l'intérêt de la justice à préserver la confidentialité des mêmes renseignements dans des circonstances particularisées. C'est cette réflexion parallèle quant au bien-fondé possible d'une non-protection qui manquait dans ces premiers jugements un peu trop zélés, à notre avis, dans la consécration d'une obligation du juriste au secret professionnel comme un truisme qui ne souffrirait d'aucune contradiction. Lorsqu'une « évidence » s'est trouvée martelée avec une telle conviction par une cour d'appel, la déférence aux précédents donne bien peu de chances aux plaideurs de soutenir le contraire.

## **2. Justifications modernes : au nom du respect de la dignité et de l'autonomie de la personne**

Au XIX<sup>e</sup> siècle, le privilège avocat-client a ainsi subi une mutation de principe : d'un devoir incombant aux *barristers*, *attorneys* et *solicitors*, la Cour de la Chancellerie en est venue à le cristalliser comme une protection reconnue au bénéfice du client et dans l'intérêt de (l'administration de) la justice. Ce basculement de perspective aura pour conséquence d'élargir considérablement la portée de la protection et de la renforcer, principalement dans des contextes criminel et pénal qui, historiquement, n'entraient pas dans le champ d'application du privilège.

---

<sup>115</sup> *Anderson v. Bank of British Columbia*, (1876) 2 Ch. D. 644, 649 (C.A.) [nos soulignés], traduit par la Cour suprême du Canada dans *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, 835 [ci-après « *Solosky* (1980) »].

<sup>116</sup> Bart VAN DER SLOOT, « Do Groups Have a Right to Protect Their Group Interest in Privacy and Should They? Peeling the Onion of Rights and Interests Protected Under Article 8 ECHR », dans Linnet TAYLOR, Luciano FLORIDI et Bart VAN DER SLOOT (dir.), *Group Privacy. New Challenges of Data Technologies*, s. « Philosophical Studies », vol. 126, Springer, 2017, p. 197, aux pages 210 et 211 : « Lawyers, journalists and doctors cannot exercise their profession without a certain amount of secrecy being guaranteed – the privacy between clients and lawyers, the secrecy of sources for journalists and the confidentiality between patients and doctors are all a condition sine qua non for exercising these professions. »

## 2.1. D'un intérêt de « caste » à l'intérêt de la justice

Comme nous l'avons évoqué plus haut, l'obligation de confidentialité était à l'origine reconnue dans un intérêt de « caste ».

Pour les juristes de la Rome ancienne, l'intérêt préservé par l'incapacité de témoigner des conseillers juridiques n'était pas non plus celui du client, mais de la maisonnée sous la puissance d'un même *pater familias* :

At Rome the public policy which supported the privilege was ... against the corruption of the family – or quasi-family – relations which would ensue by making uncertain and suspicious what was assumed to demand the fullest confidence, *uberrima fides*. The policy which sought to conserve the *uberrima fides* was consciously deemed superior to that which sought the correct settlement of controversies or the punishment of offenders, with the one exception of treason.<sup>117</sup>

L'intérêt desservi épousait donc étroitement celui du plus haut représentant d'une maisonnée romaine, lequel détenait un pouvoir quasi absolu<sup>118</sup> sur les biens du « patrimoine familial » ainsi que les membres de la maisonnée, dont sa femme, ses enfants et la masse des esclaves.

Au cours de l'époque médiévale, la motivation première en était, selon toute vraisemblance, le sentiment de l'honneur ou de loyauté qui incombe au premier chef aux conseillers juridiques en raison des confidences qui leur auront été communiquées en raison de leur profession. Cette protection était en outre doublement limitée. D'une part, il s'agissait d'une stricte immunité ou d'inhabileté de témoigner sur les instructions données par le client et les services rendus à sa demande : les sociétés anciennes et médiévales n'étaient sans doute pas assez sophistiquées pour multiplier les occasions pouvant requérir une levée du privilège dans un contexte autre que l'administration de la preuve et dans un but autre que de faire témoigner les conseillers juridiques impliqués. D'autre part, il est loin d'être certain que le devoir de l'honneur entre *gentlemen* s'étendît, en Angleterre, hors des affaires civiles tombant sous la juridiction des tribunaux de l'*equity*. En ce qui concerne le devoir de loyauté des apprentis à leur maître, le compte-rendu de la décision *Gray v. Alport* (1611) a pris la peine de noter que l'obligation de discrétion des

---

<sup>117</sup> RADIN (1928), préc., note 73, 490.

<sup>118</sup> Sur cette question, lire : John CROOK, « Patria Potestas », (1967) 17-1 *The Classical Quarterly* 113; Richard SALLER, « *Patria potestas* and the stereotype of the Roman family », (1986) 1-1 *Continuity & Change* 7; Emma JOHNSON, « Patriarchal Power in the Roman Republic: Ideologies and Realities of the Paterfamilias », (2006-07) 5 *Hirundo* 99.

apprentis envers leur maître ne serait reconnue par la Chancellerie qu'à deux conditions : l'obligation de discrétion doit être soulevée par les parties s'objectant aux témoignages des apprentis; de plus, cette obligation ne saurait s'appliquer « *in case of treason or felony, which concern the state of the realm and the public good* »<sup>119</sup>. Comme nous avons vu plus haut à la sous-section 1.2, sous la monarchie française également, les affaires criminelles constituaient une exception consacrée au respect du secret professionnel des conseillers juridiques. L'argument de l'honneur ou de la confiance seul ne suffit en effet pas en soi à consolider une dispense de témoigner, non plus qu'un privilège spécifique aux relations avocat-client plus qu'à toute autre relation de confiance (professionnelle)<sup>120</sup>. Après tout, peut-on reprocher à une personne de trahir la confiance d'une autre alors que la divulgation des « confidences » aura été ordonnée par une cour de justice sous peine d'outrage<sup>121</sup> ? Et s'il suffisait à une communication d'avoir été faite sous le sceau du secret pour qu'elle échappe à l'œil scrutateur de la Cour, s'il était permis aux parties d'ainsi tracer à leur guise les contours de l'enquête judiciaire, la recherche de la vérité par la voie de la justice serait indûment entravée.

L'exercice de la rationalisation du secret professionnel du juriste en tant que privilège<sup>122</sup> doit alors se fonder sur des motifs d'intérêt public qui transcendent une simple relation de confiance entre personnes privées. En effet, de la conception « médiévale » de l'obligation au secret professionnel comme épousant l'intérêt de certains groupes privilégiés dans des causes civiles ne mettant guère en cause l'ordre public ni la paix du royaume, le secret professionnel en viendrait à être reconnu comme un droit au bénéfice d'individus, dont la protection s'imposerait surtout dans le contexte d'ordre public – opposant l'individu à l'État – des affaires criminelles et pénales<sup>123</sup>. Cette

---

<sup>119</sup> *Gray v. Alport*, (Ex. 1611) LI MS. Maynard 21, fo. 139v, pl. 1, reproduit dans BRYSON, vol. I (2001), préc., note 57, p. 394.

<sup>120</sup> Aussi HO (1995), préc., note 68, 565 : « If the purpose of the privilege is to protect trust and confidence, it should cover all confidential communications. »

<sup>121</sup> Cf. *Duchess of Kingston's Case* (1776), préc., note 79, 573, cité dans MENDELSON (2012), préc., note 78, 483 :

If a surgeon was voluntarily to reveal these secrets, to be sure, he would be guilty of a breach of honour, and of great indiscretion; but, to give that information in a Court of justice, which by the law of the land he is bound to do, will never be imputed to him as any indiscretion whatever.

<sup>122</sup> Cf. *B & Ors v. Auckland District Law Society (New Zealand)*, [2003] U.K.P.C. 38, par. 67 : « Their Lordships agree that privilege is a right to resist the compulsory disclosure of information. »

<sup>123</sup> Cf. *R. v. Lee Kun*, [1916] 1 K.B. 337, 341 (lord Reading C.J.) cité et traduit dans *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951, 965 et 966 [ci-après « *Tran* (1994) »] :

[TRADUCTION] (...) le procès d'une personne accusée d'une infraction criminelle n'est pas un concours d'intérêts privés ... La poursuite de criminels et l'application du droit criminel concernent l'État. Tout citoyen a intérêt à ce que les personnes ne soient déclarées coupables de crimes et ne soient

protection implique l'autonomisation de l'individu comme sujet et non plus un simple objet de droit manipulable au bon plaisir de Sa Majesté. Elle est le fruit d'une longue maturation historique pouvant être retracée jusqu'aux luttes politiques ayant accompagné l'édification de la monarchie constitutionnelle anglaise, marquées par une limitation progressive des prérogatives et pouvoirs royaux afin d'aménager une marge de liberté et d'autodétermination à ses barons (*cf. Magna Carta*), puis à tout sujet anglais (*cf. Déclaration des droits* de 1689).

Une protection dans l'intérêt de l'individu le sera par ailleurs dans l'intérêt de la justice en ce sens qu'elle servira à maintenir la confiance du public dans son administration ainsi qu'à préserver les valeurs cardinales chapeautées par l'État de droit, suivies de près par l'ensemble des droits constitutionnels reconnus au bénéfice premier des personnes sur qui s'exerce le pouvoir coercitif de l'État dans la poursuite des infractions criminelles et pénales portant atteinte à la moralité et à l'ordre publics.

Au lendemain de la guerre de l'Indépendance, la Déclaration américaine des droits garantit également à ses citoyens un périmètre de sécurité à l'égard de l'État Léviathan, dont la liberté de s'exprimer, le droit à la protection contre toute perquisition ou saisie déraisonnable concernant leur personne, leur domicile ainsi que les biens ou documents leur appartenant, de même que le droit à une procédure criminelle et pénale équitable (*due process of law*). Cette procédure équitable comprend le droit d'être informé de la nature des accusations portées à son encontre, d'être confronté aux témoins à charge, de citer des témoins à décharge ainsi que de bénéficier de l'assistance d'un avocat pour sa défense (VI<sup>e</sup> amendement) :

#### **Sixth Amendment**

In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation, to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.

#### **VI<sup>e</sup> amendement (traduction française)**

Dans toutes poursuites criminelles, l'accusé aura le droit d'être jugé promptement et publiquement par un jury impartial de l'État et du district où le crime aura été commis – le district ayant été préalablement délimité par la loi –, d'être instruit de la nature et de la cause de l'accusation, d'être confronté avec les témoins à charge, de disposer de moyens légaux pour contraindre la comparution des témoins à décharge, et d'être assisté d'un conseil pour sa défense.

---

privées de leur vie ou de leur liberté que si elles sont jugées conformément aux garanties que la loi prend tant de soin à offrir.



Au Canada, bien avant l'adoption de la Charte canadienne (1982), la **Déclaration fédérale des droits (1960)** oriente l'interprétation des lois fédérales dans le sens du respect de l'équité procédurale, c'est-à-dire comme ne devant pas, sauf stipulations expresses, priver une personne arrêtée ou détenue :

- (i) du droit d'être promptement informée des motifs de son arrestation ou de sa détention,
- (ii) du droit de retenir et constituer un avocat sans délai, ou
- (iii) du recours par voie d'*habeas corpus* pour qu'il soit jugé de la validité de sa détention et que sa libération soit ordonnée si la détention n'est pas légale;<sup>124</sup>

À la suite du rapatriement de notre Constitution, les mêmes droits ont également été enchâssés notamment à l'article 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), qui se lit comme suit :

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention :
- a) d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention;
  - b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;
  - c) de faire contrôler, par *habeas corpus*, la légalité de sa détention et d'obtenir, le cas échéant, sa libération.<sup>125</sup>

La reconnaissance constitutionnelle de ces droits fondamentaux scelle cette sphère d'autonomie concédée à tout sujet de droit et achève, en quelque sorte, sa lutte d'émancipation face à l'exercice discrétionnaire du pouvoir absolu de l'État. Par implication nécessaire, cette émancipation de l'individu ne pourrait se concrétiser qu'en lui concédant une zone de non-ingérence par l'État dans sa relation avec ses conseillers juridiques. Cette relation trouve sa raison d'être dans la légitimité de l'État de droit lui-même : il serait inéquitable de priver l'individu de son arme de défense, en faisant obstacle à sa connaissance sur la manière dont les règles de droit ont vocation à s'appliquer à son cas d'espèce. Que le droit de punir implique le droit de se défendre, vaut *a fortiori* dans le contexte des affaires criminelles, où la puissance publique exerce ou s'apprête à exercer son pouvoir coercitif contre un individu soupçonné de menacer l'ordre public. Cette nécessité de non-ingérence dans l'accès au droit distingue le secret professionnel du juriste de tous autres droits au secret ou obligations de confidentialité. Comme nous le rappelle le juge en chef Lamer de la Cour suprême du Canada (1991) : « La protection à première vue des communications entre l'avocat et son client est fondée sur le fait que les rapports et les communications entre l'avocat et son client

---

<sup>124</sup> *Déclaration canadienne des droits*, préc., note 14, art. 2(c).

<sup>125</sup> *Charte canadienne*, préc., note 14, art. 10.

sont essentiels au bon fonctionnement du système juridique. Pareilles communications sont inextricablement liées au système même qui veut que la communication soit divulguée. »<sup>126</sup>

L'intérêt de justice subsume en effet cette « trilogie d'intérêts » qu'évoquait Jean-Louis Baudouin, soit « l'intérêt du client (...) ou de celui qui a fait des révélations, l'intérêt du professionnel et à travers lui celui de la profession dont il est membre et enfin, celui de la justice »<sup>127</sup> :

Celui qui se confie à un autre dans le but d'obtenir une aide physique, matérielle ou morale tout d'abord a un intérêt certain à ce que les renseignements ou informations qu'il accepte de dévoiler dans ce but ne sortent pas du cercle restreint de la confidentialité.

Le confident et la profession à laquelle il appartient ont eux aussi un intérêt à la préservation du secret professionnel. Dans bien des cas, en effet, une divulgation franche et entière par le client est indispensable à l'exercice même de la profession. Le professionnel, qu'il soit avocat, médecin ou autre, doit s'efforcer de maintenir un climat de confiance et l'organisme professionnel dont il dépend doit prendre les mesures nécessaires pour s'assurer de son existence et de sa sauvegarde.

Enfin, devant les tribunaux de l'ordre civil ou criminel, un principe fondamental exige la divulgation et la production de toute preuve pertinente au litige et susceptible d'aider à établir la vérité. Seules des circonstances exceptionnelles justifient la justice de faire exception à cette règle et de renoncer à la découverte pleine et entière de la vérité pour des raisons d'intérêt supérieur. Il en est ainsi en matière de secret professionnel, mais seulement pour un nombre limité de professions et dans une série d'hypothèses restreintes.<sup>128</sup>

Aujourd'hui, plusieurs commentateurs relèvent la nécessité de maintenir la confiance du client comme justificatif premier du droit au respect du secret professionnel<sup>129</sup>. Sur un plan éthique en effet, « l'indiscrétion et le manquement à la parole donnée comportent quelque chose de moralement répréhensible, au même titre, par exemple, que le mensonge »<sup>130</sup>. Cette préoccupation fait écho aux raisons historiques avancées tant par les juges de *common law* que de tradition civiliste sur l'honneur des professionnels dépositaires des secrets d'autrui. La confiance du client est cependant une conséquence, plutôt que la source première, du droit au respect du secret

---

<sup>126</sup> *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, 289 [*Gruenke* (1991)]. Par contraste, d'autres communications privilégiées, comme les communications religieuses, ne sont pas, malgré leur importance sociale « inextricablement liées au système de justice de la même manière que le sont certainement les communications entre l'avocat et son client » (*Id.*, 289).

<sup>127</sup> Jean-Louis BAUDOUIN, « Le secret professionnel en droit québécois et canadien », (1974) 5-1 *R.G.D.* 7, 9 [ci-après « BAUDOUIN (1974) »].

<sup>128</sup> *Id.*, 9.

<sup>129</sup> Yves-Marie MORISSETTE et Daniel W. SHUMAN, « Le secret professionnel au Québec : une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve », (1984) 25 *C. de D.* 501, 512 [MORISSETTE et SHUMAN (1984)] : « Selon une part importante de la doctrine contemporaine, le principal fondement du secret professionnel résiderait en ceci qu'il assure la plus complète confiance entre le praticien et son client. »

<sup>130</sup> *Id.*, 511.

professionnel. Cette confiance n'existe que dans la mesure où une protection forte de confidentialité a été garantie non pas nécessairement par les tribunaux ou la loi, mais par le conseiller juridique lui-même. Même en l'absence d'immunités législatives ou judiciaires, un conseiller juridique pourrait tout de même maintenir une relation de confiance avec son client en spécifiant d'avance<sup>131</sup> la portée de la confidentialité et ses obligations de divulgation / dénonciation, le cas échéant. La nécessité de préserver une zone de confidentialité dans le cadre de certaines relations professionnelles doit donc se justifier à l'aune d'un intérêt plus grand que la simple confiance des individus sollicitant une assistance professionnelle, celui de maintenir la confiance du public – y compris des personnes sollicitant les services d'un conseiller juridique – dans l'État de droit et l'administration de la justice.

## **2.2. De l'intérêt de la justice à l'autonomie de la personne**

À ce référentiel premier centré sur la volonté du souverain<sup>132</sup> ou l'honneur de la classe dirigeante est dorénavant substituée la primauté du droit au sein des sociétés démocratiques. Aujourd'hui, le devoir premier des avocats est d'assurer le maintien de l'État de droit : dès lors que « la puissance publique doit être soumise au droit »<sup>133</sup> au même titre que tout autre individu, la fonction d'avocat emporte l'obligation de défendre, au nom du droit, un citoyen contre un exercice arbitraire ou abusif de la puissance publique, voire d'en encadrer l'exercice dans l'intérêt du citoyen et par ricochet, de la société. C'est ainsi qu'on a pu faire évoluer un privilège qui avait vocation à s'appliquer uniquement dans des procédures autres que criminelles, en un droit au respect du secret professionnel de l'avocat dont la justification se trouve renforcée au cours d'investigations de nature criminelle susceptibles d'emporter des conséquences préjudiciables sur les libertés et droits fondamentaux des personnes.

Il est ainsi possible de rattacher le respect du secret professionnel de l'avocat à un ensemble de droits constitutionnels bénéficiant principalement aux personnes faisant face au système de justice criminel et pénal, dont la présomption d'innocence (2.2.1), le droit au silence (2.2.2), la protection

---

<sup>131</sup> Comme le faisait la Dr. Jennifer Melfi de la série télévisée d'HBO *Les Sopranos*.

<sup>132</sup> Voir notamment IVES (1983), préc., note 56, p. 233 et 34 : « Judges were royal officers; their accepted duty was to support the king. This did not imply that they had to countenance injustice; as well as the more material interests of the crown they had to guard its reputation as the fount of justice. But open subversion of royal policy was out of the question. »

<sup>133</sup> Renaud DENOIX DE SAINT MARC, *L'État*, coll. « Que sais-je? », Presses Universitaires de France, 2016, p. 33.

contre l'auto-incrimination (2.2.3), le droit à l'avocat (2.2.4) ainsi que, d'une manière générale, le respect du droit à la vie privée (2.2.5).

### 2.2.1. Présomption d'innocence

Tout d'abord, le droit au respect du secret professionnel de l'avocat s'aligne sur la présomption d'innocence des personnes à qui l'État reproche la commission d'une infraction pénale et criminelle attentatoire à l'ordre public. En rétrospective, ce que les juristes du *Commonwealth* considèrent désormais comme le « fil d'or du droit criminel anglais »<sup>134</sup> est en réalité un produit des Lumières. La première formulation explicite de ce principe se trouverait dans la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, un document juridique de tradition civiliste<sup>135</sup>. De l'autre côté, les chercheurs ne sont parvenus à retracer aucune articulation explicite du principe « innocent jusqu'à preuve du contraire » dans les décisions et traités de jurisprudence anglais d'avant 1800<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> Empruntant l'expression célèbre du vicomte Sankey L.C. dans *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] U.K.H.L. 1, A.C. 462 :

Throughout the web of the English Criminal Law one golden thread is always to be seen, that it is the duty of the prosecution to prove the prisoner's guilt subject to what I have already said as to the defence of insanity and subject also to any statutory exception. If, at the end of and on the whole of the case, there is a reasonable doubt, created by the evidence given by either the prosecution or the prisoner, as to whether the prisoner killed the deceased with a malicious intention, the prosecution has not made out the case and the prisoner is entitled to an acquittal. No matter what the charge or where the trial, the principle that the prosecution must prove the guilt of the prisoner is part of the common law of England and no attempt to whittle it down can be entertained.

<sup>135</sup> *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, art. 9 : « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi. »

<sup>136</sup> Ni le *Magna Carta* de 1215, ni la Déclaration des droits anglaise de 1689, ni la Déclaration d'indépendance ou la Constitution américaine, ni les grands juristes anglais Bracton, Coke ou Blackstone, n'y font mention. Voir Kenneth PENINGTON, « Innocent Until Proven Guilty: The Origins of a Legal Maxim », (2003) 63 *The Jurist* 106, 107.

À partir du XIX<sup>e</sup> siècle, la présomption d'innocence – consacrée dorénavant dans plusieurs instruments internationaux<sup>137</sup> et domestiques<sup>138</sup> – servira de fil conducteur sous-tendant la reconnaissance d'un ensemble de libertés et droits fondamentaux aux personnes accusées pour leur assurer un processus d'enquête et de condamnation équitable, dont le droit au silence, la protection contre l'auto-incrimination et le droit à l'avocat. Comme nous en discuterons plus amplement ci-dessous, l'existence de ces garanties procédurales ne peut se concrétiser qu'en redonnant aux personnes accusées une marge de liberté et de confidentialité dans les échanges tenus avec leur conseiller juridique<sup>139</sup>.

## 2.2.2. Droit au silence

Sans articuler explicitement le droit à une présomption d'innocence, les tribunaux anglais auraient été très tôt sensibilisés à l'importance de ne pas tirer une inférence négative du silence d'un accusé<sup>140</sup>. Le caractère peu fiable des aveux / confessions extrajudiciaires de même que des témoignages forcés fit prévaloir la nécessité d'un droit au silence sur l'obligation de s'expliquer<sup>141</sup> dans l'intérêt, également, de l'administration de la justice.

---

<sup>137</sup> *Déclaration universelle des droits de l'homme*, 10 décembre 1948, art. 11(1) : « Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées. » [ci-après « **Déclaration universelle des droits de l'homme (1948)** »]; *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. no 5, art. 6(2) [ci-après « **Convention européenne des droits de l'homme (1950)** »] : « Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. » *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, art. 14(2) : « Toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. » [ci-après « **Pacte international des droits civils et politiques (1966)** »]

<sup>138</sup> **États-Unis** : *Coffin v. United States*, (1895) 156 U.S. 432; **Canada** : Charte canadienne, préc., note 14, art. 11d) : « Tout inculpé a le droit (...) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable; » **Québec** : Charte québécoise, préc., note 14, art. 33 : « Tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que la preuve de sa culpabilité ait été établie suivant la loi. »

<sup>139</sup> Voir notamment NATIONS UNIES – Comité des droits de l'homme, *Pacte international relatif aux droits civils et politiques – Observation générale no 32 : Article 14. Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable*, CCPR/C/GC/3223, août 2007, par. 32 et 34. Aussi HO (1995), préc., note 68, 593 :

The theoretical justification for the privilege is better conceived as grounded in this principle of process fairness (...): *given the necessity of access to legal assistance and representation to the upholding of a person's legal rights, the seeking of such access must not thereby deprive that person of (other) procedural rights and safeguards to which he is entitled and consequently prejudice the judicial determination of his substantive rights.* [italiques dans l'original; références omises]

<sup>140</sup> Sur cette question, lire : H. Ansgar KELLY, « The Right to Remain Silent: Before and After Joan of Arc », (1993) 68-4 *Speculum* 992; Leonard W. LEVY, « The Right Against Self-Incrimination: History and Judicial History », (1969) 84-1 *Political Science Quarterly* 1.

<sup>141</sup> Gregory W. O'REILLY, « England Limits the Right to Silence and Moves Towards an Inquisitorial System of Justice », (1994) 85-2 *J. Criminal Law & Criminology* 402, 421; Lisa Kern GRIFFIN, « Silence, Confessions, and the New Accuracy Imperative », (2016) 65 *Duke Law J.* 697.

En droit anglais contemporain, le droit au silence ne renvoie pas tant à un droit précis qu'à un éventail disparate d'immunités dont la nature comme la portée diffèrent. Comme la Chambre des Lords (1993) nous l'a rapporté avec justesse :

I turn (...) to "the right of silence." This expression arouses strong but unfocused feelings. In truth it does not denote any single right, but rather refers to a disparate group of immunities, which differ in nature, origin, incidence and importance, and also as to the extent to which they have already been encroached upon by statute. Amongst these may be identified:

- (1) A general immunity, possessed by all persons and bodies, from being compelled on pain of punishment to answer questions posed by other persons or bodies.
- (2) A general immunity, possessed by all persons and bodies, from being compelled on pain of punishment to answer questions the answers to which may incriminate them.
- (3) A specific immunity, possessed by all persons under suspicion of criminal responsibility whilst being interviewed by police officers or others in similar positions of authority, from being compelled on pain of punishment to answer questions of any kind.
- (4) A specific immunity, possessed by accused persons undergoing trial, from being compelled to give evidence, and from being compelled to answer questions put to them in the dock.
- (5) A specific immunity, possessed by persons who have been charged with a criminal offence, from having questions material to the offence addressed to them by police officers or persons in a similar position of authority.
- (6) A specific immunity (at least in certain circumstances, which it is unnecessary to explore), possessed by accused persons undergoing trial, from having adverse comment made on any failure (a) to answer questions before the trial, or (b) to give evidence at the trial.<sup>142</sup>

Au Canada, le droit au silence tel que codifié au paragraphe 11c) et à l'article 7 de la Charte canadienne<sup>143</sup> est aussi un droit susceptible de s'appliquer dans une multitude de situations ayant comme point commun la possibilité d'infliger des sanctions pénales ou criminelles à la personne en conséquence de ce qu'elle a communiqué, directement ou indirectement, à l'autorité chargée de l'application de la loi. Dans un contexte criminel et pénal, le droit au silence serait aujourd'hui reconnu dans au moins 108 juridictions à travers le monde<sup>144</sup>, sujet aux différences sur la portée et les circonstances de son application. Les mises en situation classiques impliquent le droit de ne pas collaborer aux enquêtes policières ainsi que lors de toute procédure ou examen initié par des

---

<sup>142</sup> *R. v. Director of Serious Fraud Office, Ex parte Smith*, [1993] A.C. 1, [1992] 3 All E.R. 456.

<sup>143</sup> Charte canadienne, préc., note 14, art. 11c) : « Tout inculpé a le droit (...) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche; » Aussi, l'article 7 de la Charte canadienne offre une protection résiduelle aux personnes arrêtées ou détenues s'étendant au-delà du cadre strict des procédures criminelles et pénales : *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151.

<sup>144</sup> LAW LIBRARY OF CONGRESS, *Miranda Warning Equivalents Abroad*, Federation of American Scientists, mai 2016, en ligne : <<https://fas.org/sgp/eprint/miranda.pdf>>.

organes administratifs dont l'objet prédominant consisterait à établir la responsabilité pénale d'un individu<sup>145</sup>.

De son côté, la rationalisation du privilège avocat-client à partir du droit au silence reposerait sur une fiction juridique, qui considère les informations communiquées par l'accusé à son avocat en vue d'obtenir un conseil juridique comme une extension de la personne de l'accusé. Selon cette théorie de l'alter ego<sup>146</sup>, ce qu'une personne communique à son avocat est présumé constituer le strict nécessaire en vue d'obtenir un conseil juridique sur l'exercice de ses droits devant les juridictions pénales et criminelles. En reconnaissant le caractère indispensable du conseil juridique pour concrétiser la protection des droits d'un accusé, l'État ne pourrait pas demander indirectement ce que l'accusé avait légitimement refusé de lui communiquer en se prévalant de son droit au silence devant les juridictions pénales et criminelles. Comme nous le verrons à l'instant, le privilège avocat-client peut être associé à la protection contre l'auto-incrimination d'une manière similaire.

### **2.2.3. Protection contre l'auto-incrimination**

En Angleterre, la reconnaissance formelle d'une protection contre l'auto-incrimination au cours du XVII<sup>e</sup> siècle s'est inscrite en réaction contre les abus de pouvoir inquisitorial perpétrés dans la tristement célèbre Chambre étoilée<sup>147</sup>. Au Canada ainsi qu'aux États-Unis, la protection contre l'auto-incrimination est inscrite nommément en tant qu'un droit constitutionnel distinct du droit au silence, respectivement au V<sup>e</sup> Amendement de la Constitution américaine, à l'article 13 de la

---

<sup>145</sup> *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757 [ci-après « *Jarvis* (2002) »].

<sup>146</sup> *Annesley v. Anglesea*, (1743) 17 How. St. Tr. 1139 (Ex.), 1225 : « In pleading, it is 'ponit in loco suo attorney', the attorney is as himself. And it is contrary to the rules of natural justice and equity, that any man should betray himself. » Aussi HO (1995), préc., note 68, 568 : « On this theory, the privilege is a reflection of the unification of their legal personalities: evidence cannot be obtained from the client indirectly through his lawyer; (...) » John T. NOONAN, « The Lawyer Who Overidentifies with His Client », (2001) 76 *Notre Dame L. Rev.* 825, 827 : « The attorney-client privilege is, in other words, a logical extension of the privilege against self-incrimination. As a person should not be forced to act so unnaturally as to testify against himself, so a person's attorney – who is as himself – should not be forced. The key to the argument is the identification of client with lawyer. »

<sup>147</sup> 8 WIGMORE, *Evidence*, préc., note 53, p. 267 et s. M.R.T. MACNAIR, « The Early Development of the Privilege against Self-Incrimination », (1990) 10-1 *Oxford J. Legal Studies* 66; cf. Daniel L. VANDE ZANDE, « Coercive Power and the Demise of the Star Chamber », (2008-10) 50-3 *American J. Legal History* 326.

Charte canadienne<sup>148</sup>, de même qu'à l'article 33.1 de la Charte québécoise<sup>149</sup>. Cette protection en faveur des témoins qui pourront être accusés en raison de leurs témoignages est intimement liée au droit au silence des personnes accusées, à telles enseignes que certaines juridictions la considèrent comme une sous-composante ou corollaire du droit plus général au silence face aux autorités chargées de l'application de la loi. Comme le juge Lamer (plus tard juge en chef) de la Cour suprême du Canada l'a relevé à au moins une occasion :

[16] (...) [L]’objet de l’art. 13 lorsqu’il est interprété dans le contexte des al. 11c) et d), est de protéger les individus contre l’obligation indirecte de s’incriminer, pour veiller à ce que la poursuite ne soit pas en mesure de faire indirectement ce que l’al. 11c) interdit. Cet article garantit le droit de ne pas voir le témoignage antérieur d’une personne utilisé pour l’incriminer dans d’autres procédures.<sup>150</sup>

Un témoignage incriminant s’entend d’un témoignage qui pourrait être utilisé « pour démontrer la culpabilité du témoin, c’est-à-dire pour prouver ou pour l’aider à prouver l’un ou plusieurs des éléments constitutifs de l’infraction reprochée au témoin lors de son procès ultérieur »<sup>151</sup>. Aux États-Unis, la protection constitutionnelle contre l’auto-incrimination appelle un ensemble de garanties procédurales, à commencer par l’obligation d’information des agents chargés de l’application de la loi dès le moment de l’arrestation ou de la détention. Elle a été à la base de ce qui est communément connu comme l’avertissement Miranda, consistant essentiellement à informer toute personne arrêtée ou mise en détention de son droit au silence ainsi que de son droit à l’assistance de l’avocat, préalablement à tout interrogatoire dont les déclarations pourront être retenues contre elle au procès<sup>152</sup>.

---

<sup>148</sup> Charte canadienne, préc., note 14, art. 13 : « Chacun a droit à ce qu’aucun témoignage incriminant qu’il donne ne soit utilisé pour l’incriminer dans d’autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires. »

<sup>149</sup> Charte québécoise, préc., note 14, art. 33.1 : « Nul accusé ne peut être contraint de témoigner contre lui-même lors de son procès. »

<sup>150</sup> *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, par. 16 [ci-après « *Dubois* (1985) »].

<sup>151</sup> *R. c. Nedelcu*, 2012 CSC 59, [2012] 3 R.C.S. 311, par. 9.

<sup>152</sup> *Miranda v. Arizona*, (1966) 384 U.S. 436, 444 et 445 [ci-après « *Miranda* (1966) »] :

Prior to any questioning, the person must be warned that he has a right to remain silent, that any statement he does make may be used as evidence against him, and that he has a right to the presence of an attorney, either retained or appointed. The defendant may waive effectuation of these rights, provided the waiver is made voluntarily, knowingly and intelligently. If, however, he indicates in any manner and at any stage of the process that he wishes to consult with an attorney before speaking there can be no questioning. Likewise, if the individual is alone and indicates in any manner that he does not wish to be interrogated, the police may not question him. The mere fact that he may have answered some questions or volunteered some statements on his own does not deprive him of the right to refrain from answering any further inquiries until he has consulted with an attorney and thereafter consents to be questioned.



Outre l'admissibilité restrictive des confessions faites aux personnes en situation d'autorité, le droit constitutionnel contre l'auto-incrimination comprend par ailleurs une immunité (partielle) contre l'utilisation de la preuve dérivée, de manière à empêcher l'utilisation des témoignages incriminants « directement comme élément de preuve contre [les témoins], ou indirectement comme moyen de rassembler des éléments de preuve dérivée de nature incriminante »<sup>153</sup>.

Au reste, un raisonnement analogue relie le privilège avocat-client au droit au silence comme à la protection contre l'auto-incrimination. Nous référant à l'expression célèbre du juge LeBel de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Maranda* (2003)<sup>154</sup> – auquel nous aurons l'occasion de revenir –, il importe que le cabinet d'un avocat de la défense ne devienne un « dépôt d'archives au service de la poursuite »<sup>155</sup>.

De nos jours, ce privilège de ne pas témoigner s'étend aux audiences des commissions d'enquête<sup>156</sup> ainsi que lors de toute procédure susceptible d'aboutir à des sanctions punitives telles les poursuites pour infractions pénales réglementaires et disciplinaires<sup>157</sup>. Il peut également être invoqué dans le cadre d'une instance civile lorsque le témoignage sollicité est susceptible d'incriminer le témoin, en menant directement au dépôt d'accusations criminelles ou en constituant un motif suffisant pour déclencher une enquête criminelle : lors d'instances autres que criminelles et pénales, il s'agit cependant moins d'un droit de ne pas témoigner qu'un droit à protection contre l'utilisation d'un témoignage auto-incriminant<sup>158</sup>. Cela étant, la protection contre l'auto-incrimination n'équivaut

---

<sup>153</sup> *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, 469 (j. en chef Lamer) [ci-après « *S. (R.J.)* (1995) »].

<sup>154</sup> *Maranda c Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 RCS 193 [ci-après « *Maranda* (2003) »].

<sup>155</sup> *Id.*, par. 37.

<sup>156</sup> *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591; *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. Sarnia (Ville)*, [1998] 3 R.C.S. 3, par. 37; Voir par exemple *Loi sur les commissions d'enquête*, L.R.Q., c. C-37, art. 11 :

Quiconque refuse de prêter serment lorsqu'il en est dûment requis, ou omet ou refuse, sans raison valable, de répondre suffisamment à toutes les questions qui peuvent légalement lui être faites, ou de témoigner en vertu de la présente loi, commet un outrage au tribunal et est puni en conséquence.

Toutefois, nulle réponse donnée par une personne ainsi entendue comme témoin ne peut être invoquée contre elle dans une poursuite en vertu d'une loi, sauf le cas de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires. [nos soulignés]

<sup>157</sup> *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, par. 16 : « Les droits garantis par l'art. 11 de la *Charte* peuvent être invoqués par les personnes que l'état poursuit pour des infractions publiques comportant des sanctions punitives, c.-à-d. des infractions criminelles, quasi criminelles et de nature réglementaire, qu'elles aient été édictées par le gouvernement fédéral ou par les provinces. »

<sup>158</sup> *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 5 [ci-après « *Loi sur la preuve au Canada* »] :

pas à une immunité complète en matière civile. La rationalisation du privilège avocat-client au nom de la protection constitutionnelle contre l'auto-incrimination ou du droit au silence ne suffit donc pas à justifier l'existence du privilège en dehors d'un contexte criminel et pénal. Le privilège-avocat-client, de même que l'ensemble des règles déontologiques encadrant la relation d'un avocat avec son client, s'inscrit plus directement en ligne avec le « droit à l'avocat » tel que consacré dans plusieurs instruments (inter)nationaux.

#### 2.2.4. Droit à l'avocat

Alors que la Cour de la Chancellerie britannique articulait, au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, la raison d'être du privilège avocat-client dans l'intérêt de la justice et de son administration, il est par ailleurs possible de rattacher le privilège comme faisant partie intégrante du droit à l'assistance d'un avocat reconnu à toute personne accusée, et même avant le dépôt d'accusations, alors que la personne est simplement arrêtée ou détenue.

Bien avant l'avènement de la Charte canadienne (1982), le droit à l'assistance d'un avocat avait été reconnu depuis longtemps comme un droit fondamental en *common law*. Comme nous le rappelle la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Robillard* (1986) : « The right of an accused to retain and instruct counsel of his choice has long been recognized as a fundamental right at common law and is now inferentially entrenched in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by ss. 7, 10(b) and 11(d). »<sup>159</sup>

- 
- (1) Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit.
  - (2) Lorsque, relativement à une question, un témoin s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi ou toute loi provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors, bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d'une loi provinciale forcé de répondre, sa réponse ne peut être invoquée et n'est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage ou pour témoignage contradictoire.

Voir aussi *Code de procédure civile* (Québec), L.R.Q., c. C-25.01, art. 285 [ci-après « *Code de procédure civile* (Québec) »] : « Le témoin ne peut refuser de répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou à l'exposer à une poursuite de quelque nature que ce soit; sa réponse ne pourra servir contre lui, sauf le cas de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires. »

<sup>159</sup> *R. v. Robillard*, (1986) 28 C.C.C. (3d) 22, 26 (O.N.C.A.) [italiques dans l'original].

Selon une lecture combinée des versions anglaise et française du paragraphe 10*b*) de la Charte canadienne (1982)<sup>160</sup>, ce droit à l’avocat sous-tend un rapport communicationnel bilatéral : d’un côté, le droit d’informer l’avocat de sa situation et, de l’autre côté, le droit d’obtenir l’assistance de ce dernier<sup>161</sup>. Au moment de l’arrestation ou de la détention, les policiers doivent donner à l’accusé une possibilité raisonnable d’exercer son droit à l’avocat de son choix<sup>162</sup> avec l’obligation corrélative, le cas échéant, de surseoir à l’enquête sauf urgence<sup>163</sup>. Un droit effectif suppose par ailleurs un droit limité aux services d’un avocat rémunéré par l’État – que ce soit dans le cadre d’un programme d’aide juridique ou via une requête de type *Rowbotham* – dans les cas où un accusé n’aurait pas les moyens financiers d’assumer sa défense ou ne serait pas admissible à l’aide juridique, alors que l’équité du procès commande la nécessité d’une représentation par avocat<sup>164</sup>. Il en va de même aux États-Unis, où la Cour suprême a reconnu, dans l’arrêt *Gideon v. Wainwright* (1963)<sup>165</sup>, que le droit pour un accusé indigent d’être représenté par un avocat rémunéré par l’État fait partie intégrante de son droit constitutionnel à l’assistance d’un avocat au sens du VI<sup>e</sup> Amendement. Trois ans plus tard, l’arrêt *Miranda* (1966)<sup>166</sup> précisera qu’un exercice effectif du droit à l’assistance d’un avocat implique l’obligation pour les policiers d’informer les personnes de ce droit au moment de leur arrestation ou de leur mise en détention.

---

<sup>160</sup> Charte canadienne, préc., note 14, art. 10*b*) : « Chacun a le droit, en cas d’arrestation ou de détention (...) d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat et d’être informé de ce droit; »

<sup>161</sup> *Stevens c. R.*, 2016 QCCA 1707, par. 63 :

[63] Les textes ne sont pas incompatibles, mais participent, tous les deux, à l’expression d’un sens commun consacrant la plénitude du droit enchâssé par la *Charte*. Le droit à l’avocat comporte le droit d’informer l’avocat retenu de la situation dans laquelle on se retrouve (« the right to retain and instruct counsel ») et son corollaire, c’est-à-dire le droit de recevoir les conseils de l’avocat retenu (« le droit [...] à l’assistance de l’avocat »). Implicite dans le terme « assistance » est l’idée de donner des instructions à un avocat dans le cadre d’une relation avocat-client, cette dernière étant suggérée par le mot « instruct » en anglais. De la même manière, « to instruct counsel » implique aussi le fait de recevoir « assistance » d’un avocat, qu’évoque explicitement le texte français. Les deux versions linguistiques se combinent pour exprimer le rapport communicationnel avocat-client bilatéral qui est au cœur de ce droit consacré par la *Charte*.

<sup>162</sup> *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3.

<sup>163</sup> *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236.

<sup>164</sup> *R. v. Rowbotham*, (1988) 25 O.A.C. 321, 41 C.C.C. (3d) 1.

<sup>165</sup> *Gideon v. Wainwright*, (1963) 372 U.S. 335, renversant *Betts v. Brady*, (1942) 316 U.S. 455. Voir aussi Convention européenne des droits de l’homme (1950), préc., note 157, art. 6(3)c) : « Tout accusé a droit notamment à (...) se défendre lui-même ou avoir l’assistance d’un défenseur de son choix et, s’il n’a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d’office, lorsque les intérêts de la justice l’exigent; »

<sup>166</sup> *Miranda* (1966), préc., note 152.

Outre la Charte canadienne (1982), le droit à l'avocat est également pourvu dans d'autres dispositions statutaires fédérales, comme à l'égard des contrevenants adolescents<sup>167</sup>. Par renvoi à la nécessité de se conformer aux principes de justice fondamentale de l'article 7 de la Charte canadienne (1982), le droit à l'avocat a également été reconnu au Canada dans diverses instances susceptibles de porter atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité d'une personne, dont les instances touchant la garde des enfants<sup>168</sup> ainsi que lors d'audiences en immigration<sup>169</sup>. En effet, au-delà des droits enchâssés dans la Charte canadienne (1982) à l'intention des personnes arrêtées ou détenues dans un contexte pénal et criminel, l'exercice du pouvoir exécutif – y compris les administrations, le ministère public et les tribunaux quasi judiciaires – est par ailleurs soumis à un ensemble de règles élaborées au fil du temps par les tribunaux au nom de l'équité procédurale ou de la justice naturelle. L'obligation pour les décideurs tant judiciaires que quasi judiciaires et administratifs d'agir équitablement lors de leur prise de décision suppose la reconnaissance d'un ensemble de droits de participation reconnus aux justiciables, dont le droit à la communication de toute la preuve pertinente, le droit d'être entendu (*audi alteram partem*), le droit de présenter sa preuve et de faire valoir ses arguments, le droit à la tenue d'une audience, y compris le droit à l'avocat voire à l'assistance d'un interprète<sup>170</sup>.

Si l'inclusion du droit au respect du secret professionnel de l'avocat en tant que composante du droit à l'avocat pouvait être plaidée, l'équité procédurale – en tant qu'exigence constitutionnelle (principe de justice fondamentale enchâssé à l'article 7 de la Charte canadienne) – pêche par un excès de variabilité et une dépendance étroite au contexte particulier de chaque cas<sup>171</sup>, de sorte que « [l']existence de l'obligation d'équité (...) ne détermine pas quelles exigences s'appliqueront

---

<sup>167</sup> *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1, art. 146. Voir aussi *L.T.H.* (2008), préc., note 41, par. 2 :

[2] L'article 146 confirme, par voie législative, les règles de common law et les droits constitutionnels qui s'appliquent autant aux adultes qu'aux adolescents. Il précise, par exemple, qu'une déclaration faite à une personne en autorité par un adolescent n'est admissible en preuve contre ce dernier que si elle était volontaire. En outre, l'art. 146 réaffirme le droit de consulter un avocat, que consacre l'art. 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

<sup>168</sup> *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46.

<sup>169</sup> *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053.

<sup>170</sup> Charte canadienne, préc., note 14, art. 14, interprété comme s'appliquant aux procédures civiles et administratives dans *Tran* (1994) préc., note 123, 961; Aussi *Déclaration canadienne des droits*, préc., note 14, art. 2g); Charte québécoise, préc., note 14, art. 36. Sur le droit à l'interprète au Canada, lire : Gilles BERGERON, « L'interprétation en milieu judiciaire », (2002) 47-2 *Meta* 225.

<sup>171</sup> *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, 682.

dans des circonstances données »<sup>172</sup>. Ainsi, le droit à l’avocat n’est pas non plus absolu, mais doit s’apprécier à l’aune de la complexité de la cause, de l’importance des conséquences qu’emporte la décision sur le justiciable, des attentes légitimes, de même que les compétences du justiciable à se défendre lui-même. De manière générale, en matière civile et administrative, il n’existe pas, en droit canadien, « un droit général à l’assistance juridique dans tous les cas où un tribunal judiciaire ou administratif doit statuer sur des droits et obligations »<sup>173</sup>.

Au Québec, l’article 34 de la Charte québécoise reconnaît à « [t]oute personne » le droit à l’avocat devant « tout tribunal »<sup>174</sup> – un tribunal comprenant toute personne ou organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires, ainsi qu’un coroner et une commission d’enquête<sup>175</sup>. Comme le relève la Cour d’appel du Québec (1988),

[l]’article 34 de la Charte vise essentiellement à assurer qu’une personne dont les droits ou les intérêts sont impliqués dans un litige qui comporte une contestation devant une cour de justice soit pleinement et adéquatement équipée pour faire valoir ses moyens à l’appui de ses prétentions. C’est uniquement dans ce but et pour cette fin qu’elle a la faculté d’être représentée par un procureur qui parle en son nom.<sup>176</sup>

D’autres dispositions statutaires pourvoient, à l’égard de certains recours administratifs, un droit de représentation par autrui qui n’est pas nécessairement celui d’un avocat<sup>177</sup>. Le droit à l’assistance de l’avocat n’est donc pas nommément garanti dans toutes les situations où un citoyen est susceptible de requérir des conseils juridiques.

En tout état de cause, le droit à l’assistance d’un avocat suppose le droit – corrélatif – d’une libre communication avec ce dernier. Cette communication ne peut être vraiment libre qu’avec l’assurance d’une loyauté de son avocat, qui ne transmettra pas des informations incriminantes à l’État, et aussi de la puissance publique qui ne va pas pouvoir redemander à un avocat ce que l’accusé avait refusé de communiquer à l’État de plein gré. Le droit à l’avocat ne fonde pas que le

---

<sup>172</sup> *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 21 [ci-après « *Baker* (1999) »].

<sup>173</sup> *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873, par. 25. Sur cette question, voir aussi Emmanuelle BERNHEIM et Richard-Alexandre LANIEL, « Le droit à l’avocat, une histoire d’argent », (2015) 93 *R. du B. can.* 251.

<sup>174</sup> Charte québécoise, préc., note 14, art. 34.

<sup>175</sup> *Id.*, art. 56(1).

<sup>176</sup> *Léopold Property Consultants inc. c. D’Astous*, [1988] R.J.Q. 1798 (C.A.) [ci-après « *Léopold Property* (1988) »].

<sup>177</sup> *Loi sur la justice administrative*, préc., note 36, art. 102; *Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2017 CSC 56, [2017] 2 R.C.S. 488.

privilège avocat-client, mais sous-tend l'ensemble des règles déontologiques codifiées en vue de la protection du public et afin d'assurer une bonne administration de la justice. Ainsi, même s'il n'existe pas, en droit canadien, un droit constitutionnel à l'assistance juridique dans tous les domaines, il n'empêche qu'à chaque fois où l'aide d'un avocat est requise ou sollicitée, le secret professionnel de l'avocat devrait être respecté pour en garantir une assistance effective, par implication nécessaire.

### **2.2.5. Droit à la vie privée**

En matière civile et administrative, le secret professionnel de l'avocat peut en outre être appréhendé en tant qu'un sous-ensemble du droit au respect de la vie privée<sup>178</sup>. Par sa portée large et *a priori* indéterminée, le droit à la vie privée garantit aux personnes une protection à géométrie variable contre l'immixtion de l'État dans les affaires personnelles qui n'intéressent pas l'ordre public. Il a été conceptualisé dans la foulée de deux Révolutions industrielles ayant refaçonné en profondeur les paysages politiques, économiques et sociaux de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Dans leur article pionnier publié dans la revue de droit de Harvard<sup>179</sup>, les juristes américains Samuel Warren et Louis Brandeis (1890) relèvent les risques que pose l'invention de nouveaux procédés techniques de photographie et d'impression sur le droit de tout citoyen d'être laissé tranquille (« *right to be left alone* ») à l'avènement de la presse moderne. Ce droit pour tout citoyen d'être laissé tranquille, que les auteurs voient comme une extension logique du droit à l'intégrité de la personne et de sa propriété, pave la voie à la reconnaissance d'un droit à la vie privée (« *Right to Privacy* ») entendu comme cette sphère d'intimité relative aux affaires personnelles qui ne sont pas d'intérêt public et qui ne doivent pas être exposées au regard scrutateur du public ou aux pouvoirs de surveillance et d'enquête de l'État.

Assez tôt, la jurisprudence a reconnu que cette sphère d'intimité peut comprendre les relations professionnelles avocat-client. Dès 1947, la Cour suprême des États-Unis reconnaît que la permission d'examiner les dossiers constitués dans l'exercice des activités professionnelles d'un

---

<sup>178</sup> Voir aussi HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, « Developments in the Law: Privileged Communications », (1985) 98-7 *Harvard Law Rev.* 1450, 1480 et suiv.

<sup>179</sup> Samuel D. WARREN et Louis D. BRANDEIS, « The Right to Privacy » (1890) 4-5 *Harvard Law Rev.* 193.

avocat ne peut être accordée qu'avec soin afin de prévenir toute intrusion injustifiée dans la vie privée de l'individu<sup>180</sup>. Au Québec, la Cour d'appel (1988) précisera que

le droit d'un citoyen de consulter un avocat, de recevoir son assistance professionnelle et d'imposer son intervention à autrui en le constituant son mandataire (...) [découle] tout bonnement de la liberté accordée à tout individu de transiger, de traiter ses affaires comme il l'entend et de recourir à une aide technique ou professionnelle si le cœur lui en dit ou s'il y trouve son intérêt.<sup>181</sup>

Dans le contexte québécois, le droit au respect de la vie fait naître en effet une obligation corrélative de confidentialité, qui peut exister indépendamment de l'existence d'un secret professionnel mais qui, le cas échéant, le contient nécessairement :

[Il ne faut pas] confondre deux notions, proches l'une de l'autre, mais pourtant distinctes en droit, soit le secret professionnel et la confidentialité. Si le premier contient toujours, par nature, la seconde, l'inverse n'est pas vrai, en ce sens que l'obligation de confidentialité n'est pas exclusivement tributaire de l'existence d'un secret professionnel. Elle peut, en effet, exister en dehors de ce strict contexte. Le secret professionnel s'incarne seulement dans une relation professionnelle (avocat-client, médecin-patient, etc.) qui est totalement absente en l'espèce. Le D.P.J. [Directeur de la protection de la jeunesse] ne peut donc prétendre détenir le secret professionnel de personne. Par contre, il reste évidemment tenu à une obligation de confidentialité que lui impose la loi à l'égard de tous.<sup>182</sup>

La confidentialité dénote ainsi une zone d'intimité plus large que le secret professionnel. D'une part, à la différence du droit au respect de la vie privée qui est inhérent à toute personne, le respect du secret professionnel naît uniquement dans le cadre d'une relation professionnelle, au profit de la personne « qui sollicite un soutien professionnel »<sup>183</sup>. D'autre part, une information obtenue dans le cadre d'une relation professionnelle pourra ne pas être protégée par le secret professionnel tout en demeurant confidentielle pour un autre motif<sup>184</sup>.

---

<sup>180</sup> *Hickman v. Taylor*, (1947) 329 U.S. 495, 67 S.Ct. 385 [ci-après « *Hickman* (1947) »] : « Examination into a person's files and records, including those resulting from the professional activities of an attorney, must be judged with care. It is not without reason that various safeguards have been established to preclude unwarranted excursions into the privacy of a man's work. »

<sup>181</sup> *Léopold Property* (1988), préc., note 176.

<sup>182</sup> *D.(M.) c. D.(L.)*, [1998] R.J.Q. 1366 (C.A.). Aussi *Paul Revere, Compagnie d'assurance-vie c. Chainé*, [2000] R.J.Q. 1937 (C.Q.).

<sup>183</sup> Nicole VALLIERES, « Le secret professionnel inscrit dans la Charte des droits et libertés de la personne du Québec », (1985) 26 *C de D* 1019, 1021 [VALLIERES (1985)].

<sup>184</sup> MORISSETTE et SHUMAN (1984), préc., note 129, 509 et 510 : « On peut d'ailleurs concevoir des cas où le client fait au praticien des révélations qui n'entrent pas dans le cadre de la prestation professionnelle mais qui demeurent confidentielles sous un autre chef et dont la divulgation constituerait, par exemple, une atteinte à l'intimité. »

Malgré sa consécration quasi constitutionnelle à l'article 5 de la Charte québécoise<sup>185</sup> ainsi qu'une reconnaissance limitée à l'article 7 de la Charte canadienne<sup>186</sup> et par plusieurs instruments internationaux<sup>187</sup>, le respect de la vie privée bénéficie en général d'une protection moins robuste en raison du caractère intrinsèquement vague du champ d'application de la protection et des difficultés concrètes à délimiter ce qui fait partie ou non de la vie privée d'un individu. Comme l'ont relevé très justement certains commentateurs, la confidentialité n'est pas, comme telle, « une caractéristique inhérente d'une information (comme c'est le cas de son caractère sonore ou visuel, lettré ou chiffré, de son intelligibilité, etc.) »; une information le devient « en raison des circonstances et notamment par la manière dont elle parvient à la connaissance de son détenteur »<sup>188</sup>. Aussi, dans la mesure où les informations concernées se révèlent par ailleurs pertinentes à l'objet du litige, l'argument de la vie privée peut aisément céder le pas à la nécessité de divulguer tout ce qui serait susceptible d'éclairer les points litigieux et d'en faire avancer la résolution<sup>189</sup>.

Un autre élément contextuel d'importance est l'avènement de l'État réglementaire édictant des conditions normatives d'une précision et complexité croissantes à l'exercice de plusieurs activités et « s'ingérant » dans des relations professionnelles se tissant *a priori* entre parties privées. Ces conditions normatives réduisent les attentes raisonnables des administrés à la partie de leur vie privée qui se rattache à l'exercice des activités réglementées, vis-à-vis des organismes chargés de la conformité réglementaire dans l'exercice de leurs pouvoirs de contrôle autorisés. Nous assistons ainsi à une sorte de fragmentation de la vie privée des personnes qui voient la confidentialité de certains aspects de leur vie assurée ou écartée vis-à-vis de certaines personnes (autorisées)

---

<sup>185</sup> Charte québécoise, préc., note 14, art. 5 : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée. »

<sup>186</sup> *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, par. 237–239 (j. Wilson, conc.) [ci-après « *Morgentaler* (1988) »].

<sup>187</sup> Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), préc., note 137, art. 12; Convention européenne des droits de l'homme (1950), préc., note 137, art. 8; Pacte international des droits civils et politiques (1966), préc., note 137, art. 17.

<sup>188</sup> MORISSETTE et SHUMAN (1984), préc., note 129, 509.

<sup>189</sup> Dans le même sens, voir *Id.*, 513 :

Bien qu'on le perçoive désormais comme un droit fondamental, le droit au respect de la vie privée demeure forcément relatif. Lorsqu'il entre en conflit avec d'autres droits fondamentaux, comme celui qu'ont tous les justiciables de saisir un tribunal d'un litige réel, son intensité s'atténue. Son exercice peut même être qualifié d'abusif lorsque, par exemple, quelqu'un l'invoque pour faire obstacle à l'instruction d'un procès qu'il a lui-même provoqué. D'ailleurs, dans la protection qu'ils lui accordent, souvent au moyen de principes constitutionnels, les grands systèmes de droit occidentaux refusent généralement de sanctionner le droit au respect de la vie privée par une règle d'irrecevabilité universelle et inflexible.



seulement. Un employeur pourrait porter atteinte à certaines composantes de la vie privée de ses salariés uniquement dans la mesure nécessaire pour veiller au respect des obligations qui leur incombent à titre de salariés<sup>190</sup>. Les mêmes composantes ne seraient pas nécessairement accessibles à d'autres personnes, voire à des organismes administratifs lorsque les renseignements confidentiels en cause ne se recoupent pas avec les besoins d'une autre relation contractuelle ou avec le mandat de vérification et de contrôle de conformité. La vie privée des personnes morales, quoique reconnue en principe en droit canadien<sup>191</sup>, emporte une expectative raisonnable beaucoup moindre que celle des individus. Entre les personnes morales, différentes déclinaisons du droit à la confidentialité existent, selon la mission de l'organisme, le degré auquel ses activités sont réglementées et les personnes auxquelles les personnes morales ont une obligation légale ou contractuelle de rendre compte.

Comme nous le démontrerons ci-dessous, le secret professionnel du juriste, à la différence du droit à la vie privée, semble avoir été reconnu, voire consolidé au fil des ans indépendamment de sa pertinence aux questions en litige et de tout contexte.

## **B. Évolution normative du secret professionnel du juriste en droit canadien**

Après avoir passé en revue l'éventail des intérêts et droits interpellés par la nécessité de préserver une zone de confidentialité dans le cadre d'une relation professionnelle avocat-client, il convient de nous attarder sur la nature de ce privilège elle-même en rappelant les mutations normatives de ce concept en droit et devant les tribunaux canadiens.

Le résultat en est une évolution orientée vers un renforcement graduel mais décisif de la protection devant être accordée au secret professionnel du juriste par le biais de narratifs substitutifs accroissant le statut constitutionnel de cette protection : d'une simple communication privilégiée à la reconnaissance d'une présomption d'inadmissibilité (1), puis du privilège générique à un droit fondamental (2), puis du droit fondamental au « principe de justice fondamentale » – un concept *sui generis* en droit constitutionnel canadien (3).

---

<sup>190</sup> Sur cette question, lire : Geneviève BEAUDIN et Stéphane FILLION, « Les frontières entre la vie privée et la vie professionnelle : revue jurisprudentielle », (2013) 54-2 *C. de D.* 255; Christian BRUNELLE et Mélanie SAMSON, « L'exclusion de la preuve obtenue en violation du droit à la vie privée des salariés : à chacun sa vérité? », (2013) 54-2/3 *C. de D.* 223.

<sup>191</sup> *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425 [ci-après « *Thomson Newspapers* (1990) »].

## 1. Des communications simplement privilégiées

Dans son imposant traité sur le droit de la preuve, Wigmore a énoncé comme suit le principe général des communications privilégiées, connu depuis comme les quatre (4) critères du test de Wigmore dans les juridictions se réclamant de la tradition de *common law* :

[TRADUCTION] (1) Les communications doivent avoir été transmises *confidentiellement* avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées.

(2) Le *caractère confidentiel doit être* un élément *essentiel* au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties.

(3) Les *rapports* doivent être de la nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être *entretenus* assidûment.

(4) Le *préjudice* permanent que subiraient les rapports par la divulgation des communications doit être *plus considérable que l'avantage* à retirer d'une juste décision. [En italique dans l'original.]<sup>192</sup>

Les trois premiers critères aident à apprécier l'existence d'un privilège, « lorsque cela est indiqué », en énumérant les conditions constitutives d'un droit à la confidentialité. Le dernier et quatrième volet s'intéresse à l'exercice de pondération avec des motifs d'intérêt public militant pour la divulgation. C'est seulement dans la mesure où sont satisfaits les quatre critères qu'un privilège de confidentialité sera reconnu. Ces privilèges cherchent à préserver l'intégralité des relations<sup>193</sup> et constituent une exception au principe de production de tout élément de preuve pertinent dans une cour de justice. Certains tribunaux américains n'ont pas hésité à élever cette obligation de témoigner en justice au rang d'obligation constitutionnelle, par référence au droit de

---

<sup>192</sup> Gruenke (1991), préc., note 126, 284, traduction libre des quatre « critères de Wigmore » présentés dans 8 WIGMORE, *Evidence*, préc., note 53, p. 527, par. 2285 :

(1) The communications must originate in a *confidence* that they will not be disclosed.

(2) This element of *confidentiality must be essential* to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.

(3) The *relation* must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously *fostered*.

(4) The *injury* that would inure to the relation by the disclosure of the communications must be *greater than the benefit* thereby gained for the correct disposal of litigation.

Only if these four conditions are present should a privilege be recognized. [italiques dans l'original].

Après quelques tergiversations jurisprudentielles, la Cour suprême du Canada reconnaît, dans *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477 [ci-après « *National Post* (2010) »], que le test de Wigmore, offrant un cadre pratique pour apprécier, au gré des changements de la société, les intérêts à la liberté d'expression et à l'administration de la justice ainsi que d'autres valeurs d'intérêt public, s'applique également au Québec, dont le droit civil est de tradition civiliste.

<sup>193</sup> Voir par exemple *O'Toole v. Ohio German Fire Ins. Co.*, (1909) 159 Mich. 187, 123 N.W. 795 (en matière de secret conjugal) : « It is not alone the confidential character of the communication, but it is that and also the relation of the parties which is the foundation of the privilege. (...) The privilege is in derogation of the general rule that all persons may be compelled to testify concerning facts inquired about in courts of justice. It should be made effective, but ought not to be extended by the courts to cases where there has been no injury to the relation of the parties by the betrayal of the confidence reposed. »

toute personne de recourir à la justice et à l'obligation de tout membre de la communauté de concourir à l'administration de la justice à proportion de leurs facultés respectives<sup>194</sup>.

En fonction de ces quatre critères recensés par Wigmore, la Cour suprême du Canada (1991) en est venue à distinguer deux sortes de privilèges en fonction du fardeau de preuve applicable<sup>195</sup>. Un **privilège *prima facie* général ou générique** (*class privilege*) opère une présomption d'inadmissibilité « parce qu'il existe des raisons de principe prépondérantes d'exclure cet élément de preuve pertinent »<sup>196</sup>. Dans la mesure où il est établi qu'une communication a été faite sous le couvert de la confidentialité entre un client et son avocat, elle est *a priori* protégée, et il revient à la partie qui en demande la divulgation de démontrer, en application du quatrième critère de Wigmore, qu'il existe des raisons d'ordre public militant pour sa divulgation. Ces privilèges dits génériques englobent en fait tous les privilèges de confidentialité traditionnellement reconnus par la *common law*. De l'autre côté, les **privilèges dits circonstanciés**, c'est-à-dire fondés sur les circonstances de chaque cas, visent des communications qui sont présumées admissibles à première vue, malgré certaines garanties de confidentialité; il s'agit des communications qui ne

---

<sup>194</sup> *Boston & M.R.R. v. State*, (1910) 75 N.H. 513, 77 A. 996:

While the witnesses are naturally disinclined to disclose the details of their private business for the benefit of third parties, the duty to do so when required in the administration of justice is one devolving upon them as members of a civilized community. Except for such duty, the promise of protection to each member of the community by the twelfth article of the Bill of Rights, and of a certain remedy for wrong by recourse to the laws, declared to be the right of each subject by the fourteenth article, would be of no value. This remedy through judicial procedure is part of the protection guaranteed to each member of the community from the community, by the twelfth article, and to effect which each member is by the same article declared to be bound to contribute his share of the expense and to yield his personal service when necessary. There could be no judicial administration of rights without the personal service of members of the community, and their efforts as such officers would be futile if other members of the community possessing knowledge of, or other evidence as to, the controversy, were not obliged to yield their service when necessary. The service rendered by the witnesses in appearance at the caption in obedience to the subpoena was doubtless not agreeable to them and was not performed without pecuniary sacrifice. Inconvenience, monetary loss, or disinclination they did not regard as an excuse for disobeying the subpoena requiring their presence. Neither is a valid excuse for failure to testify or to obey the subpoena *duces tecum*. The service is one which they are constitutionally bound to render and for which they perhaps can obtain full recompense only when they may be compelled to ask like protection from the community.

Aussi *Marceau v. Orange Realty, Inc.*, (1952) 97 N.H. 497, 92 A.2d 656 : « The obligation of every member of the community, regardless of inconvenience or disinclination to disclose information required in the administration of justice which may benefit third parties is one which is declared by the Constitution. The obligation should not be limited without a clear legislative mandate. » [Références omises]

<sup>195</sup> *Gruenke* (1991), préc., note 126.

<sup>196</sup> *Id.*, 286. Aussi *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'Assurance du Canada*, 2016 CSC 52, [2016] 2 R.C.S. 521, par. 32 [ci-après « *Lizotte* (2016) »] : « Une privilège générique comporte une présomption de non-divulgation une fois que ses conditions d'application sont établies. »

sont pas *a priori* privilégiées<sup>197</sup>. Il incombe alors à la partie qui souhaite en revendiquer la confidentialité de démontrer l'existence d'un privilège en application du test de Wigmore et plus particulièrement à l'aune de son quatrième critère, à l'effet que des raisons d'intérêt public prépondérantes en justifient la non-divulgence. Parmi les privilèges circonstanciés les plus connus en droit canadien figurent le privilège des communications religieuses (secret des confessions)<sup>198</sup>, le privilège de confidentialité relatif aux dossiers d'un psychiatre<sup>199</sup>, le privilège des sources des journalistes<sup>200</sup> et aussi, en droit québécois, le privilège de confidentialité des chercheurs par rapport aux informations obtenues des participants à leur étude avec l'assurance de confidentialité<sup>201</sup>. En effet, l'application des quatre critères du test de Wigmore est un processus évolutif qui autorise les tribunaux à reconnaître, au cas par cas, de nouveaux privilèges de confidentialité reflétant « la réalité sociale et juridique contemporaine »<sup>202</sup>, voire de requalifier des privilèges circonstanciés en privilèges génériques<sup>203</sup>.

À ce jour, le privilège avocat-client figure parmi les rares privilèges génériques qui ont été reconnus par les tribunaux de *common law*<sup>204</sup>. Dès le tout début et bien avant la formulation du test de Wigmore, la Cour de la Chancellerie britannique avait reconnu la nécessité d'accorder une

---

<sup>197</sup> Gruenke (1991), préc., note 126, 286.

<sup>198</sup> *Id.*

<sup>199</sup> Ryan (1997), préc., note 40, par. 21.

<sup>200</sup> *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592 [ci-après « *Globe and Mail* (2010) »]; *National Post* (2010), préc., note 192; *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572. Voir aussi *Loi sur la protection des sources journalistiques*, L.C. 2017, c. 22; *Loi sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques*, L.Q. 2018, c. 26.

<sup>201</sup> *Parent c. R.*, 2014 QCCS 132; *Centre de lutte contre l'oppression des genres (Centre for Gender Advocacy) c. Québec (Procureure générale)*, 2016 QCCS 5161; *Rivard c. Éoliennes de l'Érable*, 2017 QCCS 2259.

<sup>202</sup> Ryan (1997), préc., note 40, par. 21; *Slavutych c. Baker et al.*, [1976] 1 R.C.S. 254, en particulier 261.

<sup>203</sup> Comme il est arrivé, en droit canadien, avec le privilège relatif au litige : *Lizotte* (2016), préc., note 196.

<sup>204</sup> D'autres privilèges génériques comprennent :

- le privilège relatif aux conjoints, codifié à l'article 4(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, préc., note 158, et à l'article 282 du *Code de procédure civile* (Québec), préc., note 158; (*McClure* (2001), préc., note 38, par. 28);
- le privilège relatif aux indicateurs de police, reconnu pour des motifs liés à « l'efficacité essentielle du droit criminel » et commandant l'exclusion d'une preuve pertinente « au nom d'un intérêt public considéré supérieur à celui de l'administration de la justice » (*Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, 93 et 96; voir aussi *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389 [ci-après « *Basi* (2009) »]; *Solliciteur général du Canada, et al. c. Commission royale (dossiers de santé)*, [1981] 2 R.C.S. 494);
- le privilège relatif aux règlements, assurant l'irrecevabilité des communications échangées lors des négociations en vue d'un règlement à l'amiable des différends (*Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier Inc.*, 2014 CSC 35, [2014] 1 R.C.S. 800; *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, 2013 CSC 37, [2013] 2 R.C.S. 623);
- le privilège relatif au litige (*Lizotte* (2016), préc., note 196);
- le privilège de non-incrimination (*S. (R.J.)* (1995), préc., note 153).

immunité de témoignage se rattachant aux communications avocat-client. Comme nous l'avons vu plus haut, à l'origine, cette nécessité découlerait vraisemblablement, d'une part, du serment et de l'honneur de l'avocat<sup>205</sup>, dans le prolongement du code d'honneur entre gentlemen, voire ladies, pour le respect de la parole donnée<sup>206</sup> et, d'autre part, de l'importance de préserver le lien fiduciaire entre les membres d'une maisonnée. Aujourd'hui, cette même nécessité de la confidentialité a été rationalisée au nom de l'intérêt du client plutôt que dans l'intérêt de l'avocat le représentant, sur la base de l'importance de son maintien en tant que vecteur de confiance nécessaire dans une relation avocat-client de type fiduciaire et garant de l'autonomie de la personne, notamment dans le choix de ses conseillers juridiques, hors de l'œil scrutateur de l'État ou des tiers<sup>207</sup>.

Au-delà de la question de la nécessité, la reconnaissance du privilège avocat-client en tant qu'un privilège générique se justifie également en raison de la relative aisance d'identifier un avocat par son appartenance à un ordre professionnel et de déterminer les actes réservés<sup>208</sup> témoignant de l'existence d'une relation professionnelle avocat-client; ces particularités constituent, de l'avis des tribunaux, une distinction suffisante par rapport au cas de figure des journalistes dont la reconnaissance jurisprudentielle d'un privilège des sources s'était heurtée à « l'immense diversité et au niveau variable de professionnalisme (ou de non-professionnalisme) des personnes qui, de nos jours, “recueillent” et “publient” des informations qu'elles disent avoir obtenues de sources secrètes »<sup>209</sup>.

C'est aussi et par ailleurs une question d'ancienneté. Font partie des privilèges dits génériques les immunités qui ont été traditionnellement reconnues par les tribunaux de *common law*, au même titre que le privilège relatif aux communications entre conjoints. Ces privilèges traditionnels avaient été reconnus à l'origine en tant qu'exceptions à l'obligation de témoigner, exceptions qui avaient vocation à s'appliquer dans tous les cas. Cette approche traditionnelle a depuis été

---

<sup>205</sup> 8 WIGMORE, *Evidence*, préc., note 53, par. 2290.

<sup>206</sup> *Id.*, p. 530 et 531, par. 2286.

<sup>207</sup> Susan R. MARTYN et Lawrence J. FOX, *Traversing the Ethical Minefield. Problems, Law, and Professional Responsibility*, 3<sup>e</sup> éd., New York, Wolters Kluwer, 2013, p. 165 et 166. Transcendant les justifications utilitariste et déontologique, Alice Woolley a suggéré que le secret professionnel doit demeurer confidentiel « [n]ot because without confidentiality full and frank disclosure would not occur. And not because people have the right to be free from self-incrimination. But because confidentiality simply neutralizes the difference between figuring out the law for yourself, and having someone telling you what it means. » : Alice WOOLLEY, *Understanding Lawyers' Ethics in Canada*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, LexisNexis, 2016, p. 235, §5.174.

<sup>208</sup> Énumérés à l'article 128 de la *Loi sur le Barreau*, L.R.Q., c. B-1.

<sup>209</sup> *National Post* (2010), préc., note 192, par. 43.

supplantée par une approche moderne favorisant une reconnaissance des privilèges au cas par cas, tenant compte de possibles « exceptions à l'exception » qui pourraient toujours justifier la divulgation des informations *a priori* privilégiées. Reprenant ces mots de la juge McLachlin (plus tard juge en chef) de la Cour suprême du Canada (1997) :

[18] ... Bien que les catégories de common law traditionnelles aient perçu le privilège comme étant absolu, un choix entre tout ou rien, la jurisprudence plus récente reconnaît l'à-propos d'un privilège partiel dans de nombreuses situations. La protection accordée par le privilège peut être absolue ou partielle, selon ce qui est requis pour établir l'équilibre approprié entre l'intérêt qu'il y a à soustraire la communication à la divulgation et l'intérêt qu'il y a à bien trancher le litige. L'existence d'un privilège partiel peut signifier que seuls certains documents d'une catégorie donnée doivent être produits. Les documents devraient être examinés individuellement ou par catégorie, selon les circonstances de chaque cas.<sup>210</sup>

Cette différence déclarée entre les privilèges traditionnels et une approche plus moderne n'empêchera pas la même cour, sous la plume du juge Gascon, de renforcer un privilège circonstancié (relatif au litige) au rang de privilège générique, quelque vingt ans plus tard (2016)<sup>211</sup>, en réitérant qu'« [e]n matière de privilèges, la mise en balance des intérêts est le propre des privilèges reconnus au cas par cas, et non des privilèges génériques »<sup>212</sup>.

## 2. Du privilège générique au droit fondamental

Un privilège, qu'il soit générique ou circonstancié, reste une règle d'irrecevabilité en droit de la preuve ayant une portée limitée<sup>213</sup>. Tant que les privilèges restent de « simples » immunités testimoniales, leur application demeure restreinte aux témoignages en cour<sup>214</sup>. Or, « la réalité sociale et juridique contemporaine »<sup>215</sup> a fait multiplier les circonstances où il peut être dans l'intérêt du justiciable de faire valoir un droit à la confidentialité des échanges tenus avec son

---

<sup>210</sup> Ryan (1997), préc., note 40, par. 18.

<sup>211</sup> Lizotte (2016), préc., note 196.

<sup>212</sup> *Id.*, par. 39. Au même effet, *National Post* (2010), préc., note 192, par. 42 : « Le privilège générique déroge nécessairement à la recherche judiciaire de la vérité et ne dépend pas des faits de l'espèce. »

<sup>213</sup> Au Québec, l'ancien article 332 du Code de procédure civile de la province de Québec (1897-1966), reprenait mot à mot l'immunité qui avait été reconnue aux témoignages judiciaires de certaines personnes soumises au secret en raison de leur état ou de leur profession, à l'article 275 du Code de procédure civile du Bas Canada (1867-1897) :

275. Il ne peut être contraint de déclarer ce qui lui a été révélé confidentiellement à raison de son caractère professionnel comme aviseur religieux ou légal, ou comme fonctionnaire de l'état lorsque l'ordre public y est concerné.

<sup>214</sup> MORISSETTE et SHUMAN (1984), préc., note 129, 510 : « Il s'agit (...) de préserver un genre de confidentialité, mais dans un cadre restreint, celui d'une enquête judiciaire. »

<sup>215</sup> Empruntant cette expression de la juge McLachlin (plus tard juge en chef) dans Ryan (1997), préc., note 40, par. 21.

procureur, notamment dans le cadre des enquêtes policières et même indépendamment de celles-ci. Ce dernier cas de figure s'est présenté dans l'affaire *Solosky c. La Reine* (1980)<sup>216</sup> : le litige avait pris naissance par suite d'une demande d'introduction d'instance en jugement déclaratoire contestant la pratique des autorités pénitentiaires d'inspecter systématiquement les courriers des détenus par souci d'assurer la sécurité de l'établissement, y compris « la correspondance valablement identifiée » comme adressée à un avocat et reçue de ce dernier. Certes, le privilège avocat-client est reconnu depuis longtemps comme essentiel à la bonne administration de la justice. Mais *quid* d'un droit à exiger la confidentialité des échanges indépendamment de l'existence de procédures judiciaires même appréhendées ? Sous la plume encore timide du juge Dickson (plus tard juge en chef), la Cour suprême du Canada reconnaît la possibilité d'une interprétation alternative à la portée du privilège avocat-client « dans une optique plus large, savoir, (i) le droit de communiquer en confiance avec son conseiller juridique est un droit civil fondamental, fondé sur la relation exceptionnelle de l'avocat avec son client et (ii) une personne emprisonnée conserve tous ses droits civils autres que ceux dont elle a été expressément ou implicitement privée par la loi »<sup>217</sup>. Cela étant, les précédents jurisprudentiels, se contentant de faire « déborder » l'immunité jusqu'aux enquêtes policières se situant dans un prolongement logique du droit de la preuve, ne permettaient pas d'étendre la portée du privilège dans un contexte complètement indépendant du droit de la preuve<sup>218</sup>. En tout état de cause, la balance des intérêts penche en faveur du maintien de sécurité dans un pénitencier, eu égard notamment au risque d'abus de cette zone de confidentialité et à l'absence de sauvegardes susceptibles de les minimiser :

La difficulté est de s'assurer que la correspondance entre le détenu et son avocat, qu'elle relève ou non de la doctrine du privilège entre avocat et client, ne dissimule pas la transmission de drogues, d'armes ou de plans d'évasion. Il faut un mécanisme pour en vérifier l'authenticité. Il semble que ce soit généralement admis. Pourtant, personne n'a encore suggéré quel mécanisme de contrôle par un tiers pourrait être adopté ni en vertu de quel pouvoir les tribunaux pourraient l'imposer aux autorités pénitentiaires.<sup>219</sup>

À la différence d'une simple règle de preuve, un droit personnel à la confidentialité permet de l'invoquer en toute circonstance, même hors d'un procès, alors que la violation de ce même droit pourra donner ouverture aux différents recours de droit civil, telle l'injonction ou une action en

---

<sup>216</sup> *Solosky* (1980), préc., note 115.

<sup>217</sup> *Id.*, 839.

<sup>218</sup> *Id.*, 836 et 837.

<sup>219</sup> *Id.*, 840.

dommages, et ce, indépendamment des sanctions disciplinaires que peut encourir un avocat fautif. L'impulsion avait été donnée dans l'arrêt *Solosky* (1980)<sup>220</sup>. Deux ans plus tard, l'*obiter* du juge Dickson (plus tard juge en chef) sur un possible élargissement de la notion de confidentialité sera repris par le juge Lamer (plus tard juge en chef) dans l'arrêt *Descôteaux* (1982) à l'effet qu'il devient « incontestable que s'attache à la personne un droit de communiquer en toute confiance avec un conseiller juridique »<sup>221</sup>. Le litige dans *Descôteaux* (1982) concerne un mandat de perquisition autorisant la saisie de deux formulaires de demande d'aide juridique au bureau d'aide juridique de Montréal. Il s'agissait d'un élément de preuve crucial à l'enquête policière concernant l'infraction de fraude reprochée à un client qui aurait fait de fausses représentations quant à ses revenus au moment de requérir l'aide juridique. Alors que les circonstances dans *Descôteaux* (1982) ne s'étendaient pas au-delà de l'enquête policière et que l'issue du litige pouvait être tranchée en entérinant l'approche traditionnelle plus restrictive d'immunité testimoniale, la Cour suprême du Canada a jugé opportun d'élargir la portée théorique du privilège avocat-client, avant de conclure que le cas d'espèce constituait une exception au droit plus général à la confidentialité attendu que « [l]e citoyen qui ment quant à ses moyens financiers pour obtenir de l'aide juridique commet un crime »<sup>222</sup>.

Une évolution similaire a pu être observée dans d'autres juridictions. Citant les arrêts *Solosky* (1980) et *Descôteaux* (1982) de la Cour suprême du Canada, la Haute Cour d'Australie en vient également à reconnaître le privilège avocat-client en tant qu'une règle substantielle<sup>223</sup>. Dans l'arrêt *Campbell v. United Kingdom* (1992)<sup>224</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme a statué que l'interception de la correspondance d'un détenu avec son procureur viole l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au droit au respect de la vie privée. Dans

---

<sup>220</sup> *Id.*, 836 :

Une jurisprudence récente a placé la doctrine traditionnelle du privilège sur un plan nouveau. Le privilège n'est plus considéré seulement comme une règle de preuve qui fait fonction d'écran pour empêcher que des documents privilégiés ne soient produits en preuve dans une salle d'audience. Les tribunaux, peu disposés à restreindre ainsi la notion, ont élargi son application bien au-delà de ces limites. (...)

Même s'il ne fait aucun doute que les tribunaux canadiens s'orientent vers une notion plus large du privilège entre avocat et client, je n'estime pas que la notion ait été suffisamment étendue pour donner gain de cause à l'appelant.

<sup>221</sup> *Descôteaux* (1982), préc., note 30, 871.

<sup>222</sup> *Id.*, 862.

<sup>223</sup> *Baker v. Campbell* (1983), 153 CLR 52, [1983] HCA 39; *Attorney-General (N.T.) v. Maurice*, [1986] HCA 80.

<sup>224</sup> *Campbell v. United Kingdom*, [1992] ECHR 41, (1993) 15 EHRR 137.



son arrêt *Derby* (1995), la Chambre des Lords britannique reconnaît également que le privilège du secret professionnel va au-delà d'une simple règle d'administration de la preuve :

The principle which runs through all these cases, and the many other cases which were cited, is that a man must be able to consult his lawyer in confidence, since otherwise he might hold back half the truth. The client must be sure that what he tells his lawyer in confidence will never be revealed without his consent. Legal professional privilege is thus much more than an ordinary rule of evidence, limited in its application to the facts of a particular case. It is a fundamental condition on which the administration of justice as a whole rests.<sup>225</sup>

Aussi, dans sa plus récente édition en date de la rédaction des présentes, le *Black's Law Dictionary* (2019) anatomise le concept de « privilège » comme comportant à la fois une composante substantielle et procédurale, en tant qu'(1) un droit substantif spécial reconnu par certains statuts aux certaines personnes ou dans certaines circonstances; et (2) une règle de preuve autorisant un témoin à ne pas divulguer certains renseignements pertinents aux questions dont est saisi le tribunal<sup>226</sup>.

Le passage d'une simple règle de preuve à une règle de fond confère dorénavant au client détenteur du privilège la possibilité de l'invoquer dans une plus grande diversité de circonstances qui n'impliquent pas nécessairement la perspective d'un témoignage en cour. Un droit véritable au respect du secret professionnel a eu pour effet immédiat de l'émanciper tout à fait d'un litige né et actuel, le distinguant des autres privilèges voisins tel le privilège relatif au litige, le privilège relatif aux règlements ou encore le *work-product privilege* en droit américain<sup>227</sup>. L'immunité testimoniale est dès lors saisie comme découlant du respect du secret professionnel – lequel délimite une zone

---

<sup>225</sup> *R. v. Derby Magistrates' Court*, [1995] 1 4 All E.R. 526 [ci-après « *Derby* (1995) »].

<sup>226</sup> Bryan A. GARNER (dir.), *Black's Law Dictionary*, 11<sup>e</sup> éd., Thomson Reuters, 2019 :

**privilege**

1. A special legal right, exemption, or immunity granted to a person or class of person; an exception to a duty. A privilege grants someone the legal freedom to do or not to do a given act. It immunizes conduct that, under ordinary circumstances, would subject the actor to liability.
2. An affirmative defense by which a defendant acknowledges at least part of the conduct complained of but asserts that the law authorized or sanctioned the defendant's conduct; esp., in tort law, a circumstance justifying or excusing an intentional tort.
3. An evidentiary rule that gives a witness the option to not disclose the fact asked for, even though it might be relevant; (...)
4. *Civil law*. A creditor's right, arising from the nature of the debt, to priority over the debtor's other creditors.
5. *Parliamentary law*. The status of a motion as outranking other business because of its relationship to the meeting's or a member's rights.

<sup>227</sup> Cf. *Hickman* (1947), préc., note 180.

de confidentialité relative aux renseignements touchant la relation entre un professionnel et son client –, plutôt qu'un synonyme de ce dernier. Dorénavant, toute violation du droit au respect du secret professionnel, même dans un contexte d'indiscrétion privé, pourrait donner lieu aux recours en dommages-intérêts contre le professionnel fautif<sup>228</sup>. Aussi, le secret professionnel devient opposable à toute personne tierce qui aurait été mise au courant de l'information confidentielle<sup>229</sup>.

Or, la reconnaissance d'un droit civil ne préjuge pas de sa nature constitutionnelle. À défaut d'une protection constitutionnelle<sup>230</sup>, immunités testimoniales, droits civils ou obligations statutaires de confidentialité<sup>231</sup> sont sujets aux exceptions et limites statutaires<sup>232</sup> susceptibles de requérir la divulgation de certaines informations malgré l'existence *prima facie* d'un privilège, comme il est arrivé récemment avec l'obligation statutaire de divulgation d'opérations douteuses et de certains renseignements financiers dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme<sup>233</sup>.

---

<sup>228</sup> Aussi VALLIERES (1985), préc., note 183, 1027.

<sup>229</sup> Descôteaux (1982), préc., note 30, 871 : « Ainsi, (...) pourrait être frappé d'une injonction lui interdisant la divulgation du contenu du dossier d'un avocat le tiers qui par accident en aurait pris connaissance. »

<sup>230</sup> *National Post* (2010), préc., note 192, par. 39.

<sup>231</sup> cf. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2, art 19 (confidentialité des dossiers d'utilisateurs des services de santé et des services sociaux); *Règlement sur les normes de comportement des titulaires de permis d'agent qui exercent une activité de sécurité privée*, L.R.Q., c. S-3.5, r. 3, art. 8 (obligation de discrétion des agents de sécurité privée); *Code de déontologie des experts en sinistre*, L.R.Q., c. D-9.2, r. 4, art. 22.

<sup>232</sup> Ces limites à la confidentialité peuvent être explicites ou sujettes à interprétation par les tribunaux : voir par exemple 9015-0178 *Québec inc. (Syndic de)*, 2009 QCCS 3256 (interprétant le droit statutaire du syndic d'obtenir les renseignements financiers sur un débiteur failli). L'exemple le plus connu d'exceptions statutaires à la confidentialité est la liste des maladies à déclaration obligatoire au directeur de la santé publique, tel que prévu dans diverses législations provinciales sur la santé publique, dont au Québec le *Règlement ministériel d'application de la Loi sur la santé publique*, L.R.Q., c. S-2.2, r. 2.1, art. 25 et s. Voir aussi *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1, art. 39; *Loi sur l'administration fiscale*, L.R.Q., c. A-6.002, art. 47.

<sup>233</sup> Tant au Canada qu'au Royaume-Uni, les tribunaux ont cependant reconnu que les dispositions statutaires en cause n'étaient pas suffisantes pour passer outre au privilège avocat-client : *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401 [ci-après « *Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada* (2015) »]; *Bowman v. Fels*, [2005] E.W.C.A. Civ. 226. Autrement, des exceptions statutaires ont souvent été reconnues dans le cadre d'audiences tenues par des commissions d'enquêtes publiques (p.ex. *Eastern Regional Integrated Health Authority v. Association of Registered Nurses of Newfoundland and Labrador*, 2016 NLCA 18) ainsi que dans le cadre de l'exercice des pouvoirs de vérification et d'enquête des administrations (p.ex. *Loi sur l'administration fiscale*, préc., note 232, art. 46 et 47), des ordres professionnels (p.ex. *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26, art. 14.3) ou des organes de surveillance indépendants comme les commissaires d'accès à l'information (p.ex. *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555 [ci-après « *University of Calgary* (2016) »]; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574 [ci-après « *Blood Tribe Department of Health* (2008) »]).

Au Québec, bien avant les arrêts *Solosky* (1980) et *Descôteaux* (1982), une obligation disciplinaire au silence avait été imposée dans « [l]a majorité des textes législatifs québécois concernant l'organisation des professions »<sup>234</sup>. Plus particulièrement en ce qui concerne le secret professionnel des avocats, la *Loi du Barreau* du Québec prévoyait alors que « [l]'avocat doit conserver le secret absolu des confidences qu'il reçoit en raison de sa profession »<sup>235</sup>. Aucune précision explicite ne restreignait l'application de cette obligation de discrétion aux témoignages en cour. Une violation de cette obligation de discrétion, indépendamment de l'immunité judiciaire, pouvait dès lors exposer l'avocat défaillant à des sanctions disciplinaires<sup>236</sup>.

L'impulsion véritable est cependant donnée par la Charte québécoise (1976)<sup>237</sup>, dont l'article 9 reconnaît le droit au respect du secret professionnel comme un droit fondamental de la personne. Des commentateurs n'hésitaient pas à saluer cette mutation de principe d'un « privilège de quelques professions » en le « droit de chacun »<sup>238</sup>. À la différence d'un privilège générique se rattachant uniquement à une relation avocat-client, l'article 9 de la Charte québécoise ne vise pas que le secret professionnel de l'avocat, mais également l'obligation de confidentialité de tout

---

<sup>234</sup> BAUDOUIN (1974), préc., note 127, 8 et 11.

<sup>235</sup> *Loi du Barreau*, L.Q. 1966-67, c. 77, art. 1316, reproduite dans *Id.*, 8, n 7.

<sup>236</sup> BAUDOUIN (1974), préc., note 127, 8.

<sup>237</sup> Charte québécoise, préc., note 14. Par la même occasion, l'article 308 du *Code de procédure civile* (1966-2015), qui avait repris la règle de non-contraignabilité de l'ancien article 332 du *Code de procédure civile de la province de Québec* (1897-1966), a été modifié en conséquence pour ne laisser subsister que la non-contraignabilité des fonctionnaires d'État dans les cas où la divulgation serait contraire à l'ordre public.

<sup>238</sup> VALLIERES (1985), préc., note 183, 1020.

membre d'un ordre professionnel constitué en vertu du *Code des professions* du Québec<sup>239</sup>, dont les ingénieurs<sup>240</sup>, les avocats<sup>241</sup>, les comptables agréés<sup>242</sup>, les travailleurs sociaux<sup>243</sup>.

Malgré le statut quasi constitutionnel de la Charte québécoise<sup>244</sup> et le libellé *a priori* mandataire de son article 9, la reconnaissance du secret professionnel – en tant qu'un droit fondamental conférant une protection d'ordre substantiel – ne s'est toutefois pas imposée du jour au lendemain. En effet, quoique les tribunaux se voient investis de l'obligation d'assurer, même « d'office », le respect du secret professionnel<sup>245</sup>, l'alinéa 2 de l'article 9 précise nommément que le secret professionnel est créé par la loi (« Toute personne tenue par la loi au secret professionnel... »)<sup>246</sup>, de même que sa levée, qui pourra être faite par simple « disposition expresse de la loi » sans passer par la clause nonobstant qui est au fondement du statut quasi constitutionnel de la Charte

---

<sup>239</sup> Cf. *Code des professions*, préc., note 233, art. 60.4 :

Le professionnel doit respecter le secret de tout renseignement de nature confidentielle qui vient à sa connaissance dans l'exercice de sa profession.

Il ne peut être relevé du secret professionnel qu'avec l'autorisation de son client ou lorsque la loi l'ordonne ou l'autorise par une disposition expresse.

(...)

Voir à cet effet *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 CSC 18, [2004] 1 R.C.S. 456, par. 35 [ci-après « *Foster Wheeler* (2004) »]; *Kruger Inc. c. Kruco Inc.*, [1988] R.J.Q. 2323 (C.A.) [ci-après « *Kruger* (1988) »]; *Ville de Terrebonne c. Cour du Québec*, 2019 QCCS 3611, par. 45.

<sup>240</sup> *Trempe c. Dow Chemical of Canada Ltd.*, [1980] C.A. 571 [ci-après « *Trempe c. Dow* (1980) »]; aussi *Tremblay c. Québec (Ministère de la Santé et des Services sociaux)*, 2015 QCCS 4913, par. 31 et suiv.

<sup>241</sup> *Kruger* (1988), préc., note 239; *A. Amyot et Fils ltée c. Lauzon*, J.E. 93-681 (C.S.) [ci-après « *Amyot* (1993) »].

<sup>242</sup> *St-Georges c. Québec (Procureur général)*, [1988] R.D.F.Q. 86 (C.S.), désistement d'appel (C.A., 1988-05-25) 500-09-000138-883; *Pavages North State Inc. c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [1990] R.D.F.Q. 48 (C.S.); *Sumabus inc. c. Gestion Pode inc.*, J.E. 92-1389, AZ-92021483 (C.S.), appel accueilli sur l'existence d'une renonciation valide au secret professionnel des comptables agréés par une résolution des actionnaires (C.A., 1993-05-05) 500-09-001669-928 [ci-après « *Sumabus* (1992) »]; *Amyot* (1993), préc., note 241.

<sup>243</sup> *Droit de la famille – 191099*, 2019 QCCS 2342, par. 16 et suiv.

<sup>244</sup> Charte québécoise, préc., note 14, art. 52 : « Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte. » Voir *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, [1996] 2 R.C.S. 345, par. 116; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, par. 91; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665, par. 28; *Globe and Mail* (2010), préc., note 200, par. 29.

<sup>245</sup> Cette obligation comprend également la discrétion de mettre de côté le principe de confidentialité dans les circonstances qui le justifient : *Rousseau (Succession de) c. Groupe Desjardins (Le), assurances générales*, [1989] R.J.Q. 785 (C.A.).

<sup>246</sup> Voir aussi *Cordeau c. Cordeau*, [1984] R.D.J. 201 (C.A.), 206 (j. Paré) [ci-après « *Cordeau* (1984) »] :

(...) sauf le cas du « prêtre ou autre ministre du culte », l'article 9 ne détermine pas les personnes qui sont tenues au secret professionnel. C'est dans les lois des diverses professions qu'on trouve généralement l'imposition d'un secret professionnel et l'étendue de son application. L'article 9 de la Charte ne fait alors qu'appuyer de ses prohibitions les dispositions que contiennent déjà les lois à ce sujet.

québécoise. À défaut de précisions documentées lors des débats parlementaires<sup>247</sup>, les commentateurs étaient eux-mêmes partagés sur la portée du deuxième alinéa de l'article 9 : ce dernier pourrait avoir consacré uniquement une immunité judiciaire<sup>248</sup> plutôt qu'une obligation générale de non-divulgence<sup>249</sup>. Aussi, les premières décisions québécoises traitant de l'article 9 en prônaient plutôt une interprétation étroite comme ne consacrant qu'un « droit d'exception » au régime de la contraignabilité de certains témoins<sup>250</sup>.

Après les arrêts *Solosky* (1980) et *Descôteaux* (1982), l'attitude des tribunaux a évolué. Dans l'arrêt *Kruger Inc. c. Kruco Inc.* (1988)<sup>251</sup>, la Cour d'appel du Québec affirme qu'« [i]l est acquis que la Charte des droits et libertés de la personne a établi, à tout le moins, en droit québécois et lorsque celui-ci est applicable, une règle de droit positif »<sup>252</sup>. La Cour suprême du Canada distingue désormais trois volets au secret professionnel en droit québécois, comprenant l'obligation de confidentialité, le droit au silence du professionnel ainsi qu'une immunité de divulgation à l'égard d'informations confidentielles :

Dans le cadre législatif québécois, on constate (...) que l'expression « secret professionnel » vise l'institution dans son ensemble. Cette dernière inclut une obligation de confidentialité qui, dans les domaines où elle s'applique, impose à l'avocat un devoir de discrétion et crée un droit corrélatif à son silence en faveur de son client. Ensuite, à l'égard des tiers, le secret professionnel comprend une immunité de divulgation qui protège le contenu de l'information contre sa communication forcée, même dans les instances judiciaires, sous les réserves et les limites prévues par les règles et principes juridiques applicables.<sup>253</sup>

De manière générale en droit canadien, conformément à l'arrêt *Descôteaux* (1982), les contours du secret professionnel, vu comme une véritable règle de fond, se présentent comme suit :

1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client;

---

<sup>247</sup> MORISSETTE et SHUMAN (1984), préc., note 129, 503.

<sup>248</sup> Léo DUCHARME, « Le secret médical et l'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne* », (1984) 44 *R. du B.* 955, 959.

<sup>249</sup> VALLIERES (1985), préc., note 183, 1021.

<sup>250</sup> Voir *Trempe c. Dow* (1980), préc., note 240 (j. Bernier); *Cordeau* (1984), préc., note 246, 205 (j. Turgeon).

<sup>251</sup> *Kruger* (1988), préc., note 239.

<sup>252</sup> *Id.*

<sup>253</sup> *Foster Wheeler* (2004), préc., note 239, par. 29.

2. À moins que la loi n'en dispose autrement, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité de ses communications avec son avocat, le conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité;
3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante;
4. La loi qui en disposerait autrement dans les cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement.<sup>254</sup>

Il s'agirait moins de l'énoncé d'une règle de fond que d'une démarche analytique de conciliation des droits en conflit d'une facture très similaire au test constitutionnel que la Cour suprême du Canada développera dans la foulée des arrêts *Oakes* (1986) et *Dagenais* (1994). Afin de fixer la mesure dans laquelle une atteinte à une liberté ou droit fondamental puisse être limitativement tolérée avec l'avènement de la Charte canadienne (1982)<sup>255</sup>, la Cour suprême du Canada a élaboré certains critères permettant de satisfaire à ce qu'elle appelle une « norme sévère » en matière de justification :

- 1) En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures contestées doit s'avérer suffisamment important – en ce qu'il se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société démocratique – pour justifier l'atteinte aux droits et libertés constitutionnels.
- 2) Le cas échéant, il sera à démontrer que sont raisonnables les moyens choisis pour atteindre cet objectif important à l'aune d'un critère de proportionnalité tripartite, à savoir :
  - (2.1) l'existence d'un lien rationnel entre les moyens et l'objectif poursuivi;
  - (2.2) une atteinte minimale aux droits et libertés en question; et
  - (2.3) il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures contestées et l'objectif reconnu comme suffisamment important.<sup>256</sup>

<sup>254</sup> *Descôteaux* (1982), préc., note 30, 875.

<sup>255</sup> Charte canadienne, préc., note 14, art. 1 : « La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »

<sup>256</sup> *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, par. 63 et suiv. [ci-après « *Oakes* (1986) »].

Ce cadre d'analyse, plus communément connu comme le test de l'arrêt *Oakes*, sera également appliqué à l'article 9.1 de la Charte québécoise. Ce dernier article, d'une vocation analogue à la clause justificative de l'article premier de la Charte canadienne, affirme lui aussi le caractère non absolu, mais relatif des « droits et libertés fondamentaux » énumérés au chapitre 1 de la Charte québécoise, y compris le droit au respect du secret professionnel<sup>257</sup>. Non seulement les libertés et droits individuels se doivent-ils d'être tempérés par les droits d'autrui, mais encore eu égard au « bien-être général » et à l'intérêt public<sup>258</sup>. L'exercice de pondération ne se limite donc pas à résoudre l'opposition stricte ou binaire entre les droits fondamentaux en conflit, mais commande une analyse holistique des différentes circonstances – de fait comme de droit – susceptibles d'intervenir dans le cas particulier dont un juge est saisi. Dans cette recherche de l'équilibre, les juges devront s'attarder plus particulièrement sur les deux derniers éléments du second volet de proportionnalité de test de l'arrêt *Oakes*, à savoir (2.2) l'atteinte minimale aux droits en cause ou l'existence d'autres mesures raisonnables qui auraient pu permettre le respect de l'un et de l'autre droit, et (2.3) la pondération entre les effets bénéfiques et ceux préjudiciables découlant de l'atteinte à l'un ou l'autre des droits<sup>259</sup>.

Le test de l'arrêt *Oakes*, appliqué tant à l'égard des droits protégés par la Charte canadienne que les libertés et droits fondamentaux énumérés dans la Charte québécoise, s'avère en effet une version modernisée canadienne plus détaillée de l'ensemble des considérations balisant l'application du quatrième critère du test de Wigmore, lequel peut se subsumer sous le même

---

<sup>257</sup> Charte québécoise, préc., note 14, art. 9.1 :

**9.1.** Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

Sur le cadre d'analyse applicable, voir : *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 90; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, par. 63; François CHEVRETTE, « La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : le dit et le non-dit », (1987) 1 *R.J.T.* 461; Raynold LANGLOIS, « Les clauses limitatives des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés et le fardeau de la preuve », dans Daniel TURP et Gerald A. BEAUDOIN (dir.), *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, p. 159.

<sup>258</sup> Voir aussi Alain CARDINAL, *Quelques aspects modernes du secret professionnel de l'avocat*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1983, p. 97 et suiv. [CARDINAL, *Aspects modernes du secret professionnel de l'avocat*].

<sup>259</sup> Dans le contexte de la conciliation des droits sous la Charte canadienne, préc., note 14, voir *Dagenais* (1994), préc., note 39, 882–89 (j. en chef Lamer, majoritaire), et plus explicitement, 923 (j. Gonthier, diss. sur le fond). Aussi *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442, par. 27 et suiv. [ci-après « *Mentuck* (2001) »]; *R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726, par. 7-9 [ci-après « *R. c. N.S.* (2012) »].

impératif d'une balance ou conciliation des avantages et inconvénients<sup>260</sup>. Dans la 3<sup>e</sup> édition de son traité sur *L'administration de la preuve* (2001), M. Ducharme résume en ces termes la démarche en trois temps élaborée par les tribunaux québécois à cet égard :

(...) lorsque le secret professionnel est invoqué afin d'empêcher la divulgation de faits ou de documents par un professionnel, autre qu'un avocat, le tribunal doit adopter une procédure en trois temps. Il doit commencer par décider s'il s'agit de faits ou de documents qui ont été révélés confidentiellement ou non au professionnel. Dans le premier cas, la divulgation ou la production doit être ordonnée. Dans le second cas, le tribunal doit, en second lieu, s'interroger pour savoir s'il n'y a pas lieu d'ordonner la levée du secret professionnel parce que le client y a renoncé ou qu'il existe une disposition expresse de la loi qui l'autorise. Et si ni l'une ni l'autre de ces exceptions ne s'appliquent, le tribunal doit vérifier si l'intérêt public à la divulgation ne doit pas l'emporter sur le droit du client au respect du secret professionnel.<sup>261</sup>

Dans la mesure où le secret professionnel de l'avocat ne fait pas partie des droits nommément enchâssés dans la Charte canadienne ni ne participe strictement parlant du statut quasi constitutionnel de la Charte québécoise, on pourrait penser que sa requalification en tant que règle de droit substantielle ne ferait qu'en élargir la portée d'application sans préjuger de son statut ni dispenser complètement de la nécessité de concilier le secret professionnel avec d'autres droits, que ce soit en vertu du test de des arrêts *Oakes/Dagenais*, du test de Wigmore ou de la démarche en trois temps de l'auteur Ducharme. Or, la jurisprudence canadienne tend à présumer du caractère absolu du secret professionnel du juriste dont la balance des avantages et inconvénients vis-à-vis d'autres impératifs d'intérêt public aurait été résolue de longue date depuis sa consécration historique en tant que privilège générique. Dans la mesure où il est établi qu'une communication a été faite sous le couvert de la confidentialité entre un client et son avocat, elle est *a priori* protégée, et il n'est pas nécessaire de pondérer au cas par cas le préjudice qui découlerait de la divulgation de cette information confidentielle, eu égard à l'avantage que représenterait cette même divulgation pour la bonne administration de la justice<sup>262</sup>.

---

<sup>260</sup> Cf. *Globe and Mail* (2010), préc., note 200, par. 54 : « ... le test de Wigmore se résume essentiellement à un examen et à une mise en équilibre des intérêts opposés. »

<sup>261</sup> Léo DUCHARME, *L'administration de la preuve*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001, par. 314. Cf. *Trempe c. Dow* (1980), préc., note 240; *Cordeau* (1984), préc., note 246; *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647 [ci-après « *Frenette* (1992) »].

<sup>262</sup> Pareilles réflexions ont également été entretenues par la Chambre des Lords britannique. Dans *Derby* (1995), préc., note 225, le Lord Nicholls of Birkenhead (conc.) est allé jusqu'à affirmer qu'il serait impossible de concilier le respect du secret professionnel avec d'autres droits :

There are real difficulties here. In exercising this discretion the court would be faced with an essentially impossible task. One man's meat is another man's poison. How does one equate exposure to a



Ainsi, malgré le caractère *a priori* non discriminatoire de l'article 9 de la Charte québécoise, les tribunaux en sont venus à renforcer expressément le secret professionnel des juristes par rapport à l'obligation de confidentialité des autres professionnels.

L'arrêt *Frenette* (1992)<sup>263</sup> est souvent cité comme symptomatique de ce virage. S'agissant de la confidentialité des dossiers médicaux, la Cour suprême du Canada, sous la plume de la juge L'Heureux-Dubé, relève que les régimes législatifs en vigueur encadrant les dossiers hospitaliers militent en faveur d'une interprétation relative de la portée du secret professionnel au sens de l'article 9 :

Bien que, de prime abord, le grand principe général énoncé au premier alinéa de l'art. 9 de la *Charte* semble indiquer que l'on devrait favoriser une interprétation absolue, le droit d'une personne à la confidentialité de ses dossiers médicaux et l'obligation correspondante imposée à ceux qui en ont la possession revêtent un caractère indubitablement relatif. En fait, ceci est expressément reconnu au deuxième alinéa de l'art. 9 de la *Charte* elle-même, qui traite de l'obligation de respecter le secret professionnel. Le législateur a donc prévu, d'une part, que le titulaire du droit peut, de son propre chef, relever le professionnel de son obligation ou, d'autre part, que le législateur lui-même peut le faire dans l'intérêt public général au moyen d'une disposition expresse de la loi. Le fait que le législateur n'ait pas entendu faire du droit à la non-divulgence de documents confidentiels un droit absolu ou quasi absolu en l'insérant dans la *Charte* ressort également de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* qui régit l'obligation qu'ont les établissements de santé publics de garder confidentiels les dossiers des bénéficiaires de leurs services, notamment en vertu de l'art. 7 de cette loi, qui s'applique en l'espèce.<sup>264</sup>

---

comparatively minor civil claim or criminal charge against prejudicing a defence to a serious criminal charge? How does one balance a client's risk of loss of reputation, or exposure to public opprobrium, against prejudicing another person's possible defence to a murder charge? But the difficulties go much further. Could disclosure also be sought by the prosecution, on the ground that there is a public interest in the guilty being convicted? If not, why not? If so, what about disclosure in support of serious claims in civil proceedings, say, where a defendant is alleged to have defrauded hundreds of people of their pensions or life savings? Or in aid of family proceedings, where the shape of the whole of a child's future may be under consideration? There is no evident stopping place short of the balancing exercise being potentially available in support of all parties in all forms of court proceedings. This highlights the impossibility of the exercise. What is the measure by which judges are to ascribe an appropriate weight, on each side of the scale, to the diverse multitude of different claims, civil and criminal, and other interests of the client on the one hand and the person seeking disclosure on the other hand?

In the absence of principled answers to these and similar questions, and I can see none, there is no escaping the conclusion that the prospect of a judicial balancing exercise in this field is illusory, a veritable will-o'-the-wisp. That in itself is a sufficient reason for not departing from the established law. Any development in the law needs a sounder base than this. This is of particular importance with legal professional privilege. Confidence in non-disclosure is essential if the privilege is to achieve its *raison d'être*. If the boundary of the new incursion into the hitherto privileged area is not principled and clear, that confidence cannot exist.

<sup>263</sup> *Frenette* (1992), préc., note 261.

<sup>264</sup> *Id.*, 673 et 674.

L'affaire *Frenette* (1992) avait trait à une demande d'accès aux dossiers médicaux par un assureur à la suite du décès d'un assuré, aux fins d'honorer son obligation d'indemnisation au bénéficiaire de la police d'assurance-vie. Au-delà de la portée du secret professionnel, la question en litige était plutôt l'interprétation – stricte ou libérale – qu'il convient de donner à une clause d'autorisation d'accès aux dossiers médicaux qu'avait signée l'assuré au moment de soumettre sa proposition d'assurance. Par rapport au secret professionnel liant un patient à son médecin traitant, les tribunaux québécois sont plus enclins à le relativiser dans les actions en annulation du testament où l'état mental du testateur constitue la seule question en litige et qu'il n'existe pas d'autres moyens raisonnables de prouver les prétentions respectives<sup>265</sup>. En l'absence d'une renonciation valide au secret professionnel, cette approche restrictive nous semble ne devoir s'appliquer que dans un contexte précis : soit à l'égard des dossiers médicaux et hospitaliers voire du témoignage de l'avocat<sup>266</sup> ou du notaire instrumentant<sup>267</sup> alors que l'état de santé (mentale) d'une personne à l'époque de la consultation constitue le cœur du litige.

Toujours est-il qu'en discourant sur la portée du secret professionnel de l'avocat dans l'arrêt *Foster Wheeler* (2004), le juge LeBel, en citant *Frenette* (1992), est venu confirmer au nom de la Cour suprême du Canada la portée à géométrie variable des différents secrets professionnels, en relevant l'importance particulière accordée au secret professionnel de l'avocat par le législateur :

[35] Le secret professionnel des avocats est protégé comme celui des membres de tous les ordres professionnels régis par le *Code des professions*, selon l'art. 9 de la *Charte québécoise*. Cependant, l'intensité et la portée de la protection que reconnaît cette disposition demeure susceptible de varier suivant la nature des fonctions remplies par les membres des divers ordres professionnels et des services qu'ils sont appelés à rendre, comme des autres composantes du régime juridique qui les encadrent (voir *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647, p. 673-675, la juge L'Heureux-Dubé). Dans cette perspective, les principes généraux de droit public qu'a définis la jurisprudence de notre Cour quant à l'importance de ce secret professionnel et à sa sensibilité particulière dans le cas de la relation avocat-client ne doivent pas être oubliés lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre cette disposition et celles de la *Loi sur le Barreau* qui portent sur le même sujet. D'ailleurs, certains aspects de la législation fiscale québécoise soulignent l'importance particulièrement critique de cette institution pour la société et le système de justice en accordant une protection renforcée au secret professionnel liant les avocats et notaires. Ainsi, la *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., ch. M-31,

---

<sup>265</sup> *Nazzari c. Nazzari*, 2016 QCCA 1334; *Pagé c. Henley (Succession de)*, 2016 QCCA 964; *Cordeau* (1984), préc., note 246.

<sup>266</sup> *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353 [ci-après « *Geffen* (1991) »].

<sup>267</sup> *Tanzer c. Spector*, 2017 QCCA 1090 [ci-après « *Tanzer* (2017) »].

art. 53.1, autorise le fisc à examiner les documents détenus par un professionnel, même si cela provoque la divulgation de renseignements confidentiels, sauf dans le cas des avocats et notaires.<sup>268</sup>

Rappelons que le libellé du second alinéa de l'article 9 de la Charte québécoise n'interdit pas au législateur québécois de créer autant d'exceptions qu'il estime juste par une simple « disposition expresse de la loi ». Dans la mesure où l'importance accordée au secret professionnel des avocats et des notaires pouvait se justifier par l'absence d'exceptions dans les lois en vigueur en ce qui concerne la protection de cette confidentialité, le discours autopoïétique du droit sur le droit<sup>269</sup> atteindrait son apogée.

Du côté de la *common law* canadienne, les tribunaux en seraient venus également à renforcer le statut constitutionnel du secret professionnel du juriste en tant que principe de justice fondamentale enchâssé à l'article 7 de la Charte canadienne, tel qu'il en sera plus amplement détaillé dans la prochaine sous-section.

### **3. Du droit fondamental au principe de justice fondamentale ?**

Comme nous l'avons démontré ci-dessus, il est communément admis que le secret professionnel de l'avocat a évolué, depuis l'avènement de la Charte canadienne, d'une (simple) règle de preuve à un droit fondamental à part entière. Sur cette toile de fond, une seconde mutation, moins claironnante mais tout aussi définitive, suggère une requalification du droit (fondamental) au respect du secret professionnel de l'avocat en tant que « principe de justice fondamentale ».

L'expression est consacrée à l'article 7 de la Charte canadienne, aux termes suivants :

#### **Garanties juridiques**

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

À maints égards, les « principes de justice fondamentale » constituent une catégorie *sui generis* en droit constitutionnel canadien. Tels que ces derniers sont enchâssés à l'article 7 de la Charte canadienne (1982) au chapitre des « Garanties juridiques », les porte-paroles du ministère de la Justice au Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution n'avaient-ils pas spécifié, à l'époque de son adoption, que l'expression ne cherchait à traduire rien

---

<sup>268</sup> *Foster Wheeler* (2004), préc., note 239, par. 35 [référence doctrinale omise].

<sup>269</sup> LUHMANN (1989), préc., note 51.

de plus ni de moins qu'un souci d'équité de procédure : « Justice fondamentale », voilà une autre manière – interchangeable – de renvoyer aux principes bien connus de « justice naturelle »<sup>270</sup>.

Ces commentaires préliminaires se sont depuis heurtés à ces propos renommés du juge Lamer (plus tard juge en chef), écrivant au nom de la Cour suprême dans l'arrêt *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* (1985) :

[32] Il me semble ... que remplacer l'expression « justice fondamentale » par l'expression « justice naturelle » équivaut à passer complètement à côté de la question. Après tout, il était parfaitement possible au législateur d'employer l'expression justice naturelle, qui est consacrée, mais ce n'est pas ce qu'il a fait. (...)

[33] Quel qu'ait pu être le degré de synonymie entre les deux expressions dans le passé, (ce qui, de toute façon, n'a été démontré clairement ni par les parties ni par les intervenants) depuis quelques dizaines d'années, notre pays a donné un sens précis à l'expression justice naturelle dans le but de délimiter les responsabilités des juges (au sens large) dans le domaine du droit administratif.

[34] À mon avis, c'est ce sens précis et quelque peu étroit que le législateur a évité, manifestant ainsi clairement sa volonté de donner à l'expression « principes de justice fondamentale » un contenu plus

---

<sup>270</sup> Tel que rapporté dans *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, par. 36 et 37 [*Renvoi sur la Motor Vehicle Act* (1985)] :

[36] En particulier, on a invoqué les passages suivants des témoignages de fonctionnaires fédéraux du ministère de la Justice :

**Monsieur Strayer (Sous-ministre adjoint, Droit public) :**

Monsieur le président, à notre avis, les termes « justice fondamentale » comprennent ce qu'on appelle le processus légal, qui comprend le droit à une procédure équitable. Toutefois, je ne comprends pas la notion de ce que l'on peut appeler principes de légalité inhérente, qui exigent des conditions de fond sur l'intention de la loi en question.

Cet aspect a été éprouvé clairement aux États-Unis dans le domaine de la propriété, aussi bien que dans le domaine du droit à la vie. L'expression « voies de droit régulières » a été amplifiée et comprend la procédure et l'intention. Le principe de justice naturelle ou fondamentale, à notre sens, s'en tient strictement aux exigences d'une procédure équitable.

...

M. Strayer : En principe, il n'y a pas de différence entre « justice naturelle » et « justice fondamentale ».

**M. Tassé (Sous-ministre)** a aussi affirmé à propos de l'expression « principes de justice fondamentale » dans son témoignage devant le Comité :

Nous devons supposer que le tribunal examinerait cela de la même façon qu'il étudierait les exigences de justice naturelle; les tribunaux connaissent très bien le concept de justice naturelle, qu'ils ont d'ailleurs défini de façon assez précise. Nous pensons que le tribunal interprétera les mots « principes de justice fondamentale » en les rapprochant du concept de justice naturelle ou d'équité inhérente.

Les tribunaux, ces dernières années, ont mis au point le concept d'équité administrative. Il est certain qu'ils ont pu se pencher longuement sur tous ces différents concepts, et nous nous attendons à ce qu'ils fassent de même dans le cas présent.

[37] **L'honorable Jean Chrétien**, qui était alors ministre fédéral de la Justice, a aussi indiqué au Comité que même s'il croyait que l'expression « justice fondamentale » était légèrement plus juste que l'expression « justice naturelle » à l'art. 7, l'une ou l'autre était acceptable pour le gouvernement.

général dont on a laissé aux tribunaux le soin de déterminer les paramètres à l'intérieur, cela va de soi, des limites acceptables de l'activité judiciaire<sup>271</sup>.

Cette percée à résonance dramatique promet d'élargir considérablement les limites du contrôle judiciaire<sup>272</sup>. Ce dernier ne s'exerce plus uniquement sur le plan des procédures, mais peut porter par ailleurs sur le bien-fondé des législations eu égard « aux préceptes fondamentaux de notre système juridique »<sup>273</sup>. Cette perspective d'un contrôle d'ordre substantiel confère aux justiciables une garantie supplémentaire contre l'arbitraire de l'État : celui-ci doit respecter, en sus d'une stricte équité procédurale, certains principes fondamentaux dont la détermination se situe dorénavant au cœur de l'expertise judiciaire.

Dans un premier temps, les garanties procédurales prévues aux articles 8 à 14 de la même rubrique des « Garanties juridiques » de la Charte canadienne<sup>274</sup> constituent des exemples spécifiques de principes de justice fondamentale<sup>275</sup>.

D'autres principes de justice fondamentale, d'ordre substantiel, seront énoncés au fil du temps par les tribunaux canadiens, par exemple :

- Le droit à une défense pleine et entière et à l'équité du procès<sup>276</sup>;

---

<sup>271</sup> *Id.*, par. 32 à 34.

<sup>272</sup> Jamie CAMERON, « From the MVR to Chaoulli v. Quebec: The Road Not Taken and the Future of Section 7 », (2006) 34 *S.C.L.R.* (2<sup>e</sup>) 105, 110.

<sup>273</sup> *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* (1985), préc., note 270, par. 31.

<sup>274</sup> Enchâssant les droits de chacun notamment :

- à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives (art. 8);
- à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires (art. 9);
- en cas d'arrestation ou de détention, d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit (art 10b));
- lorsqu'inculpé, d'être présumé innocent et d'être jugé dans un délai raisonnable (art. 11*b*, *d*));
- à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités (art. 12);
- à la protection contre l'auto-incrimination (art. 13);
- à l'assistance d'un interprète lorsqu'une partie ou un témoin ne peut suivre les procédures (art. 14).

<sup>275</sup> *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* (1985), préc., note 270, par. 29 :

Autrement dit, les articles 8 à 14 auraient pu être fondus en un seul article, en ajoutant, entre le texte de l'article 7 et les autres articles, la disposition qu'on retrouve souvent dans nos lois « et, sans limiter la généralité de ce qui précède (l'article 7), ce qui suit est réputé constituer une violation des droits de la personne visés au présent article ».

<sup>276</sup> *R. c. Rose*, [1998] 3 *R.C.S.* 262, par. 98 [ci-après « *Rose* (1998) »].

- Une personne moralement innocente (absence de *mens rea*) ne doit pas être exposée à un risque d'emprisonnement<sup>277</sup>;
- Une *mens rea* (intention coupable) plus exigeante est requise pour la condamnation à certaines infractions, comme le meurtre, « en raison de la nature spéciale des stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité de [celles-ci] ou des peines qui peuvent être imposées, le cas échéant »<sup>278</sup>;
- La nécessité de lier l'imputabilité criminelle à une conduite volontaire : « seule la conduite volontaire – le comportement qui résulte du libre arbitre d'une personne qui a la maîtrise de son corps, en l'absence de toute contrainte extérieure – entraîne l'imputation de la responsabilité criminelle et la stigmatisation que cette dernière provoque »<sup>279</sup>;
- En raison de leur âge, les adolescents ont droit à une présomption de culpabilité morale moins élevée que les adultes<sup>280</sup>;
- Le principe de la proportionnalité de la peine à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant<sup>281</sup>;
- Le principe de l'indépendance de la poursuite (*prosecutorial independence*)<sup>282</sup>;
- Les organismes chargés de l'application de la loi doivent être soumis à des normes raisonnables de transparence et d'imputabilité<sup>283</sup>;

---

<sup>277</sup> *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* (1985), préc., note 270 : Le renvoi portait sur la constitutionnalité des dispositions de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique, lesquelles rendaient passible d'une peine d'emprisonnement quiconque conduit sur une route ou un chemin industriel sans permis de conduire valide. Parce que les dispositions législatives créatrices de l'infraction ne prévoyaient pas la possibilité aux personnes inculpées de faire valoir leur diligence raisonnable, il s'agissait d'une infraction dite de responsabilité absolue, que le juge Lamer estime incompatible avec l'imposition d'une peine d'emprisonnement.

<sup>278</sup> *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, par. 28. Voir aussi *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944,956.

<sup>279</sup> *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687, par. 47; *R. c. Brown*, 2022 CSC 18, par. 96.

<sup>280</sup> *R. c. D.B.*, 2008 CSC, [2008] 2 R.C.S. 3, sur la constitutionnalité d'une présomption d'assujettissement des contrevenants adolescents à une peine applicable aux adultes à l'égard d' « infractions désignées ».

<sup>281</sup> *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433. Ne constitue cependant pas un manquement à la justice fondamentale le fait d'imposer aux délinquants une peine motivée en partie par des considérations d'intérêt public (p.ex. sécurité publique) : *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, par. 26.

<sup>282</sup> *R. v. Gill*, 2012 ONCA 607.

<sup>283</sup> *Bogaerts v. Attorney General of Ontario*, 2019 ONSC 41, par. 86 : « law enforcement bodies must be subject to reasonable standards of transparency and accountability. »

- Les valeurs fondamentales qui interdisent l'arbitraire et la portée excessive (absence de lien entre une atteinte au droit et l'objet d'une disposition) ainsi que la disproportion totale (une atteinte totalement disproportionnée à l'objectif du législateur ou de la mesure contestée)<sup>284</sup>.

Par contre, les tribunaux ont refusé de reconnaître en tant que principes de justice fondamentale :

- Le respect de la dignité humaine, en ce qu'il fait double emploi avec les droits nommément désignés à l'article 7<sup>285</sup>;
- Le principe du préjudice à autrui (*harm principle*) comme la seule justification à l'imposition d'une responsabilité criminelle<sup>286</sup>;
- L'intérêt supérieur de l'enfant<sup>287</sup>;
- La prise en considération du statut d'Autochtone dans la détermination de la peine<sup>288</sup>.

<sup>284</sup> *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 96 et suiv., en particulier par. 108 et 109 [ci-après « *Bedford* (2013) »]. Voir aussi Hamish STEWART, *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Irwin Law, 2019.

<sup>285</sup> *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, 592 [ci-après « *Rodriguez* (1993) »] :

On ne conteste pas que le respect de la dignité humaine est l'un des principes fondamentaux de notre société. J'ai toutefois de la difficulté à le qualifier en soi de principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7. (...) Affirmer que le « respect de la dignité et de l'autonomie de la personne » est un principe de justice fondamentale revient ... essentiellement à affirmer que priver l'appelante de la sécurité de sa personne est contraire aux principes de justice fondamentale parce qu'elle est privée de la sécurité de sa personne. Cette interprétation assimilerait la sécurité de la personne à un principe de justice fondamentale et rendrait ce dernier redondant.

<sup>286</sup> *R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571 [ci-après « *Malmo-Levine* (2003) »], contestant la constitutionnalité des dispositions criminalisant la simple possession de la marijuana – contestation rejetée.

<sup>287</sup> *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 7 [ci-après « *Canadian Foundation for Children* (2004) »] : Le débat portait sur la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, ne prohibant pas complètement les punitions corporelles infligées à l'enfant par ses parents et instituteurs, lorsque « la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances » – Contestation rejetée. Il est à noter que ce principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est également reconnu dans des instruments tant nationaux qu'internationaux, dont : la Charte québécoise, préc., note 14, art. 41; le Code civil du Québec, art. 33; la *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 232, art. 3; la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3(2<sup>e</sup> suppl.), art. 7.1; COMMISSION EUROPEENNE, *Stratégie de l'UE sur les droits de l'enfant*, communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM(2021) 142 final, Bruxelles, 24 mars 2021; la *Convention relative aux droits de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies le 20 novembre 1989 (entrée en vigueur le 2 septembre 1990), art. 3(1).

<sup>288</sup> *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, par. 20.

Le test constitutionnel balisant la reconnaissance (ou non) d'un principe au rang de justice fondamentale a été explicité par la Cour suprême dans les arrêts *Malmo-Levine* (2003) et *Canadian Foundation for Children* (2004). Un principe de justice fondamentale renvoie à :

- 1) un principe juridique (par opposition à une politique générale);
- 2) fruit d'un consensus substantiel dans la société sur son caractère essentiel au bon fonctionnement du système de justice;
- 3) identifié avec précision et appliqué aux situations avec des résultats prévisibles<sup>289</sup>.

Pour la Cour suprême du Canada, le secret professionnel de l'avocat satisfait à ces trois conditions<sup>290</sup>, tel qu'il sera plus amplement exposé ci-dessous.

À la différence de la Charte québécoise, la Charte canadienne n'enchâsse pas nommément le droit au secret professionnel au rang de droits constitutionnels protégés. Dans *Smith c Jones* (1999), le juge Cory a affirmé qu'« [i]l est établi depuis longtemps qu'il s'agit d'un principe de la plus haute importance pour l'administration de la justice »<sup>291</sup>. Dans son opinion dissidente au même arrêt, le juge Major retrace le privilège du secret professionnel en filigrane des garanties juridiques nommément désignées dans la Charte :

[7] Dans le contexte criminel, les principes qui sous-tendent les règles relatives au privilège du secret professionnel de l'avocat sont protégés en raison de l'inscription dans la Constitution du droit à une défense pleine et entière, du droit à l'assistance d'un avocat, du droit de l'accusé de ne pas s'incriminer et de la présomption d'innocence qui sont prévus à l'art. 7 et aux al. 10*b*), 11*c*) et 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (...)

[8] Chacun de ces droits appuie l'extension du privilège aux communications entre un client et l'expert dont l'avocat a retenu les services dans le but de préparer une défense. Considérés ensemble, ces droits illustrent les raisons pour lesquelles il faut interdire l'utilisation contre un accusé des communications entre son avocat et lui dans une instance judiciaire. Ne pas protéger au moyen du secret professionnel de l'avocat les communications faites par un accusé sous le sceau du secret aux personnes qui sont étroitement mêlées à la préparation de sa défense ferait échec à ces droits. Pour ces motifs, les communications entre un accusé et son avocat qui sont faites dans le but de préparer sa défense bénéficient du plus haut niveau de protection et de confidentialité.<sup>292</sup>

---

<sup>289</sup> *Malmo-Levine* (2003), préc., note 286, par. 113. *Canadian Foundation for Children* (2004), préc., note 287, par. 8.

<sup>290</sup> *Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada* (2015), préc., note 233.

<sup>291</sup> *Smith c. Jones* (1999), préc., note 37, par. 35.

<sup>292</sup> *Id.*, par. 7 et 8 (j. Major, diss.).



Deux ans plus tard, le juge Major assimilera nommément le secret professionnel de l’avocat à un principe de justice fondamentale du même ordre que le droit à une défense pleine et entière<sup>293</sup>. Cette qualification a été entérinée par la juge Arbour dans l’arrêt *Lavallee* (2002), en relevant que l’exercice de pondération habituel n’est pas particulièrement utile lorsque « l’intérêt en jeu est le secret professionnel de l’avocat – principe de justice fondamentale et droit civil de la plus haute importance en droit canadien »<sup>294</sup>.

Une analyse plus approfondie intervient dans l’affaire *Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada* (2015), sous la plume du juge Cromwell<sup>295</sup>. La Fédération contestait alors la constitutionnalité des nouvelles dispositions législatives et réglementaires fédérales de lutte contre le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes. Les dispositions visaient principalement les intermédiaires financiers (p.ex. institutions bancaires, courtiers en valeurs mobilières, courtiers d’assurance-vie, comptables), y compris cependant les avocats des provinces canadiennes de *common law* ainsi que les avocats et notaires du Québec. D’une part, ces intermédiaires sont tenus de recueillir auprès de leurs clients certains renseignements d’identité et de conserver les relevés des opérations. D’autre part, les renseignements ainsi recueillis et conservés pourront être assujettis à une fouille, perquisition et saisie par les autorités compétentes pour assurer l’application de la loi. Les intermédiaires récalcitrants s’exposaient à une amende ainsi que des sanctions pénales.

Dans la mesure où les dispositions relatives aux fouilles et aux perquisitions ne respectaient pas les critères de *Lavallee* (2002), elles portent atteinte au droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti à l’article 8 de la Charte<sup>296</sup> ni n’étaient justifiées en vertu de l’article premier<sup>297</sup>. Pour ce qui est de l’article 7, la Cour suprême devait décider si les restrictions au droit à la liberté des avocats, eu égard au risque d’emprisonnement en cas de non-

---

<sup>293</sup> *McClure* (2001), préc., note 38, par. 41 et 42. Aussi *R. c. Brown*, 2002 CSC 32, [2002] 2 R.C.S. 185, par. 47 [ci-après « *Brown* (2002) »].

<sup>294</sup> *Lavallee* (2002), préc., note 38, par. 36.

<sup>295</sup> *Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada* (2015), préc., note 233.

<sup>296</sup> *Id.*, par. 35.

<sup>297</sup> *Id.*, par. 62.

respect<sup>298</sup>, sont conformes au principe de justice fondamentale en ce qui concerne notamment le secret professionnel de l'avocat<sup>299</sup>.

À cette question, la Cour suprême du Canada estime que le devoir de l'avocat de se dévouer à la cause de son client :

- 1) est bien établi « comme principe juridique suffisamment précis et qu'il satisfait donc aux première et troisième exigences d'un principe de justice fondamentale »<sup>300</sup>; et
- 2) en ce qui concerne la deuxième condition, fait l'objet « d'un vaste et solide consensus au sujet de l'importance fondamentale, dans les États démocratiques, d'empêcher que l'État nuise au dévouement de l'avocat à la cause de son client »<sup>301</sup>.

Or, le régime législatif en cause inspirait justement une crainte raisonnable que les avocats qui sont tenus d'obtempérer aux nouvelles dispositions recueillent, pour le compte de l'État, des renseignements susceptibles de porter préjudice aux clients, ce qui constituerait « une érosion inacceptable de la confiance en la capacité de l'avocat de représenter ses clients avec dévouement »<sup>302</sup>.

Alors que la doctrine constitutionnelle associe limitativement l'existence d'un droit fondamental à une liberté de faire ou de ne pas faire à l'abri de l'intervention de l'État, un « principe de justice fondamentale » rappelle à l'État les limites de son droit d'intervention dans des circonstances qui n'entrent pas nécessairement dans l'orbite d'un ou de plusieurs droits fondamentaux nommément protégés dans la Constitution. Dotés d'une composante à la fois matérielle et procédurale, les

---

<sup>298</sup> « Il n'est pas nécessaire de décider si celui des clients entre aussi en jeu. » (*Id.*, par. 7)

<sup>299</sup> À la différence de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2013 BCCA 147), la Cour suprême hésitait à confirmer l'existence d'un autre principe de justice fondamentale se rapportant à l' « indépendance du barreau », tel que plaidé par la Fédération : *Id.*, par. 78 à 80.

<sup>300</sup> *Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada* (2015), préc., note 233, par. 94.

<sup>301</sup> *Id.*, par. 102.

<sup>302</sup> *Id.*, par. 109. Il est intéressant de noter que dans la décision *Ordre des comptables professionnels agréés du Québec c. Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 4327 [ci-après « *Ordre des CPA* (2021) »], la Cour supérieure du Québec a fait une distinction entre le secret professionnel des avocats – dont la protection est fondée sur l'efficacité de l'administration de la justice, et le secret professionnel du comptable qui ne constitue pas un principe de justice fondamentale. L'Ordre des CPA avait plaidé l'exemple d'un mandat de juricomptable, que la cour a considéré insuffisant pour justifier une reconnaissance au rang de principe de justice fondamentale, du moins lorsque le mandat est donné dans le cadre ou en vue d'un litige (par. 31). Ce jugement a été porté en appel, et il y a lieu d'en suivre l'évolution au regard de nuances entre « droit fondamental » et « principe de justice fondamentale ».

principes de justice fondamentale ont vocation à accorder une protection résiduelle aux intérêts garantis par des dispositions spécifiques de la Charte<sup>303</sup>.

### C. Conception « absolutiste » du secret professionnel du juriste en droit canadien ?

Par ailleurs, indépendamment de sa consécration comme principe de justice fondamentale, une conception « absolutiste » du secret professionnel du juriste en droit canadien se défend par sa portée *a priori* très large, telle que formellement reconnue par les tribunaux.

Il s'agit tout d'abord d'un droit rattaché à la fonction du destinataire des communications se rapportant, de près ou de loin, à la prestation de services juridiques<sup>304</sup>. Dans une optique utilitariste, sa justification ou raison d'être nous est bien connue :

Un juriste ne peut fournir des services juridiques efficaces à un client à moins que la communication entre lui et son client se fasse librement et sans réserve. En outre, le client doit se sentir à l'aise et libre d'aller de l'avant en étant convaincu que tout ce qui sera divulgué ou fera l'objet de discussion avec le juriste demeurera strictement confidentiel à moins d'une demande ou d'une indication contraire expresse de la part du client.<sup>305</sup>

Certains diront qu'il ne s'agit pas tant « de favoriser une “relation” reposant sur la confidentialité, mais plutôt de faciliter la tâche de l'avocat dans un système judiciaire contradictoire »<sup>306</sup>. Ainsi, ce droit à la confidentialité naît « dès les premières démarches »<sup>307</sup> effectuées par un individu auprès d'un bureau d'avocats en vue d'obtenir un conseil juridique. Dans les mots du juge Lamer (plus tard juge en chef) dans l'arrêt *Descôteaux* (1982) :

Les renseignements que requiert un avocat d'une personne pour décider s'il acceptera de la conseiller ou de la représenter sont tout autant des communications faites dans le but d'obtenir un avis juridique que ceux qui lui seront communiqués par après. Il a été depuis longtemps reconnu que même si l'avocat n'accepte pas d'aviser la personne qui sollicite ses services, les communications faites à cette fin par cette personne à l'avocat ou à ses préposés n'en sont pas moins privilégiées.<sup>308</sup>

---

<sup>303</sup> *Thomson Newspapers* (1990), préc., note 191, 563.

<sup>304</sup> Voir Grace M. GIESEL, *Mastering Professional Responsibility*, 2<sup>e</sup> éd., Durham (N.C.), Carolina Academic Press, 2015, p. 111 [ci-après « GIESEL (2015) »].

<sup>305</sup> FEDERATION DES ORDRES PROFESSIONNELS DE JURISTES DU CANADA, *Code type de déontologie professionnelle*, Règle 3.3-1, Commentaire [1].

<sup>306</sup> Yves BERIAULT et Madeleine RENAUD, « Divulgence volontaire au Directeur : confidentialité et privilège », (1993) 38-3 *R.D. McGill* 778, 790.

<sup>307</sup> *Descôteaux* (1982), préc., note 30, 876.

<sup>308</sup> *Id.*, 876 et 877 [références omises]. Voir aussi *Minter v. Priest*, [1930] A.C. 558, Lord Atkin :

If a person goes to a professional legal adviser for the purpose of seeing whether the professional person will give him professional advice, communications made for the purpose of indicating the advice

À cette extension temporelle du droit au respect de la confidentialité s'ajoute le large éventail de renseignements susceptibles d'être couverts par le secret professionnel de l'avocat. Cela comprend la nature et la date des services rendus ainsi que des conseils juridiques prodigués, les échanges confidentiels intervenus entre le client et l'avocat<sup>309</sup>, le nom du client, le montant et le compte des honoraires<sup>310</sup>, la capacité financière du client à rémunérer son avocat ainsi que « tous autres renseignements qu'un avocat est raisonnablement en droit d'exiger avant d'accepter le mandat »<sup>311</sup>.

La version des faits du client ou l'ensemble des faits communiqués par le client en vue d'obtenir un avis juridique est également couvert par le secret professionnel. Lorsqu'un mémoire contient à la fois la version des faits du client et l'opinion de l'avocat, l'ensemble du document est présumé confidentiel<sup>312</sup>. Il en va de même lorsqu'il apparaît difficile de départager, dans un document de travail, ce qui émane du client et les calculs des comptables eux-mêmes<sup>313</sup>.

À la différence des faits rapportés par une personne en vue d'obtenir un avis juridique, les renseignements présumés confidentiels incluent-ils les faits qu'un avocat aurait l'occasion de constater personnellement ?

Dans l'affaire *Trempe c. Dow* (1980), la Cour d'appel du Québec, statuant sur l'exception du secret professionnel invoqué par un ingénieur membre de l'Ordre des ingénieurs du Québec, y a répondu par la négative :

Les faits physiques qu'un enquêteur (qu'il s'agisse ou non d'un professionnel) constate au cours de l'examen qu'il fait d'un objet, de lieux, au cours de visites, d'expériences, de tests, n'entrent pas dans le concept de « renseignements confidentiels qui (lui) ont été révélés. » Ce n'est pas par confiance ni même par d'autres qu'il les a connus; il les a lui-même découverts, par son propre fait. Par rapport à ces

---

required will be protected. (...) Such business is professional business, and communications made for its purpose appear to me to be covered by the protection, whether the solicitor eventually accedes to the request or not.

<sup>309</sup> *Amyot* (1993), préc., note 241.

<sup>310</sup> *Kruger* (1988), préc., note 239.

<sup>311</sup> *Descôteaux* (1982), préc., note 30, 877.

<sup>312</sup> *1784049 Ontario Limited o/a Alpha Care Studio 45 v. City of Toronto*, 2010 ONSC 1204, 101 O.R. (3<sup>e</sup>) 505, par. 43 :

[43] ... I agree with Ms. Kuehl that it is the document that is privileged. It contains both factual information and advice communicated in a certain way, from counsel to the client when seeking instructions. The entire communication is privileged. The factual information itself is not privileged but the way in which counsel communicates it to the client, together with legal advice, is privileged.

<sup>313</sup> *Sumabus* (1992), préc., note 242.

faits, il est le témoin propre; son témoignage en constitue une preuve directe, contrairement aux renseignements qu'on a pu lui révéler sur lesquels son témoignage n'aurait aucune valeur probante, ne constituerait que du ouï-dire, (et qui ne pourront être retenus comme données valables pour fonder son expertise que si preuve en est régulièrement faite). Par rapport à ces faits, il est un simple témoin.

Il répugne de penser que des faits sur lesquels une personne aurait pu être contrainte de témoigner si elle les avait elle-même constatés, pourraient devenir inaccessibles sans son autorisation au seul motif qu'elle en aurait fait faire la constatation par un des professionnels visés à l'article 9 de la Charte des droits et libertés de la personne.<sup>314</sup>

Dans le contexte d'une relation avocat-client, le juge LeBel de la Cour suprême du Canada a donné l'exemple suivant dans l'arrêt *Foster Wheeler* (2004) :

[39] ... en dépit de l'intensité de l'obligation de confidentialité et de l'importance du secret professionnel, celui-ci ne couvre pas nécessairement tous les faits ou tous les événements que constate l'avocat au cours de l'exécution de son mandat. Le régime juridique du secret professionnel ne le dispense pas non plus en toutes circonstances de témoigner sur des faits impliquant ses clients. Passager dans une automobile en discussion avec son client, il ne serait pas admissible à témoigner sur l'opinion qu'il lui donnait alors, mais pourrait être forcé de rendre témoignage sur l'excès de vitesse qui aurait provoqué une collision.<sup>315</sup>

Autre exemple : ce qu'un avocat a pu constater en assistant personnellement à une assemblée des actionnaires de son client n'est pas non plus couvert par le secret professionnel<sup>316</sup>.

Aussi, le droit à la confidentialité s'applique non seulement à l'avocat, mais également à l'ensemble des personnes travaillant en collaboration avec ce dernier, dont ses assistants, employés et experts collaborateurs<sup>317</sup>. Il en va de même lorsque le tiers a par ailleurs des intérêts communs avec le client<sup>318</sup>. Selon les circonstances, la simple présence d'une tierce personne, même indépendante, lors de rencontres entre l'avocat et son client n'emporte pas nécessairement l'effet de « publiciser » les débats jusqu'à faire perdre à l'ensemble des échanges leur caractère confidentiel<sup>319</sup>.

Comme nous le résume le juge Lamer (plus tard juge en chef) dans *Descôteaux* (1982) :

---

<sup>314</sup> *Trempe c. Dow* (1980), préc., note 240 (j. Bernier) [références omises].

<sup>315</sup> *Foster Wheeler* (2004), préc., note 239, par. 39. Cet exemple est cité dans SOPINKA, LEDERMAN ET BRYANT (2018), préc., note 5, p. 992, §14.66.

<sup>316</sup> *Amyot* (1993), préc., note 241.

<sup>317</sup> *Descôteaux* (1982), préc., note 30, 893.

<sup>318</sup> *Pfeiffer et Pfeiffer inc. c. Javicoli*, [1994] R.J.Q. 1, 1993 CanLII 4326 (C.A.) [ci-après « *Pfeiffer* (1994) »].

<sup>319</sup> *Foster Wheeler* (2004), préc., note 239, par. 49 (présence d'une animatrice indépendante pour assurer le bon ordre d'une réunion de l'organisme tenue à huis clos).

Qu'ils soient communiqués à l'avocat lui-même ou à des employés, qu'ils portent sur des matières de nature administrative comme la situation financière ou sur la nature même du problème juridique, tous les renseignements que doit fournir une personne en vue d'obtenir un avis juridique et qui sont donnés en confiance à cette fin jouissent du privilège de confidentialité. Ce droit à la confidentialité s'attache à toutes les communications faites dans le cadre de la relation client-avocat, laquelle prend naissance dès les premières démarches du client virtuel, donc avant même la formation du mandat formel.<sup>320</sup>

Il suffit en général, pour que soit établie une présomption de confidentialité en vertu de l'existence du secret professionnel, de faire la preuve qu'« un mandat général a été confié à un avocat pour rendre une gamme de services que l'on attend en général de lui, en sa qualité professionnelle »<sup>321</sup>. Il revient alors à la partie adverse de produire une preuve convaincante à l'effet que le secret professionnel devrait céder aux autres impératifs d'intérêt public.

Dix ans donc après l'arrêt *Descôteaux* (1982) et près de quinze ans suivant l'entrée en vigueur de la Charte québécoise (art. 9), l'article 2858 du Code civil – le second du Titre troisième traitant « De la recevabilité des éléments et des moyens de preuve » du Livre septième – a jugé nécessaire de préciser le devoir du tribunal de rejeter, même d'office, tout élément de preuve lorsqu'il s'avère que ce dernier ait été obtenu « dans des conditions qui portent atteinte [au droit au respect du secret professionnel] »<sup>322</sup>. À la différence d'autres droits et principes de justice fondamentale, il n'est pas nécessaire au tribunal d'apprécier la mesure dans laquelle l'utilisation de tels éléments de preuve serait susceptible (ou non) de déconsidérer l'administration de la justice. Comme nous le précisons la *Loi sur la justice administrative* du Québec à son article 11 *in fine*, « [l]'utilisation d'une preuve obtenue par la violation du droit au respect du secret professionnel est réputée déconsidérer l'administration de la justice »<sup>323</sup>.

---

<sup>320</sup> *Descôteaux* (1982), préc., note 30, 893.

<sup>321</sup> *Foster Wheeler* (2004), préc., note 239, par. 42.

<sup>322</sup> *Code civil du Québec*, art. 2858 :

Le tribunal doit, même d'office, rejeter tout élément de preuve obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés fondamentaux et dont l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Il n'est pas tenu compte de ce dernier critère lorsqu'il s'agit d'une violation du droit au respect du secret professionnel. [nos soulignés]

Par ailleurs, le jugement qui rejette une objection à la preuve fondée (notamment) sur le secret professionnel est sujet à un appel immédiat et de plein droit : *Code de procédure civile* (Québec), préc., note 158, art. 31.

<sup>323</sup> Voir aussi la *Loi sur la justice administrative*, préc., note 36, art. 11 :

L'organisme est maître, dans le cadre de la loi, de la conduite de l'audience. Il doit mener les débats avec souplesse et de façon à faire apparaître le droit et à en assurer la sanction.

\*\*\*

De ce qui précède, nous assistons, d'une part, à l'élargissement de la portée du secret professionnel. Son champ d'application va désormais bien au-delà d'une simple immunité de témoigner en justice. Avec la complexification croissante du droit et de la trame de vie sociale, les débats se diversifient et concernent également la production d'éléments matériels directement incriminants; la production d'éléments matériels pertinents qui, sans être directement incriminants, sont néanmoins susceptibles d'étayer la théorie de la cause de la poursuite ou de la partie adverse (*cf. Maranda*); le droit du bénéficiaire du secret professionnel à l'invoquer dans une multitude de circonstances en dehors des instances judiciaires (*cf. Solosky*); la quantité importante d'informations susceptibles d'être couvertes par le secret professionnel du juriste dans le cas des mandats complexes et à exécution prolongée (*cf. Foster Wheeler*). D'autre part, cet élargissement du champ d'application du secret professionnel est allé de pair avec une rhétorique normative promouvant une conception de plus en plus absolutiste de cette garantie qui, en évoluant d'une simple règle de preuve à un privilège générique, droit fondamental et principe de justice fondamentale, trouve sa justification non seulement dans la préservation de la confiance entre parties privées, mais par ailleurs dans l'intérêt public d'une saine administration de la justice. La conjonction de ces deux développements pourrait faire craindre un risque accru d'abus du droit au respect du secret professionnel du juriste, lorsque le seul fait de l'invoquer suffirait à éclipser l'application d'autres droits. Il convient donc de nous interroger sur les modes de coexistence possibles du droit au respect du secret professionnel de l'avocat avec les autres libertés et droits fondamentaux en droit canadien.

---

Il décide de la recevabilité des éléments et des moyens de preuve et il peut, à cette fin, suivre les règles ordinaires de la preuve en matière civile. Il doit toutefois, même d'office, rejeter tout élément de preuve obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés et dont l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. L'utilisation d'une preuve obtenue par la violation du droit au respect du secret professionnel est réputée déconsidérer l'administration de la justice. [nos soulignés]

## **PARTIE II. La coexistence *in abstracto* : l'exercice de conciliation, une approche consacrée**

À l'origine une simple règle d'irrecevabilité dans le droit de la preuve<sup>324</sup>, la nature de ce qui était connu comme un simple « privilège » des communications avocat-client a connu au fil des ans une mutation formelle jusqu'à devenir une règle de fond à part entière. Comme nous l'avons vu<sup>325</sup>, la consécration de cette règle de fond se manifeste, d'une part, par sa reconnaissance au niveau (quasi) constitutionnel à titre de droit fondamental et, d'autre part, par un traitement particulier qui lui est réservé au chapitre de la recevabilité des éléments et des moyens de preuve en droit civil (québécois)<sup>326</sup>.

Or, les nécessités de la pratique contemporaine du droit ne peuvent se permettre de donner préséance au respect du secret professionnel au détriment d'autres droits également fondamentaux ou impératifs concurrents. En même temps que se consolide la reconnaissance du secret professionnel comme une règle substantielle à part entière, voit-on émerger différents contextes où il pourrait être justifié d'y déroger. La rencontre de ces deux dynamiques contradictoires soulève la question des modes de coexistence possibles du secret professionnel avec d'autres règles de fond concurrentes.

Dans cette partie II, nous allons nous intéresser à la coexistence *in abstracto* du secret professionnel avec d'autres droits et principes de justice fondamentale, à l'aune d'un discours constitutionnel formel axé sur la pondération des intérêts opposés (A). En fonction de ce discours, la pondération *in abstracto* s'exerce sous forme d'exceptions à la protection du secret professionnel au nom de différents droits fondamentaux concurrents (B).

### **A. À l'aune de la pondération d'intérêts opposés**

Rappelons que dans l'arrêt *Descôteaux* (1982), le plus haut tribunal du pays, sous la plume du juge Lamer (plus tard juge en chef), a cherché à délimiter les contours du secret professionnel<sup>327</sup> moins en énonçant une règle définitionnelle de fond qu'en préconisant une approche de conciliation avec les autres libertés et droits fondamentaux. Il s'agit d'une démarche justificatrice très similaire à ce qui est depuis connu comme le test constitutionnel des arrêts *Oakes/Dagenais*. Ce dernier, comme

---

<sup>324</sup> *Supra* Partie I - Section B - Sous-section 1.

<sup>325</sup> *Supra* Partie I - Section B.

<sup>326</sup> *Id.*

<sup>327</sup> *Supra* Partie I - Section B - Sous-section 2.



présenté plus haut<sup>328</sup>, appelle à un examen tant de l'importance de l'objectif (« préoccupations urgentes et réelles) visé par les restrictions que de la proportionnalité des moyens mis en œuvre pour restreindre une liberté ou droit protégé, y compris la minimisation d'effets (préjudiciables) qui découleraient de pareille restriction. La nature protéiforme et tentaculaire de ces effets nécessite bien souvent une prise en considération non seulement des droits et libertés au sens strict, mais également de l'intérêt public<sup>329</sup>, ainsi que de la multitude de facteurs (p. ex. socioéconomiques, géopolitiques, axiologiques) qui sculptent l'évolution de notre société. En cas de conflit apparent entre deux droits fondamentaux, la Cour suprême du Canada préconise une démarche adaptée consistant à se demander :

1. si le conflit est bien réel de sorte qu'il est impossible de respecter un droit sans porter atteinte à l'autre; et
2. si les effets bénéfiques découlant du respect de l'un et de la violation d'un autre droit l'emportent sur les effets préjudiciables.<sup>330</sup>

À l'instar de tout (autre) droit et liberté, le secret professionnel du juriste peut et doit donc céder devant un intérêt plus grand (B), ce que reconnaissent nommément les tribunaux d'appel canadiens dans plusieurs pourvois mettant en conflit le secret professionnel de l'avocat avec d'autres droits. Or, ces découpages catégoriels s'avèrent plus apparents que réels : l'exercice de pondération nous paraît se limiter à une apostrophe générique sur l'importance du secret professionnel sans une investigation plus poussée de ses différentes ramifications (C).

## **B. Levée du secret professionnel du juriste au nom d'un « intérêt plus grand »**

Les annales judiciaires contemporaines montrent que plusieurs cas de figure susceptibles de justifier une mise à l'écart du secret professionnel du juriste ont été discutés devant les tribunaux. En droit canadien, ils sont qualifiés comme autant d'exceptions au principe du secret, à savoir le droit à la vie et à la sécurité d'autrui (1), le droit à une défense pleine et entière (2) ainsi que le

---

<sup>328</sup> *Id.*

<sup>329</sup> Le libellé de l'article 9.1 de la Charte québécoise, préc., note 14, pourvoit explicitement à la prise en compte « de l'ordre public [au sens large] et du bien-être général des citoyens du Québec ». Voir aussi CARDINAL, *Aspects modernes du secret professionnel de l'avocat*, préc., note 258, p. 97 et suiv.

<sup>330</sup> *R. c. N.S.* (2012), préc., note 259, par. 8 et 9.

droit à la découverte de la vérité tant par l'État (3) que le citoyen (4), y compris une catégorie résiduaire embrassant tout autre intérêt jugé « suffisamment important » (5).

## **1. Droit à la vie et à la sécurité d'autrui**

À la différence de l'article premier de la Charte québécoise, l'article 7 de la Charte canadienne protégeant le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne est libellé de telle sorte qu'il serait possible d'y porter atteinte dans la mesure où cette atteinte a été en conformité avec les principes de justice fondamentale :

### **Charte des droits et libertés de la personne (Québec)**

1. Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne. (...)

### **Charte canadienne des droits et libertés**

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Dans son acception traditionnelle épousant le modèle libéral, l'expression « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » semble, à la lecture du texte, aller de soi à telle enseigne que la jurisprudence en discute rarement la portée. Avec l'avènement – timide – des droits créances, une partie de la doctrine, ainsi que certaines décisions isolées d'instances inférieures, est également d'avis d'inclure la « qualité de vie » dans le « droit à la vie » garanti à l'article 7 de la Charte canadienne. Ce droit à une certaine « qualité de vie » ou à une « vie décente » pourrait imposer à l'État une obligation positive d'assurer à chacun les moyens de subsistance de base<sup>331</sup>. La Charte protège par ailleurs cette marge d'autonomie – et partant de liberté – qui va au-delà du

---

<sup>331</sup> Voir notamment Margot YOUNG, « The Other Section 7 », (2013) 62 *S.C. Law Rev.* (2<sup>e</sup>) 3, 13–14; Marie-Ève SYLVESTRE, « The Redistributive Potential of Section 7 of the Charter: Incorporating Socio-economic Context in Criminal Law and in the Adjudication of Rights », (2011) *Ottawa L. Rev.* 389, Martha JACKMAN, « The Protection of Welfare Rights Under the Charter », (1988) 20 *Ottawa L. Rev.* 257, 326; *Federated Anti-Poverty Groups of BC v. Vancouver (City)*, 2002 BCSC 105, par. 201 (« ... I conclude that the ability to provide for one's self (...) is an interest that falls within the ambit of the s. 7 provision of the necessity of life. Without the ability to provide for those necessities, the entire ambit of other constitutionally protected rights becomes meaningless. »); *Victoria (City) v. Adams*, 2008 BCSC 1363 (conf. par 2009 BCCA 563), par. 145 (« In the present case, I conclude that the ability to provide oneself with adequate shelter is a necessity of life that falls within the ambit of the s. 7 provision "life". The uncontradicted expert evidence establishes that exposure to the elements without adequate shelter, and in particular without overhead protection, can result in a number of serious and life threatening conditions, most notably hypothermia. The Bylaws and the operational policy prohibit the erection of the overhead protection that is necessary to protect the individual from this risk. I conclude that the Bylaws and the operational policy of the City engages the right to life. »). En ce qui concerne la portée du « droit à la vie » garanti à la Charte québécoise, préc., note 14, voir aussi : David ROBITAILLE, « La pensée holistique de Jacques-Yvan Morin : la nécessaire justiciabilité des droits socioéconomiques comme fondement de la démocratie libérale », (2015) *R.Q.D.I.* 81.

droit à la liberté physique, dans « la prise de décisions d'importance fondamentale pour sa personne »<sup>332</sup>. Ces décisions d'importance fondamentale peuvent comprendre le droit de choisir ou non de mener une grossesse à terme<sup>333</sup>, le droit des parents de décider des traitements médicaux devant être administrés à leurs enfants<sup>334</sup> ou d'éduquer leurs enfants comme ils l'entendent<sup>335</sup>, jusqu'à la liberté de prendre des décisions relatives aux soins médicaux et à son intégrité corporelle<sup>336</sup>, notamment dans une situation de fin de vie<sup>337</sup>. À ce chapitre, le droit à la liberté peut se recouper avec une certaine dimension du droit à la sécurité, reconnaissant à toute personne la maîtrise de son intégrité physique et psychologique sans ingérence induite ou acharnement de l'État, notamment (mais pas uniquement) par le biais d'interdictions pénales ou de poursuites criminelles<sup>338</sup>.

En raison du libellé de l'article 7, les tribunaux canadiens se sont davantage intéressés aux « principes de justice fondamentale [qui] définissent les conditions minimales auxquelles doit satisfaire la loi qui a un effet préjudiciable sur le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne »<sup>339</sup>, et ce, dans différents contextes qui ne sont plus limités à la répression criminelle ou pénale.

À cet égard, le plus haut tribunal du pays a déjà statué qu'il suffit qu'une seule vie puisse être sauvée, n'eût-été l'action gouvernementale, pour que l'atteinte au droit soit jugée totalement disproportionnée de manière non conforme aux principes de justice fondamentale<sup>340</sup>. Ce sentiment est également partagé par des auteurs de doctrine selon qui il serait « tout bonnement impossible d'imaginer un seul cas où un tribunal régulièrement constitué pourrait légitimement affirmer (...) la prévalence de tout droit ou de toute liberté fondamentale dans un cas où l'exercice de ce même

---

<sup>332</sup> *Morgentaler* (1988), préc., note 186, par. 228 (j. Wilson, motifs conc.).

<sup>333</sup> *Id.*

<sup>334</sup> *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

<sup>335</sup> *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284 (*obiter*).

<sup>336</sup> *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181.

<sup>337</sup> *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331 [ci-après « *Carter* (2015) »]; *Rodriguez* (1993), préc., note 285.

<sup>338</sup> *Carter* (2015), préc., note 337, par. 64; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 55-57; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G.(J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 58; *Rodriguez* (1993), préc., note 285, 587 et 588.

<sup>339</sup> *Bedford* (2013), préc., note 284, par. 94. Voir aussi Nader R. HASAN, « Three Theories of "Principles of Fundamental Justice" », (2013) 63 *S.C. Law Rev.* (2<sup>e</sup>) 339.

<sup>340</sup> *Bedford* (2013), préc., note 284, par. 158 : « L'appréciation est qualitative, non quantitative. À supposer que l'évaluation préalable ait pu empêcher une seule femme de monter à bord de la voiture de Robert Pickton, la gravité des effets préjudiciables est démontrée. »

droit ou liberté serait de nature à porter atteinte au cœur du droit à la vie d'un autre individu »<sup>341</sup>. Cette disproportion que nous qualifierions d'« intrinsèque » à l'égard de toute atteinte au droit garanti à l'article 7 de la Charte d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale, explique qu'une violation de l'article 7 ne puisse qu'être très exceptionnellement justifiée en vertu de l'article premier, y compris eu égard à l'importance plus grande d'un autre droit ou liberté fondamentale. Comme nous le rappelle la Cour suprême du Canada dans *Safarzadeh-Markhali* (2016) :

[57] Il est difficile, mais non impossible, de justifier une atteinte à l'art. 7 par application de l'article premier. Les tribunaux ne sont pas enclins à valider une disposition qui porte atteinte au droit à la liberté d'une personne au mépris d'un principe de justice fondamentale. La disposition peut toutefois être sauvegardée par application de l'article premier lorsque l'État peut justifier l'atteinte à la liberté en invoquant l'intérêt public ou des intérêts opposés de la société qui sont eux-mêmes protégés par la Charte. (...) <sup>342</sup>

Dans quelle mesure donc une atteinte au droit à la vie et à la sécurité d'une personne serait-elle conforme aux principes de justice fondamentale lorsqu'elle peut être imputée à l'omission de divulguer un renseignement pertinent *a priori* protégé par un privilège de confidentialité ?

Cette question – qui, au début, n'avait pas été formulée de cette façon – est à l'origine de l'exception la plus (re)connue qui puisse justifier une levée du secret professionnel de l'avocat, telle qu'elle a été affirmée par le plus haut tribunal du pays dans l'arrêt *Smith c. Jones* (1999)<sup>343</sup>. Dans cette affaire, l'avocat de la défense avait retenu les services d'un expert psychiatre en vue de préparer les observations relatives à la peine après plaidoyer de culpabilité. Après son entrevue avec l'accusé, le psychiatre a plutôt sollicité l'autorisation de la cour pour divulguer, dans l'intérêt de la sécurité publique, les déclarations faites par l'accusé au cours de leur entrevue. Ces déclarations indiquent un risque élevé de commettre d'autres meurtres et d'agressions graves à l'endroit de prostituées de la région de Vancouver en l'absence de traitement approprié. Notamment, l'accusé avait déclaré au psychiatre que la première victime qu'il avait agressée ne

---

<sup>341</sup> Louis-Philippe LAMPRON, *La hiérarchie des droits. Convictions religieuses et droits fondamentaux au Canada*, coll. « Diversitas », P.I.E. Peter Lang, Bruxelles, 2012, p. 280 [ci-après « LAMPRON (2012) »]. Aussi Nicolas RIOUX, « La crise des surdoses d'opioïdes au Canada : Quand la décriminalisation des drogues devient une question de droit à la vie », (2021) 99-2 *R. du B. can.* 1, 24.

<sup>342</sup> *R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180, par. 57 (références omises). Aussi, *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283, par. 133 (« (...) il arrivera rarement qu'une violation des principes de justice fondamentale puisse être justifiée au regard de l'article premier. Néanmoins, nous n'écartons pas la possibilité qu'il survienne des situations où (...) une telle violation puisse être justifiée. »).

<sup>343</sup> *Smith c. Jones* (1999), préc., note 37.

serait qu'un « essai » pour voir s'il pouvait « s'y faire »<sup>344</sup>. L'avocat de la défense, de son côté, n'avait pas l'intention de dévoiler le contenu de l'entrevue ni l'opinion du psychiatre à l'audience de détermination de la peine. En attendant que la question soit définitivement tranchée par la Cour suprême, l'identité des parties a été préservée au moyen de pseudonymes opposant « James Jones », l'accusé, à son psychiatre « John Smith ».

Au nom de la majorité, le juge Cory admet, après un survol de la jurisprudence tant américaine qu'anglaise, que la mise en péril de la sécurité publique pourrait justifier, dans certaines circonstances, la levée du secret professionnel. Cette levée doit cependant satisfaire à des conditions strictes, dont trois facteurs principaux devant être examinés au cas par cas pour déterminer si la sécurité publique doit avoir préséance sur « le privilège » du secret professionnel :

[77] ...premièrement, une personne ou un groupe de personnes identifiables sont-elles clairement exposées à un danger? Deuxièmement, risquent-elles d'être gravement blessées ou d'être tuées? Troisièmement, le danger est-il imminent? Manifestement, si le danger est imminent, le risque est sérieux.

[78] Ces facteurs se chevauchent souvent et leur importance et leur portée varieront. Le poids qu'il faut leur attribuer dépendra des faits de chaque affaire, mais il faudra les examiner tous. De même, chacun d'eux présente divers aspects et, comme les facteurs eux-mêmes, ces aspects peuvent se chevaucher et le poids devant leur être attribué dépendra des circonstances de chaque affaire. Néanmoins, en règle générale, pour que le privilège soit écarté, le tribunal doit conclure qu'une personne ou un groupe identifiable est exposé à un danger imminent de blessures graves ou de mort.<sup>345</sup>

Tel était le cas de l'accusé « James Jones ». Tout d'abord, ce dernier a ciblé son groupe de victimes, soit les femmes prostituées du centre-ville est de Vancouver, avec force spécificité et planification. En guise d'« essai », l'accusé avait perpétré une première agression pour laquelle il avait plaidé coupable et qui l'a mené vers le psychiatre « John Smith » pour préparer son audience sur la détermination de la peine. La gravité de la menace (« meurtre empreint de sadisme sexuel »<sup>346</sup>) ne pose pas non plus problème. En ce qui a trait à l'imminence de la menace, le fait que l'accusé ait contrevenu aux conditions de sa libération en se rendant au centre-ville est de Vancouver fut un élément important. Compte tenu des autres facteurs, le fait que l'accusé n'ait pas autrement attiré l'attention des autorités après son arrestation jusqu'à l'audience de détermination de sa peine n'a

---

<sup>344</sup> *Id.*, par. 39.

<sup>345</sup> *Id.*, par. 77 et 78.

<sup>346</sup> *Id.*, par. 90.

pas été jugé suffisant pour démontrer qu'il ne présente pas pour autrui un risque imminent de blessures graves.

À la même occasion, la Cour suprême du Canada a apporté certaines précisions relatives aux critères de clarté (groupes de victimes identifiables), de gravité et d'imminence du danger. Le caractère identifiable des victimes n'exclut pas *a priori* la possibilité d'un groupe nombreux : « Par exemple, la menace, exposée avec force détails peu rassurants, de tuer ou de blesser gravement des enfants âgés de cinq ans ou moins devrait être prise très au sérieux. Dans certains cas, il se pourrait qu'une menace de mort dirigée contre les femmes célibataires vivant dans des immeubles à logements puisse, jointe à d'autres facteurs, être suffisante, compte tenu des faits particuliers de l'affaire »<sup>347</sup>. L'éclairage du contexte doit cependant aider à exclure les cas de menace trop vague « proférée à l'endroit de l'ensemble des habitants d'une ville ou d'une collectivité ou dirigée contre tous ceux que la personne pourra croiser »<sup>348</sup>. Le critère de gravité doit impliquer un élément de violence, qu'elle soit physique ou psychologique. En effet, les blessures graves renvoient tant à une atteinte à l'intégrité physique qu'à une blessure psychologique qui « nuit de manière importante à la santé ou au bien-être »<sup>349</sup> d'une personne. Au reste, l'imminence du danger n'exige pas dans tous les cas « qu'un délai précis soit fixé »<sup>350</sup>, mais se doit d'inspirer un réel sentiment d'urgence. À cet égard, il importe d'user de sa faculté de discernement pour distinguer une déclaration faite dans un accès de colère d'une menace proférée « avec un acharnement peu rassurant et un foisonnement de détails qui font qu'un passant raisonnable serait convaincu que le meurtre aura lieu »<sup>351</sup>.

L'opinion dissidente, rédigée par le juge Major, ne dispute ni des conditions justifiant une dérogation au secret dans l'intérêt de la sécurité publique, ni de sa mise à l'écart dans le cas d'espèce, mais plus particulièrement sur l'étendue de la divulgation. Le D<sup>r</sup> Smith ne devrait être autorisé à divulguer aux autorités compétentes que son opinion sur la dangerosité de l'accusé et « le fait qu'elle repose sur un entretien qu'il a eu avec M. Jones »<sup>352</sup>. Afin d'encourager les personnes sollicitant un traitement à parler franchement avec leurs avocats et les experts médicaux

---

<sup>347</sup> *Id.*, par. 80.

<sup>348</sup> *Id.*, par. 80.

<sup>349</sup> *Id.*, par. 83, citant *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72, 81.

<sup>350</sup> *Smith c. Jones* (1999), préc., note 37, par. 84.

<sup>351</sup> *Id.*, par. 84.

<sup>352</sup> *Id.*, par. 28 (j. Major, diss.).

consultés, le psychiatre ne devrait pas être autorisé à divulguer le contenu de ses conversations avec l'accusé.

L'affaire *Smith c. Jones* (1999), originaire de la Colombie-Britannique, fait écho aux préoccupations similaires qui avaient été exprimées au Québec plus particulièrement dans le contexte de violence conjugale. L'enquête publique sur les causes et les circonstances d'un drame familial (double meurtre suivi d'un suicide) survenu à Baie-Comeau en 1996 a mis en évidence la nécessité de faciliter l'échange de certains renseignements *a priori* confidentiels (p. ex. déclarations et confidences reçues) entre la police, les médecins et les intervenants sociaux pour aider à la mise en place, en temps opportun, de mesures concertées d'intervention et de protection<sup>353</sup>. Le rapport du coroner conclut en recommandant la levée du secret professionnel en cas de danger imminent pour la sécurité ou la vie d'une personne<sup>354</sup>.

À la suite de l'arrêt *Smith c. Jones* (1999), l'« exception » de la sécurité publique est désormais codifiée au Québec à l'article 60.4 al. 3 du *Code des professions*, lequel s'applique à l'ensemble des membres d'ordres professionnels du Québec. Les dispositions pertinentes se lisent comme suit :

**60.4.** [...] Le professionnel peut en outre communiquer un renseignement protégé par le secret professionnel, en vue de prévenir un acte de violence, dont un suicide, lorsqu'il a un motif raisonnable de croire qu'un risque sérieux de mort ou de blessures graves menace une personne ou un groupe de personnes identifiable et que la nature de la menace inspire un sentiment d'urgence. Toutefois, le professionnel ne peut alors communiquer ce renseignement qu'à la ou aux personnes exposées à ce

---

<sup>353</sup> Ainsi que nous rapporte Me Yves D. DUSSAULT, « Divulguer des renseignements confidentiels en vue de protéger des personnes », dans CONFERENCE DES JURISTES DE L'ÉTAT, *Actes de la XVI<sup>e</sup> Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Yvon Blais, 2004, 141 aux pages 144 et 145 :

...plusieurs intervenants sociaux avaient été alertés par la menace que représentait M. Gaumont. Il a été hospitalisé à plusieurs reprises pour des dépressions majeures. On a découvert, dans son dossier médical, une note d'un médecin qui écrit « venu à l'urgence aujourd'hui après avoir exprimé à son voisin de chambre son désespoir et l'intention de suicide après avoir tué son ex-conjointe et son fils ».

Les policiers avaient déjà reconduit René Gaumont à l'hôpital après qu'ils eurent reçu une plainte à l'effet qu'il voulait attenter à sa propre vie. Pendant le transport, il avait avoué son ressentiment profond envers son ex-conjointe.

René Gaumont avait aussi déclaré à des employés du C.L.S.C. qu'il était prêt à « régler le cas de son ex-conjointe ». Il a également confié qu'il avait peur de perdre le contrôle et de poser des gestes à l'endroit de son ex-conjointe et de lui-même. Malgré cela le C.L.S.C. n'a jamais communiqué avec M<sup>me</sup> Lirette pour l'informer des menaces formulées contre elle par son ex-conjoint.

Toutes ces circonstances amènent le coroner à « l'ultime conviction que ces trois vies auraient pu être épargnées si les différents intervenants avaient joué leur rôle et s'étaient concertés ».

<sup>354</sup> BUREAU DU CORONER DU QUÉBEC (Jacques BERUBE), *Rapport enquête publique sur les causes et les circonstances des décès de Françoise Lirette, Loren Gaumont-Lirette, René Gaumont, survenus à Baie-Comeau, le 9 septembre 1996*, Gouvernement du Québec, 1997.

danger, à leur représentant ou aux personnes susceptibles de leur porter secours. Le professionnel ne peut communiquer que les renseignements nécessaires aux fins poursuivies par la communication.

Pour l'application du troisième alinéa, on entend par « blessures graves » toute blessure physique ou psychologique qui nuit d'une manière importante à l'intégrité physique, à la santé ou au bien-être d'une personne ou d'un groupe de personnes identifiable.<sup>355</sup>

[nos soulignés]

On notera qu'il ne s'agit après tout que d'une discrétion limitativement reconnue aux professionnels pour leur permettre de divulguer, sans pénalités disciplinaires, ce qui serait strictement nécessaire pour prévenir un préjudice grave à autrui, y compris un suicide. Ces nouvelles dispositions, entrées en vigueur le 20 décembre 2001<sup>356</sup>, précisent la portée de l'arrêt *Smith c. Jones* (1999) pour toutes les catégories de professionnels et dans la foulée du rapport du Coroner recommandant la levée de la confidentialité en cas de violence conjugale et familiale<sup>357</sup>. Selon le ministre de la Justice, « [l]'objectif essentiel de ce projet de loi est de lever les obstacles pour permettre la communication de renseignements en vue d'assurer la protection des personnes qui font face à un danger imminent de mort ou de blessures graves, et dans le cas des enfants, lorsqu'il y a danger qui menace la vie ou la sécurité de l'enfant »<sup>358</sup>. Étant donné que des vies humaines sont en jeu, il importe « d'éviter que le professionnel sur qui repose la décision de briser la règle du secret soit paralysé par la crainte d'une poursuite »<sup>359</sup>. Pareille dérogation, énoncée de même en termes discrétionnaires mais néanmoins assujettie à des conditions strictes, se trouve reprise dans la *Loi sur le Barreau*<sup>360</sup>, le *Code type de déontologie professionnelle* de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada<sup>361</sup>, le *Code de déontologie des avocats*, d'autres

---

<sup>355</sup> *Code des professions*, préc., note 233, art. 60.4 al. 3 et 4. De dispositions semblables se retrouvent reproduites dans la *Loi sur le Barreau*, préc., note 208, ainsi que les codes de déontologie de plusieurs professionnels, dont celui des avocats : *infra* notes 362 et 364.

<sup>356</sup> *Loi modifiant diverses dispositions législatives eu égard à la divulgation de renseignements confidentiels en vue d'assurer la protection des personnes*, L.Q. 2001, c. 78 (projet de loi n° 180).

<sup>357</sup> BUREAU DU CORONER DU QUEBEC, *Rapport d'enquête publique du Coroner sur les causes et les circonstances du décès de Daniel Beauchamp...*, Sainte-Foy, Le Bureau, 1998.

<sup>358</sup> ASSEMBLEE NATIONALE DU QUEBEC, *Journal des débats. Commissions parlementaires, Commission permanente des institutions*, 2<sup>e</sup> sess., 36<sup>e</sup> légis., 2 octobre 2001, « Étude détaillée du projet de loi n° 180 », 10h08 (M. Paul Bégin).

<sup>359</sup> *Psychologues (Ordre professionnel des) c. Rancourt*, 2003 CanLII 71731 (Q.C. O.P.Q.), par. 53.

<sup>360</sup> *Loi sur le Barreau*, préc., note 208, art. 131(3°).

<sup>361</sup> FEDERATION DES ORDRES PROFESSIONNELS DE JURISTES DU CANADA, *Code type de déontologie professionnelle*, art. 3.3-3 : « Un avocat peut divulguer des renseignements confidentiels sans en divulguer plus qu'il ne faut lorsqu'il a des motifs raisonnables de penser qu'il existe un risque imminent de mort ou de blessures graves et que la divulgation est nécessaire pour prévenir cette mort ou ces blessures graves. »



codes de déontologie applicables aux membres de divers ordres professionnels<sup>362</sup> ainsi que d'autres lois reconnaissant un droit à la confidentialité<sup>363</sup>. Le *Code de déontologie des avocats* prévoit expressément la possibilité pour l'avocat de divulguer, « si cela est nécessaire pour les fins poursuivies par la communication », l'identité et les coordonnées de la personne qui lui a communiqué les renseignements concernant l'acte de violence appréhendé (art. 67 al. 2). Étant donné les conditions strictes autorisant un bris de confidentialité, le *Code de déontologie des avocats* rappelle que l'avocat peut « consulter le bureau du syndic du Barreau afin d'obtenir de l'assistance pour évaluer ce qu'il convient de faire avant de communiquer un renseignement confidentiel » (art. 70). Les règles d'éthique professionnelle édictées par les barreaux d'autres provinces et territoires canadiens pourvoient pareillement à ce qui est connu dorénavant comme le « *future harm / public safety exception* »<sup>364</sup> : il peut s'agir d'une divulgation mandatoire dans

---

<sup>362</sup> *Code de déontologie des avocats*, L.R.Q., c. B-1, r. 3.1, art. 65. Voir aussi *Code de déontologie des notaires*, L.R.Q., c. N-3, r. 2, art. 36; *Code de déontologie des comptables professionnels agréés*, L.R.Q., c. C-48.1, r. 6, art. 48.1; *Code de déontologie des médecins*, L.R.Q., c. M-9, r. 17, art. 21; *Code de déontologie des infirmières et infirmiers*, L.R.Q., c. I-8, r. 9, art. 31.1; *Code de déontologie des infirmières et infirmiers auxiliaires*, L.R.Q., c. C-26, r. 153.1, art. 50.

<sup>363</sup> Dont la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, préc., note 231, art. 19.0.1; *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. A-2.1, art. 59.1; *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.R.Q., c. P-39.1, art. 18.1; *Loi sur l'administration fiscale*, préc., note 232, art. 69.0.0.11.

<sup>364</sup> Voir LAW SOCIETY OF ALBERTA, *Code of Conduct*, art. 3.3-3 (« A lawyer **may** disclose confidential information, but **must not** disclose more information than is required, when the lawyer believes on reasonable grounds that an identifiable person or group is in imminent danger of death or serious bodily harm, and disclosure is necessary to prevent the death or harm. »); LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA, *Code of Professional Conduct for British Columbia*, art. 3.3-3 (« A lawyer **may** disclose confidential information, but **must not** disclose more information than is required, when the lawyer believes on reasonable grounds that there is an imminent risk of death or serious bodily harm, and disclosure is necessary to prevent the death or harm. »); LAW SOCIETY OF MANITOBA, *Code de déontologie*, art. 3.3-3A (« L'avocat **doit** divulguer des renseignements confidentiels s'il a des motifs raisonnables de croire qu'une personne ou un groupe en particulier est alors en danger de mort ou risque de subir des lésions corporelles graves, s'il croit que la divulgation est nécessaire pour les prévenir et s'il n'a aucun motif raisonnable de croire que la divulgation des renseignements causera un préjudice à lui-même, à sa famille ou à ses associés. La divulgation **doit** cependant être limitée au strict nécessaire. »); NOVA SCOTIA BARRISTERS' SOCIETY, *Code of Professional Conduct*, art. 3.3-3 (« A lawyer **may** disclose confidential information, but **must not** disclose more information than is required, when the lawyer believes on reasonable grounds that there is an imminent risk of death or serious bodily harm, and disclosure is necessary to prevent the death or harm. »); BARREAU DU NOUVEAU-BRUNSWICK, *Code de déontologie professionnelle*, art. 3.3-3A (« **Est tenu de** divulguer des renseignements confidentiels – en s'en tenant toutefois au minimum nécessaire – l'avocat qui a des motifs raisonnables de croire qu'il existe un risque imminent de mort ou de blessures graves et que la divulgation est nécessaire pour prévenir cette mort ou ces blessures. »); LAW SOCIETY OF NEWFOUNDLAND AND LABRADOR, *Code of Professional Conduct*, art. 3.3-3 (« A lawyer **may** disclose confidential information, but **must not** disclose more information than is required, when the lawyer believes on reasonable grounds that there is an imminent risk of death or serious bodily harm, and disclosure is necessary to prevent the death or harm. »); LAW SOCIETY OF THE NORTHWEST TERRITORIES, *Code of Professional Conduct*, art. 5(3) (« A lawyer **may** disclose confidential information, but **must not** disclose more information than is required, when the lawyer believes on reasonable grounds that there is an imminent risk of death or serious bodily harm, and disclosure is necessary to prevent the death or harm. »); BARREAU DU NUNAVUT, *Model Code of Professional Conduct*, art. 3.3-3 (« A lawyer

certains cas alors que la plupart des règles laissent aux professionnels une marge de discrétion sur l'opportunité de la divulgation.

Il serait intéressant de creuser plus loin, quant à la manière dont les ordres professionnels et tribunaux appliquent concrètement l'exception de la sécurité publique. Dans ses commentaires sur le Projet de loi n° 180 codifiant les enseignements de *Smith c. Jones* (1999) relatifs à l'exception de la sécurité publique, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec a recommandé « avec insistance » que les ordres professionnels visés par l'exception « soient fortement incités à recourir avant tout à des moyens préventifs autres que la divulgation et qu'ils accompagnent l'implantation de ces dispositions par des programmes de formation appropriés qui préparent les professionnels et autres intervenants à intervenir en conséquence auprès de leur clientèle »<sup>365</sup>. Dix ans après *Smith c. Jones* (1999), les décisions rendues par les tribunaux et les instances disciplinaires s'avèrent plutôt rares<sup>366</sup>. À l'égard de l'exception de la sécurité publique telle que codifiée à l'article 60.4 du *Code des professions*, les autrices Crête et Dufour relèvent que les seuls cas répertoriés concernent la sécurité physique des personnes<sup>367</sup>.

D'une certaine manière, *Smith c. Jones* (1999) généralise cette possibilité limitée de déroger au secret professionnel qui avait par ailleurs été reconnue par le législateur dans certains secteurs et

---

**may** disclose confidential information, but **must not** disclose more information than is required, when the lawyer believes on reasonable grounds that there is an imminent risk of death or serious bodily harm, and disclosure is necessary to prevent the death or harm. »); BARREAU DE L'ONTARIO, *Code de déontologie*, règle 3.3-3 (« L'avocat **peut** divulguer des renseignements confidentiels sans en divulguer plus qu'il ne faut lorsqu'il a des motifs raisonnables de penser qu'il existe un risque imminent de mort ou de blessures graves et que la divulgation est nécessaire pour prévenir cette mort ou ces blessures graves. »); LAW SOCIETY OF PRINCE EDWARD ISLAND, *Code of Professional Conduct*, art. 3.3-3 (« A lawyer **may** disclose confidential information, but **must not** disclose more information than is required, when the lawyer believes on reasonable grounds that there is an imminent risk of death or serious bodily harm, and disclosure is necessary to prevent the death or harm. »); LAW SOCIETY OF SASKATCHEWAN, *Code of Professional Conduct*, art. 3.3-3A (« A lawyer **must** disclose confidential information, but only to the extent necessary if the lawyer has reasonable grounds for believing that an identifiable person or group is in imminent danger of death or serious bodily harm and believes disclosure is necessary to prevent the death or harm. »); LAW SOCIETY OF YUKON, *Code of Professional Conduct*, art. 3.3-3 (« A lawyer **may** disclose confidential information, but **must not** disclose more information than is required, when the lawyer believes on reasonable grounds that there is an imminent risk of death or serious bodily harm, and disclosure is necessary to prevent the death or harm. »).

<sup>365</sup> COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Commentaires sur le projet de loi n° 180 Loi modifiant diverses dispositions législatives eu égard à la divulgation de renseignements confidentiels en vue d'assurer la protection des personnes*, Cat. 2.412.92, septembre 2001 aux pages 4 et 5 en ligne : <[www.cdpcj.qc.ca/storage/app/media/publications/pl180\\_confidentialite.pdf](http://www.cdpcj.qc.ca/storage/app/media/publications/pl180_confidentialite.pdf)>.

<sup>366</sup> Voir notamment Jean TURMEL, « Le secret professionnel de l'avocat(e) en cas de danger », dans SERVICE DE LA FORMATION CONTINUE DU BARREAU DU QUEBEC, vol. 351, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire*, Cowansville, Yvon Blais, 2012, p. 5.

<sup>367</sup> Raymonde CRÊTE et Marie-Hélène DUFOUR, « L'exploitation des personnes âgées : pour un élargissement des dérogations au secret professionnel », (2016) 46 *R.G.D.* 397, 430, doi : <[doi.org/10.7202/1036167ar](https://doi.org/10.7202/1036167ar)>.

contextes spécifiques mettant en cause la protection de personnes vulnérables ou la sécurité du public.

- Ainsi, depuis 1979, la *Loi sur la protection de la jeunesse* du Québec prévoit un devoir de signalement à l'égard de toute personne, « même liée par le secret professionnel »<sup>368</sup>, qui aurait des motifs raisonnables de croire que la sécurité ou le développement d'un enfant est compromis. Cette exigence a été nuancée et précisée au fil du temps pour exclure de son application les avocats et les notaires qui auraient eu connaissance des faits dans l'exercice de leur profession<sup>369</sup>. Dans le même ordre d'idées, la *Loi [québécoise] sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*<sup>370</sup>, adoptée suivant la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, prévoit une obligation de divulgation à toute personne qui aurait connaissance de « l'endroit où se trouve un enfant ou [de] la personne avec qui il se trouverait »<sup>371</sup>, lorsqu'ordonnée par la Cour sur demande du procureur général. Dans le but d'assurer le retour sécuritaire de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle, cette obligation de divulgation s'applique « malgré toute disposition incompatible d'une loi générale ou spéciale prévoyant la confidentialité ou la non-divulgation de certains renseignements ou documents »<sup>372</sup> – y compris lorsqu'est invoqué le secret professionnel (de l'avocat) –, à l'exception (limitée) du professionnel « qui a reçu ces informations dans l'exercice de sa profession et qui est li[é] par le secret professionnel envers l'enfant ou la personne avec qui il se trouverait »<sup>373</sup>.
- Depuis l'entrée en vigueur de la *Loi visant à lutter contre la maltraitance envers les aînés* (30 mai 2017)<sup>374</sup>, tout professionnel régi par le *Code des professions* ainsi que tout prestataire de services de santé et de services sociaux sont tenus de signaler toute atteinte

---

<sup>368</sup> *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 232, art. 39 dans sa version en vigueur du 15 janvier 1979 au 1<sup>er</sup> août 1981.

<sup>369</sup> *Id.*, art. 39, al. 5 : « Les premier, deuxième et quatrième alinéas s'appliquent même aux personnes liées par le secret professionnel, sauf à l'avocat et au notaire qui, dans l'exercice de leur profession, reçoivent des informations concernant une situation visée à l'article 38 ou 38.1. »

<sup>370</sup> *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*, L.R.Q., c. A-23.01, art. 9.

<sup>371</sup> *Id.*, art. 9.

<sup>372</sup> *Id.*, art. 9.

<sup>373</sup> *Id.*, art. 9.

<sup>374</sup> *Loi visant à lutter contre la maltraitance envers les aînés et toute autre personne majeure en situation de vulnérabilité*, L.R.Q., c. L-6.3.

ou omission portant atteinte de façon sérieuse à l'intégrité physique ou psychologique des aînés et des personnes majeures en situation de vulnérabilité<sup>375</sup>. Tout comme en matière de protection de la jeunesse, cette obligation de signalement ne s'applique cependant pas aux avocats et aux notaires qui ont eu connaissance de ces situations dans l'exercice de leur profession<sup>376</sup>.

- Par souci d'assurer la sécurité routière, le législateur québécois autorise les médecins et optométristes (depuis 1987) puis tout professionnel de la santé (depuis 1997) à divulguer à la Société de l'assurance automobile du Québec (SAAQ) l'état de santé d'un patient de 14 ans ou plus qu'il estime inapte à conduire un véhicule routier sur le plan médical, eu égard aux maladies, déficiences et situations prévues par règlement<sup>377</sup>; l'exercice de cette discrétion s'accompagne en outre d'une immunité législative à l'égard des poursuites en dommages-intérêts<sup>378</sup>. Peut aussi être rangée sous cette catégorie (d'exceptions au nom de la sécurité publique) l'obligation faite au professionnel de la santé de déclarer au directeur (national) de santé publique les intoxications, infections et maladies prescrites par règlement<sup>379</sup>, en ce qu'elles sont « médicalement reconnues comme pouvant constituer une menace à la santé d'une population et nécessitant une vigilance des autorités de santé publique ou la tenue d'une enquête épidémiologique »<sup>380</sup>. Cette déclaration obligatoire s'étend aux manifestations cliniques inhabituelles temporellement associées à une vaccination<sup>381</sup>.
- Plus récemment, la protection du public dans certains secteurs vulnérables a motivé la mise en place de plusieurs programmes de divulgation volontaire et de lanceur d'alertes pour encourager la dénonciation d'actes répréhensibles et de contraventions aux différentes réglementations<sup>382</sup>. Introduite pour la première fois dans la loi Sarbanes-Oxley du Congrès

---

<sup>375</sup> *Id.*, art. 21.

<sup>376</sup> *Id.*, art. 21 *in fine*; *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 232, art. 39 *in fine*.

<sup>377</sup> *Code de la sécurité routière*, L.R.Q., c. C-24.2, art. 603.

<sup>378</sup> *Id.*, art. 605.

<sup>379</sup> *Loi sur la santé publique*, L.R.Q., c. S-2.2, art. 79; *Règlement ministériel d'application de la Loi sur la santé publique*, préc., note 232, art. 25 et suiv.

<sup>380</sup> *Loi sur la santé publique*, préc., note 379, art. 80.

<sup>381</sup> *Id.*, art. 69; *Règlement ministériel d'application de la Loi sur la santé publique*, préc., note 232, art. 24.

<sup>382</sup> Sur cette question, voir Julie BIRON et Stéphane ROUSSEAU, « “Whistleblowing”, divulgation, dénonciation... vers une meilleure surveillance des sociétés? », (2012) 91 *R. du B. can.* 657; Stéphane ROUSSEAU, « L'alerte éthique (“whistleblowing”) : un instrument au service de la conformité? », (2016) 50 *R.J.T.U.M.* 571.

américain (2002)<sup>383</sup> en vue de protéger l'intégrité du marché des valeurs mobilières américain, la dénonciation de pratiques répréhensibles a depuis été reprise dans plusieurs lois canadiennes et québécoises réglementant des secteurs spécialisés, tels le marché financier<sup>384</sup>, la gestion des appels d'offres dans le secteur public<sup>385</sup> ou encore l'intégrité des organismes publics<sup>386</sup>. Pour encourager cette dénonciation, des dispositions précises libèrent expressément les dénonciateurs de toute obligation de confidentialité prévue par d'autres lois ainsi que « toute obligation de loyauté ou de confidentialité » pouvant les lier notamment à leur client<sup>387</sup>. Ces exemptions ne s'appliquent cependant pas « au secret professionnel liant l'avocat ou le notaire à son client »<sup>388</sup>.

- En ce qui concerne le préjudice financier, il est intéressant de noter que certains codes de déontologie y pourvoient expressément. Ainsi, outre l'exception de la sécurité publique telle que celle-ci a été articulée dans *Smith c. Jones* (1999), le Code de déontologie du Barreau du Nouveau-Brunswick prévoit que « [p]eut divulguer des renseignements confidentiels – en s'en tenant toutefois au minimum nécessaire – l'avocat qui a des motifs raisonnables de croire qu'un acte illicite se prépare qui est susceptible de causer un risque imminent de préjudice financier important à un particulier et que la divulgation est nécessaire pour prévenir le préjudice »<sup>389</sup>. Cette autorisation limitée semble s'inscrire dans une optique de protection des personnes vulnérables, en ce qu'il doit s'agir d'un préjudice financier « important » qui soit causé à un « particulier », et non à une corporation (personne morale) ou association de personnes, par exemple.
- Les codes de déontologie des Barreaux du Manitoba et de la Saskatchewan reconnaissent de plus à l'avocat une discrétion de divulguer ou non des renseignements confidentiels « s'il a des motifs raisonnables de croire qu'un crime sera vraisemblablement commis et

---

<sup>383</sup> *Sarbanes-Oxley Act of 2002*, Pub. L. 107-204, 116 Stat. 745.

<sup>384</sup> *Loi sur l'encadrement du secteur financier*, L.R.Q., c. E-6.1.

<sup>385</sup> *Loi concernant la lutte contre la corruption*, L.R.Q., c. L-6.1.

<sup>386</sup> *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*, L.R.Q., c. D-11.1.

<sup>387</sup> *Loi concernant la lutte contre la corruption*, préc., note 385, art. 27; *Loi sur l'encadrement du secteur financier*, préc., note 384, art. 17.0.1; *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*, préc., note 386, art. 8.

<sup>388</sup> *Loi concernant la lutte contre la corruption*, préc., note 385, art. 27; *Loi sur l'encadrement du secteur financier*, préc., note 384, art. 17.0.1.

<sup>389</sup> BARREAU DU NOUVEAU-BRUNSWICK, *Code de déontologie professionnelle*, art. 3.3-3B.

que la divulgation pourrait l'empêcher »<sup>390</sup>. Aucune distinction n'est faite quant à la nature du « crime » qui sera vraisemblablement commis (s'agit-il d'un crime contre la personne ou contre les biens, auquel cas le préjudice financier pourrait y être inclus), ni quant à sa gravité. Les commentaires précisent toutefois que cette discrétion ne doit être exercée que « dans des circonstances exceptionnelles », en tenant compte tant de la nature, de la gravité et des conséquences du crime que de l'effet préventif d'une éventuelle divulgation.

Ces autorisations de divulgation, justifiées par l'« intérêt public » au sens large, peuvent être comprises dans l'exception – générale mais aux conditions plus restrictives – relative à la vie et à la sécurité d'autrui telle que consacrée dans *Smith c. Jones* (1999). Outre l'exception de *Smith c. Jones* (1999), le législateur tant canadien que québécois a pourvu à une constellation d'exceptions statutaires de divulgation pour des motifs similaires, mais aux conditions parcimonieusement prescrites. « La vie et la sécurité d'autrui » peut effectivement englober la protection des personnes vulnérables, le redressement de situations d'abus ou de dépendance, l'intégrité de nos institutions publiques, la sécurité publique contre les risques posés par certaines personnes ou situations (notamment épidémiologiques). Cela étant, les exceptions statutaires sont généralement libellées de telle sorte qu'en soit exclu le secret professionnel du juriste (avocat ou notaire). Dans certains cas, cette exclusion est encore plus limitée pour ne concerner que les informations qu'un juriste a reçues de son client dans l'exercice de ses fonctions professionnelles.

Enfin, à l'égard de divulgations qui peuvent être requises par d'autres motifs, également d'intérêt public, le caractère confidentiel de certains renseignements est jalousement préservé, y compris en matière criminelle et pénale. Ainsi, la *Loi [canadienne] sur l'entraide juridique en matière criminelle*<sup>391</sup>, qui met en application les principes d'entraide mutuelle entre États et de courtoisie internationale « dans la recherche de preuves destinées à servir dans les enquêtes et les poursuites criminelles »<sup>392</sup>, ne prévoit pas de mécanisme permettant la levée des protections de confidentialité conférées par une loi canadienne, et ce, même si le témoin est interrogé au Canada à l'égard d'une

---

<sup>390</sup> BARREAU DU MANITOBA, *Code de déontologie*, art. 3.3-3Bd). Voir aussi LAW SOCIETY OF SASKATCHEWAN, *Code of Professional Conduct*, art. 3.3-3B(d).

<sup>391</sup> *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*, L.R.C. 1985, c. 30 (4<sup>e</sup> suppl.) [Loi canadienne sur l'entraide internationale].

<sup>392</sup> Sur l'« entraide juridique en matière pénale », voir notamment le chapitre 43 du *Guide du Service des poursuites pénales du Canada* traitant de l'« entraide internationale », Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le procureur général du Canada, 2014-2020, en ligne : <[www.ppsc-sppc.gc.ca/fra/pub/sfpg-fpsd/sfp-fps/fpd/ch43.html#section43](http://www.ppsc-sppc.gc.ca/fra/pub/sfpg-fpsd/sfp-fps/fpd/ch43.html#section43)>.

infraction susceptible d'être poursuivie dans un autre État<sup>393</sup>. Selon le principe de réciprocité, un témoin dûment assigné au Canada peut refuser de répondre à une question si sa réponse « constituerait une violation d'un privilège » reconnu par le droit de l'autre État<sup>394</sup>. Le cas échéant, il doit en détailler les motifs de refus dans les délais prescrits (sept jours)<sup>395</sup>. Toutefois, le juge canadien qui tranche sur l'objection doit en apprécier la validité selon « le droit canadien en matière de non-communication et de protection des renseignements »<sup>396</sup>.

## 2. Droit à une défense pleine et entière

Outre un risque probant de préjudice à l'intégrité physique ou psychologique d'autrui, le secret professionnel des uns peut entrer en conflit avec le droit d'un autre accusé à une défense pleine et entière. Ce droit, qui prend sa racine dans la présomption d'innocence, trouve un écho pérenne dans le fameux ratio du juriste anglais William Blackstone (1723-1780), préférant que « dix coupables s'échappent, plutôt qu'un innocent n'en souffre »<sup>397</sup>.

En tant qu' « un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour s'assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables »<sup>398</sup>, le droit à une défense pleine et entière fait partie des principes de justice fondamentale enchâssés à l'article 7 de la Charte canadienne<sup>399</sup>. Il est par ailleurs expressément désigné au paragraphe 11*d*) de la Charte relatif au droit de tout accusé « d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable ».

---

<sup>393</sup> Loi canadienne sur l'entraide internationale, préc., note 391, art. 22.3 :

Il est entendu que le témoin qui dépose par suite d'une ordonnance rendue au titre de l'article 22.2 le fait, pour l'application du droit de la preuve et de la procédure, comme s'il se trouvait dans le ressort de l'État ou entité en question, mais seulement dans la mesure où sa déposition ne révèle pas de renseignements protégés par le droit canadien relatif à la non-divulgence de renseignements ou à l'existence de privilèges.

<sup>394</sup> *Id.*, art. 18(7).

<sup>395</sup> *Id.*, art. 18(9).

<sup>396</sup> *Id.*, art. 19(3).

<sup>397</sup> William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, vol. 2, J.B. Lippincott, Philadelphia, 1893 : « It is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer. » Benjamin Franklin a même multiplié ce ratio par cent : « That it is better a hundred guilty persons should escape than one innocent person should suffer, is a maxim that has been long and generally approved; never, that I know of, controverted. » (Benjamin FRANKLIN, « Letter from Benjamin Franklin to Benjamin Vaughan (14 March, 1785) », dans *The Works of Benjamin Franklin*, vol. XI « Letters & Misc. Writings 1784-1788 », 1904, en ligne : <[oll.libertyfund.org/title/franklin-the-works-of-benjamin-franklin-vol-xi-letters-and-misc-writings-1784-1788](http://oll.libertyfund.org/title/franklin-the-works-of-benjamin-franklin-vol-xi-letters-and-misc-writings-1784-1788)>).

<sup>398</sup> *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, 336 [ci-après « *Stinchcombe* (1991) »].

<sup>399</sup> *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, 1514 [ci-après « *Dersch* (1990) » ]; *Rose* (1998), préc., note 276.

Le droit à une défense pleine et entière comprend le droit pour l'accusé de connaître toute la preuve que le ministère public détient contre lui, comme préalable au droit de l'accusé « de se défendre contre tous les moyens déployés par l'État pour obtenir une déclaration de culpabilité »<sup>400</sup>. Le droit de connaître « toute la preuve » exige du ministère public une divulgation de tous les éléments de preuve pertinents – qu'ils soient inculpataires ou disculpatoires –, de sorte que l'accusé puisse y répondre, « de façon très directe et particularisée »<sup>401</sup>, notamment en sollicitant une contre-expertise, en contre-interrogeant les témoins du ministère public ou en appelant d'autres témoins. Compte tenu du poids historique et la résonance politique attachée à la présomption d'innocence, on serait en droit de s'attendre qu'un équilibre très subtil s'établisse lorsque s'oppose le secret de l'un au droit de l'autre à une défense pleine et entière en matière criminelle. Après des premiers pas hésitants, la Cour suprême du Canada a toutefois fait pencher la balance résolument vers le droit au secret professionnel de l'avocat.

Considérant le libellé de l'article 7 de la Charte canadienne, dans quelle mesure une privation de la liberté (physique) d'un accusé serait-elle conforme aux principes de justice fondamentale lorsqu'elle peut être imputée à un renseignement pertinent qui n'aurait pas été divulgué en raison de son caractère *a priori* confidentiel ?

Lorsque les renseignements protégés par un droit au secret sont en la possession ou sous le contrôle du ministère public, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Stinchcombe* (1991), impose à la Couronne d'« invoqu[er] l'application d'une exception à [la] règle » de divulgation complète, et le juge du procès « pourrait, dans certaines circonstances, conclure que la reconnaissance de l'existence d'un droit au secret ne constitue pas une restriction raisonnable du droit constitutionnel de présenter une défense pleine et entière, et ainsi exiger la divulgation malgré le droit au secret » [nos soulignés]<sup>402</sup>. À quatre ans d'intervalle, la réserve discrétionnaire des « certaines circonstances » aura été mutée en un impératif catégorique lorsqu'il s'agira de « renseignements manifestement importants et pertinents ». Pour reprendre les mots du juge en chef Lamer et du

---

<sup>400</sup> *Rose* (1998), préc., note 276, par. 103.

<sup>401</sup> *Id.*, par. 102.

<sup>402</sup> *Stinchcombe* (1991), préc., note 398, 340. Voir aussi *A.(L.L.) c. B.(A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536, par. 69 (« Lorsque la reconnaissance d'un privilège signifie que sera limité le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière à une accusation criminelle, notre Cour a eu fortement tendance à favoriser la divulgation. (...) Même le secret professionnel de l'avocat, élevé au rang de "droit civil fondamental", sera écarté pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière à des accusations criminelles. » [références omises]).



juge Sopinka : « les renseignements en la possession du ministère public qui sont manifestement pertinents et importants pour permettre à l'accusé de faire valoir un moyen de défense doivent être divulgués à l'accusé, indépendamment de toute revendication de privilège qui pourrait survenir »<sup>403</sup>.

Dans l'affaire *O'Connor* (1995)<sup>404</sup>, l'accusé, ex-directeur d'un internat pour autochtones à Williams Lake (Colombie-Britannique), fait face à des accusations de viol et d'attentat à la pudeur à l'endroit de quatre plaignantes qui sont toutes des anciennes étudiantes de l'école. L'avocat de la défense avait requis et obtenu du juge d'instance une ordonnance de divulgation relative à l'ensemble des dossiers médicaux, scolaires et socio-psychologiques des plaignantes afin de tester leur crédibilité et de « trancher des questions de plaintes récentes et de corroboration »<sup>405</sup>. À la différence de l'obligation de divulgation incombant au ministère public, les dossiers médicaux et socio-psychologiques demeuraient en la possession des plaignantes qui ne les avaient pas communiqués au ministère public. Ces requêtes de communication « en mains tierces », qui seront connues comme des demandes de type *O'Connor*, commandent la prise en considération des facteurs suivants, lesquels ne sont pas exhaustifs :

(1) la mesure dans laquelle ce dossier est nécessaire pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière; (2) la valeur probante du dossier en question; (3) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect du caractère privé de ce dossier; (4) la question de savoir si la production du dossier reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoires; (5) le préjudice possible à la dignité, à la vie privée ou à la sécurité de la personne de la plaignante que pourrait causer la production du dossier en question; (6) la mesure dans laquelle la production de dossiers de cette nature nuirait à l'intérêt qu'a la société à ce que les victimes signalent les agressions sexuelles et suivent des thérapies; et (7) l'effet de la production ou de la non-production du dossier sur l'intégrité du processus judiciaire, compte tenu de la nécessité de garder à l'esprit les conséquences de la décision.<sup>406</sup>

Six ans plus tard, le plus haut tribunal du pays, dans l'arrêt *McClure* (2001), en viendra à appliquer un (autre) critère dit de « démonstration de l'innocence de l'accusé », lorsqu'une demande en communication de preuve additionnelle se heurte au secret professionnel du dossier civil d'un plaignant qui, par ailleurs, a intenté à son encontre un recours en dommages-intérêts<sup>407</sup>. Selon ce critère, il revient à l'accusé demandant divulgation de renseignements *a priori* protégés d'établir

---

<sup>403</sup> R. c. *O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, 431 (j. en chef Lamer et j. Sopinka, diss., mais approuvé par la majorité de la Cour sur ce point) [ci-après « *O'Connor* (1995) »].

<sup>404</sup> *Id.*

<sup>405</sup> *Id.*, par. 39.

<sup>406</sup> *Id.*, par. 156.

<sup>407</sup> *McClure* (2001), préc., note 38, par. 46 et suiv.

que l'information recherchée ne peut être obtenue autrement et qu'elle s'avère essentielle pour susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Le cas échéant, l'accusé doit alors démontrer la présence d'éléments de preuve permettant de conclure à l'existence d'une communication qui pourrait susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Dans l'affirmative, le juge du procès examinera « le dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat afin de déterminer s'il existe effectivement une communication qui suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé »<sup>408</sup>. Dans le cas sous étude, l'accusé avait soulevé « l'ordre inhabituel » des révélations du plaignant – d'abord à son avocat, ensuite aux policiers puis au thérapeute – comme nécessitant une investigation plus poussée sur « la nature des allégations que l'appelant avait d'abord faites à son avocat et [afin d']évaluer ce qui a pu inciter l'appelant à inventer ou à exagérer les épisodes d'agression »<sup>409</sup>. Cette allégation n'a pas franchi la première étape du critère de la démonstration de l'innocence en ce que la chronologie des révélations n'était pas à ce point inhabituelle « au point de démontrer que le dossier relatif au litige [civil] pourrait susciter un doute raisonnable quant à la culpabilité »<sup>410</sup>. En outre, la Cour est d'avis que l'accusé aurait pu s'y prendre autrement au procès pour parvenir aux mêmes fins, « en signalant simplement la suite des événements et le fait qu'une action civile était intentée »<sup>411</sup>.

Comme certains commentateurs l'ont relevé, le test de la « démonstration de l'innocence de l'accusé » contribue à opérer un rééquilibrage subtil des droits constitutionnellement protégés en faveur des intérêts de la Couronne<sup>412</sup>. L'arrêt *McClure* (2001) revient ainsi sur cette conclusion de la même Cour dans *Seaboyer* (1991)<sup>413</sup> où, traitant du droit des accusés de contre-interroger les plaignants sur leurs comportements sexuels antérieurs et postérieurs, le jugement majoritaire accordait une prépondérance aux droits de la défense par rapport à la protection de la vie privée des témoins<sup>414</sup>. En déclarant inconstitutionnel le libellé strict de l'ancien article 276 du *Code criminel* décrétant une interdiction générale de toute preuve de comportement sexuel, les juges

---

<sup>408</sup> *Id.*, par. 51. *Brown* (2002), préc., note 293.

<sup>409</sup> *McClure*, préc., note 38, par. 8.

<sup>410</sup> *Id.*, par. 64.

<sup>411</sup> *Id.*, par. 65.

<sup>412</sup> David M. PACIOCCO, « Competing Constitutional Rights in an Age of Deference: A Bad Time to Be Accused », (2001) 14 *S.C.L.R.* (2<sup>e</sup>) 111 (ci-après « PACIOCCO, « Competing Constitutional Rights »).

<sup>413</sup> *Seaboyer* (1991), préc., note 2.

<sup>414</sup> *Id.*, 617 : « ... la protection de la vie privée du témoin ne permet pas non plus de justifier la règle stricte d'inadmissibilité prévue à l'art. 276 du *Code* [criminel]. (...) on peut soutenir que s'il est important de prendre toutes les mesures possibles pour protéger le témoin, il faut, en cas de conflit, que le droit constitutionnel à un procès équitable l'emporte. »

majoritaires dans *Seaboyer* (1991) étaient d'avis que cette disposition « va au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la protection de la vie privée [des plaignants] puisqu'[elle] ne permet pas une évaluation des répercussions de la preuve sur le témoin – importantes dans certains cas et minimales dans d'autres – par rapport à la force de la preuve »<sup>415</sup>. L'objectif recherché était de prévenir « la mauvaise utilisation de ce genre de preuve à des fins non pertinentes et trompeuses, savoir l'inférence que la plaignante a consenti aux rapports sexuels ou qu'elle est un témoin peu fiable » [soulignés dans l'original]<sup>416</sup>.

Force est de constater que cette analyse minutieuse<sup>417</sup> du but recherché et de la portée du secret professionnel de l'avocat se trouve absente dans *McClure* (2001). La Cour suprême y a

---

<sup>415</sup> *Id.*, 618.

<sup>416</sup> *Id.*, 618.

<sup>417</sup> Suite à la déclaration d'inconstitutionnalité par *Seaboyer* (1991), préc., note 2, l'article 276 du *Code criminel*, préc., note 287, a été reformulé pour préciser tant les objets recherchés que les conditions d'admissibilité des preuves de comportement sexuel du plaignant ainsi que les facteurs à considérer. Dans sa dernière mouture, l'article se lit comme suit :

**Preuve concernant le comportement sexuel du plaignant**

**276(1).** Dans les poursuites pour une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 153.1 ou 155, aux paragraphes 160(2) ou (3) ou aux articles 170, 171, 172, 173, 271, 272 ou 273, la preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle avec l'accusé ou un tiers est inadmissible pour permettre de déduire du caractère sexuel de cette activité qu'il est :

- a) soit plus susceptible d'avoir consenti à l'activité à l'origine de l'accusation;
- b) soit moins digne de foi.

**Conditions de l'admissibilité**

(2) Dans les poursuites visées au paragraphe (1), l'accusé ou son représentant ne peut présenter de preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle autre que celle à l'origine de l'accusation sauf si le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix décide, conformément aux articles 278.93 et 278.94, à la fois :

- a) que cette preuve n'est pas présentée afin de permettre les déductions visées au paragraphe (1);
- b) que cette preuve est en rapport avec un élément de la cause;
- c) que cette preuve porte sur des cas particuliers d'activité sexuelle;
- d) que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante.

**Facteurs à considérer**

(3) Pour décider si la preuve est admissible au titre du paragraphe (2), le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix prend en considération :

- a) l'intérêt de la justice, y compris le droit de l'accusé à une défense pleine et entière;
- b) l'intérêt de la société à encourager la dénonciation des agressions sexuelles;
- c) la possibilité, dans de bonnes conditions, de parvenir, grâce à elle, à une décision juste;
- d) le besoin d'écarter de la procédure de recherche des faits toute opinion ou préjugé discriminatoire;
- e) le risque de susciter abusivement, chez le jury, des préjugés, de la sympathie ou de l'hostilité;
- f) le risque d'atteinte à la dignité du plaignant et à son droit à la vie privée;
- g) le droit du plaignant et de chacun à la sécurité de leur personne, ainsi qu'à la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi;
- h) tout autre facteur qu'il estime applicable en l'espèce.

expressément écarté l'analyse des facteurs pertinents telle que présentée dans *O'Connor* (1995) à l'égard de la divulgation des dossiers thérapeutiques confidentiels. Par contraste avec les sept (7) facteurs listés dans *O'Connor* (1995) et reproduits plus haut, l'objet et la portée de l'analyse relative au critère de la « démonstration de l'innocence de l'accusé » se sont restreints pour ne porter que sur l'existence et la nécessité de la preuve en question :

[50] L'application du critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé se fait en deux étapes afin de refléter la double nature de l'examen effectué par le juge. À la première étape, l'accusé qui sollicite la production d'une communication avocat-client doit présenter des éléments de preuve qui permettent de conclure à l'existence d'une communication qui pourrait susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. À cette étape, le juge doit décider s'il examinera ces éléments de preuve.

[51] Si le juge du procès est convaincu que de tels éléments de preuve existent, il doit ensuite passer à la deuxième étape, qui consiste à examiner le dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat afin de déterminer s'il existe effectivement une communication qui suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. Il est évident que le critère applicable à la première étape (pourrait susciter un doute raisonnable) est différent de celui qui s'applique à la deuxième étape (suscitera probablement un doute raisonnable). Si le critère applicable à la deuxième étape est respecté, le juge du procès ne doit alors ordonner que la production de la partie du dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat qui est nécessaire pour soulever le moyen de défense allégué.<sup>418</sup>

Dans la mesure où le secret professionnel de l'avocat chevauche en l'occurrence le droit au respect de la vie privée du plaignant, on pourrait se demander s'il était vraiment nécessaire de réserver un cadre d'analyse spécifique à la pondération des droits de la défense avec le secret professionnel de l'avocat. En effet, le juge d'instance dans l'affaire *McClure* avait appliqué les critères de l'arrêt *O'Connor* pour autoriser l'accès de l'accusé au dossier du plaignant relatif à sa poursuite civile. En première instance, le tribunal était d'avis que l'ordre inhabituel des révélations pourrait être pertinent pour « mettre en question le mobile de l'appelant dans le but de démontrer que la plainte qu'il avait déposée dans les poursuites criminelles visait principalement à étayer l'action civile intentée contre l'accusé »<sup>419</sup>. Selon la Cour suprême du Canada, cette décision d'instance a été « une erreur » puisque

[p]our déterminer s'il convient d'écarter le secret professionnel de l'avocat, il faut appliquer le critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé énoncé plus loin. Le secret professionnel de l'avocat ne devrait être écarté que dans les cas les plus inusités. À moins qu'une personne ne soit certaine que ses

---

#### Précision

(4) Il est entendu que, pour l'application du présent article, *activité sexuelle* s'entend notamment de toute communication à des fins d'ordre sexuel ou dont le contenu est de nature sexuelle.

<sup>418</sup> *McClure*, préc., note 38, par. 50 et 51.

<sup>419</sup> *Id.*, par. 12.

communications avec son avocat resteront entièrement confidentielles, sa capacité de parler librement sera amoindrie.<sup>420</sup>

Un litige similaire s'est présenté dans l'affaire *Brown* (2002)<sup>421</sup>, où un autre conflit entre le secret professionnel de l'avocat et le droit à une défense pleine et entière aboutit jusqu'au plus haut tribunal du pays. L'intimé, faisant face à une accusation d'homicide, présente une demande en production des dossiers, documents et notes relatifs aux communications entre un autre individu et les avocats de ce dernier concernant l'implication de cet autre individu dans le même incident. L'information relative à la pertinence éventuelle de ces communications provient d'une déclaration aux enquêteurs reçue de la petite amie de cet autre individu. Selon le récit de cette dernière, l'autre individu lui avait avoué être l'auteur de l'homicide et aurait également avoué son crime à ses avocats en la présence de sa petite amie lors d'une consultation conjointe. Toutefois, la mise sur écoute du téléphone résidentiel de cet autre individu, l'interception de ses communications avec sa petite amie ainsi qu'une perquisition à leur domicile n'ont rien révélé d'incriminant, de sorte que l'enquête le concernant a finalement été abandonné au bout de plusieurs mois. De l'autre côté, l'accusation contre l'intimé se fonde sur un ensemble d'éléments de preuve circonstanciels, dont ses allées et venues le jour de l'incident.

L'élément le plus déterminant qui semble avoir retenu l'attention du juge d'instance est que les déclarations faites par cet autre individu à ses avocats doivent être considérées comme plus fiables que celles faites à d'autres occasions, par exemple lors de son aveu à sa petite amie alors qu'ils avaient tous les deux beaucoup bu et à une époque où leur rupture était imminente. De ce que nous rapporte la Cour suprême du Canada :

Il est peu probable que l'on mette en doute la fiabilité des notes des avocats ou que l'on prétende que l'aveu a été fait sous l'influence de l'alcool. De plus, même s'il est vrai que les clients mentent parfois à leurs conseillers juridiques, il serait inusité qu'un client fasse un faux aveu de meurtre. Par conséquent,

---

<sup>420</sup> *Id.*, par. 46. Certains commentateurs vont encore plus loin, en remettant en question le caractère constitutionnellement protégé du droit à la vie privée dans un contexte opposant deux individus (privés) plutôt que l'État :

Clearly, complainants do have expectations of privacy in personal records, but, as I understand it, the Charter is only violated where it is the state that is seeking to invade expectations of privacy. Is the Charter really violated, then, when a private citizen like an accused seeks to defeat the expectations of privacy of a complainant in order to protect himself or herself against the state in a proceeding between him or her and the state?

(PACIOCCO, « Competing Constitutional Rights », préc., note 412, 119)

<sup>421</sup> *Brown* (2002), préc., note 293.

même si l’aveu que Benson aurait fait à ses avocats constitue du ouï-dire tout autant que celui qu’il a fait à Robertson, il a de meilleures chances d’être admis en preuve en raison de sa fiabilité supérieure.<sup>422</sup>

Après avoir examiné les dossiers pertinents, le juge d’instance estime que les éléments de preuve y contenus pourraient probablement susciter un doute raisonnable quant à la culpabilité de l’intimé, en raison notamment de « l’importance que revêt la source des renseignements, surtout lorsqu’ils proviennent des dossiers des avocats, comme en l’espèce, et [de] l’effet cumulatif possible des éléments de preuve provenant de sources multiples »<sup>423</sup>.

Tout en concédant que « l’aversion des Canadiens pour les condamnations injustifiées fait légèrement pencher la balance en faveur de la démonstration de l’innocence de l’accusé, par rapport au privilège du secret professionnel »<sup>424</sup>, la Cour suprême du Canada arrive toutefois à la conclusion que le renseignement recherché en l’espèce, soit l’aveu allégué de l’autre individu, pourrait être obtenu ailleurs, soit le témoignage de son ex-petite amie. Malgré les doutes entretenus quant à la fiabilité de l’aveu, l’inadmissibilité de ce témoignage pour cause de ouï-dire ne pouvait pas être prise comme « un fait acquis »<sup>425</sup>. Ce n’est pas parce qu’un autre élément de preuve serait « potentiellement inadmissible »<sup>426</sup> au procès que la levée du secret professionnel de l’avocat pouvait par là être justifiée : « Un tel résultat entre directement en conflit avec le caractère rigoureux du critère de la démonstration de l’innocence de l’accusé, qui vise à protéger au maximum ce privilège. »<sup>427</sup>

Certes, il est difficile d’apprécier *a priori* l’existence d’un risque véritable qu’une déclaration de culpabilité injustifiée soit prononcée en l’absence d’une preuve protégée et *a priori* confidentielle, surtout lorsque la preuve inculpatoire repose sur un ensemble d’éléments circonstanciels. Or, il serait inexact d’opter pour une interprétation du critère préliminaire comme permettant la mise à l’écart du privilège dans tous les cas où la preuve du ministère public se fonde (exclusivement) sur des éléments circonstanciels :

Manifestement, cette interprétation va à l’encontre de la nature même du critère préliminaire. Selon ce critère, le privilège ne devrait être levé que si l’accusé est incapable de susciter un doute raisonnable de quelque autre façon. Or, dans les affaires où la preuve du ministère public repose entièrement sur des

---

<sup>422</sup> *Id.*, par. 20.

<sup>423</sup> *Id.*, par. 24.

<sup>424</sup> *Id.*, par. 2.

<sup>425</sup> *Id.*, par. 43.

<sup>426</sup> *Id.*, par. 44 [souligné de l’original].

<sup>427</sup> *Id.*, par. 44.

éléments de preuve circonstancielle, l'accusé a plus de chances de réussir à susciter un doute raisonnable, et le risque d'être déclaré coupable est généralement moins élevé que dans les affaires où une preuve directe lie l'accusé au crime. Il ne serait pas logique d'affaiblir le critère préliminaire dans les affaires où le risque d'être déclaré coupable est moindre.<sup>428</sup>

Le risque que pose la non-divulgence des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat sur l'innocence de l'accusé doit aller au-delà d'un simple renforcement ou corroboration quant à la preuve que l'accusé aurait déjà produite : « (...) l'effet cumulatif ne devrait être considéré que dans les cas où, vu leur contexte, les communications avocat-client aident à comprendre les autres éléments de preuve et suscitent par le fait même un doute raisonnable. Un tribunal ne peut pas admettre les communications protégées pour insuffler de la crédibilité à d'autres éléments de preuve. Il ne peut le faire que pour donner un sens à des faits autrement stériles. »<sup>429</sup>

Dans *Brown* (2002), la Cour suprême est allée jusqu'à considérer que l'épuisement des voies d'appel judiciaires ne satisferait pas toujours au test de l'innocence, tant que demeure, « en dernier recours », l'appel à la prérogative royale de clémence, une alternative que le professeur Dodek considère comme d'ordre « orwellien »<sup>430</sup>. Ce qui est assez particulier, c'est que la Cour suprême du Canada se dit d'avis que même une telle déclaration de culpabilité injustifiée, qui se trouve avérée, permet d'établir un « juste équilibre » entre le secret professionnel de l'avocat, d'une part, et le droit à une défense pleine et entière, de l'autre :

[56] ... en raison du caractère rigoureux du test et parce que l'accusé doit établir chaque élément selon la prépondérance de la preuve, il sera difficile et sans doute rare d'avoir gain de cause dans les demandes de type *McClure*. Il pourra arriver, dans certains cas, que la demande de type *McClure* d'un accusé soit rejetée et que celui-ci soit ultimement déclaré coupable du crime. Plus tard, lorsque l'affaire est sortie du système, c.-à-d. lorsque les voies d'appel sont épuisées, il se peut que l'accusé découvre le contenu de la communication avocat-client du tiers et se rende compte qu'elle aurait pu lui permettre de susciter un doute raisonnable. Cela nourrit la crainte que le rejet d'une demande de type *McClure* puisse précéder une déclaration de culpabilité injustifiée.

[57] De telles déclarations de culpabilité injustifiées doivent être considérées dans le cadre de la procédure traditionnelle de l'appel à la prérogative royale, codifiée dans l'art. 690 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Elles ne justifient pas un assouplissement du test de l'arrêt *McClure*. Le test a été conçu pour établir un juste équilibre entre le secret professionnel de l'avocat et le droit à une défense pleine et entière. La levée de ce privilège devrait être rare, et le fardeau de la preuve incombe à l'accusé.

---

<sup>428</sup> *Id.*, par. 48.

<sup>429</sup> *Id.*, par. 69.

<sup>430</sup> Adam M. DODEK, *Constitutional Hierarchy : Solicitor-Client Privilege as Super-Constitutional Right*, 2003, p. 20, doi : <dx.doi.org/10.2139/ssrn.1548078> [ci-après « DODEK, *Constitutional Hierarchy* »].

Il peut arriver, à l'occasion, que la procédure se solde par une décision qui, lorsque l'on prend connaissance de tous les faits, paraît avoir désavantagé l'accusé. Il appartient néanmoins à l'accusé de convaincre le tribunal que les communications avocat-client doivent être divulguées, et ce fardeau ne peut être allégé simplement sur la foi d'une sagesse en rétrospective.<sup>431</sup>

Il nous est à-propos de comparer la démarche adoptée dans les affaires *McClure* (2001) et *Brown* (2002) avec celle de l'affaire *Ryan* (1997)<sup>432</sup>. Deux traits essentiels les distinguent : la nature du privilège revendiqué et la nature (civile vs criminelle) des procédures. L'affaire *Ryan* (1997) s'inscrit dans le contexte d'une poursuite civile en dommages-intérêts intentée par une patiente contre son ex-psychiatre pour agressions sexuelles et actes de grossière indécence. Pour faire face aux traumatismes causés par les actes du psychiatre défendeur, la plaignante a consulté une autre psychiatre. Dans le cadre de sa défense, le psychiatre poursuivi a demandé la production des dossiers et des notes de cette autre psychiatre au soutien de ses prétentions que la plaignante avait consenti aux actes en cause, et qu'il n'y a pas de lien de causalité entre ces derniers et les dommages réclamés par la plaignante. Dans ce contexte tout à fait similaire à *McClure* (2001) – où les dossiers confidentiels en la possession d'une tierce personne s'avèrent pertinents au droit du défendeur à une défense pleine et entière (ou droit à un procès équitable), la Cour suprême du Canada s'est cantonnée à considérer le privilège relatif aux communications entre un(e) psychiatre et son patient comme une composante du droit à la vie privée. D'entrée de jeu, le privilège revendiqué ne fait pas partie des communications relevant de catégories traditionnelles et partant, « il ne peut jamais y avoir de garantie absolue de confidentialité »<sup>433</sup>. En application du quatrième critère du test de Wigmore, une divulgation peut être autorisée lorsque l'intérêt à découvrir la vérité et à bien trancher le litige l'emporte sur celui à la confidentialité des communications. Tout comme pour le secret professionnel de l'avocat, plusieurs intérêts (tant personnels que sociétaux) sont à protéger en préservant la confidentialité des communications entre un psychiatre et sa patiente :

Il y a notamment le préjudice causé à l'appelante relativement à ses rapports avec le Dr Parfitt et à son traitement futur. Il y a aussi l'effet qu'une conclusion à l'absence de privilège aurait sur la capacité d'autres personnes souffrant de traumatismes semblables d'obtenir le traitement nécessaire et sur celle des psychiatres de fournir ce traitement. L'intérêt qu'il y a à s'abstenir de divulguer doit comprendre tout effet sur la société du défaut de la part de certaines personnes d'obtenir un traitement qui leur rende la santé et leur place comme membre utile de la société. Finalement, l'intérêt qu'il y a à soustraire à la

---

<sup>431</sup> *Brown* (2002), préc., note 293, par. 56 et 57.

<sup>432</sup> *Ryan* (1997), préc., note 40.

<sup>433</sup> *Id.*, 173.



divulgarion doit comprendre le droit à la vie privée de la personne qui revendique le privilège et les inégalités que risque de perpétuer l'absence de protection.<sup>434</sup>

Cela étant, quoiqu'il y ait « un intérêt décisif à soustraire à la divulgation les communications en cause »<sup>435</sup>, le risque peut dans certaines circonstances être écarté en restreignant la portée ou le type de renseignements divulgués. Ainsi, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait ordonné en l'espèce production des comptes rendus et notes de l'autre psychiatre qui relatent ses discussions avec la plaignante, à l'exclusion des notes personnelles dont la psychiatre « se sert pour tenter de comprendre ce que le patient lui dit »<sup>436</sup>. La divulgation des notes et comptes rendus en question était en outre assujettie à plusieurs conditions, dont une divulgation limitée aux fins du litige aux avocats de la défense et les témoins experts à l'exclusion du défendeur lui-même. Cette décision est confirmée par la Cour suprême du pays à la suite de l'exercice de pondération :

Il faut reconnaître qu'un critère applicable pour déterminer l'existence d'un privilège, qui permet à la cour de rejeter éventuellement une revendication de privilège, par ailleurs légitime, dans l'intérêt de la découverte de la vérité, ne garantit peut-être pas aux patients que les communications avec leur psychiatre ne seront jamais divulguées. En revanche, l'assurance que la divulgation ne sera ordonnée que lorsque ce sera clairement nécessaire, et alors seulement dans la mesure nécessaire, encouragera vraisemblablement un grand nombre d'entre eux à consulter un psychiatre, alors qu'une divulgation certaine pourrait les rendre hésitants ou non disposés à le faire. C'est ce que démontrent les faits de la présente affaire.<sup>437</sup>

Ces remarques ne pourraient-elles pas être transposées, *mutatis mutandis*, dans l'affaire *McClure* (2001) ? Dans l'affaire *Ryan* (1997), la même Cour a fait prévaloir au privilège de confidentialité patient-psychiatre les droits de la défense alors même que ces derniers bénéficiaient<sup>438</sup> dans un

---

<sup>434</sup> *Id.*, 175.

<sup>435</sup> *Id.*, 176.

<sup>436</sup> *Id.*, 167.

<sup>437</sup> *Id.*, 178.

<sup>438</sup> Dans sa dissidence quant au résultat, la juge L'Heureux-Dubé était toutefois d'avis que le droit à un procès équitable devrait également être reconnu à titre principe de justice fondamentale en matière civile, et ce, à l'égard de toutes les parties à un litige – *Id.*, par. 84 (j. L'Heureux-Dubé, diss.) :

[34] Dans l'arrêt *O'Connor*, le droit à la vie privée de la plaignante a été soupesé en fonction du droit à une défense pleine et entière que la *Charte* garantissait à l'accusé. Ce droit est un élément essentiel des principes de justice fondamentale qui doivent régir les procédures criminelles. En matière civile, bien que le défendeur n'ait à exercer aucun droit conféré directement par la *Charte*, et que sa liberté ou sa sécurité ne soit nullement menacée, des valeurs semblables sont en jeu. Une erreur judiciaire pourrait être commise si l'absence des renseignements pertinents nécessaires était susceptible de mener un juge du procès ou un jury à un résultat inexact. En pareil cas, la valeur consacrée dans la *Charte* en faveur d'un procès équitable pour toutes les parties à un litige est en cause à titre de principe de justice fondamentale, et peut être soupesée en fonction du droit à la vie privée de la partie appelante. [nos soulignés]

contexte civil (poursuite en dommages-intérêts) de garanties procédurales moins élevées qu'en matière criminelle et pénale. L'on pourrait aussi se poser la question inverse : dans quelle mesure le test « de la démonstration de l'innocence de l'accusé » ne pourrait-il s'appliquer aux autres privilèges de confidentialité entre un (autre) professionnel et son client ? Tout compte fait, le bât qui blesse n'est pas tant le résultat auquel la Cour est arrivée dans *McClure* (2001) que l'absence d'une analyse détaillée des avantages et inconvénients qui pourraient résulter de la (non-)divulgaration.

Dans *Brown* (2002), la Cour suprême du Canada reconnaît qu'« en raison du caractère rigoureux du test et parce que l'accusé doit établir chaque élément selon la prépondérance de la preuve, il sera difficile et sans doute rare d'avoir gain de cause dans les demandes de type *McClure* »<sup>439</sup>. Près de vingt ans après *McClure* (2001), pas une seule fois le critère de « démonstration de l'innocence de l'accusé » n'aurait encore justifié une dérogation ne serait-ce limitative au secret professionnel de l'avocat (de tierces personnes) au nom de l'innocence de l'accusé<sup>440</sup>. Les spéculations quant à la nécessité de confronter plaignants et co-accusés aux versions contradictoires qu'ils auraient données à différentes occasions (p. ex. à l'enquête préliminaire, au procès, aux policiers...), y compris aux psychologues, pour miner leur crédibilité ne sont pas suffisantes pour justifier la levée de la confidentialité : la crédibilité des témoins peut toujours être testée au procès au moyen d'un contre-interrogatoire vigoureux<sup>441</sup>. De son côté, l'issue des demandes de type *O'Connor* (1995) n'est favorable au demandeur que dans la mesure où la loi prévoit une dérogation statutaire limitative au secret professionnel de l'avocat; un exemple souvent cité est l'inopposabilité du secret professionnel de l'avocat aux enquêtes du syndic<sup>442</sup>. Au reste, les demandes de divulgation

---

Au reste, ce n'est en effet que cinq ans plus tard que la Cour suprême du Canada confirme le statut constitutionnel du droit de la défense (et du public) à un procès équitable dans un contexte autre que criminel et pénal, en tant qu'un (autre) principe de justice fondamentale enchaîné à l'article 7 de la Charte canadienne, préc., note 14 : *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522, par. 50 [ci-après « *Sierra Club du Canada* (2002) »].

<sup>439</sup> *Brown* (2002), préc., note 293.

<sup>440</sup> En date du 20 octobre 2019, nous avons recensé sur CanLII [deux cent trente-cinq \(235\)](#) décisions canadiennes ayant cité l'arrêt *McClure* (2001), préc., note 38, ainsi que le mot clé « innocence ».

<sup>441</sup> *R. v. Bradey*, 2015 ONCA 738, par. 107 et 108.

<sup>442</sup> *Code des professions*, préc., note 233, art. 192 :

Peuvent prendre connaissance d'un dossier tenu par un professionnel, requérir la remise de tout document, prendre copie d'un tel dossier ou document et requérir qu'on leur fournisse tout renseignement, dans l'exercice de leurs fonctions :

1° un comité d'inspection professionnelle ou un membre, un inspecteur ou un expert de ce comité...

qui ont connu jusque-là une issue favorable concernant les renseignements que le tribunal considère ne pas être protégés<sup>443</sup>, à l'égard desquels le juge aurait conclu à l'existence d'une renonciation au secret professionnel ou à une apparence d'illégalité dans les opinions juridiques dont la défense demande la divulgation<sup>444</sup>.

À l'origine reconnu en *common law* dans un contexte criminel et pénal, le droit à une défense pleine et entière trouve son équivalent en matière civile (et administrative) dans le droit de tout justiciable à un procès équitable, auquel est lié « l'intérêt du public et du judiciaire dans la recherche de la vérité et la solution juste des litiges (...) »<sup>445</sup>. C'est la raison pour laquelle certains commentateurs s'attendaient à ce que les tribunaux appliquent l'exception relative au droit de la défense pour justifier, au besoin, la levée du secret professionnel de l'avocat en matière civile, voire administrative<sup>446</sup>. Un autre point d'incertitude, qui divise les tribunaux inférieurs, réside dans l'application du test « de la démonstration de l'innocence » pour permettre à l'accusé de démontrer un abus de la part du ministère public ou de la police dans la conduite de l'enquête ou en cours des procédures judiciaires, abus qui soit susceptible de justifier un arrêt des procédures<sup>447</sup>.

---

2° un syndic, un expert qu'un syndic s'adjoit ou une autre personne qui l'assiste dans l'exercice de ses fonctions d'enquête; (...)

[...]

Dans le cadre de l'application du présent article, le professionnel doit sur demande, permettre l'examen d'un tel dossier ou document et fournir ces renseignements et il ne peut invoquer son obligation de respecter le secret professionnel pour refuser de le faire. [nos soulignés]

En date du 19 octobre 2019, nous avons recensé sur CanLII [cent quatre-vingt-quatorze \(194\)](#) décisions canadiennes citant l'arrêt *O'Connor* (1995), préc., note 403, et pouvant être associées aux mots clés « secret professionnel de l'avocat » ou « *solicitor-client privilege* ».

<sup>443</sup> Voir par exemple *R. v. J.F.*, 2017 ONCJ 96, par. 8-14.

<sup>444</sup> Voir par exemple *R. v. Nuttall*, 2015 BCSC 2102, par. 66-74.

<sup>445</sup> *Sierra Club du Canada* (2002), préc., note 438, par. 51.

<sup>446</sup> Jamal MAHMUD, « The Constitutionalization of Solicitor-Client Privilege », (2003) 20 *S.C. Law Rev.* (2<sup>e</sup>) 213, 236 [ci-après « MAHMUD (2003) »] :

... it seems clear that some form of full answer and defence exception to the privilege will apply in the civil context. The scope of this exception remains to be determined by future cases. The challenge will be to keep it tightly constrained, as disclosure of relevant evidence can often be justified by the need to make full answer and defence or the right of a litigant to present its case. (...)

Aussi Guy DU PONT et François ARSENAULT, « Le privilège avocat-client de Revenu Canada et le droit des contribuables à une défense portant une divulgation pleine et entière. *Pratt & Whitney Canada Inc. c. La Reine* », Collection APFF - Impôt et taxes, vol. 19, no 4, 1<sup>er</sup> avril 1997.

<sup>447</sup> *Infra*, Section « 4.2. En cas d'allégation d'abus de procédures ou de conduite répréhensible de l'État ».

### **3. Découverte de la vérité par l'État dans l'exercice de ses pouvoirs de vérification (de conformité réglementaire) et d'enquête**

La mise à l'écart du droit au respect du secret professionnel peut être justifiée dans l'intérêt public non seulement en cours d'instance mais également en amont : avant ou en dehors de toute procédure judiciaire éventuelle. Notamment, dans le cadre des vérifications (de conformité réglementaire) et d'enquête, des agents de l'État peuvent être autorisés à examiner des documents ainsi qu'à exiger production de renseignements pour lesquels les citoyens entretiennent *a priori* une attente raisonnable à la vie privée. Il s'agit du droit pour l'État d'effectuer des fouilles, saisies et perquisitions, pour lesquelles le citoyen bénéficie uniquement d'une protection (quasi-)constitutionnelle à l'égard d'un exercice abusif de ces pouvoirs :

#### **Charte canadienne**

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

#### **Charte québécoise**

24.1. Nul ne peut faire l'objet de saisies, perquisitions ou fouilles abusives.

Certes, tant la conduite d'une vérification que celle d'une enquête sont susceptibles d'interpeller la protection contre les fouilles, saisies et perquisitions abusives. Lorsque des renseignements *a priori* confidentiels sont concernés<sup>448</sup>, une distinction importante doit cependant être faite entre l'exercice des deux pouvoirs – de vérification ou d'enquête – selon l'objet prédominant de l'exercice : si, par l'exercice de son pouvoir, l'objet prédominant de l'État est (ou devient) l'établissement de la responsabilité criminelle ou pénale d'une personne, il s'agit d'une enquête pénale plutôt que d'une simple vérification ou d'une inspection de conformité aux réglementations en vigueur. Dans le cas d'une vérification, les justiciables, tout en bénéficiant d'une protection moindre contre les saisies, fouilles et perquisitions abusives, sont tenus par la loi de coopérer avec l'État lors des examens de conformité et entretiennent en principe une attente moins élevée de vie privée à l'égard des documents produits dans l'exercice des activités réglementées. De l'autre côté, toute la gamme des garanties constitutionnelles s'applique dès lors que le processus s'oriente vers la conduite d'une enquête criminelle ou pénale, de sorte que le droit au silence et la protection

---

<sup>448</sup> Voir *contra Québec (Procureur général) c. Laroche*, [2002] 3 R.C.S. 708, commenté dans Yves D. DUSSAULT, « Portée de la décision *Laroche* », dans *Actes de la XVI<sup>e</sup> conférence des juristes de l'État*, 2004, p. 163, en ligne : <[www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/wp-content/uploads/atelier2-porteedeladecisionlaroche.pdf](http://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/wp-content/uploads/atelier2-porteedeladecisionlaroche.pdf)>.

contre l’auto-incrimination déchargent le suspect de toute obligation de coopérer avec l’État tant à l’égard des réponses aux questions posées par les enquêteurs que de la production des documents ou renseignements demandés au cours de l’enquête<sup>449</sup>.

Or, lorsque le droit au secret professionnel du juriste est en cause, le plus haut tribunal du pays en est venu à reconnaître une protection quasi absolue indépendamment du contexte d’exercice (vérification ou enquête) des pouvoirs de fouille, de saisie ou de perquisition. Comme nous le détaillerons plus bas, le droit au secret professionnel du juriste est ainsi distingué non seulement du cadre d’analyse contextuel applicable au droit (général) à la vie privée, mais également du secret professionnel dont bénéficient les clients faisant appel aux membres d’autres professions réglementées.

### **3.1. Des principes directeurs de *Lavallee* (2002)**

Les principes directeurs que la Cour suprême du Canada a énoncés dans l’arrêt *Lavallee* (2002) balisent la manière dont l’État doit exercer son pouvoir de fouilles, de perquisitions et de saisies dans un cabinet d’avocats ainsi que dans tout autre lieu où des renseignements protégés par le secret professionnel du juriste sont susceptibles de se trouver.

En principe, dans l’exercice de ses pouvoirs d’enquête, l’État peut être autorisé à effectuer une fouille, perquisition et saisie dans des lieux ou à l’égard des renseignements pour lesquels une personne peut entretenir des attentes raisonnables de vie privée<sup>450</sup>. Ce droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives, enchâssé à l’article 8 de la Charte canadienne, appelle une nécessaire mise en équilibre entre le droit de l’État à la découverte (de la vérité) du crime et le droit des particuliers à leur vie privée. Une fouille, perquisition et saisie est considérée abusive

---

<sup>449</sup> *Jarvis* (2002), préc., note 145; *R. c. Ling*, 2002 CSC 74, [2002] 3 R.C.S. 814 [ci-après « *Ling* (2002) »]. Quoique les arrêts *Jarvis* (2002) et *Ling* (2002) traitent des pouvoirs de vérification et d’enquête sous le régime de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5<sup>e</sup> suppl.) [ci-après « *Loi de l’impôt sur le revenu* (fédérale) »], il est généralement reconnu que les distinctions établies dans cet arrêt s’appliquent *mutatis mutandis* aux pouvoirs de vérification et d’enquête exercés par l’État en vertu d’autres régimes administratifs, voir notamment : *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250 (réglementation de la circulation routière); *R. v. Bialski*, 2018 SKCA 71 (vérification douanière); *Sazant v. College of Physicians and Surgeons of Ontario*, 2012 ONCA 727 (inspection professionnelle et poursuite disciplinaire); *Jackson v. Vaughan (City)*, 2010 ONCA 118 (examen de conformité en matière de financement électoral).

<sup>450</sup> *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 18; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, par. 11; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, 533. Outre les enquêtes sur les infractions au *Code criminel*, les enquêteurs au pénal peuvent œuvrer au sein de plusieurs organismes fédéraux et provinciaux, dont les agences du revenu, Industrie Canada ou le registraire des entreprises du Québec, Environnement Canada et l’Agence des services frontaliers du Canada.

uniquement dans la mesure de son atteinte injustifiée aux attentes raisonnables à la vie privée, et ce, à la lumière de toutes les circonstances pertinentes. Rappelons à cet égard ces propos bien connus du juge Dickson (plus tard juge en chef) dans le contexte des saisies et perquisitions abusives en général :

La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu'une atteinte raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l'art. 8, qu'elle soit exprimée sous la forme négative, c'est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies « abusives », ou sous la forme positive comme le droit de s'attendre « raisonnablement » à la protection de la vie privée, indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi.<sup>451</sup>  
[soulignés dans l'original]

Plus que l'assignation de l'avocat comme témoin ou une ordonnance de production de ses notes et dossiers protégés, *quid* des fouilles, perquisitions et saisies effectuées dans les cabinets d'avocats même ? *A priori*, il nous est permis de penser que le test de la « démonstration de l'innocence de l'accusé » tel que formulé dans les arrêts *McClure* (2001) et *Brown* (2002) pour justifier une ordonnance de production de documents protégés par le secret professionnel, s'applique *mutatis mutandis* aux enquêtes conduites directement dans les cabinets d'avocats qui sont les lieux dépositaires de documents privilégiés<sup>452</sup>. Dans l'affaire *Descôteaux* (1982), rappelons<sup>453</sup> que le mandat de perquisition contesté visait notamment un formulaire de demande d'aide juridique que le requérant avait rempli lors de son entrevue à un bureau d'aide juridique de Montréal. La perquisition dans les locaux du bureau de l'aide juridique avait été exécutée par deux policiers en la présence du syndic du Barreau, au cours de laquelle des documents « qu'on leur a dit être ceux qu'ils cherchaient »<sup>454</sup> ont été remis sous enveloppe cachetée, personne n'en avait pris connaissance et tous convenaient qu'il y avait lieu de demander l'autorisation d'un juge avant de

---

<sup>451</sup> *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 159 et 160. Voir aussi *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Araujo*, 2000 CSC 665, [2000] 2 R.C.S. 992; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679.

<sup>452</sup> D'un point de vue historique, les perquisitions dans les bureaux d'avocats étaient rarissimes avant les années 1970. L'émergence de ce phénomène au Canada et aux États-Unis résulterait d'une conjonction multifactorielle qui aurait érodé la confiance du public à l'égard des avocats en général (p. ex. scandale de Watergate), avec la criminalité en col blanc et la prolifération de « tiers institutionnels » qui sont susceptibles de détenir des renseignements concernant autrui dans l'exercice de leur profession ou l'exploitation de leur entreprise : Lackland H. BLOOM, Jr., « The Law Office Search: An Emerging Problem and Some Suggested Solutions », (1980) 69 *Geo. L.J.* 1, 7 et 8. Aussi Pamela GURFEIN, « The Assault on the Citadel of Privilege Proceeds Apace: The Unreasonableness of Law Office Searches », (1981) 49:5 *Fordham L. Rev.* 708.

<sup>453</sup> *Supra*, Partie I – Section B – Sous-section 2 « Du privilège générique au droit fondamental ».

<sup>454</sup> *Descôteaux* (1982), préc., note 30, 864.

le faire. Après la saisie des documents, le bureau d'aide juridique et l'avocat assigné au dossier du client concerné ont adressé à la Cour supérieure une requête en cassation de la saisie pour cause de nullité, et c'est cette question en litige qui est montée jusqu'à la Cour suprême. Tout en clarifiant la portée du secret professionnel de l'avocat<sup>455</sup>, l'arrêt *Descôteaux* (1982) a été l'occasion pour la Cour suprême de préciser la manière dont il convient de concilier le pouvoir de perquisition – essentiel à la répression du crime – avec le droit à la confidentialité – essentiel à une saine administration de la justice. De l'avis de la Cour suprême, cette conciliation devrait se faire en deux volets<sup>456</sup> :

- d'une part, le juge doit être convaincu qu'il n'y a pas d'autres alternatives raisonnables à la perquisition;
- d'autre part, le juge doit, en délivrant le mandat, l'assortir de modalités d'exécution préservant au maximum le droit au respect du secret professionnel de l'avocat, dont un avis au procureur de la Couronne et aux autorités du Barreau<sup>457</sup>. Aussi, dans la mesure du possible, la perquisition devrait être exécutée en la présence d'un représentant du Barreau<sup>458</sup>.

Ces conditions viennent s'ajouter<sup>459</sup> aux conditions générales posées à l'article 443 du C.cr. (renuméroté en l'article 487 C.cr. à la suite de la refonte de 1985) encadrant la délivrance des mandats de perquisition en général, comprenant notamment celles voulant que le juge ait des

---

<sup>455</sup> *Infra*, Partie 3 – section A.

<sup>456</sup> *Descôteaux* (1982), préc., note 30, 893.

<sup>457</sup> *Id.*, 891 :

Il sera parfois souhaitable que, dès les premières démarches du dénonciateur, le juge de paix voie à ce que le procureur de la Couronne du district soit avisé, si ces démarches sont faites à son insu, ainsi que les autorités du Barreau. Assisté de ceux-ci, il devrait normalement pouvoir plus facilement arrêter de concert avec les forces de l'ordre des modalités de perquisition acceptables à tous et qui respecteraient le droit à la confidentialité des clients du bureau de l'avocat sans frustrer la police de son droit de rechercher les preuves du crime allégué.

<sup>458</sup> *Id.*, 892.

<sup>459</sup> Il y a lieu de noter que le droit au respect du secret professionnel (des conseillers juridiques) n'est pas la seule instance où les tribunaux ont imposé des conditions supplémentaires à la délivrance des mandats de perquisition que les prescriptions de base de l'article 487 C.cr. Il en va également des mandats de perquisition visant les locaux d'un média, dont le processus d'autorisation doit, en outre, tenir compte notamment du « droit des médias à la confidentialité des renseignements dans le processus de collecte et de diffusion des informations » : *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, 445.

motifs raisonnables de croire à la présence d'une preuve relative à l'infraction sous enquête dans un lieu pour lequel un particulier entretient *a priori* des attentes raisonnables de vie privée<sup>460</sup>.

En l'occurrence, la procédure suivie par les autorités a été jugée acceptable. La partie du formulaire consignant les déclarations de l'accusé relatives à sa situation financière constitue l'élément matériel de l'infraction de fraude qui lui a été reprochée. Elle tombe ainsi dans l'exception du crime et de la fraude projetée<sup>461</sup>, autorisant la saisie par les enquêteurs<sup>462</sup>. Cela étant, tous autres renseignements inscrits sur le formulaire demeurent protégés par le droit à la confidentialité avocat-client. Le juge aurait pu, en présence de la Couronne, du représentant du Barreau et du représentant de l'aide juridique, décacheter l'enveloppe pour s'en assurer et autoriser la

---

<sup>460</sup> L'article 487 C.cr., encadrant la délivrance des mandats de perquisition en général, est aujourd'hui libellé comme suit :

(1) Un juge de paix qui est convaincu, à la suite d'une dénonciation faite sous serment selon la formule 1, qu'il existe des motifs raisonnables de croire que, dans un bâtiment, contenant ou lieu, se trouve, selon le cas :

- a) une chose à l'égard de laquelle une infraction à la présente loi, ou à toute autre loi fédérale, a été commise ou est présumée avoir été commise;
- b) une chose dont on a des motifs raisonnables de croire qu'elle fournira une preuve touchant la commission d'une infraction ou révélera l'endroit où se trouve la personne qui est présumée avoir commis une infraction à la présente loi, ou à toute autre loi fédérale;
- c) une chose dont on a des motifs raisonnables de croire qu'elle est destinée à servir aux fins de la perpétration d'une infraction contre la personne, pour laquelle un individu peut être arrêté sans mandat;

c.1) un bien infractionnel,

peut à tout moment décerner un mandat autorisant un agent de la paix ou, dans le cas d'un fonctionnaire public nommé ou désigné pour l'application ou l'exécution d'une loi fédérale ou provinciale et chargé notamment de faire observer la présente loi ou toute autre loi fédérale, celui qui y est nommé :

- d) d'une part, à faire une perquisition dans ce bâtiment, contenant ou lieu, pour rechercher cette chose et la saisir;
- e) d'autre part, sous réserve de toute autre loi fédérale, dans les plus brefs délais possible, à transporter la chose devant le juge de paix ou un autre juge de paix de la même circonscription territoriale ou en faire rapport, en conformité avec l'article 489.1.

(2) (...)

<sup>461</sup> Sur la portée de cette exception et son évolution, *infra*, Partie 3 – section A.

<sup>462</sup> *Descôteaux* (1982), préc., note 30, 894 :

(...) par suite du refus des préposés et avocats du bureau d'aide juridique de communiquer aux enquêteurs le contenu de la formule, voire même la teneur des déclarations verbales qui leur furent faites par Ledoux en ce qui concerne sa situation financière, il n'existait pas d'alternative raisonnable à la perquisition. Comment les enquêteurs pouvaient-ils autrement s'assurer de la nature frauduleuse des déclarations de Ledoux? Peut-être, suite à leur enquête, savaient-ils ce dernier inéligible à l'aide eu égard à ses moyens financiers; mais le crime dont ils le soupçonnaient et au sujet duquel ils étaient en droit de parfaire l'enquête était celui de les avoir cachés, l'inéligibilité n'étant pas elle-même un crime.



communication aux enquêteurs de la partie seulement du formulaire traitant de la situation financière du demandeur<sup>463</sup>.

Dans *Descôteaux* (1982), la Cour suprême a mentionné l'avis de certains selon lequel il conviendrait davantage au législateur qu'aux tribunaux de baliser, étape par étape, la perquisition effectuée dans les bureaux d'avocats; en attendant, elle a décliné toutefois à préciser des règles qui soient uniformément applicables en invitant plutôt les différentes cours de province à le faire, lesquelles seraient « éminemment mieux placées » pour combler cette lacune législative en mettant au point « une procédure d'application régionale qui tienne compte des conditions locales »<sup>464</sup>.

Faisant suite à ces recommandations de la Cour suprême et aux premières lignes directrices proposées dans *Descôteaux* (1982), le législateur est intervenu pour préciser la procédure devant être suivie en cas de fouilles, perquisitions et saisies effectuées dans les bureaux d'avocats. Cet ancien article 444.1 du *Code criminel* (renuméroté en l'article 488.1 à la suite de la refonte de 1985) se voulait expressément calqué sur l'article 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*<sup>465</sup>, lequel régit depuis 1956 les demandes péremptoires faites à l'égard de documents pour lesquels est allégué le secret professionnel des conseillers juridiques (avocat ou notaire, *barrister* ou *solicitor*) dans le cadre des vérifications fiscales. Le fait que l'article 488.1 du *Code criminel* repose sur une disposition préexistante à l'adoption de la Charte canadienne ne le met pas nécessairement à l'abri d'un examen constitutionnel fondé sur la constitutionnalisation des libertés et droits

---

<sup>463</sup> *Id.*, 895 :

La formule saisie contient peut-être des renseignements privilégiés. J'estime que le juge de paix pouvait, en présence de tous, la Couronne, le représentant du Barreau et celui de l'Aide juridique, décacheter l'enveloppe et examiner la formule pour s'enquérir si celle-ci ne contenait rien de confidentiel, et le cas échéant la traiter conformément à la loi comme toute autre chose saisie. Par ailleurs, s'il avait découvert que la formule contenait des renseignements confidentiels, il pouvait (c'est du moins une des façons de procéder) photocopier la partie pertinente à la situation financière et la traiter comme toute autre chose saisie en la versant au dossier. Quant à l'original du document, il aurait pu le placer dans une enveloppe cachetée et scellée et versée également au dossier, mais en ordonnant qu'il ne soit examiné que sur l'ordre d'un juge.

<sup>464</sup> *Id.*, 892 :

Certains se sont dits d'avis qu'il convenait davantage au législateur qu'aux tribunaux de baliser la perquisition des bureaux d'avocats (...) Quoi qu'il en soit, pour ma part j'espère que les cours dans les provinces, compte tenu du pouvoir discrétionnaire des juges de paix et eu égard à la volonté de tous jusqu'à présent de reconnaître l'importance de la confidentialité des communications faites à un avocat par son client, et compte tenu de leur volonté et de la nécessité de la préserver, voudront combler cette lacune législative en mettant au point, par règles de cour ou encore de façon informelle, au moyen d'une pratique uniforme, une procédure d'application régionale qui tienne compte des conditions locales; chose certaine, elles sont éminemment mieux placées pour le faire que cette Cour.

<sup>465</sup> *Loi de l'impôt sur le revenu* (fédérale), préc., note 449.

fondamentaux, dont le secret professionnel de l'avocat en tant que principe de justice fondamentale ainsi que la protection contre les feuilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Alors que l'arrêt *Descôteaux* (1982) traitait de la nécessité de « concilier le pouvoir de perquisition, un droit que se donne la société parce qu'essentiel à la répression du crime, avec le droit à la confidentialité, un droit que la société reconnaît comme essentiel à la saine administration de la justice »<sup>466</sup>, l'arrêt *Lavallee* (2002)<sup>467</sup>, rendu vingt ans plus tard par la même Cour, se démarque par sa distanciation expresse de l'exercice de pondération des intérêts opposés. Lorsque le droit au secret professionnel de l'avocat est en jeu, la Cour suprême du Canada y va jusqu'à qualifier l'exercice de pondération habituel de ne pas être « particulièrement utile ». Dans les mots de la Cour :

Lorsque l'intérêt en jeu est le secret professionnel de l'avocat – principe de justice fondamentale et droit civil de la plus haute importance en droit canadien – l'exercice d'évaluation habituel susmentionné n'est pas particulièrement utile. En effet, le privilège favorise non seulement le droit à la vie privée d'une personne susceptible d'être accusée, mais aussi le droit à ce que le processus d'application de la loi soit équitable et efficace. En d'autres termes, bien compris, le privilège est une caractéristique positive de l'application de la loi, et non pas un obstacle à celle-ci.<sup>468</sup>

L'affirmation s'avère à la fois audacieuse et sibylline, car plutôt que d'interdire toute perquisition dans un cabinet d'avocats, la Cour a justement énoncé à cette occasion dix principes permettant d'assurer une « atteinte minimale », soit pas plus que ce qui est « absolument nécessaire » au secret professionnel de l'avocat<sup>469</sup>. Ces dix principes directeurs relatifs à la délivrance des mandats de perquisition dans les bureaux d'avocats s'énoncent comme suit :

1. Aucun mandat de perquisition ne peut être décerné relativement à des documents reconnus comme étant protégés par le secret professionnel de l'avocat.
2. Avant de perquisitionner dans un bureau d'avocats, les autorités chargées de l'enquête doivent convaincre le juge saisi de la demande de mandat qu'il n'existe aucune solution de rechange raisonnable.

---

<sup>466</sup> *Descôteaux* (1982), préc., note 30, 883 [nos soulignés].

<sup>467</sup> *Lavallee* (2002), préc., note 38.

<sup>468</sup> *Id.*, par. 36.

<sup>469</sup> Voir *id.*, par. 36. Aussi *Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada* (2015), préc., note 233, où la Cour suprême applique les 10 principes de *Lavallee* (2002), préc., note 38, pour conclure à l'inconstitutionnalité des dispositions de la loi canadienne sur la lutte contre le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, dans la mesure où elles visent les conseillers juridiques et les cabinets d'avocats. Dans le contexte des demandes péremptoires visant les avocats et notaires en vertu du droit fiscal, voir *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, [2016] 1 RCS 336 [ci-après « *Chambre des notaires du Québec – LIR* (2016) »].

3. Lorsqu'il permet la perquisition dans un bureau d'avocats, le juge saisi de la demande de mandat doit être rigoureusement exigeant, de manière à conférer la plus grande protection possible à la confidentialité des communications entre client et avocat.
4. Sauf lorsque le mandat autorise expressément l'analyse, la copie et la saisie immédiates d'un document précis, tous les documents en la possession d'un avocat doivent être scellés avant d'être examinés ou de lui être enlevés.
5. Il faut faire tous les efforts possibles pour communiquer avec l'avocat et le client au moment de l'exécution du mandat de perquisition. Lorsque l'avocat ou le client ne peut être joint, on devrait permettre à un représentant du Barreau de superviser la mise sous scellés et la saisie des documents.
6. L'enquêteur qui exécute le mandat doit rendre compte au juge de paix des efforts faits pour joindre tous les détenteurs potentiels du privilège, lesquels devraient ensuite avoir une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège et, si cette objection est contestée, de faire trancher la question par les tribunaux.
7. S'il est impossible d'aviser les détenteurs potentiels du privilège, l'avocat qui a la garde des documents saisis, ou un autre avocat nommé par le Barreau ou par la cour, doit examiner les documents pour déterminer si le privilège devrait être invoqué et doit avoir une occasion raisonnable de faire valoir ce privilège.
8. Le procureur général peut présenter des arguments sur la question du privilège, mais on ne devrait pas lui permettre d'examiner les documents à l'avance. L'autorité poursuivante peut examiner les documents uniquement lorsqu'un juge conclut qu'ils ne sont pas privilégiés.
9. Si les documents scellés sont jugés non privilégiés, ils peuvent être utilisés dans le cours normal de l'enquête.
10. Si les documents sont jugés privilégiés, ils doivent être retournés immédiatement au détenteur du privilège ou à une personne désignée par la cour.<sup>470</sup>

Au regard de ces principes, plusieurs lacunes constitutionnelles ont été relevées par la Cour à l'article 488.1 du *Code criminel*<sup>471</sup> balisant la délivrance des mandats de perquisition à l'égard d'un document en la possession d'un avocat ou notaire, dont :

---

<sup>470</sup> *Lavallee*, préc., note 38, par. 49.

<sup>471</sup> À l'époque de *Lavallee* (2002), préc., note 38, l'article 488.1 du *Code criminel*, préc., note 287, se lisait comme suit :

- (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.
  - « avocat » Dans la province de Québec, un avocat ou un notaire, et dans les autres provinces, un *barrister* ou un *solicitor*.
  - « document » Pour l'application du présent article, s'entend au sens de l'article 321.
  - « fonctionnaire » Agent de la paix ou fonctionnaire public.
  - « gardien » Personne à qui la garde d'un paquet est confiée conformément au paragraphe (2).
  - « juge » Juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle de la province où la saisie a été faite.
- (2) Lorsqu'un fonctionnaire agissant sous le régime de la présente loi ou de toute autre loi fédérale est sur le point d'examiner, de copier ou de saisir un document en la possession d'un avocat qui prétend qu'un de ses clients, nommément désigné, jouit du privilège des communications entre

---

client et avocat en ce qui concerne ce document, le fonctionnaire doit, sans examiner le document ni le copier :

- a) le saisir et en faire un paquet qu'il doit convenablement sceller et identifier;
  - b) confier le paquet à la garde du shérif du district ou du comté où la saisie a été effectuée ou, s'il existe une entente écrite désignant une personne qui agira en qualité de gardien, à la garde de cette dernière.
- (3) Lorsqu'un document a été saisi et placé sous garde en vertu du paragraphe (2), le procureur général, le client ou l'avocat au nom de son client, peut :
- a) dans un délai de quatorze jours à compter de la date où le document a été placé sous garde, demander à un juge, moyennant un avis de présentation de deux jours adressé à toute autre personne qui pourrait faire une demande, de rendre une ordonnance :
  - b) faire signifier une copie de l'ordonnance à toute personne qui pourrait faire une demande et au gardien dans les six jours de la date où elle est rendue;
  - c) s'il a procédé ainsi que l'alinéa b) l'autorise, demander, au moment et au lieu fixés, une ordonnance qui tranche la question.
- (4) Suite à une demande prévue à l'alinéa (3)c), le juge :
- a) peut examiner le document, s'il l'estime nécessaire, pour établir si le document doit être communiqué;
  - b) peut, s'il est d'avis que cela l'aidera à rendre sa décision sur le caractère privilégié du document, permettre au procureur général d'examiner le document;
  - c) doit permettre au procureur général et à toute personne qui s'oppose à la communication du document de lui présenter leurs observations;
  - d) doit trancher la question de façon sommaire et :
    - (i) s'il est d'avis que le document ne doit pas être communiqué, s'assurer que celui-ci est remballé et scellé à nouveau et ordonner au gardien de le remettre à l'avocat qui a allégué le privilège des communications entre client et avocat ou à son client,
    - (ii) s'il est d'avis que le document doit être communiqué, ordonner au gardien de remettre celui-ci au fonctionnaire qui a fait la saisie ou à quelque autre personne désignée par le procureur général, sous réserve des restrictions et conditions qu'il estime appropriées.

Le juge motive brièvement sa décision en décrivant la nature du document sans toutefois en révéler les détails.

- (5) Lorsque le juge décide, conformément à l'alinéa (4)d), qu'un privilège des communications entre client et avocat existe en ce qui concerne un document, ce document demeure privilégié et inadmissible en preuve, que le juge ait permis ou non au procureur général de l'examiner, conformément à l'alinéa (4)b), à moins que le client n'y consente ou que le privilège ne soit autrement perdu.
- (6) Lorsqu'un document a été saisi et placé sous garde, en vertu du paragraphe (2) et qu'un juge, sur la demande du procureur général, est convaincu qu'aucune demande prévue à l'alinéa (3)a) n'a été faite, ou si elle l'a été, qu'elle n'a pas été suivie d'une autre demande prévue à l'alinéa (3)c), il doit ordonner au gardien de remettre le document au fonctionnaire qui a fait la saisie ou à quelque autre personne désignée par le procureur général.
- (7) Lorsque, pour quelque motif, le juge à qui une demande a été faite selon l'alinéa (3)c) ne peut agir ni continuer d'agir en vertu du présent article, des demandes subséquentes faites en vertu de cet alinéa peuvent être faites à un autre juge.
- (8) Aucun fonctionnaire ne doit examiner ni saisir un document ou en faire des copies sans donner aux intéressés une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège des communications entre client et avocat en vertu du paragraphe (2).
- (9) En tout temps, lorsqu'un document est entre les mains d'un gardien selon le présent article, un juge peut, sur une demande *ex parte* de la personne qui s'oppose à la divulgation du document alléguant le privilège des communications entre client et avocat, autoriser cette dernière à examiner le document ou à en faire une copie en présence du gardien ou du juge; cependant une telle

- l'imposition de délais stricts pour faire valoir le privilège au moment de la perquisition,
- l'absence de pouvoir discrétionnaire reconnu au juge pour relever le défaut de l'invoquer dans les délais stricts pour préserver la confidentialité des renseignements protégés,
- l'exigence de nommer le client dont le privilège est mis en péril pour permettre la mise sous scellés des documents, alors que le nom du client peut constituer un renseignement privilégié,
- l'absence d'obligation d'aviser les clients dont le privilège est mis en péril,
- l'accès possible du procureur général aux renseignements privilégiés pour aider la cour à décider de la question du privilège, même si les renseignements restent inadmissibles en preuve au cas où le juge conclut à l'existence d'un privilège <sup>472</sup>.

Estimant que ces lacunes « portent atteinte au secret professionnel de l'avocat à un point excédant toute limite constitutionnelle tolérable »<sup>473</sup>, la Cour invite le législateur à s'inspirer des dix principes directeurs pour retravailler, le cas échéant, le régime procédural applicable aux fouilles, perquisitions et saisies dans les bureaux d'avocats. Le législateur n'ayant jugé nécessaire ni d'abroger l'article 488.1 ni de le modifier au regard des points soulevés dans *Lavallee* (2002), les dix principes directeurs régissent donc, en lieu et place des dispositions législatives invalidées, la délivrance des mandats, perquisitions et saisies de renseignements en la possession d'un avocat ou notaire.

En effet, au-delà des documents entreposés dans un « bureau d'avocats » au sens strict, la jurisprudence ultérieure confirmera l'application des principes *Lavallee* à toute demande de production ou de communication susceptible d'impliquer des documents protégés par le secret professionnel<sup>474</sup>, y compris les documents saisis dans les bureaux d'un barreau et relatifs à

---

autorisation doit contenir les dispositions nécessaires pour que le document soit remballé et le paquet scellé à nouveau sans modification ni dommage.

(10) La demande visée à l'alinéa (3)c) est entendue à huis clos.

(11) Le présent article ne s'applique pas lorsque le privilège des communications entre client et avocat peut être invoqué en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

<sup>472</sup> *Lavallee* (2002), préc., note 38, par. 26 à 33.

<sup>473</sup> *Id.*, par. 33.

<sup>474</sup> *Festing v. Canada (Attorney General)*, 2003 BCCA 112, par. 24 :

l'enquête disciplinaire menée par ce dernier contre un de ses membres<sup>475</sup>, ou encore les enregistrements et relevés téléphoniques d'un avocat demandés auprès d'un fournisseur de télécommunications<sup>476</sup>.

D'une certaine manière, l'arrêt *Lavallee* (2002) venait répondre à plusieurs préoccupations qui avaient été déjà exprimées par des cours d'appel inférieures relatives à la constitutionnalité de l'article 488.1 du *Code criminel*. Dans ces autres affaires dont la Cour suprême du Canada n'a pas été saisie, tant la Cour d'appel de l'Ontario<sup>477</sup> que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique<sup>478</sup> et la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse<sup>479</sup> avaient déjà conclu à l'inconstitutionnalité de l'article 488.1 du *Code criminel* pour les mêmes raisons que la Cour d'appel de l'Alberta avait détaillées dans *Lavallee, Rackel and Heintz* (2000), un des trois pourvois entendus ensemble devant la Cour suprême du Canada. Au nom de la Cour d'appel de l'Alberta, le juge Côté conclut que l'exercice de pondération, tel que mandaté dans *Southam c. Hunter* (1985) à l'égard de l'article 8 de la Charte canadienne, suppose la présence d'un mandat de perquisition valide. En l'absence d'un tel mandat, le privilège de confidentialité avocat-client l'emporte nécessairement sur l'intérêt public à la découverte de la vérité par les cours de justice<sup>480</sup>.

---

[24] In the result, we agree with counsel that the *Lavallee* guidelines should apply to searches of places which may not fall within the traditional concept of a law office. After considering a variety of wording suggested by counsel, we conclude that the words "law office" should be interpreted for the purpose of applying the *Lavallee* guidelines as including: "any place where privileged documents may reasonably be expected to be located". This definition would include, for example, a lawyer's home, a lawyer's office in multi-disciplinary business premises; the office of in-house counsel for a business, and storage facilities where lawyers store their files. The Court offers these examples as just that – examples of places where the *Lavallee* guidelines would apply. Counsel agree that there is little utility in attempting to define all such places since the practice of law, and the manner in which lawyers' store client information (for example, on computer hard drives and disks), continue to expand and diversify.

<sup>475</sup> *R. v. Murtha*, 2009 NSSC 342.

<sup>476</sup> *R. v. A.B.*, 2014 NLCA 8.

<sup>477</sup> *R. v. Piersanti & Company*, 2000 CanLII 17032 (ON CA).

<sup>478</sup> *Festing v. Canada (Attorney General)*, 2001 BCCA 612 [*Festing* (2001)].

<sup>479</sup> *Canada (Attorney General) v. Several Clients*, [2000] N.S.J. No. 236, 189 N.S.R. (2<sup>d</sup>) 313.

<sup>480</sup> *Lavallee, Rackel and Heintz v. Canada*, 2000 ABCA 54, par. 93 et 94 :

[93] It is doubtless true that some weighing is involved in s. 8, as it only forbids unreasonable searches and seizures. However, *Southam v. Hunter*, *supra*, has interpreted s. 8 as presuming the need for a valid search warrant. If there is not one, the Crown must rebut the presumption that the search violates s. 8. Once again, there is no evidence here to do that. And for the reasons given in Part D above, I cannot find any of the provisions of s. 488.1 (except sealing, a neutral custodian, and a court ruling) to be reasonable in any sense of the word.

[94] It is also true that privacy interests should be balanced against the need for investigation and prosecution of crime, and getting at the truth in courts, as the appellant federal Crown argued. But our courts have been doing that for a great many generations. As noted in Part D.6, most confidential documents, even those held by lawyers, are fully open to subpoenas and search warrants. A few

Ne partageant pas l'avis majoritaire de la Cour dans *Lavallee* (2002), le juge LeBel, dissident en partie, était d'opinion qu'il est possible d'interpréter l'article 488.1 – sauf en ce qui concerne le paragraphe 488.1(4) – d'une manière qui soit conforme aux garanties constitutionnelles. Cette interprétation « alternative » se fonde sur une évaluation objective du régime législatif qui présume la compétence et la diligence des avocats plutôt que l'hypothèse contraire<sup>481</sup>. En présumant la diligence des avocats mis en cause dans les cas de fouilles, perquisitions et saisies, ni les délais rigoureux prévus à l'article 488.1 pour invoquer le privilège ni l'absence de pouvoir discrétionnaire résiduel des tribunaux d'y remédier, ne suffiraient à rendre les dispositions inconstitutionnelles. Le délai de quatorze jours, quoique court, ne s'écarte pas d'une manière notable des délais stricts, voire de déchéance auxquels les avocats sont assujettis dans toute (autre) procédure civile et pénale. Ces délais stricts ont une raison d'être : veiller à ce que les objections soient disposées « de façon opportune et efficace »<sup>482</sup> et aussi favoriser le règlement rapide des litiges. Ces impératifs s'imposent d'autant plus dans la conduite d'enquêtes criminelles « dans lesquelles les intérêts de l'administration de la justice et de toutes les parties concernées militent en faveur d'un traitement rapide et efficace de l'affaire »<sup>483</sup>. Si l'accusé a le droit constitutionnel d'être jugé dans un délai raisonnable<sup>484</sup>, il ne saurait exister en revanche de « droit constitutionnel à la procrastination »<sup>485</sup>. Ensuite, la possibilité pour les tribunaux de proroger, en cas d'impossibilité en fait d'agir et pour des considérations d'équité, les délais de prescription applicables est généralement reconnue par la jurisprudence même si l'article 488.1 ne confère pas expressément ce pouvoir au juge<sup>486</sup>.

---

categories have been selected for protection from court process. They are said to be privileged. The limits of that weighing which the Crown advocates, are the limits of common-law privilege. If there is privilege, the need to foster legal advice and representation have already outweighed the public interest in courts and criminal law. [nos soulignés]

<sup>481</sup> *Lavallee* (2002), préc., note 38, par. 71 (j. LeBel, dissident en partie) :

[71] Ces dispositions ... ne deviennent pas inconstitutionnelles du simple fait que des juges ou des avocats risquent de mal les appliquer ou que l'avocat risque de ne pas les invoquer en temps utile ou de façon appropriée. Il faut évaluer le régime législatif objectivement. Dans ce contexte, étant donné la nature des garanties contenues dans les dispositions en cause, je suis d'accord pour dire que, tant que la société et les tribunaux peuvent supposer que les avocats agiront avec compétence et selon leur code de déontologie, la loi contestée accorde une protection adéquate au secret professionnel et aux droits des clients des cabinets d'avocats. (...)

<sup>482</sup> *Id.*, par. 77 (j. LeBel, dissident en partie).

<sup>483</sup> *Id.*, par. 77 (j. LeBel, dissident en partie).

<sup>484</sup> Charte canadienne, préc., note 14, art. 11b).

<sup>485</sup> *Lavallee* (2002), préc., note 38, par. 77 (j. LeBel, dissident en partie).

<sup>486</sup> *Id.*, par. 78 (j. LeBel, dissident en partie).

Quant à l'obligation d'identifier le client concerné par le privilège, le juge LeBel remarque que le nom des clients n'est pas toujours protégé par le droit au secret professionnel; outre que cette protection du nom semble « constituer beaucoup plus une exception que la règle générale »<sup>487</sup>, cette identification n'en requiert pas nécessairement une à partir du vrai nom ou du nom complet des clients concernés; une désignation par un pseudonyme peut suffire dans la mesure où le but de cette précision est de prévenir les objections d'ordre général qui seraient prétendument fondées sur le privilège :

Elle exige que les objections fondées sur le privilège soient soulevées à l'égard de dossiers et de clients précis, qui doivent être désignés de quelque façon. Rien n'empêcherait l'avocat de déclarer que le client Z a droit à la protection de renseignements confidentiels en ce qui concerne le dossier X, pour des motifs exposés dans la requête. Plus tard dans la procédure, il incomberait à la cour de statuer sur la question de la confidentialité des noms et celle des mesures nécessaires pour la protéger. En présence d'une interprétation adéquate et raisonnable, l'obligation d'identification ne porte atteinte à aucun droit constitutionnel protégé.<sup>488</sup>

Le seul paragraphe qui pose véritablement problème est le paragraphe 488.1(4) : permettre l'accès des documents au procureur général avant qu'une décision ne soit rendue, emporte le risque de supprimer le privilège, et ce, indépendamment du fait que les documents demeurent en principe privilégiés et inadmissibles en preuve advenant que la décision du juge confirme l'existence du privilège s'y rattachant<sup>489</sup>.

Cette dissidence du juge LeBel dans *Lavallee* (2002) est une des rares fois où la Cour suprême s'est adonnée à un véritable exercice de conciliation entre, d'une part, le droit au secret professionnel des conseillers juridiques et, d'autre part, les droits concurrents<sup>490</sup>. Le rôle essentiel que les avocats jouent dans la société et pour l'administration de la justice justifie un devoir de diligence et de compétence d'autant plus grand, qu'il serait préoccupant de fonder une déclaration d'inconstitutionnalité sur une présomption d'« omission systémique redoutée »<sup>491</sup>.

Des juges dissidents des cours inférieures ont également exprimé leurs préoccupations par rapport à une (éventuelle) déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 488.1 C.cr. en raison des vices que l'opinion majoritaire de la Cour suprême dans *Lavallee* (2002) estime être de nature fondamentale.

---

<sup>487</sup> *Id.*, par. 80 (j. LeBel, dissident en partie).

<sup>488</sup> *Id.*, par. 80 (j. LeBel, dissident en partie).

<sup>489</sup> Art. 488.1(5) C.cr.

<sup>490</sup> *Infra*, Partie 2 – section C.

<sup>491</sup> *Lavallee* (2002), préc., note 38, par. 73 (j. LeBel, dissident en partie).



Dissidente dans *Festing* (2001), la juge Newbury, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, a estimé opportun de souligner que l'article 488.1 avait été adopté pour renforcer (plutôt qu'affaiblir) la protection du privilège en énumérant certaines garanties procédurales à l'étape de l'exécution des mandats de perquisition dans les bureaux d'avocats. Ces garanties comprennent une occasion raisonnable de soulever l'existence du privilège, la mise sous scellés de documents pour lesquels un privilège est invoqué, la possibilité de faire examiner les documents par un juge impartial pour juger de leur pertinence à l'enquête et trancher la question à l'issue d'une audience tenue à huis clos<sup>492</sup>. Tout comme le juge LeBel, la juge Newbury relève que la procédure sommaire a bien fonctionné jusque-là<sup>493</sup>; elle peut être complétée par des règles de procédure spéciales comme c'était le cas en Colombie-Britannique<sup>494</sup> ou encore par les règles (résiduelles) de *common law* qui demeurent applicables, notamment deux exigences posées dans *Descôteaux* (1982) qu'une fouille, perquisition ou saisie dans un bureau d'avocats ne puisse être autorisée qu'en l'absence de toute alternative raisonnable et que le juge doive assortir son autorisation de modalités d'exécution préservant au maximum le droit au respect du secret professionnel de l'avocat<sup>495</sup>. Ces exigences viennent en fait s'ajouter aux conditions posées à l'article 487 C.cr. sur la délivrance des mandats de perquisition en général, dont l'étape de l'exécution, dans les cas de perquisitions effectuées dans les bureaux d'avocats, est spécifiquement encadrée par l'article 488.1 C.cr. en sus des conditions générales prescrites à l'article 488 C.cr. En ce qui concerne l'absence d'avis aux clients concernés par le privilège, la juge Newbury remarque que, dans le cadre d'enquêtes criminelles, il n'est pas raisonnable d'exiger des enquêteurs qu'ils avisent par ailleurs les clients faisant l'objet de l'enquête, ce qui aurait miné davantage le privilège puisque la Couronne doit alors connaître les noms et coordonnées des clients concernés. Considéré sous cet angle, le mécanisme prévu à l'article 488.1 C.cr. est sensé en ce qu'il fait reposer la responsabilité de contester la saisie de

---

<sup>492</sup> *Festing* (2001), préc., note 478, par. 100 (j. Newbury, diss.).

<sup>493</sup> *Id.*, par. 101 (j. Newbury, diss.) :

[101] It would appear that in general the summary procedure has worked as it was intended to work. I am unable to recall any criminal case in which documents were seized at a law office but because of absence from the office or illness on the part of a client or lawyer, solicitor-client privilege was somehow inadvertently "lost." Certainly our attention was not drawn to any case in which a privileged document had actually "fallen through the cracks" so that a client lost the benefit of privilege, or even confidentiality, because of the execution of a search warrant of a lawyer's office. (...)

<sup>494</sup> Où les *Special Procedures* prévoyaient que les agents de la paix ne peuvent entreprendre une perquisition dans un bureau d'avocats sans la présence d'un représentant du Barreau ou avoir donné à l'avocat concerné l'opportunité de discuter avec un représentant du Barreau quant à ses obligations : *Id.*, par. 101 (j. Newbury, diss.).

<sup>495</sup> *Descôteaux* (1982), préc., note 30, 891.

documents confidentiels sur les épaules des seules personnes (conseillers juridiques) qui sont en mesure de connaître l'information relative aux bénéficiaires du privilège, l'étendue du privilège et qui sont par ailleurs investies d'un devoir déontologique d'en assurer la protection<sup>496</sup>. Certes, certaines prescriptions de l'article 488.1 C.cr. peuvent poser problème, dont l'exigence de nommer le client détenteur du privilège. Cela étant, dans la mesure où il est nécessaire de trouver un équilibre entre le droit au secret professionnel des conseillers juridiques et l'administration du droit criminel, il n'est pas raisonnable d'invalider l'article 488.1 C.cr. au complet, dans la mesure où le mécanisme procédural prévu aurait permis, à plusieurs égards, de renforcer la protection du privilège<sup>497</sup>.

Si la juge Newbury de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique n'est pas convaincue par la possibilité de nommer les clients par un pseudonyme, leurs initiales ou encore par des désignations alphanumériques pour justifier l'exigence de l'article 488.1(4) C.cr., le juge Dambrot, de la Cour supérieure de l'Ontario<sup>498</sup>, est plutôt d'avis que le nom des clients ne constitue plus un renseignement privilégié puisqu'au moment de solliciter l'autorisation pour perquisitionner dans un bureau d'avocats, les enquêteurs connaissent déjà le nom des clients recherchés de même que la raison pour laquelle les documents *a priori* privilégiés sont demandés. Même dans les cas où un document confidentiel désignerait un client qui n'est pas *a priori* concerné par l'enquête, il est difficile de revendiquer l'existence d'un privilège « dans l'abstrait » alors que le document recherché constituerait la preuve même d'une infraction criminelle<sup>499</sup>. Le juge Dambrot avait en

---

<sup>496</sup> *Festing* (2001), préc., note 478, par. 111.

<sup>497</sup> *Id.*, par. 115 :

[115] But if the matter of privilege is to be legislated by Parliament rather than left to the discretion of justices of the peace and judges to deal on a case-by-case basis, some balance must be struck between the protection of the fundamental principle of solicitor-client privilege, and the administration of criminal law. Parliament has made an attempt to do so and the procedure it has chosen appears to work reasonably in practice. The procedure is not so seriously defective that s. 488.1, many aspects of which enhance solicitor-client privilege, must be struck down in its entirety. Nor should one lose sight of the fact that where privilege is abrogated and an unreasonable search takes place, the evidence so obtained may be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

<sup>498</sup> *R. v. Fink* (2000), 143 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 566 (O.N. S.C.) [ci-après « *Fink* (2000) »].

<sup>499</sup> *Id.*, par. 16 :

[16] (...) the Applicant raises the concern that the obligation on the lawyer to name his client is itself a breach of privilege. (...) the force of this argument is lost on me. In most cases, the relationship between the client and the lawyer will be known when the warrant is sought, and will provide the rationale for seeking the client's documents from the lawyer's possession. Admittedly, there will be circumstances where a document will actually be the subject of a claim of privilege on the part of a third party client not known to the authorities. But given that it will already have been judicially determined that the

effet maintenu, en première instance, la constitutionnalité de l'article 488.1 C.cr., étant d'opinion que ces dispositions auraient effectivement réalisé un équilibre des intérêts concurrents entre, d'une part, le droit au secret professionnel des conseillers juridiques, et, d'autre part, l'intérêt public à la répression efficace des infractions.

En ce qui a trait à l'absence d'avis aux clients, le juge Dambrot relève qu'en acceptant que les documents confidentiels soient entreposés dans les bureaux de leurs avocats, les clients avaient aussi (implicitement) délégué à leurs avocats la responsabilité d'en assurer la confidentialité et de réclamer le privilège en leur nom<sup>500</sup>. Tout comme le juge LeBel, le juge Dambrot se dit convaincu que presque tous les membres de la profession juridique assumeront cette responsabilité – déontologique – de protection de la confidentialité même en l'absence de toute prescription législative<sup>501</sup>. L'utilité limitée d'un avis au client, dans la mesure où celui-ci aurait consenti au dépôt de documents dans le bureau de son avocat, a également été soulevée par la doctrine en ce que le client ne connaît pas nécessairement l'étendue de la protection, du moins pas mieux que son avocat, notamment dans le contexte des « fouilles, perquisitions et saisies » effectuées par les autorités fiscales :

The question of which client materials are privileged can be legally complex. If a client is faced with a lawyer who either mistakenly or self-interestedly tells him or her that the requested documents should

---

document is evidence of an offence, I do not understand how an assertion that a privilege attaches to such a document could conceivably be advanced in the abstract. The assertion could only be made, and adjudicated upon, on behalf of a named person. Whatever privilege attaches to the identification of lawyer's client, it obviously must give way when a legal claim is asserted on behalf of that client by his or her lawyer.

<sup>500</sup> *Id.*, par. 17 :

[17] (...) The concern here, presumably, is that it is the client, and not his or her lawyer, who should be making these determinations. Veit J. goes so far as to describe this as “an expropriation of a citizen's rights into the hands of lawyers...”. As colourful as that description may be, the mischief said to be created by this feature of the provision is difficult to grasp. If as the Applicant asserts, “[A]n individual has a reasonable expectation that his lawyer's office will be a safe repository of protected communications”, then surely it is his lawyer to whom he has entrusted his communications, and whom he expects to safeguard his privacy by advancing his legitimate claims of privilege over the documents in his possession. Parliament has not expropriated the client's rights to lawyers; the client has retained a lawyer to protect these very rights.

<sup>501</sup> *Id.*, par. 19 :

[19] I am confident that virtually all members of the legal profession would operate in accordance with these principles even without the existence of the Rule. In the case of doubt, they would claim the privilege, and then obtain instructions from the client as to whether the claim should be pursued. Accordingly, I see little risk that a lawyer whose office is the subject of a search would place a client's interests at risk by casually concluding that a document was not privileged, or thoughtlessly choosing not to assert his or her client's privilege. Once again, I see no basis to characterize the provision as creating a presumption of waiver.

be disclosed, the client is apt to defer to his or her lawyer, who, of course, the client is paying to be an expert on the law. Given the importance of solicitor-client privilege, consent in this context must be robustly informed. Where a client is merely deferring to his or her lawyer as an expert on the law of privilege, a client may be consenting, but only in the most superficial sense. In practical terms, providing client notice may do very little to better facilitate the client's ability to meaningfully enforce his or her right to prevent privileged materials from being disclosed to tax authorities.<sup>502</sup>

Revenons à l'opinion du juge Dambrot dans l'affaire *Fink* (2000). Abondant dans le même sens que Mme la juge Newbury de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, celui-ci ne voit pas non plus d'autres alternatives raisonnables à ce que ce soient les conseillers juridiques dont les bureaux font l'objet de fouilles, perquisitions ou de saisies qui doivent revendiquer le privilège. Il ne devrait pas être permis aux enquêteurs d'examiner les documents d'abord pour déterminer lesquels d'entre eux méritent une revendication de privilège et l'identité des clients concernés. Il n'est pas non plus pratique d'exiger qu'un juge analyse l'ensemble des documents saisis, ce qui risque de ralentir le déroulement des enquêtes (urgentes) sans se soucier de l'économie des ressources judiciaires<sup>503</sup>. Comme nous l'avons vu, la seule alternative que la Cour suprême du Canada a pu concevoir pour contourner cette « quadrature du cercle » consiste à confier ultimement la responsabilité de protéger « au maximum » le secret professionnel des clients à « une intervention légale indépendante » qu'est le barreau des différentes provinces, une solution inspirée d'ailleurs de la pratique québécoise<sup>504</sup>. Le barreau des différentes provinces a nommé pour mission d'assurer la protection du public et aussi de sanctionner la conduite fautive de ses membres. Ne faisant confiance ni à l'avocat individuel ni au client pour assurer la protection du droit au secret professionnel, c'est ultimement sur l'organisme chargé de surveiller les activités des avocats au nom de la protection du public que la Cour suprême du Canada fait reposer la responsabilité de surveiller l'exécution des perquisitions.

---

<sup>502</sup> Amy SALYZYN, « Another One Bites the Dust! Bolstered Law Offices and a Blocked Taxman in Chambre des notaires du Québec », (2017) 81 *S.C. Law Rev.* (2<sup>e</sup>) 173, 186 [ci-après SALYZYN, « Another One Bites... »].

<sup>503</sup> *Fink* (2000), préc., note 498, par. 20.

<sup>504</sup> *Lavallee* (2002), préc., note 38, par. 41 :

Dans les cas où il ne serait pas possible d'aviser les détenteurs de privilège potentiels qu'ils doivent faire valoir leur privilège pour empêcher l'État d'avoir accès à ces documents protégés, une intervention légale indépendante, par exemple sous forme d'avis et de participation du Barreau, contribuerait certainement beaucoup à l'octroi de la protection qui fait si cruellement défaut dans le régime actuel.

En effet, cette intervention est de pratique courante au Québec, et parfois ailleurs. (...)

Voir aussi *Leblanc c. Maranda*, [2001] R.J.Q. 2490 (C.A.), par. 34-37 [ci-après « *Leblanc c. Maranda* (2001) »].

Les opinions dissidentes sur la constitutionnalité de l'article 488.1 du *Code criminel*, trop souvent reléguées à l'arrière-plan, dénotent que les choses ne sont pas blanc ou noir, même lorsqu'est en cause le droit au secret professionnel des conseillers juridiques, contrairement à ce que la Cour suprême laisse supposer dans *Lavallee* (2002).

Alors que la perquisition effectuée dans l'affaire *Lavallee* (2002) visait plusieurs types de documents (p. ex. correspondance, dossiers de succession, registres de fiducie) relatifs à un client soupçonné de blanchiment d'argent et de possession de produits de la criminalité, la GRC s'est contentée, dans l'affaire *Maranda* (2003)<sup>505</sup>, de demander le montant des honoraires et débours payés par un client à son avocat aux fins d'estimer l'avoir net du client soupçonné d'être impliqué dans des opérations de blanchiment d'argent et faisant l'objet d'accusations pendantes de trafic de stupéfiants pour des quantités mesurables en tonnes. À cette occasion, la Cour suprême du pays a statué que le simple montant des honoraires constitue *a priori* un élément d'information protégé par le privilège avocat-client « [e]n raison des difficultés inhérentes à l'appréciation de la neutralité des informations contenues dans les comptes d'avocats et de l'importance des valeurs constitutionnelles que mettrait en danger leur communication »<sup>506</sup>.

En date du 20 octobre 2019, les arrêts *Lavallee* (2002) et *Maranda* (2003) ont été cités respectivement par au moins trois cent quarante-cinq (345) et trois cent vingt-quatre (324) décisions du pays en lien avec le « secret professionnel » ou « *solicitor-client privilege* », étendant l'application stricte des dix principes directeurs de *Lavallee* (2002) – prônant une conception absolutiste de la protection devant être accordée au secret professionnel de l'avocat – dans différentes instances et circonstances où des documents protégés sont susceptibles de s'y trouver.

Outre les infractions sanctionnées par le *Code criminel* ainsi que d'autres lois criminelles canadiennes<sup>507</sup>, des enquêtes pénales peuvent être entreprises en vertu d'une multitude de lois tant provinciales que fédérales réglementant différents domaines de l'activité économique et sociale, y compris l'imposition des revenus et des taxes à la consommation, la sécurité routière, les relations du travail, la protection de l'environnement, les droits de la personne, l'immigration, la propriété

---

<sup>505</sup> *Maranda* (2003), préc., note 154.

<sup>506</sup> *Id.*, par. 33.

<sup>507</sup> Dont la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19; *Loi sur le cannabis*, L.C. 2018, c.16; *Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, c. 39 ; *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, préc., note 185; *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, c. N-5; *Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, c. F-14.

intellectuelle, les douanes, la faillite et l'insolvabilité, la protection de la jeunesse ainsi que la responsabilité pénale des professionnels.

Encore de nos jours, l'article 488.1 du *Code criminel*, invalidé mais jamais abrogé, ne s'applique nommément pas au « privilège des communications entre client et avocat en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* » ni au « secret professionnel du conseiller juridique en vertu de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* »<sup>508</sup>. Depuis que l'article 488.1 du *Code criminel* a été déclaré inopérant pour avoir porté une atteinte injustifiée à l'article 8 de la Charte canadienne, *quid* des dispositions similaires de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (LIR) dont le législateur s'était inspiré dans sa rédaction de l'article 488.1 ?

### **3.2. Des suites de *Lavallee* (2002) : le secret professionnel de l'avocat vs. les demandes péremptoires de renseignements en matière fiscale**

L'article 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (fédérale) encadre tant les demandes péremptoires de renseignements adressées aux conseillers juridiques que les fouilles, saisies et perquisitions de documents en leur possession aux fins de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (LIR). Le « privilège des communications entre client et avocat » (*solicitor-client privilege*) y est expressément défini comme touchant toute communication – tant orale que documentaire – entre une personne et son avocat faite « en confiance professionnelle » sauf « un relevé comptable d'un avocat, y compris toute pièce justificative ou tout chèque ». Cette exclusion a fait l'objet d'une contestation constitutionnelle formulée conjointement par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec<sup>509</sup>. Parallèlement, dans un pourvoi connexe<sup>510</sup>, un avocat de l'Alberta a contesté une demande péremptoire que l'Agence du revenu du Canada (ARC) avait émise contre lui à l'égard notamment de la liste à jour de ses comptes clients. Aucune précision n'a été donnée sur ces comptes, si ce n'est « une indication générale du solde dû »<sup>511</sup>. Tout autre renseignement additionnel, y compris les noms des clients, serait, de l'avis de l'avocat, protégé par le secret professionnel.

De manière générale, les demandes péremptoires de renseignements peuvent être adressées directement à la personne faisant l'objet d'une vérification fiscale ainsi qu'à tout tiers qui peut

---

<sup>508</sup> *Code criminel*, préc., note 287, art. 488(11).

<sup>509</sup> *Chambre des notaires du Québec – LIR* (2016), préc., note 469.

<sup>510</sup> *Canada (Revenu national) c. Thompson*, 2016 CSC 21, [2016] 1 R.C.S. 381.

<sup>511</sup> *Id.*, par. 10.

fournir de l'information pertinente relative à une telle personne<sup>512</sup>. En effet, des personnes tierces (p. ex. employeurs, institutions bancaires, sociétés par actions) peuvent être tenues par la loi de tenir, de produire ou de conserver des renseignements relatifs à un contribuable, notamment sur les salaires versés aux employés, les dividendes versés aux actionnaires, les revenus d'intérêts gagnés sur les placements, etc. Que la demande soit adressée au contribuable lui-même ou à un tiers, la possibilité pour les autorités fiscales de l'émettre, sous peine de sanctions pénales, se justifie par un régime fiscal fondé sur l'auto-déclaration et l'auto-cotisation des sommes dues « dont le succès repose sur l'honnêteté et l'intégrité des contribuables »<sup>513</sup>. Depuis l'arrêt *Jarvis* (2002), compte tenu de la protection constitutionnelle contre l'auto-incrimination et la preuve dérivée, les demandes péremptoires ne peuvent plus être émises dans le cadre d'une enquête pénale, mais seulement dans l'exercice des fonctions de vérification ou de contrôles de conformité fiscales<sup>514</sup>. Aux termes de l'article 231.2 de la LIR, une demande péremptoire peut être émise par le ministre « pour l'application ou l'exécution » d'une loi fiscale; ce « seuil peu élevé » permet de valider une demande de production dans la mesure où « les renseignements demandés peuvent se rapporter à l'évaluation de la dette fiscale [d'un] contribuable »<sup>515</sup>, et ce, même si les

---

<sup>512</sup> *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627 [ci-après « *McKinlay* (1990) »], 642 : « ... des personnes qui ne font pas l'objet d'une enquête ou d'une vérification peuvent être forcées à produire des documents relatifs à un autre contribuable qui fait l'objet d'une telle enquête ou vérification ». Voir aussi *James Richardson & Sons, Ltd. c. Ministre du Revenu National et autres*, [1984] 1 R.C.S. 614, 623 [ci-après « *Richardson* (1984) »] : « ... il n'est pas nécessaire que la personne à qui les renseignements sont demandés soit une personne dont l'assujettissement à l'impôt fait l'objet d'une enquête; »; *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] S.C.R. 729, 734 : « The wording of s. 126(2) is in such general terms that it cannot be restricted, as counsel for the appellant argued, to information as to the tax liability of the appellant itself. »

<sup>513</sup> *McKinlay* (1990), préc., note 512, 636.

<sup>514</sup> *Jarvis* (2002), préc., note 145. La distinction entre l'exercice des fonctions d'enquête (pénale) et de vérification n'est pas toujours claire, surtout en ce qui concerne le moment où se cristallise une relation devenue contradictoire entre l'État et un contribuable donné. Outre la prise d'une décision claire d'entamer une enquête criminelle, la Cour suprême du Canada a énuméré les facteurs suivants qui, sans être exhaustifs ou déterminants dans tous les cas, peuvent être pris en considération dans cette évaluation (par. 94) :

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

<sup>515</sup> *Tower c. M.R.N.*, 2003 CAF 307, par. 29.

renseignements demandés concernent un tiers (p. ex. factures émises aux clients)<sup>516</sup>. Lorsque le contribuable visé n'est pas nommément identifié dans la demande, celle-ci peut être autorisée sur requête du ministre par un juge de la Cour fédérale<sup>517</sup>.

Bien que les demandes péremptoires soient formulées uniquement dans un contexte administratif (p. ex. aux fins des mesures de recouvrement ou de vérification fiscale), la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Chambre des notaires du Québec – LIR* (2016), ne partage pas l'avis de l'Agence du revenu du Canada (ARC) et du Procureur général du Canada voulant que les attentes des citoyens en matière de vie privée y soient moins élevées eu égard notamment à leurs devoirs d'auto-déclaration et d'auto-cotisation en matière fiscale. Même hors d'un contexte criminel ou pénal, les demandes péremptoires faites en vertu de l'article 231.2 de la LIR constituent néanmoins une saisie au sens de l'article 8 de la Charte canadienne<sup>518</sup>. Alors que la Cour suprême du Canada avait déjà statué que des normes constitutionnelles moins strictes peuvent s'appliquer aux saisies autorisées aux fins d'assurer le respect des mesures de réglementation, y compris spécifiquement dans le cadre des demandes péremptoires de renseignements faites en vertu des lois fiscales<sup>519</sup>, le droit au secret professionnel des conseillers juridiques ne se trouve aucunement diminué dans ce contexte purement civil ou administratif<sup>520</sup>. Tandis que les individus entretiennent des attentes moins élevées en matière de vie privée à l'égard de documents utilisés ou produits dans l'exercice

---

<sup>516</sup> *R. v. Van Egmond*, 2002 BCCA 226, par. 10 (« The first question in an assessment such as this is whether Revenue Canada can legitimately require the information at issue from the investigated party to begin with. Unless it is conducting a legitimate investigation into that party, and unless the third party information is legitimately required towards that investigation, it cannot. »).

<sup>517</sup> *Loi de l'impôt sur le revenu* (fédérale), préc., note 449, art. 231.2(3).

<sup>518</sup> *McKinlay* (1990), préc., note 512.

<sup>519</sup> *Id.*, 647 : « J'estime qu'il est conforme à cette interprétation de faire une distinction entre, d'une part, les saisies en matière criminelle ou quasi criminelle auxquelles s'appliquent dans toute leur rigueur les critères énoncés dans l'arrêt *Hunter* et, d'autre part, les saisies en matière administrative et de réglementation, auxquelles peuvent s'appliquer des normes moins strictes selon le texte législatif examiné. » Aussi *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général); Tabah c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339, 377 : « Ceux qui se lancent dans un domaine réglementé doivent accepter que la réglementation fait partie intégrante de leurs activités commerciales. On a reconnu qu'il existe une distinction marquée entre les fouilles, perquisitions et saisies effectuées conformément à une loi de nature réglementaire et celles fondées sur le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, ou des lois de nature quasi criminelles. (...) »

<sup>520</sup> *Chambre des notaires du Québec – LIR* (2016), préc., note 469, par. 30 :

[30] (...) le secret professionnel revêt une grande importance, peu importe la nature ou le contexte de l'avis juridique sollicité. Ainsi, contrairement à ce que soutiennent le PGC et l'ARC, aux fins de l'analyse au regard de l'art. 8 de la *Charte*, le contexte civil et administratif dans lequel se trouve le régime des demandes péremptoires ne diminue pas les attentes relatives à la vie privée du contribuable en matière d'information protégée par le secret professionnel. [référence omise]



d'activités réglementées par l'État<sup>521</sup>, la Cour suprême du Canada semble ici faire une distinction pour le moins « élitiste » entre les documents détenus par un avocat ou notaire et ceux détenus par tout autre professionnel, dans les termes suivants :

[32] Lorsqu'entre en jeu une information protégée par le secret professionnel, la situation est fort différente. Vu sa nature, cette information n'en est pas une qui pourrait être divulguée dans un cadre de réglementation quelconque par un notaire ou un avocat. Même si elle peut être obtenue d'une tierce partie ou faire partie du type de renseignements qu'un contribuable doit régulièrement fournir au fisc, lorsqu'elle se trouve entre les mains d'un notaire ou d'un avocat, elle est présumée protégée par le secret professionnel et demeure pour cette raison insaisissable. La différence primordiale entre la présente situation et celle qui existait dans *Thomson Newspapers* tient au fait qu'en l'espèce, la partie détenant l'information est le notaire ou l'avocat, et non la personne assujettie au cadre de réglementation. Ainsi, nous sommes d'avis que, mis à part quelques rares exceptions, la règle générale demeure que l'information protégée par le secret professionnel détenue par le conseiller juridique est à l'abri de la divulgation.<sup>522</sup>

On se rappelle que dans l'affaire *Thomson Newspapers* (1990)<sup>523</sup> – à laquelle l'extrait précité a fait référence, il était question du risque d'auto-incrimination auquel s'exposent les dirigeants d'une société que l'on soupçonne de s'être livrée aux pratiques restrictives de commerce (fixation de prix déraisonnablement bas) contrevenant à l'ancienne loi (fédérale) sur la concurrence. Ces dirigeants ont été sommés de comparaître devant la Commission sur les pratiques restrictives du commerce et de produire des documents éventuellement incriminants. Eu égard à l'efficacité « globale » du mécanisme de réglementation, le juge Wilson y a fait une distinction essentielle entre les enquêtes criminelles et celles de nature réglementaire ou administrative<sup>524</sup>. Les particuliers qui exercent des activités réglementées par l'État ont une attente raisonnable de vie privée moins élevée par rapport à ces dernières :

Dans une société industrielle moderne, on reconnaît généralement que de nombreuses activités auxquelles peuvent se livrer des particuliers doivent malgré tout être plus ou moins réglementées par l'État pour veiller à ce que la poursuite des intérêts des particuliers soit compatible avec les intérêts de la collectivité dans la réalisation des buts et des aspirations collectifs. Dans de nombreux cas, cette réglementation doit nécessairement comporter l'inspection des lieux ou de documents de nature privée par des fonctionnaires de l'État. Pour vérifier si le restaurateur se conforme à la réglementation sur la santé publique, si l'employeur se conforme à la législation sur les normes et la sécurité du travail et si

---

<sup>521</sup> *Thomson Newspapers* (1990), préc., note 191.

<sup>522</sup> *Chambre des notaires du Québec – LIR* (2016), préc., note 469, par. 32. Voir aussi *Revcon Oilfield Constructors Incorporated c. Canada (Revenue national)*, 2017 CAF 22, par. 6.

<sup>523</sup> *Thomson Newspapers* (1990), préc., note 191.

<sup>524</sup> *Id.*, 506 : « Depuis l'adoption de la *Charte*, les tribunaux canadiens ont répété à maintes reprises que la norme du caractère raisonnable applicable dans le cas des fouilles, des perquisitions ou des saisies effectuées dans le cadre de la mise en application du droit criminel ne sera généralement pas appropriée pour déterminer le caractère raisonnable dans le contexte administratif ou réglementaire (...) »

le promoteur ou le propriétaire se conforme au code du bâtiment ou aux règlements de zonage, il n'existe que l'inspection des lieux, et encore celle qui est faite à l'improviste. De même, il arrive fréquemment que le respect des lois sur le salaire minimum, sur l'équité en matière d'emploi et sur les droits de la personne ne puisse être vérifié que par inspection des dossiers et archives de l'employeur.<sup>525</sup>

Ainsi, il a déjà été statué par la Cour suprême du Canada qu'« [i]l n'est pas contraire à la justice fondamentale de déclarer une personne coupable d'une infraction à la réglementation sur le fondement d'un dossier ou d'une déclaration qu'elle a dû soumettre aux termes des modalités de sa participation au domaine d'activité réglementé »<sup>526</sup>. Cette conclusion, formulée dans le contexte d'obligations de tenue de journaux de bord imposées aux pêcheurs par la Loi fédérale réglementant les pêches, devrait s'appliquer *a fortiori* dans le cadre de régimes d'imposition fondés sur la bonne foi des contribuables dans leurs autocotisations et déclarations de revenus. Sauf dans le cadre d'enquêtes criminelles, l'État devrait disposer de larges pouvoirs pour vérifier la conformité des renseignements produits, y compris celui d'adresser des demandes péremptoires de renseignements adressées aux contribuables mêmes (dans le contexte d'une vérification administrative ou de conformité)<sup>527</sup>, mais pas lorsque ces demandes seraient adressées à leur conseiller juridique, et ce, même si une information fait partie « du type de renseignements qu'un contribuable [lui-même] doit régulièrement fournir au fisc »<sup>528</sup>. Bref, un contribuable aurait l'obligation de répondre à toute demande péremptoire de renseignements faite (nécessairement) dans un cadre administratif<sup>529</sup>, alors que son avocat n'y est pas tenu. L'État peut, dans ce contexte civil et administratif, requérir directement des renseignements aux « personnes assujetties au cadre de réglementation », mais pas demander ces mêmes renseignements auprès des avocats ou notaires de ces dernières. Voilà le résultat, quelque peu paradoxal, auquel arrive notre lecture combinée des arrêts *Thomson Newspapers* (1990), *McKinlay* (1990) et *Chambre des notaires du Québec – LIR* (2016).

Pour essentiellement les mêmes lacunes constitutionnelles que précédemment soulevées dans *Lavallee* (2002), et indépendamment du contexte réglementaire des demandes péremptoires

---

<sup>525</sup> *Id.*, 506 et 507.

<sup>526</sup> *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154, par. 54.

<sup>527</sup> *McKinlay* (1990), préc., note 512.

<sup>528</sup> *Chambre des notaires du Québec – LIR* (2016), préc., note 469, par. 32.

<sup>529</sup> Rappelons que la distinction entre les vérifications de conformité et la conduite d'enquêtes (criminelles et pénales) a été précisée dans l'arrêt *Jarvis* (2002), préc., 145.

formulées aux fins de l'application des lois fiscales, la procédure prévue dans la LIR a été jugée inconstitutionnelle, y compris l'exception relative aux relevés et pièces justificatives comptables.

La déclaration d'inconstitutionnalité relative aux dispositions de la LIR ne serait pas sans incidence sur les exceptions de divulgation prévues dans d'autres lois fiscales provinciales. Par exemple, l'article 47 de la *Loi sur l'administration fiscale* (LAF) du Québec<sup>530</sup> précise nommément que « [I]es livres et relevés de comptes d'un avocat ou d'un notaire, les pièces à l'appui ainsi que les reçus ou preuves de paiement ne sont pas protégés par le secret professionnel »<sup>531</sup>. Il en va de même en ce qui a trait à la portée du « privilège des communications entre client et avocat » au sens de l'article 293(1) de la *Loi [fédérale] sur la taxe d'accise*<sup>532</sup>, suivant lequel « le relevé comptable d'un avocat, y compris une facture ou une pièce justificative ou tout chèque, ne doit pas être considéré comme une communication de cette nature ». Quoique la constitutionnalité de ces articles n'ait jamais été contestée, un libellé très similaire à l'équivalent fédéral en matière d'impôt sur le revenu (l'exception relative aux relevés et pièces justificatives comptables) soulève un doute sérieux quant à leur validité.

Une autre disposition problématique est l'article 46 de la LAF, suivant lequel « [s]eul un avocat ou un notaire peut s'opposer à ce qu'un document en sa possession soit examiné ou saisi en vertu de la présente loi s'il estime que cet examen ou cette saisie constituerait une violation du secret professionnel ». Cette disposition, complétée par l'article 53.1<sup>533</sup>, exclut non seulement la possibilité d'invoquer le secret professionnel liant tout autre professionnel à leur client, mais également au contribuable qui est le bénéficiaire même du secret professionnel (de l'avocat ou du notaire)<sup>534</sup>. Ces dispositions auraient été vraisemblablement adoptées pour éviter que des contribuables de mauvaise foi puissent trop facilement soustraire des documents à l'examen du fisc ou du moins en retarder la production, allongeant inutilement les délais d'un examen fiscal.

---

<sup>530</sup> *Loi sur l'administration fiscale*, préc., note 232, art. 47.

<sup>531</sup> *Id.*, art. 47.

<sup>532</sup> *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, c. E-15.

<sup>533</sup> *Loi sur l'administration fiscale*, préc., note 232, art. 53.1 : « Sous réserve des articles 46 à 53, une personne tenue par la loi au secret professionnel ou tout prêtre ou autre ministre du culte ne peut s'opposer à ce qu'un document en sa possession soit examiné ou saisi en vertu de la présente loi, même s'il en résulte la divulgation de renseignements confidentiels qui lui ont été révélés en raison de son état ou de sa profession. »

<sup>534</sup> Voir notamment : *Agence du revenu du Québec c. Sarrouf*, 2013 QCCQ 10712; *Agence du revenu du Québec c. 9147-3751 Québec Inc.*, 2014 QCCQ 3171; *Agence du revenu du Québec c. Touma*, 2012 QCCQ 14638; *Agence du revenu du Québec c. 9154-3447 Québec inc.*, 2011 QCCQ 11217; *Agence du revenu du Québec c. 9188-2985 Québec inc.*, 2011 QCCQ 6812; *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Cohen*, 2009 QCCQ 8600.

Cela étant, nous avons vu plus haut que la nécessité d'aviser le client détenteur du privilège fait dorénavant partie des dix principes directeurs établis par la Cour suprême dans *Lavallee* (2002). Selon l'opinion de la même cour dans *Chambre des notaires du Québec – LIR* (2016), la nature administrative du régime établi pour assurer la perception de l'impôt ne doit pas préjuger du degré de la protection devant être accordée au secret professionnel des conseillers juridiques.

Lorsqu'un avocat ou notaire invoque le secret professionnel relatif à un document en sa possession, la LAF du Québec et la *Loi sur la taxe d'accise* du Canada prévoit une procédure de mise sous scellés du document et l'adjudication de tout litige en découlant par un juge de la Cour supérieure<sup>535</sup> ou par un juge de la Cour fédérale<sup>536</sup>. Cette procédure risque d'être entachée des mêmes lacunes constitutionnelles qui ont fait froncer les sourcils de la Cour suprême du Canada dans *Lavallee* (2002), dont :

---

<sup>535</sup> *Loi sur l'administration fiscale*, préc., note 232, art. 46 et suiv. Les dix principes de *Lavallee* (2002), préc., note 38, se sont en effet inspirés fortement de cette démarche préconisée depuis plusieurs années en droit administratif québécois. Comme nous le rapporte la Cour d'appel du Québec dans *Leblanc c. Maranda* (2001), préc., note 504, par. 34-37 :

[34] ... le Barreau du Québec réfère à l'usage qui prévaut au Québec depuis fort longtemps, que les juges de paix exigent la présence du syndic du Barreau lors de la fouille de documents en possession d'un avocat. Selon cet usage, et c'est ce qui s'est produit en l'espèce, c'est en fait le syndic qui procède à la fouille, de sorte que les policiers sont assurés que les choses recherchées n'échapperont pas à la fouille, étant en droit de s'attendre à ce que le syndic ne soustraira pas à une enquête les éléments de preuve qu'ils recherchent. Cette façon de procéder, toujours selon le Barreau, a l'avantage de garantir que les dossiers de l'avocat ne seront examinés que par le représentant du syndic, qui est lui-même lié par le secret professionnel, et qui n'est pas partie intéressée au déroulement des procédures. Les policiers, s'en remettant à l'inventaire fait par le syndic, renoncent donc à examiner eux-mêmes les dossiers de l'avocat.

[35] Il est également d'usage que **tous** les documents, identifiés par le syndic comme correspondant à ceux dont la description figure sur le mandat, soient mis sous scellés afin qu'il soit plus tard statué, selon la procédure prévue par l'article 488.1, sur les objections fondées sur le privilège.

[36] Cette pratique a donc donné lieu (...) au développement d'un *modus operandi* qui dépasse largement le cadre spécifique de l'article 488.1 C.cr. qui ne peut qu'offrir à l'avocat ou au client une opportunité raisonnable de formuler une objection.

[37] En résumé, l'exigence de la présence du syndic qui, comme en l'espèce, met sous scellés tous les documents qu'il identifie comme pouvant faire l'objet du privilège, va bien au-delà du mécanisme prévu par l'art. 488.1 C.cr.; alors que l'art. 488.1 C.cr. permet aux policiers d'examiner les documents en conséquence du défaut des intéressés de s'objecter après qu'une occasion raisonnable de ce faire leur ait été donnée, la présence du syndic mène en fait à des **scellés automatiques**, présumant ainsi une objection fondée sur le privilège et laissant aux intéressés le soin de s'adresser par la suite à un juge pour décider du privilège (par. 488.1(2) et (3) C.cr., précités). [emphase dans l'original]

<sup>536</sup> *Loi sur la taxe d'accise*, préc., note 532, art. 293.

- l'exigence de nommer le client bénéficiaire du secret professionnel, via l'obligation de fournir au ministre « la dernière adresse connue du client »<sup>537</sup> ou de revendiquer le privilège au nom d'un client « nommément désigné »<sup>538</sup>;
- l'imposition de délais stricts (14 jours) pour demander à un juge de la Cour supérieure de « statuer sur le caractère confidentiel du document »<sup>539</sup>;
- l'absence de discrétion du juge d'assurer d'office la protection du privilège à défaut de présenter une telle demande<sup>540</sup>.

Plutôt que de suivre la procédure décrite dans la LAF, Revenu Québec applique dorénavant les modalités spécifiques prévues dans le cadre d'une transaction entérinée par la Cour supérieure du 19 mai 2010 dans le dossier n° 500-17-030829-066<sup>541</sup>. Cette transaction, signée entre le sous-ministre du Revenu du Québec, la Chambre des notaires du Québec et le Barreau du Québec, fait suite à l'action en jugement déclaratoire intentée par la Chambre des notaires du Québec pour faire déclarer inconstitutionnelles plusieurs dispositions de la *Loi sur le ministère du revenu* (remplacée depuis par la LAF) et reconnaître le caractère *prima facie* protégé de plusieurs documents lorsqu'ils se trouvent en la possession d'un notaire, soit :

- a) les actes notariés, en minute ou en brevet, à moins qu'ils ne fassent l'objet d'une publication, auquel cas seuls les renseignements publiés ne sont pas protégés par le secret professionnel;
- b) le répertoire des actes en minute ainsi que l'index au répertoire;
- c) les actes sous seing privé qui ne sont pas publiés, incluant les contrats, conventions, règlements et résolutions;
- d) les testaments et codicilles que le notaire a préparés ou qu'il détient pour ses clients, incluant les testaments et codicilles qui ont été révoqués ou remplacés;
- e) les offres d'achat, tant pour les transactions mobilières qu'immobilières;
- f) les documents reçus par le notaire et certifiant l'identité, la qualité et la capacité d'une partie à un acte;

<sup>537</sup> *Loi sur l'administration fiscale*, préc., note 232, art. 49; *Loi sur la taxe d'accise*, préc., note 532, art. 293(15).

<sup>538</sup> *Loi sur la taxe d'accise*, préc., note 532, art. 293(2), (3), (4).

<sup>539</sup> *Loi sur l'administration fiscale*, préc., note 232, art. 50; *Loi sur la taxe d'accise*, préc., note 532, art. 293(5).

<sup>540</sup> *Loi sur l'administration fiscale*, préc., note 232, art. 52 al. 3 : « À défaut par l'avocat, le notaire ou le client de présenter la demande prévue à l'article 50 dans les délais prévus ou de procéder sur cette demande, le juge ordonne que le document soit remis au ministre. » Aussi *Loi sur la taxe d'accise*, préc., note 532, art. 293(7).

<sup>541</sup> *Chambre des notaires du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2010 QCCS 4544.

- g) les procurations et mandats;
- h) la correspondance et les instructions transmises au notaire aux fins de la préparation d'un contrat, d'une convention, d'une transaction ou de tout autre écrit ainsi que les documents établissant par qui, quand et comment les instructions d'un client ont été communiqués au notaire relativement à une transaction;
- i) les contrats de mariage et autres conventions d'union ou de séparation;
- j) les annexes prévues à l'article 48 de la Loi sur le notariat, L.R.Q., c. N-2 [renvois et sous-renvois];
- k) le bilan patrimonial, l'inventaire successoral, la déclaration d'hérédité, la convention fiduciaire et tous les autres documents de nature privée préparés par le notaire ou confiés à celui-ci par son client;
- l) les avis juridiques préparés par le notaire à la demande de son client ou des parties à l'acte;
- m) les requêtes et autres procédures préparées par le notaire à la demande de son client et qui n'ont pas été produites à la Cour ou autrement rendues publiques;
- n) tous les documents relatifs à la comptabilité en fidéicomis du notaire dans lesquels sont consignés et comptabilisés les fonds, valeurs et autres biens qu'il reçoit, incluant : le livre de caisse et le grand livre général, les reçus officiels, les livrets ou relevés de l'établissement financier ou du courtier en valeurs mobilières, les chèques (recto-verso) et autres ordres de paiement ainsi que les registres et autres pièces justificatives ou de contrôle;
- o) le relevé ou l'état des débours ainsi que le mémoire des répartitions ou distributions (feuille d'ajustements) que le notaire est appelé à effectuer à la demande de l'une ou l'autre des parties à un acte, incluant la date, l'identité des personnes auxquelles les sommes ont été remises, le mode de paiement et le reçu;
- p) les comptes d'honoraires du notaire;
- q) tous les projets et ébauches des documents précédemment identifiés;<sup>542</sup>

Selon les lignes directrices annexées à même la transaction, est affirmé le caractère *prima facie* des documents énumérés dans la transaction, et ceux-ci ne peuvent pas faire l'objet d'une demande péremptoire adressée à un notaire à moins de tomber dans l'une des exceptions reconnues « à l'application du secret professionnel des conseillers juridiques, telle que la renonciation, l'inexistence de l'une des conditions nécessaires à l'application du secret professionnel ou l'exception relative au crime ou à la commission d'une infraction »<sup>543</sup>. Le cas échéant, un avis juridique doit être préalablement obtenu par Revenu Québec à l'interne avant d'émettre une demande péremptoire<sup>544</sup>. Celle-ci doit « inviter le notaire à entreprendre les démarches visant à

---

<sup>542</sup> *Id.*, par. 5 de la Transaction.

<sup>543</sup> *Id.*, par. 13 de la Transaction.

<sup>544</sup> *Id.*, par. 14 de la Transaction.

vérifier si son client accepte de renoncer au secret professionnel »<sup>545</sup> et indiquer au notaire la procédure à suivre pour invoquer le secret professionnel au nom de ses clients<sup>546</sup>. À la différence des demandes péremptoires adressées à d'autres contribuables, une demande péremptoire de renseignements adressée à un notaire n'inclura pas de mention de sanctions ou de poursuites pénales en cas de défaut d'obtempérer<sup>547</sup>, et Revenu Québec s'engage à ne pas intenter de poursuites pénales contre un notaire qui aura invoqué de bonne foi le secret professionnel<sup>548</sup>. Cette transaction découle en effet du pendant provincial de l'action en jugement déclaratoire intentée à l'égard des dispositions de la *Loi [fédérale] de l'impôt sur le revenu* et qui a abouti au jugement *Chambre des notaires du Québec – LIR* (2016). Dans ce dernier jugement, la Cour suprême a décliné à reconnaître le caractère *prima facie* protégé de la liste de documents énumérés dans la demande, considérant que « [d]éterminer qu'un document bénéficie ou non de la protection du secret professionnel ne dépend pas de la catégorie à laquelle il appartient, mais plutôt de son contenu et de ce qu'il est susceptible de révéler sur la relation et les communications entre un client et son conseiller juridique »<sup>549</sup>.

Si, d'un côté, les précédents *Lavallee* (2002) et *Chambre des notaires du Québec – LIR* (2016) justifient *a priori* plusieurs « lacunes constitutionnelles » quant aux dispositions des lois fiscales, il serait possible de plaider, de l'autre côté, que les préoccupations soulevées dans *Lavallee* (2002) dans un contexte criminel ne se transposent pas nécessairement dans un contexte de vérification et d'enquête en matière fiscale. À la différence des enquêteurs (agents de la paix et certains fonctionnaires publics fédéraux) du *Code criminel* dont les pouvoirs de perquisition ratissent un champ infractionnel relativement large, le pouvoir de vérification et d'enquête des autorités fiscales est limité au respect de l'application des lois fiscales, concernant notamment le calcul des revenus à déclarer, le contrôle de l'admissibilité et du montant des dépenses réclamées, les pièces justificatives requises par la loi pour réclamer les remboursements ou crédits de la taxe sur les intrants. Dans ce contexte, il n'est pas déraisonnable de considérer que « [l]es livres et relevés de

---

<sup>545</sup> *Id.*, par. 15 de la Transaction.

<sup>546</sup> *Id.*, par. 16 de la Transaction.

<sup>547</sup> *Id.*, par. 19 de la Transaction.

<sup>548</sup> *Id.*, par. 20 de la Transaction.

<sup>549</sup> *Chambre des notaires du Québec – LIR* (2016), préc., note 469, par. 95.

comptes d'un avocat ou d'un notaire, les pièces à l'appui ainsi que les reçus ou preuves de paiement ne sont pas protégés par le secret professionnel »<sup>550</sup>.

Il n'est pas déraisonnable de requérir que l'exercice de la profession d'avocat soit assujetti aux mêmes normes de vérification et de contrôle fiscaux qu'à l'égard de l'exercice de toute autre profession ou de toute autre entreprise. En consultant ou faisant affaires avec un avocat, le client qui est bénéficiaire du secret professionnel de l'avocat doit s'attendre à ce que les documents commerciaux créés dans le cadre de cette transaction soient revus par les autorités à des fins de contrôle de conformité fiscale. Au regard du droit au respect de la vie privée indirectement reconnu à l'article 8 de la Charte canadienne, l'expectative raisonnable (à la vie privée), dans le contexte de l'exploitation des activités commerciales, est en principe relativement basse. Comme nous l'illustrons les mises en situation suivantes décrites par la Cour du Québec dans *Goldberg* (2020) :

[261] As recognized by the Supreme Court, a taxpayer's privacy interest with regard to his tax record *vis-à-vis* the Government is – without being absent – relatively low. Every individual and corporation fully expects their business documents to be subjected to audits where their various documents will be looked at. This obviously applies to documents held in house. Furthermore, it applies with even more force to documents held in the offices of business partners.

[262] If company “A” uses the services of a supplier, company “B”, “A” must be aware of the fact that “B” may also be subject to routine audits by the tax authorities. By accepting to do business with third-party companies, one accepts the possibility that documents about their dealings may be discovered and read by tax authorities at any given time. This is particularly so if “A” has no control over how “B” internally manages its business. This was essentially what occurred in *R. v. Van Egmond* [2002 BCCA 226].

[263] To revert to the same example as above: if you buy a sports car today, you would not expect the car dealership to call your neighbour (or your boss, or your ex-wife) tomorrow and tell him how much you paid for it. However, you would fully expect your purchase agreement to be read and photocopied by a Revenue Quebec auditor or an SAAQ inspector during a subsequent compliance audit at the dealership.<sup>551</sup>

En effet, les enquêteurs fiscaux ne peuvent requérir que les documents qui sont nécessaires à une fin « ayant trait à l'application ou à l'exécution d'une loi fiscale »<sup>552</sup>. Les craintes d'une « expédition de pêche » à l'égard de l'ensemble des infractions punissables en vertu de différentes

---

<sup>550</sup> *Loi sur l'administration fiscale*, préc., note 232, art. 47; *Loi sur la taxe d'accise*, préc., note 532, art. 293(1).

<sup>551</sup> *R. v. Goldberg*, 2020 QCCQ 4548, par. 261 à 263. Voir aussi *Dr. Mike Orth Inc. c. Canada*, 2014 CAF 34, par. 13 (« (...) la revendication du privilège du secret professionnel de l'avocat des contribuables n'a pas été contestée devant la Cour de l'impôt. (...) Cependant, ni le ministre ni la Cour ne sont tenus de trancher un différend quant aux faits en faveur du contribuable simplement parce que ce dernier invoque le privilège du secret professionnel de l'avocat relativement à des éléments de preuve qui permettraient de régler le différend et refuse d'y renoncer. »).

<sup>552</sup> *Loi sur l'administration fiscale*, préc., note 232, art. 38; *Loi sur la taxe d'accise*, préc., note 532, art. 288(1).



lois ne sont pas étayées, en ce que l'argument de la non-pertinence peut être soulevé en tout temps pour faire échec aux demandes péremptoires ou justifier un refus de communication à l'égard des documents qui ne seraient pas nécessaires « à l'application ou à l'exécution d'une loi fiscale »<sup>553</sup>. Dans la mesure où la protection du secret professionnel de l'avocat est présumée à l'égard des factures et relevés comptables d'un avocat, cette protection entraîne comme conséquence que les avocats ne pourront plus réclamer certaines déductions fiscales et crédits / remboursements de taxes sur les intrants à l'égard des dépenses faites pour certains clients (p. ex. frais d'expertise) auxquels une entreprise aurait normalement droit, si ce n'est en obtenant au préalable le consentement explicite de leurs clients pour présenter les pièces justificatives requises aux fins de conformité fiscale. C'est pourtant une conclusion logique découlant de la déclaration d'inconstitutionnalité de la restriction statutaire de la portée du privilège comme ne devant pas comprendre « un relevé comptable d'un avocat, y compris toute pièce justificative ou tout chèque ». Dans la mesure où le nom du client<sup>554</sup> et le montant des honoraires<sup>555</sup> peuvent, du moins dans certaines circonstances, être protégés par le secret professionnel de l'avocat et bénéficier d'une présomption de confidentialité, il devient ardu pour les autorités fiscales d'inspecter les registres comptables de l'avocat même pour vérifier les montants facturés aux clients. Dans *Chambre des notaires – LIR (2016)*, la Cour suprême adopte, au nom du critère de la nécessité absolue, une vue indûment restrictive de la mission de vérification fiscale comme devant se limiter « aux seuls montants payés et dus par les clients » et comme ne devant pas s'étendre sur « la nature des activités qu'un avocat accomplit pour un client dans le cadre d'un mandat pour services professionnels » :

[84] L'étendue potentielle de l'expression « relevé comptable d'un avocat » est en ce sens problématique du point de vue du critère de la nécessité absolue. L'exception à la définition du « privilège des communications entre client et avocat » au par. 232(1) de la LIR ne fait aucune distinction entre les multiples formes que peut prendre l'information figurant dans un relevé comptable. Pour le moment, toute l'information figurant dans un relevé comptable est sujette à divulgation en vertu d'une demande péremptoire, peu importe la forme et la teneur de ce relevé. Cette information peut donc ne concerner en rien le pouvoir de vérification et de recouvrement du Ministre, ni être nécessaire pour

---

<sup>553</sup> Voir notamment *Richardson (1984)*, préc., note 512, 625 :

It seems to me that what the Minister is trying to do here, namely check generally on compliance with the statute by traders in the commodities futures market, cannot be done by conducting a “fishing expedition” into the affairs of one broker’s customers under s. 231(3) of the Act. (...) s. 231(3) is only available to the Minister to obtain information relevant to the tax liability of some specific person or persons if the tax liability of such person or persons is the subject of a genuine and serious inquiry.

<sup>554</sup> *Lavallee (2002)*, préc., note 38, par. 28.

<sup>555</sup> *Maranda (2003)*, préc., note 154, par. 33.

lui permettre d'atteindre l'objectif qu'il poursuit en vertu de la LIR. En fait, rien dans les arguments du PGC et de l'ARC ne suggère en quoi, pour atteindre les objectifs de la LIR, il serait absolument nécessaire de lever le secret professionnel à l'égard d'une gamme aussi vaste de documents, plutôt que de la limiter, par exemple, aux seuls montants payés et dus par les clients.

[85] Il est vrai que dans le pourvoi connexe *Thompson*, le Ministre soutient que, pour l'envoi d'une demande péremptoire à un avocat visé par une cotisation, l'accès aux noms de clients peut être nécessaire pour le recouvrement des sommes dues par cet avocat et pour le respect par le Ministre de ses obligations en vertu de la LIR. Néanmoins, nous constatons que, en l'absence d'une définition de « relevé comptable d'un avocat » dans la LIR, il est impossible de distinguer le relevé comptable qui ne contient que le nom d'un client et la somme qu'il doit à son avocat, de celui qui contient beaucoup plus d'informations sur la nature des activités qu'un avocat accompli pour un client dans le cadre d'un mandat pour services professionnels. Lorsque le Ministre demande accès aux relevés comptables d'un avocat dans le cadre d'une demande péremptoire, ils doivent tous être divulgués, même s'ils contiennent de l'information qui n'aidera pas l'ARC à recouvrer les sommes dues.<sup>556</sup>

Cette approche d'« absolue nécessité », évaluée uniquement dans le contexte d'un recouvrement des sommes dues, ne tient pas compte de l'ensemble des circonstances susceptibles de survenir dans le cadre d'une vérification ou contrôle de conformité fiscale. Au-delà du seul nom du client et du montant qui lui est facturé, il arrive bien souvent que la description des services, telle qu'elle figure sur les relevés comptables ou les factures, s'avère nécessaire pour valider la déductibilité des dépenses aux fins de l'impôt sur le revenu<sup>557</sup>, ou encore pour justifier l'admissibilité des crédits ou remboursements de taxes sur les intrants réclamés<sup>558</sup> (p. ex. en ce qui concerne les frais d'expertise ou tous autres frais engagés pour le compte d'un client de l'avocat). Il serait pourtant inéquitable de faire exception, lorsque les avocats et notaires sont concernés, aux documents habituellement exigés aux fins d'un contrôle de conformité.

À noter que tant l'arrêt *Chambre des notaires du Québec – LIR* (2016) que la transaction entérinée le 19 mai 2010 ne font la distinction entre une demande péremptoire adressée à un avocat ou à un notaire concernant le dossier d'un de ses clients et une vérification ou contrôle de conformité le concernant personnellement. Cela étant, lorsque le contribuable faisant l'objet d'une vérification fiscale est le client plutôt que son avocat, il n'y a pas non plus d'« iniquité flagrante » à ce que le fisc cherche à obtenir ou à corroborer certains renseignements auprès de son avocat comme auprès

---

<sup>556</sup> *Chambre des notaires du Québec – LIR* (2016), préc., note 469, par. 84 et 85.

<sup>557</sup> Seules les dépenses engagées à des fins d'entreprise le sont par opposition aux dépenses personnelles : *Loi de l'impôt sur le revenu* (fédérale), préc., note 449, art. 18(1); *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3, art. 128.

<sup>558</sup> *Règlement sur les renseignements nécessaires à une demande de crédit de taxe sur les intrants (TPS/TVH)*, DORS/91-45, art. 3 (TPS/TVH – CTI); *Règlement sur la taxe de vente du Québec*, L.R.Q., c. T-0.1, r. 2, art. 201R5 (TVQ / RTI).

de tout autre fournisseur (tiers), dont les institutions bancaires, dans la mesure où il s'agit de renseignements nécessaires « à l'application ou à l'exécution d'une loi fiscale », ce qui exclut la poursuite des infractions pénales autres que celles ayant trait au refus d'obtempérer à une demande péremptoire dûment émise. En effet, dans l'arrêt *Jarvis* (2002), la Cour suprême du Canada a délimité précisément les pouvoirs d'inspection / vérification et d'enquête du fisc sous le régime de la loi fédérale de l'impôt sur le revenu, distinction qui demeure applicable dans d'autres lois fiscales :

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

(...)

[81] L'interprétation que l'intimée propose de l'expression « questions pertinentes » pour l'application de l'al. 231.1(1) laisse entendre que les termes « application et [...] exécution », tels qu'ils sont utilisés dans le contexte du par. 231.1(1), ne visent pas les enquêtes relatives aux infractions à la LIR. Il est aussi utile et, selon nous, encore plus révélateur, de comparer le libellé des par. 231.1(1) et 231.2(1) à celui du par. 231.3(1), qui prévoit un processus de requête *ex parte* en vue d'obtenir un mandat de perquisition permettant de chercher « des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi » (je souligne). L'existence d'une procédure d'autorisation préalable lorsque l'on soupçonne qu'une infraction a été commise crée une forte inférence selon laquelle **il n'est pas possible d'exercer les pouvoirs distincts d'inspection et de demande péremptoire pour mener une enquête criminelle.**<sup>559</sup>

Que la vérification fiscale vise le client ou l'avocat, il importe de garder à l'esprit que les demandes péremptoires de renseignements ne peuvent être émises que dans un contexte de contrôle de conformité ou de vérification. Lorsque l'objet prédominant de l'examen devient l'établissement de la responsabilité pénale d'un contribuable ou que les dossiers (du client ou de l'avocat) sont transférés aux enquêtes, la protection constitutionnelle contre l'auto-incrimination et la preuve dérivée justifie une exclusion de renseignements obtenus par demandes péremptoires de répondre sous peine de sanctions pénales<sup>560</sup>.

---

<sup>559</sup> *Jarvis* (2002), préc., note 145, par. 78 et 81 [nos caractères gras].

<sup>560</sup> *Id.*; *Ling* (2002), préc., note 449.

### 3.3. Des suites de *Lavallee* (2002) : le secret professionnel des juristes vs. la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement des activités terroristes

Quoi qu'il en soit, à un an d'intervalle de l'arrêt *Chambre des notaires du Québec – LIR* (2016), la seconde exception nommée (au paragraphe 488.1(11) C.cr.) à la procédure prévue à l'article 488.1 C.cr. a également été invalidée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada* (2015)<sup>561</sup>. Cette seconde exception relève les enquêteurs de l'obligation de se conformer à la procédure prévue à l'article 488.1 C.cr. lors des enquêtes relatives au blanchiment de capitaux et au financement des activités terroristes, ces dernières étant spécifiquement encadrées par la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*<sup>562</sup>. Plus particulièrement, la question concerne l'étendue des obligations de déclarations d'opérations financières douteuses au Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (CANAFE), lorsque les renseignements en cause sont susceptibles d'être protégés par le secret professionnel de conseillers juridiques.

En tant que l'unité du renseignement financier du Canada, le CANAFE est un organisme indépendant relevant du ministre fédéral des Finances et qui a pour mandat de recueillir et d'analyser les renseignements financiers provenant de différentes sources. Le cas échéant, le CANAFE communiquera les renseignements jugés utiles aux organismes (d'enquête) chargés de l'application de la loi pour faciliter les enquêtes ou les poursuites relatives à une infraction de recyclage des produits de la criminalité ou à une infraction de financement des activités terroristes<sup>563</sup>. L'atout du CANAFE étant de disposer d'une grande quantité de renseignements provenant de différentes sources et d'en faire des analyses croisées pour mieux déceler les liens entre les mouvements de capitaux, la loi cible en particulier les opérations transitant par des intermédiaires financiers en imposant à ces derniers des obligations de déclarations d'opérations suspectes<sup>564</sup>. Les intermédiaires financiers concernés visent au premier chef les secteurs bancaire

---

<sup>561</sup> *Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada* (2015), préc., note 233.

<sup>562</sup> *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, c. 17 [ci-après « Loi sur les produits de la criminalité et les activités terroristes »].

<sup>563</sup> *Id.*, art. 55(3).

<sup>564</sup> *Id.*, art. 7 :

Il incombe, sous réserve de l'article 10.1, à toute personne ou entité visée à l'article 5 de déclarer au Centre, conformément aux règlements, toute opération financière qu'on a effectuée ou tentée dans le cours de ses activités et à l'égard de laquelle il y a des motifs raisonnables de soupçonner qu'elle est liée à la perpétration – réelle ou tentée –, selon le cas :

- a) d'une infraction de recyclage des produits de la criminalité;
- b) d'une infraction de financement des activités terroristes.

et des assurances ainsi que les courtiers en valeurs mobilières, mais par ailleurs les (autres) prestataires de services professionnels et sans exclure *a priori* les conseillers juridiques<sup>565</sup>. Ces derniers sont notamment assujettis aux obligations de tenue de documents relatifs à la réception de fonds excédant un certain seuil dans l'exercice de leurs activités professionnelles<sup>566</sup> et de vérification d'identité des personnes effectuant ces opérations<sup>567</sup>. Malgré que les conseillers juridiques fassent également partie des prestataires de services professionnels dont l'intervention est reconnue comme pouvant présenter un intérêt pour les personnes ou groupes cherchant à recycler les avoirs criminels ou à financer les activités terroristes<sup>568</sup>, la Loi prévoit déjà certaines exemptions de déclarations en ce qui concerne les conseillers juridiques<sup>569</sup> ainsi que des garanties procédurales renforcées – semblables au mécanisme prévu à l'article 488.1 C.cr. et aux articles 232 et 232.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (fédérale) – lorsque le CANAFE examine, dans le cadre de ses contrôles de conformité, un document se trouvant en la possession d'un conseiller

---

<sup>565</sup> *Id.*, art. 5.

<sup>566</sup> *Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, DORS/2002-184, art. 33.3, 33.4 et 33.5.

<sup>567</sup> *Id.*, art. 11.1, 59.4 et suiv.

<sup>568</sup> Voir notamment OCDE, *Manuel de sensibilisation au blanchiment de capitaux et au financement du terrorisme à l'intention des contrôleurs des impôts*, OCDE, Paris, 2019, aux pages 73 et suiv., en ligne : <[www.oecd.org/ft/fiscalite/delits/manuel-sensibilisation-blanchiment-capitaux-et-financement-terrorisme-a-intention-controlleurs-impots.pdf](http://www.oecd.org/ft/fiscalite/delits/manuel-sensibilisation-blanchiment-capitaux-et-financement-terrorisme-a-intention-controlleurs-impots.pdf)> :

Un criminel aura à un moment ou à un autre besoin des compétences d'un prestataire de services professionnels. L'intervention de ces professionnels est obligatoire pour certaines opérations; c'est notamment le cas des transactions immobilières devant faire l'objet d'un acte notarié. Le fait de faire appel à un prestataire de services professionnels présente un intérêt pour ces criminels en raison :

- De la nature des services rendus, lesquels sont susceptibles de faciliter le processus de blanchiment de capitaux.
- Du nom et de la réputation d'un secteur d'activité ou d'une catégorie professionnelle inspirant la confiance et conférant à l'opération une certaine apparence de légitimité.
- De l'obligation de confidentialité à laquelle sont tenus certains prestataires de services professionnels.
- Des comptes en fiducie, ouverts au nom de tiers, que mettent à disposition certains prestataires de services professionnels.

Les criminels peuvent demander des services à des prestataires de services professionnels n'ayant aucune raison de se montrer soupçonneux. En revanche, certains prestataires sont disposés à proposer leurs services à des criminels en toute connaissance de cause pour aider les intéressés à dissimuler leurs mouvements de fonds illicites.

<sup>569</sup> Loi sur les produits de la criminalité et les activités terroristes, préc., note 562, art. 10.1 et 11 :

**10.1.** Les articles 7 et 9 ne s'appliquent pas aux personnes ni aux entités visées aux alinéas 5i) ou j) qui sont, selon le cas, des conseillers juridiques ou des cabinets juridiques, lorsqu'elles fournissent des services juridiques.

**11.** La présente loi n'a pas pour effet de porter atteinte au secret professionnel du conseiller juridique.

Voir aussi *Règlement sur la déclaration des opérations douteuses – recyclage des produits de la criminalité et financement des activités terroristes*, DORS/2001-317.

juridique<sup>570</sup>. Ces garanties comprennent la mise sous scellés des documents concernés, des délais stricts (quatorze jours) pour faire valoir le secret professionnel au nom du client, avec en plus la possibilité de demander au client concerné de renoncer au secret professionnel le liant à son conseiller juridique. À la différence des déclarations d'opérations suspectes émanant des intermédiaires financiers visés (et dont les conseillers juridiques sont déjà exemptés), les renseignements obtenus des contrôles de conformité du CANAFE ne peuvent être communiqués aux organismes d'application de la loi aux fins d'enquête, mais uniquement « comme preuve d'un manquement aux obligations de vérification, de conservation et de déclaration prévues à la partie 1 de la Loi ou pour des fins relatives à l'observation de ces dispositions »<sup>571</sup> ou alors à un État étranger en vertu d'un accord de collaboration « concernant la vérification de la conformité aux obligations portant sur l'identification de personnes ou d'entités, la tenue de documents ou la production de déclarations »<sup>572</sup>.

Tout comme dans l'affaire *Chambre des notaires du Québec – LIR* (2016), le procureur général avait tenté de plaider une distinction entre les objectifs réglementaires du régime prévu par la loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, et les garanties procédurales de l'article 488.1 C.cr. qui ont été jugées insuffisantes dans un contexte d'enquête criminelle<sup>573</sup>. De l'avis du juge Cromwell, cette distinction n'est pas appropriée dans la mesure où ce régime instituant un organisme centralisé indépendant (le CANAFE) pour la collecte des renseignements financiers de toutes sources aurait « un caractère principalement pénal »<sup>574</sup> (pour faciliter la prévention et la détection des infractions relatives au blanchiment d'argent et au financement des activités terroristes), de sorte que « ses éléments réglementaires visent des objectifs du droit criminel »<sup>575</sup>. De plus, par exception avec d'autres activités réglementées par l'État, « [l]e principal élément moteur de cette attente élevée en matière de respect de la vie privée est la nature particulièrement protégée de la relation avocat-client, et non le contexte dans lequel l'État cherche à s'ingérer dans cette zone particulièrement protégée »<sup>576</sup>. En raison des similitudes

---

<sup>570</sup> Loi sur les produits de la criminalité et les activités terroristes, préc., note 562, art. 64.

<sup>571</sup> *Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada* (2015), préc., note 233, par. 19; Loi sur les produits de la criminalité et les activités terroristes, préc., note 558, art. 65(3).

<sup>572</sup> Loi sur les produits de la criminalité et les activités terroristes, préc., note 562, art. 65.1.

<sup>573</sup> *Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada* (2015), préc., note 233, par. 36.

<sup>574</sup> *Id.*, par. 37.

<sup>575</sup> *Id.*, par. 37.

<sup>576</sup> *Id.*, par. 38 [nos soulignés].

de rédaction entre l'article 488.1 du *Code criminel* et l'article 64 de Loi sur les produits de la criminalité et les activités terroristes, l'arrêt *Lavallee* (2002) devient « un précédent important »<sup>577</sup> sur la constitutionnalité des garanties procédurales prévues dans cette dernière loi. Plus particulièrement, tout comme à l'article 488.1, aucune « intervention légale indépendante » n'y est prévue pour aviser le client de la perte éventuelle de son privilège<sup>578</sup>. Seul son conseiller juridique peut l'invoquer à l'égard d' « un client actuel ou antérieur, nommément désigné »<sup>579</sup> et mettre les documents en cause sous scellés<sup>580</sup>. À défaut, le juge doit, à la demande du procureur général du Canada, autoriser le CANAFE à examiner ou à reproduire les documents<sup>581</sup>. Cette absence de pouvoir discrétionnaire ne peut être considérée, de l'avis de la Cour suprême, comme portant atteinte le moins possible au secret professionnel des conseillers juridiques<sup>582</sup>. De plus, à la différence de *Lavallee* (2002), l'article 64.1 de la Loi sur les produits de la criminalité et les activités terroristes autorise une perquisition sans mandat qui, même dans un contexte administratif, est présumée abusive. À l'égard des documents entreposés dans un cabinet d'avocats, une perquisition ne peut être effectuée que dans la mesure où il n'existe aucune solution de rechange raisonnable<sup>583</sup>. Ce principe, formulé dans les arrêts *Descôteaux* (1982) et *Lavallee* (2002) dans le cadre d'enquêtes criminelles et pénales, s'applique de la même manière à ce régime *ad hoc* conçu pour faciliter la prévention et les enquêtes relatives au blanchiment d'argent et au financement des activités terroristes. Alors que, pour la Cour suprême, la protection du secret professionnel devrait être assurée par défaut, l'exigence que ce droit soit expressément invoqué pour être protégé « augmente considérablement le risque que des documents protégés soient

---

<sup>577</sup> *Id.*, par. 45.

<sup>578</sup> *Id.*, par. 50.

<sup>579</sup> Loi sur les produits de la criminalité et les activités terroristes, préc., note 562, art. 64(2). Cette loi apporte par ailleurs deux précisions supplémentaires, absentes de l'article 488.1 C.cr., pour renforcer la protection du secret professionnel des conseillers juridiques. D'une part, une saisie ou perquisition effectuée à l'égard d'un document protégé qui serait en la possession d'une autre personne que le conseiller juridique doit donner à cette dernière « une occasion raisonnable de communiquer avec le conseiller juridique visé afin que celui-ci puisse faire valoir le secret professionnel » (art. 64(9.1)). D'autre part, en même temps qu'il fait valoir le secret professionnel au nom d'un client nommément désigné, le conseiller juridique doit communiquer la dernière adresse connue de ce client au CANAFE pour que celui-ci informe le client de ce fait et lui donne l'occasion « de renoncer à faire valoir le secret professionnel avant que la question ne soit soumise à la décision d'un juge » (art. 64(10)).

<sup>580</sup> *Id.*, art. 64(3).

<sup>581</sup> *Id.*, art. 64(6).

<sup>582</sup> *Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada* (2015), préc., note 233, par. 51 et 52.

<sup>583</sup> *Id.*, par. 54.

examinés »<sup>584</sup>, quoiqu'il ne soit pas exclu que le législateur puisse concevoir « un régime d'inspection conforme à la Constitution qui n'exige pas d'autorisation judiciaire préalable »<sup>585</sup>.

L'argument du Procureur général du Canada selon lequel les renseignements recherchés dans le cadre de ces contrôles de conformité relatifs aux obligations de tenue de documents visent à « faciliter la surveillance des activités de l'avocat et non de celles de son client »<sup>586</sup>, n'a pas été retenu par la Cour, estimant qu' :

il faut accorder peu de poids à ces facteurs dans le cas qui nous occupe. Comme nous l'avons déjà vu, les objectifs primordiaux du présent régime sont la prévention et la détection d'infractions criminelles graves. Le régime a donc peu en commun avec, par exemple, la législation sur la concurrence qui était en litige dans *Thomson Newspapers* ou avec la législation sur les pêches dont il était question dans *Fitzpatrick*. De plus, je rejette l'argument du procureur général que la vaste portée de ce pouvoir de fouille et de perquisition est restreinte d'une quelconque façon par ce que [TRADUCTION] « l'organisme de réglementation souhaite examiner » (m.a., par. 107). La Loi vise à première vue à permettre à la personne autorisée de fouiller dans la masse de renseignements en la possession des avocats. Comme l'a dit avec justesse l'intervenante Criminal Lawyers' Association, la Loi confère aux personnes autorisées le pouvoir [TRADUCTION] « de fouiller partout dans les cabinets d'avocats et [...] d'examiner et de saisir tout document ou toute donnée qu'elles y trouvent » (mémoire, par. 23). L'exercice de ces pouvoirs à l'égard de documents se trouvant en la possession des avocats risque fortement d'entraîner la perte du secret professionnel.

Bref, aucun élément du contexte réglementaire en cause ou des intérêts de l'organisme de réglementation n'a pour effet d'exclure d'une quelconque façon ce régime du domaine du droit criminel ou de diminuer de quelque manière que ce soit l'attente raisonnable très élevée quant au caractère confidentiel des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat. J'estime que la norme établie dans *Lavallee* s'applique à ce régime.<sup>587</sup>

Malgré que la Cour suprême ait décliné, à cette occasion, de statuer « de manière définitive »<sup>588</sup> sur la question de l'indépendance du barreau, des commentateurs ont estimé que l'arrêt *Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada* (2015) aurait sanctionné le principe (de justice fondamentale ?) que les barreaux des différentes provinces ont seule juridiction pour réglementer la conduite de leurs membres, du moins en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le

---

<sup>584</sup> *Id.*, par. 55 :

... aux termes de l'art. 64, l'examen et la reproduction de documents dans un cabinet d'avocats par le fonctionnaire ne cessent qu'au moment où l'avocat revendique le secret professionnel pour le compte d'un client nommé désigné. Ainsi, l'examen et la reproduction des documents se poursuivent jusqu'à ce que le secret professionnel soit expressément invoqué, ce qui augmente considérablement le risque que des documents protégés soient examinés. (...)

<sup>585</sup> *Id.*, par. 56.

<sup>586</sup> *Id.*, par. 40.

<sup>587</sup> *Id.*, par. 40 et 41.

<sup>588</sup> *Id.*, par. 78.



financement des activités terroristes<sup>589</sup>. En effet, un des arguments qui a retenu beaucoup l'attention de la Cour d'appel (de la Colombie-Britannique) est l'adoption, par la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, d'un *Règlement type sur les exigences d'identification et de vérification de l'identité des clients* (2008), encadrant les obligations incombant aux juristes en matière ... d'identification et de vérification de l'identité de leurs clients ainsi que de tenue de la documentation y afférente. À l'égard d'une réception, paiement ou virement de fonds autre qu'un télévirement, le Règlement type impose à tout juriste l'obligation de « prendre toutes mesures raisonnables pour vérifier l'identité du client (...) et, le cas échéant, l'identité du tiers, en se servant de ce que le juriste peut raisonnablement considérer comme étant des documents, des données ou des informations de source fiable et indépendante »<sup>590</sup>. Les juristes ne sont cependant pas tenus, en vertu du Règlement type, de déclarer des opérations considérées suspectes (p. ex. auprès de leur barreau) ni de conserver un relevé de transactions excédant un certain seuil monétaire. À l'égard des risques de fraudes ou de transactions contribuant ou susceptibles de contribuer aux activités illégales, le Règlement type prévoit uniquement une norme de diligence objective commandant au juriste de se retirer d'un dossier ou de cesser de représenter un client lorsqu'il « sait ou devrait savoir qu'il contribue ou pourrait contribuer à une fraude ou autre conduite illégale d'un client »<sup>591</sup>.

Faisant *a priori* partie du droit souple (*soft law*) ayant tout au plus une force normative persuasive<sup>592</sup>, des règlements types de la Fédération ne sauraient en principe dicter « les paramètres constitutionnels d'une loi »<sup>593</sup>. La Cour suprême le reconnaît, mais nuance au fil du même paragraphe cet énoncé de principe jusqu'à le rendre presque inexistant :

[108] De telles normes de déontologie ne sauraient dicter au législateur ce qu'exige l'intérêt public ou fixer les paramètres constitutionnels d'une loi. Mais ces normes déontologiques témoignent effectivement d'un solide consensus au sein de la profession en ce qui a trait aux normes déontologiques que commandent ces enjeux. Vue sous cet angle, la législation oblige les avocats à recueillir et à

---

<sup>589</sup> Rebecca BROMWICH, « (Where is) the Tipping Point for Governmental Regulation of Canadian Lawyers? Perhaps it is in Paradise: Critically Assessing Regulation of Lawyer Involvement with Money Laundering After *Canada (Attorney General) v Federation of Law Societies of Canada* », (2018) 41-4 *Man. L.J.* 1

<sup>590</sup> FÉDÉRATION DES ORDRES PROFESSIONNELS DE JURISTES DU CANADA, *Règlement type sur les exigences d'identification et de vérification de l'identité des clients*, adopté en date du 20 mars 2008 et modifié le 12 décembre 2008, art. 4 et 6 [ci-après « Règlement type sur l'identification des clients (2008) »].

<sup>591</sup> *Id.*, art. 9(1) et 10(1).

<sup>592</sup> Voir notamment Catherine PICHE, « Définir, prévenir et sanctionner le conflit d'intérêts », (2013) 47 *R.J.T.U.M.* 497; Daniel MOCKLE, « Gouverner sans le droit? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », (2002) 43-2 *C. de D.* 143.

<sup>593</sup> *Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada* (2015), préc., note 233, par. 108.

conserver beaucoup plus de renseignements que ce que la profession estime nécessaire pour la représentation éthique et efficace du client. Ce fait, conjugué à la protection insuffisante du secret professionnel de l'avocat, mine la capacité de ce dernier à respecter son devoir de se dévouer à la cause du client. L'avocat est tenu de créer et de conserver des documents qui ne sont pas nécessaires à une représentation éthique et efficace tout en sachant que les renseignements visés par son secret professionnel qui figurent dans ces documents ne bénéficient pas d'une protection convenable contre les perquisitions et saisies autorisées par le régime. Cela peut, comme le penserait à juste titre l'avocat, être contraire aux intérêts légitimes du client et, par conséquent, ces obligations imposées par le régime peuvent entrer directement en conflit avec le devoir de représentation dévouée de l'avocat.<sup>594</sup>

Suivant la conception étroite du principe de l'indépendance du barreau, que la Cour suprême estime « le plus pertinent en l'espèce »<sup>595</sup>, l'État ne saurait certes « imposer aux avocats des obligations qui nuisent à l'accomplissement de leur devoir de se dévouer au service des intérêts légitimes de leurs clients »<sup>596</sup>. On est néanmoins en droit de se demander s'il n'y a que la profession juridique qui ait le droit (constitutionnel) de déterminer ce qui constitue des obligations nuisant au devoir (professionnel) de loyauté et de dévouement à la cause d'un client.

Rappelons que la *Loi [canadienne] sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* a été adoptée suivant les normes internationales reconnues en la matière. Reconnaissant la nécessité d'une intervention coordonnée et globale des mesures devant être appliquées uniformément d'un État à l'autre pour lutter contre les infractions de nature transfrontalière, le G7 a mis en place dès 1989 un organisme intergouvernemental dédié à cette problématique, le Groupe d'action financière (GAFI). Depuis, les normes du GAFI sont révisées régulièrement au terme d'évaluations mutuelles par les pairs (pays membres du GAFI)<sup>597</sup> et après consultation publique du secteur privé et de la société civile. Outre des cas très médiatisés tels les « *Panama Papers* », le GAFI maintient, dans ses plus récentes recommandations de 2018, la nécessité des contrôles de conformité internes, des déclarations d'opérations suspectes ainsi que de vigilance relatives à l'identification de la clientèle et à la tenue de documentation y afférente,

---

<sup>594</sup> *Id.*, par. 108 [nos soulignés].

<sup>595</sup> *Id.*, par. 77.

<sup>596</sup> *Id.*, par. 77. Voir aussi *Proc. Gén. Can. c. Law Society of B.C.*, [1982] 2 R.C.S. 307, 335 et 336 (« (...) L'une des marques d'une société libre est l'indépendance du barreau face à un État de plus en plus envahissant. En conséquence, la réglementation des membres du barreau par l'État, doit, dans la mesure où cela est humainement possible, être exempte de toute ingérence politique dans la fourniture des services aux citoyens, surtout dans les domaines du droit public et du droit pénal. (...) ») [ci-après « *Law Society of B.C. (1982)* »].

<sup>597</sup> Sur le mécanisme et les précisions méthodologiques de ce système d'évaluations mutuelles, voir GROUPE D'ACTION FINANCIERE (GAFI), *Méthodologie d'évaluation de la conformité technique aux recommandations du GAFI et de l'efficacité des systèmes de LBC/FT*, Paris, février 2013 (mise à jour mars 2016), en ligne : <[www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF-Methodologie-2013.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF-Methodologie-2013.pdf)>.

s'appliquant par ailleurs aux avocats, notaires et autres professions juridiques indépendantes à l'égard des transactions considérées comme à haut risque, à savoir l' « achat et vente de biens immobiliers », la « gestion de capitaux, de titres ou autres actifs du client », la « gestion de comptes bancaires, d'épargne ou de titres », l' « organisation des apports pour la création, l'exploitation ou la gestion de sociétés » et la « création, exploitation ou administration de personnes morales ou de constructions juridiques, et achat et vente d'entités commerciales »<sup>598</sup>.

Au terme du quatrième cycle d'évaluation par les pairs du GAFI, la décision de la Cour suprême du Canada dans *Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada* (2015) a été critiquée comme soulevant de « sérieuses préoccupations »<sup>599</sup>. Alors que les conseillers juridiques sont fréquemment impliqués dans les transactions financières impliquant l'immobilier, les fiducies et la constitution des sociétés, la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada ne semble pas démontrer, selon le GAFI, une bonne compréhension des risques élevés que puissent poser certaines transactions (immobilières, incorporation, fiducies) impliquant des conseillers juridiques en ce qui concerne le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes. La Fédération serait notamment « trop confiante » envers la capacité des ordres professionnels de juristes de s'auto-réglementer en cette matière<sup>600</sup>. Le GAFI relève à cet

---

<sup>598</sup> GROUPE D'ACTION FINANCIERE (GAFI), *Recommandations du GAFI – Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération*, Paris, mise à jour octobre 2018 aux pages 19 et 20, en ligne : <[www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Recommandations%20du%20GAFI%202012.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Recommandations%20du%20GAFI%202012.pdf)>.

<sup>599</sup> GROUPE D'ACTION FINANCIERE (GAFI), *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures, Canada. Mutual Evaluation Report*, Paris, 2016 à la page 15, en ligne : <[www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/MER-Canada-2016.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/MER-Canada-2016.pdf)> (« The legal profession in Canada is especially vulnerable to misuse for ML/TF risks, notably due to its involvement in activities exposed to a high ML/TF risk (e.g. real estate transactions, creating legal persons and arrangements, or operation of trust accounts on behalf of clients). Following a 13 February 2015 Supreme Court of Canada ruling legal counsels, legal firms and Quebec notaries are not required to implement AML/CFT measures, which, in light of the risks, raises serious concerns. ») [ci-après « GAFI, *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures, Canada* (2016) »].

<sup>600</sup> *Id.*, par. 217 (« AML/CFT obligations are inoperative towards legal counsels, legal firms and Quebec notaries involved in the activities listed in the standard. In February 2015, the Supreme Court of Canada declared that a portion of Canada's AML/CFT legislation is unconstitutional as to attorneys, because it violates the solicitor-client privilege. Representatives from the private sector and the Canadian authorities confirmed that lawyers in Canada are frequently involved in financial transactions, often related to high-risk sectors, such as real estate, as well as in the formation of trust and companies. In the context of real estate transactions, in particular, lawyers and Quebec notaries provide not only legal advice, but also trading services, and receive sums from clients for the purchase of a property or a business, deposited and held temporarily in their trust accounts. Representatives of the Federation of Law Societies, although aware of the findings of the NRA, did not demonstrate a proper understanding of ML/TF risks of the legal profession. In particular, they appeared overly confident that the mitigation measures adopted by provincial and territorial law societies (i.e., the prohibition of conducting large cash transactions and the identification and record-keeping requirements for certain financial transactions performed on behalf of the clients) mitigate the risks. While monitoring

effet la disparité des normes déontologiques qui pourraient varier d'une province/territoire à l'autre<sup>601</sup>. Plus fondamentalement, il nous semble que le fait d'exclure une partie des transactions financières du regard scrutateur du CANAFE risque de faire échec à la mission de cet organisme indépendant qui mise justement sur une analyse croisée des renseignements provenant de différentes sources pour être en mesure de retracer la provenance de fonds tirés d'activités criminelles.

Lors du premier examen législatif de la *Loi [canadienne] sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* après le jugement *Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada* (2015) de la Cour suprême, le Comité permanent des finances de la Chambre des communes du Canada note l'opinion de plusieurs organismes gouvernementaux (Gendarmerie royale du Canada, ministère fédéral des Finances, gouvernement de la Colombie-Britannique) selon laquelle l'exclusion des conseillers juridiques de l'application de la Loi constituerait « la lacune la plus importante du Régime »<sup>602</sup>. Parmi les témoignages retenus par le Comité, citons les suivants :

Selon la GRC, étant donné que les avocats jouent un grand rôle dans les transactions immobilières et d'affaires, il importe de les inclure dans le Régime. Elle a d'ailleurs réalisé un audit, de juillet 2013 à juin 2017, de 51 affaires ayant trait à des crimes financiers; à la lumière de l'audit, elle a constaté que plus de 75% des avocats en cause étaient soit des suspects directs soit une personne ayant soulevé des doutes au cours de l'enquête.

Dans le cadre de ses déplacements, le Comité a appris de certains témoins qu'il est fréquent que des avocats omettent de vérifier si leurs clients sont inscrits sur les listes de personnes politiquement vulnérables ou les listes de sanctions, faisant observer que rien ne les y oblige. Dans le même ordre d'idées, ces témoins ont précisé que les avocats ne sont pas tenus de se renseigner sur la source de financement de leurs clients et qu'ils croient que leur code de déontologie les oblige à s'intéresser aux questions de blanchiment d'argent et de financement des activités terroristes uniquement dans les cas d'opérations manifestement douteuses.

En ce qui concerne les déclarations au CANAFE, ces témoins ont expliqué que les transferts de 10 000 \$ ou plus depuis le compte en fiducie d'un avocat sont déclarés par la banque qui fournit le compte en

---

measures are applied by the provincial and territorial law societies, they are limited in scope and vary from one province to the other. The on-site visit interviews suggested that the fact that AML/CFT requirements do not extend to legal counsels, legal firms and Quebec notaries also undermines, to some extent, the commitment of REs performing related functions (i.e. real estate agents and accountants). »)

<sup>601</sup> *Id.*

<sup>602</sup> L'honorable Wayne EASTER (président), *Lutte contre le blanchiment d'argent et le financement des activités terroristes : Faire progresser le Canada. Rapport du Comité permanent des finances*, Chambre des Communes, 42<sup>e</sup> légis., 1<sup>ère</sup> sess., novembre 2018, à la page 25, en ligne : <[www.ourcommons.ca/Content/Committee/421/FINA/Reports/RP10170742/finarp24/finarp24-f.pdf](http://www.ourcommons.ca/Content/Committee/421/FINA/Reports/RP10170742/finarp24/finarp24-f.pdf)> [ci-après « EASTER (président), *Rapport du Comité permanent des finances* (2018) »].

question. Toutefois, on ignore la mesure dans laquelle les banques déposeraient des rapports d'opérations suspects sur ces transferts.<sup>603</sup>

Outre le Règlement type de la Fédération sur l'identification des clients, un autre Règlement type de la Fédération, sur les transactions en espèces, interdit à tout juriste la réception d'« un montant global en espèces de 7 500 \$ ou plus en dollars canadiens à l'égard d'un dossier ou d'une transaction d'un client »<sup>604</sup>, sauf exceptions, notamment « pour des honoraires professionnels, débours, dépenses ou cautions, pourvu que tout remboursement tiré de ces reçus soit également fait en espèces »<sup>605</sup>. Des exigences plus strictes en ce qui concerne la tenue de la documentation sont également prévues en cas de réception de montant en espèces<sup>606</sup>. Cette documentation doit être conservée pour une période d'au moins six ans<sup>607</sup>. En cas de soupçon(s) d'activités criminelles, telles qu'« une fraude en matière hypothécaire ou le blanchiment d'argent », le juriste concerné a l'obligation de mener « une enquête raisonnable »<sup>608</sup> et de consigner les résultats de cette enquête sur un registre. Ces deux Règlements types ont fait l'objet d'une révision en 2018 à la suite du rapport final présenté par le Groupe du travail sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement des activités terroristes de la Fédération<sup>609</sup>. Il en a résulté l'ajout, au Règlement type sur l'identification (2008), d'une obligation de surveillance continue à l'égard des activités d'un client<sup>610</sup>. Le juriste doit consigner les mesures prises à cet effet et se retirer, le cas échéant, d'un

---

<sup>603</sup> *Id.*, à la page 26.

<sup>604</sup> FEDERATION DES ORDRES PROFESSIONNELS DE JURISTES DU CANADA, *Règlement type sur les transactions en espèces*, adopté en date du juillet 2004, art. 1.

<sup>605</sup> *Id.*, art. 4(d).

<sup>606</sup> FEDERATION DES ORDRES PROFESSIONNELS DE JURISTES DU CANADA, *Règlement type sur les exigences de tenue de registres pour les transactions en espèces*, art. 2 :

2. En plus des exigences actuelles relatives aux dossiers financiers, chaque juriste qui reçoit un montant en espèces pour un client devra tenir un registre des duplicata de reçus, lesquels reçus indiqueront la date de réception du montant en espèces, la personne de qui provient le montant en espèces, le montant reçu en espèces, le client pour qui le montant en espèces est reçu, ainsi que tout numéro de dossier à l'égard duquel un montant en espèces est reçu et qui contient la signature autorisée par le juriste qui reçoit le montant en espèces et la signature de la personne de qui provient le montant en espèces.

<sup>607</sup> *Id.*, art. 5.

<sup>608</sup> Concernant notamment l'identité des personnes propriétaires en droit ou de fait des biens et des entités commerciales, l'identité des dirigeants d'entités commerciales ainsi que la nature et l'objet de transactions complexes ou inhabituelles : FEDERATION DES ORDRES PROFESSIONNELS DE JURISTES DU CANADA, *Observation type ou explications sur les règles de déontologie se rapportant au blanchiment d'argent (dans le contexte des règles sur la malhonnêteté d'un client, un acte de fraude commis par un client, etc.)*.

<sup>609</sup> GROUPE DE TRAVAIL SUR LA LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT D'ARGENT ET LE FINANCEMENT DES ACTIVITES TERRORISTES, *Rapport final sur les règlements types*, Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, 1<sup>er</sup> octobre 2018, en ligne : <flsc.ca/wp-content/uploads/2018/10/Rapport-final-sur-les-r%C3%A8glements-type-1octobre2018.pdf>.

<sup>610</sup> Règlement type sur l'identification des clients (2008), préc., note 590, art. 10 :

mandat qu'il « sait ou devrait savoir qu'il contribue ou pourrait contribuer à une fraude ou autre conduite illégale du client »<sup>611</sup>. Au reste, « [l]a nature, l'étendue et la fréquence de la surveillance périodique et le type de renseignements qui doivent être consignés dépendront de ce qui est raisonnable dans chaque situation en tenant compte du client, de la nature du travail, de la durée prévue du mandat et des services fournis »<sup>612</sup>. La Fédération a cependant identifié des facteurs de risque plus élevés qui doivent sonner l'alarme et justifier une surveillance plus diligente, notamment

lorsque le comportement, les activités ou les directives du client sont inhabituels ou incohérents; lorsqu'une transaction de valeur relativement élevée est entreprise sans financement; lorsque les dispositions de financement ou les sources des fonds sont obscures ou inexplicables; lorsque le client est un représentant élu ou autre personne politiquement vulnérable, tel que défini par la loi; lorsque la transaction concerne un pays qui a été identifié par les autorités compétentes comme présentant des faiblesses au niveau de ses lois et ses mesures pour lutter contre le blanchiment d'argent.<sup>613</sup>

À l'occasion de la révision des Règlements types de 2018, le Groupe de travail de la Fédération sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement des activités terroristes a par ailleurs recommandé l'adoption d'un nouveau *Règlement type sur la comptabilité de fiducie*<sup>614</sup>, restreignant l'utilisation par les juristes de leur compte en fidéicommiss à des fins qui ne seraient pas directement liées aux services juridiques<sup>615</sup>.

- 
- (1) Si un juriste, alors qu'il est engagé par un client, sait ou devrait savoir qu'il contribue ou pourrait contribuer à une fraude ou autre conduite illégale du client, le juriste doit cesser de représenter le client.
  - (2) Le présent article s'applique à tous les dossiers pour lesquels un juriste a été engagé avant l'entrée en vigueur du présent règlement, ainsi qu'à tous les dossiers pour lesquels il est engagé après l'entrée en vigueur du présent règlement.

<sup>611</sup> *Id.*

<sup>612</sup> GROUPE DE TRAVAIL SUR LA LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT D'ARGENT ET LE FINANCEMENT DES ACTIVITES TERRORISTES, *Lignes directrices sur les obligations de surveillance. Identification et vérification des clients*, Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, 6 juillet 2020, à la page 2, en ligne : <[flsc.ca/wp-content/uploads/2020/07/Lignes-directrices-sur-les-obligations-de-surveillance.pdf](http://flsc.ca/wp-content/uploads/2020/07/Lignes-directrices-sur-les-obligations-de-surveillance.pdf)>.

<sup>613</sup> *Id.*, à la page 2. Des risques particuliers liés à cinq domaines de pratique les plus vulnérables (biens immobiliers, fiducies, crédit privé, sociétés-écrans et litiges) font l'objet d'une exposition plus détaillée dans GROUPE DE TRAVAIL SUR LA LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT D'ARGENT ET LE FINANCEMENT DES ACTIVITES TERRORISTES, *Avis à la profession juridique concernant les risques. Avis relatifs aux risques de blanchiment d'argent et de financement d'activités terroristes*, décembre 2019, Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, décembre 2019, en ligne : <[flsc.ca/wp-content/uploads/2020/01/AvisFRV6Fin-1.pdf](http://flsc.ca/wp-content/uploads/2020/01/AvisFRV6Fin-1.pdf)>.

<sup>614</sup> FEDERATION DES ORDRES PROFESSIONNELS DE JURISTES DU CANADA, *Règlement type sur la comptabilité de fiducie*, en ligne : <[flsc.ca/wp-content/uploads/2018/10/R%C3%A8glement-type-sur-la-comptabilit%C3%A9-de-fiducie.pdf](http://flsc.ca/wp-content/uploads/2018/10/R%C3%A8glement-type-sur-la-comptabilit%C3%A9-de-fiducie.pdf)>.

<sup>615</sup> *Id.*, art. 1 : « Un juriste doit verser dans un compte en fidéicommiss ou retirer d'un compte en fidéicommiss, ou permettre le versement dans un tel compte ou le retrait d'un tel compte, uniquement de l'argent qui est directement lié aux services juridiques que fournit le juriste ou le cabinet juridique. »

En relevant que les dispositions du Règlement type de la Fédération sur l'identification des clients ont été reproduites, à quelques précisions près, par les barreaux des différentes provinces et territoires<sup>616</sup>, la Cour suprême du Canada a tenu pour acquis que le Règlement type représente ce que la profession juridique estime nécessaire pour assurer tant l'intérêt public sur la prévention de la fraude que l'intérêt particulier des clients qui ont requis les services de leurs conseillers juridiques. Cela étant, il demeure libre aux différents barreaux de prévoir des exigences plus strictes ou d'autres obligations s'ajoutant au modèle du Règlement type. Ainsi, avant l'adoption par la Fédération du *Règlement type sur la comptabilité de fiducie* par suite des recommandations du Groupe de travail en 2018, plusieurs barreaux pourvoient déjà à l'obligation pour les avocats de rattacher la détention des sommes en fidéicommiss aux services juridiques à rendre<sup>617</sup>. Au Québec, le *Règlement sur la comptabilité et les normes d'exercice professionnel des avocats*<sup>618</sup> impose aux avocats, outre une interdiction de principe de recevoir en fidéicommiss – sauf exceptions limitativement énumérées – une somme en espèces de 7 500 \$ ou plus « pour un même mandat ou contrat de service »<sup>619</sup>, l'obligation de déclarer la réception d'une telle somme en espèces au directeur de l'inspection professionnelle du Barreau dans les 30 jours de la réception<sup>620</sup>. Il s'agit des obligations (déontologiques) similaires à ce qui est prévu dans la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, à cette exception près que le respect des dispositions déontologiques est assuré par le syndic du barreau plutôt que par un

---

<sup>616</sup> *Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada* (2015), préc., note 233, par. 107.

<sup>617</sup> Voir par exemple au Québec, le *Règlement sur la comptabilité et les normes d'exercice professionnel des avocats*, L.R.Q., c. B-1, r. 5, art. 47 :

Les sommes d'argent en fidéicommiss détenues par l'avocat doivent être rattachées à l'exécution d'un contrat de service ou d'un mandat licite, clairement défini et relié à l'exercice de sa profession.

Ne constitue pas l'exercice de la profession, le seul fait de détenir des sommes d'argent dans un compte en fidéicommiss.

<sup>618</sup> *Id.*

<sup>619</sup> *Id.*, art. 69 :

**69.** L'avocat ne peut recevoir en fidéicommiss, pour un même mandat ou contrat de service, une somme en espèces de 7 500 \$ ou plus sauf lorsque cette somme lui est remise :

1° par une institution financière;

2° par un organisme public;

3° conformément à une ordonnance de la Cour ou pour payer une amende ou une sanction;

4° par un agent de la paix, un organisme chargé de l'application de la loi ou autre mandataire de l'État dans l'exercice officiel de ses fonctions;

5° pour dépôt à la Cour afin d'obtenir la mise en liberté d'une personne détenue;

6° à titre d'avance d'honoraires ou de débours.

<sup>620</sup> *Id.*, art. 71. Un manquement à cette obligation peut être considéré comme un acte dérogoatoire à l'honneur et à la dignité de la profession, sanctionné notamment à l'article 59.2 du *Code des professions*, préc., note 233 : *Barreau du Québec (syndique adjointe) c. Lebel*, 2019 QCCDBQ 84, par. 90 et 91.

organisme externe à l'ordre professionnel, fût-il un organisme indépendant. Reprenant la terminologie employée par la juge Arbour dans *Lavallee* (2002), il ne semble pas y avoir d'« intervention légale indépendante »<sup>621</sup>, lorsque le secret professionnel de l'avocat est concerné, en dehors des barreaux des différentes provinces ou de la Chambre des notaires du Québec.

Dans la mesure où il n'y aurait que les professions juridiques elles-mêmes qui seraient autorisées à déterminer ce qui leur est permis (ou non) de faire et de surveiller les activités de leurs membres, on frôle de très près la conception large de l'indépendance du barreau voulant que les avocats soient « à l'abri de toute ingérence extérieure, notamment de la part des pouvoirs publics »<sup>622</sup>.

Le statut constitutionnel du principe de l'indépendance du barreau n'a pas (encore) fait l'objet d'un traitement approfondi par le plus haut tribunal du pays. Il a déjà été plaidé, jusque devant la Cour d'appel fédérale, qu'il s'agit d'un « principe constitutionnel non écrit qui découle en grande partie de la garantie constitutionnelle de l'indépendance de la magistrature, composante de la primauté du droit »<sup>623</sup>. Quoique la Cour suprême ait décliné de statuer définitivement sur ce point dans *Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada* (2015)<sup>624</sup>, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'avait hissée au rang de principe de justice fondamentale au sens des arrêts *Malmo-Levine* (2003) et *Canadian Foundation for Children* (2004) précités, à savoir un principe juridique qui est le fruit d'un consensus substantiel sur son caractère essentiel au bon fonctionnement du système de justice et qui peut être identifié avec suffisamment de précision pour être appliqué avec des résultats prévisibles<sup>625</sup>.

En rattachant habilement l'indépendance du barreau à l'indépendance de la magistrature en tant que norme constitutionnelle non écrite<sup>626</sup> ou en tant que principe de justice fondamentale au sens

---

<sup>621</sup> *Lavallee* (2002), préc., note 38, par. 41.

<sup>622</sup> *Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada* (2015), préc., note 233, par. 77.

<sup>623</sup> *Barreau du Haut-Canada c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 243, par. 47 (demande pour autorisation d'appeler rejetée, C.S.C., 11-12-2008, 32823). Voir aussi Patrick J. MONAHAN, « L'indépendance du barreau en tant que principe constitutionnel au Canada », dans BARREAU DU HAUT-CANADA (dir.), *Dans l'intérêt public : rapport et articles du groupe d'étude du barreau du Haut-Canada sur la règle de droit et l'indépendance du barreau*, Toronto, Irwin Law, 2007, p. 127.

<sup>624</sup> *Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada* (2015), préc., note 233, par. 80.

<sup>625</sup> *Federation of Law Societies of Canada v. Canada (Attorney General)*, 2013 BCCA 147, par. 105 et suiv.

<sup>626</sup> *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3. Voir aussi Roy MILLEN, « The independence of the Bar: an unwritten constitutional principle », (2005) 84-1 *R. du B. can.* 107.



de l'article 7 de la Charte canadienne, l'indépendance du barreau se distingue – subtilement mais sûrement – de la traditionnelle autonomie administrative qui a été accordée, dans l'intérêt public, aux divers ordres professionnels<sup>627</sup>. Cette autonomie administrative découle d'une délégation du pouvoir législatif<sup>628</sup> en faveur d'un système d'examen par les pairs<sup>629</sup>, reconnaissant par là l'expertise particulière d'un ordre professionnel pour assurer la bonne conduite de ses membres eu égard aux conditions d'exercice de la profession<sup>630</sup>, la qualité des services rendus au public et, au sens large, la protection du public. Le *Code des professions* du Québec le reconnaît expressément : la raison d'être principale de chaque ordre professionnel est la protection du public, pour laquelle il lui incombe notamment de « contrôler l'exercice de la profession par ses membres »<sup>631</sup>.

À l'instar de toute délégation du pouvoir législatif, il revient au législateur de préciser, de restreindre ou d'étendre la portée de cette délégation. Les tribunaux ne remettent pas en question ce principe lorsque sont concernés les ordres professionnels autres que les professions juridiques.

À l'égard de ces dernières, la Cour suprême rappelle que :

... l'autonomie administrative de la profession [juridique] est soumise à des restrictions protectrices importantes, telles que l'officier taxateur, l'appel devant les cours de toute mesure prise par les Benchers, l'existence du procureur général en tant que Bencher d'office et la nécessité du fondement législatif de la totalité ou d'une partie des pouvoirs conférés à l'Association [Law Society of British Columbia]. Quoi qu'il en soit, cette décision relève de la province.<sup>632</sup>

Cette délégation de pouvoir va-t-elle jusqu'à habiliter les barreaux à définir ce qui constitue l'intérêt public à protéger ? En principe, une délégation de pouvoir ne va pas jusqu'à déléguer à l'organisme le pouvoir de délimiter la portée de cette délégation. Ce principe est au cœur de la norme de révision stricte (décision correcte) qu'appliquent les cours supérieures à l'égard des

---

<sup>627</sup> *Pearlman c. Comité Judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869, 887 : « (...) c'est dans l'intérêt public que l'on a décidé d'accorder l'autonomie administrative aux diverses professions, et à la profession juridique en particulier. »

<sup>628</sup> *Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17, par. 1 et 22.

<sup>629</sup> *Id.*, 890 :

À mon avis, l'efficacité de l'autonomie administrative repose en grande partie sur le concept de l'examen effectué par des pairs. Si une société du barreau autonome veut faire respecter un code de déontologie par ses membres, comme l'exige en réalité l'intérêt public, il est essentiel qu'elle ait le pouvoir d'infliger des sanctions à ses membres. Il est tout à fait approprié qu'un individu dont la conduite doit être appréciée, soit jugé par un groupe formé de ses pairs qui sont eux-mêmes assujettis aux règles et normes que l'on fait appliquer. (...)

<sup>630</sup> *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, 2018 CSC 32, [2018] 2 R.C.S. 293, par. 36 [ci-après « *Trinity Western* (2018) »].

<sup>631</sup> *Code des professions*, préc., note 233, art. 23.

<sup>632</sup> *Law Society of B.C.* (1982), préc., note 596, 336.

décisions touchant à la délimitation et à la portée de la compétence d'un décideur administratif<sup>633</sup>. Il s'agit d'une des situations où la primauté du droit – principe constitutionnel non écrit<sup>634</sup> – « commande l'application de la norme de la décision correcte »<sup>635</sup>. Or, certains commentaires de la Cour suprême du Canada semblent laisser croire qu'il reviendrait également aux barreaux de définir les contours de cet intérêt public :

... lorsque les assemblées législatives délèguent la réglementation de la profession juridique à un barreau, son interprétation de l'intérêt public commande la déférence. Cette déférence reflète bien l'intention du législateur, reconnaît l'expertise institutionnelle du barreau, découle de la portée de l'« intérêt public » et favorise l'indépendance du barreau.<sup>636</sup>

À la différence d'une simple (autonomie) administrative, l'indépendance du barreau éveillerait par ailleurs une résonance politique en ce qu'elle peut se définir vis-à-vis de « toute ingérence politique dans la fourniture de services aux citoyens, surtout dans les domaines du droit public et du droit pénal »<sup>637</sup>. Cette absence d'ingérence politique, qui partage des traits communs avec l'indépendance judiciaire certes, n'équivaut cependant pas à se placer au-dessus des lois.

\*\*\*

Depuis l'arrêt *Lavallee* (2002) donc, la Cour suprême du Canada a consolidé le statut quelque peu « privilégié » de la profession juridique par rapport à tous les autres ordres professionnels, non seulement dans les domaines criminel et pénal, mais également en matière réglementaire. Notamment, la Cour est arrivée à préserver la mainmise des barreaux à l'abri de la réglementation sur la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement des activités terroristes, qui participe aussi de la protection du public au même titre que les normes déontologiques applicables aux avocats et notaires<sup>638</sup>. Une rhétorique alliant adroitement la protection du secret professionnel des conseillers juridiques avec le principe de l'indépendance du barreau comme participant tous les deux de l'intérêt de la justice a justifié un traitement distinct des privilèges de confidentialité touchant une relation avocat/notaire-client.

---

<sup>633</sup> *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65 [ci-après « *Vavilov* (2019) »].

<sup>634</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 [ci-après « *Re sécession du Québec* (1998) »].

<sup>635</sup> *Vavilov* (2019), préc., note 633, par. 17.

<sup>636</sup> *Trinity Western* (2018), préc., note 630, par. 38 [nos soulignés].

<sup>637</sup> *Law Society of B.C.* (1982), préc., note 596, 335 et 336.

<sup>638</sup> *Barreau du Québec (syndic adjoint) c. Krief*, 2014 QCCDBQ 29, par. 27.

En effet, il est intéressant de comparer ce traitement distinct par rapport aux secrets professionnels liant les membres d'autres ordres professionnels à leurs clients ainsi qu'aux contestations constitutionnelles invoquées par ces autres ordres professionnels sur la base des mêmes arguments, à savoir le respect du secret professionnel liant leurs membres aux clients.

En matière d'obligations de déclaration prévues par la *Loi [canadienne] sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, le rapport d'évaluation par les pairs de GAFI note que le non-assujettissement des juristes à ces obligations nuit également à la volonté de conformité des autres professionnels dont les courtiers immobiliers et les comptables<sup>639</sup>. Le Rapport du Comité permanent des finances de la Chambre des Communes sur l'application de la Loi canadienne recommande, de son côté, que le Canada adopte un modèle de déclarations analogue à celui du Royaume-Uni<sup>640</sup>, avec la création d'une entité au sein de l'unité de renseignements financiers (p. ex. le CANAFE) pour superviser la manière dont les ordres professionnels œuvrant dans les domaines juridiques ainsi que de la comptabilité traitent les déclarations de renseignements provenant de leurs membres<sup>641</sup>. Au Royaume-Uni, cette autonomie relative est toutefois encadrée par l'unité de renseignements financiers en ce que les ordres professionnels souhaitant bénéficier de ce traitement distinct doivent d'abord soumettre une demande à l'unité de renseignements financiers en lui exposant la manière dont ils prévoient satisfaire aux obligations prévues par la loi en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement des activités terroristes<sup>642</sup>. Le cas échéant, l'unité de renseignements financiers émettra une recommandation au Conseil du Trésor pour une modification de la loi à cet effet<sup>643</sup>. En tant que l'équivalent de l'unité de renseignements financiers pour ses membres, les obligations de chacun des ordres professionnels sont également balisées par la loi à cet effet, comme la nécessité d'adopter une approche de supervision basée sur le risque dans ses fonctions de

---

<sup>639</sup> GAFI, *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures, Canada* (2016), préc., note 599, à la page 81 : « The on-site visit interviews suggested that the fact that AML/CFT requirements do not extend to legal counsels, legal firms and Quebec notaries also undermines, to some extent, the commitment of REs [Reporting Entities] performing related functions (i.e. real estate agents and accountants). »

<sup>640</sup> EASTER (président), *Rapport du Comité permanent des finances* (2018), préc., note 602, à la page 34.

<sup>641</sup> Voir *The Oversight of Professional Body Anti-Money Laundering and Counter Terrorist Financing Supervision Regulations 2017*, S.I. 2017/1301.

<sup>642</sup> *Id.*, art. 4.

<sup>643</sup> *Id.*, art. 5.

supervision ainsi que l'obligation de mener des évaluations de risques et de prendre des mesures d'inspection aux fréquences et de la manière déterminées par la loi<sup>644</sup>.

Si les obligations de déclarations prévues dans la *Loi [canadienne] sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* n'ont pas été contestées par d'autres ordres professionnels que les conseillers juridiques, il en va différemment des exceptions à la confidentialité prévues dans d'autres lois, dont la *Loi [québécoise] sur l'encadrement du secteur financier*.

Depuis le 1<sup>er</sup> février 2004, l'Autorité des marchés financiers (AMF) est l'organisme mandaté par le gouvernement pour encadrer, de façon intégrée, le secteur financier québécois, comprenant les domaines de l'assurance, des valeurs mobilières, des instruments dérivés ainsi que de la distribution de produits et services financiers. À ce titre, l'AMF est investie des pouvoirs d'inspection et d'enquêtes, tant administratives que pénales, à l'égard des personnes et entreprises assujetties. Dans le cadre des enquêtes, même pénales, menées par l'AMF contre une personne soupçonnée de conduite frauduleuse en matière de produits et services financiers, un comptable professionnel agréé (CPA), en particulier, ne peut opposer à l'AMF le secret professionnel qui le lie à son client pour refuser de communiquer un renseignement relatif à une personne ou à une société<sup>645</sup>. Cette exception limitative d'inopposabilité ne s'applique cependant pas aux ordres professionnels autres que celui des comptables professionnels agréés (CPA)<sup>646</sup>. Par ailleurs, toute personne est, en vertu de l'article 17.0.1 de la *Loi sur l'encadrement du secteur financier*, autorisée à dénoncer à l'AMF un manquement (passé ou à craindre) à une des lois dont l'application a été confiée à cette dernière, et ce, malgré « toute obligation de loyauté ou de confidentialité pouvant la lier, notamment à l'égard ... de son client », à l'exception cependant du « secret professionnel liant l'avocat ou le notaire à son client »<sup>647</sup>. Cette dernière disposition a été introduite par le projet de loi n° 14 visant principalement à améliorer l'encadrement du secteur financier et est entrée en vigueur le 13 juin 2018 à la suite de l'implantation du programme de divulgation par l'AMF afin de faciliter la détection et la prévention des infractions aux lois et règlements administrés par

---

<sup>644</sup> *The Money Laundering, Terrorist Financing and Transfer of Funds (Information on the Payer) Regulations 2017*, art. 46.

<sup>645</sup> *Loi sur l'encadrement du secteur financier*, préc., note 384, art. 15.1.

<sup>646</sup> *Id.*, art. 15.1.

<sup>647</sup> *Id.*, art. 17.0.1.

l'AMF ainsi que d'en minimiser les conséquences sur les victimes<sup>648</sup>. Dans son mémoire présenté à la Commission des finances publiques avant l'adoption du projet de loi en cause, l'Ordre des comptables professionnels agréés (CPA) avait déjà soulevé les « effets pervers potentiels » du projet d'article 17.0.1 qui autoriserait toute dénonciation, quelle qu'en soit la gravité, à un manquement méritant l'attention de l'AMF, « contrairement aux programmes de dénonciation de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario et de la *Securities and Exchange Commission* américaine, qui limitent la dénonciation par les CPA et les auditeurs aux seuls manquements susceptibles de causer un préjudice financier important »<sup>649</sup>. À la suite de l'adoption de cet article, cet argument a été repris par l'Ordre des CPA dans sa demande en contestation constitutionnelle de l'article 17.0.1, voulant qu'il aurait pour effet de transformer « ses membres en enquêteurs de l'AMF, faisant ainsi de tout CPA un agent de l'État québécois »<sup>650</sup>. Alors que « le lien de confiance entre un client et un CPA est essentiel à la protection du public » et que « le secret professionnel né d'une telle relation est un droit fondamental garanti par l'article 9 de la Charte québécoise », la disposition contestée « ne comporte aucune balise pour l'exercice du “droit” ainsi conféré à un CPA de dénoncer son client dans la mesure où la disposition attaquée l'autoriserait à faire abstraction de son secret professionnel selon son seul “souhait”, à l'égard de “tout renseignement”, lequel, subjectivement, peut constituer un “manquement” à une des lois sous la juridiction de l'AMF »<sup>651</sup>. Il s'agit des arguments très similaires à ceux invoqués dans les arrêts *Lavallee* (2002), *Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada* (2015) et *Chambre des notaires du Québec – LIR* (2016) à l'égard du secret professionnel liant un client à son conseiller juridique. L'arrêt *Lavallee* (2002) a aussi été cité au soutien de la requête de l'Ordre des CPA en déclaration d'inconstitutionnalité.

---

<sup>648</sup> Sur le programme de divulgation (lanceurs d'alerte) de l'AMF, voir le dépliant AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS (AMF), *Sonnez l'alarme! Programme de dénonciation. Aidez-nous à vous protéger*, en ligne : <[lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/grand\\_public/publications/consommateurs/assistance-plainte-indemnisation/depliant-programme-denonciation-2017\\_fr.pdf](http://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/grand_public/publications/consommateurs/assistance-plainte-indemnisation/depliant-programme-denonciation-2017_fr.pdf)>.

<sup>649</sup> ORDRE DES COMPTABLES PROFESSIONNELS AGREES DU QUEBEC (CPA), *Mémoire présenté à la Commission des finances publiques dans le cadre des consultations particulières et des auditions publiques sur le projet de loi n° 141 – Loi visant principalement à améliorer l'encadrement du secteur financier, la protection des dépôts d'argent et le régime de fonctionnement des institutions financières*, 17 janvier 2018, à la page 8, en ligne : <[cpaquebec.ca/media/docs/salle-de-presse/memoires/2018-01-17-memoire-projet-de-loi-141.pdf](http://cpaquebec.ca/media/docs/salle-de-presse/memoires/2018-01-17-memoire-projet-de-loi-141.pdf)>.

<sup>650</sup> *Ordre des comptables professionnels agréés du Québec c. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCS 3382, par. 11.

<sup>651</sup> *Id.*, par. 9.

En rejetant la demande (préliminaire) de sursis à l'application de la disposition contestée en attendant l'issue de la requête, la Cour supérieure avait relevé que, contrairement à l'arrêt *Lavallee* (2002) ainsi qu'à d'autres dispositions de la même Loi, l'article 17.0.1 en cause ne crée pas une obligation de divulgation, mais vise, de concert avec les articles suivants (17.0.2 à 17.0.5), « à conférer une protection accrue aux dénonciateurs (*whistle-blowers*), c'est-à-dire à toute personne qui, de façon volontaire, entreprendrait de communiquer à l'AMF des renseignements susceptibles de démontrer un manquement à une loi administrée par cette dernière »<sup>652</sup>. Cela étant, la même cour a finalement accueilli le pourvoi en contrôle judiciaire de l'Ordre des CPA en déclarant l'article 17.0.1 inapplicable à l'égard des CPA<sup>653</sup>. Comme nous avons mentionné plus haut, c'est dans cette décision que le tribunal a refusé d'élever le secret professionnel du (juri)comptable au rang de principe de justice fondamentale, du moins lorsque la consultation est donnée dans le cadre ou en vue d'un litige. De l'avis du tribunal, l'article 17.0.1 achoppe aussi au chapitre de l'atteinte minimale. La loi « devrait minimalement prévoir des étapes intermédiaires en vertu desquelles les autorités supérieures de l'entreprise devraient être informées du problème avant qu'il n'y ait dénonciation à l'autorité publique »<sup>654</sup>, en plus d'un devoir d'information au client afin que ce dernier puisse faire valoir son droit d'opposition aux renseignements confidentiels le concernant<sup>655</sup>. Ce jugement a été porté en appel le 26 novembre 2021.

À notre avis, l'existence d'une discrétion ne justifie certes pas en soi toute violation du secret professionnel par le professionnel même sur qui repose avant tout une obligation de loyauté envers son client, puisque le secret professionnel est un droit appartenant au client<sup>656</sup>. On n'est pas sans rappeler l'arrêt *Smith c. Jones* (1999), où la Cour suprême a jugé nécessaire de baliser strictement l'exception (discrétionnaire) de la vie et de la sécurité d'autrui comme pouvant justifier la levée du secret professionnel en cas de préjudice (corporel et psychologique) important et imminent vis-à-vis d'un groupe identifiable de personnes. Devrait-on cependant élargir l'application de cette exception au cas d'un préjudice financier, voire environnemental important ? Il pourrait s'agir d'un autre critère à considérer au chapitre de l'atteinte minimale. Dans quelle mesure une discrétion de divulgation pourrait-elle être permise en cas d'un « préjudice financier important » ? Nous avons

---

<sup>652</sup> *Id.*, par. 18.

<sup>653</sup> *Ordre des CPA* (2021), préc., note 302.

<sup>654</sup> *Id.*, par. 34.

<sup>655</sup> *Id.*, par. 35.

<sup>656</sup> *Cf. Code de déontologie des comptables professionnels agréés*, préc., note 362, art. 36.12.

vu plus haut que certains codes de déontologie des avocats, dont celui du Nouveau-Brunswick, pourvoient déjà à cette possibilité. L'analogie nous paraît intéressante, et il y aurait lieu d'examiner de plus près les paramètres appropriés à cette dénonciation, du moins à titre préventif à l'égard des manquements qui sont sur le point d'être commis.

### **3.4. Des exceptions de divulgation justifiées par l'intérêt public**

En attendant, du côté des conseillers juridiques, les seules exceptions au principe de la protection du secret professionnel seraient limitées, comme nous le verrons à l'instant, à des fins d'inspections et d'enquêtes administratives participant de la raison d'être des organismes de surveillance, tels l'Office des professions et les procédures disciplinaires (3.4.1); plus récemment, s'y greffe également l'Office canadien de surveillance des activités en matière de sécurité nationale et de renseignement (OCSSNR) (3.4.2).

#### **3.4.1. Devant le conseil de discipline**

Pour les juristes québécois, la plus connue de ces exceptions est certainement celle prévue à l'article 149 du *Code des professions*, consacrant spécifiquement l'obligation pour le professionnel ou tout autre témoin convoqué devant le Conseil de discipline de « répondre à toutes les questions » sans possibilité d'« invoquer son obligation de respecter le secret professionnel pour refuser de répondre »<sup>657</sup>. Comme toute exception, cette dernière s'interprète restrictivement : ainsi, le secret professionnel dont il est question renvoie au secret professionnel liant un professionnel à ses clients dans l'exercice de ses fonctions, et non pas le secret professionnel appartenant au professionnel sous investigation en tant que client d'un autre professionnel<sup>658</sup>. À cet égard, la Cour

---

<sup>657</sup> *Code des professions*, préc., note 233, art. 149 :

Le témoin ou le professionnel qui témoigne devant le conseil est tenu de répondre à toutes les questions. Son témoignage est privilégié et ne peut être retenu contre lui devant une instance juridictionnelle. Il ne peut invoquer son obligation de respecter le secret professionnel pour refuser de répondre.

Lorsqu'il y a ordonnance de huis clos au cours d'une séance conformément à l'article 142, toute personne au courant de ce témoignage est elle-même tenue au secret, sauf le droit du président de l'ordre dont est membre le professionnel et des membres du Tribunal des professions d'en être informés dans l'exécution de leurs fonctions.

<sup>658</sup> *Tessier c. Tribunal des professions*, 2015 QCCS 5121, par. 90 :

... la prétention du requérant que le Tribunal des professions aurait erré en confondant les droits de l'avocat et les obligations du professionnel, en l'espèce l'intimée, durant le cours d'une enquête du syndic est mal fondée. Les dispositions du *Code des professions* doivent être appliquées en tenant compte du contexte factuel particulier de la présente affaire. En l'espèce, le Tribunal des professions a raison d'affirmer dans sa décision ce qui suit :

d'appel de la Colombie-Britannique a statué que cette obligation statutaire de répondre, telle que consacrée dans une disposition équivalente du *Legal Profession Act* de la Colombie-Britannique, s'applique même lorsque les personnes qui avaient logé une plainte contre l'avocat auprès du syndic ne sont pas les clients de l'avocat poursuivi en discipline<sup>659</sup>. En effet, le *Legal Profession Act* de la Colombie-Britannique avait pourvu au maintien du privilège avocat-client à la fois vis-à-vis de l'émetteur et du récipiendaire de l'information nonobstant sa divulgation dans le cadre ou en vue d'une audience disciplinaire. Ce maintien repose sur une fiction juridique à l'effet que le professionnel tenu de répondre au conseil de discipline est réputé ne pas avoir violé son obligation au respect du secret professionnel<sup>660</sup>. De l'avis de la Cour d'appel de Colombie-Britannique, ce mécanisme opère un compromis suffisant entre le secret professionnel et le contrôle de l'intégrité de la profession<sup>661</sup>.

---

[60] Le législateur a prévu à plusieurs articles du *Code des professions* la levée du secret professionnel. Ces articles visent les situations d'un client en relation avec un professionnel qui fait l'objet d'une enquête. Un professionnel ne peut alors refuser de répondre aux questions d'un syndic, d'un conseil de discipline ou du Tribunal des professions en alléguant le secret professionnel envers son client. Lorsque l'objet d'une enquête vise la relation d'un client avec un professionnel, il est compréhensible que le secret professionnel entre ces deux personnes ne puisse faire obstacle à une enquête déontologique sur le comportement du professionnel.

[61] Si le législateur avait voulu priver un professionnel du bénéfice du secret professionnel liant son avocat dans le cadre d'une consultation, il aurait exprimé sa volonté de manière claire, et ce, dans un texte précis. Ne l'ayant pas fait, il faut donner une interprétation restrictive à ces articles du *Code des professions*.

<sup>659</sup> *Skogstad v. The Law Society of British Columbia*, 2007 BCCA 310 [ci-après « *Skogstad (2007)* »]. Dans cette affaire, le client était décédé avant l'audience du conseil de discipline et n'avait pas renoncé explicitement à son droit au respect du secret professionnel.

<sup>660</sup> *Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9, art. 88 :

- (1) A lawyer who, in accordance with this Act and the rules, provides the society with any information, files or records that are confidential, or subject to a solicitor client privilege, is deemed conclusively not to have breached any duty or obligation that would otherwise have been owed to the society or the client not to disclose the information, files or records.
- (2) Despite section 14 of the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, a person who, in the course of carrying out duties under this Act, acquires information, files or records that are confidential or are subject to solicitor client privilege has the same obligation respecting the disclosure of that information as the person from whom the information, files or records were obtained.
- (3) A person who, during the course of an investigation, audit, inquiry or hearing under this Act, acquires information or records that are confidential or subject to solicitor client privilege must not disclose that information or those records to any person except for a purpose contemplated by this Act or the rules.

<sup>661</sup> *Skogstad (2007)*, préc., note 659, par. 17 à 21 :

17. In this case, the member says that he wants to know whether he is free to breach solicitor-client privilege. In my view, he is free to do so.
18. On a plain reading of s. 88(1) there would be no violation of solicitor-client privilege if the member were to answer the question put to him by counsel for the Law Society. He would be "deemed conclusively not to have breached any duty or obligation" to the client.



Le cas échéant, conjuguant l'obligation de témoigner avec le souci de protection contre l'auto-incrimination<sup>662</sup>, le témoignage ne peut toutefois être retenu contre le témoin devant une instance juridictionnelle, qu'elle soit pénale<sup>663</sup> ou civile<sup>664</sup>. Cette précision complète les garanties (quasi) constitutionnelles enchâssées à l'article 38 de la Charte québécoise<sup>665</sup> et l'article 13 de la Charte canadienne, ainsi que les protections codifiées à l'article 285 du *Code de procédure civile*<sup>666</sup> et à l'article 5 de la *Loi sur la preuve du Canada* relativement à l'utilisation d'un témoignage antérieur contre son auteur. Dans tous les cas, il ne s'agit pas d'un droit de ne pas témoigner ou répondre aux questions qui tendent à incriminer son auteur, mais d'un droit de s'opposer à l'introduction (ultérieure) de ce témoignage devant une autre instance à des fins incriminantes<sup>667</sup>.

À cette protection contre l'auto-incrimination ou l'utilisation de la preuve testimoniale s'ajoute un complément de protection – du moins en matière criminelle et pénale – contre l'utilisation préjudiciable d'une preuve dérivée des révélations faites au cours du témoignage. Cette « immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée », fondée sur l'article 7 de la Charte canadienne, veut qu'une « preuve dérivée qui n'aurait pas pu être obtenue, ou dont on n'aurait pas

- 
19. The client remains protected pursuant to ss. 88(2) and (3). The former imposes solicitor-client privilege on the recipient of the information and the latter prohibits disclosure of the information except for purposes contemplated by the Act or the Law Society Rules. The Rules provide that privileged information must not be disclosed in any reasons given as a result of disciplinary proceedings and ss. 88(4)-(6) provide for the maintenance of privilege if court proceedings were to follow.
  20. In my view, s. 88 legislatively addresses the required balancing of the protection of solicitor-client privilege and the supervision and maintenance of the integrity of the legal profession. A lawyer is free to provide required information to the Law Society and the privilege of the client is maintained intact.
  21. The legislation makes no distinction between the investigative and hearing stages of the disciplinary process.

<sup>662</sup> Voir notamment *Racine c. Conseil de discipline de la Chambre des notaires du Québec*, 2016 QCCS 5064.

<sup>663</sup> *Cardinal c. Chartrand*, 2012 QCCA 194, par. 11.

<sup>664</sup> *Hedley v. Hodco Transcan Canadian Property Ltd.*, 2004 CanLII 28739 (ON S.C.), par. 1 : « The proceeding in which the evidence of Mr. Gervais is sought to be used against him is a civil action commenced in the Province of Ontario and is clearly a “judicial proceeding” within the meaning of section 149. Accordingly, on the basis of the plain and ordinary meaning of the words of the Professional Code, the Plaintiff, in my view, is precluded from using Mr. Gervais' admissions or testimony before the Discipline Committee of the Barreau as a basis for his motion for summary judgment against Mr. Gervais in this action. » Aussi Raymond TREMBLAY, « L'utilisation successive de la preuve entre les instances civiles, pénales et disciplinaires », (1990) 69 *R. du B. can.* 497, 505 : « La protection contre l'auto incrimination offerte par l'article 149 du Code des professions permet à une personne de témoigner librement dans une instance disciplinaire sans craindre que par la suite, ce qu'elle y a dit puisse être retenu contre elle dans une autre procédure civile ou pénale provinciale (...) »

<sup>665</sup> Charte québécoise, préc., note 14, art. 38 : « Aucun témoignage devant un tribunal ne peut servir à incriminer son auteur, sauf le cas de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires. »

<sup>666</sup> *Code de procédure civile* (Québec), préc., note 158, art. 285 : « Le témoin ne peut refuser de répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou à l'exposer à une poursuite de quelque nature que ce soit; sa réponse ne pourra servir contre lui, sauf le cas de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires. »

<sup>667</sup> 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, par. 253; *Dubois* (1985), préc., note 150.

pu apprécier l'importance, n'eût été le témoignage d'une personne, devrait généralement être écartée (...) afin de préserver l'équité du procès »<sup>668</sup>. Cette protection s'applique aux renseignements protégés par le secret professionnel, notamment à l'endroit des personnes qui seraient contraintes de témoigner dans le cadre des demandes de type *McClure* (2001)<sup>669</sup>. En effet,

[L]a raison d'être de la protection d'un témoin, même celui qui est inculpé relativement au même crime, s'applique tout autant aux éléments de preuve dont la divulgation est ordonnée en vertu d'une demande de type *McClure*. Le tiers qui fait une déclaration incriminante à son avocat le fait avec l'assurance qu'elle ne sera pas ultérieurement utilisée contre lui. Si sa divulgation est par la suite ordonnée à cause d'une demande de type *McClure*, le tiers aura été, indirectement, contraint de témoigner contre lui-même. Même si cette contrainte n'a pas la même nature « contradictoire » que dans les situations où les policiers ou la poursuite obligent directement l'accusé à s'incriminer, l'ordonnance rendue par un juge en réponse à une demande de type *McClure* suppose un degré comparable de « contrainte » de la part de l'État. Par conséquent, le détenteur du privilège devrait recevoir les mêmes protections garanties par la *Charte* que s'il avait été contraint de témoigner, à savoir l'immunité contre l'utilisation de la preuve et l'immunité contre la preuve dérivée.<sup>670</sup>

Dans un contexte disciplinaire, il importe de garder à l'esprit que ce n'est pas le professionnel sous enquête ou convoqué devant le conseil de discipline qui est bénéficiaire du secret professionnel le liant à son client; ce droit appartient toujours exclusivement à son client<sup>671</sup>. Ainsi, dans la mesure où ce client ne formule pas d'objections à la divulgation des renseignements protégés devant le Conseil de discipline et aurait été l'instigateur de la plainte, il pourrait être considéré comme ayant renoncé (implicitement) à son droit au secret<sup>672</sup>. À part le devoir de préserver le secret professionnel redevable à son client, le droit à la confidentialité (vie privée) du professionnel dans l'exercice de ses fonctions professionnelles est relativement faible, celles-ci étant des activités réglementées tant par son Code de déontologie que le *Code des professions*<sup>673</sup>.

Enfin, le huis clos ou une interdiction de divulgation peut être ordonnée par le conseil de discipline en vue notamment d'assurer la confidentialité des renseignements protégés au bénéfice des clients du professionnel<sup>674</sup>.

---

<sup>668</sup> *S. (R.J.)* (1995), préc., note 171, 561 (j. Iacobucci, motifs majoritaires).

<sup>669</sup> *Supra* Partie II – Section B – Sous-section 2 « Droit à une défense pleine et entière ».

<sup>670</sup> *Brown* (2002), préc., note 293, par. 99.

<sup>671</sup> Voir par exemple *Médecins (Ordre professionnel des) c. Yee*, 2016 CanLII 89823 (QC CDCM) [ci-après « *Yee* (2016) »].

<sup>672</sup> Voir *infra* Partie III - section B - sous-section 1.

<sup>673</sup> Voir par exemple *Yee* (2016), préc., note 667, par. 79 à 86.

<sup>674</sup> *Code des professions*, préc., note 233, art. 142 :

Toute audience est publique.

Dans le même ordre d'idées, il est interdit à toute personne d'entraver l'enquête de l'Office des professions en refusant de fournir aux enquêteurs un renseignement au motif qu'il est protégé par le secret professionnel<sup>675</sup>.

### 3.4.2. Vis-à-vis de l'OSSNR

Une autre exception – un peu moins connue – à la protection quasi absolue du secret professionnel du juriste est celle consacrée au profit de l'Office de surveillance des activités en matière de sécurité nationale et de renseignement (OSSNR), créé en juin 2019 pour centraliser la surveillance des activités de sécurité nationale et de renseignement du gouvernement du Canada<sup>676</sup>. Dans le cadre de son mandat, l'OSSNR a le droit d'avoir accès à tout renseignement relevant de ou qui est en possession d'un ministère, et ce, y compris aux « informations protégées par toute immunité reconnue par le droit de la preuve, par le secret professionnel de l'avocat ou du notaire ou par le privilège relatif au litige »<sup>677</sup>.

---

Toutefois, le conseil de discipline peut, d'office ou sur demande, ordonner le huis clos ou interdire la divulgation, la publication ou la diffusion de renseignements ou de documents qu'il indique, pour un motif d'ordre public, notamment pour assurer le respect du secret professionnel ou la protection de la vie privée d'une personne ou de sa réputation.

Se rend coupable d'outrage au tribunal, toute personne qui, par son acte ou son omission, enfreint une ordonnance de huis clos, de non-divulgation, de non-publication ou de non-diffusion.

<sup>675</sup> *Id.*, art. 14.3 :

Il est interdit d'entraver, de quelque façon que ce soit, la personne qui effectue l'enquête, de la tromper par des réticences ou des fausses déclarations, de refuser de lui laisser prendre connaissance ou copie de tout document ou dossier qu'elle a droit d'obtenir aux fins de l'enquête, de refuser de lui remettre un tel document ou dossier ou de refuser de lui fournir un renseignement ou de lui produire un rapport requis à ces fins.

Nul ne peut refuser de lui laisser prendre connaissance ou copie d'un document ou d'un dossier, refuser de lui remettre un document ou un dossier ou refuser de lui fournir un renseignement au motif qu'il a été obtenu par l'ordre dans l'exercice des devoirs ou des pouvoirs qui lui sont conférés par le présent code ou, le cas échéant, la loi le constituant en ordre professionnel ou au motif qu'il est protégé par le secret professionnel.

<sup>676</sup> À la suite de la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à M. Maher Arar, citoyen canadien torturé en Syrie après y avoir été déporté des États-Unis sur la foi d'informations erronées transmises par la Gendarmerie royale du Canada (GRC) : COMMISSION D'ENQUETE SUR LES ACTIONS DES RESPONSABLES CANADIENS RELATIVEMENT A MAHER ARAR (présidée par Dennis R. O'CONNOR), *Rapport sur les événements concernant Maher Arar*, Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, représentée par le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2006, en ligne : <[publications.gc.ca/site/fra/9.633297/publication.html](http://publications.gc.ca/site/fra/9.633297/publication.html)>.

<sup>677</sup> *Loi sur l'Office de surveillance des activités en matière de sécurité nationale et de renseignement*, L.C. 2019, c. 13, art. 9 :

(1). Malgré toute autre loi fédérale et sous réserve de l'article 12, l'Office de surveillance a le droit d'avoir accès, relativement aux examens qu'il effectue et en temps opportun, aux informations qui relèvent de tout ministère ou qui sont en la possession de tout ministère.

(2). Le paragraphe (1) confère notamment à l'Office de surveillance le droit d'accès aux informations protégées par toute immunité reconnue par le droit de la preuve, par le secret professionnel de l'avocat ou du notaire ou par le privilège relatif au litige.

#### 4. Découverte de la vérité par le citoyen exerçant son droit d'accès à l'information

Si les principes directeurs de *Lavallee* (2002) et leurs dérivés avaient pour objectif de baliser le droit de l'État dans l'exercice de ses pouvoirs de conformité réglementaire et d'enquête vis-à-vis des renseignements protégés des citoyens, les impératifs de transparence et d'équité procédurale iraient dans les deux sens. Il peut arriver que des motifs d'intérêt public justifient la divulgation aux citoyens des renseignements protégés que détient l'État.

##### 4.1. Dans le cadre des demandes d'accès à l'information

L'accès à l'information gouvernementale n'est pas une problématique nouvelle. Le principe – séculaire – de la publicité des débats judiciaires est une instance particulière du droit d'accès à l'information relative à une sous-catégorie d'institutions publiques que sont les tribunaux<sup>678</sup>. Dans l'arrêt *Edmonton Journal* (1989)<sup>679</sup>, la Cour suprême du Canada est venue rappeler, sous la plume du juge Cory, que la liberté (fondamentale) d'expression implique la liberté « d'exprimer (...) des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques »<sup>680</sup>, y compris ce droit pour le public de « faire l'examen critique des tribunaux et de leur fonctionnement »<sup>681</sup>. Ces derniers jouent en effet un rôle névralgique au sein de toute société démocratique<sup>682</sup> en tranchant, en dernier recours, les litiges opposant tant les parties privées entre elles (p. ex. citoyens, entreprises, associations de personnes) qu'entre les citoyens et l'État.

En dehors des instances judiciaires, la complexification croissante de l'administration publique dans la régulation des secteurs spécifiques de l'économie et de la société<sup>683</sup> pourrait tout d'autant

---

(3). Il est entendu que la communication à l'Office de surveillance, au titre du présent article, d'informations protégées par le secret professionnel de l'avocat ou du notaire ou par le privilège relatif au litige ne constitue pas une renonciation au secret professionnel ou au privilège.

<sup>678</sup> *Edmonton Journal* (1989), préc., note 15.

<sup>679</sup> *Id.*

<sup>680</sup> *Id.*, 1336. Sur la portée de la liberté d'expression en droit canadien, voir aussi Richard John MOON, *The Constitutional Protection of Freedom of Expression*, 2<sup>e</sup> éd., University of Toronto Press, 2000.

<sup>681</sup> *Edmonton Journal* (1989), préc., note 15, 1337.

<sup>682</sup> Voir notamment Burkhard HESS et Ana Koprivica HARVEY (dir.), *Open Justice. The Role of Courts in a Democratic Society*, Nomos, 2019, doi : <doi.org/10.5771/9783845297620-9>; Sandrine ROURE, « L'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires : une judiciarisation du débat public », (2006) 4-68 *Revue française de droit constitutionnel* 737, doi : <doi.org/10.3917/rfdc.068.0737>; David M. PACIOCCO, « When Open Courts Meet Closed Government », (2005) 29 *S.C.Law Rev.* (2<sup>e</sup>) 385.

<sup>683</sup> Christopher DEMUTH, « Can the Administrative State be Tamed? », (2016) 8-1 *J. Legal Analysis* 121, doi : <doi.org/10.1093/jla/law003>; Morris BIDJERANO, *Complexifying collaboration*, papier de présentation préparé pour la 105<sup>e</sup> conférence annuelle de l'American Political Science Association, Toronto, 3-6 septembre 2009, en ligne : <ssrn.com/abstract=1451647>; Richard A. EPSTEIN, « Why the Modern Administrative State Is Inconsistent with the

justifier un accès nécessaire à certains documents détenus par des organismes publics. Alors que la publicité des débats judiciaires est un principe séculaire datant de l'avènement de l'État moderne, le droit d'accès à l'information gouvernementale résulte d'une conjoncture internationale relativement récente<sup>684</sup>. Au Canada, les travaux de la Commission ontarienne sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée ont fait figure de pionnier en identifiant les objectifs stratégiques liés à la gouvernance de l'information gouvernementale que sont la transparence de l'activité gouvernementale, la participation du public, l'équité dans la prise de décisions et la protection de la vie privée<sup>685</sup>. Ils précèdent de peu les conclusions de la Commission d'étude québécoise présidée par le journaliste Jean Paré, rendues publiques en 1981<sup>686</sup>. Les cent trente-cinq (135) recommandations Paré ont posé les principes de politique générale ainsi que les restrictions justifiées à l'accès qui sont toujours à la base des différentes lois sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée.

#### 4.1.1. Du droit (statutaire) d'accès à l'information

En effet, les lois canadiennes (fédérales) et provinciales d'accès à l'information sont structurées autour du principe général d'accès aux documents des organismes publics, sous réserve d'exceptions statutaires à la divulgation. L'application de ces lois sur l'accès est confiée à un organisme juridictionnel indépendant, la Commission d'accès à l'information. Relevant soit du fédéral soit du provincial, les commissions d'accès sont notamment investies d'une fonction juridictionnelle pour examiner des demandes de révision formulées par une personne – physique

---

Rule of Law », (2008) 3 *New York University J. Law & Liberty* 491; J.B. RUHL, « The Arrow of the Law in Modern Administrative States: Using Complexity Theory to Reveal the Diminishing Returns and Increasing Risks the Burgeoning of Law Poses to Society », (1997) 30 *U. Cal. Davis Law Rev.* 405; Gary LAWSON, « The Rise and Rise of the Administrative State », (1994) 107-6 *Harvard Law Rev.* 123, doi : <doi.org/10.2307/1341842>.

<sup>684</sup> Dans sa mouture actuelle, le principe du libre accès aux documents administratifs aurait été inauguré aux États-Unis par une loi du Congrès de 1966 (le *Freedom of Information Act*). Elle a été suivie par plusieurs pays d'Europe, notamment la Suède (1976), la France (*Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal*) et les Pays-Bas (1980). En Suède, le principe du libre accès aux « documents officiels » aurait été reconnu, sauf de brefs interludes, depuis 1766 : Hon. Ulf LUNDBVIK, « The Public Access to Official Documents in Sweden: The Rules and Their Consequences », (1983) 10-1 *Government Publications Rev.* 3, doi : <doi.org/10.1016/0277-9390(83)90022-5>.

<sup>685</sup> COMMISSION DE L'ACCES A L'INFORMATION ET DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVEE (PRESIDEE PAR D. CARLTON WILLIAMS), *Public Government for Private People, The Report of the Commission on Freedom of Information and Individual Privacy*, Gouvernement de l'Ontario, 1980.

<sup>686</sup> COMMISSION D'ETUDE SUR L'ACCES DU CITOYEN A L'INFORMATION GOUVERNEMENTALE ET SUR LA PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS (PRESIDEE PAR JEAN PARE), *Information et liberté*, rapport, Gouvernement du Québec, Québec, 1981.

ou morale – dont la demande d'accès aurait été refusée par l'organisme public. De prime abord, le droit d'accès à l'information n'est pas un droit constitutionnellement protégé, quoique le législateur québécois ait, suivant les recommandations de la Commission Paré, consacré un caractère prépondérant aux lois sur l'accès qui s'appliquent malgré toute disposition incompatible d'une autre loi et à moins d'une dérogation expresse de type « clause nonobstant » :

*Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q., c. A-2.1*

**168.** Les dispositions de la présente loi prévalent sur celles d'une loi générale ou spéciale postérieure qui leur seraient contraires, à moins que cette dernière loi n'énonce expressément s'appliquer malgré la présente loi.<sup>687</sup>

La Charte québécoise consacre également, à son article 44, le droit de toute personne à l'information, mais seulement « dans la mesure prévue par la loi »<sup>688</sup>. En effet, ce droit reconnu au chapitre de « droits économiques et sociaux » ne bénéficie pas d'un statut quasi constitutionnel au même titre que le droit au respect de la vie privée (art. 5)<sup>689</sup>, la clause nonobstant de l'article 52 ne s'appliquant qu'aux articles 1 à 38 de la Charte<sup>690</sup>. Dans son rapport quinquennal de 2016, la Commission québécoise d'accès à l'information constate que la « clause nonobstant » de la Loi sur l'accès n'a pas le même poids politique que celle de la Charte québécoise, en recensant de plus

---

<sup>687</sup> La Commission d'accès à l'information (CAI) du Québec a dressé, à la fin de son rapport quinquennal de 2016, une liste de dérogations statutaires aux droits d'accès aux documents des organismes publics : COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION DU QUÉBEC, *Rétablir l'équilibre*, rapport quinquennal 2016 sur l'application de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, septembre 2016, p. 198–209, en ligne : <[www.cai.gouv.qc.ca/documents/CAI\\_RQ\\_2016.pdf](http://www.cai.gouv.qc.ca/documents/CAI_RQ_2016.pdf)> [COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION DU QUÉBEC, *Rétablir l'équilibre* (2016)]. Une « clause nonobstant » similaire se trouve à l'article 94 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, préc., note 363 : « Les dispositions de la présente loi prévalent sur celles d'une loi générale ou spéciale postérieure qui leur seraient contraires, à moins que cette dernière loi n'énonce expressément s'appliquer malgré la présente loi. (...) »

<sup>688</sup> Charte québécoise, préc., note 14, art. 44 : « Toute personne a droit à l'information, dans la mesure prévue par la loi. »

<sup>689</sup> Voir notamment *Globe and Mail* (2010), préc., note 200, par. 34; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429, par. 92 : « ... les droits prévus [notamment à l'article 44 de la Charte québécoise] sont limités de façon à soustraire au contrôle judiciaire les mesures ou le cadre législatifs précis adoptés par le législateur. Ces dispositions obligent l'État à prendre des mesures pour donner effet aux droits visés par le chapitre IV, mais elles ne permettent pas le contrôle judiciaire de ces mesures. »

<sup>690</sup> Charte québécoise, préc., note 14, art. 52 : « Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte. »

en plus de dérogations explicites à la Loi sur l'accès érodant d'autant le caractère fondamental des droits qui y sont protégés<sup>691</sup>.

Au fédéral comme dans les autres provinces, l'accès à l'information gouvernementale est *a priori* un droit statutaire qui ne bénéficie ni de la clause nonobstant ni d'une protection constitutionnelle.

#### 4.1.2. Des refus de communication aux citoyens

En effet, le droit d'accès se distingue du droit (fondamental) à la liberté d'expression, tel que ce dernier est enchâssé dans les Chartes canadienne et québécoise :

##### Charte canadienne

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

(...)

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

(...)

##### Charte québécoise

---

<sup>691</sup> COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION DU QUÉBEC, *Rétablir l'équilibre* (2016), préc., note 687, p. 6–7 : Un survol de la législation en vigueur au Québec réalisé par la Commission révèle qu'un nombre important de lois écartent l'application de la Loi sur l'accès [...] Ces dérogations peuvent être réparties en quatre catégories :

1. Limitation au droit d'accès aux documents des organismes publics : on y retrouve notamment les lois sectorielles qui restreignent le droit d'accès, en déclarant confidentiels des documents administratifs dont l'accessibilité pourrait autrement être examinée selon la Loi sur l'accès.
2. Limitation de la protection des renseignements personnels : cette catégorie rassemble les exceptions qui limitent la protection des renseignements personnels accordée par la loi. Généralement, ces atteintes à la confidentialité permettent la communication ou l'utilisation de renseignements personnels sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement préalable de la personne concernée.
3. Lois sectorielles mettant en place un régime distinct soit plus généreux, soit plus restrictif que celui de la Loi sur l'accès : en général, ces régimes particuliers chevauchent à la fois le champ d'accès aux documents des organismes publics et celui de la protection des renseignements personnels.
4. Lois contenant une disposition prévoyant qu'elles s'appliquent malgré la Loi sur l'accès : ce type de restriction a pour effet de soustraire ces lois à l'ensemble du régime de la Loi sur l'accès.

Sauf pour celles qui accordent plus de droits aux citoyens, la Commission remet en question l'opportunité de dérogations aussi nombreuses à la Loi sur l'accès et à la Loi sur le privé.

En multipliant les exceptions à la Loi sur l'accès et à la Loi sur le privé, le législateur mine le caractère prépondérant de celles-ci. En écartant ces dispositions, il prive les citoyens de la possibilité de se prévaloir des droits quasi constitutionnels que leur reconnaissent ces lois et empêche la Commission d'exercer pleinement son rôle de surveillance du respect de ces droits.

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

Cela étant, dans *Criminal Lawyers' Association* (2010)<sup>692</sup>, la Cour suprême du Canada est venue rattacher, à certaines conditions, le droit d'accès « à un contenu expressif » au droit fondamental à la liberté d'expression. La trame factuelle de cette affaire se tisse autour d'une demande d'accès émanant de l'organisme à but non lucratif Criminal Lawyers' Association (CLA), relative aux documents produits dans le cadre d'une enquête qu'avait menée la Police provinciale de l'Ontario. Les conclusions de cette enquête, à l'effet que les corps de police n'ont pas agi de manière abusive, préoccupaient la Criminal Lawyers' Association en ce qu'elles contrastaient avec les conclusions qu'avait tirées un juge ayant ordonné l'arrêt des procédures relatif aux mêmes faits. La demande d'accès a été formulée en vertu de la *Loi [ontarienne] sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, laquelle prévoit à son article 23 la non-application de plusieurs exceptions statutaires à la divulgation « si la nécessité manifeste de divulguer le document dans l'intérêt public l'emporte sans conteste sur la fin visée par l'exception »<sup>693</sup>. La Police provinciale de l'Ontario ainsi que le Commissaire d'accès à l'information n'ont pas examiné la portée de cette nécessité de divulgation dans l'intérêt public. En effet, les exceptions statutaires qui y sont énumérées et qui peuvent être relevées pour des raisons d'intérêt public, ne comprennent pas les documents d'enquête (art. 14) ou protégés par le secret professionnel (art. 19) :

23. L'exception à la divulgation visée aux articles 13 [conseils au gouvernement], 15 [rapports avec d'autres autorités gouvernementales], 15.1 [rapports avec les communautés autochtones], 17 [renseignements à l'égard des tiers], 18 [intérêts économiques et autres de l'Ontario], 20 [menace à la santé ou à la sécurité], 21 [vie privée] et 21.1 [espèces en péril] ne s'applique pas si la nécessité manifeste de divulguer le document dans l'intérêt public l'emporte sans conteste sur la fin visée par l'exception.<sup>694</sup>

L'argument constitutionnel de la CLA est que l'article 23 de la Loi ontarienne violerait la liberté d'expression protégée au paragraphe 2b) de la Charte canadienne, pour avoir omis d'inclure les articles 14 et 19 dans son appréciation discrétionnaire de l'intérêt public.

---

<sup>692</sup> *Criminal Lawyers' Association* (2010), préc., note 15.

<sup>693</sup> *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, c. F.31, art. 23.

<sup>694</sup> *Id.*, art. 23.



Devant la Cour suprême du Canada, cet argument n'a réussi qu'en partie. Tout en opinant qu'« il n'existe pas de droit général d'accès à l'information »<sup>695</sup>, un droit d'accès à l'information peut néanmoins dériver de la liberté (fondamentale) d'expression « lorsqu'il constitue une condition qui doit nécessairement être réalisée pour qu'il soit possible de s'exprimer de manière significative sur le fonctionnement du gouvernement »<sup>696</sup>. En effet, les valeurs qui sous-tendent la protection (quasi) constitutionnelle de la liberté d'expression, telles qu'elles ont été articulées dans d'autres arrêts<sup>697</sup>, ne peuvent être adéquatement promues en l'absence d'un droit d'accès à de l'information juste et transparente. Ces valeurs sous-jacentes – dont la recherche de la vérité et la participation aux débats démocratiques – ne seraient aucunement servies par la désinformation, la déformation des faits ou la propagation d'idées fausses, trompeuses ou inexactes, d'où la pertinence de garantir un droit d'accès aux sources (fiables) de l'information du moins dans certaines circonstances.

Ces circonstances, de l'avis de la Cour, concernent notamment le cas de figure où l'accès à l'information s'avère « nécessaire à la tenue d'une discussion significative sur une question d'importance pour le public », sous réserve cependant « de privilèges et de contraintes fonctionnelles »<sup>698</sup>. Le fardeau de preuve du demandeur à cet égard consiste à établir que « le refus d'y donner accès [aux documents en cause] empêche en réalité de formuler des commentaires significatifs »<sup>699</sup>. Il revient ensuite à l'organisme qui en refuse l'accès de démontrer le caractère protégé des documents ou un autre droit à la confidentialité, que la Cour suprême appelle « des considérations compensatoires incompatibles avec la divulgation »<sup>700</sup>; le cas échéant, le droit à la liberté d'expression n'est pas en cause. Ce n'est en effet qu'en l'absence d'un privilège qu'il y a

---

<sup>695</sup> *Criminal Lawyers' Association* (2010), préc., note 15, par. 35.

<sup>696</sup> *Id.*, par. 30.

<sup>697</sup> Voir notamment *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 976 :

Nous avons déjà parlé de la nature des principes et des valeurs qui sous-tendent la protection vigilante de la liberté d'expression dans une société comme la nôtre. (...) ils peuvent se résumer ainsi : (1) la recherche de la vérité est une activité qui est bonne en soi; (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée; et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante, non seulement à l'égard de ceux qui transmettent un message, mais aussi à l'égard de ceux à qui il est destiné.

Aussi *R. c. Guignard*, 2002 CSC 14, [2002] 1 R.C.S. 472, par. 19 et 20; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, par. 56; *Fraser c. C.R.T.F.P.*, [1985] 2 R.C.S. 455, par. 32; Stéphane BERNATCHEZ, « La signification du droit à la liberté d'expression au crépuscule de l'idéal », (2012) 53-4 *C. de D.* 687, doi : <doi.org/10.7202/1013003ar>.

<sup>698</sup> *Criminal Lawyers' Association* (2010), préc., note 15, par. 31.

<sup>699</sup> *Id.*, par. 33.

<sup>700</sup> *Id.*, par. 38.

lieu d'apprécier, à l'aune de l'article premier de la Charte canadienne, la proportionnalité de la mesure prise par le gouvernement pour justifier une violation *prima facie* au droit constitutionnel à la liberté d'expression :

[33] Cela nous conduit à commenter plus en détail la portée de la protection offerte par l'al. 2b) lorsque la question porte sur l'accès à des documents détenus par le gouvernement. Pour démontrer que l'accès à de tels documents donnera accès à un contenu expressif, le demandeur doit établir que le refus d'y donner accès empêche en réalité de formuler des commentaires significatifs. S'il y parvient, il aura établi *prima facie* que les documents en question doivent être divulgués. Cependant, la demande peut malgré tout échouer en raison de l'existence de facteurs qui écartent la protection prévue à l'al. 2b) soit, par exemple, si les documents auxquels on demande l'accès sont protégés par un privilège ou si leur divulgation interférerait avec le bon fonctionnement de l'institution gouvernementale en cause. Si la demande survit à cette deuxième étape, le demandeur établit que l'al. 2b) est en cause. Il ne reste alors qu'à déterminer si la mesure prise par le gouvernement porte atteinte à cette protection.<sup>701</sup>

En d'autres termes, un droit – constitutionnel – d'accès n'est reconnu qu'en l'absence d'un privilège de confidentialité. Et de même, l'exercice de pondération n'est requis qu'en l'absence de tels privilèges qui

(...) échappent à juste titre à la portée de la protection offerte par l'al. 2b) de la *Charte*. Les privilèges reconnus par la common law, comme le secret professionnel de l'avocat, correspondent généralement à des situations où l'intérêt public à ce que les renseignements restent confidentiels l'emporte sur les intérêts que servirait la divulgation. C'est également la logique qui explique l'existence des privilèges de common law désormais consignés dans la législation, comme le privilège relatif aux renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine codifié à l'art. 39 de la *Loi sur la preuve du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5. Puisque tant la common law que les lois doivent être conformes à la *Charte*, la création de catégories particulières de privilèges peut en principe faire l'objet de contestations fondées sur la *Constitution*. Cependant, en pratique, ces privilèges seront vraisemblablement bien circonscrits, ce qui offre une prévisibilité et une certitude quant à ce qui doit être divulgué et à ce qui reste protégé<sup>702</sup>.

Ainsi donc, la Cour suprême est venue soutenir encore une fois, que la simple existence de privilèges de confidentialité reconnus en *common law*, dont le secret professionnel de l'avocat, rend l'exercice de pondération superflu au cas par cas, puisque la reconnaissance même de ces privilèges (génériques) a découlé d'une pondération, dans l'abstrait, faisant pencher la balance vers la confidentialité (plutôt que la divulgation) comme desservant davantage l'intérêt public.

Par conséquent, l'article 23 de la Loi ontarienne n'avait pas, pour satisfaire aux exigences constitutionnelles, à autoriser un réexamen de l'opportunité de divulguer, au cas par cas, des

---

<sup>701</sup> *Id.*, par. 33.

<sup>702</sup> *Id.*, par. 39.

documents autrement protégés par le secret professionnel de l'avocat ou de documents relatifs à une enquête, même au nom d'un intérêt public prépondérant :

[43] Selon nous, il n'est pas prouvé que l'absence du réexamen en fonction de l'intérêt public prévu à l'art. 23 entrave considérablement l'accès pour la CLA à des documents qu'elle aurait autrement obtenus. Le privilège relatif à l'exécution de la loi et le secret professionnel de l'avocat tiennent déjà compte de l'intérêt public et, qui plus est, confèrent au ministre le pouvoir discrétionnaire de divulguer les renseignements qu'ils visent. (...) nous concluons que le principe de la primauté de l'intérêt public consacré par l'art. 23 ajouterait bien peu à ce qui est déjà prévu aux art. 14 et 19 de la Loi<sup>703</sup>.

La divulgation de ces documents relève de la discrétion du ministre (de renoncer ou non à ses privilèges). Certes, cette discrétion doit en principe être exercée adéquatement par la personne responsable en « soupes[ant] les considérations favorables et défavorables à la divulgation, y compris l'intérêt public à ce qu'il y ait divulgation »<sup>704</sup>. Toutefois, « [c]ompte tenu de la nature quasi absolue du secret professionnel de l'avocat, il est difficile de concevoir comment le principe de la primauté de l'intérêt public (...) pourrait commander la divulgation d'un document protégés »<sup>705</sup>.

En pratique donc, à moins que le bénéficiaire du secret professionnel de l'avocat n'y renonce<sup>706</sup>, il n'y aurait pas moyen de mandater la divulgation d'un document dans l'intérêt public ou de surveiller l'exercice de cette discrétion. Même en conférant au droit d'accès à l'information gouvernementale un statut constitutionnel dans certaines circonstances, ces circonstances ne justifieraient pas la divulgation de renseignements protégés.

Ce n'est en effet pas la première fois que la Cour suprême admet être à court d'idées sur les possibilités de lever la confidentialité des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat en matière d'accès à l'information. Dans l'affaire *Goodis c. Ontario* (2006)<sup>707</sup>, une journaliste a présenté une demande d'accès à l'égard des documents relatifs aux allégations d'abus sexuels commis sur des délinquants par des agents de probation du ministère des Services correctionnels de l'Ontario. Faisant suite à sa demande, le ministère a pu recenser 459 pages de documentation pertinente, mais a refusé de les communiquer à la journaliste requérante pour divers

---

<sup>703</sup> *Id.*, par. 43.

<sup>704</sup> *Id.*, par. 46.

<sup>705</sup> *Id.*, par. 54.

<sup>706</sup> Sur la question de la renonciation, voir *infra*, Partie III.

<sup>707</sup> *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, 2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32 [ci-après « *Goodis c. Ontario* (2006) »].

motifs, dont le droit au secret professionnel de l’avocat. Saisi de la révision de la décision du ministère, le juge d’instance avait ordonné la communication de l’ensemble du dossier à l’avocate qui représente la journaliste requérante, sous réserve d’un engagement de confidentialité et afin que celle-ci puisse préparer ses arguments sur l’assujettissement de ces documents à l’obligation d’accès visée par le régime législatif ontarien. La Cour d’appel de l’Ontario avait refusé d’intervenir, étant d’avis que l’ordonnance de divulgation relevait du pouvoir discrétionnaire dont le juge disposait pour gérer le déroulement de l’instance. Accueillant l’appel du ministère, la Cour suprême du Canada a jugé bon de rappeler que « la question de la divulgation des communications confidentielles échangées entre un avocat et son client ne nécessite pas une évaluation des intérêts au cas par cas »<sup>708</sup>. Il aurait fallu plutôt appliquer le critère de l’« absolue nécessité », soit « le critère le plus restrictif qui puisse être formulé en deçà d’une interdiction absolue dans tous les cas »<sup>709</sup>. Cela étant, le plus haut tribunal du pays même semble à court d’idées sur les cas de figure possibles justifiant une divulgation exceptionnelle des renseignements protégés. Dans les mots du juge Rothstein :

[20] Bien que je ne puisse écarter la possibilité qu’une situation réponde au critère de la nécessité absolue dans un cas où la divulgation vise seulement à aider l’avocat de l’auteur d’une demande à débattre du bien-fondé de la revendication du privilège, une telle situation est difficile à imaginer. Seules les circonstances exceptionnelles peuvent justifier une dérogation au principe selon lequel il faut entendre le point de vue des deux parties sur une question. En revanche, les juges s’y connaissent en matière de privilège. Ordinairement, ils sont en mesure de déterminer si un document est protégé. En l’espèce, aucune preuve n’établit la nécessité absolue de la divulgation des documents à l’avocate afin qu’elle prépare sa plaidoirie quant à leur caractère privilégié ou non.<sup>710</sup>

Ainsi, en ce qui concerne la façon de procéder du juge d’instance – qui « a examiné l’opportunité de l’engagement de non-divulgation et noté que l’intégrité de l’avocate qui signait cet engagement n’était pas remise en cause »<sup>711</sup>, la Cour suprême admet le caractère raisonnable de cette démarche, mais seulement à l’égard des documents dont la confidentialité est invoquée sur un autre fondement que le secret professionnel de l’avocat, pour lequel seul s’applique le critère de la « nécessité absolue »<sup>712</sup>.

---

<sup>708</sup> *Id.*, par. 17.

<sup>709</sup> *Id.*, par. 20.

<sup>710</sup> *Id.*, par. 21.

<sup>711</sup> *Id.*, par. 33.

<sup>712</sup> *Id.*, par. 33 : « Dans la mesure où les documents ne sont pas visés par une revendication du secret professionnel de l’avocat, mais lorsqu’on invoque leur confidentialité sur un autre fondement, j’approuve la façon de procéder du juge Blair. Néanmoins, dans le cas de documents visés par le secret professionnel de l’avocat, l’approche adoptée par le juge Blair n’est pas appropriée, à moins que le critère de la “nécessité absolue” ne soit respecté. »

Au reste, il a déjà été affirmé par la même Cour, dans *Pritchard* (2004)<sup>713</sup>, que « [l]’équité procédurale n’exige pas la divulgation d’un avis juridique protégé par le privilège avocat-client »<sup>714</sup>. Dans cette affaire, l’appelante demandait alors communication d’un avis juridique destiné à la Commission des droits de la personne de l’Ontario et qui a été rédigé par une avocate interne. L’appelante plaide que l’obtention de cet avis juridique – parmi d’autres documents dont la Commission avait en sa possession au moment de rendre sa décision de non-intervention – est essentielle pour qu’elle puisse véritablement contester par voie de contrôle judiciaire la décision de la Commission de ne pas traiter une grande partie de sa plainte de discrimination déposée contre son ancien employeur. En l’occurrence, la disposition législative régissant l’accès au dossier de la commission dans le cadre d’une requête en révision judiciaire ne précise pas expressément que « le dossier de l’instance d’où émane la décision »<sup>715</sup> comprend les avis juridiques reçus. Interprétant sa portée restrictivement, la Cour suprême décline à conclure que « le dossier de l’instance » englobe par ailleurs « les communications privilégiées entre la Commission et son avocate »<sup>716</sup>. Cela étant, la même Cour a par ailleurs commenté, en *obiter*, que « [l]orsque le législateur exige d’un organisme administratif qu’il communique aux parties à une procédure relevant de sa compétence l’ensemble du dossier, et qu’il est précisé que “l’ensemble du dossier” comprend les avis obtenus par l’organisme administratif, le privilège ne pourra être invoqué vu l’absence d’attentes en matière de confidentialité »<sup>717</sup>.

#### **4.1.3. Des refus de communication aux commissaires à l’accès et à la protection de la vie privée dans l’exercice de leur pouvoir de révision**

Jusque-là, le secret professionnel de l’avocat ou du notaire l’emporte donc sur le droit à l’information gouvernementale du citoyen. Sans nécessairement communiquer les documents au citoyen, qu’en est-il du droit des commissaires à l’accès à l’information ou des tribunaux judiciaires de prendre connaissance, dans l’exercice de leur fonction de révision, des documents pour lesquels le secret professionnel de l’avocat a été invoqué afin de vérifier la justesse de cette

---

<sup>713</sup> *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809 [ci-après « *Pritchard* (2004) »].

<sup>714</sup> *Id.*, par. 31.

<sup>715</sup> *Loi sur la procédure de révision judiciaire*, L.R.O. 1990, c. J.1, art. 10 : « Lorsqu’un avis d’une requête en révision judiciaire d’une décision rendue dans l’exercice réel ou prétendu d’une compétence légale de décision est signifié à la personne qui a rendu la décision, celle-ci dépose sans délai au greffe, aux fins de la requête, le dossier de l’instance d’où émane la décision. »

<sup>716</sup> *Pritchard* (2004), préc., note 713, par. 35.

<sup>717</sup> *Id.*, par. 34.

revendication ? Voilà la question qui s'est posée dans l'affaire *Blood Tribe Department of Health* (2008)<sup>718</sup> : dans le cadre de son congédiement, la plaignante avait demandé l'accès à son dossier personnel auprès de son employeur; cet accès lui a été refusé pour divers motifs, dont la correspondance échangée entre l'employeur et ses avocats à propos du congédiement de la plaignante. Dans un deuxième temps, la plaignante a sollicité l'intervention du Commissaire à la protection de la vie privée, qui a alors requis de son employeur communication des documents relatifs à l'emploi de la plaignante; encore une fois, l'employeur invoque le secret professionnel de l'avocat pour refuser de produire au Commissaire la correspondance de ses avocats. Parmi les exceptions statutaires à l'accès, la loi fédérale régissant le droit d'accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent auprès d'entreprises fédérales (privées), autorise également un refus de communication des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat<sup>719</sup>. Faisant fi de ce droit de refus, le Commissaire s'est prévalu de ses pouvoirs d'enquête, tels que prévus à l'article 12.1(1) de la même Loi, pour ordonner la production des documents *a priori* protégés. L'employeur présente une demande de contrôle judiciaire de cette ordonnance du Commissaire auprès de la Cour fédérale et a eu gain de cause à la Cour suprême du Canada.

Les dispositions balisant les pouvoirs d'enquête du Commissaire sont libellées de façon plutôt large et ne confèrent pas expressément au Commissaire le droit d'examiner les documents à l'égard desquels est invoqué le droit au secret professionnel de l'avocat. De l'avis du Commissaire, une habilitation implicite, lui accordant les pouvoirs d'enquête « de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure d'archives »<sup>720</sup>, s'aligne avec l'objectif du législateur et la structure générale du régime d'accès à l'information (personnelle) qui sont d'instituer un mécanisme de

---

<sup>718</sup> *Blood Tribe Department of Health* (2008), préc., note 232.

<sup>719</sup> *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5, art. 9(3)a) :  
(3) Malgré la note afférente à l'article 4.9 de l'annexe 1, l'organisation n'est pas tenue de communiquer à l'intéressé des renseignements personnels dans les cas suivants seulement :

- a) les renseignements sont protégés par le secret professionnel de l'avocat ou du notaire ou par le privilège relatif au litige;

(...)

<sup>720</sup> *Id.*, art. 12(1) : « Le commissaire procède à l'examen de toute plainte et, à cette fin, a le pouvoir :

- a) d'assigner et de contraindre des témoins à comparaître devant lui, à déposer verbalement ou par écrit sous la foi du serment et à produire les documents ou pièces qu'il juge nécessaires pour examiner la plainte dont il est saisi, de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure d'archives;
- b) de faire prêter serment;
- c) de recevoir les éléments de preuve ou les renseignements – fournis notamment par déclaration verbale ou écrite sous serment – qu'il estime indiqués, indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux;

(...)

révision administrative, plus expéditif et moins coûteux, notamment à l'égard des six motifs de refus de communication prévus par la loi. Pour la Cour, cet argument suppose « l'existence d'une parité, quant au statut juridique et à l'importance, entre les différents motifs [de refus] (...) [qui] n'existe pas »<sup>721</sup>. Le secret professionnel de l'avocat faisant « partie intégrante des rouages du système juridique lui-même »<sup>722</sup>, « [u]n argument qui met le privilège du secret professionnel de l'avocat sur le même pied que les “renseignements commerciaux confidentiels” fait purement et simplement abstraction de l'importance fondamentale de ce privilège et montre comment la position de l'appelante en compromettrait la validité dans le contexte de la réglementation »<sup>723</sup>.

Il ne saurait donc y avoir d'habilitation implicite permettant au Commissaire d'examiner tout document protégé par le secret professionnel de l'avocat même dans la mesure nécessaire à l'exercice de sa fonction de révision, ce qui reviendrait à abroger le privilège par inférence<sup>724</sup>. Le cas échéant, un renvoi ou un recours devant la Cour fédérale sur une question relative à l'existence ou à la portée du droit au secret professionnel de l'avocat constitue « deux autres moyens efficaces et rapides »<sup>725</sup> pour veiller au respect des exigences de la Loi.

L'arrêt *Blood Tribe Department of Health* (2008) concerne une demande d'accès aux dossiers personnels auprès d'une entreprise privée. Le même droit de refus de communication au Commissaire a été réaffirmé dans *University of Calgary* (2016)<sup>726</sup> à l'égard d'un organisme public régi par la Loi sur l'accès de l'Alberta<sup>727</sup>. La trame factuelle est étonnamment similaire à l'affaire *Blood Tribe Department of Health* (2008). Sous le régime de la Loi sur l'accès de l'Alberta, le Commissaire avait ordonné à l'University of Calgary la production de documents à l'égard desquels le secret professionnel de l'avocat avait été invoqué, pour vérifier le bien-fondé du refus de communication dans le cadre d'une allégation de congédiement déguisé. Cette ordonnance était fondée sur le libellé du paragraphe 56(3) de la loi albertaine qui prévoit qu'un organisme public doit produire les documents demandés par le Commissaire « [m]algré toute autre loi ou tout

---

<sup>721</sup> *Blood Tribe Department of Health* (2008), préc., note 233, par. 30.

<sup>722</sup> *Id.*, par. 30, citant *McClure* (2001), préc., note 38, par. 31.

<sup>723</sup> *Id.*, par. 30.

<sup>724</sup> *Id.*, par. 31.

<sup>725</sup> *Id.*, par. 32.

<sup>726</sup> *University of Calgary* (2016), préc., note 233.

<sup>727</sup> *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, c. F-25 [ci-après « Loi sur l'accès de l'Alberta »].

privilège que reconnaît le droit de la preuve »<sup>728</sup>. Contrairement à l’opinion de la Commission ainsi que celles des cours d’appel rendues dans d’autres instances<sup>729</sup>, la Cour suprême du Canada est d’avis (majoritaire) que ce libellé n’est pas suffisamment explicite et non équivoque pour écarter l’application du secret professionnel de l’avocat qui n’est plus une simple règle de preuve, mais par ailleurs une règle de fond depuis l’arrêt de principe *Descôteaux* (1982). Le législateur est présumé connaître la portée de ce précédent en édictant le paragraphe 56(3) en 1994<sup>730</sup>. De plus, compte tenu de « l’importance fondamentale du secret professionnel de l’avocat »<sup>731</sup>, toute levée de cette confidentialité aurait dû être assujettie à « certaines sauvegardes afin de faire en sorte que la communication de documents protégés par le secret professionnel de l’avocat n’intervienne pas de manière préjudiciable au droit substantiel »<sup>732</sup>. Au reste, le contrôle de la justesse ou de la véracité de l’allégation de protection peut être vérifié dans le cadre de l’action pour congédiement déguisé que la plaignante avait intentée contre son employeur, et dont celle-ci ne s’était pas prévalu<sup>733</sup>.

Tant dans *Blood Tribe Department of Health* (2008) que dans *University of Calgary* (2016), la Cour suprême souligne la fonction d’enquête des commissaires qui se distingue de la fonction juridictionnelle d’une cour de justice. Les commissaires ne sont pas des décideurs impartiaux, mais bien des enquêteurs administratifs qui, quoique devant effectuer « des enquêtes impartiales, indépendantes et objectives sur des atteintes au droit d’accès à l’information et au droit à la vie privée respectivement »<sup>734</sup>, risquent d’avoir des intérêts opposés aux organismes sujets à l’enquête en les contraignant, le cas échéant, à comparaître devant une cour de justice pour contester un refus d’accès.

Il est intéressant de noter que, dans au moins deux décisions des cours d’appel inférieures – citées par le juge Cromwell dans son jugement concordant, mais dissident sur ce point, dans *University*

---

<sup>728</sup> *Id.*, art. 56(3) : « Despite any other enactment or any privilege of the law of evidence, a public body must produce to the Commissioner within 10 days any record or a copy of any record required under subsection (1) or (2). » Traduit par la Cour suprême dans *University of Calgary* (2016), préc., note 233, par. 7.

<sup>729</sup> Dont *Newfoundland and Labrador (Attorney General) c. Information and Privacy Commissioner (Nfld. and Lab.)*, 2011 NLCA 69 [ci-après « *Newfoundland and Labrador* (2011) »]; *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Ministre de l’Environnement)*, 2000 CanLII 15247, 187 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 127 (C.A.F.) [ci-après « *Canada (Commissaire à l’information)* (2000) »].

<sup>730</sup> *University of Calgary* (2016), préc., note 233, par. 44.

<sup>731</sup> *Id.*, par. 58.

<sup>732</sup> *Id.*, par. 58.

<sup>733</sup> *Id.*, par. 59.

<sup>734</sup> *Cie H.J. Heinz du Canada Ltée c. Canada (Procureur général)*, 2006 CSC 13, [2006] 1 R.C.S. 441, par. 33.



*of Calgary* (2016), les juges avaient fait droit à l'argument des commissaires que des expressions très similaires à la Loi albertaine, que l'on retrouve dans d'autres lois régissant l'accès à l'information, étaient suffisantes pour écarter l'application du secret professionnel de l'avocat. Dans la Loi sur l'accès de Terre-Neuve-et-Labrador, l'expression « a privilege under the law of evidence » avait été jugée suffisamment claire et explicite pour la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador pour inclure par ailleurs le secret professionnel de l'avocat<sup>735</sup>. Mêmement, la précision « toute immunité reconnue par le droit de la preuve » de la Loi fédérale suffisait, pour la Cour d'appel fédérale, à inclure « la confidentialité fondée sur le secret des communications entre avocat et client »<sup>736</sup>, compte tenu de la raison d'être du Commissaire à l'accès qui est d'examiner, de façon indépendante du pouvoir exécutif, les demandes d'accès à l'information gouvernementale :

(...) le Parlement a expressément établi comme l'un des objets clés de la Loi la nécessité d'offrir des recours indépendants de contrôle des décisions en matière de communication du pouvoir exécutif. C'est ce qui explique la permission claire et vaste donnée aux tribunaux par l'article 46 de la Loi d'examiner tous les documents, même ceux qui sont protégés, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire. En effet, l'article 46 énonce clairement l'intention de retirer à un large éventail de documents protégés leur protection habituelle contre une utilisation judiciaire. Lorsque des documents accessoires à une demande de communication constituent le seul type de preuve disponible dans un contrôle judiciaire d'un refus fondé sur l'inexistence de documents, il ne fait pas de doute que ces documents, s'ils ne sont pas protégés, sont admissibles dès lors qu'ils ont un rapport avec la question de l'existence des documents demandés. Le fait qu'ils puissent être protégés n'a pas d'importance puisque l'obstacle qu'est la protection est éliminé par le libellé clair de l'article 46.<sup>737</sup>

Toujours est-il que dans *University of Calgary* (2016), la Cour suprême du Canada a plutôt retranché du pouvoir d'enquête et de contrôle judiciaire de l'intégrité du régime d'accès à l'information, le pouvoir – tant du commissaire que du juge statuant en contrôle judiciaire – d'examiner les documents sur lesquels le secret professionnel de l'avocat est invoqué. Il revient plutôt à la plaignante d'en demander communication auprès du juge dans le cadre d'une action en dommages qu'elle avait intentée contre son ancien employeur. Dans *Blood Tribe Department of Health* (2008), le Commissaire peut soit renvoyer la question du secret professionnel de l'avocat à la Cour fédérale, soit se contenter de signaler une situation d'impasse et agir, le cas échéant, au nom de la plaignante devant la Cour fédérale; cette dernière a, outre le pouvoir d'ordonner diverses mesures de réparation contraignantes (p. ex. dommages-intérêts), celui « d'examiner les

---

<sup>735</sup> *Newfoundland and Labrador* (2011), préc., note 729, par. 45 et 75 suivant une interprétation à la fois textuelle, contextuelle et téléologique.

<sup>736</sup> *Canada (Commissaire à l'information)* (2000), préc., note 729.

<sup>737</sup> *Id.*

documents en cause et de déterminer si le privilège du secret professionnel de l'avocat a été revendiqué à bon droit »<sup>738</sup>. Or, la Cour suprême du Canada avait déjà statué, dans *Pritchard* (2004), que l'équité procédurale en soi ne suffit pas pour justifier la divulgation de documents *a priori* protégés par le secret professionnel de l'avocat<sup>739</sup>. À défaut d'avoir examiné les documents en cause, il est tout autant difficile pour les plaignants de plaider l'exception de fraude ou de crime projeté pour en requérir l'accès. Partant, à défaut de permettre aux commissaires de prendre connaissance des documents pour contrôler la justesse du motif de refus invoqué, les recours judiciaires disponibles aux plaignants deviennent tout aussi théoriques. Dans la mesure où ni le citoyen (section 4.1.2) ni le commissaire à l'accès (section 4.1.3) ne peuvent prendre connaissance de certains documents dès lors que l'on allègue l'existence du secret professionnel de l'avocat, et qu'on ne peut contrôler tant la véracité de cette allégation que sa portée qu'après avoir examiné les documents en cause, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, de *Pritchard* (2004) à *University of Calgary* (2016), emporte l'effet fâcheux de permettre aux organismes de soustraire certains documents sous un prétexte qui risque, à l'occasion, de devenir trop englobant.

À la suite de l'arrêt *University of Calgary* (2016), le législateur fédéral est intervenu pour préciser son intention en ce qui concerne la portée des pouvoirs de révision du Commissaire et de la Cour fédérale dans le cadre du régime d'accès à l'information gouvernementale relevant de la compétence fédérale. Par des amendements adoptés en 2019<sup>740</sup>, les lois fédérales sur l'accès à l'information et sur la protection des renseignements personnels du secteur public consacrent dorénavant, de façon expresse et non équivoque, le pouvoir d'enquête du Commissaire à l'information de requérir l'accès à tous les documents relevant d'une institution fédérale qui sont visés par la loi, et ce, « [m]algré toute autre loi fédérale, toute immunité reconnue par le droit de la preuve, le secret professionnel de l'avocat ou du notaire et le privilège relatif au litige »<sup>741</sup>. Cette

---

<sup>738</sup> *Blood Tribe Department of Health* (2008), préc., note 233, par. 34.

<sup>739</sup> *Pritchard* (2004), préc., note 713, par. 31.

<sup>740</sup> *Loi modifiant la Loi sur l'accès à l'information, la Loi sur la protection des renseignements personnels et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2019, c. 18.

<sup>741</sup> *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, c. A-1, art. 36(2) [ci-après « Loi fédérale sur l'accès »] :

Malgré toute autre loi fédérale, toute immunité reconnue par le droit de la preuve, le secret professionnel de l'avocat ou du notaire et le privilège relatif au litige, mais sous réserve du paragraphe (2.1), le Commissaire à l'information a, pour les enquêtes qu'il mène en vertu de la présente partie, accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la présente partie s'applique; aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

Voir aussi *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21, art. 34(2) [ci-après « Loi fédérale sur la protection des renseignements personnels »].

communication au Commissaire à l'information l'est dans l'unique but de permettre à ce dernier d'exercer son pouvoir de révision à l'égard de la décision (de refus) de l'institution fédérale au motif qu'il s'agit de renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat ou du notaire et ne doit pas être interprétée comme une renonciation de l'institution fédérale au secret professionnel de l'avocat ou du notaire<sup>742</sup>. Il en va de même pour la Cour fédérale dans le cadre d'un recours en révision de la décision du Commissaire<sup>743</sup>. Pour faire en sorte que cette divulgation ne soit ordonnée que dans les cas « absolument nécessaires » – paraphrasant les enseignements de la Cour suprême du Canada –, à ces précisions expresses et non équivoques s'est ajoutée une clarification supplémentaire sur le contexte dans lequel le Commissaire est autorisé à exercer son pouvoir d'ordonnance de communication à l'égard de documents pour lesquels le secret professionnel de l'avocat est revendiqué, à savoir uniquement dans le cas d'un refus de communication fondé sur ce motif<sup>744</sup>.

\*\*\*

Ainsi donc, même à l'égard des demandes d'accès « d'intérêt public », la jurisprudence privilégie une attitude assez conservatrice. Le droit d'accès à l'information (gouvernementale) est tout au plus un droit économique et social ne bénéficiant pas d'un statut (quasi) constitutionnel. Partant, il est loisible au législateur d'en délimiter les contours, portée et restrictions eu égard aux différents droits à la confidentialité, dont le droit au respect du secret professionnel de l'avocat.

---

<sup>742</sup> Tel que précisé dans la Loi fédérale sur l'accès, préc., note 741, art. 36(2.1)–(2.2) :

(2.1) Le Commissaire à l'information n'a accès qu'aux documents contenant des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat ou du notaire ou par le privilège relatif au litige dont le responsable d'une institution fédérale refuse la communication au titre de l'article 23.

(2.2) Il est entendu que la communication, au Commissaire à l'information, par le responsable d'une institution fédérale, de documents contenant des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat ou du notaire ou par le privilège relatif au litige ne constitue pas une renonciation au secret professionnel ou au privilège.

Voir aussi Loi fédérale sur la protection des renseignements personnels, préc., note 741, art. 34(2.1) et (2.2).

<sup>743</sup> Loi fédérale sur l'accès, préc., note 741, art. 46 :

Malgré toute autre loi fédérale, toute immunité reconnue par le droit de la preuve, le secret professionnel de l'avocat ou du notaire et le privilège relatif au litige, la Cour a, pour les recours prévus aux articles 41 et 44, accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la présente partie s'applique : aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

Voir aussi Loi fédérale sur la protection des renseignements personnels, préc., note 741, art. 45.

<sup>744</sup> Loi fédérale sur l'accès, préc., note 741, art. 36(2); Loi fédérale sur la protection des renseignements personnels, préc., note 741, art. 34(2). Il va de soi que cette divulgation ne doit pas inclure tout document protégé par le secret professionnel de l'avocat, y compris un avis juridique indépendant qui aurait été sollicité par l'organisme en vue ou en raison de l'intervention des Commissaires (à l'accès à l'information ou à la protection de la vie privée).

Ces restrictions ne peuvent que très rarement faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, à moins d'invoquer un impératif de divulgation qui soit d'un statut constitutionnel plus élevé que le droit d'accès « simple » à l'information. Jusqu'à date, les tribunaux ne reconnaissent que le principe de la publicité des débats judiciaires comme chevauchant le droit constitutionnel de chacun à la liberté d'expression<sup>745</sup>. Le droit d'accès à l'information gouvernementale ou le droit du citoyen à un gouvernement plus transparent n'accède pas à ce rang constitutionnel, surtout lorsqu'est allégué le secret professionnel de l'avocat. Dans l'affaire *Blood Tribe Department of Health* (2008), il avait été plaidé par le Commissaire à la protection de la vie privée du Canada que le droit d'accès à l'information gouvernementale emporte des impératifs d'intérêt public qui ne se rencontrent pas nécessairement dans le secteur privé<sup>746</sup>. La Cour ayant décliné de trancher définitivement sur ce point, il nous suffit de remarquer que l'intérêt public pourrait effectivement, du moins dans certaines circonstances, requérir une transparence plus grande dans le cadre d'une relation administration-administrés que dans le cadre d'une relation impliquant des parties privées. Bref, le droit général d'accès à l'information ne bénéficie pas, en droit canadien, d'un statut constitutionnel protégé au même titre que le secret professionnel de l'avocat.

La jurisprudence plus récente vient même limiter, à moins d'une précision explicite et non équivoque à l'effet contraire, le pouvoir des commissions d'accès à l'information de requérir production des documents à l'égard desquels le secret professionnel de l'avocat est invoqué pour en contrôler la légalité du motif de refus allégué, tant au plan de sa validité (s'agit-il de renseignements protégés ?) que de sa portée (y aurait-il des renseignements non protégés qui auraient été inclus ?). Compte tenu de l'existence de différentes lois (fédérales et provinciales) balisant le droit à l'accès à l'information gouvernementale, l'obligation de divulguer aux commissaires les documents protégés par le secret professionnel de l'avocat pour les fins de l'examen serait étroitement dépendante du libellé des dispositions habilitatrices, lequel doit être explicite et non équivoque. À la suite des amendements récents adoptés en 2019 dans les lois fédérales sur l'accès à l'information gouvernementale et la protection des renseignements personnels dans le secteur public, les Commissaires à l'accès et à la protection de la vie privée du

---

<sup>745</sup> Pour une réaffirmation (plus) récente de ce principe, voir *Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25, par. 30 [ci-après « *Sherman (Succession)* (2021) »].

<sup>746</sup> *Blood Tribe Department of Health* (2008), préc., note 233, par. 29.

Canada devraient pouvoir exiger des institutions fédérales du secteur public<sup>747</sup> la production des documents à l'égard desquels un refus de communiquer serait fondé sur la protection du secret professionnel de l'avocat. Compte tenu de l'inégalité de statut constitutionnel entre les deux droits (accès à l'information vs secret professionnel de l'avocat), il est à noter qu'une contestation constitutionnelle des amendements de 2019 comme de toute autre obligation statutaire de divulgation nonobstant la protection du secret professionnel de l'avocat, demeure possible<sup>748</sup> alors qu'une restriction au droit (statutaire) d'accès à l'information ne le serait pas.

En attendant et dans les autres cas, les seuls recours restant aux plaignants seraient d'en demander la communication dans le cadre d'une action judiciaire. Or, dans la mesure où ni l'équité procédurale ni la publicité des débats judiciaires ne suffisent *a priori* à justifier la levée d'une confidentialité fondée sur le secret professionnel de l'avocat, il devient difficile de demander la divulgation des documents même devant une cour judiciaire. La seule marge de manœuvre de contrôle judiciaire consisterait à évaluer la possibilité raisonnable d'accéder aux demandes de divulgation sans révéler les renseignements protégés (p. ex. ordonner la divulgation d'une version expurgée des documents), de restreindre la portée de la protection (p. ex. conclure à l'existence d'une renonciation au secret professionnel), voire d'appliquer l'exception pour crime ou fraude projeté aux renseignements demandés.

#### **4.2. En cas d'allégation d'abus de procédures ou de conduite répréhensible de l'État**

Le droit d'accès à l'information gouvernementale chevauche, dans un contexte criminel et pénal, l'obligation générale de la poursuite de communiquer à l'accusé tout renseignement pertinent, qu'il soit incriminant ou disculpatoire<sup>749</sup>. Cette obligation générale participe du droit fondamental de l'accusé à présenter une défense pleine et entière<sup>750</sup> à l'encontre des accusations qui lui sont

---

<sup>747</sup> En effet, la Loi fédérale applicable au secteur privé (*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, préc., note 741) ne contient toujours pas une habilitation aussi explicite et n'a pas été concernée, sous ce chef, par les amendements introduits en 2019.

<sup>748</sup> En effet, la Cour suprême avait statué dans *Blood Tribe Department of Health* (2008), préc., note 233 et *University of Calgary* (2016), préc., note 233, qu'il existe un autre moyen moins attentatoire à l'obligation de divulgation des documents aux Commissaires qu'est le recours judiciaire.

<sup>749</sup> *Stinchcombe* (1991), préc., note 398, 343; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, par. 20.

<sup>750</sup> *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, 466 : « ... le ministère public est tenu de communiquer à l'accusé tous les renseignements qui sont raisonnablement susceptibles d'avoir un effet sur sa capacité d'avoir une défense pleine et entière, et de le faire assez tôt pour laisser à l'accusé suffisamment de temps pour prendre les mesures qu'il est susceptible de prendre et qui ont un effet sur ce droit ou peuvent en avoir un. Cette obligation a des fondements constitutionnels qui découlent de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (...) »

reprochées. Nous avons vu plus haut<sup>751</sup> que ce droit ne suffit généralement pas à justifier une divulgation des renseignements protégés par le secret professionnel, du moins lorsque le bénéficiaire du secret est une tierce partie (p. ex. le plaignant) à l'action intentée contre l'accusé par les autorités de la poursuite. *Quid* d'allégations d'abus de procédures ou de conduite répréhensible de la part de l'État ?

Le droit canadien distingue *a priori* la doctrine de l'abus de procédure généralement reconnue en *common law*, de l'abus de procédure dans une conception plus étroite, renvoyant aux comportements de l'État attentatoires à l'intégrité du système de justice, sans nuire néanmoins à l'équité du procès<sup>752</sup>. Dans le cadre des poursuites criminelles, la doctrine de l'abus de procédure de *common law* trouve sa source dans le pouvoir inhérent d'une cour supérieure de contrôler sa procédure<sup>753</sup> et a été articulée pour la première fois en 1964 par Lord Devlin de la Chambre des Lords britannique. Dans l'arrêt *Connelly* (1964)<sup>754</sup> a été reconnue l'existence d'un pouvoir discrétionnaire résiduel du tribunal d'ordonner, dans des circonstances appropriées, une suspension de l'instance criminelle « comme moyen de contrôler la conduite de la poursuite lorsqu'elle porte préjudice au prévenu »<sup>755</sup>. Sous le régime de la Charte canadienne, la doctrine traditionnelle de l'abus, dont la portée demeure évasive et souple<sup>756</sup>, est susceptible de couvrir une variété de situations, dont certaines mettent en jeu les garanties nommément prévues dans la Charte canadienne, par exemple le droit d'être jugé dans un délai raisonnable ou le droit à un procès équitable. À cette catégorie principale de comportements répréhensibles s'ajoute une catégorie dite résiduelle, qui « ne se rapporte pas à une conduite touchant l'équité du procès ou ayant pour effet de porter atteinte à d'autres droits de nature procédurale énumérés dans la *Charte*, mais envisage plutôt l'ensemble des circonstances diverses et parfois imprévisibles dans lesquelles la poursuite est menée d'une manière inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions

---

<sup>751</sup> *Supra* Partie II – Section B – Sous-section 2 « Droit à une défense pleine et entière ».

<sup>752</sup> *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 1 [ci-après « *Babos* (2014) »].

<sup>753</sup> *In Re Sproule*, [1886] 12 S.C.R. 140, 180.

<sup>754</sup> *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] 2 All E.R. 401. À cette époque, l'abus de procédure en matière civile a été invoqué dans les cours de *common law* depuis plus de cent ans : Andrew L.-T. CHOO, « The Abuse of Process Doctrine and Criminal Justice », dans Andrew L.-T. CHOO, *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2008, p. 1, à la page 5, doi : <10.1093/acprof:oso/9780199280834.003.0001>.

<sup>755</sup> *Rourke c. R.*, [1978] 1 R.C.S. 1021, 1034.

<sup>756</sup> David M. PACIOCCO, « The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept », (1991) 15 *Crim. L.J.* 315.

fondamentales de justice et de miner ainsi l'intégrité du processus judiciaire »<sup>757</sup>. Des actes indicatifs d'abus peuvent être :

- la provocation policière, conduisant à la commission d'un crime par l'accusé à la suite d'une incitation considérée abusive des agents de l'État<sup>758</sup>;
- l'intimidation des accusés par le procureur général, qui, sous la menace de porter d'autres accusations, leur fait pression pour qu'ils plaident coupables aux accusations pendantes et renoncent à leur droit à un procès<sup>759</sup>;
- la concertation des agents de police pour induire le tribunal en erreur<sup>760</sup>;
- la non-divulgation ou la divulgation tardive – à un stade avancé du procès criminel – par le ministère public d'un élément de preuve essentiel<sup>761</sup>;
- Etc.

Dans tous les cas, une fois l'abus établi, le tribunal peut ordonner, en dernier recours, un arrêt des procédures<sup>762</sup>. Cette suspension définitive des procédures est la réparation la plus draconienne qu'une cour criminelle puisse accorder sous le régime du paragraphe 24(1) de la Charte canadienne. Sans équivaloir à un verdict d'acquiescement, un arrêt des procédures emporte des conséquences définitives tant sur le sort des accusations, des victimes présumées, de la société que des accusés : « Les accusations suspendues ne pourront jamais faire l'objet de poursuites; la présumée victime ne sera jamais capable de se faire entendre en justice; la société sera privée à jamais de la possibilité de faire trancher l'affaire par le juge des faits. »<sup>763</sup> Pour ces raisons, l'arrêt des procédures n'est ordonné que « “dans les cas les plus manifestes”, lorsqu'il serait impossible de remédier au préjudice causé au droit de l'accusé à une défense pleine et entière ou lorsque la

---

<sup>757</sup> *O'Connor* (1995), prés., note 403, par. 73.

<sup>758</sup> *R. c. Ahmad*, 2020 CSC 11; *R. c. Pearson*, [1998] 3 R.C.S. 620; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903 [ci-après « *Mack* (1988) »]; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418. Aussi Steven PENNEY, « Entrapment Minimalism: Shedding the “No Reasonable Suspicion or Bona Fide Inquiry” Test », (2019) 44-2 *Queen's L.J.* 356; Steve COUGHLAN, « Threading Together Abuse of Process and Exclusion of Evidence: How it Became Possible to Rebuke Mr. Big », (2015) 71 *S.C. Law Rev.* (2<sup>e</sup>) 415.

<sup>759</sup> *Babos* (2014), préc., note 752, par. 2.

<sup>760</sup> *Id.*, par. 2.

<sup>761</sup> *O'Connor* (1995), préc., note 403.

<sup>762</sup> *Babos* (2014), préc., note 752, par. 1.

<sup>763</sup> *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 53.

continuation de la poursuite causerait à l'intégrité du système judiciaire un préjudice irréparable »<sup>764</sup>.

Il n'est pas toujours nécessaire que des documents *a priori* confidentiels soient dévoilés à l'accusé pour établir l'abus. Une opinion juridique n'est pas non plus disponible dans tous les cas. Dans certaines situations cependant, la preuve d'un abus de procédure pourrait résider dans le contenu de documents *a priori* confidentiels, lequel pourrait révéler soit l'état d'esprit des principaux acteurs à qui un abus des procédures est reproché<sup>765</sup>, soit la conduite d'une enquête insuffisante ou négligente<sup>766</sup>, voire qui aurait été menée à l'encontre de l'avis juridique obtenu ou qui aurait excédé les paramètres recommandés par l'avocat<sup>767</sup>.

Dans l'arrêt *Blank* (2006), la Cour suprême du Canada a permis à ce que les documents relevant *a priori* de la protection du privilège relatif au litige soient communiqués à l'autre partie dans le cadre d'une instance pour abus de procédure<sup>768</sup>. Dans la mesure où la partie qui demande la divulgation de documents protégés démontre « *prima facie* que l'autre partie a eu une conduite donnant ouverture à action dans le cadre de la procédure à l'égard de laquelle elle revendique le privilège »<sup>769</sup>, le tribunal peut prendre connaissance des documents pour décider de leur divulgation, le cas échéant. En cas d'abus de procédures ou d'inconduites répréhensibles, il n'y a tout simplement pas de privilège qui n'est pas « un puits sans fond duquel la preuve que l'on s'est mal conduit ne pourra jamais être extraite pour être exposée au grand jour »<sup>770</sup>. En l'occurrence, une société de fabrication de pâtes et papiers et un de ses administrateurs ont intenté une action civile en dommages-intérêts contre le gouvernement fédéral « pour fraude, complot, parjure et exercice abusif des pouvoirs de la poursuite » à l'égard de treize accusations conjointes qui avaient été portées contre eux relatifs à des infractions environnementales prévues par la *Loi sur les pêches* (fédérale) et ses règlements d'application. Huit des accusations ont été annulées pour avoir fait

---

<sup>764</sup> *O'Connor* (1995), préc., note 403, par. 82.

<sup>765</sup> Voir *R. v. Rutigliano*, 2015 ONCA 452, par. 57 [ci-après « *Rutigliano* (2015) »] : « (...) the motion judge concluded that assertion of the privilege “deprived the respondents of information relating to the state of mind of those said to be responsible for significant aspects of what is being advanced as an abuse of process arising from cumulative state misconduct”. »

<sup>766</sup> *R. c. Oland*, 2018 NBBR 254 [ci-après « *Oland* (2018) » ].

<sup>767</sup> *R. v. Creswell*, 2000 BCCA 583, par. 23 [ci-après « *Creswell* (2000) »].

<sup>768</sup> *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319 [ci-après « *Blank* (2006) »].

<sup>769</sup> *Id.*, par. 45.

<sup>770</sup> *Id.*, par. 44.



défaut de préciser le lieu où les infractions auraient été commises<sup>771</sup>; les cinq restant ont finalement été abandonnées pour cause de prescription<sup>772</sup>. Plusieurs demandes d'accès ont été présentées par la société et son administrateur à l'égard des documents gouvernementaux relatifs à la manière dont les poursuites pour infractions environnementales avaient été intentées contre eux; ces demandes ont été rejetées par le gouvernement pour divers motifs, dont le secret professionnel de l'avocat. Le dispositif du jugement de la Cour suprême conclut au caractère non protégé des documents en question, non pas parce qu'ils ne sont pas protégés par le secret professionnel de l'avocat en cas d'abus de procédures, mais bien en ce que le privilège relatif au litige, dans sa composante distincte de la protection conférée par le secret professionnel de l'avocat, « expire au moment où le litige prend fin »<sup>773</sup>. Après examen de la version non caviardée des documents dont la divulgation avait été demandée, la Cour fédérale conclut qu'il n'y avait pas lieu d'en ordonner la communication en l'absence d'abus de procédures; cette décision a également été confirmée par la Cour d'appel fédérale<sup>774</sup>.

Quoique l'arrêt *Blank* (2006) ait statué dans le contexte d'un privilège relatif au litige, l'ouverture manifestée par la Cour en cas d'allégations *prima facie* de mauvaise foi ou d'abus de procédures pourrait-elle s'appliquer *mutatis mutandis* au secret professionnel de l'avocat<sup>775</sup> chaque fois que ce dernier aurait été instrumentalisé aux seules fins de donner une apparence de privilège à certaines informations qui n'en sont pas couvertes<sup>776</sup> ? Les avis sont partagés.

Selon la Cour d'appel fédérale, toujours dans la saga *Blank*, l'« inconduite » n'est pas en soi une exception reconnue au secret professionnel de l'avocat ni ne s'inscrit dans le prolongement de l'exception pour crime ou fraude projeté qui avait été reconnue en *common law*<sup>777</sup>. En effet, en

---

<sup>771</sup> *R. v. Gateway Industries Ltd.*, [1997] 7 W.W.R. 120, 1997 CanLII 22752 (M.B. P.C.).

<sup>772</sup> *R. v. Gateway Industries Ltd.*, 2001 MBQB 106.

<sup>773</sup> *Blank* (2006), préc., note 768, par. 58.

<sup>774</sup> *Blank c. Canada (Justice)*, 2016 CAF 189 (demande pour autorisation d'appeler rejetée, C.S.C., 02-02-2017, 37231) [ci-après « *Blank* (2016) »].

<sup>775</sup> Comme le relèvent les auteurs David M. PACIOCCO et Lee STUESSER, *The Law of Evidence*, 6<sup>e</sup> éd, Toronto, Irwin Law, 2011, p. 223 et 228, cité par *Ontario (Electrical Safety Authority) v. Bromfield*, 2018 ONCJ 640, par. 253.

<sup>776</sup> Voir *Ernewein v. Honda Canada*, 2017 ONSC 1181.

<sup>777</sup> *Blank c. Canada (Justice)*, 2010 CAF 183, par. 20 :

[20] ... l'« inconduite » ne constitue pas en soi une exception reconnue au privilège que revendique l'intimé sur les trois pages en question. Font exception les [TRADUCTION] « communication[s] faite[s] en vue de servir un dessein criminel » ou pour perpétuer un délit (...). Lorsqu'un client consulte un avocat [TRADUCTION] « pour qu'il l'aide à perpétuer un crime ou une fraude, le privilège ne joue pas » (...) [références omises]

Voir aussi *Blank* (2016), préc., note 774, par. 60.

distinguant le privilège relatif au litige du secret professionnel de l'avocat, la Cour suprême a affirmé dans *Blank* (2006) que, contrairement à ce dernier, le privilège relatif au litige « n'est ni absolu quant à sa portée, ni illimité quant à sa durée »<sup>778</sup>. Lorsque le secret professionnel de l'avocat est concerné, il convient d'adopter une « interprétation libérale à la mesure de son importance » de sorte que « tout ce qui, dans un dossier, bénéficie du secret professionnel de l'avocat demeurera manifestement protégé à jamais »<sup>779</sup>. Dans la saga *Blank*, l'abus de procédures consiste notamment en une proposition de la poursuite que l'accusé estime « inacceptable », à savoir un retrait des accusations criminelles contre un retrait de l'action en responsabilité civile<sup>780</sup>. Cette allégation n'est pas suffisante pour autoriser une communication de documents à l'égard desquels le secret professionnel est invoqué, pour cause d'abus de procédures.

De l'autre côté, sans se prononcer définitivement sur la question, la Cour suprême du Canada avait laissé entendre une ouverture possible à ce niveau dans l'affaire *Campbell* (1999) :

[66] ... l'issue du présent pourvoi repose sur la renonciation au secret professionnel de l'avocat, et je ne me prononce pas en l'espèce sur la question de savoir si, en l'absence de renonciation, des considérations relatives à la défense pleine et entière peuvent elles-mêmes avoir pour effet de forcer la divulgation de communications faisant l'objet du secret professionnel dans le cadre d'une action en abus de procédure et, si tel est le cas, dans quelles circonstances.<sup>781</sup>

Cet *obiter* doit cependant être pris avec réserve, en ce qu'il précède les développements plus récents qui, de *Brown* (2002) à *Chambre des notaires du Québec – LIR* (2016), sont venus considérablement renforcer la protection du secret professionnel de l'avocat.

On peut considérer, comme la Cour fédérale a discuté dans *Blank*, que l'abus de procédures élargirait la portée de l'exception traditionnelle pour crime ou fraude projeté. Lorsque l'abus de procédures est reproché à l'État, on pourrait encore soutenir que la nécessité de démontrer l'abus peut justifier une divulgation exceptionnelle des documents *a priori* protégés en étendant le test de l'innocence de l'accusé. Ainsi, dans *Creswell* (2000), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est d'avis que le test de « l'innocence de l'accusé » ne devrait pas être restreint aux éléments de preuve pertinents à la culpabilité ou à l'innocence *per se* de l'accusé relative aux infractions reprochées. Le test de l'« innocence » doit être interprété au sens large, comme

---

<sup>778</sup> *Blank* (2006), préc., note 768, par. 37.

<sup>779</sup> *Id.*, par. 50.

<sup>780</sup> *Blank* (2016), préc., note 774, par. 37.

<sup>781</sup> *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par. 66 [ci-après « *Campbell* (1999) »].

comprenant tout moyen de défense que peut soulever l'accusé en réponse aux allégations de la Couronne :

[51] (...) innocence at stake includes defending a charge on the basis that the unfair treatment of the accused disentitles the Crown to carry on with the prosecution of the charge or charges. Although the accused is the moving party and bears the onus of proving that a stay ought to be granted, the application for the stay, is nevertheless (...) an "answer to an allegation made by the Crown". It therefore clearly falls within the innocence at stake exception.<sup>782</sup>

Dans ce dernier cas, compte tenu des paramètres restrictifs établis par la Cour suprême du Canada pour appliquer l'exception de l'innocence de l'accusé, que les documents en question puissent effectivement établir un abus de procédures ne serait pas suffisant, encore faut-il que la production soit absolument nécessaire et que l'abus ne puisse être établi autrement. Comme nous le rappelle la Cour suprême de la Colombie-Britannique :

[72] (...) the first stage requires Mr. Rogan to demonstrate an evidentiary basis to conclude that a communication exists that could establish his entitlement to a stay of proceedings on abuse of process grounds. Bare assertions or mere speculation that a communication covered by solicitor-client privilege could assist in the establishment of his entitlement to a stay of proceedings will not suffice. In combination, the requirements of the threshold test in the first stage of the analysis oblige Mr. Rogan to show that there is an evidentiary basis supportive of his claim that a solicitor-client communication exists that could establish his entitlement to a stay of proceedings, and that disclosure is absolutely necessary because entitlement to the relief claimed cannot be established in any other way.<sup>783</sup>

Sans se décider sur la question, la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick est aussi d'avis que « s'il existe une exception fondée sur l'abus de procédure au secret professionnel de l'avocat, elle se limite aux cas où les allégations d'abus peuvent mettre fin au danger de déclaration de culpabilité criminelle de l'accusé, comme c'est le cas pour une demande d'arrêt des procédures »<sup>784</sup>. Ce critère de nécessité absolue implique qu'on ne pourrait autoriser la levée du

---

<sup>782</sup> *Creswell* (2000), préc., note 763, par. 51. La décision *Creswell* (2000) avait été rendue avant l'arrêt *McClure* (2001), préc., note 38, de la Cour suprême du Canada. Comme l'arrêt *McClure* (2001) n'aborde pas spécifiquement la question de l'abus de procédures, les tribunaux de la Colombie-Britannique continuent de suivre *Creswell* (2000) : *R. v. Castro*, 2001 BCCA 507.

<sup>783</sup> *U.S.A. v. Rogan*, 2014 BCSC 2228, par. 72 [ci-après « *Rogan* (2014) »]. Voir aussi *R. v. Chan*, 2002 ABQB 287, par. 89 [ci-après « *Chan* (2002) »] :

(...) If the Crown establishes the privilege, the onus shifts to the defence to establish that the privilege was waived or that:

- a) the privileged information is relevant to the accused's defence;
- b) the information is not available from any other source and he or she is otherwise unable to raise an exception to the privilege in any other way; and
- c) the privileged information *could* raise a reasonable doubt as to the guilt of the accused or *could* establish an abuse of process as a result of conduct on the part of the Crown or the police that is egregious, vexatious or oppressive or that would offend the community's sense of decency and fair play.

<sup>784</sup> *Oland* (2018), préc., note 766, par. 77.

secret professionnel de l’avocat d’un tiers que vers la fin de la présentation de la preuve par le ministère public<sup>785</sup>. Même pour que le juge d’instance prenne connaissance des documents en jeu avant de statuer sur leur divulgation éventuelle aux accusés, cette ordonnance de divulgation limitée peut être considérée comme prématurée et révisée en appel lorsque le juge d’instance n’était simplement pas certain – et non persuadé – que la demande des accusés pour arrêt des procédures sera accueillie en l’absence de cette preuve *a priori* confidentielle. Ainsi que nous le rappelle la Cour d’appel de l’Ontario dans *Rutigliano* (2015) :

[...] if satisfied that this was potentially one of those rare cases where infringement of solicitor-client privilege as between Crown counsel and police was legally available, the motion judge should not have entertained infringement of the privilege unless he was satisfied that there was no basis upon which to grant a stay of proceedings absent the privileged information. If a stay was appropriate without recourse to the privileged information, he could have granted the stay without the privileged information he should have waited until the end of the Crown’s case. If there was no evidentiary basis for conviction, the accused could be acquitted without infringing privilege.<sup>786</sup>

Ainsi, même lorsque les tribunaux acceptent (implicitement) qu’un abus de procédures puisse justifier une divulgation du secret professionnel de l’avocat, il ne suffit pas d’alléguer simplement l’existence possible, voire probable d’un abus de procédures pour autoriser la communication de documents à l’égard desquels le secret professionnel de l’avocat est invoqué. Encore faut-il qu’il en soit effectivement le cas après l’audition de toute la preuve. Le cas échéant, une preuve *prima facie* ou une « possibilité réelle et substantielle »<sup>787</sup> d’inconduite doit être administrée pour justifier, dans un premier temps, l’examen de documents confidentiels par le juge d’instance. Une preuve *prima facie* d’inconduite exige davantage qu’un (simple) souhait d’obtenir des réponses à certaines de ses questions relatives à la conduite des enquêteurs ou au déroulement des

---

<sup>785</sup> *Brown* (2002), préc., note 293, par. 52.

<sup>786</sup> *Rutigliano* (2015), préc., note 765, par. 56.

<sup>787</sup> *R. v. Pal and Tahvili (Disclosure)*, 2007 BCSC 44, par. 30.

événements<sup>788</sup>, dans un contexte où l'existence de documents confidentiels est démontrée<sup>789</sup>. Le cas échéant, le juge d'instance, après en avoir pris connaissance, en ordonnera ensuite la divulgation à la partie qui les demande lorsqu'il est d'avis que les documents en cause pourraient susciter un doute raisonnable quant à l'innocence de l'accusé ou démontrer un abus de procédures par des représentants de l'État<sup>790</sup>.

L'on pourrait également plaider pour la reconnaissance d'une troisième exception de divulgation spécifiquement pour « abus de procédures ». Après tout, la question de l'abus des procédures (p. ex. provocation policière) est un enjeu de politique qui doit être décidé de manière distincte de la détermination de la culpabilité<sup>791</sup>. Cette position trouve un écho favorable dans certaines décisions qui, toutefois, tendent à restreindre davantage la portée de l'exception pour abus de procédures afin de ne la réserver qu'à des cas d'inconduites suffisamment graves et flagrantes. Elles se fondent sur le passage suivant du juge Major dans l'arrêt *McClure* (2001), voulant que

[I]e simple fait de présenter des éléments de preuve qui favorisent des attaques incidentes contre la preuve du ministère public (comme, par exemple, le fait d'attaquer la crédibilité d'un témoin à charge ou de présenter une preuve qui indique que certains éléments de preuve du ministère public ont été

---

<sup>788</sup> *Contra Rogan* (2014), préc., note 783, par. 102 et 103 :

[102] (...) in support of the *McClure* application, Mr. Rogan identified a number of questions he would like answered. For example, he would like to know why the Department of Justice “condoned” the continuation of Papp’s original s. 44 reports on May 30, 2008. He would like to know what investigation was done by counsel for the Department of Justice respecting his disguised extradition claim before the response of May 30, 2008 was sent. He would like to know what Papp disclosed to Department of Justice counsel after the disguised extradition allegation was made and, specifically, whether Papp disclosed all of the background circumstances that might have been relevant to reasoned legal assessment of the disguised extradition allegation. He would like to know whether Zuck consulted with Department of Justice counsel prior to issuing the third and fourth s. 44 reports based on factual findings made in the U.S. civil action in circumstances where Papp had already concluded that those factual findings did not make him inadmissible to Canada.

[103] I have no doubt that Mr. Rogan would like answers to these questions, but raising potentially relevant questions in the abstract does not confer an entitlement to the disclosure of communications protected by solicitor-client privilege. Mr. Rogan bears the onus of demonstrating an evidentiary basis to conclude that a privileged communication exists that could be essential in establishing his entitlement to a stay of proceedings.

<sup>789</sup> *Contra id.*, par. 91 (« (...) there is no evidence before me that the CBSA [Canada Border Services Agency] obtained any legal advice from counsel with the Canadian Department of Justice before initiating immigration proceedings against Mr. Rogan. No nexus has been shown between the initiation of immigration proceedings and legal advice that may have been supplied by the Department of Justice to the CBSA. No CBSA official has claimed or even suggested that reliance was placed on legal advice in initiating or maintaining immigration proceedings against Mr. Rogan. (...) »).

<sup>790</sup> *Chan* (2002), préc., note 783, par. 89.

<sup>791</sup> *Id.*, par. 49 (« The issue of entrapment is determined apart from the issue of guilt or innocence. It is a policy issue. The only question is whether the entrapment constitutes an abuse of process requiring that the proceedings be stayed. »).

obtenus inconstitutionnellement) sera très rarement suffisant pour satisfaire à cette exigence [de divulgation].<sup>792</sup>

« Rarement », mais possible. Ainsi, pour la Cour d’appel de l’Alberta, le secret professionnel de l’avocat ne peut être levé pour cause d’abus de procédures qu’en cas d’inconduite manifestement flagrante et choquante, et non pas à l’égard de toutes les allégations de provocation policière<sup>793</sup>. Un an auparavant, la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta va jusqu’à limiter la possibilité d’invoquer cette exception dans les cas d’abus suffisamment flagrants pour justifier un arrêt des procédures<sup>794</sup>.

\*\*\*

L’« abus de procédures » peut donc chevaucher la portée des deux exceptions de divulgation déjà reconnues ou en constituer une nouvelle en émergence. En attendant que la Cour suprême du Canada tranche la question, les paramètres exacts d’une possible divulgation pour ce motif varient d’une juridiction à l’autre. Plus généralement, il a par ailleurs déjà été plaidé qu’au lieu de compartimenter les différentes exceptions de divulgation au secret professionnel de l’avocat, le secret professionnel de l’avocat ne devrait tout simplement pas être opposable par l’État pour occulter l’inconduite des agents gouvernementaux dans l’exercice de leur fonction publique. Le droit au secret professionnel de l’avocat doit bénéficier avant tout à l’individu, ou du moins aux parties privées notamment face à l’action de l’État. Ainsi lit-on ce qui suit dans le jugement *Rutigliano* (2015), de la Cour d’appel de l’Ontario :

[45] Here, (...) the respondents point out that the parties to the communications hold public office and carry out public duties. The first question on the abuse of process application is “whether the state has engaged in conduct that is offensive to societal notions of fair play and decency and whether proceeding with the trial in the fact of that conduct would be harmful to the integrity of the justice system”: *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at para. 35. The respondents question “why should the state be entitled to shelter its own unconstitutional conduct from scrutiny behind a claim of privilege?” The facts in this case go beyond bald allegations of state misconduct. The Crown has conceded that police did not comply with the court-ordered restrictions on their interceptions of private communications after they got advice from Crown attorneys.<sup>795</sup>

---

<sup>792</sup> *McClure* (2001), préc., note 38, par. 58.

<sup>793</sup> *R. v. Schacher*, 2003 ABCA 313, par. 28 [ci-après « *Schacher* (2003) »].

<sup>794</sup> *Chan* (2002), préc., note 783, par. 87.

<sup>795</sup> *Rutigliano* (2015), préc., note 765, par. 45.

Dorénavant, la réprobation sociale n'est plus dirigée uniquement contre un « mauvais » citoyen qui chercherait à se prévaloir indûment de son droit au respect du secret professionnel (exception de crime ou de fraude projeté), mais s'irrigue par ailleurs de cette crainte civique par rapport aux inconduites de la part d'organismes publics, dans un contexte favorable au développement d'une reddition de compte transparente de l'administration publique<sup>796</sup> et des organismes d'enquête (disciplinaire)<sup>797</sup>. Le coupable n'est pas toujours le citoyen, mais aussi des personnes en position d'autorité, qu'elles fussent l'avocat, l'administration, un ordre professionnel ou encore des personnes chargées de l'application et de l'exécution de la loi, voire investies d'une fonction juridictionnelle.

À notre avis, la consécration d'une exception distincte de divulgation pour cause d'abus serait susceptible, aussi, d'en élargir la portée, en ce que cette question (d'abus) peut être soulevée non seulement dans le cadre d'instances criminelles, mais également au soutien d'un recours civil en responsabilité de l'État dont la cause d'action peut tirer ou non son origine d'une poursuite criminelle abusive. En effet, l'accusé peut invoquer l'abus de procédures par la Couronne après son acquittement dans l'instance criminelle, au soutien d'une action civile en dommages contre l'État pour poursuite abusive, violation des droits constitutionnels et, le cas échéant, un emprisonnement injustifié<sup>798</sup>. Une action civile en dommages peut également être intentée par l'accusé même en l'absence de toute poursuite criminelle, lorsque la conduite des enquêteurs – notamment en cas de fouilles, perquisitions et saisies abusives<sup>799</sup> – a porté préjudice à la personne finalement lavée de tout soupçon. Aussi, une conduite répréhensible de l'État pourrait survenir dans un contexte strictement administratif, pour abus de pouvoir et notamment lors d'une vérification, d'un contrôle de conformité réglementaire ou encore par la prise des mesures de

---

<sup>796</sup> COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION DU QUÉBEC, *Une réforme de l'accès à l'information : le choix de la transparence*, Rapport sur la mise en œuvre de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, novembre 2002, en ligne : <[http://www.cai.gouv.qc.ca/documents/CAI\\_RQ\\_2002.pdf](http://www.cai.gouv.qc.ca/documents/CAI_RQ_2002.pdf)>.

<sup>797</sup> Voir notamment *Barreau du Québec (syndic ad hoc) c. Brouillette*, 2016 QCCDBQ 102 (privilege relatif au litige); *R. v. Nestlé Canada*, 2015 ONSC 810 (privilege relatif au règlement); *Slansky v. Canada (Attorney General)*, [2013] F.C.J. No 996, 2013 FCA 199 [ci-après « *Slansky* (2013) »] (demande pour autorisation d'appeler rejetée, C.S.C., 13-02-2014, 35606); *College of Physicians of B.C. v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2002 BCCA 665 [ci-après « *B.C. College of Physicians* (2002) »]; *Ontario (Attorney General) v. Holly Big Canoe*, [2002] O.J. No 4596, 62 O.R.(3d) 167, 2002 CanLII 18055 (C.A.) (demande pour autorisation d'appeler rejetée, C.S.C., 15-05-2003, 29572).

<sup>798</sup> *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214.

<sup>799</sup> *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28.

recouvrement de créances qui causent préjudice aux citoyens visés en raison de délais abusifs, de leur caractère malveillant, indûment agressif ou négligent. Le cas échéant, les citoyens qui s'estiment lésés peuvent intenter soit un recours civil en dommages<sup>800</sup>, soit un recours en contrôle judiciaire<sup>801</sup> pour remédier aux injustices, et ce, indépendamment ou en l'absence de procédures entreprises au criminel.

De l'abus de procédures par l'État aux abus de droit ou de procédures par une partie privée<sup>802</sup>, aux discussions de règlement menées de mauvaise foi<sup>803</sup> ou en cas de fraude<sup>804</sup>, le « bon déroulement des procédures » et l'obligation de se communiquer toute la preuve au préalable en matière civile, pourraient être vus comme une extension du droit des accusés « à une défense pleine et entière »<sup>805</sup>. La possibilité pour les parties privées à un recours civil de requérir communication de renseignements que l'État a obtenus dans le cadre d'une enquête pénale<sup>806</sup> ou administrative, souligne la grande perméabilité des procédures « croisées »<sup>807</sup>, du moins en l'absence d'ordonnances de confidentialité ou de non-publication. Ce qui reviendrait à dire qu'à chaque fois que le secret professionnel de l'avocat a été levé dans le cadre d'une instance criminelle en l'absence d'une ordonnance de confidentialité ou de non-publication, les renseignements en cause deviendraient aussi accessibles aux (autres) parties dans le cadre d'instances parallèles, qu'elles soient civiles, administratives ou disciplinaires. Pourrait-on encore se figurer un kaléidoscope de

---

<sup>800</sup> Voir par exemple *Agence du revenu du Québec c. Groupe Enico inc.*, 2016 QCCA 76 (demande d'autorisation d'appeler rejetée, C.S.C., 08-09-2016, 36921); *Ludmer c. Attorney General of Canada*, 2020 QCCA 697 (demande d'autorisation d'appeler rejetée, C.S.C., 04-03-2021, 39334).

<sup>801</sup> *Canada c. Addison & Leyen Ltd.*, 2007 CSC 33, [2007] 2 R.C.S. 793, par. 8.

<sup>802</sup> Au Québec, des dispositions permettant de sanctionner rapidement l'irrecevabilité de procédures jugées abusives au civil ont été adoptées en 2009 avec l'entrée en vigueur de la *Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics*, L.Q. 2009, c. 12, intégrant les articles 54.1 et suivants du *Code de procédure civile* (1966-2015). Ces dispositions sont aujourd'hui reprises aux articles 51 et suivants du nouveau *Code de procédure civile* (Québec), préc., note 158, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016.

<sup>803</sup> *Ludmer c. Canada (Attorney General)*, 2014 QCCS 4352. Aussi *I. Waxman & Sons Ltd. v. Texaco Canada Ltd.*, [1968] 1 O.R. 642 (S.C.): Une offre de règlement qui contiendrait des menaces n'est plus une communication privilégiée.

<sup>804</sup> *Middelkamp v. Fraser Valley Real Estate Board*, [1992] B.C.J. no 1947, 17 BCAC 134, 1992 CanLII 4039.

<sup>805</sup> Voir notamment *Leroy Somer Canada ltée c. Hewitt Equipment ltée*, [1989] R.J.Q. 1393, 1989 CanLII 470 (C.A.), par. 23 (« Le droit à une défense pleine et entière signifie en l'espèce le droit de pouvoir compléter les interrogatoires au préalable et de procéder aux expertises utiles au débat. »); *Administration régionale Kativik c. Progrès construction inc.*, 2004 CanLII 76483 (Q.C.C.A.).

<sup>806</sup> *Pétrolière Impériale c. Jacques*, 2014 CSC 66, [2014] 3 R.C.S. 287 [ci-après « *Pétrolière Impériale* (2014) »].

<sup>807</sup> Voir par exemple *Dos Santos (Committee of) v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2005 BCCA 4 (traitant du privilège relatif au règlement).



situations où le droit au respect du secret professionnel de l'avocat pourra céder à d'autres intérêts jugés suffisamment importants<sup>808</sup> ?

## 5. Autres intérêts jugés « suffisamment importants »

En matière civile, une autre justification à la levée du secret professionnel de l'avocat a effectivement été développée, non par extension au droit des parties à une défense pleine et entière, mais à partir de l'exception dite de l'« intérêt commun », autorisant la divulgation de communications *a priori* protégées à un plus grand nombre de personnes, et ce, même en l'absence de procédures judiciairisées.

### 5.1. Du privilège de l' « intérêt commun »

Rappelons que l'une des quatre conditions du test de Wigmore nécessaires à la reconnaissance d'un privilège de confidentialité est que les communications soient et demeurent confidentielles<sup>809</sup>. À l'origine, ce critère a été interprété restrictivement comme interdisant toute divulgation à un tiers, sous peine de la perte du privilège : « Il fut un temps où, si un document protégé était divulgué à un tiers, la protection dont il jouissait était perdue, peu importe la manière dont il avait été divulgué. »<sup>810</sup> N'est pas un tiers la personne qui consulte le même avocat pour une même fin qu'un autre client, notamment en vue d'une défense commune (aux accusations) ou, plus récemment, en vue d'une demande conjointe de divorce. Dans les mots de la Cour d'appel de l'Ontario, tels qu'approuvés par la Cour suprême du Canada :

[TRADUCTION] Il ressort de la jurisprudence que lorsqu'une question présente un intérêt pour deux personnes ou plus qui consultent de concert un avocat, leurs communications confidentielles avec l'avocat, même si elles leur sont connues, bénéficient d'un privilège vis-à-vis des tiers. Toutefois, en ce qui concerne les rapports entre les parties, toutes deux sont censées prendre part à toutes les communications intervenant entre elles et leur avocat et en être informées. Par conséquent, si une controverse ou un différend vient à les opposer, le privilège ne s'applique pas, et l'une ou l'autre peut exiger la divulgation de la communication ...<sup>811</sup>

Cette divulgation limitativement autorisée se justifie dorénavant comme une renonciation – implicite – du client à la protection du secret professionnel de l'avocat ou encore comme un

---

<sup>808</sup> *Id.*

<sup>809</sup> *Supra* note 192.

<sup>810</sup> *Iggillis Holdings Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2018 CAF 51, [2019] 2 R.C.F. 767, par. 20 (demande d'autorisation d'appeler accueillie, C.S.C., 25-10-2018, 38103) [ci-après « *Iggillis* (2018) »].

<sup>811</sup> *R. c. Dunbar* (1982), 138 D.L.R. (3d) 221, 245 (C.A. Ont.), cité et traduit dans *Pritchard* (2004), préc., note 713, par. 23.

manquement à une des conditions constitutives du secret professionnel de l'avocat qu'est la confidentialité des communications.

Avec le temps, la notion de « tiers » à la relation avocat-client a été réinterprétée comme n'incluant pas non plus des personnes qui, sans consulter un même avocat, partagent néanmoins un intérêt commun, par exemple dans la réalisation d'opérations commerciales. Ce privilège dit d'« intérêt commun » étend<sup>812</sup> la protection conférée par le secret professionnel de l'avocat à d'autres parties participant à un même projet ou opération de sorte que les avis et conseils juridiques qui leur sont divulgués demeurent confidentiels au même titre qu'un avis juridique protégé par le secret professionnel de l'avocat à son client<sup>813</sup>.

S'appliquant à l'origine aux personnes présentant un même intérêt de consultation, la portée de cette exception dite de l'« intérêt commun » a depuis été élargie pour embrasser d'autres contextes où une des parties a le devoir (contractuel ou légal) d'agir avec prudence et diligence dans le (meilleur) intérêt d'une autre, que ce soit en droit corporatif ou dans le cadre des relations de mandat, de protection des personnes vulnérables, voire d'ordre fiduciaire.

En droit corporatif, les administrateurs et dirigeants d'une société par actions ont le devoir d'agir avec intégrité et bonne foi au mieux des intérêts de la société<sup>814</sup>. Cette obligation – légale – est de nature fiduciaire dans la mesure où « les actionnaires et les créanciers cèdent le contrôle de leurs actifs à la société et, par conséquent, à ses administrateurs et à ses dirigeants et s'attendent à ce

---

<sup>812</sup> *Maximum Ventures Inc. v. De Graaf*, 2007 BCCA 510, par. 14 [ci-après « *Maximum Ventures (2007)* » ] :  
(...) The common interest privilege is an extension of the privilege attached to that relationship. The issue turns on whether the disclosures were intended to be in confidence and the third parties involved had a sufficient common interest with the client to support extension of the privilege to disclosure to them. (...) Where legal opinions are shared by parties with mutual interests in commercial transactions, there is a sufficient interest in common to extend the common interest privilege to disclosure of opinions obtained by one of them to the others within the group, even in circumstances where no litigation is in existence or contemplated.

<sup>813</sup> Voir notamment *Iggillis* (2018), préc., note 810, par. 41 :

(...) il n'y a pas renonciation au privilège du secret professionnel lorsque l'avis juridique de l'avocat d'une partie est communiqué, confidentiellement, à d'autres parties qui ont un intérêt commun suffisant dans la conclusion des mêmes opérations. Ce principe s'applique peu importe que l'avis juridique a d'abord été divulgué au client de l'avocat en particulier avant d'être envoyé aux autres parties, ou peu importe qu'il a été divulgué simultanément au client et aux autres parties. Dans les deux cas, il n'y a pas renonciation au privilège du secret professionnel qui s'applique aux communications d'un avis juridique entre l'avocat et son client lorsque cet avis est communiqué, confidentiellement, à d'autres parties qui ont un intérêt commun suffisant dans la conclusion des mêmes opérations.

Aussi *Maximum Ventures (2007)*, préc., note 812, par. 14.

<sup>814</sup> *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 122(1)a); *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.Q., c. S-31.1, art. 119; *Code civil du Québec*, art. 322.

qu'ils utilisent les ressources de la société pour prendre des décisions d'affaires raisonnables qui profiteront à la société »<sup>815</sup>. En raison de l'existence de cette obligation de nature fiduciaire impliquant un lien de confiance entre les administrateurs et dirigeants, d'une part, et les actionnaires et créanciers, d'autre part, il pourrait y avoir une sorte d' « intérêt commun » en ce qui concerne la bonne gestion des affaires de la société.

Le scénario classique se situe dans le cadre des recours en redressement pour abus que les lois corporatives mettent à la disposition des actionnaires et administrateurs minoritaires relatifs aux actes d'oppression de la société ou de son conseil d'administration. Au Québec, les auteurs<sup>816</sup> remontent à un arrêt de la Cour d'appel du Québec de 1972<sup>817</sup> comme ayant énoncé pour la première fois le droit d'accès des actionnaires et administrateurs minoritaires aux renseignements *a priori* protégés par le secret professionnel de l'avocat consulté par les administrateurs (majoritaires) dans le cadre des affaires de la société. Certes, dans la mesure où les administrateurs / actionnaires minoritaires partagent les mêmes intérêts que les administrateurs majoritaires dans la gestion de la société, il serait opportun d'étendre le privilège d'intérêt commun aux premiers, ou de reconnaître que le secret professionnel liant l'avocat à une société cliente ne peut être opposé aux autres administrateurs qui ne l'auraient pas consulté ou aux actionnaires minoritaires qui n'auraient pas approuvé le mandat de le faire. L'arrêt *Purzon* (1972) nous semble cependant d'une pertinence relative sur ce point. Le document en question n'est simplement pas protégé par le secret professionnel de l'avocat. Le litige tire son origine du refus de l'avocat, qui l'avait en sa possession, d'exhiber à la poursuite le livre des minutes d'une compagnie, au motif qu'on l'ait ainsi obligé à dévoiler le secret professionnel. Pour la Cour d'appel du Québec, cette objection ne pouvait pas être retenue puisque le livre des minutes n'est pas en soi « un document secret », mais « un document public » que la loi exige d'être gardé au bureau de la compagnie. Tout document entre les mains d'un avocat n'est pas nécessairement confidentiel, et un document qui ne l'est pas ne saurait le devenir simplement en « transitant » par ou pendant qu'il est entre les mains d'un

---

<sup>815</sup> *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, 2004 CSC 68, [2004] 3 R.C.S. 461, par. 34.

<sup>816</sup> Sur la question du secret professionnel en droit corporatif, voir Chantal PERREAULT, Karine BOURGEOIS et Julie BOUHILLIER, « L'accès à l'information des administrateurs et des actionnaires du Québec », dans SERVICE DE LA FORMATION CONTINUE DU BARREAU DU QUEBEC, vol. 231, *Développements récents sur les abus de droit*, vol. 231, Cowansville, Yvon Blais, 2005, p. 199 ; Maurice MARTEL et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec : Les aspects juridiques*, vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 11-9 et 11-10.

<sup>817</sup> *Purzon du Canada Ltée c. R.*, [1972] C.A. 506.

avocat<sup>818</sup>. L'arrêt *Purzon* (1972) ne consacre pas tant un nouveau principe reconnaissant un droit d'accès « spécial » aux administrateurs / actionnaires minoritaires, qu'il ne fait qu'appliquer, dans le contexte spécifique de l'affaire, le droit existant.

L'arrêt *Kruger* (1986)<sup>819</sup> s'avère beaucoup plus à point. Dans le cadre d'un litige opposant des administrateurs-actionnaires minoritaires d'une société aux actionnaires majoritaires par rapport à la gestion d'une société commerciale, concernant entre autres des paiements irréguliers, les actionnaires minoritaires ont demandé « que leur soient communiqués les détails des comptes des avocats et des comptables de la compagnie »<sup>820</sup>. Les actionnaires majoritaires s'y sont objectés en invoquant (notamment) le secret professionnel. L'objection a été jugée mal fondée par la Cour d'appel, relevant que le droit statutaire d'accès à l'information relatif à une société appartient à chaque administrateur individuellement, plutôt qu'à une entité – fictive – qu'est le conseil d'administration :

[9] ... Il n'y a pas lieu ici de mettre en doute l'existence de l'obligation du secret professionnel de l'avocat ou du comptable vis-à-vis des tiers ou de la Cour. Il s'agit d'un principe de droit public important que consacrent les règles de déontologie des deux corporations professionnelles concernées. La question ne se pose pas ici cependant. Les demandes d'informations sont présentées par deux administrateurs de la compagnie. En vertu de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, les administrateurs de la compagnie ont accès à la comptabilité. Un principe bien établi veut que toutes les informations financières ou comptables leur soient accessibles.

[10] Le droit de connaître ces informations n'appartient pas seulement à cette entité que serait le conseil d'administration. Elle est attribuée par la loi à chaque administrateur. Il est accordé aux administrateurs, chargés de la gestion de l'entité juridique distincte que forme la compagnie. Ceux-ci doivent s'acquitter de leurs fonctions avec un soin et une diligence raisonnables et supportent par ailleurs une responsabilité statutaire de plus en plus lourde. La thèse des appelants signifierait que l'exécution du devoir d'information et de contrôle des administrateurs relèverait de la discrétion de la majorité du conseil d'administration. Même s'il exprime des positions minoritaires au sein du conseil d'administration, jusqu'à ce qu'il soit destitué ou exclu, l'administrateur assume les mêmes obligations légales, sous réserve toutefois de la protection que lui accorde son droit de dissidence et possède les mêmes droits à l'information qui ne peuvent être restreints.<sup>821</sup>

On pourrait également défendre la même position sur la base de l'intérêt commun de tous les actionnaires et administrateurs d'une société, qu'ils soient minoritaires ou majoritaires, par rapport à la bonne gestion de l'entreprise commune. Lorsque la société appartenant à tous ses actionnaires

---

<sup>818</sup> *Infra* Partie 3.

<sup>819</sup> *Kruger c. Kruger Inc.*, [1987] R.D.J. 11, 1986 CanLII 3788 (C.A.) (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, 26-031987, 20211) [ci-après « *Kruger* (1986) »].

<sup>820</sup> *Id.*

<sup>821</sup> *Id.*, par. 9 et 10.

retient les services d'un avocat, les conseils et avis juridiques sont prodigués au nom de toute la société et doivent être communiqués à tous les administrateurs sans distinction<sup>822</sup>. Bien entendu, les conseils et avis donnés spécifiquement aux administrateurs majoritaires dans le cadre d'un litige les opposant aux autres administrateurs/actionnaires ne doivent pas être divulgués à ces derniers en raison d'un conflit d'intérêt important dénotant une rupture de l'intérêt commun<sup>823</sup>.

Le privilège d'intérêt commun peut-il être étendu à d'autres types de relations où l'une des parties a le devoir – légal ou conventionnel – d'agir dans le meilleur intérêt de l'autre, que ce soit dans le cadre de la gestion d'un immeuble en copropriété divisée ou d'une fiducie, voire dans l'exécution d'un mandat de protection à l'égard de personnes vulnérables? Aux termes de l'article 1039 C.c.Q., la raison d'être du syndicat de copropriété est « la conservation de l'immeuble, l'entretien et l'administration des parties communes, la sauvegarde des droits afférents à l'immeuble ou à la copropriété, ainsi que toutes les opérations d'intérêt commun ». L'administration d'une fiducie est assujettie à la surveillance de ses constituant(s), bénéficiaire(s) et, le cas échéant, d'autres personnes ou organismes désignés par la loi<sup>824</sup>. Un administrateur du bien d'autrui doit agir « avec prudence et diligence », « honnêteté et loyauté », « dans le meilleur intérêt du bénéficiaire »<sup>825</sup>. Dans tous les cas, une obligation corrélative de reddition de compte des administrateurs, fiduciaires et mandataires aux bénéficiaires et mandants sur les modalités de l'administration pourrait justifier une levée du secret professionnel liant les administrateurs, fiduciaires et mandataires à l'avocat relatif aux modalités de cette gestion.

Ces possibles exceptions développées à partir de l'existence d'un « intérêt commun » se rejoignent en ce qu'elles sont motivées par l'intérêt plus grand de la divulgation à un plus grand nombre de personnes, mais seulement dans un contexte privé. Certes, on pourrait étirer l'analogie des relations fiduciaires de nature privée à cette relation de confiance que doit entretenir l'État avec

---

<sup>822</sup> Voir aussi *Consultants J.M. Guimond c. Juteau*, REJB 2002-32457, J.E. 2002-1499 (C.S.), par. 30 (« (...) Lorsqu'elle a procédé à la modification des statuts constitutifs d'Industrie C.B. inc., la firme de comptables tenait son mandat de la compagnie elle-même. Les démarches qu'elle a effectuées dans l'exécution de son mandat ne peuvent être cachées aux administrateurs de la compagnie sous prétexte de secret professionnel. C'est le rapport avocat-client qui fait naître le droit au secret professionnel et ce droit existe en faveur du client (...) En l'espèce, on ne peut concevoir que la firme de comptables dans l'exécution d'un mandat qui lui a été confié par Industrie C.B. inc. puisse invoquer le secret professionnel pour cette partie du mandat qu'elle aurait elle-même confiée à un avocat. »).

<sup>823</sup> *Kruger* (1986), préc., note 819, par. 11.

<sup>824</sup> *Code civil du Québec*, art. 1287.

<sup>825</sup> *Id.*, art. 1309.

ses citoyens et administrés<sup>826</sup>, ce qui pourrait justifier un droit d'accès à l'information gouvernementale beaucoup plus étendu. Dans la mesure où un État doit être administré dans l'intérêt de ses citoyens, les citoyens individuellement n'ont-ils pas le droit de requérir de l'État qu'il rende compte de cette administration, y compris les avis juridiques sollicités dans le cadre et dans l'intérêt de cette administration ? Que l'État puisse être un bénéficiaire du droit au secret professionnel de l'avocat n'en empêcherait pas une réponse affirmative, dans la mesure où l'État conserve son droit de revendiquer le secret professionnel qui lui appartient en propre en cas de conflit d'intérêt important, comme dans le cadre d'une demande pour arrêt de procédures présentée au cours d'une procédure pénale ou criminelle, ou d'une action civile en dommages contre l'État (notamment pour abus de procédure). Le cas échéant, seules les consultations et opinions juridiques sollicitées par l'État après ou en vue de l'institution des demandes seront soustraites à l'obligation générale de divulgation. À notre connaissance, cette problématique, au sens large, n'a pas encore été soulevée devant les tribunaux canadiens, hormis dans le cadre – plus restreint – de l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones.

Cette obligation *sui generis*, qui lie principalement notre Couronne fédérale<sup>827</sup> aux peuples autochtones, prend ses racines dans une conjonction historique particulière et rencontre poignante de deux cultures qui peut être en elle-même le sujet d'une thèse. À l'origine rattachée à leurs droits sur les terres ancestrales et autres revendications foncières<sup>828</sup>, l'obligation fiduciaire s'applique à l'égard de l'ensemble des droits ancestraux ou issus de traités qui sont acquis par les Autochtones

---

<sup>826</sup> Voir notamment René DUSSAULT, « L'État et les citoyens : une relation de confiance à renforcer », (2006) 36-4 *R.G.D.* 579.

<sup>827</sup> De l'opinion majoritaire de la doctrine, les Couronnes provinciales pourraient également être assujetties à une obligation de nature fiduciaire envers les peuples autochtones chaque fois que les actes des gouvernements ou législations provinciales touchent (incidemment) les droits des autochtones : Alain LAFONTAINE, « La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones », (1995) 36-3 *C. de D.* 669, note en bas de page 1. Si la question des revendications (territoriales) autochtones se pose dans plusieurs anciennes colonies (p. ex. États-Unis, Australie) conquises par les métropoles européennes au cours des XV<sup>e</sup>, XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, la reconnaissance d'une obligation fiduciaire de la Couronne serait propre au droit canadien : voir Kent MCNEIL, « Fiduciary Obligations and Aboriginal Peoples », dans Jeffrey Bruce BERRYMAN, Mark R. GILLEN et Faye WOODMAN (dir.), *The Law of Trusts: A Contextual Approach*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Emond Montgomery, 2015, 907.

<sup>828</sup> *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, 382 :

Les Indiens ont le droit, en *common law*, d'occuper et de posséder certaines terres dont le titre de propriété est finalement détenu par Sa Majesté. Bien que leur droit n'équivaille pas, à proprement parler, à un droit de propriété à titre bénéficiaire, sa nature n'est pas définie complètement par la notion d'un droit personnel. Il est vrai que le droit *sui generis* des Indiens sur leurs terres est personnel en ce sens qu'il ne peut être transféré à un cessionnaire, mais il est également vrai, comme nous allons le constater plus loin, que ce droit, lorsqu'il est cédé, a pour effet d'imposer à Sa Majesté l'obligation de fiduciaire particulière d'utiliser les terres au profit des Indiens qui les ont cédées.

avant la conquête des Européens, et comprend les traditions, pratiques et coutumes qui définissent l'« autochtonité » d'avant la Découverte<sup>829</sup>, jusqu'à la reconnaissance d'une forme d'autonomie gouvernementale et de certains ordres juridiques autochtones<sup>830</sup>.

Avant l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les droits ancestraux pouvaient être restreints par voie de réglementation en vertu notamment de la compétence fédérale de légiférer sur « [l]es Indiens et les terres réservées pour les Indiens »<sup>831</sup>, à telles enseignes qu'il n'était pas inexact d'affirmer qu'« un droit ancestral était automatiquement éteint dans la mesure où il était incompatible avec une loi »<sup>832</sup>.

Après 1982, les droits ancestraux existants ainsi que les droits issus des traités<sup>833</sup> trouvent une consécration constitutionnelle au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>834</sup>. Ils y sont « reconnus et confirmés »<sup>835</sup>, de même que « la responsabilité qu'a le gouvernement d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones »<sup>836</sup>. Cette responsabilité suppose « l'obligation de justifier toute mesure législative qui a un effet préjudiciable sur un droit ancestral

---

<sup>829</sup> R. c. *Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 [ci-après « *Sparrow* (1990) »]. Voir aussi Ghislain OTIS, « L'autonomie personnelle au cœur des droits ancestraux : *sub qua lege vivis?* », (2008) 15-1 *Lex Electronica* 525.

<sup>830</sup> Voir notamment MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Principes régissant la relation du Gouvernement du Canada avec les peuples autochtones*, Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2018, en ligne : <[www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/principes.pdf](http://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/principes.pdf)>; Jean-François TREMBLAY, « L'autonomie gouvernementale autochtone, le droit et le politique, ou la difficulté d'établir des normes en la matière », (2000) 19-2/3 *Politique & Sociétés* 133.

<sup>831</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 91(24). Plusieurs chefs de compétence provinciale peuvent également toucher accessoirement aux droits des autochtones, comme la compétence sur « l'administration et la vente des terres publiques appartenant à la province, et des bois et forêts qui s'y trouvent » (art. 92(5)), « [l]es travaux et entreprises d'une nature locale » (art. 92(10)) et « [g]énéralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province » (art. 92(16)), « [l]a propriété et les droits civils dans la province » (art. 92(13)) ainsi que « [l]'infliction de punitions par voie d'amende, pénalité, ou emprisonnement, dans le but de faire exécuter toute loi de la province » (art. 92(15)).

<sup>832</sup> *Sparrow* (1990), préc., note 829, 1098.

<sup>833</sup> L'auteur Sébastien Grammond nous précise, en des termes succincts, la distinction entre les deux catégories de droits comme suit :

Les droits issus de traités découlent d'accords entre le gouvernement fédéral et les autochtones, par exemple les traités dits numérotés, datant de la fin du XIXe siècle et du début du XXe, en vertu desquels les autochtones cédaient leurs droits sur le territoire en échange de droits de chasse et de pêche plus précis. Au contraire, les droits ancestraux ne dépendent pas d'une reconnaissance étatique ni d'un quelconque accord. Ce sont des droits de common law qui représentent la reconnaissance des traditions juridiques autochtones en droit canadien.

(Sébastien GRAMMOND, « La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow* », (1991) *R.D. McGill* 1382, 1383)

<sup>834</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), art. 35(1) : « Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. »

<sup>835</sup> *Id.*

<sup>836</sup> *Sparrow* (1990), préc., note 829, 1108.

protégé par le par. 35(1) »<sup>837</sup>, que ce soit dans la réglementation des droits de pêche<sup>838</sup>, l'obligation de consulter et d'accommoder les peuples autochtones avant une prise de décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des revendications de droits ancestraux même non encore prouvés<sup>839</sup>, ou encore l'indemnisation pour la perte des terres de réserve inondées dans le cours d'une entreprise publique (p. ex. production d'hydroélectricité)<sup>840</sup>. Comme la Cour suprême du Canada l'a récemment rappelé :

[64] L'obligation de fiduciaire impose à la Couronne les devoirs suivants : la loyauté, la bonne foi, la communication complète de l'information et, lorsqu'il s'agit de terres de réserve, la préservation de l'intérêt quasi propriétaire de la première nation et la protection de celui-ci contre l'exploitation. La norme de prudence est celle qu'une personne apporte à l'administration de ses propres affaires. Dans le contexte d'une cession de terres de réserve, (...) l'obligation de fiduciaire exige également que la Couronne évite les marchés inconsidérés, qu'elle gère le processus de manière à favoriser le meilleur intérêt de la première nation et qu'elle s'assure que celle-ci consent à la cession. Dans le cas d'une expropriation, l'obligation d'obtenir le consentement de la première nation est remplacée par l'obligation de porter le moins possible atteinte aux intérêts garantis de celle-ci.<sup>841</sup>

Comment cette obligation de justification ou de transparence se trouve-t-elle conjuguée à la protection du droit au secret professionnel de la Couronne ?

À cet égard, il est intéressant de noter que la Cour suprême du Canada a effectivement laissé entendre, dans *Pritchard* (2004), que l'exception de l'« intérêt commun » puisse être étendue pour viser également les relations d'ordre fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones<sup>842</sup>. Cela étant, la reconnaissance de rapports fiduciaires entre la Couronne et les peuples autochtones – notamment dans le contexte des revendications liées aux droits ancestraux – n'impose pas *a priori* la levée du privilège des communications entre la Couronne et son avocat même dans le cadre d'un litige pour violation d'obligations fiduciaires. Compte tenu de la nature particulière des obligations fiduciaires de la Couronne vis-à-vis des peuples autochtones, les règles applicables aux

---

<sup>837</sup> *Id.*, 1110.

<sup>838</sup> *Id.*; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.

<sup>839</sup> *Nation Haida c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511.

<sup>840</sup> *Southwind c. Canada*, 2021 CSC 28 [ci-après « *Southwind* (2021) »].

<sup>841</sup> *Id.*, par. 64 [références omises].

<sup>842</sup> *Pritchard* (2004), préc., note 713, par. 24 :

[24] L'exception fondée sur l'intérêt commun est apparue dans un contexte où des parties visant un même objectif ou cherchant à obtenir un même résultat possédaient [TRADUCTION] un « même intérêt » (...) La portée de cette exception a été quelque peu élargie. En effet, elle s'applique désormais lorsqu'une obligation fiduciaire ou apparentée existant entre les parties a fait naître un intérêt commun. Cela comprend les relations fiduciaire-bénéficiaire, celles entre l'État et les autochtones et certains types de rapports contractuels ou de rapports mandant-mandataire. [Nos soulignés]



fiducies privées ne pourraient y être transposées mécaniquement. Dans les mots de la Cour d'appel fédérale :

La Couronne ne saurait être un « fiduciaire » ordinaire. Elle agit à plusieurs titres et elle représente de nombreux intérêts, dont certains sont nécessairement opposés. Non seulement agit-elle au nom ou dans l'intérêt des Indiens, mais encore doit-elle rendre compte à l'ensemble de la population canadienne. Elle participe, à de nombreux égards, à des litiges en instance. Elle doit toujours tenir compte des négociations juridiques et constitutionnelles en cours et à venir, avec des Indiens ou avec les gouvernementaux provinciaux, et on peut soutenir que ces négociations peuvent, à notre époque, être assimilées à des litiges en instance. Les conseils juridiques en cause peuvent très bien ne pas avoir été demandés, ni obtenus, dans l'intérêt exclusif ou principal des Indiens, et encore moins dans celui des trois bandes qui sont parties à l'instance. Il se peut très bien que ces conseils juridiques soient liés à des décisions en matière de politique, dans une grande diversité de secteurs qui n'ont que peu ou pas de liens avec l'administration des « fiducies ». Il est peu probable que le paiement des opinions juridiques données à la Couronne ait été prélevé sur les fonds « privés » des « fiducies » qu'elle administre...<sup>843</sup>

Il aurait fallu que les requérants intimés précisent les documents qui « ont été obtenus ou préparés par la Couronne dans l'administration des “fiducies” particulières alléguées par les intimés et dans l'exécution, par la Couronne, de ses devoirs de “fiduciaire” au profit des intimés »<sup>844</sup>.

Dans le même ordre d'idées, il n'existe pas de relation fiduciaire entre une instance publique de protection des droits de la personne et les plaignants qui sollicitent son intervention. Même si une commission publique de protection des droits de la personne a pour mandat (législatif) d'enquêter sur les plaintes de discrimination pour motifs interdits, un mandat d'enquête impartiale ne justifie pas l'existence d'un intérêt commun entre cette instance administrative et les parties se présentant devant elle<sup>845</sup>.

## **5.2. Du critère d'« absolue nécessité »**

Depuis le tournant des années 2000, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada a plusieurs fois insisté sur le critère de la « nécessité absolue »<sup>846</sup> comme seul susceptible de faire lever le secret professionnel liant un avocat à son client. Quoique la Cour elle-même puisse quelquefois sembler à court d'idées sur ce qui peut bien constituer cette « absolue nécessité », il est au moins une occasion où l'application de ce critère ne se discute pas, soit en cas de décès du client.

---

<sup>843</sup> *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1995] 2 C.F. 762 (C.A.).

<sup>844</sup> *Id.*

<sup>845</sup> *Pritchard* (2004), préc., note 713, par. 25.

<sup>846</sup> Voir *Goodis c. Ontario* (2006), préc., note 707, par. 4.

En principe, le secret professionnel survit, en droit canadien, à la mort du client<sup>847</sup>. Or, lorsque le client au bénéfice de qui le droit au respect du secret professionnel de l'avocat est décédé avant qu'il ait pu y renoncer, et que le contenu des communications *a priori* protégées s'avère nécessaire pour la résolution d'un litige, une levée peut néanmoins être justifiée. La question s'est posée principalement en matière de succession, lorsqu'est en cause la validité de l'acte juridique auquel a participé le défunt. Cette exception reconnue de longue date par la *common law* est reprise aujourd'hui dans certaines règles de procédure relatives à l'homologation des testaments<sup>848</sup>. Plus qu'une « nécessité absolue », cette exception dessert avant tout les intérêts du client en ce que la divulgation des communications *a priori* protégées permet d'établir les intentions véritables du défunt au moment de la passation de l'acte. Il serait donc possible de déceler un intérêt commun entre les personnes qui demandent la divulgation de l'information protégée et le bénéficiaire du secret<sup>849</sup>. À l'origine limitée en matière testamentaire, cette exception de « nécessité absolue » s'étend dorénavant à tout acte de transmission du patrimoine auquel a participé le défunt de son vivant, y compris un acte de fiducie<sup>850</sup> et possiblement à toute transaction dont la validité est contestée en raison d'une existence possible d'abus d'influence. Aussi, aux termes du projet de loi n° 2 modifiant le Code civil et portant une réforme majeure du droit de la famille (2021), l'attestation du médecin sur l'inaptitude à consentir de la femme qui a donné naissance à l'enfant dans le cadre d'une gestation pour autrui peut être communiquée aux conjoints ayant formé le projet parental « malgré le secret professionnel auquel [le médecin] est tenu à l'égard de son patient »<sup>851</sup>. Cette exception de nécessité absolue ne s'étend pas toutefois dans un contexte d'insolvabilité et de faillite, même lorsque tous les administrateurs et dirigeants de la société faillie

---

<sup>847</sup> *Geffen* (1991), préc., note 266, 384 (« Le secret professionnel est tellement important que les tribunaux ont également précisé que le caractère confidentiel des communications entre l'avocat et son client subsiste après le décès du client et est transmis à ses parents, héritiers ou ayants droit (...) »).

<sup>848</sup> Voir notamment *Surrogate Rules*, Alta Reg. 130/1995, art. 85(2) : « Any person who took instructions for the preparation of the will is compellable as a witness and subject to pre-trial disclosure and production of documents and oral questioning respecting (a) the circumstances of that person's involvement in the preparation of the will and of any lawyer's retainer, (b) the instructions given by the testator, (c) the preparation of the will or the circumstances of its signing, or (d) any steps taken to ascertain or record by any means the testator's capacity or the witness's or lawyer's opinion concerning that capacity. »

<sup>849</sup> *Phipson on Evidence*, 19<sup>e</sup> éd., Sweet & Maxwell, 2020.

<sup>850</sup> *Geffen* (1991), préc., note 266.

<sup>851</sup> *Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et modifiant le Code civil en matière de droits de la personnalité et d'état civil*, projet de loi n° 2 (présentation – 21 octobre 2021), 2<sup>e</sup> sess., 42<sup>e</sup> légis. (Qc), art. 96 ajoutant le nouvel article 541.17 du *Code civil du Québec*.

auraient démissionné<sup>852</sup>. Il ne s'agit pas d'un cas de « nécessité absolue » en ce que la société compte toujours des actionnaires qui pourraient convoquer une assemblée extraordinaire pour décider soit de l'opportunité de lever le privilège, soit d'élire de nouveaux administrateurs<sup>853</sup>. Cela étant, dans l'hypothèse où le syndic de la faillite aurait présenté des arguments concrets, précis et détaillés sur la nécessité d'avoir accès aux documents privilégiés pour administrer les biens de la société faillie<sup>854</sup>, ou encore sur la mesure dans laquelle la société faillie – plutôt que la masse de ses créanciers – tirerait un bénéfice concret de cette levée du privilège<sup>855</sup>, l'argument nous semble pouvoir être éventuellement reconsidéré.

Plus récemment, c'est la question des actions collectives qui a davantage interpellé les tribunaux. Dans l'affaire *Hodge v. Neinstein* (2017)<sup>856</sup>, une action collective a été autorisée à l'encontre d'un cabinet d'avocats pour avoir notamment inclus des dépens dans les honoraires exigibles de leurs clients sans en avoir obtenu au préalable l'autorisation du tribunal telle que prescrite à l'article 28.1(8) de la *Loi sur les Procureurs*<sup>857</sup>. Pour la Cour d'appel de l'Ontario, le secret professionnel de l'avocat ne doit pas faire obstacle à une demande d'autorisation d'intenter une action collective lorsque ce véhicule procédural s'avère adapté pour permettre aux clients de faire avancer leurs revendications de manière réaliste. De plus, il serait possible de minimiser l'atteinte au secret professionnel des clients en raturant les noms des membres du groupe et d'autres informations d'identification et en y substituant un mode d'identification numérique<sup>858</sup>; une fois les informations d'identification pseudonymisées ou anonymisées, la protection du droit au secret professionnel s'en trouve préservée en ce qu'il n'est plus possible de rattacher les informations

---

<sup>852</sup> *Bre-X Minerals Ltd. (Trustee of) v. Verchere*, 2001 ABCA 255 [ci-après « *Bre-X Minerals* (2001) »]. Voir aussi *Ultra Information Systems Canada Inc. v. Pushor Mitchell LLP*, 2008 BCSC 974.

<sup>853</sup> *Bre-X Minerals* (2001), préc., note 852, par. 65.

<sup>854</sup> *Id.*, par. 8 : « The application is a very general one. The affidavit evidence does not specify any particular information which the Trustee expects to obtain from BJV, nor does it identify any specific action or potential actions which turn on the information sought. As well, the evidence does not demonstrate how any interest (neither the creditors' nor Bre-X's) may be affected by the disclosure or non-disclosure of privileged communications between Bre-X and BJV. Overall, the Trustee seeks a blanket exemption to solicitor-client privilege based on general evidence that such information would benefit the administration of the estate. (...) »

<sup>855</sup> *Id.*, par. 59 : « (...) While such a commonality may occasionally arise, any presumption that bankrupts and their trustees enjoy an identity of interest is obviously unwarranted. A trustee acts in the interests of the creditors, which are not identical to, and frequently conflict with, the interests of the bankrupt person. While a trustee is afforded broad powers to deal with a bankrupt's assets, the bankrupt still exists, whether as a person or a corporation. The interests of the two are not the same. Moreover, if they are identical, the bankrupt might well agree to waive the privilege. »

<sup>856</sup> *Hodge v. Neinstein*, 2017 ONCA 494 (demande pour autorisation d'appeler rejetée avec dissidence, C.S.C., 07-12-2017, 37739) [*Hodge v. Neinstein* (2017)].

<sup>857</sup> *Loi sur les Procureurs*, L.R.O. 1990, c. S.15.

<sup>858</sup> *Hodge v. Neinstein* (2017), préc., note 856, par. 162.

financières à un client nommément identifié. Un résultat contraire aurait mis les avocats fautifs à l'abri d'une action collective intentée au nom de leurs clients (anciens et actuels).

Ainsi, le critère d'« absolue nécessité » s'apprécie moins à l'aune de la nécessité de la divulgation de l'information protégée au nom d'un intérêt public plus grand, que celle d'une communication qui bénéficie ultimement à l'intérêt privé du client qui est le seul bénéficiaire du secret professionnel. Dans la mesure où une divulgation dessert l'intérêt du ou des clients d'un avocat, fût-ce au détriment de cet avocat même, la levée du privilège peut être autorisée.

Les actions collectives intentées au nom des clients d'un cabinet peuvent par ailleurs être analysées sous l'angle d'une renonciation implicite au secret professionnel. Dans un système de type *opting out*, le fait pour les membres qui avaient été inclus d'office dans une action collective de ne pas s'en être exclus expressément après notification de l'action, pourrait être interprété comme une renonciation implicite au secret professionnel de l'avocat dans la mesure nécessaire pour que le cabinet d'avocats se défende dans l'action collective<sup>859</sup>, comme il a toujours été permis à un avocat de se défendre contre une action en responsabilité intentée par un client ou de poursuivre un client qui refuse de payer les honoraires pour services rendus<sup>860</sup>.

Tout compte fait, cet ensemble de préoccupations hétéroclites en apparence, que nous avons subsumées sous la catégorie résiduelle d'« autres intérêts importants », se situerait dans le prolongement de l'exception de crime ou de fraude projeté, cette « *rare bright line* »<sup>861</sup> reconnue en *common law* comme devant justifier une levée du secret professionnel dans les cas où l'avis

---

<sup>859</sup> *Lipson v. Cassels Brock & Blackwell*, 2014 ONSC 6106 au para 120 :

When a class action is certified the putative class members are given notice of what are the common issues that have been certified. They are told that they will be bound by the outcome of the common issues trial, unless they opt out of the class proceeding. In the case at bar, the common issues taken from Mr. Lipson's Statement of Claim are allegations made on behalf of the class. By not opting out, the Class Members may be taken to have adopted Mr. Lipson's pleading that alleges misconduct or professional negligence, and by their adopting the pleading, it follows that fairness demands that the Class Members be regarded as having impliedly waived solicitor and client privilege to the extent necessary for Cassels Brock to defend itself.

<sup>860</sup> Voir par exemple *Mathews, Dinsdale & Clark LLP v. 1772887 Ontario Limited et al.*, 2021 ONSC 2563 [ci-après « *Mathews, Dinsdale & Clark LLP (2021)* »], par. 43 : « In my view, by corollary to the lawyer-client professional misconduct and negligence cases (...) a client's conduct in repudiating its lawyer's legal account and refusing to pay is conduct that would render it unfair for that client to raise privilege against the lawyer, in the context of a proceeding to assess and enforce payment of the disputed account. »

<sup>861</sup> GIESEL (2015), préc., note 304, p. 47.

juridique aurait été sollicité pour faciliter la perpétration d'un acte criminel<sup>862</sup>. De même que les communications de nature criminelle entre un client et son avocat ne « relève[nt] pas de la portée ordinaire des secrets professionnels », ces derniers ne peuvent non plus être invoqués comme écran pour empêcher la preuve d'une illégalité policière<sup>863</sup>, d'inconduite ou d'abus de procédures<sup>864</sup>, fût-ce et surtout de la part des procureurs de la Couronne<sup>865</sup>.

Dans cette perspective, l'exception pour atteinte au droit à la vie et à la sécurité d'autrui (*supra*) pourrait aussi être interprétée comme se situant dans le prolongement de « l'exception de crime ou de fraude projeté » en ce que les renseignements divulgués à l'avocat soit ne s'avèrent pas pertinents à l'obtention d'un avis juridique relatif à une situation passée, soit ont trait à l'opportunité d'un crime appréhendé (à venir).

Ainsi donc, notre catégorie résiduelle justifiant, au cas par cas, une levée du secret professionnel au regard d'autres « intérêts jugés suffisamment importants », recèle en elle-même une nuance de paradoxe. Elle peut être considérée, d'une part, comme un élargissement de l'« exception de crime ou de fraude projeté » précisant la portée du secret professionnel et, par ricochet, ce qui n'entre pas ou ne doit pas entrer dans le champ de la protection. Le droit au respect du secret professionnel couvre-t-il un avis sollicité pour faciliter la perpétration d'un acte criminel, ou encore un abus de droit comme de procédure ? La réponse est non. D'autre part, l'exception – pour cause de crime ou d'autres intérêts suffisamment importants – n'est-elle pas aussi la résultante d'un exercice de conciliation faisant pencher la balance résolument vers la protection d'un droit autre que le secret professionnel en l'absence de tout intérêt légitime à protéger de l'autre côté de la balance, fût-il un droit apparent au respect du secret professionnel. À la question « Le secret professionnel doit-il céder à l'intérêt du crime ou d'une inconduite? », un non catégorique s'impose. Par les deux chemins opposés arrivons-nous ainsi à cette seconde mutation qui s'est quelque peu opérée en filigrane au tournant des années 2000 : il n'y a pas lieu de pondérer les avantages et inconvénients découlant de la violation du secret professionnel de l'avocat avec un autre droit ou principe de

---

<sup>862</sup> *The Queen v. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B. 153, 165, 170 et 171 [ci-après « *Cox and Railton* (1884) »]; *Solosky* (1980), préc., note 115, 835 et 836; *Campbell* (1999), préc., note 781, par. 55.

<sup>863</sup> *Campbell* (1999), préc., note 781.

<sup>864</sup> Voir aussi *Oland* (2018), préc., note 766, par. 75 : « Même si j'admettais l'existence d'une exception fondée sur l'abus de procédure au secret professionnel de l'avocat, les circonstances de l'espèce ne donneraient pas lieu à l'exception. »

<sup>865</sup> *R. v. Delchev*, 2015 ONCA 381 (discutant du privilège relatif au règlement); *Singh c. Montreal (City of)*, 2014 QCCA 307 (relatif aux discussions de règlement); *R. v. AVG*, 2017 ABQB 8.

justice fondamentale. Indépendamment des autres droits ou intérêts en conflit de l'autre côté de la balance, le secret professionnel de l'avocat a toujours préséance, à moins qu'il ne soit prouvé inexistant, par l'exception du crime/fraude projeté ou l'existence d'une renonciation (implicite).

### **C. Récapitulatif**

Depuis le tournant des années 2000, la Cour suprême du Canada est venue ancrer une sous-catégorie particulière de droits à la confidentialité qui mérite une protection quasi absolue : le secret professionnel de l'avocat<sup>866</sup>.

#### **1. Secret professionnel du juriste : un privilège générique apprécié de façon générale et abstraite**

Comme nous avons relevé précédemment, la Cour suprême du Canada se montre en général réticente à s'adonner à une analyse avantages-inconvénients lorsque le droit au secret professionnel de l'avocat est concerné. La raison, comme évoquée dans l'arrêt *Criminal Lawyers' Association* (2010), en est que cette analyse aurait déjà eu lieu dans l'abstrait au moment de consacrer l'existence d'un tel privilège – générique – en *common law* : un privilège est dit générique à l'issue d'un exercice de pondération principal, à l'aune du test de Wigmore, qui fait pencher la balance vers la préservation de la confidentialité comme promouvant davantage l'intérêt public que la divulgation des renseignements concernés. À l'égard de tout privilège dit générique, une analyse au cas par cas viendrait dupliquer un exercice qui aurait été réalisé en amont. Dans le contexte des demandes d'accès à l'information, tout en opinant que les organismes publics doivent, dans l'exercice de leur discrétion de refuser l'accès aux renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat, prendre en considération l'intérêt public résiduel pour en autoriser, le cas échéant, la divulgation en renonçant à leur privilège, la Cour suprême se dit « difficile de concevoir comment le principe de la primauté de l'intérêt public (...) pourrait commander la divulgation d'un document protégé »<sup>867</sup>.

Hormis les énoncés de principe, les tribunaux canadiens s'étendent rarement de façon explicite sur les avantages concrets découlant de la non-violation du secret professionnel dans les cas d'espèce,

---

<sup>866</sup> Cf. *Goodis c. Ontario* (2006), préc., note 707, par. 33.

<sup>867</sup> *Criminal Lawyers Association* (2010), préc., note 15, par. 54.

se contentant de reprendre l'importance généralement reconnue quant à la protection du secret professionnel pour la société et l'administration de la justice :

[49] Le secret professionnel de l'avocat est fondé sur les besoins fonctionnels de l'administration de la justice. Vu sa complexité, le système juridique nécessite une expertise professionnelle. L'accès à la justice est mis en péril lorsqu'il est impossible d'obtenir des conseils juridiques. Il est donc extrêmement important que la GRC soit capable d'obtenir des conseils juridiques professionnels relativement à des enquêtes criminelles sans devoir subir l'effet paralysant de la divulgation potentielle de confidences à l'occasion de procédures ultérieures. (...) <sup>868</sup>

Ce résultat ne devrait pas surprendre vu que le secret professionnel de l'avocat a été tôt reconnu comme un des rares privilèges génériques dans la tradition de la *common law*. Ce qui distingue les privilèges génériques des privilèges dits circonstanciés est justement cette dispense de justifier au cas par cas ce qui bénéficie d'une présomption – générale – d'inadmissibilité :

... il est important de clarifier la (...) distinction entre deux catégories : un privilège *prima facie* « général » de common law ou un privilège « générique », d'une part, et un privilège « fondé sur les circonstances de chaque cas », d'autre part. Les premiers termes sont utilisés pour désigner un privilège qui a été reconnu en common law et pour lequel il existe une présomption à première vue d'inadmissibilité (lorsqu'il a été établi que les rapports s'inscrivent dans la catégorie) à moins que la partie qui demande l'admission ne puisse démontrer pour quelles raisons les communications ne devraient pas être privilégiées (c.-à-d., pour quelles raisons elles devraient être admises en preuve à titre d'exception à la règle générale). De telles communications sont exclues non pas parce que l'élément de preuve n'est pas pertinent, mais plutôt parce qu'il existe des raisons de principe prépondérantes d'exclure cet élément de preuve pertinent. Les communications entre un avocat et son client paraissent s'inscrire dans le cadre de cette première catégorie (voir : *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353 et *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821). L'expression privilège « fondé sur les circonstances de chaque cas » est utilisée pour viser des communications à l'égard desquelles il y a une présomption à première vue qu'elles ne sont pas privilégiées (c.-à-d. qu'elles sont admissibles). L'analyse de chaque cas a généralement comporté une application du « critère de Wigmore » (...), qui constitue un ensemble des critères pour déterminer si des communications devraient être privilégiées (et, par conséquent, ne pas être admises) dans des cas particuliers. En d'autres termes, l'analyse de chaque cas exige que les raisons de principe d'exclure des éléments de preuve par ailleurs pertinents soient évaluées dans chaque cas particulier. <sup>869</sup> [soulignés dans l'original]

La considération des avantages résultant de la non-violation du secret professionnel reste donc à un niveau générique, sans que les juges s'attardent outre mesure sur les circonstances concrètes de chaque cas d'espèce.

---

<sup>868</sup> *Campbell* (1999), préc., note 781, par. 49.

<sup>869</sup> *Gruenke* (1991), préc., note 126, 286.

## **2. Violation d'un autre droit ou principe de justice fondamentale : une appréciation concrète**

Cette rhétorique de la Cour suprême, qui peut nous convaincre *a priori* sur la raison d'être des privilèges génériques, ne doit pas nous faire oublier que tous les droits constitutionnels et principes de justice fondamentale ont résulté, d'abord, d'un exercice de pondération dans l'abstrait en faveur d'un aspect de l'intérêt public à protéger.

Dans l'abstrait, tous les droits et libertés fondamentaux sont tout autant importants. À l'égard, par exemple, de la publicité des débats judiciaires, ce principe peut être rattaché à la liberté d'expression garantie au paragraphe 2b) de la Charte canadienne. En effet, « [l']importance de l'accès du public et des médias aux tribunaux ne peut être sous-estimée puisque l'accès est le moyen grâce auquel le processus judiciaire est soumis à l'examen et à la critique »<sup>870</sup>. Il y a également un « intérêt public dans la liberté de religion »<sup>871</sup> garantie au paragraphe 2a) de la Charte canadienne, tout comme il est à propos de reconnaître la vie privée « en tant que considération fondamentale d'une société libre »<sup>872</sup>.

Compte tenu toutefois de l'interaction nécessaire et de l'inévitable conflit qui peut survenir entre différents droits fondamentaux protégeant chacun un aspect différent de l'intérêt public, tant les Chartes canadienne et québécoise que la jurisprudence du plus haut tribunal du pays reconnaissent la nécessité d'une limitation proportionnelle de l'un ou de l'autre des droits également fondamentaux dans les circonstances qui le justifient :

### **Charte canadienne**

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

### **Charte québécoise**

9.1. Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de la laïcité de l'État, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

Ainsi, dans l'arrêt *Edmonton Journal* (1989), la juge Wilson, dans ses motifs concordants, a relevé l'existence de deux méthodes, abstraite et contextuelle, d'aborder les droits protégés par la Charte

---

<sup>870</sup> *Sierra Club du Canada* (2002), préc., note 438, par. 52.

<sup>871</sup> *Gruenke* (1991), préc., note 126, 283.

<sup>872</sup> *Sherman (Succession)* (2021), préc., note 745, par. 5.



canadienne et a reconnu que le résultat « du processus d'équilibrage requis en vertu de l'article premier » peut varier selon l'application de l'une ou de l'autre méthode :

Des deux façons possibles d'aborder l'application de la *Charte*, on peut décrire la première comme la méthode abstraite et l'autre comme la méthode contextuelle. Bien que les modes d'application, c'est-à-dire les étapes analytiques à suivre, soient identiques dans chacune, la méthode retenue peut avoir une influence sur le résultat du processus d'équilibrage requis en vertu de l'article premier.<sup>873</sup>

Les deux méthodes – abstraite et contextuelle – partagent une même prémisse qu'est l'identification de la raison d'être des droits protégés :

Dans chacune des méthodes, il est nécessaire de préciser la valeur sous-jacente que vise à protéger le droit auquel il aurait été porté atteinte. C'est par une interprétation en fonction de l'objet des droits reconnus dans la *Charte* qu'on y parvient. Il est également nécessaire dans chacune des méthodes de préciser l'objectif législatif recherché par la loi contestée. C'est en déterminant l'intention du législateur dans l'adoption de la loi en question qu'on y parvient. Lorsque la valeur sous-jacente et l'objectif législatif ont été identifiés et qu'il est clair que l'objectif législatif ne peut être réalisé sans atteinte au droit, il faut alors déterminer si la loi contestée constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.<sup>874</sup>

Dans l'extrait précité, l'« objet des droits reconnus dans la Charte » correspond à la nécessité de consacrer, dans l'intérêt public, l'existence d'un droit fondamental comme d'un privilège de confidentialité tel le privilège du secret professionnel de l'avocat. À l'instar des privilèges génériques, tous les droits constitutionnellement protégés l'ont été pour une raison d'intérêt public prépondérante au terme d'une considération dans l'abstrait. Ce qui n'est pas un argument suffisant pour exclure d'emblée la nécessité d'une pondération au cas par cas ou *in concreto* pour décider du caractère constitutionnel des restrictions qui doivent leur être imposées, le cas échéant.

En effet, poursuivant son analyse de ces deux méthodes dans le contexte de la liberté (fondamentale) d'expression, la juge Wilson se demande si l'application de la méthode contextuelle serait la plus appropriée pour apprécier « l'importance relative de valeurs en conflit » :

(...) selon la méthode abstraite, la valeur sous-jacente que vise à protéger l'al. 2*b*) de la *Charte* est définie de manière générale comme l'a fait mon collègue le juge Cory. Il constate que la liberté d'expression a joué un rôle fondamental dans l'évolution historique de nos institutions politiques, sociales et éducatives au Canada. Il souligne la gravité de toute restriction à la libre circulation des idées et des opinions dans une société de type démocratique et il conclut qu'il est difficile d'imaginer un droit plus important dans une démocratie que la liberté d'expression.

---

<sup>873</sup> *Edmonton Journal* (1989), préc., note 15, 1352.

<sup>874</sup> *Id.*, 1352.

Je ne suis pas en désaccord avec mon collègue que la liberté d'expression joue ce rôle vital dans un régime démocratique. Le problème tient à ce que les valeurs en conflit dans le contexte de l'espèce sont le droit des parties à la protection de leur vie privée dans les instances matrimoniales et le droit du public à la publicité du processus judiciaire. Les deux droits ne peuvent être respectés intégralement. L'un doit céder le pas devant les exigences de l'autre. Je me demande donc si une méthode contextuelle, pour trouver un équilibre entre le droit à la vie privée et la liberté de la presse en vertu de l'article premier, n'est pas plus appropriée qu'une méthode qui évalue de façon abstraite et générale l'importance relative de valeurs en conflit.<sup>875</sup>

Dans cette affaire *Edmonton Journal* (1989), le juge La Forest avait justement adopté une méthode d'appréciation contextuelle différente de la méthode abstraite du juge Cory pour arriver à un équilibre différent sur la constitutionnalité des dispositions contestées :

(...) le juge La Forest est tout à fait d'accord avec le juge Cory quant à l'importance de la liberté d'expression dans l'abstrait. Il reconnaît qu'elle est fondamentale dans une société démocratique. Toutefois, à son avis, le litige en l'espèce est de savoir si la publicité du processus judiciaire devrait prévaloir sur le droit des parties à la protection de leur vie privée. En d'autres termes, bien qu'il ne conteste pas les valeurs protégées par l'al. 2b) et identifiées par le juge Cory, il adopte une méthode contextuelle pour définir le conflit dans cette affaire particulière. Indépendamment de l'importance considérable de la liberté d'expression dans un contexte politique, il estime que dans le contexte de cette affaire celle-ci doit céder devant le droit des parties à la protection de leur vie privée. À son avis, la loi contestée est donc une limite raisonnable à la liberté de la presse. Le juge Cory parvient à la conclusion inverse et il faut se demander si la différence dans les conclusions peut dépendre de la méthode retenue pour évaluer l'importance des valeurs en conflit.<sup>876</sup>

Pour le juge La Forest, il importe de ne pas confondre les deux méthodes d'appréciation – abstraite et contextuelle – à l'intérieur d'une même analyse, ce qui revient à préjuger de l'issue de l'affaire puisque celui des droits en conflit qui est évalué suivant la méthode abstraite va l'emporter généralement :

Une chose semble claire et c'est qu'il ne faut pas évaluer une valeur selon la méthode générale et l'autre valeur en conflit avec elle selon la méthode contextuelle. Agir ainsi pourrait fort bien revenir à préjuger de l'issue du litige en donnant à la valeur examinée de manière générale plus d'importance que ne l'exige le contexte de l'affaire. Il me semble qu'il ne faut pas non plus évaluer un droit privé, c'est-à-dire le droit de la partie x à sa vie privée, par rapport à un droit public, celui du public à la publicité du processus judiciaire. Les deux droits doivent être considérés comme des intérêts publics, en l'espèce l'intérêt public à la protection de la vie privée de l'ensemble des parties aux affaires matrimoniales par rapport à l'intérêt public à la publicité du processus judiciaire.<sup>877</sup>

---

<sup>875</sup> *Id.*, 1353 [nos soulignés].

<sup>876</sup> *Id.*, 1353 [nos soulignés].

<sup>877</sup> *Id.*, 1353 et 1354 [nos soulignés].

Dans les arrêts postérieurs à *Edmonton Journal* (1989), l'importance du contexte a été réitérée par la Cour, non pas nécessairement au stade de la délimitation de la portée du droit protégé, mais davantage au moment d'en justifier la restriction en vertu de l'article premier de la Charte canadienne. Ainsi, le juge en chef Dickson

approuve l'approche générale adoptée par le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal* (...) où elle parle du danger qu'il y a à sopeser des valeurs concurrentes sans l'avantage d'un contexte. Cette approche n'exclut pas logiquement la possibilité de procéder à une telle évaluation sous le régime de l'al. 2b) – on pourrait en effet éviter les dangers d'une analyse excessivement abstraite en s'assurant simplement que soient soumises à un examen minutieux les circonstances de l'usage de la liberté en question et de la restriction législative. Je crois cependant que l'article premier de la *Charte* convient particulièrement bien à l'évaluation relative des valeurs (...) Il n'y a pas lieu, selon moi, d'affaiblir la liberté garantie par l'al. 2b) pour le motif qu'un contexte particulier l'exige, car suivant l'interprétation large et libérale donnée à la liberté d'expression dans l'arrêt *Irwin Toy*, **il est préférable de sopeser les divers facteurs et valeurs contextuels dans le cadre de l'article premier.**<sup>878</sup>

Ces clarifications pourraient s'appliquer *mutatis mutandis* à l'analyse – contextuelle – des divers facteurs et valeurs opposant la protection du secret professionnel de l'avocat à un autre droit ou valeur fondamentale.

Or, lorsque le secret professionnel de l'avocat est concerné, indépendamment de la méthode utilisée pour apprécier l'importance relative de l'« autre droit » en conflit, le secret professionnel de l'avocat, comme privilège générique, a toujours bénéficié d'une rhétorique abstraite sur son importance en général pour l'administration de la justice, ce qui risque en effet de lui donner « de manière générale plus d'importance que ne l'exige le contexte de [chaque] affaire »<sup>879</sup>.

Dans les affaires *Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada* (2015) et *Chambre des notaires du Québec – LIR* (2016), la Cour suprême du Canada aurait mis en évidence l'opposition entre, d'une part, le caractère quasi absolu du secret professionnel de l'avocat et, d'autre part, la protection constitutionnelle contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives qui préserve uniquement une expectative raisonnable de vie privée. Comme l'a soulevé la professeure Amy Salyzyn :

---

<sup>878</sup> *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 734 [souligné dans l'original; notre emphase]. Voir aussi *Seaboyer* (1991), préc., note 2, 647; *R. c. L.(D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, 438 et 439 [droit à un procès équitable]; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, 483 [présomption d'innocence]; *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827, par. 75 et suiv. [liberté d'expression].

<sup>879</sup> *Edmonton Journal* (1989), préc., note 15, 1354.

(...) there is an incongruity in using this high threshold in a section 8 Charter analysis that is statutorily tethered to the concept of “reasonableness”. The conceptual means that the Court uses to get around this – simply deeming “any legislative provision that interferes with professional secrecy more than is absolutely necessary” to be “unreasonable” for the purposes of section 8 – seems analytically unsatisfactory. Allowing the Government to engage in all reasonable searches and seizures (as the plain wording of section 8 directs) seems to be fundamentally different than setting up something close to “an absolute prohibition” on government searches and seizures by requiring that they be a “last resort” (as the Court wants to do in relation to privileged material).<sup>880</sup>

En effet, une protection raisonnable n'équivaut pas à une protection quasi absolue. Une protection raisonnable reconnaît le caractère relatif du droit qui en fait l'objet et accepte qu'il puisse à l'occasion – c.-à-d. dans les cas qui le permettent – être supplanté par un autre droit. De l'autre côté, une protection quasi absolue refuse l'idée même de la coexistence du droit protégé avec d'autres droits, lesquels doivent, sauf exception, lui céder le pas. Pour certains commentateurs, l'approche de pondération retenue notamment dans *McClure* (2001) entre, d'un côté, l'intérêt de l'accusé à la démonstration de son innocence et, de l'autre, le secret professionnel des tiers, aurait pour résultat de fragiliser, en favorisant indûment les intérêts de l'État, les principes de justice fondamentale qui sont énoncés à l'article 7 de la Charte canadienne dans l'intérêt des individus accusés. Dans les mots du professeur Paciocco (2001) :

The section [7] is meant to give constitutional standing to those principles of fundamental justice that limit state power, not those principles of fundamental justice that favour state interests (...) in the context of a specific case, such as the “pro-confidentiality” factors inherent in solicitor-client privilege. Again, I am not suggesting that these kinds of factors should not have been weighed in the process. Of course, they should have been. What I am suggesting, however, is that by treating them as competing principles of fundamental justice having the same legal status as the principles of fundamental justice that the accused is tendering denudes the constitutional principles that the accused relies on of any of their *a priori* weight. I suspect, for example, that a case could be made that it is a basic tenet of our legal system that people have the right not to be injured by others, and that it is a basic tenet of our legal system that the guilty should be punished. If we placed these basic tenets into the hopper as competing principles of fundamental justice every time a criminal defendant claimed constitutional rights, there would no longer be any pre-emptive, constitutional currency in those principles relied on by the accused. (...) the particular outcome in *McClure* might have been resolved the same way without conjuring up competing principles of fundamental justice, but this is an important point, both symbolically and as a matter of principle. In undertaking the balancing process in a system intent on protecting constitutional rights, there must be presumptive weight given to the constitutional principles that the accused is relying on; however, the practice of recognizing competing state-based principles of fundamental justice obscures this.<sup>881</sup>

---

<sup>880</sup> SALYZYN, « Another One Bites ... », préc., note 502, 184.

<sup>881</sup> PACIOCCO, « Competing Constitutional Rights », préc., note 408, 124 et 125.

Dans l'affaire *Blank* (2006), il ne s'agit pas tant d'une pondération aux dépens du droit au secret professionnel de l'avocat qu'un constat de son absence. Cette absence de protection renvoie à l'exception traditionnelle pour crime ou fraude projeté. Au fond, cette exception ne serait pas tant une « exception » au sens strict qu'une limite inhérente à la portée du secret professionnel dont la protection, reconnue pour des motifs d'intérêt public, s'arrête chaque fois là où elle deviendrait plutôt une entrave à (l'administration de) la justice.

\*\*\*

Cette « différence de traitement » entre le secret professionnel de l'avocat, d'une part, et les autres libertés et droits fondamentaux, d'autre part, saute aux yeux. En effet, le droit de présenter une défense pleine et entière, par exemple, « doit être défini dans un contexte qui englobe d'autres principes de justice fondamentale et dispositions de la *Charte* »<sup>882</sup>. L'obligation d'équité procédurale veut que les administrés et justiciables aient « droit à ce que les décisions touchant leurs droits, intérêts ou privilèges soient prises à la suite d'un processus équitable, impartial et ouvert, adapté au contexte légal, institutionnel et social de la décision »<sup>883</sup>. Le droit à l'égalité aussi doit être apprécié « par l'étude approfondie du contexte de l'allégation particulière (...) dont il est question »<sup>884</sup>. Il en va pareillement de l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones, qui « est façonnée par le contexte dans lequel elle s'applique, ce qui signifie que son contenu varie selon la nature et l'importance du droit à protéger »<sup>885</sup>. En tant que principe constitutionnel non écrit, la démocratie elle-même « existe dans le contexte plus large d'autres valeurs constitutionnelles »<sup>886</sup>. De l'autre côté, la méthode abstraite semble avoir été appliquée à l'égard de tous les privilèges dits génériques ou « non discrétionnaires »<sup>887</sup>. Notamment dans *Lizotte* (2016), la Cour suprême du Canada a explicitement précisé, en reconnaissant le privilège relatif au litige en tant que privilège générique, que « la mise en balance des intérêts est le propre des privilèges reconnus au cas par cas et non des privilèges génériques »<sup>888</sup>.

---

<sup>882</sup> *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 76.

<sup>883</sup> *Baker* (1999), préc., note 172, par. 28.

<sup>884</sup> *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 88.

<sup>885</sup> *Southwind* (2021), préc., note 840, par. 62.

<sup>886</sup> *Re sécession du Québec* (1998), préc., note 634, par. 149.

<sup>887</sup> Suivant l'expression de FOURNIER (2019), préc., note 1, 495.

<sup>888</sup> *Lizotte* (2016), préc., note 196. Voir aussi *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, par. 12 (privilège relatif aux indicateurs de police); *R. c. Durham Regional Crime Stoppers Inc.*, 2017 CSC 45, [2017] 2 R.C.S. 157, par. 11.

Cette dichotomie de traitement, qui prend sa source dans le statut historique des privilèges génériques en *common law*, pourrait ne pas nécessairement résister au test constitutionnel contemporain qui penche vers une non-hiérarchie ou égalité des droits fondamentaux. Or, à la différence de certains droits fondamentaux nommément identifiés dans les chartes<sup>889</sup>, cette dichotomie (et anachronisme) constitutionnelle semble avoir passer inaperçue : les privilèges dits génériques ne sont pas encore tous des droits nommément protégés dans les chartes ou des lois quasi constitutionnelles protectrices des droits de la personne, cependant que leur importance, héritée d'une autre époque, semble avoir persisté au-delà de la reconnaissance des droits fondamentaux « modernes ». En d'autres termes, les privilèges génériques avaient été reconnus à une époque où les (autres) libertés et droits fondamentaux ne l'étaient pas encore, et l'empreinte de ces premiers privilèges s'est imposée – notamment par la force des précédents (*stare decisis*) – jusqu'à aujourd'hui indépendamment des contextes qui en auraient pu relativiser l'importance.

Par exemple, dans *Lizotte* (2016), il a été plaidé que, dans sa conception traditionnelle, « le privilège relatif au litige ne correspond plus aux réalités juridiques contemporaines qui requièrent une coopération accrue en matière judiciaire »<sup>890</sup>. Le litige résultait d'une enquête menée par la syndique adjointe de la Chambre de l'assurance de dommages sur un expert en sinistre, au cours de laquelle la syndique a demandé communication à un assureur d'une copie complète du dossier de réclamation relatif à une assurée. À l'instar des enquêtes menées par le syndic du conseil de discipline d'un ordre professionnel, la Chambre de l'assurance de dommages est aussi un organisme d'autoréglementation ayant pour mission d'assurer la protection du public et d'encadrer l'activité des professionnels de l'assurance de dommages<sup>891</sup>. Toutefois, contrairement au *Code des professions* (art. 149)<sup>892</sup>, la *Loi sur la distribution de produits et services financiers* du Québec ne précise pas expressément la possibilité pour l'enquêteur d'avoir connaissance, dans certaines circonstances, des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat ou le privilège relatif au litige<sup>893</sup>. La Chambre de l'assurance de dommages n'ayant pas insisté sur la divulgation de

---

<sup>889</sup> Voir par exemple LAMPRON (2012), préc., note 337. Le professeur Lampron a constaté, au terme de son analyse comparative, « un déséquilibre qualitatif généralisé favorisant les convictions religieuses en tant qu'objet de protection des lois sur les droits fondamentaux » (p. 345).

<sup>890</sup> *Lizotte* (2016), préc., note 196, par. 28.

<sup>891</sup> *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, L.R.Q., c. D-9.2, art. 312.

<sup>892</sup> *Supra* Partie II – Section B – Sous-section 3.4 « Des exceptions de divulgation justifiées par l'intérêt public ».

<sup>893</sup> *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, préc., note 891, art. 337 : « Un assureur, un cabinet, une société autonome, ou un courtier en épargne collective ou en plans de bourses d'études inscrit conformément au titre

documents à l'égard desquels est invoqué le secret professionnel de l'avocat, l'arrêt *Lizotte* (2016) traite uniquement du privilège relatif au litige. De l'avis de la Cour, les dispositions législatives qui habilitent le syndic de la Chambre de l'assurance de dommages à prendre connaissance de « tout document » ne sont pas suffisamment « clair[e]s, explicites et non équivoques pour écarter le privilège relatif au litige »<sup>894</sup>.

Rappelons que les documents avaient été demandés par la Chambre de l'assurance de dommages dans le cadre d'une enquête déontologique par un organisme d'autoréglementation ayant pour mission d'encadrer l'activité de ses membres dont on avait justement attiré l'attention sur un possible manquement aux obligations déontologiques. La présence d'une diversité d'organismes de réglementation supervisant chacun un secteur de l'activité économique – comprenant le Bureau du surintendant des faillites (BSF), les autorités en valeurs mobilières, le Bureau de la concurrence (BC) – fait éclater le cadre strictement binaire de litiges opposant deux parties et pour lesquels l'une ou l'autre d'entre elles invoque le secret professionnel de l'avocat à l'égard de certains documents qui sont, à bon droit, soustraits à l'examen de l'autre partie. De nos jours, l'ensemble de la documentation produite dans l'exercice d'activités réglementées est susceptible d'intéresser les organismes d'autoréglementation chargés de surveiller et de sanctionner, dans l'intérêt public, la conduite et la pratique de leurs membres. Il ne serait alors pas exagéré de suggérer que le secret professionnel de l'avocat soit uniquement opposable à la partie contre laquelle ou relativement aux affaires de laquelle les renseignements confidentiels ont été produits et l'intervention de l'avocat, sollicitée. Dans cette optique, hormis la protection du secret professionnel de l'avocat invoquée à l'égard d'une relation professionnelle sollicitée en raison de ou en anticipant l'intervention des autorités d'autoréglementation, celles-ci devraient pouvoir requérir, dans l'exercice de leurs fonctions d'inspection et d'enquête, tout autre document qui serait protégé par le secret professionnel de l'avocat mais qui n'aurait pas été généré en raison de ou en anticipant leur intervention. Il ne fait pas de doute que cet « interventionnisme » nouveau de l'État dans les affaires du citoyen n'était pas présent à l'époque où les premiers arrêts sur la question avaient été rendus au temps d'Élisabeth I<sup>re</sup><sup>895</sup>. Nous ne suggérons pas non plus, à ce stade préliminaire de

---

V de la Loi sur les valeurs mobilières (chapitre V-1.1) doit, à la demande d'un syndic, lui transmettre tout document ou tout renseignement qu'il requiert sur les activités d'un représentant. »

<sup>894</sup> *Lizotte* (2016), préc., note 196, par. 67.

<sup>895</sup> *Supra* Partie I.

l'analyse, qu'il faille absolument adopter une vision « personnaliste » du secret professionnel de l'avocat comme préservant une zone de confidentialité opposable à certaines personnes uniquement, et pas plus. Mais la question mérite d'être posée; l'alternative, explorée; et ses ramifications, davantage approfondies. Or, nous constatons qu'elle ne l'a pas été, du moins dans la jurisprudence du plus haut tribunal du pays.

Ce qui distingue le contexte contemporain de l'ère élisabéthaine ou victorienne, c'est par ailleurs l'émergence de droits nouveaux comme le droit d'accès aux documents gouvernementaux qui relevait, jusqu'à une époque pas si lointaine, de la seule discrétion de la Couronne<sup>896</sup>. Ce droit d'accès à l'information gouvernementale peut être vu, de nos jours, comme une généralisation du droit de toute personne à une défense pleine et entière sous-tendant le devoir pour la poursuite de communiquer à l'accusé toute la preuve – tant inculpatoire que disculpatoire – obtenue lors de l'enquête. Dans un contexte criminel et pénal, cette obligation de communiquer toute la preuve, qui se veut d'abord être au bénéfice de l'accusé, souligne par ailleurs l'intérêt de ce dernier de surveiller la conduite de la poursuite tout au long des procédures pour éventuellement demander, le cas échéant, un arrêt des procédures ou encore tenter une poursuite civile en cas d'abus. Alors que les organismes d'autoréglementation surveillent l'activité de leurs membres dans l'intérêt public des citoyens, les citoyens se voient également reconnaître, dans une certaine mesure, le droit de s'opposer à un abus des procédures et de demander réparation pour la responsabilité civile de l'État, laquelle est aussi d'une consécration relativement récente<sup>897</sup>. Tandis que les organismes d'autoréglementation sont investis de la mission de rendre compte de la conduite de leurs membres au public, les citoyens sont tout autant en droit de requérir une reddition de compte transparente de la part de l'État. C'est sans doute dans ce contexte que la Chambre de l'assurance de dommages réfère, dans *Lizotte* (2016), à la nécessité d'une « coopération accrue en matière judiciaire »<sup>898</sup> comme justifiant une plus grande souplesse dans l'application du privilège relatif au litige.

---

<sup>896</sup> Gérard V. LA FOREST, *Les commissariats à l'information et à la protection de la vie privée : Fusion et questions connexes*, rapport du conseiller spécial auprès du ministre de la Justice, 15 novembre 2005, en ligne : <[www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/aiprp-atip/ip/rap-rep.pdf](http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/aiprp-atip/ip/rap-rep.pdf)>. Aussi Andrew McDONALD, « Information-access law », *Encyclopedia Britannica*, 6 juin 2013, en ligne : <[www.britannica.com/topic/information-access-law](http://www.britannica.com/topic/information-access-law)>.

<sup>897</sup> Voir notamment Nicholas JOBIDON, *Liability of the Crown: Are Immunities Unnecessary in Québec?*, thèse de doctorat, Ottawa, Faculté des études supérieures et postdoctorales, Université d'Ottawa, 2020; Gregory C. SISK, « Official Wrongdoing and the Civil Liability of the Federal Government and Officers », (2011) 8-3 *U. St. Thomas L.J.* 295; Peter BOWAL et Lynn BOLAND, « Crowning Glory: Liability in Negligence of Public Authorities Revisited », (1994) 24 *R.D.U.S.* 435; Nial OSBOROUGH, « The Demise of the State's Immunity in Tort », (1973) 8-2 *Irish Jurist* 275, en ligne : <[www.jstor.org/stable/44027900](http://www.jstor.org/stable/44027900)>.

<sup>898</sup> *Lizotte* (2016), préc., note 196, par. 28.



Avec la complexification de la vie sociale, les renseignements susceptibles d'être générés par l'interaction d'un client avec son avocat se sont également multipliés et diversifiés. À une époque où il n'est possible tout au plus que de requérir le témoignage de l'avocat ou la production de ses notes personnelles sur ce qui s'est passé lors de la consultation, le secret professionnel de l'avocat était d'une portée étroite. De nos jours, avec la possibilité d'écoutes électroniques et de communications transitant par plusieurs médiums, la diversité des transactions auxquelles les professionnels peuvent être impliqués, l'intrication des relations avec différents intervenants tant du privé que des paliers public et administratif (p. ex. experts), il n'est pas exclu que la nature de la relation entre le secret professionnel de l'avocat et d'autres droits puisse être révisée au regard du contexte factuel de chaque cas ou de chaque demande de divulgation, ce qui emporterait une « circonstanciation » ou « relativisation » de privilèges génériques qui avaient été établis à l'origine en appliquant, dans l'abstrait, le test de Wigmore. En matière civile, la Cour suprême du Canada a évoqué plus généralement la nécessité d'un « virage culturel » pour « créer un environnement favorable à l'accès expéditif et abordable au système de justice civile » et qui sous-tend justement le principe cardinal de proportionnalité des procédures qui doivent être « adaptées aux besoins de chaque affaire »<sup>899</sup>. Or, s'il y a un droit auquel la Cour suprême a refusé nommément d'appliquer ce principe, c'est notamment l'ensemble des privilèges dits génériques qui avaient été reconnus traditionnellement en *common law*, dont le secret professionnel de l'avocat. À chaque nouvelle incursion dans ce domaine, la jurisprudence de la Cour suprême privilégie, voire renforce l'application de la « bonne vieille méthode » consolidant, de plus en plus, une conception absolutiste du secret professionnel de l'avocat qui transcende, pour ainsi dire, tout autre impératif constitutionnel<sup>900</sup>.

Cette évolution a pour effet d'exclure le secret professionnel de l'avocat de toute interférence législative et de le hisser au rang d'une sorte de « super-droit constitutionnel »<sup>901</sup> transcendant *a priori* tout autre impératif constitutionnel. Le critère de « nécessité absolue » s'étant avéré très peu appliqué en pratique, il nous est raisonnable de supposer que l'enjeu résiderait davantage dans l'exercice, au cas par cas, de la délimitation de la portée du secret professionnel de l'avocat. En

---

<sup>899</sup> *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, par. 2.

<sup>900</sup> Une tendance qui se remarque également à l'égard d'autres privilèges, dont le privilège relatif au litige qui a rejoint officiellement le rang de « privilège générique » depuis *Lizotte* (2016), préc., note 196.

<sup>901</sup> DODEK, *Constitutional Hierarchy*, préc., note 430, p. 29.

d'autres termes, la manière de conjuguer la consécration du caractère quasi absolu du droit au secret professionnel de l'avocat avec les nouvelles réalités contemporaines consiste en une démarcation plus étroite de la portée concrète de ce droit. Nous y attarderons plus particulièrement à la partie III.

### **PARTIE III. La coexistence *in concreto* : une définition plus nuancée de la portée du secret professionnel de l'avocat**

Dans quelle mesure le discours constitutionnel formel que nous venons d'analyser s'arrime-t-il avec le droit appliqué en pratique? En effet, une démarche pragmatique se doit d'être attentive aux écarts possibles, tolérés ou implicitement autorisés entre la théorie et la pratique. S'interroger sur la coexistence *in concreto* du secret professionnel de l'avocat avec d'autres impératifs également fondamentaux requiert ainsi un regard plus « empirique », axé davantage sur les circonstances factuelles à l'origine des différents conflits – judiciairisés – que l'énoncé de « grands principes ». Notre perspective sera alors davantage portée vers les faits d'instance que les « grands arrêts » des cours d'appel, histoire de cerner certaines grandes tendances à partir de ce qui peut être observé sur le terrain, s'appuyant pour ce faire sur « la lecture détaillée des données brutes dans le but de faire émerger des catégories d'analyse »<sup>902</sup>. Cette démarche plus empirico-inductive se distingue de celle adoptée dans les parties précédentes, en ce qu'elle s'intéresse plus aux « faits » qu'aux « grands discours ». Les « faits », considérés dans ce cadre, ne renvoient pas qu'aux faits pertinents à un litige judiciairisé, mais également à l'interrelation (subtile) entre ces faits et l'application / interprétation du droit, aux discussions sur la prépondérance relative d'éléments de preuve contradictoires ou qui porteraient à confusion ainsi qu'aux différents éléments du contexte qui pourraient influencer l'attitude des juges par rapport à certains faits prouvés, mentionnés, voire simplement allégués, et ce, indépendamment de leur pertinence stricte aux questions en litige.

En sondant ces interstices expérimentiels des conflits judiciairisés, il serait intéressant de nous demander :

- Comment les acteurs judiciaires parviennent-ils, le cas échéant, à conjuguer la coexistence du secret professionnel de l'avocat avec d'autres droits ?
- Comment parviennent-ils à justifier la primauté devant être accordée, dans les cas qui le nécessitent, aux autres impératifs sans porter atteinte à la protection *a priori* absolue du droit au secret professionnel de l'avocat ?

---

<sup>902</sup> Agnès D'ARRIPE, Alexandre OBOEUF et Cédric ROUTIER, « L'approche inductive : cinq facteurs propices à son émergence », (2014) 1-1 *Approches inductives* 96, par. 6.

Par rapport à ces questionnements, notre analyse jurisprudentielle fait ressortir trois axes d'analyse. Sur le plan des principes, une portée *a priori* large de la protection est reconnue au secret professionnel de l'avocat comme susceptible de couvrir « l'ensemble des renseignements échangés en vue ou dans le cadre d'une relation professionnelle avocat-client » (A). Cet énoncé de principe est cependant nuancé *in concreto* par différentes modalités d'exclusion de certains renseignements du champ de cette protection (B) et l'application de garanties procédurales permettant d'en prévenir et de remédier aux abus (C).

### **A. De la portée *a priori* de la protection**

L'application des quatre critères du test de Wigmore, énoncés plus haut<sup>903</sup>, fait ressortir quatre traits distinctifs du secret professionnel de l'avocat par rapport aux autres libertés et droits fondamentaux dérivant du paradigme individualiste. C'est un droit substantiel qui se démarque par son caractère relationnel ou interpersonnel :

- Le secret professionnel n'existe qu'en présence d'une relation entre au moins deux parties : le(s) client(s) bénéficiaire(s) du secret, d'une part, et l'avocat, d'autre part.
- Il concerne spécifiquement les renseignements relatifs à cette relation plutôt qu'aux renseignements confidentiels concernant exclusivement l'une ou l'autre des parties.
- La relation doit encore être de nature et d'une importance telle que sa préservation doive être encouragée dans l'intérêt public, notamment par une assurance de confidentialité.
- L'intérêt (public) à la préservation de cette relation (et son assurance de confidentialité) est présumée dépasser l'intérêt du public à la divulgation des renseignements la concernant.

En tant que droit substantiel, le secret professionnel de l'avocat comprend deux volets. C'est d'abord un privilège – qualifié de générique selon la tradition de *common law* – consacrant une immunité de divulgation judiciaire à l'égard des informations confidentielles qui auront été portées à la connaissance de l'avocat dans le cadre de sa relation professionnelle. C'est ensuite une obligation générale de confidentialité, garantissant au client le « droit au silence de son conseiller juridique »<sup>904</sup>.

---

<sup>903</sup> *Supra* note 192.

<sup>904</sup> *Foster Wheeler* (2004), préc., note 239, par. 27.

Tout renseignement donc, qui porte sur l'existence (1) et la nature (2) d'une relation avocat-client ou qui découle d'une telle relation (3) est *a priori* protégé par le secret professionnel de l'avocat pour deux raisons :

- d'une part, en ce que la relation est jugée digne d'être favorisée ou préservée par l'État au point qu'il est dispensé aux parties à la relation professionnelle de révéler certains renseignements même devant une cour de justice;
- d'autre part, en ce qu'elle ne peut être favorisée ou préservée qu'en dispensant ainsi de la révélation de certains renseignements.

À côté de ces catégories relativement bien définies persiste la distinction entre « faits », « actions », « éléments matériels » et « communications » (4).

### **1. De la simple existence d'une relation avocat-client, y compris les premières démarches**

Pour que prenne naissance le droit au respect du secret professionnel de l'avocat, il peut sembler aller de soi qu'il doit exister, en amont, une relation avocat-client<sup>905</sup>, même anticipée. Cette définition limpide de prime abord peut toutefois receler en pratique bien des ambiguïtés et susciter certains questionnements.

Entre parties privées, l'existence d'une relation avocat-client est essentiellement une question de fait qui, dans la plupart des cas, se tranche assez facilement. Peut être un client tant un particulier qu'une entreprise, même un autre avocat<sup>906</sup>.

Entre l'État, ses ministères et certains organismes publics, l'existence d'une relation professionnelle avocat-client pourrait en soi poser problème. Si les tribunaux ont ratifié l'existence d'une relation avocat-client entre les agents de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) et les

---

<sup>905</sup> Voir *contra Nuna Investment Corp. v. Shell Canada Products Ltd.*, [1997] N.W.T.R. 295 (S.C.), par. 19 (« The claim for legal advice privilege is (...) without merit with respect to this document. On its face, it is not a solicitor/client communication. It is not addressed to any solicitor (in-house or otherwise), and within its contents there is no reference to any solicitor's advice being sought or to be sought on any topic, nor can any such seeking of advice be implied. The document contains a caption "Inter-Office Correspondence" and purports to be sent from the internal auditor's office to the offices of five internal managers, with distribution copies to two other managers. In the context of this document, its genesis, its preparation and distribution, the evidence simply does not disclose any solicitor and client relationship to which a legal advice privilege might attach. (...) »).

<sup>906</sup> *0678786 BC Ltd. v. Bennett Jones LLP*, 2020 ABQB 115, par. 5 [ci-après « *Bennett Jones LLP* (2020) »].

avocats du ministère de la Justice<sup>907</sup>, entre certaines institutions (publiques), des considérations de principe pourraient empêcher la reconnaissance d'une relation avocat-client, notamment lorsque cette dernière entrerait en conflit avec les exigences constitutionnelles, par exemple en matière d'indépendance de la poursuite. C'est la raison pour laquelle la Commission à l'information et à la protection à la vie privée de l'Alberta a refusé d'accepter, dans l'affaire *Edmonton (Police Service)* (2017), que des documents échangés entre la poursuite et la police puissent être couverts par le privilège avocat-client :

[95] When making prosecutorial decisions, the Attorney General, and her agents, the Crown prosecutors, must act independently of partisan concerns. Forming a solicitor-client relationship with a police service in the course of bringing a prosecution – with the effect that the Crown would be acting on the instructions of its client, the police service, in electing to prosecute – would be antithetical to the constitutional requirement of independence (...). In my view, the proper functioning of the administration of justice (...) requires finding that the Crown prosecutor did not enter a solicitor-client relationship with the Public Body in making the decision to prosecute. (...) <sup>908</sup>

Le principe – constitutionnel<sup>909</sup> – de l'indépendance de la poursuite n'implique cependant pas qu'une relation avocat-client ne puisse jamais se former entre un corps de police et la Couronne, mais seulement dans la mesure où cette relation professionnelle concernerait la décision du ministère public d'entamer ou non une poursuite. Dans les mots de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique :

[101] In examining relevant information and documents and deciding whether or not to approve a prosecution, Crown counsel is neither a client of another lawyer, nor a solicitor advising more senior officers in the Criminal Justice Branch. He or she is an officer of the Crown, independently exercising prosecutorial discretion. While he or she may well consult with and obtain information from others, he or she does not take legal advice from them.

[102] The fact that the Assistant Deputy Attorney General is able to review a subordinate's decision and override it does not convert the earlier decision into legal advice. The Commissioner was correct in finding that charging decisions made by Crown counsel are not covered by solicitor-client privilege, because they are not made within any solicitor-client relationship.<sup>910</sup>

---

<sup>907</sup> *Campbell* (1999), préc., note 781.

<sup>908</sup> *Edmonton (Police Service) (Re)*, 2017 CanLII 46445 (Alta. O.I.P.C.), par. 95 (ci-après « *Edmonton (Police Service)* (2017) ») [nos soulignés; italique dans l'original].

<sup>909</sup> Tel que reconnu dans plusieurs arrêts de notre Cour suprême : *R. c. Cawthorne*, 2016 CSC 32, [2016] 1 R.C.S. 983, par. 23 et 24; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339, par. 46; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372.

<sup>910</sup> *British Columbia (Attorney General) v. Davies*, 2009 BCCA 337, par. 101 et 102 (demande pour autorisation d'appeler rejetée, C.S.C., 08-04-2010, 33355).

Cette réserve n'empêche généralement pas qu'un avis juridique puisse être prodigué par le ministère public aux corps de police. Ainsi, dans l'affaire *Campbell* (1999), la GRC pouvait légitimement solliciter un avis juridique du ministère de la Justice en ce qui a trait à la légalité d'une opération de vente surveillée projetée<sup>911</sup>. Dans le même ordre d'idées, les tribunaux sont d'avis qu'une relation avocat-client ne se tisse pas d'office entre un procureur de la poursuite et les témoins à charge, à moins de circonstances spécifiques<sup>912</sup>. Le cas échéant, il reviendra aux témoins, plutôt qu'au procureur, d'invoquer l'application du privilège à l'égard des renseignements dont l'accusé demande la divulgation<sup>913</sup>.

En tout état de cause, une grille d'analyse fonctionnelle doit être appliquée pour examiner, au cas par cas, la nature de la relation, l'objet des communications ainsi que les circonstances dans lesquelles les communications ont eu lieu. Comme il est d'usage (voire nécessaire) que la police et la Couronne communiquent entre elles dans le cours d'une poursuite, toute communication ou échange de renseignements ne s'inscrit pas *ipso facto* dans le cadre d'une relation avocat-client ni ne bénéficie d'une présomption de confidentialité liée au secret professionnel<sup>914</sup>.

Sinon, lorsqu'aucun obstacle de droit n'entrave l'établissement d'une relation avocat-client entre les parties, le secret professionnel peut se démontrer assez aisément avec la simple existence d'une telle relation avocat-client, et ce, dès les toutes premières démarches auprès d'un bureau d'avocat. Rappelons le cas de figure de l'affaire *Descôteaux* (1982), où la Cour suprême du Canada a conclu que les informations consignées dans un formulaire de demande d'aide juridique soumis par un requérant à un bureau d'aide juridique de sa localité sont déjà protégées par le secret professionnel avant même la formation du mandat professionnel ou la première consultation avec un avocat :

---

<sup>911</sup> *Campbell* (1999), préc., note 781; voir aussi *Waterloo Regional Police Services Board*, 2021 CanLII 82417 (Ont. I.P.C.), par. 21 et 22.

<sup>912</sup> *R. v. Derose*, 2000 ABPC 67, par. 66. Cela étant, d'autres privilèges, tels celui relatif au produit de travail d'un avocat dont il sera présenté plus en détail *infra*, pourront par ailleurs s'appliquer pour justifier le refus de la Couronne de communiquer à l'accusé certains documents ayant été échangés entre les témoins à charge et le procureur de la poursuite.

<sup>913</sup> *Id.*, par. 66.

<sup>914</sup> *Waterloo Regional Police Service (Re)*, 2003 CanLII 53761 (Ont. I.P.C.) (« It would not be surprising for the Police and the Crown to be in communication during any given prosecution, as they were here. However, there is nothing in the specific communications at issue, in the surrounding circumstances, or in the submissions before me, to establish that these communications occurred as part of the seeking of legal advice by the Police from the Crown. I find, accordingly, that the Police have not established that these communications occurred within the framework of a solicitor-client relationship. »).

Le juge de la Cour supérieure, comme on le sait, ne voyait naître la relation, et par voie de conséquence le droit à la confidentialité, qu'à compter du moment où le requérant d'aide juridique était accepté, c.-à-d. qu'au moment de la formation du mandat.

Il faut, à mon avis, en regard du droit à la confidentialité, distinguer entre le moment de la formation du mandat et celui où prend naissance la relation client-avocat. Cette dernière prend naissance dès les premières démarches que fait le client virtuel auprès du bureau de l'avocat en vue d'obtenir un avis juridique.

(...)

... il en est ainsi non seulement pour les renseignements antérieurs à la formation du mandat qui concernent le problème de droit lui-même, mais aussi pour ceux qui concernent la capacité du client de rémunérer l'avocat et tous autres renseignements qu'un avocat est raisonnablement en droit d'exiger avant d'accepter le mandat. D'abord, ces renseignements de nature administrative sont tout autant que les autres reliés à l'établissement de la relation professionnelle; on ne peut d'ailleurs en douter lorsque, comme en l'espèce, le requérant de l'aide juridique « doit exposer [son] état financier ... et le fondement de son droit. » Ensuite, les renseignements de cette nature qu'une personne donne à cette fin à son avocat peuvent être eux aussi hautement confidentiels et seraient gardés secrets, n'était le besoin de cette personne d'être assistée d'un conseiller juridique.

À titre d'exemple, on voit que la formule d'aide juridique exige que le requérant fournisse des renseignements quant à ses dépendants. Or une personne pourrait être forcée à révéler au bureau d'aide juridique, afin d'établir ses lourdes obligations financières et par voie de conséquence ses moyens limités, une paternité jusqu'alors secrète. On pourrait imaginer, à partir de la formule que doit remplir le requérant, quantité d'autres situations où les renseignements recueillis seraient des plus intimes.

Je ne crois donc pas que l'on doive distinguer entre les renseignements obligatoirement donnés pour établir la vraisemblance du droit et ceux fournis pour établir l'éligibilité en regard des moyens financiers, puisque, d'une part, les renseignements concernant la situation financière peuvent être tout autant que les autres de nature hautement confidentielle et que, d'autre part, le fait de ne pas satisfaire aux critères d'éligibilité quant à ses moyens financiers n'est guère moins fatal pour les services recherchés.<sup>915</sup> [Emphase de l'original omise]

Des exemples cités par la Cour suprême, le secret professionnel peut donc à l'occasion chevaucher la protection des renseignements ou données à caractère personnel dont la confidentialité est assurée par ailleurs par le droit au respect de la vie privée. L'importance d'élargir la protection aux renseignements communiqués avant la formation d'une relation professionnelle se justifie par le fait que les communications communiquées à un avocat ou à ses préposés en vue de solliciter une assistance juridique ne devraient pas devenir non protégées du seul fait que l'avocat refuse le mandat, parfois pour des raisons indépendantes du client prospectif (p. ex. conflit d'intérêts, indisponibilité, compétence insuffisante).

---

<sup>915</sup> *Descôteaux* (1982), préc., note 30, 876-78.



Du seul fait que des clients (prospectifs) soient obligés de révéler certains renseignements personnels en vue de solliciter une aide juridique, ces renseignements demeurent protégés et devraient être traités comme s'ils n'ont pas fait l'objet d'une divulgation. Un client ne devrait pas être obligé de renoncer à une partie de sa vie privée pour être renseigné sur ses droits et obligations auprès d'un conseiller juridique.

*Descôteaux* (1982) n'est pas une première. Le juge Lamer (plus tard juge en chef) y cite au nom de la Cour une autre affaire, *Littlechild* (1979), laquelle venait depuis peu d'être tranchée par la Cour d'appel de l'Alberta, toujours dans un contexte criminel. Dans *Littlechild* (1979)<sup>916</sup>, la Couronne cherchait à produire en preuve, au soutien de deux accusations de fraude (d'avoir émis sciemment deux chèques sans provision), les réponses données par l'accusé au cours de son entrevue avec un représentant de l'aide juridique relatives à sa situation financière alors qu'il sollicitait l'aide juridique à l'égard de deux autres accusations non liées. Les prétentions de la Couronne étaient que les réponses données par l'accusé à cette occasion permettraient de prouver la connaissance de l'accusé quant à l'impossibilité pour sa banque d'honorer les deux chèques émis sur des comptes qui ont été gelés. *Proprio motu*, le juge d'instance a soulevé l'inadmissibilité du témoignage du représentant de l'aide juridique, inadmissibilité confirmée par la Cour d'appel de l'Alberta. À la différence de l'affaire *Descôteaux* (1982), les réponses données par l'accusé lors de son entrevue avec un représentant de l'aide juridique dans *Littlechild* (1979) ne constituent pas en elles-mêmes l'*actus reus* des infractions reprochées. Elles permettraient cependant de corroborer la thèse de la Couronne voulant que l'accusé savait que le gel sur ses comptes bancaires n'avait pas été levé à l'époque de l'émission de deux chèques. Ne tombant pas dans l'exception du crime ou de la fraude projeté, elles sont inadmissibles en preuve.

Dans le même ordre d'idées et gardant à l'esprit l'objet des communications, le droit au secret professionnel s'étend également aux communications faites par un mandataire du client (prospectif) en son nom, de même qu'aux communications faites par un préposé du conseiller

---

<sup>916</sup> *R. v. Littlechild* (1979), 51 C.C.C. (2d) 406, 1979 ABCA 321. Aussi *Wightman c. Richter & Associés inc.*, 1996 CanLII 6065 (QC C.A.) : « Les appelants plaident avec raison que la protection du secret professionnel s'étend autant aux informations reçues par le professionnel pour décider s'il acceptera d'agir pour le client que celles qui lui seront communiquées suite à son acceptation. »

juridique en cette qualité et sous la direction du conseiller juridique<sup>917</sup>. Au moins à une occasion, la Cour d'appel du Manitoba a statué que les communications faites à une personne qui prétend être un conseiller juridique ou agir sous la direction de celui-ci, sans l'être véritablement, demeurent protégées. Non seulement le témoignage de cette personne est inadmissible en preuve, mais encore celui des personnes qui auraient surpris la conversation à l'insu du bénéficiaire du secret<sup>918</sup>.

Nous avons abordé jusque-là les mises en situation classiques où se tisse une relation professionnelle entre l'avocat et son ou ses clients. *Quid* d'une action collective ? Le « client » de l'avocat désigne-t-il uniquement le membre du groupe à qui est attribué le statut de représentant ou peut s'étendre à l'ensemble du groupe ? Rappelons qu'à la différence des mandats de représentation traditionnels, l'action collective implique un pouvoir de représentation « sans mandat »<sup>919</sup> pour le compte d'un groupe de personnes aux prises avec des problèmes juridiques identiques, similaires ou connexes. La justification par l'existence d'un mandat (éventuel) ne s'applique donc pas dans cette situation. En même temps, l'obligation de représentation par un avocat pour tenter une action collective devant les tribunaux s'explique certes par un désir de

---

<sup>917</sup> *Wheeler v. Le Marchand* (1881), 17 Ch. D. 675, 682, cité par *Descôteaux* (1982), préc., note 30, 878 et 879 : « [TRADUCTION] La communication même du client à son avocat est, cela va de soi, protégée; elle est également protégée si elle est faite par le client en personne ou pour lui par l'un de ses représentants, qu'elle soit faite à l'avocat en personne ou à un clerc ou employé de l'avocat qui agit à sa place et selon ses instructions. » [Italique de la Cour] Aussi *Lyell v. Kennedy* (1884), 27 Ch. D. 1, 19, cité par *Descôteaux* (1982), préc., note 30, 879 :

[TRADUCTION] Mais alors ce privilège se limite à ce qui a été communiqué par cette personne ou à elle [le client] aux avocats ou par eux ou leurs représentants ou toutes personnes qu'on peut considérer à juste titre comme les représentants des avocats. Nous avons donc estimé juste, en vue d'éviter que l'on s'éloigne de la bonne interprétation de la règle de droit par l'emploi du mot « représentants », d'exiger que le défendeur produise une autre déclaration sous serment indiquant si les représentants mentionnés sont les siens ou s'ils sont les représentants des avocats et des personnes employées par l'avocat de manière à être ses représentants, y compris des représentants tel le clerc d'un avocat, qui, tous, ont droit à la protection accordée aux avocats. Alors, sous réserve de cette modification, nous pensons que la protection revendiquée est justifiée en droit.

<sup>918</sup> *The King v. Choney*, (1908), 17 Man. R. 467, 13 C.C.C. 289 (C.A.); aussi *Gower v. Tolko Manitoba Inc.*, [1999] Man. R. (2<sup>e</sup>) 245, 1999 CanLII 14312 (Q.B.) [ci-après « *Gower* (1999) »], conf. par 2001 MBCA 11, par. 20 (« (...) The fact that Ms. Janzen does not have a practicing certificate in Manitoba does not preclude a finding that her report is a subject of legal advice or privilege. In recent years provincial attorneys-general have sought legal advice from lawyers outside Manitoba in order to avoid a perception of a conflict of interest. Such reports are privileged. To hold otherwise would be to ignore the realities of modern practice of law. »). Voir cependant *contra Canada (National Revenue) v. Newport Pacific Financial Group SA*, 2010, 2010 ABQB 568, par. 43 (« In my view, the essence of solicitor client privilege is that it must involve a lawyer who is regulated as part of the legal profession. People can seek advice from anyone they choose. But if they want legal advice, and the protection of solicitor client privilege with respect to their communications for the purpose of obtaining legal advice, the person they communicate with must be part of the recognized legal profession in the jurisdiction where they seek the advice. »).

<sup>919</sup> C.p.c., art. 571, al. 1 : « L'action collective est le moyen de procédure qui permet à une personne d'agir en demande, sans mandat, pour le compte de tous les membres d'un groupe dont elle fait partie et de le représenter. »

prévenir des recours abusifs ou farfelus, mais surtout pour mieux assurer l'intérêt (collectif) d'un groupe de personnes dont les revendications se trouveraient vulnérabilisées par « l'application des règles sur le mandat d'ester en justice pour le compte d'autrui ou sur la jonction d'instance »<sup>920</sup>. Dans ce contexte, on constate un certain balancement des tribunaux. Si certains juges estiment que le secret professionnel couvre l'ensemble des communications intervenues entre l'avocat et les membres du groupe<sup>921</sup>, d'autres seraient prêts à le reconnaître seulement à l'égard des membres qui se sont volontairement inscrits pour faire partie d'un groupe ou qui auraient communiqué avec l'avocat représentant du groupe en relation avec le recours entrepris dans une expectative de confidentialité<sup>922</sup>. Cette distinction entre membres inscrits et membres non inscrits est difficilement applicable au Québec, qui avait opté pour un régime d'inclusion automatique sous réserve d'exclusion expresse. En ce qui concerne plus spécifiquement le commencement d'une relation professionnelle avocat-client, la Cour supérieure du Québec a affirmé que la relation avocat-client existe « au moins au moment où un membre communique avec l'avocat des demandeurs afin d'indiquer qu'il veut être représenté »<sup>923</sup>, notamment en remplissant et en envoyant en ligne le questionnaire sur le site web des procureurs pour s'inscrire dans le groupe. La communication du questionnaire équivaut même à une « consultation juridique »<sup>924</sup>.

Ainsi est protégée toute communication faite en vue d'obtenir un avis juridique. Celui-ci se distingue d'un simple compte rendu de faits à un avocat sans qu'un avis juridique ait été explicitement ou implicitement sollicité<sup>925</sup>. Comme nous le rappelle la Cour suprême du Canada dans *Maranda* (2003) :

[42] Ce ne sont pas toutes les communications avec un avocat qui bénéficient de la protection du privilège. En d'autres mots, ce n'est pas la qualité de l'interlocuteur qui donne naissance au privilège. C'est le contexte de la communication qui justifie d'en reconnaître le caractère privilégié. Ainsi,

---

<sup>920</sup> *Id.*, art. 575(3°).

<sup>921</sup> *A c. Frères du Sacré-Coeur*, 2017 QCCS 34, par. 71.

<sup>922</sup> *Belley c. TD Auto Finance Services Inc./ Services de financement auto TD inc.*, 2018 QCCA 1727 [ci-après « *Belley* (2018) »]; *Gaudette c. Whirlpool Canada*, 2022 QCCA 787, par. 10.

<sup>923</sup> *Conseil québécois sur le tabac et la santé c. JTI-MacDonald Corp.*, 2010 QCCS 4759, par. 18 [ci-après « *Conseil québécois sur le tabac et la santé* (2010) »].

<sup>924</sup> *Id.*, par. 19.

<sup>925</sup> *Huang v. Silvercorp Metals Inc.*, 2017 BCSC 795 [ci-après « *Huang* (2017) »], par. 209 (« I am not persuaded that any of the emails were sent for the purpose of seeking legal advice. On their face, they appear to be nothing more than a recitation of the fruits of the PSB investigation. Most of the information concerns the identities of the persons involved in the publication of the Alfred Little Reports, their respective roles, other potential sources of information, and the status of the PSB investigation. No legal advice is expressly sought or referred to. Mr. Waldman does not say what legal issues were engaged. (...) »).

l'avocat d'affaires qui travaille dans une agence de publicité et qui se consacre exclusivement au développement de produits de son client ne pourra pas invoquer de privilège pour son travail de promotion. De même, le simple fait qu'un client considère qu'une information est confidentielle ne suffira pas pour la protéger au moyen du privilège.<sup>926</sup>

Enfin, ne seront pas protégées les communications nouvelles qui ont lieu après que la relation professionnelle soit (officiellement) terminée, notamment après qu'une autorisation de se retirer du dossier d'un client ait été formellement accordée par le tribunal<sup>927</sup>. Les « communications nouvelles » se distinguent du cas où des références aux renseignements confidentiels obtenus en cours de mandat auraient été faites ou reprises lors des communications ultérieures<sup>928</sup>.

## **2. De la nature du mandat juridique ainsi que les services requis ou rendus**

Il serait presque un truisme d'affirmer que la raison d'être du secret professionnel est de garder confidentiels les renseignements relatifs au mandat juridique ainsi que les services requis ou rendus. Encore là, ce qui peut sembler limpide *a priori* se complique de subtiles distinctions au gré des particularités factuelles et contextuelles ayant trait à l'existence d'un mandat d'ordre juridique (2.1) et aux informations factuelles rattachées aux services juridiques requis ou rendus (2.2).

### **2.1. De l'existence d'un mandat d'ordre juridique**

Pour commencer, le simple fait qu'un document (p. ex. comptable, financier, fiscal) soit en la possession d'un avocat ou de son cabinet, ne suffit pas pour que ce dernier soit protégé par le secret professionnel<sup>929</sup>. Encore faut-il qu'il puisse être rattaché à une consultation juridique donnée et que l'avocat n'agisse pas comme un simple dépositaire ou intermédiaire de transmission.

En effet, quoique le devoir d' « examiner les faits » fasse effectivement partie des attributs d'un « juriste compétent » au sens de l'article 3.1-1 du *Code type de déontologie professionnelle*<sup>930</sup>,

---

<sup>926</sup> *Maranda* (2003), préc., note 154, par. 42.

<sup>927</sup> Voir par exemple *R. v. Amsel*, 2017 MBPC 52 [ci-après « *Amsel* (2017) »].

<sup>928</sup> *Id.*, par. 23 (« There will (...) be situations where communication that occurs after the solicitor client relationship has ended will nonetheless be privileged. Information that was previously privileged remains privileged if it is repeated in communication after the formal relationship is at an end. The content of the communication is still subject to privilege because of its previously protected status, not by virtue of the application of a current privilege. »).

<sup>929</sup> *Canada (Ministre du Revenu national) c. Singh Lyn Ragonetti Bindal LLP*, 2005 CF 1538, par. 20 et 21; *Kilbreath v. Saskatchewan (Attorney General)*, 2004 SKQB 489. Cela étant, ces documents, y compris l'ensemble des informations portées à la connaissance de l'avocat, demeurent couverts par l'obligation déontologique – plus générale – de confidentialité : *Kranz v. Canada (Attorney General)*, [1999] 4 C.T.C. 93, 1999 CanLII 5793 (B.C. S.C.).

<sup>930</sup> Ainsi que des codes de déontologie adoptés par les barreaux des différents provinces et territoires : LAW SOCIETY OF ALBERTA, *Code of Conduct*, art. 3.1-1; SOCIÉTÉ DU BARREAU DU MANITOBA, *Code de déontologie*, art. 3.1-1;

tous les faits pertinents ne sont pas protégés pour la seule raison qu'ils auraient été portés à la connaissance d'un conseiller juridique. Encore faut-il qu'un conseiller juridique ait été mandaté par son client pour rendre un avis juridique eu égard aux faits recueillis, et non uniquement pour enquêter sur les faits pertinents. Le cas échéant, un conseiller juridique qui aurait été engagé en sa qualité d'enquêteur ne bénéficiera pas de la protection du secret professionnel de l'avocat. Dans l'affaire *Wilson v. Favelle* (1994)<sup>931</sup>, le Ministère de la santé de la Colombie-Britannique avait ordonné une enquête à la suite d'une plainte déposée à l'encontre d'un de ses employés et mandaté une avocate externe pour mener cette enquête. Bien que les termes de la commission prévoient que l'avocate devait documenter les faits sous-tendant les allégations et donner son opinion (juridique) au Ministre relative à l'existence d'une violation des normes de conduite par un employé de la fonction publique, la Cour suprême de la Colombie-Britannique est d'avis que l'avocate avait été engagée en tant qu'enquêtrice plutôt qu'en sa qualité d'avocate, de sorte que le rapport qu'elle avait soumis au Ministère à la suite de cette enquête n'est pas protégé par le secret professionnel de l'avocat<sup>932</sup>.

---

LAW SOCIETY OF **NEWFOUNDLAND AND LABRADOR**, *Code of Professional Conduct*, art. 3.1-1; LAW SOCIETY OF THE **NORTHWEST TERRITORIES**, *Code of Professional Conduct*, art. 3.1-1; **NOVA SCOTIA** BARRISTERS' SOCIETY, *Code of Professional Conduct*, art. 3.1-1; *Code de déontologie professionnelle du Barreau du Nouveau-Brunswick*, art. 3.1-1; BARREAU DU **NUNAVUT**, *Model Code of Professional Conduct*, art. 3.1-1; BARREAU DE L'**ONTARIO**, *Code de déontologie*, art. 3.1-1; LAW SOCIETY OF **PRINCE EDWARD ISLAND**, *Code of Professional Conduct*, art. 3.1-1; LAW SOCIETY OF **SASKATCHEWAN**, *Code of Professional Conduct*, art. 3.1-1; LAW SOCIETY OF **YUKON**, *Code of Conduct*, art. 3.1-1; *Code of Professional Conduct for British Columbia*, art. 3.2-2, commentaire 2 (« A lawyer's duty to a client who seeks legal advice is to give the client a competent opinion based on a sufficient knowledge of the relevant facts, an adequate consideration of the applicable law and the lawyer's own experience and expertise. The advice must be open and undisguised and must clearly disclose what the lawyer honestly thinks about the merits and probable results. »); *Code de déontologie des notaires*, préc., note 362, art. 17 (« Le notaire doit s'assurer des faits essentiels au soutien d'un acte ou d'une convention et informer son client des formalités nécessaires à sa validité et à son efficacité. ») [**Québec**]

<sup>931</sup> *Wilson v. Favelle*, (1994) 26 C.P.C. (3<sup>e</sup>) 273 (B.C.S.C.).

<sup>932</sup> *Id.* (« Solicitor/client privilege can only arise in the context of a solicitor and client relationship. Notwithstanding the statement in the affidavit of Bell, the independent evidence of Ms. Keating's hiring is clear that she was hired as an investigator and not as a solicitor to act on behalf of HMTQ. Her duties are described as investigating and reporting. She was asked to "provide advice" but the advice was as to "any violations of standards of conduct for public service employees." That hiring was not the hiring by HMTQ of a solicitor to represent it in this litigation nor indeed in any context in which solicitor/client privilege might arise. »). Voir aussi *Gower v. Tolko Manitoba Inc.*, 2001 MBCA 11, par. 37 [ci-après « *Gower* (2001) »] (« In the situation at hand, it is clear from the evidence that Janzen was asked to investigate and perform a fact-finding function. If that is all she was asked to do then, regardless of the fact that she is a lawyer, she would not have been providing legal advice and would have been acting as an investigator, not as a lawyer. Consequently, legal advice privilege would not have been available. »). Voir aussi *General Accident Assurance Company v. Chrusz*, [1999] 124 O.A.C. 356, 180 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 241, par. 51 [ci-après « *Chrusz* (1999) »] (« ... I would not accord communications between Bourret and Eryou with the protection of solicitor-client privilege. Bourret was retained to perform the functions of investigating and reporting. He was expected to be honest in doing his job, and no special legal protection was necessary to ensure a candid report. »); *Procureur général du Québec c.*

Il en va de même lorsque le conseiller juridique, en sa qualité d'enquêteur, a recueilli et consigné les témoignages d'experts rencontrés dans un mémorandum. Lorsque le conseiller juridique aurait agrémente le mémorandum de certaines de ses réflexions en tant que conseiller juridique, cette partie du mémorandum peut demeurer confidentielle, alors que le reste est assujetti à l'obligation de divulgation dans le cadre d'une demande d'accès. Toute communication émanant des tiers ne devient pas pour autant privilégiée ou, en d'autres termes, n'est pas subsumée sous la protection « parapluie » du secret professionnel du seul fait qu'elle aura transité par l'intermédiaire d'une personne ayant le statut d'avocat :

(...) The memos in this inquiry record the evidence of expert witnesses communicated at meetings with the College's lawyer and other College representatives. The communications with the experts are third party communications. The memos are the primary investigative records of the expert's opinions. The fact that the College's lawyer melded her own reflections and analysis into a discrete part of the first memo does not transform the character of the meetings and communications with the experts into meetings and communications within, related to, or integral to the confidential solicitor client relationship between the College and its lawyer.

The effect of the College's argument here is that, by having its lawyer conduct the investigation, the investigative process is subsumed under the solicitor client relationship between the College and its lawyer. This loses sight of the function involved – a statutory complaint investigation process under the MPA [*Medical Practitioners Act*] – and of the fact that the expert opinions were gathered as an integral part of that investigation process. The college's solicitor client relationship with its lawyer serves to enable the College to discharge its duties and functions; the investigation process under the MPA does not exist to serve a solicitor client relationship between the College and its lawyer.<sup>933</sup>

De l'autre côté, les faits recueillis pendant une enquête menée aux fins de donner un avis juridique sont protégés par le secret professionnel de l'avocat. En refusant une demande d'accès formulée à l'égard des documents créés pendant une enquête menée par le Collège des médecins et des chirurgiens par rapport à la conduite d'un de ses membres, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique distingue les deux cas de figure dans les termes suivants :

---

*Beaulieu*, 2021 QCCA 1305 [ci-après « *Beaulieu* (2021) »], par. 91 (« ... le fait que l'enquête a été demandée par une avocate, en l'occurrence la directrice, n'est pas déterminant en l'espèce. Ce n'est pas comme avocate qu'elle l'a fait. Que Me Michel l'ait conseillée dans la décision de lancer une telle enquête, dans l'orientation de celle-ci ou dans la définition de la mission confiée aux enquêteurs ne l'est pas davantage (et d'autant moins ...) que les intimés ne demandent pas la communication des échanges entre la directrice et Me Michel). »).

<sup>933</sup> *Records of the College of Physicians and Surgeons of British Columbia, Re*, 2000 CanLII 9491 (B.C. I.P.C.) (demande en contrôle judiciaire rejetée 2001 BCSC 726), par. 85 (« If a document is covered by solicitor client privilege, then the entire document is precluded from disclosure on the basis of s. 14 of the *Freedom of Information Act*. If, however, the entire document is not protected by solicitor client privilege, then s. 4(2) of the *Freedom of Information Act* applies such that information which can reasonably be severed is withheld from disclosure, with the applicant having entitlement to the remainder of the document. »).

[31] (...) Because legal advice privilege protects the relationship of confidence between solicitor and client, the key question to consider is whether the communication is made for the purpose of seeking or providing legal advice, opinion or analysis. (...)

[32] (...) Legal advice privilege arises only where a solicitor is acting as a lawyer, that is, when giving legal advice to the client. Where a lawyer acts only as an investigator, there is no privilege protecting communications to or from her. If, however, the lawyer is conducting an investigation for the purposes of giving legal advice to her client, legal advice privilege will attach to the communications between the lawyer and her client. (...) <sup>934</sup>

En présence de « mandats complexes [mixtes] ou à exécution prolongée »<sup>935</sup>, la délimitation peut être difficile entre les communications qui ont été obtenues en vue d'obtenir un avis juridique et celles qui ont été transmises à d'autres fins. Dans *Foster Wheeler* (2004), la Cour suprême du Canada a reconnu qu'il y aurait lieu de reconnaître une présomption – réfragable – de confidentialité par rapport à l'ensemble des renseignements : « Il appartiendrait à la partie adverse de préciser la nature des informations qu'elle recherche et de justifier qu'elles ne sont soumises ni à l'obligation de confidentialité, ni à l'immunité de divulgation, ou qu'il s'agit d'un cas où la loi autoriserait la divulgation en dépit de l'existence du secret professionnel. »<sup>936</sup>

## **2.2. Des informations factuelles rattachées aux services juridiques requis ou rendus**

Les avis juridiques ne sont pas donnés dans un vide factuel. Un mandat d'assistance ou de représentation juridique nécessite une bonne connaissance et analyse de l'ensemble des faits pertinents sous-jacents à un conflit. À cet égard, plusieurs éléments « interstitiels » pourraient venir brouiller le tableau : la manière dont les faits auraient été communiqués à l'avocat ou dont ils auraient été pris en compte dans l'analyse juridique; les faits compilés, réorganisés ou rassemblés en vue d'obtenir une assistance juridique; l'identité de la personne qui les communique au conseiller juridique, etc.

D'une part, les faits neutres, ceux « qui ne peuvent permettre de connaître par déduction des confidences faites par un client, le mandat confié ou le conseil juridique fourni », ne sont pas protégés par le secret professionnel de l'avocat même s'ils avaient été constatés par ce dernier « dans l'exécution générale de son mandat »<sup>937</sup>. À cet égard, une distinction a tôt été établie entre

---

<sup>934</sup> *B.C. College of Physicians* (2002), préc., note 797, par. 31 et 32.

<sup>935</sup> *Foster Wheeler* (2004), préc., note 239.

<sup>936</sup> *Id.*, par. 42.

<sup>937</sup> Michel TETRAULT, « Le secret professionnel et son incidence en droit familial, le dernier des Mohicans ? Une revue de la jurisprudence récente », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec*, Montréal, 2005, p. 143, à la page 147.

une communication / confiance à l'avocat et un fait qui existe indépendamment de cette communication ou de la relation professionnelle. Certains tribunaux appellent cette restriction « [l']exception quant aux faits »<sup>938</sup>, considérant que « [l]e privilège relatif au secret professionnel ne s'attache pas véritablement à une information, mais plutôt à une confiance »<sup>939</sup>. Dans les mots de la Cour suprême du Canada :

[39] (...) en dépit de l'intensité de l'obligation de confidentialité et de l'importance du secret professionnel, celui-ci ne couvre pas nécessairement tous les faits ou tous les événements que constate l'avocat au cours de l'exécution de son mandat. Le régime juridique du secret professionnel ne le dispense pas non plus en toutes circonstances de témoigner sur des faits impliquant ses clients. Passager dans une automobile en discussion avec son client, il ne serait pas admissible à témoigner sur l'opinion qu'il lui donnait alors, mais pourrait être forcé de rendre témoignage sur l'excès de vitesse qui aurait provoqué une collision. On doit alors rechercher une méthode d'analyse respectueuse du secret professionnel qui permette de résoudre ce genre de difficultés.<sup>940</sup>

Ainsi, les documents *a priori* non protégés par le secret professionnel de l'avocat ne sauraient le devenir une fois qu'ils auront été transmis à un avocat. Dans les mots de la Cour d'appel de l'Ontario :

... if original documents enjoy no privilege, then copying is only in a technical sense a creation. Moreover, if the copies were in the possession of the client prior to the prospect of litigation they would not be protected from production. Why should copies of relevant documents obtained after contemplation of litigation be treated differently? Suppose counsel for one litigant finds an incriminating filing by the opposite party in the Security Commission's files. Could there be any justification for its retention until cross-examination at trial? Further, such copies, if relevant in their content, must be revealed in oral discovery under rule 31.06(1) which provides that questions must be answered even though the information sought is evidence.

The production of such documents in the discovery process does little to impinge upon the lawyer's freedom to prepare in privacy and weighs heavily in the scales supporting fairness in the pursuit of truth.<sup>941</sup>

De l'autre côté, demeurent couverts par le secret professionnel les documents qui auront été confectionnés par le client ou une tierce partie en vue principalement d'assister un avocat appelé à donner des conseils juridiques ou à poursuivre une action en justice<sup>942</sup>. Il pourrait même s'avérer nécessaire de distinguer entre les différentes copies d'un même document, selon qu'elles aient ou

---

<sup>938</sup> *Agence de revenu du Québec c. Métaux Kitco inc.*, 2016 QCCQ 12090, par. 67 [ci-après « *Métaux Kitco* (2016) »].

<sup>939</sup> *Id.*, par. 67.

<sup>940</sup> *Foster Wheeler* (2004), préc., note 239, par. 39.

<sup>941</sup> *Chrusz* (1999), préc., note 932, par. 38 et 39.

<sup>942</sup> *Strong v. General Motors of Canada Ltd.*, (1996) 23 C.C.E.L. (2<sup>e</sup>) 207, 1996 CanLII 8161 (Ont. S.C.), par. 18; *Singh v. Edmonton (City)*, (1994) 30 C.P.C. (3<sup>e</sup>) 277, 162 A.R. 13 (C.A.), par. 5.



non été transmises à un avocat en vue d'obtenir des conseils ou une assistance juridique. L'affaire *Dauphin (Re)* (2015) illustre avec éloquence cette distinction. Après avoir pris connaissance des documents contestés transmis sous scellés dans le cadre d'une audience tenue à huis clos, le tribunal fait la distinction entre deux copies d'un même document : l'autorité saisissante avait déjà entre les mains une copie imprimée de ce document à l'égard de laquelle aucun privilège n'a été revendiqué; toutefois, l'autre copie du même document, comprenant le soulignement de certaines informations par le requérant dans le cadre d'une consultation juridique avec son avocate, est considérée comme protégée par le secret professionnel de l'avocat<sup>943</sup>. Il en va de même d'un autre document « composé de notes manuscrites préparées par le requérant au bénéfice de son avocate »<sup>944</sup>. Dans ce cadre, ce qui aurait été porté à la connaissance de l'avocat doit l'être dans la seule mesure de leur connaissance (et organisation) par l'avocat, pour éviter toute inférence préjudiciable sur la position du client ou l'opinion juridique rendue. Comme la Cour d'appel de l'Alberta nous a affirmé dans le contexte des pièces jointes à un courriel : « (...) an attachment to a privileged e-mail may be extraneous to the content of that e-mail which means it is still necessary to review the attachment to determine its connection to the e-mail before deciding whether it is also privileged. »<sup>945</sup>

À cet égard, des constatations de faits contenues dans un avis juridique et qui constituent les fondements des conseils juridiques rendus sont considérées comme y étant « inextricablement liées »<sup>946</sup> de sorte qu'elles aussi sont protégées par le secret professionnel de l'avocat. Ces faits peuvent être recueillis par l'avocat lui-même après avoir été mandaté à cet effet par son client<sup>947</sup>. Dans les mots de la Cour d'appel du Manitoba :

(...) legal advice is not confined to merely telling the client the state of the law. It includes advice as to what should be done in the relevant legal context. It must, as a necessity, include ascertaining or investigating the facts upon which the advice will be rendered. Courts have consistently recognized that

---

<sup>943</sup> *Dauphin (Re)*, 2015 QCCS 5314, par. 11.

<sup>944</sup> *Id.*, par. 12.

<sup>945</sup> *TransAlta Corporation v. Market Surveillance Administrator*, 2014 ABCA 196, par. 59 [ci-après « *TransAlta* (2014) »]. Voir aussi *British Columbia (Minister of Finance) v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2021 BCSC 266, par. 110 (« (...) solicitor-client privilege does not necessarily apply to all attachments, even those attached to genuine legal advice. One can easily pose examples where attachments would likely not be privileged, such as an attachment to a legal opinion that explained the directions to a meeting. ») [ci-après « *British Columbia* (2021) »].

<sup>946</sup> *Slansky* (2013), préc., note 797, par. 112.

<sup>947</sup> *Gower* (2001), préc., note 932 (où une avocate a été mandatée par son client, un employeur, pour enquêter sur une plainte de harcèlement sexuel déposée à l'endroit d'un salarié).

investigation may be an important part of a lawyer's legal services to a client so long as they are connected to the provision of those legal services.<sup>948</sup>

Ou encore, en traitant des communications contenues dans les notes d'honoraires de l'avocat engagé par le gouvernement, la Cour d'appel fédérale s'est exprimée comme suit :

(...) je suis convaincu que les passages descriptifs des relevés de services constituent effectivement des communications. Cela n'est pas analogue à la situation où un avocat vend un bien pour son client ou agit autrement pour le compte de celui-ci. La recherche portant sur un sujet, la rédaction d'un avis ou toute autre question de ce genre se rapporte directement à la fourniture de conseils. En dépit du fait que l'appelant voudrait maintenir la protection relativement aux questions précises objet de la recherche, les autres parties des relevés de services constituent toujours des communications échangées dans le but d'obtenir des conseils juridiques. Dans ces circonstances, l'avocat n'est pas simplement témoin d'un état de choses objectif, mais il est en voie de se former un avis juridique. Cela est vrai que l'avocat effectue une recherche (théorique ou empirique), interroge des témoins ou autres tierces parties, rédige des lettres ou des notes ou effectue l'une ou l'autre des nombreuses tâches qu'un avocat effectue dans le cadre de son travail. Il est vrai que le fait d'interroger un témoin constitue un acte qu'accomplit un conseiller juridique, et une inscription à cet effet dans un relevé de services est une déclaration de fait, mais ce sont tous là des actes et des exposés des faits qui portent directement sur les consultations, conseils et services juridiques. Et lorsque ces faits ou ces actes sont communiqués au client, ils sont protégés. Il en est ainsi, qu'ils soient communiqués verbalement, par écrit ou par état de compte.<sup>949</sup>

Il s'agit d'un aspect du secret professionnel de l'avocat qui frôle de très près le privilège relatif au produit du travail (« *work product privilege* ») ou encore le privilège relatif au litige. Jusqu'à tout récemment, la *common law* (canadienne) tend à considérer les seconds comme des sous-aspects de la protection du secret professionnel de l'avocat<sup>950</sup>. Quelle que soit la délimitation exacte de la portée des trois privilèges dans des « cas limites », ils partagent tous les trois une préoccupation commune voulant que « where a lawyer exercising legal knowledge, skill, judgment and industry has assembled a collection of relevant copy documents for his brief for the purpose of advising on or conducting anticipated or pending litigation he is entitled, indeed required, unless the client consents, to claim privilege for such collection »<sup>951</sup>. Sinon, on pourrait être tenté d'analyser non

---

<sup>948</sup> *Id.*, par. 19.

<sup>949</sup> *Stevens c. Canada (Premier ministre)*, [1998] 4 C.F. 89, 1998 CanLII 9075, 1998 CarswellNat 2311 (F.C.A.) [ci-après « *Stevens* (1998) »].

<sup>950</sup> Voir entre autres exemples *TransAlta* (2014), préc., note 945, par. 34 (« ... it was generally understood that the common law still treated litigation privilege as being an aspect of solicitor-client privilege, although it was acknowledged that the scope of the privilege was different, and litigation privilege was not thought to be a continuing substantive right. »)

<sup>951</sup> *Hodgkinson v. Simms*, [1988] 55 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 577, 33 B.C.L.R. (2<sup>e</sup>) 129, 1988 CanLII 181, p. 22 (C.A.) [ci-après « *Hodgkinson v. Simms* (1988) »]. Aussi *id.*, par. 29 (« ... at common law, the solicitor-client privilege covers confidential communications between solicitor and client which entails the seeking or giving of legal advice, whether contentious or not, as well as, pursuant to what the American courts call the "work product doctrine", a "lawyer's work product", i.e. the material assembled by a lawyer exercising legal knowledge, skill and industry for the purpose of advising on or conducting anticipated or pending litigation. ») [références omises].

seulement les faits qui auront été portés à la connaissance de l'avocat, mais par ailleurs déduire de la manière dont ils ont été présentés ou recueillis l'état d'esprit du conseiller juridique, sa connaissance ou maîtrise du dossier ainsi que ses intentions futures<sup>952</sup>. Aussi, une différence – fondamentale – entre le secret professionnel de l'avocat et les deux privilèges susmentionnés est la durée au cours de laquelle la protection est accordée, pour une durée indéfinie d'un côté, ou dès que le litige prend fin, de l'autre<sup>953</sup>.

La manière dont les faits auraient été portés à la connaissance de l'avocat, que ce soit par un client ou un tiers, a également une importance : « (...) les exposés des faits ne sont pas eux-mêmes privilégiés. C'est la communication de ces faits entre un client et un avocat qui est privilégiée. »<sup>954</sup> Lorsque ces faits portés à la connaissance de l'avocat dans le cadre d'une relation professionnelle sont documentés, les documents en question ne deviennent pas pour autant protégés<sup>955</sup>.

En bref, bien qu'on ne puisse pas exiger communication des faits reformulés par l'avocat même sur une opinion juridique (écrite), des précisions peuvent être demandées à la partie concernée quant aux faits qui auront été portés à la connaissance de l'avocat ou sur lesquels l'avis juridique s'est appuyé<sup>956</sup>.

### **3. De tout autre renseignement échangé dans le cadre de la relation professionnelle**

Outre la simple existence de la relation avocat-client ainsi que la nature du mandat, est protégé par le secret professionnel de l'avocat tout autre renseignement échangé dans le cadre de la relation professionnelle concernant un client (3.1) qui n'est pas déjà rendu public (3.2). Aux interstices de ces deux catégories perdure l'épineuse distinction entre « fait », « action » et « communication »

---

<sup>952</sup> *Hodgkinson v. Simms* (1988), préc., note 951, pp. 22 et 23 (« Mr. Walsh adds a further argument with which I respectfully agree. He says that what the Defendants seek is not just to look at these copy-documents but also to look into counsel's mind to learn what he knows, and what he does not know, and the direction in which he is proceeding in the preparation of his client's case. That, in my view, would be a mischief that should be avoided. »).

<sup>953</sup> *Ontario (Attorney General) (Re)*, 1997 CanLII 11860 (Ont. I.P.C.) [ci-après « *Ontario (Re)* (1997) »] (« Unlike traditional solicitor-client communications privilege, the litigation type of privilege, which encompasses the lawyer's work product for litigation, does not last indefinitely. It ends with the litigation for which it was prepared. ») [référence omise].

<sup>954</sup> *Stevens* (1998), préc., note 949.

<sup>955</sup> Cela étant, l'information relative à ce fait (que des documents ont été portés à l'attention de l'avocat aux fins d'une consultation) demeure protégée. Comme nous le verrons *infra* (section B - sous-section 3.1), l'application des filtres de confidentialité peut permettre la communication des documents qui ne sont pas autrement privilégiés tout en gardant confidentiel le fait qu'ils avaient été transmis pour commentaires à un conseiller juridique.

<sup>956</sup> *S. & K. Processors Ltd. v. Campbell Ave. Herring Producers Ltd.*, [1983] 45 B.C.L.R. 218, 1983 CanLII 407 (B.C. S.C.), par. 11 [ci-après « *S. & K. Processors* (1983) »].

(4). Il nous apparaît nécessaire de s'attarder à certaines discussions jurisprudentielles qui ont lieu à l'égard de chacune des catégories, lesquelles, malgré les apparences, peuvent s'avérer à l'occasion controversées.

### 3.1. Concernant un client

*A priori*, tant une entreprise (privée) que l'État – que ce soit le gouvernement<sup>957</sup>, un organisme public ou d'enquête<sup>958</sup> – peut consulter un avocat sans que leur droit au respect du secret professionnel ne soit affaibli :

le privilège avocat-client (...) vise tant l'avis donné à un organisme administratif par un avocat salarié que l'avis donné dans le contexte de l'exercice privé du droit. Lorsqu'un avocat salarié donne des conseils que l'on qualifierait de privilégiés, le fait qu'il est un avocat « interne » n'écarte pas l'application du privilège ni n'en modifie la nature.<sup>959</sup>

Or, au-delà du scénario schématique impliquant un particulier qui raconte sa version des faits à son avocat, ce qui constitue un renseignement échangé concernant un « client » peut porter à confusion dans un contexte corporatif et gouvernemental alors que l'avocat salarié du gouvernement, d'une société d'État ou d'une entreprise privée peut y être appelé à occuper des fonctions autres que juridiques.

Certes, qu'un avis juridique ait été fourni par un avocat interne de l'organisme, « dont les fonctions sont souvent à la fois juridiques et non juridiques »<sup>960</sup>, n'écarte pas en soi la protection du secret professionnel<sup>961</sup>. Les communications purement administratives ou factuelles, de l'autre côté, ne sont pas protégées par le privilège, comme la planification des réunions ou de l'audience, des discussions de relations publiques et autres questions non juridiques<sup>962</sup>, ou encore des rapports d'enquête réalisés dans une perspective employeur-employé dont l'objet n'est pas de solliciter ou d'obtenir une opinion ou conseil juridique<sup>963</sup>.

---

<sup>957</sup> *Campbell* (1999), préc., note 781; *Murchison c. Exportation et développement Canada*, 2009 CF 77, par. 32 et 33; *Gauthier c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CF 655, par. 48 à 50.

<sup>958</sup> *Constructions LJP inc. c. Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail*, 2021 QCCS 384, par. 46 [ci-après « *Constructions LJP inc.* (2021) »].

<sup>959</sup> *Pritchard* (2004), préc., note 713, par. 21; *BCE inc. c. Ontario Teachers' Pension Plan Board*, 2010 QCCS 5662, 16-17 (demande pour permission d'appeler rejetée 2012 QCCA 1738); *Protection de la jeunesse – 11849*, 2011 QCCS 1825, par. 39 et 40 [ci-après « *Protection de la jeunesse – 11849* (2011) »].

<sup>960</sup> *Id.*, par. 20.

<sup>961</sup> Voir aussi *Hale v. University of British Columbia Okanagan (No. 4)*, 2021 BCHRT 129 [ci-après « *Hale* (2021) »].

<sup>962</sup> *Id.*, par. 22. Voir aussi *Canada (Revenu national) c. Moodys LLP*, 2011 CF 713.

<sup>963</sup> *Beaulieu* (2021), préc., note 932, par. 81 et suiv.

La difficulté est en effet de départager, dans le contexte des avocats salariés d'une entreprise ou du gouvernement, ce qui relève des communications protégées, de ce qui ne l'est pas et notamment des conseils donnés « sur des matières non liées à la relation avocat-client »<sup>964</sup>, comme en matière de politique générale ou en toute qualité autre que de juriste (p. ex. à titre de gestionnaire)<sup>965</sup>.

Lorsqu'un document contient à la fois des communications privilégiées et des communications qui ne le seraient pas, les tribunaux s'attardent sur l'objet prédominant du document avant d'en autoriser une divulgation partielle épurée de tout renseignement confidentiel. Dans *Constructions LJP inc.* (2021), la Cour supérieure du Québec a conclu qu'une fiche électronique de dénonciation n'est pas protégée par le secret professionnel de l'avocat lorsque, tout en comportant une communication de la CNESST avec son procureur, elle contient

également et surtout une communication avec son directeur régional. En effet, l'inspectrice, le chef d'équipe et le directeur en santé et sécurité ont adressé, au moyen de la fiche, des renseignements non seulement au procureur, mais ultimement au directeur régional. À l'extrémité du canal de communication, le directeur régional recevait les renseignements provenant de l'ensemble des intervenants, incluant le procureur, pour prendre la décision finale d'intenter une poursuite. Il s'agissait de colliger dans la fiche tous les renseignements nécessaires au processus décisionnel en matière de poursuite pénale qui relevait, en dernière analyse, du directeur régional. L'avis juridique du procureur, bien que constituant un jalon nécessaire du processus, était ancillaire à la décision finale du directeur régional. Ainsi, on peut affirmer que l'objet principal de la fiche était de communiquer des renseignements au directeur régional et non au procureur. Le contenu de la fiche allait bien au-delà de la communication avec l'avocat.

Les renseignements communiqués au directeur régional n'étaient pas protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat quand bien même ces renseignements étaient, par ailleurs, communiqués au procureur. En termes simples, les communications au directeur régional n'étaient pas protégées par le privilège parce qu'elles n'étaient pas des communications à un avocat. Le fait que la CNESST ait adopté un processus qui amalgame les communications destinées à son procureur avec celles ultimement destinées à son directeur régional n'y change rien.<sup>966</sup> [soulignés de la Cour]

Bref, quand bien même que la communication était destinée à l'avocat de la CNESST, la communication n'a pas été faite en vue d'obtenir un avis juridique, mais plutôt de communiquer les renseignements recueillis au cours d'une inspection administrative de la CNESST au directeur régional de l'organisme afin de « lui permettre d'évaluer l'opportunité d'intenter une poursuite pénale »<sup>967</sup>. Incidemment, la Cour supérieure du Québec a relevé, à cette occasion, que « [l]

---

<sup>964</sup> *Campbell* (1999), préc., note 781, par. 50. Voir aussi *Keefer Laundry Ltd. v. Pellerin Milnor Corp. et al.*, 2006 BCSC 1180, par. 81 [ci-après « *Keefer* (2006) »].

<sup>965</sup> *Pritchard* (2004), préc., note 713, par. 19 et 20; *Protection de la jeunesse – 11849* (2011), préc., note 959, par. 41.

<sup>966</sup> *Constructions LJP inc.* (2021), préc., note 958, par. 52 et 53.

<sup>967</sup> *Id.*, par. 54.

privilège du secret professionnel de l'avocat ne peut pas être invoqué par un organisme d'enquête ou d'application de la loi pour nier le droit du défendeur à la divulgation de renseignements sous prétexte que ces renseignements ont été soumis à un procureur pour une analyse juridique »<sup>968</sup>. Tout compte fait, seules demeurent protégées dans la fiche électronique de renseignements les communications qui concernent l'opinion juridique du procureur quant à l'opportunité d'intenter une poursuite pénale<sup>969</sup>.

Dans l'affaire *Beaulieu* (2021)<sup>970</sup>, la Cour d'appel du Québec relève que le rapport d'enquête administratif dont les ex-accusés demandent la divulgation dans le cadre de leur poursuite civile contre la Couronne, s'avère

essentiellement factuel, même si certains des faits relatés sont tributaires d'une situation ou d'une règle juridique ou se sont produits dans un contexte juridique. Cela explique d'ailleurs que le rapport rende aussi compte, ici et là, de certaines des explications ou opinions juridiques données à l'époque pour justifier tel ou tel comportement. Il s'agit toutefois là d'un récit et non pas d'une prise de position de l'auteur du rapport sur la valeur de l'explication ou de l'opinion dont il est ainsi fait état. *A priori*, il s'agit néanmoins de remarques couvertes par le secret professionnel. En outre, le rapport se termine par un constat factuel sur la conduite des procureurs, à savoir que les procureurs, quoiqu'ils aient manqué à leur obligation de divulgation, n'étaient pas de mauvaise foi et n'ont pas délibérément et intentionnellement tenté d'échapper à leur obligation de divulgation (même s'ils l'ont enfreinte) et de cacher de la preuve aux intimés. Cette conclusion factuelle a une saveur juridique et l'on pourrait vouloir y étendre le secret professionnel. Toutefois, même si ces passages étaient ainsi couverts, *a priori*, (...) puisqu'ils figurent en toutes lettres dans un rapport qui a été rendu public, le secret professionnel ne peut plus être invoqué à leur endroit. (...) <sup>971</sup>

Lorsqu'un avocat engage un expert dans le cadre de son mandat de représentation juridique, le premier agit comme le mandataire de son client, de sorte que « la communication, écrite ou orale, de l'expert à l'avocat, se situe dans le périmètre du secret professionnel et est donc protégée »<sup>972</sup>. La protection du secret professionnel ne s'étend cependant pas à l'expert qui aurait été retenu directement par le client.

Dans les cas où l'existence d'un client est établie ou ne fait pas de doute, certains renseignements « concernant un client » ont suscité des questionnements ou ont fait l'objet de discussions plus étoffées dans la jurisprudence : il s'agit du nom du client (3.1.1), de l'identité du conseiller juridique

---

<sup>968</sup> *Id.*, par. 55.

<sup>969</sup> *Id.*, par. 57.

<sup>970</sup> *Beaulieu* (2021), préc., note 932.

<sup>971</sup> *Id.*, par. 87.

<sup>972</sup> *Poulin c. Prat*, [1994] R.D.J. 301, 1994 CanLII 5421 (C.A.).

(3.1.2), des notes d'honoraires et autres registres de l'avocat (3.1.3) ainsi que des communications non verbales qu'un avocat a pu constater de son client dans le cadre de l'exécution de son mandat professionnel (3.1.4).

### **3.1.1. Le nom du client**

Le nom du client, pourvu qu'il ne soit pas déjà rendu public, est protégé. Vraisemblablement parce que le nom du client constitue dans la plupart des cas une information publiquement accessible, notamment dans le cadre d'instances judiciairisées, ou une information déjà au su de la partie adverse, on pourrait être tenté de conclure que la protection du nom du client constitue une exception plutôt que la règle<sup>973</sup>.

### **3.1.2. L'identité de l'avocat**

Dans les mêmes circonstances (p. ex. instances judiciairisées, renseignement déjà connu de la partie adverse), l'identité de l'avocat ne serait pas nécessairement un renseignement confidentiel protégé. Dans les cas où l'identité de l'avocat n'est pas (encore) connue de la personne qui demande communication de ce renseignement, son caractère confidentiel ou non dépendrait de la question de savoir si sa connaissance permet d'inférer (indirectement) la nature des services juridiques rendus<sup>974</sup>.

Dans l'affaire *Legal Services Society (BC) (2003)*<sup>975</sup>, une journaliste de la Colombie-Britannique avait demandé au service d'aide juridique de sa province une liste ventilée par nom et par montant des 5 à 10 avocats qui ont facturé le plus d'honoraires en matière d'immigration et en droit criminel au cours de l'année 1998. Quoique les montants facturés lui aient été communiqués, le service d'aide juridique considérait que le nom des avocats concernés était couvert par le secret professionnel de l'avocat, de sorte qu'il ne pouvait être divulgué à la journaliste. Cette décision a été, dans un premier temps, révisée par la Commission d'accès à l'information, laquelle était plutôt d'avis que la confidentialité des renseignements couverts par le secret professionnel de l'avocat bénéficie aux clients plutôt qu'à leurs avocats, de sorte que l'information demandée (relative aux

---

<sup>973</sup> *Belley* (2018), préc., note 922, par. 34.

<sup>974</sup> *Métaux Kitco* (2016), préc., note 938, par. 69.

<sup>975</sup> *Legal Services Society v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2003 BCCA 278 [ci-après « *Legal Services Society (BC) (2003)* »].

noms des avocats) pourrait être divulguée à condition qu'elle ne le soit pas en relation avec leurs clients :

I recognize that the Legal Services Society must exercise caution in releasing the names of leading billers for services in order to ensure that identification of one or two clients of that particular lawyer is not possible. The Legal Services Society knows how many clients a lawyer billed for in a particular time period. If, for example, all of the services of a particular leading biller were for a very small number of clients, there may be a proper basis for the Society to refuse to disclose that total billing amount, because it might facilitate the identification of specific clients.

Unless this is the case, I find that the information in dispute is not subject to solicitor-client privilege and that disclosure would not reveal information that is subject to privilege.<sup>976</sup>

Cette décision du Commissaire a toutefois été renversée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui voit un risque non négligeable de croisement d'informations dans le contexte particulier où une journaliste expérimentée pourrait aisément déduire de l'information obtenue l'identité des clients qui auraient sollicité les services des avocats nommément désignés :

[38] (...) the amount of fees billed by the “top billers” disclosed by the LSS supports the inference that some if not all of them spent at least half their time on LSS clients. Due to the increasing complexity of the law, criminal trials of many months’ duration are now becoming fairly common in this Province. It was not argued that the situation is any different with respect to immigration hearings. An assiduous reporter who is aware of long proceedings in the public courts could easily put this information together with the billing amounts and deduce that particular clients were funded by legal aid. (...) <sup>977</sup>

À la différence des avocats de la défense, les procureurs aux poursuites criminelles et pénales, quant à eux, feraient office à part. Selon un arrêt récent de la Cour d'appel du Québec, il serait même de l'intérêt public que leur identité soit connue, et ce, y compris l'identité de ceux et celles d'entre eux qui ont travaillé sur une affaire

dans l'ombre, sans comparaître devant les tribunaux, [qui] ne (...) semble par ailleurs pas pouvoir faire l'objet de l'immunité de divulgation résultant du secret professionnel. En effet, indépendamment des règles qui pourraient viser, en semblables circonstances, les avocats ou leurs cabinets en général (sujet sur lequel je ne me prononce pas), les procureurs aux poursuites criminelles et pénales sont dans une situation particulière : ils sont les représentants – et même les incarnations – du directeur des poursuites criminelles et pénales (lui-même l'institution de l'État et mandataire de celui-ci), ils occupent une charge publique et d'intérêt public et je vois difficilement comment on pourrait opposer le secret professionnel à l'identification de ceux et celles qui, peu importe leurs tâches, officient à ce titre dans une instance criminelle (...) <sup>978</sup>

---

<sup>976</sup> Décision du commissaire no 322-1999 du 30 juillet 1999, citée dans *id.*, par. 8.

<sup>977</sup> *Legal Services Society (BC)* (2003), préc., note 975, par. 38.

<sup>978</sup> *Beaulieu* (2021), préc., note 932, par. 100.



Fait donc exception à la règle générale de la confidentialité présumée, du moins au Québec, l'identité des avocats aux poursuites criminelles et pénales, en raison du caractère (d'ordre) public de leur charge qu'ils occupent comme représentants de l'État.

### **3.1.3. Les notes d'honoraires et autres registres de l'avocat**

Alors que l'état du droit en ce qui concerne le nom du client et l'identité de l'avocat n'a pas suscité beaucoup de discussions en jurisprudence, il en va autrement de l'application de la règle générale de confidentialité présumée à l'égard des montants d'honoraires payés à un avocat, de l'identité de la personne qui les acquitte ainsi que des autres registres comptables/financiers d'un avocat. La question s'est surtout posée lors des demandes d'accès à l'information auprès d'organismes publics, où l'« intérêt public » a été invoqué sous diverses dénominations pour justifier une entorse au principe.

#### **3.1.3.1. De la présomption de confidentialité**

À première vue, les registres de comptes d'un avocat sont aussi au cœur d'une relation professionnelle au même titre que les communications ayant eu lieu entre un avocat et son client en vue d'obtenir un conseil juridique. Dans les mots de la Cour d'appel fédérale :

Il est essentiel de garder à l'esprit que ce que protège le secret des communications entre client et avocat c'est l'intégrité de la relation avocat-client. D'un point de vue tactique, en cas de litige, les clients doivent être assurés que les communications faites à leurs avocats « qui se rapportent aux consultations, conseils et services juridiques » ne seront pas utilisées contre eux. Psychologiquement parlant, en créant une atmosphère dans laquelle le client peut être honnête et à l'aise, le secret protège la relation entre lui et son avocat contre les yeux intrusifs de l'État ou d'autres parties. Le relevé de services d'un avocat est au cœur de cette relation. À mon avis, les modalités et le montant des honoraires, les arrangements ayant trait au paiement, les genres de services rendus et leur coût, toutes ces questions sont au centre de la relation. S'il vaut la peine de la protéger, ces questions doivent être à l'abri de toute intrusion.<sup>979</sup>

Statuant sur l'obligation des parties de se communiquer certains documents fiscaux directement de leurs avocats dans le cadre d'un litige matrimonial, la Cour du Banc de la Reine du Manitoba abonde en ce sens :

[26] (...) the information sought from Olson Lemons concerning the respondent's statement of account and trust records is not "neutral information". How the monies paid to that firm were allocated would demonstrate or indeed clearly illustrate the legal advice and consequent instruction, i.e. confidential communications, given to Olson Lemons by the respondent. (...) the quantum of fees paid by the respondent with anticipated explanation is directly linked to the "merits of the matter". In this particular

---

<sup>979</sup> *Stevens* (1998), préc., note 949.

case, (...) there are appropriate similarities and considerations between quantum of compensation and the payment or non-payment of fees. (...) Inherent in the above contents of this paragraph is a finding that the petitioner has not rebutted the respondent's right to solicitor-client privilege regarding Olson Lemons.<sup>980</sup>

Cela étant, si le contenu détaillé des notes d'honoraires et autres registres de l'avocat contient des renseignements confidentiels, certains montants, transactions ou inscriptions isolés peuvent ne pas l'être du fait qu'ils pourraient être complètement détachés des renseignements nominatifs<sup>981</sup>. À cet égard, nos tribunaux privilégient une approche qui présume confidentiel l'ensemble constitué des notes d'honoraires et autres registres de l'avocat, y compris la source du paiement ou l'identité de la personne ayant déboursé les frais d'avocat<sup>982</sup>. Cette couverture *a priori* large permet d'éviter au juge une inspection systématique pour départager ce qui est strictement confidentiel de ce qui ne le serait pas; un tel exercice entraîne en effet des délais et coûts supplémentaires pour toutes les parties :

En accordant le bénéfice d'une protection générale aux relevés de services, le tribunal évite les difficultés procédurales qui se produiraient autrement. Dans chaque cas, il serait nécessaire que le juge examine les comptes et nul doute que les avocats des parties voudraient les consulter également. Cela pourrait mettre l'avocat dans une situation embarrassante car il serait au courant de renseignements qui pourraient faire l'objet d'une ordonnance de non-divulgence à son client, situation qu'il vaut mieux éviter. Il vaudrait mieux l'éviter non seulement parce qu'elle peut ne pas être pratique, mais parce que le fait même que l'avocat de la partie adverse puisse être au courant de la communication privilégiée pourrait nuire à la liberté de communication entre l'avocat et son client. Au surplus, la protection générale accordée aux relevés de services d'avocat empêche une ingérence pernicieuse des avocats qui pourraient insister pour que chaque relevé soit examiné et jugé individuellement en vue de déterminer si tout élément qui y est consigné pourrait être divulgué. Cela pourrait encourager une situation où, sur le plan tactique, il pourrait être avantageux pour l'avocat de persister dans ses efforts pour obtenir la communication des comptes dans l'espoir que, en raison de quelque erreur résultant uniquement du volume des documents, certains renseignements protégés se retrouvent entre ses mains. Je ne pense pas qu'un tel état de choses favoriserait le libre échange de communications entre client et avocat, que cette protection vise à susciter.<sup>983</sup>

Les juges québécois font écho à cette préoccupation :

---

<sup>980</sup> *Haugen v. Haugen*, 2013 MBQB 155, par. 26 [ci-après « *Haugen* (2013) »].

<sup>981</sup> Voir par exemple *Kalogerakis c. Commission scolaire des Patriotes*, 2014 QCCQ 4167, par. 179 (« On peut conclure que le compte d'honoraires professionnels est *prima facie* protégé par le secret professionnel parce que généralement, il contient une description des tâches accomplies, des services rendus et souvent des conseils donnés. Mais on ne peut conclure dans le même sens lorsqu'il s'agit du montant des honoraires professionnels seulement. »). Cette conclusion a été confirmée par 2017 QCCA 1253, par. 49 (« À mon avis, le total des honoraires ne révélera rien de confidentiel, la présomption est renversée et l'information n'est pas protégée par le secret professionnel. »)

<sup>982</sup> *Kaiser (Re)*, 2012 ONCA 838 [ci-après « *Kaiser* (2012) »].

<sup>983</sup> *Stevens* (1998), préc., note 949, par. 46 [référence omise].

[44] (...) compte tenu de la primauté de la Charte et du secret professionnel, nous sommes dans une situation où ne protéger que les éléments du contenu d'un relevé d'honoraires pourrait être dangereux et pourrait contrecarrer l'effet recherché par la protection du secret professionnel. La prudence et le bon sens devraient donc avoir comme conséquence l'établissement *prima facie* que le contenu du relevé d'honoraires fasse partie de la relation client-avocat et donc, que finalement, il faille considérer le document lui-même comme protégé.

[45] Considérant la place importante qu'occupe le relevé d'honoraires dans la relation client-avocat, considérant l'importance de favoriser l'instauration d'une relation de confiance dans cette même relation client-avocat, c'est le relevé d'honoraires dans sa totalité qui bénéficie de la protection du secret professionnel plutôt que les éléments de son contenu pris isolément.<sup>984</sup>

Quoique bénéficiant d'une présomption de confidentialité<sup>985</sup>, les comptes d'honoraires ne sont considérés privilégiés que dans la mesure où ils permettraient de révéler (in)directement des communications protégées. Ainsi, pour la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, la présomption de confidentialité se rattachant aux notes d'honoraires des avocats pourrait être réfutée « if it is established that there is no reasonable possibility that disclosure will directly or indirectly reveal any communications protected by privilege »<sup>986</sup>. Le Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de la Colombie-Britannique a listé à cet égard les facteurs d'appréciation suivants tirés de la jurisprudence :

- 1) the nature of the legal matters to which the billing information applies, and the background giving rise to those matters;
- 2) if the legal matters involve litigation, the stage of the litigation;
- 3) the inquirer's involvement in the legal matters, including:
  - i. the inquirer's level of background knowledge;
  - ii. whether the inquirer is a party to the litigation; and
  - iii. whether disclosure would prejudice an opposing party to the litigation;
- 4) the nature of the billing information, including:
  - i. whether the information pertains to one or multiple legal matters; and
  - ii. whether the information is a summary of total costs or a detailed breakdown; and
- 5) the length of time covered by the billing information.<sup>987</sup>

À cet égard, les tribunaux reconnaissent que la divulgation du montant des honoraires payés alors que le mandat de représentation est toujours en cours pose un risque sérieux de bris de confidentialité :

[40] The most important contextual factors here are that there is litigation ongoing and that the records requested are the invoices sent to one party for legal services obtained in connection with that litigation and, presumably, in connection with any other legal issues between CONA and McBreairty.

---

<sup>984</sup> *Québec (Commission des services juridiques) c. Gagnier*, 2004 CanLII 20578 (Q.C. C.Q.), par. 44 et 45.

<sup>985</sup> *Maranda* (2003), préc., note 154, par. 32 et 34; *Kaiser* (2012), préc., note 982, par. 30.

<sup>986</sup> *Donell v. GJB Enterprises Inc.*, 2012 BCCA 135, par. 59 [ci-après « *Donell* (2012) »].

<sup>987</sup> *British Columbia (Attorney General) (Re)*, 2019 BCIPC 53, par. 18 [références omises].

[41] The information requested, particularly the amounts spent, both as to amount and as to timing, could be used by a diligent and persistent inquirer armed with the public court record to make inferences about the level of effort by CONA in defending the claim and in dealing with various aspects of the litigation as they arise from time to time. Such level of effort, as reflected by the amounts charged for legal services could reasonably be considered as being based on instructions and communications from the client, in this case CONA.

[42] It is at least possible that an assiduous inquirer could infer from the level and timing of expenditures whether CONA has instructed its solicitor to expend efforts in resolving the matter before trial or alternatively, if on the eve of trial, in preparing for trial.<sup>988</sup>

Ce raisonnement s'applique *a fortiori* dans un contexte criminel et pénal, même à l'égard des procédures qui se sont conclues récemment, compte tenu du caractère public des débats judiciaires qui facilite le croisement d'informations :

[66] In the criminal context, rebuttal of the presumption of privilege requires the court to be satisfied that disclosure will not cause prejudice to the accused. The cases emphasize the importance of context in assessing the rebuttal of the presumption. In the context of an ongoing criminal prosecution for murder, manslaughter or infanticide, the names of the accused and the name of counsel are available to the public. There is a public record of and access to the proceedings. In that context, rebuttal of the presumption that disclosure of fees paid, even a year or more previously, reasonably may cause prejudice to the accused – through publicity or otherwise – will be difficult.<sup>989</sup>

En revanche, les entrées relatives aux transactions pouvant être consultées dans des registres publics (p. ex. registres fonciers) doivent être produites, en ce qu'elles auraient déjà été rendues (autrement) publiques<sup>990</sup>.

### 3.1.3.2. De la possibilité raisonnable de préjudice

Quant aux autres registres (comptables/financiers) de l'avocat, le cadre d'analyse post-*Maranda* serait le suivant :

[1.] other financial records of lawyers are not presumptively subject to solicitor-client privilege insofar as they merely represent records of actions or facts, but they should not be produced automatically solely for that reason;

[2.] *Maranda* mandates that it is necessary to consider such records in order to determine whether they arise out of the solicitor-client relationship and what transpires within it, that is, communications to obtain legal advice;

---

<sup>988</sup> *Newfoundland and Labrador (Information and Privacy Commissioner) v. College of the North Atlantic*, 2013 NLTD(G) 185, par. 40 à 42 [ci-après « *College of the North Atlantic* (2013) »].

<sup>989</sup> *Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission (Re)*, 2019 NLSC 171, par. 66 [ci-après « *Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission (Re)* »].

<sup>990</sup> *Donell* (2012), préc., note 986, par. 65 (« (...) I see no reason why the “matter” to which the ledgers refer – a real estate transaction – should not be produced, as it reflects a fact that is known to others. »).

[3.] if it is concluded that the records do arise out of that relationship and what transpires within it, they are presumed to be privileged, but the privilege can be rebutted and the document produced if it is established that production will not permit the deduction or acquisition of communications protected by solicitor-client privilege.<sup>991</sup>

Ainsi, en ce qui concerne les registres comptables en fiducie relatifs à la gestion financière, « [i]nsofar as this management reflects the solicitor-client relationship and what transpires within it, the entries are presumed to be privileged. Those that do not reflect that relationship are not privileged »<sup>992</sup>. Le test n'est cependant pas d'un seuil très élevé. Il suffit que les renseignements confidentiels emportent un risque (simple) ou possibilité de révéler des communications privilégiées pour qu'une demande d'accès ou de production soit refusée<sup>993</sup>.

Le critère de simple possibilité exige une appréciation raisonnable et n'exclut pas, dans tous les cas, que des montants d'honoraires payés aux avocats soient divulgués, notamment dans le cadre des demandes d'accès adressées aux organismes publics. Statuant sur le pouvoir discrétionnaire des tribunaux de refuser une demande de cesser d'occuper pour cause de non-paiement des honoraires professionnels, la Cour suprême du Canada, sous la plume du juge Rothstein, est d'avis que la divulgation du simple fait qu'un client n'ait pas acquitté ses honoraires ne met pas en jeu le secret professionnel de l'avocat dans tous les cas :

[29] La demande présentée par un avocat pour cesser d'occuper en raison du non-paiement de ses honoraires s'inscrit dans un contexte nettement différent de celui de la perquisition policière visant les dossiers et les comptes d'un avocat. La plus grande différence tient à la teneur des renseignements mis au jour. L'avocat qui demande à cesser d'occuper ne révèle qu'une brève information, à savoir que l'accusé n'a pas acquitté ses honoraires ou qu'il ne les acquittera pas. En quoi la communication de ce minime élément d'information pourrait-elle en l'espèce être préjudiciable à l'accusé ? Nulle explication n'est avancée. On voit d'ailleurs difficilement comment ce simple fait pourrait être utilisé contre l'accusé pour établir le fondement de la poursuite pénale : il n'a de lien ni avec les renseignements donnés à l'avocat ni avec les conseils obtenus de ce dernier. On ne pourrait inférer du seul non-paiement des honoraires que l'accusé s'est livré à quelque activité particulière liée aux accusations portées contre lui.

[30] Tel est assurément le cas lorsque le non-paiement des honoraires n'a pas de lien avec le fondement de l'affaire et que sa mise au jour n'est pas préjudiciable à l'accusé. Toutefois, dans d'autres contextes juridiques, le paiement ou le non-paiement des honoraires peut être pertinent pour ce qui concerne le fondement de l'affaire lorsque, par exemple, en droit de la famille, une pension alimentaire est

---

<sup>991</sup> *Id.*, par. 59.

<sup>992</sup> *Id.*, par. 60.

<sup>993</sup> *Id.*, par. 64 (« (...) in my view, some or all of these entries do arise out of the solicitor-client relationship and what transpires within it. That is to say, they do relate to communications to obtain legal advice and I am not satisfied that there is no potential that these entries could be used to deduce or otherwise acquire communications protected by solicitor-client privilege. For that reason, they should not be produced. » [nos soulignés]).

demandée et que le client allègue l'impécuniosité. Révéler le non-paiement des honoraires de l'avocat peut aussi infliger un préjudice au client lorsque, par exemple, le défendeur décide alors de présenter une demande de cautionnement pour dépens. Dans le cas où le paiement des honoraires ou leur non-paiement est pertinent pour ce qui est du fondement de l'affaire ou que sa mise au jour peut être préjudiciable au client, le secret professionnel de l'avocat peut s'y appliquer.

[31] Le non-paiement des honoraires qui n'est pas lié au fondement de l'affaire et dont la mise au jour ne cause pas préjudice à l'accusé ne constitue pas une exception à l'application du secret professionnel, contrairement à la démonstration de l'innocence ou à la sécurité publique (voir généralement les arrêts *McClure* et *Smith c. Jones*). Dans ce contexte, le non-paiement des honoraires de l'avocat ne bénéficie en fait jamais de la protection du secret professionnel. Cependant, les présents motifs, qui portent sur l'application ou l'inapplication du secret professionnel de l'avocat à certains éléments communiqués au tribunal, ne sauraient être interprétés de façon à modifier l'obligation déontologique de l'avocat de tenir secret le paiement de ses honoraires ou leur non-paiement dans d'autres contextes.<sup>994</sup>

Par ailleurs (et avec respect pour la Cour), il est possible d'argumenter que le non-paiement des honoraires ne constitue pas un renseignement privilégié dans tous les cas où la divulgation de ce fait porte préjudice au client. L'impécuniosité du client, comme telle, ne constitue pas un tel renseignement. Il s'agit d'un élément d'information qui pourrait faire partie de la vie privée du client et à l'égard duquel un avocat conserve une obligation déontologique de confidentialité au sens large, mais pas de la nature d'une information protégée par le secret professionnel de l'avocat. Le non-paiement des honoraires ne devient pas pour autant privilégié lorsqu'il s'avère pertinent pour corroborer ou infirmer une allégation qui ne se rapporte pas par ailleurs à des renseignements privilégiés, telle la teneur des conseils juridiques obtenus ou la stratégie d'une partie dans la conduite des procédures. La pertinence donc n'emporte pas *ipso facto* un caractère privilégié. Le non-paiement des honoraires ne constitue un renseignement privilégié que dans la mesure où il permet de révéler, directement ou indirectement, un autre renseignement qui serait protégé par le secret professionnel de l'avocat, et ce, du point de vue d'un « investigateur assidu » (*assiduous inquirer*) :

[12] (...) If there is a reasonable possibility that the assiduous inquirer, aware of background information available to the public, could use the information requested concerning the amount of fees paid to deduce or otherwise acquire communications protected by the privilege, then the information is protected by the client/solicitor privilege and cannot be disclosed. (...) <sup>995</sup>

---

<sup>994</sup> *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331, par. 29 à 31.

<sup>995</sup> *Ontario (Ministry of the Attorney General) v. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner)*, 2005 CanLII 6045 (Ont. C.A.), par. 12 [ci-après « *Ontario v. Ontario* (2005) »], voir aussi *Legal Services Society (BC)* (2003), préc., note 975, par. 38.

Lorsque la seule information qui puisse être inférée de la divulgation de renseignements financiers relatifs aux honoraires s'avère un estimé approximatif du nombre d'heures consacrées par les avocats aux dossiers de certains clients, la Cour d'appel de l'Ontario a considéré qu'il n'y a pas de risque raisonnable de bris de confidentialité :

[13] (...) The only thing that the assiduous reader could glean from the information would be a rough estimate of the total number of hours spent by the solicitors on behalf of their clients. In some circumstances, this information might somehow reveal client/solicitor communications. We see no realistic possibility that it can do so in this case. (...) we see no possibility that an educated guess as to the amount of hours spent by the lawyers on the appeal could somehow reveal anything about the communications between Bernardo and his lawyers concerning the appeal.<sup>996</sup>

Lorsque l'identité des clients n'est pas (encore) connue du demandeur d'accès, le total des honoraires payés par l'aide juridique par exemple, ne doit cependant pas permettre à un « investigateur assidu » de la déduire en croisant d'autres informations publiques. Comme nous le relève la Cour d'appel de la Colombie-Britannique :

[38] ... the possibility of breach of solicitor-client privilege is a material one even in the circumstances of the particular information provided in this case. As earlier stated, the amount of fees billed by the "top billers" disclosed by the LSS supports the inference that some if not all of them spent at least half their time on LSS clients. Due to the increasing complexity of the law, criminal trials of many months' duration are now becoming fairly common in this Province. It was not argued that the situation is any different with respect to immigration hearings. An assiduous reporter who is aware of long proceedings in the public courts could easily put this information together with the billing amounts and deduce that particular clients were funded by legal aid. (...) <sup>997</sup>

La Cour suprême de Terre-Neuve a appliqué ce cadre d'analyse dans l'affaire *Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission (Re)*<sup>998</sup>, où une demande d'accès a été présentée à l'aide juridique de Terre-Neuve en ce qui concerne le montant des honoraires payés aux avocats pour défendre les personnes accusées de meurtre, d'homicide involontaire coupable et d'infanticide. Statuant en révision judiciaire, la Cour suprême de Terre-Neuve est d'avis que la communication du total des honoraires payés à des avocats et cabinets identifiés ne permet pas même à un demandeur assidu d'inférer la nature des renseignements protégés :

[59] Assessing this circumstance as objectively as I can – from the perspective of the assiduous inquirer – I am unable to see a reasonable possibility that disclosure of the total amount paid in a year – without reference to specific invoices or dates of payment and without any breakdown between fees and disbursements – could directly or indirectly reveal any privileged communication.

---

<sup>996</sup> *Ontario v. Ontario* (2005), préc., note 995, par. 13.

<sup>997</sup> *Legal Services Society (BC)* (2003), préc., note 975, par. 38.

<sup>998</sup> *Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission (Re)*, préc., note 989.

[60] Even if the inquirer were to reasonably infer that the level of effort paid for and expended was greater than would seem to be warranted by the proceedings as reflected in the court records, it would be speculation that such an inference could reasonably lead to the deduction of confidential communication.

[61] To state it another way, I am satisfied that there is no reasonable possibility that disclosure of the amounts paid could lead, directly or indirectly, to the disclosure of privileged communication.<sup>999</sup>

À la différence de l'affaire *College of the North Atlantic* (2013) – dont nous avons eu l'occasion de reproduire plus haut quelques extraits –, la demande d'accès dans cette affaire émane d'un tiers aux procédures et après que celles-ci ont pris fin. L'information demandée se rapportant à la gestion des fonds publics, il est possible d'argumenter que cette question d'intérêt public justifie en elle-même la divulgation des renseignements d'ordre financier, dans la mesure où les renseignements autrement privilégiés relatifs à la teneur des conseils juridiques rendus aux clients peuvent être adéquatement protégés.

Dans l'affaire *Stevens* (1998), la Cour d'appel fédérale a émis l'opinion que le législateur aurait pu consacrer une exception statutaire en ce qui concerne les dépenses gouvernementales ou plus précisément, les honoraires d'avocat chargés au gouvernement. En l'absence d'une exception statutaire en ce sens, ces informations restent privilégiées :

(...) La Loi [sur l'accès à l'information] ne contient aucune définition particulière du secret des communications entre client et avocat. Le Parlement avait pleinement le pouvoir d'insérer une disposition prévoyant que ces renseignements seraient expressément exclus de la protection assurée par le privilège. Les dépenses d'organismes publics, ayant trait aux services juridiques ou autrement, suscitent toujours un intérêt au sein du public. Ce sont des deniers publics qui sont dépensés. Dans la mesure où l'intention de la Loi est de promouvoir de façon générale la transparence de l'activité gouvernementale, l'incorporation de la doctrine de common law en matière de secret des communications entre client et avocat indique qu'on entendait l'exclure du champ d'application de la Loi. Cette même protection, lorsqu'elle a été envisagée par le Parlement dans le contexte de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, a mené à la reconnaissance que, dans l'intérêt de la perception du revenu, le secret des communications entre client et avocat qui pourrait autrement protéger certains dossiers financiers de l'avocat était superflu. Le Parlement n'a pas pris la même décision en adoptant cette Loi.<sup>1000</sup>

En Colombie-Britannique, il a été plaidé, quoiqu'en *obiter*, que l'exigence statutaire pour tout organisme public de divulguer le total des montants payés à ses plus gros fournisseurs au cours d'une année fiscale<sup>1001</sup> implique pour le bureau de l'aide juridique provincial la divulgation des montants d'honoraires versés aux avocats. Sans s'attarder outre mesure sur ce point, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique n'était cependant pas convaincue que les avocats financés par

---

<sup>999</sup> *Id.*, par. 59-61.

<sup>1000</sup> *Stevens* (1998), préc., note 949, par. 48.

<sup>1001</sup> Voir *Financial Information Act*, R.S.B.C. 1996, c. 140, art. 2(3)(b)(i).



l'aide juridique soient des fournisseurs de la *Legal Services Society* (ils fournissent plutôt, du moins en partie, les services juridiques à leurs clients bénéficiaires de l'aide juridique)<sup>1002</sup>.

Dix-sept ans plus tard, la *Legal Services Society* (LSS) de la Colombie-Britannique a reçu (au moins) une autre demande d'information relative aux honoraires payés à un avocat nommé désigné depuis 2012. Comme motifs de refus, la *Legal Services Society* avait invoqué à la fois le secret professionnel de l'avocat et le droit à la vie privée d'un tiers. Devant le Commissaire à l'accès de la Colombie-Britannique, la LSS a laissé tomber l'argument du secret professionnel pour ne retenir que le droit à la vie privée de l'avocat concerné, alors que le requérant justifie sa demande d'accès par l'intérêt public à une plus grande transparence dans la reddition de compte gouvernementale. Le Commissaire opine dans le même sens que la LSS voulant que l'information concernant la rémunération de l'avocat concerné constitue une information personnelle dont la communication porte indûment atteinte à sa vie privée<sup>1003</sup>. De l'autre côté, le requérant n'a pas suffisamment justifié en quoi il serait dans l'intérêt public d'accéder à sa demande<sup>1004</sup>.

De cette revue de jurisprudence, on constate une certaine ouverture des tribunaux à autoriser la divulgation des honoraires payés aux conseillers juridiques par un organisme public ou gouvernemental, en autant que soit articulé l'« intérêt du public » à la reddition de compte gouvernementale ou à cette information. Les tribunaux seraient plus enclins à faire droit aux demandes d'accès à l'information dans les cas où des allégations sérieuses, particularisées, dénoncent une apparence de fraude, de conflits d'intérêts ou de maladministration. Aussi, dans la mesure où le montant des honoraires juridiques ne laisse pas une possibilité raisonnable d'identifier les clients concernés, cette information financière en elle-même ne constitue pas un renseignement protégé par le secret professionnel.

---

<sup>1002</sup> *Legal Services Society (BC)* (2003), préc., note 975, par. 39 (« (...) Do lawyers who supply legal services to clients supply “goods or services” to the LSS (...), or to their clients, or in some sense to both? I would have thought lawyers' advice and services go to their clients, and their clients alone. The *Legal Services Society Act*, R.S.B.C., 1996, c. 256, contains various references that support this view. Certainly the privilege belongs to the clients, not to the LSS. However, counsel were not prepared to make submissions on this point and since it is not necessary to decide it in this case, I leave it for another day. »).

<sup>1003</sup> *Legal Services Society (Re)*, 2020 BCIPC 34, par. 51.

<sup>1004</sup> *Id.*, par. 46 (« (...) The applicant does not satisfactorily explain why disclosing this one lawyer's legal aid billing information is desirable for the purpose of subjecting the LSS's activities to public scrutiny. (...) the applicant argues that disclosure of the disputed information may cast doubt on the Lawyer's opinion on billing rates. However, even if that is so, I fail to see how disclosure would be desirable for scrutinizing the activities of the LSS. »).

### 3.1.4. Des communications non verbales

Soulignons par ailleurs que les renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat ne comprennent pas que les communications verbales ou écrites. Les observations de l'avocat par rapport au comportement et à l'attitude du client, bref tout ce qui a trait aux communications non verbales, sont aussi privilégiées<sup>1005</sup>, mais seulement lorsqu'elles ont lieu dans le contexte d'une relation avocat-client. Dans tout autre contexte, l'avocat peut être appelé à témoigner sur le comportement observé de son client qui ne s'inscrit pas dans le continuum de leur relation professionnelle. Dans les mots de la Cour provinciale du Manitoba :

[20] (...) the case law to date does seem to support the conclusion that a lawyer testifying to his or her observations that were made other than in the express context of a solicitor-client communication will be compellable to testify. An accused person pulling up his shirt in the confidential setting of a lawyer's office to show the lawyer a bullet wound or a tattoo would thus seem to be protected by the doctrine, while an accused person in the position of Mr. Paul would not. That is, Mr. Paul's lawyer was present at the location of the incident for reasons other than the solicitor-client relationship, and made his observations of Mr. Paul's driving in public, and as an observer, rather than as a solicitor involved in a solicitor-client communication.<sup>1006</sup>

Cette distinction trouve un parallèle dans le cumul des fonctions d'avocats internes de grandes entreprises ou d'organismes publics<sup>1007</sup>. Seuls les mandats de nature juridique sont protégés par le secret professionnel de l'avocat; les autres tâches – administratives, de gestion, professionnelles – ne sont pas couvertes par le privilège.

Ainsi donc, on peut constater qu'une couverture *a priori* large de la portée du secret professionnel comme préservant la confidentialité de tout renseignement « concernant un client », laisse place, en pratique, aux ambiguïtés factuelles dont la résolution cherche à assurer que seuls bénéficient de la confidentialité les renseignements véritablement privilégiés, soit ceux qui portent sur la nature de la relation avocat-client ou ceux autorisant une inférence raisonnable d'autres renseignements par ailleurs privilégiés. Ce même *modus operandi* se constate à l'égard du second critère préalable à l'octroi de la protection, laquelle ne vise que les renseignements n'ayant pas déjà été rendus publics.

---

<sup>1005</sup> *Amsel* (2017), préc., note 927, par. 27 (« The concept of communication includes more than spoken or written words. Communication also encompasses the tone and volume of speech as well as facial expressions and gestures. »).

<sup>1006</sup> *R. v. Paul*, (2002) 171 Man. R. (2<sup>e</sup>) 280, 2002 CanLII 20049 (P.C.), par. 20.

<sup>1007</sup> *Supra* Partie III - section A - Sous-section 3.1 « Concernant un client ».

### 3.2. Qui n'est pas (déjà rendu) public

Ce second critère découle de la définition même de renseignements confidentiels : ce « [q]ui se dit, se fait sous le sceau du secret »<sup>1008</sup> n'est et ne doit pas être rendu public. La *common law* traditionnelle, appliquant scrupuleusement les quatre critères du test de Wigmore, considère que toute communication divulguée à un tiers qui n'est ni partie à la relation professionnelle ni mandataire du client, perd la protection du secret professionnel en raison de cette divulgation, laquelle peut être interprétée (de nos jours) comme une renonciation du bénéficiaire au privilège<sup>1009</sup>.

De formulation (très) stricte à l'origine, cette règle trouve encore application de nos jours principalement en s'arrimant avec le principe de la publicité des débats judiciaires. Par exemple, les pièces jointes à un courriel dont le texte est protégé par le secret professionnel de l'avocat peuvent être exclues de cette protection lorsqu'il s'agit des copies de décisions qui ont été rendues publiques et qu'il est dorénavant loisible de consulter en ligne<sup>1010</sup>. Il en va de même de la liste nominative des personnes que des enquêteurs avaient rencontrées, alors que leur nom « figure en toutes lettres dans les plumitifs des divers dossiers judiciaires »<sup>1011</sup>. Une partie ne peut pas non plus produire les documents qu'elle allègue être confidentiels pour examen par le tribunal ou la partie adverse tout en continuant d'invoquer la protection du privilège. Fait sans autres conditions (p. ex. *in camera*, mise sous scellés, ordonnance d'anonymat)<sup>1012</sup>, l'acte même de la divulgation au cours de procédures publiquement accessibles fait perdre le droit à la protection<sup>1013</sup>. En dehors

---

<sup>1008</sup> *Le Petit Robert*, *sub verbo* « confidentiel », en ligne : <dictionnaire.lerobert.com/definition/confidentiel>.

<sup>1009</sup> Voir par exemple *Choquette v. Viczko*, 2017 SKQB 191 [ci-après « *Viczko* (2017) »], par. 17 (« ... the presence of Boots while instructions were given to lawyer Pearson, and lack of evidence that Boots was present during such instructions as agent for Joseph Viczko to assist him in giving instructions to his lawyer, results in a situation where any potential solicitor-client privilege that could have existed was waived by Joseph Viczko by the act of permitting Boots to be present. It is well established in law that the presence of a third party in discussions between an individual and his or her solicitor leads to the conclusion that the discussions that occurred were not intended to be under the cone of solicitor-client privilege. »).

<sup>1010</sup> *TransAlta* (2014), préc., note 945, par. 62.

<sup>1011</sup> *Beaulieu* (2021), préc., note 932, par. 99.

<sup>1012</sup> *Infra* Partie III - section B - sous-section 3.1.

<sup>1013</sup> Voir notamment *University of Alberta (Re)*, 2021 CanLII 31941 (Alta. O.I.P.C.) [ci-après « *University of Alberta* (2021) »], par. 200 (« In its submissions, the Public Body asserts that solicitor-client privilege applies to pp. 186 to 188 and 557 to 559. Those pages, however, were provided to the Complainant and to me to review. Since they have been released, I do not consider the application of section 27(1)(a) to these pages. »); *R. v. Bartel*, 2021 ABPC 201, par. 46 (« (...) the production by Mr. Bartel of the documents and USB memory device was not for the purpose of seeking legal advice, but rather for the express purpose of tendering them in the course of legal proceedings for the purpose of discrediting Ms. Sanesh and prevailing in each. Clearly, there was no intention by either Mr. Bartel or the lawyers to keep the documents or the communication around their sources confidential. »).

des instances judiciairisées, dans tous les cas où le « chat serait sorti du sac » et tombe dans le domaine public (p. ex. sur les réseaux sociaux), il n'y a plus de secret et partant de privilège : « On ne peut plus plaider qu'est secret ce qui a été volontairement rendu public. »<sup>1014</sup>

Si l'application de cette règle semble relativement claire dans la plupart des cas, la possibilité de perdre le privilège en raison d'une divulgation par inadvertance (3.2.1) s'est rétrécie alors que les tribunaux basculent d'une analyse strictement conséquentialiste de ce qui a été divulgué de fait aux tiers, vers une attention portée par ailleurs sur l'intention véritable du détenteur du privilège au moment de la divulgation, appréciée sous l'angle de l'existence d'une renonciation (implicite). Parallèlement, les principes généraux du mandat balisent la préservation de la confidentialité à l'égard des renseignements divulgués aux personnes faisant partie du « cercle des privilégiés » (3.2.2).

### 3.2.1. La divulgation par inadvertance

Il fut un temps où la moindre révélation d'une (infime) partie des communications privilégiées équivalait à une renonciation de l'ensemble des dossiers présumés confidentiels. Un précédent souvent cité est l'arrêt *Calcraft v. Guest* (1898)<sup>1015</sup>, où la Cour d'appel anglaise avait statué que des copies de documents protégés par le secret professionnel de l'avocat peuvent être administrées en preuve par une partie qui les avait obtenues sans le consentement du détenteur du privilège, voire par des moyens illicites (« *improper means* »). Le détenteur du privilège pouvait tout au plus demander une mesure de redressement en *equity* (p. ex. injonction ordonnant le retour des copies privilégiées et restreignant l'utilisation des copies obtenues sans son consentement) avant la production en preuve de documents privilégiés par la partie adverse<sup>1016</sup>. Après, c'est trop tard. Jusqu'en 1984, la Cour d'appel du Québec s'exprimait encore comme suit :

[11] (...) It is common sense that a secret once revealed is a secret no longer; that a privilege is lost when the information, confidential to professional and client, is disclosed to a third party; and such third

---

<sup>1014</sup> *Beaulieu* (2021), préc., note 932, par. 102.

<sup>1015</sup> *Calcraft v. Guest*, [1898] 1 Q.B. 759. Voir aussi Colin TAPPER, « Privilege and Confidence », (1972) 35-1 *The Modern Law Rev.* 83, 85 (« The best reason might seem to be the decision of the Court of Appeal in *Calcraft v. Guest*. In that case the court unanimously rejected a claim that because documents were covered by professional privilege as confidential documents, secondary evidence by way of copies was inadmissible. »).

<sup>1016</sup> *Lord Ashburton v. Pape*, [1913] 2 Ch. 469; *Goddard v. Nationwide Building Society*, [1986] 3 W.L.R. 734 (C.A.). Voir aussi T.R.S. ALLAN, « Privilege and Confidentiality: Secondary Evidence and Third Parties », (1987) *Cambridge Law J.* 43.

party is free to make what legitimate use he wishes of the information no longer confidential. It is also the law.

[12] (...) Even if confidential information becomes known to a third party by oversight, or by accident, or by almost any means short of fraud, the privilege is lost.<sup>1017</sup>

La seule réserve qui a été faite au Québec, à la différence des précédents anglais, est qu'une divulgation accidentelle de l'information par la fraude d'un tiers n'équivaut pas à la perte du privilège<sup>1018</sup>.

À la suite de l'arrêt *Descôteaux* (1982), les tribunaux étaient venus progressivement ajouter un critère d'intention, de la part du bénéficiaire du secret professionnel, pour invalider une divulgation involontaire lorsqu'elle résulte d'une inadvertance<sup>1019</sup>. Avec la fin des procès surprises en matière civile et l'obligation de communication préalable de la preuve, les juges canadiens reconnaissent qu'une divulgation par inadvertance risque de survenir plus fréquemment :

With rules of court providing for liberal production of documents, the exchange of large quantities of documents between counsel is routine and accidental disclosure of privileged documents is bound to occur. A judge should have a discretion to determine whether in the circumstances the privilege has been waived.<sup>1020</sup>

Cela étant, toute divulgation par inadvertance n'emporte pas *ipso facto* le maintien du privilège. Tout d'abord, afin d'apprécier ce qui constitue, par prépondérance de probabilités, une divulgation par accident et partant involontaire, les tribunaux considèrent l'ensemble des circonstances dans lesquelles les renseignements privilégiés ont été divulgués, y compris :

- la manière dont est advenue la divulgation prétendument accidentelle<sup>1021</sup>;

---

<sup>1017</sup> *Chevrier c. Guimond*, [1984] R.D.J. 240, 1984 CanLII 2862 (C.A.), par. 11 et 12.

<sup>1018</sup> Un exemple de fraude dans ce contexte serait le cas d'un tiers qui aurait écouté, à leur insu, une conversation tenue entre le client et son avocat, ou qui aurait réussi à s'infiltrer, *incognito*, dans une réunion qui se voulait confidentielle : *Edouard v. Entreprises Environnementales Pierrefonds Inc.*, 2001 CanLII 24765 (QC C.S.).

<sup>1019</sup> *Royal Bank of Canada v. Lee*, 1992 ABCA 166 [ci-après « *Lee* (1992) »], par. 17 (« (...) older cases saying that privilege is lost when a document is dropped on the street, or when a non-party steals it, seem very doubtful in Canada today. »); *Coburn and Watson's Metropolitan Home v. BMO Financial Group*, 2019 BCSC 947, par. 29 (« While there was disclosure of legal advice having been received, that disclosure was inadvertent. There was no manifestation of a voluntary intention to put the contents of the legal advice in issue. The necessary "something more" is absent. ») *Cineplex Odeon Corp. v. Canada (A.G.)*, [1994] 114 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 141, 1994 CanLII 7564 (Ont. S.C.) [ci-après « *Cineplex Odeon* (1994) »], par. 28 (« (...) the Supreme Court of Canada in *Descôteaux* has established a fundamental rule of privilege which is to be interfered with as little as possible and accordingly inadvertent disclosures or disclosure without the consent of the client will not operate to waive privilege. »)

<sup>1020</sup> SOPINKA, LEDERMAN ET BRYANT (2018), préc., note 5, p. 1035, §14.184.

<sup>1021</sup> *Dublin v. Montessori Jewish Day School of Toronto*, (2007) 85 O.R. (3<sup>e</sup>) 511 (C.S.), 525 [ci-après « *Dublin v. Montessori* (2007) »]. Les tribunaux peuvent être plus sévères sur le caractère vraisemblablement accidentel de la

- la quantité de documents divulgués à l'égard desquels est réclamé le privilège (par rapport à l'ensemble de la documentation communiquée à la partie adverse)<sup>1022</sup>;
- l'identité et la qualité des personnes tierces à qui les documents auraient été accidentellement divulgués<sup>1023</sup>;
- si la personne de qui émane la divulgation accidentelle avait connaissance de l'existence du privilège<sup>1024</sup>;
- si la personne à qui est imputée la divulgation accidentelle avait l'autorité requise pour renoncer au privilège<sup>1025</sup>;
- si la divulgation résulte d'une méprise ou d'une mauvaise compréhension quant à la portée du privilège<sup>1026</sup>;

---

divulgation lorsque cette dernière s'inscrit dans un processus plus formel : *BMO v. Iskenderov*, 2019 ONSC 3567 [ci-après « *Iskenderov* (2019) »], par. 101 (« In the face of the failure of the defendants to offer evidence to explain the disclosure, the court cannot assume mere inadvertence. The disclosure was not to random mistaken release of documents. It occurred within the context of a formal process for the disclosure of relevant documents; one requiring great care and which had significant consequences. The defendants swore oaths attesting to their having reviewed the documents. Counsel signed the certificate attesting to his having explained their obligations to the defendants. Yet documents upon which privilege is claimed, as well as others were produced. »).

<sup>1022</sup> *Chan v. Dynasty Executive Suites Ltd.*, 2006 CanLII 23950 (Ont. S.C.) [ci-après « *Dynasty Executive* (2006) »], par. 39 et 40 :

[39] (...) there is no evidence before me that the BLG partner reviewing the productions spent the entire 12.5 hours paging through the 1123 documents one after the other. Perhaps the time was spent reviewing only a portion of the documents, or focusing on a few specific areas or volumes. Perhaps the privileged documents were reviewed but their significance was simply missed. After all, the productions consisted of more than a thousand documents in 17 bound volumes.

[40] I cannot find, on the evidence before me, that the mistake made by BLG in failing to remove the 14 contested documents approached a level of carelessness that was greater than inadvertence. More likely, given the amount of documentation being reviewed, it was an unfortunate but simple mistake – an error that was both inadvertent and excusable.

<sup>1023</sup> *R. v. Ward*, 2016 ONCA 568, par. 35 [ci-après « *Ward* (2016) »].

<sup>1024</sup> *Cineplex Odeon* (1994), préc., note 1019, par. 18.

<sup>1025</sup> *Nova Scotia (Transportation and Infrastructure Renewal) v. Peach*, 2011 NSCA 27; *Lee* (1992), préc., note 1019, par. 16; *Nova Chemicals (Canada) Ltd. v. CEDA-Reactor Ltd.*, 2014 ONSC 3995, par. 52 et 53.

<sup>1026</sup> *Stevens v. Canada (Prime Minister)*, [1997] 2 F.C. 759, 1997 CanLII 4805 (appel rejeté [1998] 4 F.C. 89 (C.A.)) [ci-après « *Stevens* (1997) »]; *Lee* (1992), préc., note 1019, par. 16 (« (...) The errors here were not by the Bank's officers or servants. They were by the court-appointed receiver, or the Bank's solicitors, or by those solicitor's expert witness. No one cited any authority identifying a person with the negligent acts (as distinguished from contracts or statements) by his agent where that agent is not a servant. Still less is a party identified with the negligence of a court officer, or an expert witness who is not anyone's employee. This is not a case where a solicitor stated that he had authority to waive privilege, or even stated that he had decided that the letter was not privileged. What would be the result then can await another day. »).

- si la divulgation peut être imputée à l'insouciance ou à une certaine témérité (« *recklessness* ») de la partie responsable<sup>1027</sup>;
- si la partie responsable de la méprise s'était corrigée immédiatement après sa connaissance de la divulgation ou dès que cela lui était raisonnablement possible de le faire<sup>1028</sup>.

La simple perte du contrôle physique des documents par la partie bénéficiaire n'équivaut pas à la perte du privilège<sup>1029</sup>. Quoique plaidé à au moins une occasion, le simple transfert physique des communications ne fait pas en sorte que leur récipiendaire acquière le droit de propriété sur les documents qui demeurent privilégiés<sup>1030</sup>.

En cas de divulgation vraisemblablement accidentelle d'informations privilégiées, les tribunaux peuvent ordonner des mesures de redressement destinées à minimiser l'impact de cette méprise<sup>1031</sup>, telles que :

- ordonner la restitution des copies de documents privilégiés au détenteur du privilège<sup>1032</sup>;
- ordonner la destruction des copies de documents privilégiés qui demeurent en la possession de la partie qui les ont obtenues sans droit<sup>1033</sup>;
- restreindre l'utilisation d'informations confidentielles qui sont contenues ou qui dérivent des documents divulgués<sup>1034</sup>;

<sup>1027</sup> *Dynasty Executive* (2006), préc., note 1022, par. 40; *Kennedy v. McKenzie*, 2005 CanLII 18295 (Ont. S.C.), par. 50 [ci-après « *McKenzie* (2005) »]; *Nova Growth Corp. v. Kepinski*, [2001] O.J. No. 5993 (S.C.J.), par. 22 (« It would seem to me that the negligence here was understandable. It was inadvertence and not recklessness. »).

<sup>1028</sup> *McKenzie* (2005), préc., note 1027, par. 50. Voir aussi *506913 N.B. Ltd. c. La Reine*, 2012 CCI 210, par. 62 et 63 (un détenteur peut être considéré comme ayant renoncé à son privilège lorsque ce n'est que des années plus tard qu'il invoque une divulgation prétendument par inadvertance au cours d'une autre instance); *Chapelstone Developments Inc. c. Action Motors Ltd.* Et *Hamilton c. Sa Majesté la Reine du chef du Canada*, 2004 NBCA 96, par. 45 (« Mon interprétation du droit concernant la renonciation au secret des communications et les conséquences juridiques découlant de leur divulgation par inadvertance est la suivante: 1) en règle générale, le secret appartient au client et, en conséquence, lui seul peut y renoncer par consentement éclairé; 2) toutefois, le droit permet la possibilité d'une renonciation tacite; 3) la divulgation par inadvertance de communications protégées n'entraîne pas automatiquement une renonciation tacite car il faut davantage. »).

<sup>1029</sup> *Tilley v. Hails*, [1993] 12 O.R. (3<sup>e</sup>) 306, par. 17, 1993 CanLII 8557, 1993 CarswellOnt 433 (S.C.), par. 17 (« It is clear that mere loss of physical custody does not terminate the privilege. ») [ci-après « *Tilley* (1993) »].

<sup>1030</sup> *McPherson v. Inst. of Chartered Accountants of B.C.*, [1989] 32 B.C.L.R. (2<sup>e</sup>) 328, 1988 CanLII 3216, 1988 CarswellBC 413 (C.A.), par. 23.

<sup>1031</sup> *Id.*, par. 24.

<sup>1032</sup> *McKenzie* (2005), préc., note 1027, par. 51; *Ward* (2016), préc., note 1023, par. 39.

<sup>1033</sup> *McKenzie* (2005), préc., note 1027, par. 51.

<sup>1034</sup> *Ward* (2016), préc., note 1023, par. 39.

- etc.

Par ailleurs, les procureurs de la partie adverse ayant pris connaissance de documents privilégiés qui auraient été communiqués accidentellement pourraient être déclarés inhabiles à occuper lorsque, eu égard encore une fois à l'ensemble des circonstances :

- 1) Il existe un risque réel que les procureurs de la partie adverse utiliseront l'information privilégiée au préjudice de la partie bénéficiaire du privilège dans les procédures en cours ou connexes;
- 2) Ce préjudice ne peut être remédié autrement que par une déclaration d'inhabileté.<sup>1035</sup>

Le risque – réel – de préjudice qui résulte d'une divulgation accidentelle aux procureurs de la partie adverse est en effet assimilé à celui découlant d'un avocat qui, ayant représenté ou travaillé pour une des parties au litige, se joint à un autre cabinet qui occupe pour la partie adverse. Les critères de *Celanese* (2006) s'inspirent *mutatis mutandis* du test élaboré par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Succession MacDonald* (1990)<sup>1036</sup>, traitant des conflits d'intérêts qui peuvent survenir en cas de déplacements professionnels ou de fusions des (grands) cabinets. Ainsi, dans un cas comme dans l'autre, l'existence du préjudice est présumée à moins qu'une preuve convaincante à l'effet contraire ne soit apportée par les procureurs ayant pu examiner les renseignements confidentiels qui leur ont été divulgués par inadvertance<sup>1037</sup>.

Quant aux remèdes appropriés advenant un risque réel de préjudice, un certain nombre de facteurs sont à considérer, dont :

- (i) la manière dont le demandeur ou ses avocats sont entrés en possession des documents; (ii) les mesures que le demandeur et ses avocats ont prises lorsqu'ils ont constaté que les documents étaient potentiellement assujettis au privilège avocat-client; (iii) la mesure dans laquelle les documents privilégiés ont été examinés; (iv) la teneur des communications avocat-client et la mesure dans laquelle elles sont préjudiciables; (v) l'étape de l'instance; (vi) l'efficacité potentielle d'une mesure de protection ou d'autres précautions destinées à éviter un préjudice.<sup>1038</sup>

---

<sup>1035</sup> *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, 2006 CSC 36, [2006] 2 R.C.S. 189, par. 42 et suiv. [ci-après « *Celanese* (2006) »].

<sup>1036</sup> *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235 [ci-après « *MacDonald* (1990) »].

<sup>1037</sup> *Celanese* (2006), préc., note 1035, par. 55.

<sup>1038</sup> *Id.*, par. 59.



Les mesures pouvant être prises pour minimiser le préjudice découlant de la divulgation de documents à la partie adverse comprennent le retrait temporaire du personnel juridique concerné ainsi que l'érection de murs éthiques « pour s'assurer que les membres de l'équipe du contentieux qui s'étaient retirés ne prennent connaissance d'aucun autre renseignement au sujet du litige et pour s'assurer qu'ils ne discutent pas de ce qu'ils avaient vu, le cas échéant »<sup>1039</sup>.

Quoique la jurisprudence moderne majoritaire semble pencher vers le maintien du privilège en cas d'une divulgation vraisemblablement accidentelle<sup>1040</sup>, il est des situations où le maintien de la confidentialité peut s'avérer futile (p. ex. en cas de fuite d'informations à un grand nombre de personnes), voire affecter négativement l'équité d'un procès ou la confiance du public dans l'administration de la justice. C'est le cas où, entre autres exemples, les documents privilégiés contredisent la preuve administrée au procès relative à certains faits essentiels<sup>1041</sup>. Les faits dits essentiels se distinguent des enjeux accessoires ou subsidiaires comme l'évaluation de la crédibilité d'un témoin ou d'une allégation<sup>1042</sup>. Rappelons que l'un des facteurs à prendre en compte au moment d'évaluer la nécessité d'une déclaration d'inhabileté des procureurs, soit « la teneur des communications avocat-client et la mesure dans laquelle elles sont préjudiciables », peut donc être à double tranchant. Plus les communications s'avèrent hautement préjudiciables au détenteur du privilège, plus se rapprocheraient-elles de la « dangereuse » exception du crime ou de la fraude projetée qui remet en question l'existence même du privilège. Cet éventuel chevauchement étaye notre hypothèse voulant qu'on ne doive pas tant (re)découvrir d'autres exceptions à la protection du secret professionnel, la question étant uniquement de savoir si le renseignement en cause relève ou non du champ de cette protection.

Au reste, en ce qui concerne les considérations – résiduaire – d'équité, il ne suffit pas à la partie à qui des documents privilégiés ont été communiqués accidentellement d'invoquer rhétoriquement l'« injustice » qui résulte de son obligation de retourner des documents qui seraient autrement

---

<sup>1039</sup> *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Mahjoub*, 2012 CF 669, [2014] 1 R.C.F. 457, par. 36 (appel rejeté 2017 CAF 157).

<sup>1040</sup> Voir *S. & K. Processors* (1983), préc., note 956, par. 11; *Somerville Belkin Ind. Ltd. v. Brocklesby Transport*, [1985] 65 B.C.L.R. 260, 1985 CanLII 563, par. 26 (S.C.): « (...) Although there are some bizarre cases where privilege seems to have been lost through inadvertence, the modern law seems to be that privilege may be waived in civil cases only by the client, in this case the insurer or plaintiff, and then only when it is waived deliberately and knowingly and not inadvertently ».

<sup>1041</sup> *Airst v. Airst*, [1998] 37 O.R. (3<sup>e</sup>) 654, 1998 CanLII 14647, 1998 CarswellOnt 2630 (C.S.), par. 19 [ci-après « *Airst* (1998) »]; *Dublin v. Montessori* (2007), préc., note 1021, 525.

<sup>1042</sup> *Ward* (2016), préc., note 1023.

pertinents pour sa théorie de la cause<sup>1043</sup>. Ou plutôt, l'« injustice » s'apprécie de nos jours à l'aune d'une multitude de facteurs qui dépassent la simple divulgation des renseignements. Même si la partie récipiendaire de renseignements privilégiés les avait reçus sans faute ni une quelconque conduite répréhensible de sa part, il resterait à soupeser le caractère répréhensible, négligent ou téméraire de, l'autre partie, détentrice du privilège. Et l'intention des parties, tout comme l'existence d'une divulgation, n'est qu'un élément parmi d'autres à considérer quand vient le temps de déterminer ce que commande l'équité. Somme toute, une balance globale des inconvénients s'impose, que la Cour supérieure de justice de l'Ontario a détaillée dans les termes suivants :

In balancing the competing interests in a case involving inadvertent disclosure, the court must exercise a discretion and determine the issue based on the particular circumstances. Factors relevant to the court's consideration will include the way in which the documents came to be released, whether there was a prompt attempt to retrieve the documents after the disclosure was discovered, the timing of the discovery of the disclosure and, sometimes, the timing of the application, the number and nature of the third parties who have become aware of the documents, whether maintenance of the privilege will create an actual or perceived unfairness to the opposing party, and the impact on the fairness, both actual and perceived, of the processes of the court.

In some cases of inadvertent disclosure there may be a limited risk that the information has become or will become widely known beyond the party to whom the disclosure was made. The information may not even have been fully released, as in cases where documents are released but not opened or read. In other circumstances, the balance may favour admission of the evidence, such as where the documents have come into the hands of the opposing party through the carelessness of the party claiming privilege, but not through any wrongdoing of the opposing party. In some such situations the failure to permit the introduction of the evidence could leave the party with a sense that the court was denying itself the opportunity to assess conflicting information on a material point, and consequently could negatively reflect on the public perception of the administration of justice. In other cases the information might have been so widely distributed that it would be futile as a practical matter to attempt to prevent its admission. In every case there must be a balancing of the relevant factors in the individual circumstances of the case, thus no hard rule can be laid down.<sup>1044</sup>

---

<sup>1043</sup> *Dynasty Executive* (2006), préc., note 1022, par. 34 et 35 :

[34] The plaintiffs, however, argue a different kind of unfairness – the unfairness in having received the privileged documents through no fault of their own, discovering in their review of the documents that some of them may be helpful to the plaintiffs in proving their claims, and now having to return these documents without being able to use them. In other words, it would be unfair to require that the documents be returned when some of the documents have been found to hold significant probative value for the plaintiffs.

[35] This submission, if accepted, would fundamentally undermine solicitor-client privilege. It would mean, in effect, that there is no need to return privileged documents inadvertently produced in the course of litigation if they are found to be helpful to the party receiving the documents.

<sup>1044</sup> *Airst* (1998), préc., note 1041, par. 19. Voir aussi *C. (J.M.N.) v. Winnipeg Child & Family Services (Central Area)*, [1997] 118 Man. R. (2<sup>e</sup>) 82, 1997 CanLII 22785 (C.A.), par. 12.

De nos jours, cette renonciation par divulgation (« *waiver by disclosure* ») se doit être interprétée plus strictement avec :

- l'usage de plus en plus répandu des moyens de télécommunication et de conservation de la documentation ;
- l'avènement des conseillers juridiques internes travaillant au sein de grandes entreprises, organisations, ministères et municipalités;
- l'obligation de communications préalables de la preuve au procès.

Il est aujourd'hui raisonnablement prévisible et largement (re)connu que les grandes entreprises et organisations gouvernementales consultent systématiquement des avocats à l'interne avant la conclusion de contrats publics et de transactions d'envergure. Le fait que l'existence d'un avis juridique soit connue du grand public n'implique pas pour autant que son contenu doit être *ipso facto* divulgué en cas de litige se rapportant aux mêmes transactions.

Ainsi, dans l'affaire *Guelph* (2004), la Cour suprême de l'Ontario a estimé que le simple fait pour une grande organisation de révéler, lors d'une communication préalable de la preuve en matière de responsabilité civile contractuelle, qu'elle a reçu ou s'était basée sur un avis juridique obtenu pour prendre certaines décisions (organisationnelles) n'équivaut pas à une renonciation, à moins que le contenu de l'avis juridique en question soit autrement pertinent pour décider du litige au mérite :

[87] In my view, mere disclosure of the receipt and reliance upon legal advice, in the discovery process, is not sufficient to give rise to waiver of privilege. Where the reliance on the legal advice will be relied upon at trial in respect of a substantive issue between the parties, that is another matter. That is covered by "waiver by reliance". But mere disclosure, by itself, that legal advice was received and followed to explain why a party did something should not be sufficient, by itself, for a waiver of privilege. One example from the context of criminal law ought to illustrate the point: it is commonplace for an accused person to refuse to participate in a police interrogation. Often that accused person will explain to authorities that he is exercising his right to remain silent on the basis of legal advice. Thus the accused explains his conduct on the basis of privileged advice he has received. Surely that does not give rise to a waiver of the entirety of the privileged communications between the accused and his counsel.

[88] However, if the accused puts the substance of the advice in issue in the legal proceeding, then the privilege will be lost. If, for example, the accused seeks to have a statement kept out of evidence on the grounds that counsel failed to advise him to remain silent, privilege will have been waived over the communication in order to determine whether counsel did, or did not, advise the accused to remain silent. However, solicitor-client privilege is not waived by disclosing that a solicitor's advice was

obtained. It is waived when the client relies upon the receipt of the advice to justify conduct in respect to an issue at trial (...)<sup>1045</sup>

Dans cette affaire, la Cour suprême de l'Ontario a proposé une approche pragmatique pour décider de l'existence d'une renonciation au privilège. Dans la mesure où le contenu des renseignements privilégiés (plutôt que leur existence) est gardé confidentiel, cette approche pragmatique est axée sur l'intention – véritable – du détenteur du privilège, ce qui exclut toute divulgation involontaire, faite par accident ou par des personnes non autorisées à y renoncer<sup>1046</sup>. Le fait d'insister sur une renonciation par divulgation (à la partie adverse) qui soit dûment autorisée permettrait, de l'avis du tribunal, d'assurer une communication transparente des conseils juridiques obtenus au sein des différents départements d'une grande entité en prévenant la formation de silos organisationnels à l'interne qui auraient fait obstacle à l'accès à l'information juridique :

[89] What is required is a practical approach to determining when there has been an intention to disclose, by the party having the right to prevent that disclosure. Wrongful disclosure by an unauthorized person, or mistaken disclosure by an unwary person, should not result in waiver of privilege. Otherwise, it will act as a disincentive for the City to obtain and share within its own ranks the benefits of legal counsel. The process of obtaining advice will become shrouded in mystery, with an attendant loss of transparency and accountability.<sup>1047</sup>

Ainsi, la diffusion des renseignements à l'intérieur d'un cercle restreint de personnes n'équivaut pas à une renonciation du privilège. Comme nous allons le voir à l'instant, ce « cercle des privilégiés » peut concerner les personnes travaillant au sein d'une même société ou encore les personnes qui partagent avec le détenteur premier du privilège un intérêt commun.

### 3.2.2. Le cercle du privilège

De prime abord, la portée du droit au secret professionnel de l'avocat n'inclut pas les communications entre « des tierces parties et un avocat, à tout le moins lorsque le tiers ne représente pas le client »<sup>1048</sup>. Entre autres exemples, il peut s'agir :

---

<sup>1045</sup> *Guelph (City) v. Super Blue Box Recycling Corp.*, [2004] O.T.C. 961 (C.S.), par. 87 et 88 [ci-après « *Guelph (2004)* »].

<sup>1046</sup> *Id.*, par. 90 (« (...) as a general principle, waiver of privilege by disclosure should arise where there is (a) a disclosure; (b) of a privileged communication; (c) that is intended; (d) with the intention of waiving privilege; and (e) by a person who is authorized to make the disclosure and waive the privilege. »).

<sup>1047</sup> *Id.*, par. 89.

<sup>1048</sup> *Slansky (2013)*, préc., note 797, par. 69.

- des déclarations faites, même sous le sceau de la confidentialité, par des personnes qu'un enquêteur mandaté par le Conseil canadien de la magistrature a interrogées relativement à la conduite d'un juge au procès<sup>1049</sup>;
- des communications effectuées entre un ordre professionnel et des experts qui n'auraient pas été mandatés par l'avocat ou le client (ordre professionnel) dans le cadre d'une relation avocat-client<sup>1050</sup>.

Sur cette prémisse, le cercle du privilège peut être vu comme une extension, au bénéfice du client, de la protection du secret professionnel de l'avocat. Ainsi, lorsque l'avocat retenu par le client a dû solliciter l'avis d'autres experts par rapport à certains pans du problème juridique, non seulement n'y a-t-il pas renonciation des informations privilégiées à l'expert consulté par l'avocat au nom de son client, mais toute communication ayant lieu entre l'expert et l'avocat demeure privilégiée. Les tribunaux traitent cette extension par les principes généraux du mandat<sup>1051</sup>. Dans le même ordre d'idées, lorsqu'un autre professionnel consulte un avocat au nom de son client, les communications échangées entre cet autre professionnel et l'avocat sont protégées par le secret professionnel de l'avocat. Nous retrouvons au Canada une reconnaissance de ce principe depuis au moins 1969 :

(...) where an accountant is used as a representative, or one of a group of representatives, for the purpose of placing a factual situation or a problem before a lawyer to obtain legal advice or legal assistance, the fact that he is an accountant, or that he used his knowledge and skill as an accountant in carrying out such task, does not make the communications that he makes, or participates in making, as such a representative, any the less communications from the principal, who is the client, to the lawyer; and

<sup>1049</sup> *Id.*

<sup>1050</sup> *B.C. College of Physicians* (2002), préc., note 797, par. 51 (« ... the experts did not perform a function on behalf of the client which was integral to the relationship between the College and its lawyer. The experts were not authorized by the College to direct the lawyer to act or to seek legal advice from her. The experts were retained to act on the instructions of the lawyer to provide information and opinions concerning the medical basis for the Applicant's complaint. While the experts' opinions were relevant, and even essential, to the legal problem confronting the College, the experts never stood in the place of the College for the purpose of obtaining legal advice. Their services were incidental to the seeking and obtaining of legal advice. »).

<sup>1051</sup> *Redhead Equipment v. Canada (Attorney General)*, 2016 SKCA 115, par. 45 (« (...) the privilege extends only to communications in furtherance of a function essential to the solicitor-client relationship or the continuum of legal advice provided by the solicitor (...) »); *Belgravia Investments Limited c. Canada*, 2002 CFPI 649, par. 50; *Long Tractor Inc. v. Canada (Deputy Attorney General)* (1997), [1998] 3 C.T.C. 1, 1997 CanLII 11172 (Sask. Q.B.); *Cineplex Odeon* (1994), préc., note 1019, par. 13. Cette extension du privilège à des tierces parties est critiquée par certains qui y voient un risque d'abus de confidentialité dans les cas où l'avocat agit comme un simple « intermédiaire » entre son client et un (véritable) tiers : Garry D. WATSON et Frank AU, « Solicitor-client privilege and litigation privilege in civil litigation », (1998) 77-3 *R. du B. can.* 315, 346 et suiv.

similarly, communications received by such a representative from a lawyer whose advice has been sought are none the less communications from the lawyer to the client.<sup>1052</sup>

Très tôt, les tribunaux ont reconnu que « [c]onsulter un conseiller juridique inclut la consultation de ceux qui l'assistent de façon professionnelle (v.g. sa secrétaire, son stagiaire) et qui ont eu comme tel accès aux communications faites par le client dans le but d'obtenir un avis juridique »<sup>1053</sup>. La Cour du Banc de la Reine du Manitoba a illustré l'étendue de ce cercle du privilège à l'ère moderne dans les termes suivants :

[14] E-mail communication in today's age expands the communication network to an even greater degree as information queries and opinions are spread over a much broader range of in-house persons dealing with the varied legal issues. This communication remains protected, providing the names on the e-mail list are all within the circle of persons engaged in the instructing process. Included in the documents are communications with other legal counsel and Crown agents connected with legal services provided in this case.<sup>1054</sup>

Au-delà du « cercle des conseillers juridiques, leurs adjoints et experts mandatés », le cercle du privilège s'étend par ailleurs, de l'autre côté, à l'ensemble des intervenants qui travaillent pour ou qui sont mandatés par le client pour l'assister dans le cadre de sa relation professionnelle avec un conseiller juridique. On peut penser à un traducteur et interprète accompagnant le client dans ses entretiens avec l'avocat. Au besoin, la présence d'une animatrice professionnelle engagée pour assurer l'ordre d'une réunion tenue entre les avocats et leur client (municipal) n'implique pas non plus la renonciation du privilège dans la mesure où

(...) cette réunion a été tenue dans une perspective de maintien de la confidentialité. L'intensité du conflit politique au sein de l'organisme municipal empêchait le président d'assemblée de remplir ses fonctions. Pour assurer le bon ordre de la réunion, sous tous ses aspects, y compris quant aux rapports qui devaient être présentés par des fonctionnaires ou des avocats, la Régie [intermunicipale de gestion des déchets sur l'île de Montréal] avait engagé une personne indépendante que l'on avait chargée de diriger les débats comme si elle avait été la présidente. La présence de cette animatrice était non seulement utile, mais même nécessaire pour l'assemblée. Dans ces conditions, sa présence n'impliquait aucune renonciation au secret professionnel. L'animatrice s'intégrait temporairement dans l'organisme et sa procédure de délibération, pour remplir une fonction nécessaire à la bonne marche de celle-ci. Cette rencontre restait à huis clos, toujours dans une perspective de confidentialité indispensable des échanges entre les intervenants, malgré la présence de factions opposées à l'intérieur de l'organisme et de perceptions divergentes sur l'opportunité et la réalisation du projet en cause. La nature de l'assemblée

---

<sup>1052</sup> *Susan Hosiery Ltd. v. M.N.R.*, [1969] C.T.C. 353 (Ex. C.), par. 11.

<sup>1053</sup> *Descôteaux* (1982), préc., note 30, 873; *Pfeffer* (1994), préc., note 318.

<sup>1054</sup> *R. v. Gateway Industries Ltd.*, 2002 MBQB 285, par. 14 [ci-après « *Gateway Industries* (2002) »]. Le cas échéant, la perquisition effectuée chez le bureau d'un des experts ainsi mandatés pourrait requérir les mêmes normes constitutionnelles de protection du secret professionnel du juriste que si elle avait été effectuée directement dans le cabinet de l'avocat : *R. v. Tarrabain, O=Byrne & Company*, 2006 ABQB 14 par. 29 et 30.

et de la discussion demeurait la même. Dans ces circonstances, l'on ne pouvait induire de cette procédure une renonciation au secret professionnel à l'égard des communications faites par les avocats qui participaient à la rencontre, en qualité de conseillers juridiques de la SIGED et de la Régie.<sup>1055</sup>

Dans le contexte d'un client corporatif, le privilège s'étend minimalement à l'ensemble des employés investis du mandat de consultation.

Les tribunaux en viennent également à en étendre l'application à l'ensemble des intervenants, notamment dans un contexte corporatif, commercial et transactionnel, lorsque et tant qu'ils partagent avec le client un intérêt commun dans l'objet de la consultation ou de l'opinion juridique rendue. Dans les mots de la Cour supérieure du Québec :

[23] The privileged communications often involved many interlocutors, including lawyers (sometimes, the lawyers are in "cc"). This does not make the communications less confidential (...). All the people involved in the communications with lawyers must be considered to be part of the "circle of privilege". They were business partners sharing common interests, and they were jointly obtaining legal services from lawyers. Consequently, their confidential communications with lawyers are "privileged against the outside world".<sup>1056</sup>

---

<sup>1055</sup> *Foster Wheeler* (2004), préc., note 239, par. 49.

<sup>1056</sup> *Baazov c. Autorité des marchés financiers*, 2018 QCCS 454, par. 23.; aussi *Métro inc. c. Regroupement des marchands actionnaires inc.*, [2004] R.J.Q. 2665, 2004 CanLII 45935 (C.A.), où la Cour d'appel du Québec a justifié l'existence d'une obligation de confidentialité par la notion de quasi-client : « Ne pas reconnaître ici l'existence d'une relation assimilable à la relation avocat-client risquerait, selon moi, d'affecter le caractère ouvert et généreux de ces échanges cruciaux entre l'émetteur et le preneur, d'inciter l'émetteur à la réserve et à la prudence, à ne divulguer que ce qui lui paraît absolument indispensable, au détriment, au bout du compte, du public acheteur de valeurs. » (par 69). Cet intérêt commun (à celui du client) peut également s'étendre aux représentants de groupes étrangers ayant intérêt au partage, avec les membres québécois, des honoraires extrajudiciaires convenus dans le cadre d'un règlement international d'actions collectives intentées contre un même défendeur aux États-Unis et au Canada : *Association de protection des épargnants et investisseurs du Québec (APEIQ) c. Corporation Nortel Networks*, 2007 QCCA 1208, par. 34 et 35 (demande pour autorisation d'appeler rejetée, C.S.C., 21-02-2008, 32348). Le privilège de l'intérêt commun a été articulé pour la première fois en *common law* dans l'affaire *Buttes Gas and Oil Co. v. Hammer and others* (No. 3), [1980] 3 All E.R. 475, 483-84 (C.A.). À l'origine conceptualisé comme se rattachant au privilège relatif au litige (cf. *Bilfinger Berger (Canada) Inc. v. Greater Vancouver Water District*, 2014 BCSC 1560), le privilège de l'intérêt commun a évolué depuis pour s'appliquer dans d'autres contextes (p. ex. commercial et transactionnel) et même en l'absence d'un litige appréhendé. Voir aussi *Iggillis* (2018), préc., note 810, par. 33; *Maximum Ventures* (2007), préc., note 812; *Imperial Tobacco Canada Limited c. La Reine*, 2013 CCI 144, par. 65 à 68 [ci-après « *Imperial Tobacco* (2013) » ]; *Barclays Bank PLC v. Metcalfe and Mansfield*, 2010 ONSC 5519, par. 11 et 12; *Pitney Bowes of Canada c. Canada*, 2003 CFPI 214, par. 20 (« (...) dans de nombreuses transactions commerciales, les parties voudront négocier sur la base d'une compréhension mutuelle de la position juridique de l'autre. Elles chercheront à obtenir des avis juridiques auprès d'avocats dignes de confiance dont les avis seront respectés par les autres parties. D'ailleurs, il se peut que les avocats représentent plus d'une partie à la transaction. La communication des avis juridiques garantit que chaque partie comprend la position juridique des autres et que les négociations peuvent se dérouler ouvertement et en connaissance de cause. Les conseils peuvent être fournis à une ou plusieurs parties en sachant que les autres devraient en recevoir une copie. Selon les attentes, expresses ou tacites, les avis juridiques ont pour but d'aider à la réalisation de la transaction et, en ce sens, profitent à toutes les parties à ladite transaction. De telles circonstances créent, à mon avis, une présomption selon laquelle le privilège rattaché aux communications entre client et avocat reste intact malgré la divulgation des avis aux autres parties. »); *Fraser Milner Casgrain LLP v. Minister of National Revenue*, 2002 BCSC 1344, par. 14 (« (...) To my mind, the economic and social values inherent

Dans l'affaire *SNC-Lavalin* (2003), la Cour supérieure de justice de l'Ontario a présenté huit principes d'appréciation quant à la possibilité d'inférer une renonciation du secret professionnel du fait que des renseignements privilégiés auraient été transmis à un tiers :

1. Solicitor-client privilege should not be lightly interfered with and should be deemed waived only in the clearest of cases in order to maintain public confidence in a client's right to communicate in confidence with his solicitor. Any conflict with respect to waiving this privilege should be resolved in favour of maintaining the confidentiality.
2. Each case is to be determined on its own unique facts.
3. Did the client intend the communication from the solicitor to remain confidential when copied to a third party? Conversely, did the client intend to waive the privilege?
4. Did the client intend that the third party would maintain the document as confidential in his hands?
5. Was the presence of the third party, or the copying of the communication to the third party, required to advance the client's interests? The standard of what is required to advance the client's interests is not a high one.
6. Does the person to whom the communication is copied have a common interest with the client? What is the nature of the relationship?
7. The interest of fairness must be considered in determining whether solicitor-client privilege over a communication has been waived.
8. Although the onus of establishing solicitor-client privilege is on the party asserting the privilege, the onus of establishing waiver of that privilege is on the party asserting waiver.<sup>1057</sup>

Ici encore, nous constatons, tel que posé dans notre hypothèse de départ, que la grille d'analyse applicable à la notion de « cercle du privilège » se superpose ultimement à la question de l'existence ou non d'une renonciation. Le cercle du privilège coïnciderait avec une sorte de

---

in fostering commercial transactions merit the recognition of a privilege that is not waived when documents prepared by professional advisers, for the purpose of giving legal advice, are exchanged in the course of negotiations. Those engaged in commercial transactions must be free to exchange privileged information without fear of jeopardizing the confidence that is critical to obtaining legal advice. »); *Anderson Exploration Ltd. v. Pan-Alberta Gas Ltd.*, 1998 ABQB 455, par. 25 (« The consequences to the business community of this type of disclosure being found to constitute waiver of privilege would be profound. It is hard to imagine how the requirements of full and true disclosure imposed by security legislation in Canada could be satisfied if the consequences of such disclosure in merger negotiations are a loss of privilege over highly sensitive and proprietary information. Such an outcome would have a chilling effect on disclosure and would cripple negotiations. »); *Archean Energy Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue)* (1997), [1998] 1 C.T.C. 398, 1997 CanLII 14953 (Alta. Q.B.) par. 30 (« (...) the parties to a commercial transaction are not adverse in interest in the same sense that parties to litigation are. In fact, parties to a commercial transaction have a common interest in seeing the deal done. That is particularly so where the companies are related by some common shareholders or management as is said to be the case here. (...) It is a reasonable inference that Eagle instructed its solicitors to provide the opinion in order to further the reorganizations and not with the intent to waive privilege. »).

<sup>1057</sup> *SNC-Lavalin Engineers & Constructors Inc. v. Citadel General Assurance Co.*, [2003] 63 O.R. (3<sup>e</sup>) 226, 2003 CanLII 64289 (S.C.), par. 54 [ci-après « *SNC-Lavalin* (2003) »].



renonciation restreinte au profit de certaines personnes et à des fins déterminées. Il n'y a donc pas deux grilles d'analyse complètement distinctes, mais une seule question, à savoir l'étendue d'une renonciation.

Dans l'affaire *SNC-Lavalin* (2003), que l'assureur ait transmis une copie des communications *a priori* protégées par le secret professionnel de l'avocat à un expert en sinistres, même indépendant, dans le cadre de son enquête sur la réclamation de la partie demanderesse, n'équivaut pas à une renonciation par divulgation. L'expert en sinistres, même indépendant, partage un intérêt commun avec l'assureur qui est de déterminer la couverture de l'assurance :

[55] (...) It is clear that Citadel intended the communication to be confidential and to remain protected notwithstanding a copy being forwarded to the independent adjuster it retained to investigate and adjust the claim. Citadel did not intend to waive privilege over Green's letters when it allowed a copy to be forwarded to Zajac. Citadel clearly had an interest in common with Zajac, namely to investigate the plaintiff's claim and determine in good faith if the loss was covered. It is clear that the communication was forwarded to Zajac in furtherance of the client's interests, namely to help it determine whether the loss was covered. It is often said that adjusters act as the arms and ears of the insurer. An inside adjuster would be deemed a representative of the client with respect to the receipt and review of solicitor-client communications, as a corporation can act only through the individuals it employs. In my view an outside adjuster should not be in a substantially different position from an adjuster in the employ of the insurer. I am of the view that it should not matter whether a letter containing opinions protected by solicitor-client privilege is communicated to an employed or outside adjuster, in terms of maintaining protection over that communication. (...) It would be intended that the outside adjuster (just as an employee of the insurer) would maintain the communication in confidence. In my view there is no interest of fairness that dictates releasing the legal opinion of Citadel's solicitor. On the other hand there would be a gross unfairness if Citadel should be required to divulge to the plaintiff the legal opinion of its solicitors.<sup>1058</sup>

Cela étant, dans le cadre des plaintes relatives aux droits de la personne, l'exception de l'intérêt commun ne s'applique pas entre les plaignants et les commissions de protection des droits. Les tribunaux tendent à considérer que les commissions de protection des droits ne partagent pas les mêmes intérêts que les plaignants ni ne peuvent être considérées comme ayant une obligation fiduciaire envers ces derniers : « Le rôle de la Commission, à l'égard des plaintes relatives aux droits de la personne, demeure celui d'un gardien impartial, et par définition, elle n'a pas d'intérêt dans le dénouement d'une affaire. »<sup>1059</sup> En tant qu'organismes administratifs, la mission des différentes commissions de protection des droits de la personne ou des groupes vulnérabilisés (p. ex. consommateurs, enfants) est inscrite dans leur loi constitutive. Cette mission consiste toutefois

---

<sup>1058</sup> *Id.*, par. 55.

<sup>1059</sup> *Pritchard* (2004), préc., note 713, par. 22.

uniquement à assurer le respect des droits que la loi reconnaît aux différents groupes vulnérabilisés, et n'en comprend pas une défense partisane à tout prix. C'est la raison pour laquelle l'intérêt de ces commissions à assurer une application impartiale de la loi ne se recoupe pas toujours avec l'intérêt des plaignants à faire triompher leur cause. On gardera cependant à l'esprit que ce chevauchement d'intérêts pourrait exister entre les plaignants et certains organismes privés de défense des droits, ces derniers pouvant s'attribuer le mandat de faire gagner certaines causes.

#### **4. De la distinction entre « faits », « actions », « éléments matériels » et « communications »**

À cheval entre les deux critères que sont les renseignements concernant un client (3.1) et qui n'ont pas été rendus publics (3.2), certaines décisions font toujours la distinction entre « actions » et « communications », et ce, malgré un désaveu formel de la Cour suprême du Canada, que nous traiterons plus loin. Suivant cette logique, les « actions » de l'avocat ou du client ne sont pas protégées par le secret professionnel, à la différence des « communications » liées à l'obtention d'un avis juridique. L'origine de ce *distinguo* peut être attribuée à un arrêt de la Cour de Chancellerie de 1793<sup>1060</sup>, où il a été statué qu'un avocat interrogé comme témoin doit divulguer les actes effectués par son client en sa présence, lors de la signature d'un contrat par exemple, par opposition aux conversations privées ayant eu lieu entre l'avocat et le même client.

À deux siècles d'intervalle, notre Cour d'appel fédérale est d'avis que la nuance entre « faits » / « actions » et « communications » dessert un mécanisme de mise en balance des intérêts privés et de l'intérêt public relatif à l'administration de la justice, au même titre que l'exception relative au crime ou à la fraude projetée<sup>1061</sup>. Les « actions » des clients et avocats ne relèvent pas du champ de la protection pour éviter que soit couvert par le bénéfice du secret l'acte même de perpétration du crime ou la participation de l'avocat au crime de son client. Décider du contraire serait de tolérer, voire fermer les yeux sur tout ce qui se passe au sein d'un cabinet d'avocat, sous prétexte que toute interaction entre un avocat et son client constitue ou impliquerait un échange de renseignements confidentiels. Lorsque la mise en preuve de l'« action » d'un client ou de son avocat devient pertinente, c'est généralement parce qu'une des parties y voit un soupçon de fraude ou d'illicéité. Il s'agirait alors soit d'une « action » qui est d'office exclue de la protection, soit d'une « communication » qui est en elle-même criminelle et qui partant tombe dans l'exception relative

---

<sup>1060</sup> *Sandford v. Remington*, (1793) 30 E.R. 587.

<sup>1061</sup> *Stevens* (1998), préc., note 949.

au crime ou à la fraude projetée. Encore une fois, les deux cadres d'analyse se rejoignent, validant notre hypothèse de départ.

En effet, dans l'affaire *Westra Law Office (Re)* (2009), la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta est prête à considérer sur cette base que les livres comptables et autres documents liés à une transaction immobilière frauduleuse qui aurait été facilitée par l'intervention de l'avocat ne sont pas couverts par le privilège<sup>1062</sup>. Les documents en question (dont contrat d'achat et addendum, document de financement hypothécaire, écritures comptables) résulteraient de l'action de l'avocat et relèveraient du domaine des faits objectifs indépendamment des « communications ». Cette décision cite un jugement rendu en 1983, ainsi qu'un autre plus récent, de la Cour supérieure de l'Ontario en 2004, traitant des transactions et mouvements de fonds qui impliqueraient des comptes détenus en fidéicommiss par des avocats pour leurs clients. Les deux décisions traitent de la distinction entre actions et communications dans les termes suivants :

Evidence as to whether a solicitor holds or has paid or received moneys on behalf of a client is evidence of an act or transaction, whereas the privilege applies only to communications. Oral evidence regarding such matters, and the solicitor's books of account and other records pertaining thereto (with advice and communications from the client relating to advice expunged) are not privileged, and the solicitor may be compelled to answer the questions and produce the material.<sup>1063</sup>

Dans l'affaire *Ontario Securities* (1983), la Cour supérieure de l'Ontario considère en effet que l'identité des parties à une transaction financière ne constitue pas une communication protégée par le secret professionnel. Le client aurait pu transiger avec n'importe quelle autre partie (qu'un avocat) et, le cas échéant, la transaction ne sera pas privilégiée :

It may be helpful to ask in such a case whether the client himself if he were the witness, could refuse on the ground of the solicitor-and-client privilege to disclose particulars of a transaction directed by him through his solicitor's trust account. The fact that a client has paid to, received from, or left with his solicitor a sum of money involved in a transaction is not a matter as to which the client himself could claim the privilege, because it is not a communication at all. It is an act. The solicitor-and-client privilege does not enable a client to retain anonymity in transactions in which the identity of the participants has become relevant in properly constituted proceedings.<sup>1064</sup>

---

<sup>1062</sup> *Westra Law Office (Re)*, 2009 ABQB 391 (ci-après « *Westra Law Office (Re)* (2009) »), par. 34 (« ... documents pertaining to the real estate transaction and related documents, including accounts and ledgers, are not clothed with solicitor-client privilege as they are actions rather than communications directly relating to the seeking, formulating or giving of legal advice. For this reason, the documents in the files seized from the Westra Law Office must be disclosed. »).

<sup>1063</sup> *Greymac* (1983), préc., note 148, par. 23.

<sup>1064</sup> *Id.*, par. 24.

Ainsi donc, en ce qui a trait aux mouvements de fonds entrant et sortant de son compte en fidéicommiss, l'avocat devait révéler la source et le destinataire des paiements, ainsi que produire ses livres et inscriptions comptables y afférents.

La position que la Cour a retenue dans cette affaire pourrait également être défendue en ce que l'avocat n'agit pas en sa qualité professionnelle en acceptant de transiger avec son client en matière financière. En effet, seules sont protégées ce qui serait lié à l'assistance (juridique) que procure un avocat agissant en sa qualité d'avocat<sup>1065</sup>, à l'égard des questions pour lesquelles « il est nécessaire de posséder les compétences professionnelles et les connaissances d'un avocat »<sup>1066</sup>, voire pour des actes réservés à l'exercice exclusif de la profession juridique. Les actions, communications ou autres interventions entreprises par un avocat qui ne font pas partie des actes réservés à l'exercice exclusif de sa profession ou qui peuvent être faites par une autre personne qu'un avocat ne sont pas couvertes par le secret professionnel, à moins que ces « autres » actes fassent par ailleurs partie intégrante du mandat juridique<sup>1067</sup>. Le simple fait que l'on aille voir une autre personne qui est par ailleurs avocat n'implique pas nécessairement une consultation ou l'obtention de conseils juridiques<sup>1068</sup>. L'on doit distinguer les avis juridiques donnés par l'avocat relatifs à une transaction de son intervention personnelle dans la transaction, l'amalgame des deux soulevant par ailleurs un problème de conflit d'intérêts, dont nous ne traiterons pas ici.

---

<sup>1065</sup> *Gower* (2001), préc., note 932, par. 22 (« When the solicitor deviates from his or her role as a solicitor, the communication to the client is no longer “legal advice.” Of course, the question of whether the communication was for the purposes of obtaining legal advice is closely related to whether the solicitor was acting in a professional legal capacity as a solicitor. »).

<sup>1066</sup> Voir par exemple *Slansky* (2013), préc., note 797, par. 79.

<sup>1067</sup> *Blood Tribe Department of Health* (2008), préc., note 233, par. 10 (« Bien que le privilège du secret professionnel de l'avocat ait d'abord été considéré comme une règle de preuve, il constitue sans aucun doute maintenant une règle de fond applicable à toutes les communications entre un client et son avocat lorsque ce dernier donne des conseils juridiques ou agit, d'une autre manière, en qualité d'avocat et non en qualité de conseiller d'entreprise ou à un autre titre que celui de spécialiste du droit. ») Aussi *Gower* (1999), préc., note 918, conf. par 2001 MBCA 11, par. 19 (« In the course of practicing law, Manitoba lawyers perform a number of services that go beyond what is traditionally regarded as the practice of law. Some lawyers serve as mediators or arbitrators under commercial contracts and collective agreements. Some lawyers (and retired judges) conduct investigations and prepare reports at the request of federal, provincial and municipal governments. Some lawyers investigate and report on human rights complaints at the request of businesses, universities or human rights commissions. Many of these functions can be carried out by persons who do not have legal training. When, however, lawyers are engaged to carry out these functions because of their legal experience and as an integral part of providing legal advice, the whole of the report is the subject of legal advice privilege. »).

<sup>1068</sup> Voir aussi *Bacchus v. Munn*, 2021 ONSC 5820 (ci-après « *Bacchus* (2021) »), par. 71 (« ... the mere date that someone went to see a lawyer does not necessarily involve the seeking or giving of legal advice. »).

Dans le même ordre d'idées, lorsque les communications avec un avocat ne permettent pas de confirmer l'existence d'une relation professionnelle ou qu'elles sont faites dans le but d'obtenir un conseil juridique, leur caractère privilégié n'est pas établi. Dans l'affaire *R c. Tate* (2016)<sup>1069</sup>, le ministère public a déjà pris connaissance, conformément aux autorisations judiciaires, du contenu des SMS échangés entre des numéros de téléphone au cours de son enquête sur un complot pour meurtre et tentative de meurtre. Certains de ces SMS concernent les communications entre un abonné, anonymement désigné comme John Doe, et un avocat. Entendant se servir des transcriptions de ces communications au soutien de sa demande en déclaration d'incapacité de l'avocat pour représenter un des co-accusés et éventuellement pour démontrer l'identité de l'abonné au procès, le ministère public a insisté sur la distinction entre « faits » et « communications ». En particulier, « l'acte de communiquer au moyen de SMS, le numéro de téléphone que Doe utilise pour communiquer avec Me Tawil, les métadonnées relatives au moment des communications et au positionnement des téléphones utilisés, tel que révélés par les registres téléphoniques, sont des faits existant indépendamment du contenu des communications »<sup>1070</sup>. Plutôt que de distinguer faits et communications, le tribunal est d'avis que le contenu des messages, qui a trait aux tentatives de prise de rendez-vous pour passer au bureau de l'avocat<sup>1071</sup>, ne permet pas de déduire l'existence d'une relation professionnelle ou que les rendez-vous concernent une consultation juridique, de sorte que les communications ne sont pas protégées :

[49] Les communications répétées avec un même avocat, l'abonnement téléphonique sous alias et le contenu même de ces communications – les tentatives de prises de rendez-vous, les raisons données pour reporter un rendez-vous, l'usage d'un diminutif et la confirmation d'un nouveau numéro de téléphone – ne permettent pas de conclure qu'il soit plus probable que non que : (1) John Doe entretient une relation professionnelle client-avocat avec Me Tawil; (2) John Doe communique avec Me Tawil dans le but d'obtenir conseil; (3) l'identité de John Doe revêt un caractère privilégié.

---

<sup>1069</sup> *R. c. Tate*, 2016 QCCS 5046 [ci-après « *Tate* (2016) »].

<sup>1070</sup> *Id.*, par. 24.

<sup>1071</sup> *Id.*, par. 12 à 14 :

[12] Il y a deux séries de SMS sous examen en l'espèce : d'abord ceux échangés entre Me Tawil et l'utilisateur du (514) [...58], les 19 et 21 janvier 2013; puis ceux échangés entre Me Tawil et l'utilisateur du (514) [...01], les 9, 11, 12 et 15 février 2013.

[13] Le 19 janvier 2013, au message de Me Tawil « *A mon bureau pour 1 pm c Bon* », John Doe répond « *Impossible patron. J'étais au Wandas hier soir ramasser un Hungarian girl. Ca fait 3 mois qu'elle est au Canada.* » Le 21 janvier 2013, Me Tawil écrit à John Doe « *tu veux passer aujourd'hui* ».

[14] Le 9 février, John Doe écrit à Me Tawil « *salut c kev C mon new number. On se voit la sem prochaine* ». Les 11, 12 et 15 février, Me Tawil écrit à Doe pour lui indiquer quand il peut passer à son bureau, et savoir quand il va passer.

[50] Le contenu de l'ensemble des SMS produit ne fournit pas d'indice d'une relation qui soit plutôt professionnelle que personnelle. Si une telle relation professionnelle existe, le contenu des SMS ne révèle pas non plus que ces communications particulières sont faites dans le but d'obtenir conseil. On n'y échange pas de renseignements qui paraissent nécessaires à l'obtention de conseils juridiques. Et en l'absence d'autre preuve, il est impossible d'insérer ces SMS au sein d'un plus large continuum de communications au cours duquel l'avocat fournit conseil. Enfin, si une relation client-avocat existe, la seule preuve d'utilisation d'un alias lors de la prise d'un abonnement téléphonique ne suffit pas à établir que la confidentialité de la véritable identité de John Doe est une considération essentielle de la relation professionnelle avec Me Tawil.<sup>1072</sup>

À cet égard, l'affaire *Ontario Securities* (1983), qui résulte d'une vérification entamée par le Ministère ontarien des relations commerciales relative aux sociétés de fiducie, présente quelques similarités avec les obligations de divulgation dans le contexte de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. Suivant la position défendue par la Cour supérieure de l'Ontario dans cette affaire – rendue après l'arrêt *Descôteaux* (1982) –, les mouvements de capitaux qui transitent par l'intermédiaire des comptes (en fidéicommiss) d'avocats, y compris la comptabilité y afférente, ne seraient pas couverts par le secret professionnel, et ce, indépendamment de l'application (ou non) de l'exception relative au crime ou à la fraude projetée. Si le montant des honoraires est susceptible de révéler (ou du moins de suggérer) la nature et l'étendue des services juridiques rendus, on pourrait argumenter que les mouvements de trésorerie devraient être dissociés des conseils juridiques rendus, en ce qu'une opération – illicite – de blanchiment de capitaux peut intervenir justement via des transferts ou paiements apparemment licites pour services professionnels rendus ou à rendre.

Les « faits », par opposition aux « communications protégées », ne concernent pas uniquement des transactions. D'autres « faits » qui ne sont pas couverts par le secret professionnel ont également été reconnus comme tels par les tribunaux, dont la date à laquelle une partie est allée voir son avocat<sup>1073</sup>, les tentatives de prise de rendez-vous/rencontres<sup>1074</sup>. Selon un courant de jurisprudence, cette distinction permet de prévenir des abus possibles du privilège, en empêchant une partie d'invoquer la protection du secret professionnel de l'avocat relative aux faits qui auront été communiqués à son avocat<sup>1075</sup>.

---

<sup>1072</sup> *Id.*, par. 49 et 50.

<sup>1073</sup> *Id.*, par. 68 et suiv.

<sup>1074</sup> *Id.*

<sup>1075</sup> *Stevens* (1998), préc., note 949, par. 25 (« La justification générale pour la non-protection des questions de fait ou des actes accomplis est l'effet préjudiciable que leur protection aurait sur les litiges. Par exemple, une personne ne pourrait revendiquer la protection en communiquant simplement un fait à un avocat ou en permettant à l'avocat d'accomplir un acte à sa place. »).

Cette distinction entre faits et communications, critiquée par la doctrine<sup>1076</sup>, a été formellement rejetée par la Cour suprême du Canada dans *Maranda* (2003). Dans les mots du juge LeBel :

[32] Attrayante peut-être en pure logique, cette distinction quant aux honoraires d’avocats rend mal compte de la nature de la relation en cause. (...) une relation professionnelle entre un client et un avocat peut présenter des aspects très divers. Les questions de calcul et de paiement des honoraires en constituent un élément important pour les deux parties. Leur présence impose fréquemment une discussion de la nature et des modalités d’exécution des services. Les lois professionnelles et les codes de déontologie régissant les membres des barreaux au Canada comportent des mécanismes souvent complexes pour définir les obligations et les droits des parties en cette matière. (...) La constitution du fait que seraient le compte d’honoraires et son acquittement découle de la relation avocat-client et de son évolution. Ce fait demeure rattaché à cette relation et doit être considéré en principe comme l’un de ses éléments.<sup>1077</sup>

Nous avons déjà mentionné plus haut l’arrêt *Maranda* (2003), où la GRC cherchait à estimer l’avoir net d’un client soupçonné d’être impliqué dans des opérations de blanchiment de capitaux notamment via le montant des honoraires et débours qu’il avait payés à son avocat.

À la suite de l’arrêt *Maranda* (2003), la distinction entre faits et communications semble perdurer, surtout à l’égard des faits qui ne concernent pas que les transactions financières. Les décisions qui retiennent toujours cette distinction auraient conclu par ailleurs au caractère non protégé des renseignements en cause, soit en raison de l’existence d’une renonciation (implicite)<sup>1078</sup>, soit en raison de l’exception relative au crime ou à la fraude projetée<sup>1079</sup>. D’autres semblent l’avoir entériner (la distinction) eu égard à la faible valeur probante ou au caractère ambigu des inférences qu’une partie cherchait à tirer d’un renseignement en particulier<sup>1080</sup>. Ainsi, dans l’affaire *Bacchus* (2021), une instance civile pour fraude entamée par suite d’une rupture conjugale houleuse, la défenderesse souhaite connaître la date à laquelle le demandeur aurait obtenu conseil auprès de son avocat pour la première fois. Elle n’est pas intéressée à connaître le contenu de l’avis juridique, mais cherchait à utiliser cette information sur la date – parmi d’autres – pour inférer que le plaignant était allé porter plainte à la police de façon stratégique pour renforcer sa position dans l’instance civile et n’a commencé à affirmer que les sommes qu’il avait déboursées au fil des ans

---

<sup>1076</sup> SOPINKA, LEDERMAN ET BRYANT (2018), préc., note 5, p. 992, §14.67 (« The distinction between “facts” and “communication” is often a difficult one and courts should be wary of drawing the line too fine lest the privilege be seriously emasculated. »)

<sup>1077</sup> *Maranda* (2003), préc., note 154, par. 32.

<sup>1078</sup> Voir par exemple *Bacchus* (2021), préc., note 1068, par. 72, 59.

<sup>1079</sup> *Westra Law Office (Re)* (2009), préc., note 1062; *Czech Republic v. Slyomovics*, 2010 BCSC 1274.

<sup>1080</sup> *Bacchus* (2021), préc., note 1068, par. 71 (« ... the mere date that someone went to see a lawyer does not necessarily involve the seeking or giving of legal advice. »); *Tate* (2016), préc., note 1069.

pour la défenderesse constituent des prêts (au lieu des donations) qu'après avoir consulté son avocat. Malgré l'objection du demandeur, le tribunal concède à la fois la pertinence de cette information<sup>1081</sup> et son caractère non protégé par le secret professionnel, en ce qu'il s'agit d'un acte plutôt que d'une communication<sup>1082</sup>. Le tribunal n'est surtout pas convaincu que la date à laquelle une personne est allée voir un avocat implique nécessairement la recherche ou l'obtention d'un avis juridique<sup>1083</sup>, par suite de quoi il a été ordonné au plaignant de divulguer cette date, les discussions qui ont eu lieu ce jour-là et après demeurant privilégiées<sup>1084</sup>. Il s'agit, à chaque fois, de pondérer le droit à la confidentialité des échanges intervenus entre une partie et son avocat, et le droit à l'information de l'autre partie, que ce droit à l'information desserve un intérêt purement privé dans une instance civile ou coïncide avec l'intérêt du public pour une meilleure administration de la justice (en cas de crime ou de fraude soupçonnée). Cette conciliation s'opère au cas par cas notamment au regard de la nature (p. ex. criminelle ou frauduleuse) des renseignements mais également eu égard à leur degré de précision. Des renseignements (trop) vagues ou ambigus sont peu susceptibles de porter préjudice à la partie qui bénéficie *a priori* de la protection du secret professionnel, tout en satisfaisant à la demande d'information de l'autre partie, de sorte qu'une telle divulgation peu « préjudicielle » pourrait être plus facilement ordonnée.

Enfin, il reste des cas où, tout en concédant les frontières floues de la distinction, les tribunaux sont prêts à autoriser la divulgation de certains « faits » qui ne révèlent rien de ce qui serait privilégié. Dans les mots de la Cour d'appel du Québec :

[89] (...) je conviens qu'il est parfois difficile de délimiter le domaine du secret professionnel et celui des faits, la divulgation de ceux-ci pouvant parfois « en dire long sur une communication » par ailleurs protégée par le secret professionnel. Cette différenciation me paraît toutefois claire en l'espèce : la divulgation ordonnée en première instance ne révèle rien des communications qui seraient protégées, c'est-à-dire de celles qui ont eu lieu entre Me Michel et la directrice ni des conseils que le premier aurait donnés à la seconde (et dont les intimés ne demandent pas la divulgation...).<sup>1085</sup>

---

<sup>1081</sup> *Bacchus* (2021), préc., note 1068, par. 69 (« ... I reject the Plaintiff's claim that the information was irrelevant. The fact that the Plaintiff engaged in a particular litigation strategy may very well be relevant to the issues in this case, and particularly in assessing the Plaintiff's claim of whether the funds he advanced to the Defendant were loans instead of gifts. »).

<sup>1082</sup> *Id.*, par. 72.

<sup>1083</sup> *Id.*, par. 71.

<sup>1084</sup> *Id.*, par. 73.

<sup>1085</sup> *Beaulieu* (2021), préc., note 932, par. 89.



Cette distinction – tenace – entre « faits » non protégés et « communications » protégées est en effet le plus souvent soulevée dans un contexte où les tribunaux se questionnent soit sur la pertinence de l'information recherchée par rapport au litige, soit sur un risque d'abus du privilège ou un détournement de sa finalité. Elle avoisine donc de très près ces autres justifications au soutien du caractère non protégé de renseignements dont la divulgation est demandée (B), à savoir l'existence d'une renonciation (implicite) et les communications illégales.

## **B. Du caractère non protégé des renseignements dont on autorise la divulgation**

Après avoir délimité les contours de la portée *a priori* de la protection, attardons-nous à présent sur la manière dont la jurisprudence canadienne apprécie l'existence d'une renonciation au secret professionnel (1), sanctionne les communications dites illégales (2) et dissocie minutieusement, autant que possible, les renseignements effectivement privilégiés de ceux qui ne le sont pas (3).

### **1. De l'existence d'une renonciation au secret professionnel**

La question de la renonciation à un droit ou à une règle de procédure n'est pas nouvelle. En matière criminelle et pénale, chaque plaidoyer de culpabilité implique une renonciation par l'accusé à son droit à un procès. De même qu'un plaidoyer de culpabilité ne peut être accepté qu'à la condition qu'il soit volontaire, que l'accusé admette les éléments essentiels de l'infraction, comprenne la nature et les conséquences du plaidoyer, et sache que le tribunal n'est lié par aucune entente entre lui et le poursuivant quant à la sentence<sup>1086</sup>, toute autre renonciation à un droit ou à une règle de procédure doit résulter d'une décision éclairée, claire et non équivoque, quoique les facteurs pertinents puissent varier « en fonction de la nature de la règle de procédure en cause et de l'importance du droit qu'elle vise à protéger »<sup>1087</sup>.

---

<sup>1086</sup> C.cr., art. 606(1.1). Voir aussi *Adgey c. R.*, [1975] 2 R.C.S. 426, 430 :

Si le juge de première instance choisit d'entendre des témoignages, dans le but de s'assurer que les accusations sont bien fondées ou afin de se familiariser avec les faits pertinents avant d'imposer une sentence, la preuve peut indiquer que l'accusé n'a jamais eu l'intention d'admettre un fait qui est un élément essentiel de l'infraction dont il est accusé, ou qu'il s'est mépris sur les conséquences d'un plaidoyer de culpabilité, ou qu'il n'a jamais eu la moindre intention de s'avouer coupable; dans l'un ou l'autre de ces cas, le juge peut, à sa discrétion, ordonner qu'un plaidoyer de non-culpabilité soit inscrit ou permettre à l'accusé de retirer son plaidoyer initial et d'en offrir un nouveau.

Plus généralement sur la question du plaidoyer et la renonciation au droit à la présomption d'innocence, voir John D.R. CRAIG, « Guilty Plea Revocation, Constitutional Waiver, and the Charter: "A Guilty Plea Is Not A Trap" », (1997) 20-1 *Dalhousie L.J.* 161.

<sup>1087</sup> *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, 50 [ci-après « *Korponay* (1982) »].

Dans un des premiers jugements rendus à la suite de l'adoption de la Charte canadienne (1982), la Cour suprême du Canada reconnaît la possibilité pour un accusé de renoncer à une garantie constitutionnelle laquelle, après tout, ne saurait être imposée à une personne « qui n'en veut pas »<sup>1088</sup>. Toutefois, « pour être valide et produire des effets, toute renonciation volontaire doit se fonder sur une appréciation véritable des conséquences de la renonciation à ce droit »<sup>1089</sup>. Quoique ne traitant pas du secret professionnel, l'arrêt *Clarkson* (1986) nous semble particulièrement pertinent en ce qu'il traite de la renonciation du droit à l'assistance d'un avocat par une accusée alors qu'elle est en état d'ébriété et détenue par la police. Comme nous l'avons vu<sup>1090</sup>, le droit à l'avocat est un des droits constitutionnels au fondement de la protection reconnue aux communications confidentielles avocat-client. Appliquant le test « de la connaissance des conséquences » aux faits de l'espèce, la Cour considère qu'il y a une violation « flagrante » du droit à l'assistance d'un avocat par les policiers qui « ne pouvaient considérer sérieusement l'affirmation de l'appelante, en état d'ébriété, qu'il était “inutile” de retenir les services d'un avocat face à une accusation de meurtre, comme une renonciation véritable à son droit constitutionnel »<sup>1091</sup>.

Au reste, avant comme après l'avènement de la Charte canadienne (1982), la renonciation n'exige pas de formule consacrée<sup>1092</sup>. La renonciation peut être explicite ou implicite<sup>1093</sup>. La distinction entre les deux réside dans le fait qu'outre une renonciation volontaire et expresse, une renonciation implicite peut se justifier dans certaines circonstances notamment pour des motifs d'équité<sup>1094</sup>. Dans la plupart du temps, une renonciation dite implicite s'infère de la conduite des personnes

---

<sup>1088</sup> *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, par. 20 [ci-après « *Clarkson* (1986) »].

<sup>1089</sup> *Id.*, par. 20. Voir aussi *Korponay* (1982), préc., note 1087, 49 : « (...) si cette renonciation doit être valide, et j'ajoute qu'il en est ainsi de toute renonciation, il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure. » [soulignés dans l'original]

<sup>1090</sup> *Supra* Partie I - Section A - Sous-section 2.2.4 « Droit à l'avocat ».

<sup>1091</sup> *Clarkson* (1986), préc., note 1088, par. 22.

<sup>1092</sup> *Park c. R.*, [1981] 2 R.C.S. 64, 73 : « L'avocat de la défense n'a pas besoin de prononcer de mots particuliers ni de suivre une formule spéciale pour manifester la renonciation et le consentement à la recevabilité. Il suffit que le juge du procès soit convaincu que l'avocat comprend de quoi il s'agit et qu'il a pris une décision éclairée de renoncer au voir dire. »

<sup>1093</sup> *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, 804; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, 1246 [ci-après « *Askov* (1990) »].

<sup>1094</sup> Comme nous le rappelle la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *S. & K. Processors* (1983), préc., note 956, par. 6 :

[6] Waiver of privilege is ordinarily established where it is shown that the possessor of the privilege: (1) knows of the existence of the privilege; and (2) voluntarily evinces an intention to waive that privilege. However, waiver may also occur in the absence of an intention to waive, where fairness and consistency so require. (...)

laquelle doit équivaloir dans les faits à une renonciation<sup>1095</sup>. Si une renonciation explicite est relativement facile à établir (1.1), il n'en va pas de même des cas où il serait possible de déduire, par la conduite des personnes, à l'existence d'une renonciation (1.2). Elle peut encore être partielle ou restreinte (1.3), voire permise par procuration (1.4).

### 1.1. Renonciation explicite

Une renonciation explicite résulte d'une affirmation claire, volontaire et non équivoque du détenteur du privilège qu'il n'entend pas se prévaloir de son droit à la confidentialité ou consent à la divulgation des renseignements *a priori* confidentiels<sup>1096</sup>.

Elle est aussi explicite lorsque le bénéficiaire du secret professionnel divulgue volontairement l'information confidentielle à un tiers sans un gage (légal ou contractuel) de confidentialité<sup>1097</sup>, voire rend publics des renseignements *a priori* confidentiels<sup>1098</sup>. Plutôt qu'une transcription fidèle du contenu, de simples paraphrases ou résumés peuvent suffire à faire lever le privilège de la confidentialité<sup>1099</sup>.

C'est en tenant compte de cette possibilité de renonciation que les différents régimes statutaires d'accès à l'information permettent aux organismes (publics) de divulguer de l'information *a priori* protégée par le secret professionnel de l'avocat. Aussi, dans les cas où une partie aurait l'obligation de transmettre un document *a priori* protégé à une autorité de réglementation, une renonciation explicite ne peut en être inférée. Cela étant, lorsqu'une partie transmet volontairement à une autorité de régulation des informations pertinentes relatives à l'enquête en cours, y compris celle menée à l'endroit d'une tierce personne, il y a renonciation volontaire et expresse du privilège s'y rattachant<sup>1100</sup>, et ce, même si la partie productrice de l'information était convaincue que l'autorité pourrait, en cas de refus de collaborer, exercer ses pouvoirs de contrainte pour forcer la production de l'information :

---

<sup>1095</sup> Askov (1990), préc., note 1093, 1246.

<sup>1096</sup> SOPINKA, LEDERMAN ET BRYANT (2018), préc., note 5, p. 1023, §14.150.

<sup>1097</sup> Kelly v. Kelly, 2021 BCSC 983, par. 32 [ci-après « Kelly (2021) »].

<sup>1098</sup> Beaulieu (2021), préc., note 932, par. 102 (« La publication du rapport par la directrice constitue en effet une renonciation libre, éclairée et explicite au secret professionnel qui aurait pu couvrir son contenu, c'est-à-dire tous les faits qu'on y relate et même les quelques avis juridiques que l'on y rapporte. On ne peut plus plaider qu'est secret ce qui a été volontairement rendu public. (...) »).

<sup>1099</sup> Autorité des marchés financiers c. Panju, 2008 QCCA 832, par. 59.

<sup>1100</sup> Huang (2017), préc., note 925, par. 212.

[215] Silvercorp relied on an expert report from a securities lawyer who expressed the opinion that if Silvercorp had declined to cooperate, the Securities Commission would have served Silvercorp with a series of s. 141 orders. Similarly, (...) Silvercorp believed it had no alternative but to cooperate because the Securities Commission has broad powers that it could have used to compel Silvercorp to produce documents. This may be so, but whether the Securities Commission would have compelled production of the specific BCSC 15010 Document, particularly if Silvercorp had asserted privilege over it, is entirely speculative. (...) The Commission lawyer who acted on the file confirmed, on the basis of a “preliminary review”, that Silvercorp provided the document voluntarily and it was not compelled. (...) <sup>1101</sup>

Certaines juridictions exigent une renonciation explicite de l'accusé qui invoque l'incompétence ou une assistance inefficace de son avocat. Dans les provinces de *common law* canadiennes, c'est généralement le cas lorsqu'est invoquée l'incompétence professionnelle de l'avocat comme un motif d'appel de culpabilité ou de sentence. Par exemple, les *Règles de procédure en matière criminelle de la Cour supérieure de justice de l'Ontario*<sup>1102</sup> requièrent une renonciation écrite au privilège du secret professionnel de l'avocat « relativement aux communications entre l'appelant et l'avocat plaidant, dans la mesure nécessaire pour préserver l'intégrité professionnelle de l'avocat tout en répondant aux allégations [relatives à l'assistance inefficace] »<sup>1103</sup>. Cette renonciation écrite doit être déposée avec l'avis d'appel et entraîne la désignation d'un juge pour la supervision de l'appel<sup>1104</sup>. Quoique les règles de procédure n'y pourvoient pas expressément, une déclaration sous serment et l'interrogatoire de l'avocat dont on allègue l'incompétence professionnelle devraient généralement être inclus au dossier pour permettre à l'ancien avocat de s'expliquer sur les décisions (stratégiques) prises lors du procès, à telles enseignes qu'une omission de le faire pourrait autoriser les cours d'appel à tirer une inférence négative sur la thèse telle que plaidée par le requérant<sup>1105</sup>; c'est notamment le cas lorsqu'il existe des indices de preuve laissant croire que l'assistance juridique que l'ancien avocat avait rendue au requérant était basée sur de l'information incomplète, inexacte ou trompeuse que le requérant lui avait fournie ou avait sciemment omis de

---

<sup>1101</sup> *Id.*, par. 215.

<sup>1102</sup> *Règles de procédure en matière criminelle de la Cour supérieure de justice (Ontario)*, TR/2012-7 [ci-après « Règles de l'Ontario »]. Voir aussi *British Columbia Court of Appeal. Practice Directive (Criminal) – Title: Ineffective Assistance of Trial Counsel*, 12 novembre 2013; **COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN**, *Criminal Practice Directive No. 9. Ineffective Assistance of Trial Counsel*, 2020, p. 3.

<sup>1103</sup> Règles de l'Ontario, préc., note 1102, art. 2.

<sup>1104</sup> *Id.*, art. 4 à 6.

<sup>1105</sup> Voir *R. v. Earle*, 2021 ONCA 34, par. 74 :

[74] In my view, this is a case in which this court can and should draw an adverse inference against the appellant for failing to file trial counsel's affidavit and a will-say statement from the author of the memorandum. His failure to produce materials that are routinely filed in ineffective assistance claims leaves the strong impression that those materials would have been more harmful than helpful to his case. I would dismiss the appellant's claim that he was ineffectively assisted by trial counsel.

lui transmettre<sup>1106</sup>. Au Manitoba, des instructions seront requises de la Cour lorsque la défense de l'avocat contre qui est alléguée l'incompétence en première instance pourrait requérir la divulgation de renseignements potentiellement privilégiés<sup>1107</sup>.

Nous avons mentionné plus haut que le nom de l'avocat retenu par une partie peut constituer un renseignement protégé dans la mesure où il n'est pas autrement connu du public (sous-section 3.1.2). Dans le cadre des programmes de divulgations volontaires administrés par les agences de revenu pour permettre aux contribuables de régulariser leur situation fiscale, la divulgation imposée du nom de son conseiller (p. ex. comptable, avocat, notaire, conseiller financier) pour que le contribuable puisse bénéficier d'un allègement entraîne la renonciation à la confidentialité des conseils et de l'aide reçue qui a incité ou contribué à l'inobservation. Lorsque le conseiller est un avocat, la renonciation en est aussi une d'explicite du contribuable au secret professionnel<sup>1108</sup>.

## **1.2. Renonciation implicite / tacite**

Comme nous allons le voir à l'instant, la manière dont les tribunaux canadiens apprécie l'existence d'une renonciation implicite ou tacite au secret professionnel du juriste est sans doute l'un des meilleurs exemples de pondération de l'importance du droit au secret professionnel de l'avocat avec d'autres valeurs et impératifs sociétaux.

Une renonciation implicite ou tacite survient lorsqu'une partie, sans expressément articuler sa renonciation au droit à la protection du secret professionnel ni nécessairement la vouloir, doit néanmoins être considérée comme y ayant renoncé dans les faits. En droit civil québécois, une renonciation implicite « s'infère des gestes posés par le titulaire du droit, qui se révèlent incompatibles avec la volonté de préserver le secret professionnel ou plutôt d'éviter la divulgation

---

<sup>1106</sup> *Id.*, par. 73 :

[73] (...) Given that he [the appellant] did not provide a copy of the PTT script to the lawyer in seeking the legal opinion as to the adequacy of his business practices, introducing the lawyer as a witness would have highlighted the appellant's catastrophic omission. Put another way, I suspect that the appellant has not provided the author's will-say on appeal for the same reason that the author was not called at trial: the author would only testify that the memorandum was based on incomplete information.

<sup>1107</sup> COUR D'APPEL DU MANITOBA, *Re: Directive Regarding Appeal Proceedings Involving Allegations of Ineffective Counsel in First Instance*, avis, 15 janvier 2016, par. 5.

<sup>1108</sup> Adèle GAGNON-LEROUX, *Les programmes de divulgations volontaires au Canada et au Québec : à la recherche de l'équilibre entre attrait et équité*, Collection APFF – Impôt et taxes, 1<sup>er</sup> juin 2022.

de l'information confidentielle que protège celui-ci »<sup>1109</sup>. Il s'agit typiquement des gestes posés après le fait, c'est-à-dire après les échanges donnant lieu à la protection du secret professionnel. En *common law* canadienne, les tribunaux justifient la présence d'une renonciation implicite par des considérations d'équité : à l'intention subjective d'y renoncer de la part d'une partie s'ajoutent des considérations objectives ayant trait, de près ou de loin, à l'équité de la démarche au sens large. Tel que nous l'enseigne Wigmore :

What constitutes a *waiver by implication*?

Judicial decision gives no clear answer to this question. In deciding it, regard must be had to the double elements that are predicated in every waiver, i.e., not only the element of implied intention, but also the element of fairness and consistency. A privileged person would seldom be found to waive, if his intention not to abandon could alone control the situation. There is always also the objective consideration that when his conduct touches a certain point of disclosure, fairness requires that his privilege shall cease whether he intended that result or not. He cannot be allowed, after disclosing as much as he pleases, to withhold the remainder. He may elect to withhold or to disclose, but after a certain point his election must remain final.<sup>1110</sup>

Il y a certes, d'un côté, l'intérêt de la partie bénéficiaire du droit au secret professionnel, mais aussi, de l'autre côté, l'intérêt public à ce que les affaires soient décidées sur la base d'une preuve complète plutôt qu'artificieusement tronquée<sup>1111</sup>. Cette balance des intérêts survient principalement lors de poursuites civiles et administratives où une des parties aurait volontairement allégué la pertinence au litige des communications *a priori* protégées (1.2.1), mais par ailleurs dans le cadre de poursuites tant criminelles et pénales (1.2.2) que disciplinaires (1.2.3), y compris dans le contexte d'actions collectives (1.2.4).

---

<sup>1109</sup> *Glegg c. Smith & Nephew Inc.*, 2005 CSC 31, [2005] 1 R.C.S. 724, par. 19 [ci-après « *Glegg c. Smith* (2005) »]. Le principe sous-tendant la reconnaissance d'une renonciation implicite s'applique à l'égard de tous les droits à la confidentialité, dont celui relatif au processus de médiation (*Laferrière c. Labonté*, 2005 QCCA 851, par. 2; *Droit de la famille – 151456*, 2015 QCCA 1088, par. 3).

<sup>1110</sup> 8 WIGMORE, *Evidence*, préc., note 53, par. 2327.

<sup>1111</sup> Voir notamment *Soprema Inc. v. Wolrige Mahon LLP*, 2016 BCCA 471, par. 28 : « (...) a party will impliedly waive privilege only if it has voluntarily put in issue its understanding of its legal position. It is in those circumstances that it would be inconsistent with the conduct of the party to maintain privilege and unfair to do so, because in those circumstances maintaining privilege would indeed confer an “unfair” litigation advantage. » *College of Physicians and Surgeons of British Columbia v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2001 BCSC 726, par. 165 à 170 (où une renonciation par implication a été reconnue pour des raisons d'équité lorsqu'un organisme public n'aurait donné au demandeur en accès que des résumés inexacts des opinions d'experts consultés à la suite d'une plainte d'inconduite professionnelle).

### 1.2.1. Dans le cadre d'une poursuite civile ou administrative

Tout comme en matière criminelle et pénale, la recherche de la vérité s'avère « le principe cardinal de la conduite de l'instance civile »<sup>1112</sup>, depuis la communication préalable de la preuve jusqu'à la possibilité de demander divulgation des renseignements pertinents qui sont entre les mains d'un tiers. En principe, les communications privilégiées sont protégées « *indépendamment* de leur pertinence »<sup>1113</sup> et « ne peuvent être soumises à une opération de mise en balance où le tribunal soupèse leur pertinence et leur immunité de divulgation »<sup>1114</sup>. De l'autre côté, le critère de la pertinence, ce « principe modérateur de la conduite de la preuve civile »<sup>1115</sup>, n'autorise pas non plus un accès « illimité et incontrôlé »<sup>1116</sup> des renseignements *a priori* confidentiels advenant une renonciation décrétée implicite au privilège, et ce, à toutes les étapes du déroulement des instances, qu'il s'agisse de l'audition au mérite (1.2.1.1) et même davantage à l'étape de la communication préalable de la preuve avant procès (1.2.1.2).

#### 1.2.1.1. Lors de l'audition au mérite

Lors de l'audition au mérite, une partie au litige peut avoir volontairement allégué la pertinence au litige des communications *a priori* protégées de façon explicite ou implicite. L'argument est explicite lorsque la partie fait reposer un élément de son action ou de sa défense expressément sur un avis juridique sans produire en preuve l'intégralité de l'avis<sup>1117</sup>, que ce soit pour :

- justifier un retard ou omission d'agir<sup>1118</sup>,

---

<sup>1112</sup> *Pétrolière Impériale* (2014), préc., note 802, par. 24.

<sup>1113</sup> *Id.*, par. 99 [italique dans l'original].

<sup>1114</sup> *Id.*, par. 99.

<sup>1115</sup> *Glegg c. Smith* (2005), préc., note 1109, par. 21

<sup>1116</sup> *Id.*, par. 21.

<sup>1117</sup> Le cas échéant, l'avis juridique perdra son caractère privilégié indépendamment de l'existence d'une renonciation puisqu'il a été produit / divulgué dans le cadre de procédures publiquement accessibles, voir *supra* Section A - Sous-section 3.2 « Qui n'est pas (déjà rendu) public ».

<sup>1118</sup> Notamment dans les termes suivants : *Rogers v. Hunter* (1981), [1982] 34 B.C.L.R. 206 (S.C.), par. 4 (« (...) the only reason that my knowledge of these matters was not conveyed to the plaintiff and defendants was that the legal advice which I received was to the effect that the case would be more easy to settle without the necessity of court action if my information was made known after the conclusion of the examinations for discovery. »); aussi *Brown v. Clark Wilson LLP*, 2014 BCCA 185 [ci-après « *Clark Wilson* (2014) »], par. 37 (« ... Mr. Ali has both acted in a manner inconsistent with the maintenance of privilege and put his state of mind in issue. He made a voluntary assertion, in a proceeding closely related to this, that any "misconduct" on his part in connection with the sale of units in the Horizon partnership was the result of his reliance on Mr. Veitch's advice. Effectively, then, he pointed the finger of legal responsibility at Mr. Veitch and his employer, Clark Wilson. (It is naïve to think that he will not be cross-examined at trial on this statement.) He then stated his willingness, in documents that are public, to co-operate fully

- préciser les circonstances entourant un plaidoyer de culpabilité, lequel ne vaut pas nécessairement reconnaissance de responsabilité dans un procès civil<sup>1119</sup>,
- établir « l'état d'esprit » d'une partie au moment pertinent, notamment quant à sa qualification des relations contractuelles entre différents intervenants<sup>1120</sup>, sa bonne ou mauvaise foi, son intention de poursuivre une certaine ligne de conduite (p. ex. intention de contester une décision rendue en première instance) ainsi que toute autre raison qui explique pourquoi une partie a agi comme elle a fait<sup>1121</sup>.

Dans ces différents cas de figure, permettre à une partie de retenir une part de l'information pertinente porte préjudice à l'équité du procès qui sera décidé sur la foi non pas d'absence de preuve – auquel cas les présomptions (notamment relatives au fardeau de preuve) s'appliquent –, mais encore sur la foi d'informations trompeuses qui risquent d'induire le tribunal en erreur et de priver la partie adverse de la possibilité de tester la véracité des affirmations unilatérales. Pour répondre à ces préoccupations ayant trait à l'équité du procès, une renonciation dite implicite est de mise pour obliger la divulgation de l'entièreté de l'avis juridique écrit ou d'autres documents *a priori* confidentiels sur lesquels une partie s'est basée, ou encore, permettre à la partie adverse de contre-interroger un témoin relativement au contenu des communications protégées qui n'auraient pas été consignées par écrit. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a bien résumé l'état du droit en matière de renonciation implicite dans les termes suivants :

[188] The question of whether privilege has been implicitly waived requires identification of matters of substance by reference to the material facts and the law that governs the client's claim or defence, as well as an examination of considerations of fairness and consistency, and any litigation advantage that may arise from the enforcement of the privilege. That assessment takes place in the context of the legal standards that govern the rule of solicitor-client privilege. Thus, whether there has been an implied

---

with the Trustee (which must be taken to mean he would 'reveal all') in an action against Clark Wilson and Mr. Veitch; and disclosed what one must assume was privileged information to Mr. Read in order to bolster his chances of escaping bankruptcy or possible liability for "fraud, embezzlement or misappropriation". »)

<sup>1119</sup> Notamment en raison de l'incompétence ou de la pression exercée par l'avocat : *Harich v. Stamp et al.*, [1979] 27 O.R. (2<sup>e</sup>) 395 (C.A.) [ci-après « *Harich* (1979) »] (« At the civil trial, (...) the driver explained that he was railroaded into this plea [of guilty to the offence of dangerous driving] by the legal aid lawyer who had been assigned to the case and who had not discussed the case with him adequately or indeed at all before the plea was entered. »).

<sup>1120</sup> *Stuart Olson Construction Inc. v. Sawridge Plaza Corp.* (1995), [1996] 2 W.W.R. 396, 404 (Alta. Q.B.) (appel rejeté [1997] 193 A.R. 173 (C.A.)) [ci-après « *Stuart Olson Construction* (1995) »].

<sup>1121</sup> *Guelph* (2004), préc., note 1045, par. 95 et 103; *Imperial Tobacco* (2013), préc., note 1056, par. 85.



waiver of privilege is a question of mixed fact and law, reviewable on a standard of palpable and overriding error (...) <sup>1122</sup>

Au Québec, la Cour d'appel a également précisé « qu'il appartient au tribunal de constater la renonciation implicite au secret professionnel et de baliser l'étendue de cette renonciation » <sup>1123</sup>, alors que les juges ont le devoir d'en assurer d'office le respect <sup>1124</sup>.

De manière générale, une renonciation implicite n'est pas assujettie à une quelconque exigence de forme; suffit-il qu'elle émane volontairement du détenteur du secret professionnel :

[30] (...) for waiver to be implied, the privilege-holder must have raised voluntarily and for his or her own benefit the issue of whether and how he or she was influenced by the solicitor's advice; and that his or her state of mind must be material to an issue in the litigation. At the same time, the party who has raised the state-of-mind issue need not do so in his or her pleadings, or even in the actual proceeding in which the waiver is sought. As the plaintiffs note in their factum, the matter may be raised in affidavit evidence or discovery, and in a related proceeding to which privilege-holder is party. (...) <sup>1125</sup>

Dans tous les cas, il revient à la partie qui cherche à invoquer les communications *a priori* protégées d'établir, par prépondérance de preuve, l'existence d'une renonciation <sup>1126</sup>.

Attardons-nous à présent sur certains motifs de renonciation les plus souvent invoqués en jurisprudence, à savoir le fait d'avoir consulté un avocat ou obtenu un avis juridique (i), la production en preuve d'un témoignage d'expert (ii) ainsi que les contestations d'honoraires (iii). Seront aussi brièvement traitées les possibilités d'une renonciation résultant d'une attitude passive (iv) et, le cas échéant, au nom de co-détenteurs du privilège (v).

### **i. Le fait d'avoir consulté un avocat ou obtenu un avis juridique**

Lorsqu'une partie s'appuie, en défense aux allégations portées contre elle, sur le fait qu'elle a consulté un avocat ou obtenu un avis juridique pour justifier sa conduite ou exonérer sa responsabilité, l'intérêt des parties à la découverte de la vérité et de toute la vérité commande à ce

---

<sup>1122</sup> *Mayer v. Mayer*, 2012 BCCA 77 [ci-après « *Mayer* (2012) »], par. 188 [références omises]. Voir aussi *Doman Forest Products Ltd. v. GMAC Commercial Credit Corp. – Canada*, 2004 BCCA 512, par. 12 (« Solicitor-client privilege, which protects the fundamental civil and legal right of citizens to communicate in confidence with their lawyers, will not be lightly abrogated. It will, however, be considered waived when a party makes its state of mind material to its claim or its defence in such a way that to enforce the privilege would be to confer an unfair litigation advantage on the party claiming it. ») [référence omise].

<sup>1123</sup> *Placements Banque Nationale inc. c. Quigley*, 2013 QCCA 1358, par. 26 [ci-après « *Quigley* (2013) »].

<sup>1124</sup> Charte québécoise, préc., note 14, art. 9; C.c.Q., art. 2858.

<sup>1125</sup> *Clark Wilson* (2014), préc., note 1118, par. 30 [souligné dans l'original; références omises].

<sup>1126</sup> *Mathews, Dinsdale & Clark LLP* (2021), préc., note 860, par. 21.

qu'une information complète relative à cette contre-allégation soit divulguée et mise à la disposition de l'ensemble des intervenants (tribunaux, procureurs et parties).

Dans les provinces de *common law*, un jugement maintes fois cité avec approbation par les cours d'appel est celui rendu en 1983<sup>1127</sup> par la juge McLachlin, alors juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Dans cette affaire, la juge McLachlin est allée jusqu'à affirmer qu'une renonciation implicite peut être reconnue en l'absence même d'une intention subjective du bénéficiaire du privilège d'y renoncer, pourvu que les considérations d'équité le justifient :

[6] Waiver of privilege is ordinarily established where it is shown that the possessor of the privilege: (1) knows of the existence of the privilege; and (2) voluntarily evinces an intention to waive that privilege. However, waiver may also occur in the absence of an intention to waive, where fairness and consistency so require. Thus waiver of privilege as to part of a communication will be held to be waiver as to the entire communication. Similarly, where a litigant relies on legal advice as an element of his claim or defence, the privilege which would otherwise attach to that advice is lost (...) <sup>1128</sup> [nos soulignés]

Cela étant, une renonciation n'est pas présumée du seul fait qu'une partie admet ou révèle l'implication d'un expert / avocat au dossier<sup>1129</sup>, l'existence de documents confidentiels<sup>1130</sup>, l'obtention des conseils juridiques<sup>1131</sup>, ou encore produit une déclaration assermentée de son procureur<sup>1132</sup>.

Encore faut-il que la partie s'appuie sur l'avis juridique reçu pour justifier sa conduite ou expliquer certains faits pertinents à sa théorie de la cause, plutôt que de simplement faire référence à

---

<sup>1127</sup> *S. & K. Processors* (1983), préc., note 956.

<sup>1128</sup> *Id.*, par. 6.

<sup>1129</sup> Ainsi, le simple dépôt des notes d'honoraires d'experts, visant uniquement à inclure les montants facturés au mémoire des frais, ne constitue pas une renonciation implicite au secret professionnel : *Laviolette c. Bouchard*, [2001] R.J.Q. 1750, 2001 CanLII 20646 (C.A.), par. 18 et 19. Non plus que la simple mention « Révision 1 » apposée sur le rapport d'expertise déposé en preuve. Quoique laissant entendre l'existence de versions antérieures du rapport, cette simple mention n'équivaut pas à une renonciation implicite au secret professionnel se rattachant aux versions antérieures non déposées : *Mabarex c. Ville de Vaudreuil-Dorion*, 2017 QCCS 5580 [ci-après « *Mabarex* (2017) »].

<sup>1130</sup> *Ontario (Environment, Conservation and Parks) (Re)*, 2021 CanLII 82422 (ON IPC), par. 96.

<sup>1131</sup> *Rosemère* (2013), préc., note 35, par. 35 (« (...) la seule allusion à cet avis se trouve dans la requête introductive d'instance de l'appelante telle qu'elle aurait souhaité l'amender. Si, pour faire naître une renonciation tacite ou implicite mais valide au secret professionnel, il suffisait à l'adversaire du détenteur du droit au secret d'alléguer l'existence d'une consultation par ce dernier, ou d'un avis écrit reçu par lui, le droit consacré par l'article 9 de la *Charte* perdrait tout son sens. Il n'est pas impossible que l'intimée elle-même, plus tard, invoque l'avis en question, mais cela ne s'est pas encore produit. »). Aussi *Iskenderov* (2019), préc., note 1021, par. 51.

<sup>1132</sup> *Canadian Appliance Source Inc. v. Utradecanada.com Inc.*, 2018 ONSC 2960 [ci-après « *Utradecanada.com* (2018) »].

l'existence d'une opinion ou consultation juridique<sup>1133</sup>. Dans l'affaire *Guelph* (2004), la Cour supérieure de l'Ontario a souligné qu'une partie pourrait s'appuyer, de droit ou *de facto*, sur un avis juridique reçu; seul le fait de s'en rapporter de droit à un tel avis juridique a une pertinence juridique au litige :

[108] ... Certainly it is no surprise that Guelph received and, to some extent relied upon, legal advice in respect to its dispute with Subbor. Thus there is reliance, in fact, by Guelph on legal advice. It remains for Guelph to decide whether it wishes to rely, in law, on its reliance, in fact, on legal advice to explain its intentions and motivations. If it does so, a blanket waiver will apply. If it does not do so, it will not be permitted to argue that its good faith is reflected in its reliance on the advice that it received.<sup>1134</sup>

La distinction pourrait être mieux comprise en se demandant si la position d'une partie peut être défendue adéquatement sans prendre en compte l'existence d'un avis juridique<sup>1135</sup>, ou encore si une partie a adopté une position incompatible avec le maintien du privilège, et ce, indépendamment de sa volonté exprimée :

[8] Notwithstanding intention, waiver of privilege can implicitly occur when a party takes a position inconsistent with that privilege. It would be unfair were Ms. Kramer be allowed to use the reports to prove that there was a genuine issue to be tried, and still be allowed to withhold the reports. This is not a case where Wawanesa simply referred to the fact that a report existed. Rather, Wawanesa's defence to the application was based on Ms. Kramer's belief that the contents in those reports establish a genuine issue to be tried.<sup>1136</sup>

Le fait même de s'appuyer pour sa défense sur des communications privilégiées de prime abord démontre à la fois la nécessité ou pertinence de ces communications qui se rapportent effectivement au litige et une intention de fait de renoncer à leur caractère privilégié, puisqu'*a priori*, rien n'oblige un défendeur de le faire. Le cas échéant, il lui revient d'opter, dans la mesure du possible, pour des moyens de preuve moins attentatoires à son droit au respect du secret professionnel de l'avocat. Son omission de le faire indique deux choses : soit que le défendeur a

---

<sup>1133</sup> *Mayer* (2012), préc., note 1122, par. 179 et 182; *Petrik v. Jodale Perry Corporation*, 2017 BCSC 903, par. 27; *Lac La Ronge Indian Band v. Canada*, [1996] 10 W.W.R. 625, 147 Sask. R. 257 (Q.B.); *Coburn and Watson's Metropolitan Home v. BMO Financial Group*, 2019 BCSC 947, par. 27; *Myron v. Kwinter*, 2009 ABQB 128 [ci-après « *Myron v. Kwinter* (2009) »], par. 25 (appel rejeté 2009 ABCA 217); *Talisman Energy Inc. v. Petro-Canada Inc.*, 2000 ABQB 147, par. 27 [ci-après « *Talisman* (2000) »]; *Stuart Olson Construction* (1995), préc., note 1120, 404. Il en va de même au Québec : *Quigley* (2013), préc., note 1123, par. 31; *Deschamps c. Carignan*, 2002 CanLII 38765 (Q.C.A.), par. 20; *Saint-Alban (Municipalité) c. Récupération Portneuf inc.*, [1999] R.J.Q. 2268, 1999 CanLII 13284 (C.A.). Voir aussi Brad CRAMER, « The trouble with Wigmore: A new approach to implied waiver of solicitor-client privilege », (2019) 52-1 U.B.C. L.R.

<sup>1134</sup> *Guelph* (2004), préc., note 1045, par. 108.

<sup>1135</sup> *Talisman* (2000), préc., note 1133, par. 35 et 36.

<sup>1136</sup> *Marion v. Wawanesa Mutual Insurance Company*, 2004 ABCA 213, par. 8 [ci-après « *Marion* (2004) »].

ainsi exprimé sa volonté de fait de renoncer aux renseignements *a priori* privilégiés, soit que les considérations d'équité, de pertinence et de nécessité en justifient la communication :

[10] ... where extensive reliance is placed on evidence given by a party's solicitor, the solicitor's work may become an integral part of the Plaintiff's case. When that occurs, there is a deemed waiver of privilege, which comes about not as a matter of compulsion but as a result of the party's own choice. Thus, a client is generally deemed to have waived privilege if its counsel supports its case by means of an affidavit of his or her own that addresses matters of substance in the proceeding. (...) this includes incidents where a lawyer's affidavit is submitted to establish the facts necessary to support the client's case.<sup>1137</sup>

Ce recours aux communications privilégiées comme moyen de défense se distingue des cas où la mention de l'existence d'un avis juridique ou de l'implication d'un procureur servirait uniquement à mettre en contexte le déroulement des événements ou à corroborer des faits qui ne sont pas contestés ou accessoires.

Au reste, l'existence d'une renonciation par implication demeure surtout une question factuelle dont l'appréciation de la preuve (complexe) n'est pas toujours facile; les réflexions suivantes tirées de la décision *Stuart Olson Construction* (1995), rendue par la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, illustrent bien ces enjeux :

[21] (...) Solicitor-client privilege is not waived by disclosing that a solicitor's advice was obtained. It is waived when the evidence shows that the client by his words or actions held a view or followed a course because of advice given to him or perhaps not given to him by his counsel and that he relied on this act or omission for resolution of an issue at trial.

[22] (...) the plaintiff here does not introduce or interject the question of legal advice as supportive or otherwise of its position on the appropriate characterization of the relationship between the defendant Band and the defendant corporations nor of the relationship between the plaintiff and the defendants.

[23] Here, while it is true that the plaintiff has raised in its pleadings reliance on certain acts and representations of the defendants, it is equally clear that it makes no claim that any legal advice has formed or has been the foundation of its reliance. Indeed, (...) it seems to me that this issue is better characterized as a simple disputed issue of fact. And an issue of fact whose resolution cannot be assisted by disclosing any advice its solicitors may have given to it. In saying this I recognize that the evidence is that the plaintiff's "state of mind" on this issue was formed by its own experience and history with

---

<sup>1137</sup> *Utradecanada.com* (2018), préc., note 1132, par. 10 [références omises]. Voir aussi *Marion* (2004), préc., note 1136, par. 10 (« (...) no one forced Ms. Kramer to rely on the [privileged] reports. Wawanesa's obligation on an application for summary judgment is to produce sufficient evidence to satisfy the court that there is a genuine issue to be tried. Wawanesa could have elected to have Mr. Ritter swear an affidavit of any observations he made that were relevant to whether a genuine issue existed. One of the third parties who provided Mr. Ritter with information (if any existed) could have sworn an affidavit of his or her knowledge. It was up to Wawanesa how it chose to defend this application. But once it elected to defend it on the basis of the contents of the report, the privilege is waived. »); *International Creative Talent Agency, LLC v. Dion Radcliffe McClean*, 2019 ONSC 2738, par. 26 et suiv.

the defendants and that the plaintiff has not introduced or interjected the question of legal advice in support of its position.<sup>1138</sup>

Tout en confirmant le jugement de première instance, la Cour d'appel de l'Alberta remarque que la preuve n'est pas assez probante en l'espèce pour justifier une levée du privilège en ce qu'il n'est pas démontré que l'avocat ait effectivement donné un avis juridique spécifiquement sur la question en litige, soit la qualification des relations contractuelles entre les différentes parties<sup>1139</sup>.

Il en va de même en l'absence d'allégations indiquant que l'état d'esprit – subjectif – d'une partie qui aurait été soit influencé par les conseils juridiques reçus<sup>1140</sup>, soit pourrait être corroboré par le contenu d'un document présumé confidentiel. Par exemple, dans *Bacchus* (2021), l'ex-épouse du plaignant a évoqué l'existence et le contenu de leur entente de séparation relatif spécifiquement à un montant de 175 000 \$ qu'elle avait accepté de payer au plaignant en échange de la pleine propriété de leur résidence familiale, dans les termes suivants :

6. At no time was our separation and pursuit of a divorce predicated on any such “discovery” or “revelation” of “illicit use of trust funds” as described by Munn, and at no time did I threaten to make a police complaint about the Plaintiff. (...) I was not aware of the particulars of any inheritance, transfers or financial arrangements between the Plaintiff and his parents. (...) I was not aware of Munn’s identity, and I was not aware of the particulars and quantum of the financial transfers from the Plaintiff to Munn. In other words, Munn’s allegations that the Plaintiff’s transfers to her, and the propriety of those transfers, were the cause of our separation, are simply not true.

(...)

11. The only fact that is covered in our separation agreement that is in any way relevant to this action is the portion of our separation agreement that covers the \$175,000.00 payment that I agreed to make to the Plaintiff, and that the Plaintiff agreed to accept, in exchange for the transfer of full ownership of our matrimonial home to my name only. This fact is only relevant because it is described by the Plaintiff in his Statement of Claim and affidavit, as the Plaintiff alleges that Munn induced the Plaintiff through fraudulent means into transferring the \$175,000.00 proceeds into an account controlled by Munn, and which Munn has since made-off with. Given that the fact of the \$175,000.00 transfer is attested to by both myself and the Plaintiff, and the general irrelevancy and

---

<sup>1138</sup> *Stuart Olson Construction* (1995), préc., note 1120, par. 21 à 23.

<sup>1139</sup> *Stuart Olson Construction Inc. v. Sawridge Plaza Corp.* (1996), [1997] 193 A.R. 173, par. 3 (C.A.) (« We cannot say, having regard to the purpose of the consultation here, that the solicitor here likely gave advice on that very point. We are conscious that he possibly did, or possibly gave advice on other matters that might be germane, but we do not think the likelihood is sufficiently strong to lift the privilege. »)

<sup>1140</sup> *University of Regina v. HTC Purenergy Inc.*, 2019 SKQB 126, par. 58 (« (...) Doosan offers no view of the HLA [Head License Agreement] which is derived from legal advice or claimed understanding of the law. Doosan’s pleadings contain its view of the HLA devoid of connection to legal advice or legal knowledge. There is no waiver of solicitor-client privilege. Waiver occurs when a party relies on the legal advice to justify its conduct or view regarding an issue at trial (...) »)

privileged nature of the document, there is no reason or need to produce the separation agreement itself.<sup>1141</sup>

Le paragraphe 11 précité de la déclaration sous serment de l'ex-épouse a semblé « particulièrement troublant »<sup>1142</sup> pour le tribunal. De concert avec la demande introductive d'instance du plaignant et la déclaration sous serment de ce dernier, ces allégations ont été considérées suffisantes par le tribunal pour constituer une renonciation au caractère confidentiel de l'entente de séparation et d'autres documents « in relation to the payment of various sums of money as well as the reason for those payments and the understanding of the plaintiff (and his wife) in respect of the inheritance the Plaintiff was to receive from his parents »<sup>1143</sup>.

De l'autre côté, le simple fait que la partie allègue en défense avoir agi de bonne foi, voire dans l'intérêt public tout au long de la relation contractuelle, n'équivaut pas en soi à une renonciation au privilège. Dans la mesure où les normes de diligence applicables n'exigent pas l'obtention d'avis juridiques validant la légalité d'une conduite, la bonne foi peut se prouver par tous (autres) moyens. La partie qui allègue sa bonne foi en défense demeure libre de s'appuyer sur l'avis juridique obtenu ou toute autre circonstance<sup>1144</sup>.

## **ii. L'intervention d'un expert**

À la différence d'une consultation juridique, une partie qui retient les services d'un expert en vue ou au cours d'une instance, a (toujours) l'intention de le faire éventuellement témoigner au procès au soutien de ses allégations. La question n'est donc pas de savoir si l'impératif de la découverte de la vérité justifie la production d'un rapport d'expert. Des questionnements pourraient cependant survenir à savoir si une partie pouvait requérir communication d'un rapport d'expert de la partie adverse qui n'a finalement pas été produit en preuve ou encore la raison de cette non-production. Cette information pourrait s'avérer pertinente pour étayer la position de la partie qui en requiert la production, par exemple lorsqu'un rapport d'expert que la partie adverse n'a finalement pas produit rejoint (même en partie) les conclusions de son expert. Exiger la production de cet autre rapport pourrait également servir l'intérêt de la justice, ne serait-ce qu'en forçant certaines

---

<sup>1141</sup> *Bacchus* (2021), préc., note 1068, par. 56.

<sup>1142</sup> *Id.*, par. 57.

<sup>1143</sup> *Id.*, par. 59.

<sup>1144</sup> On peut se demander, du moins dans certains cas, si l'omission de consulter un conseiller juridique indépendant équivaut en soi à un manquement au devoir de diligence raisonnable, voire fait preuve d'une sorte d'aveuglement volontaire. Mais c'est une autre question.

admissions sur des points devenus non litigieux pour économiser temps et coûts associés aux batailles d'experts prolongées. Or, cet autre principe procédural voulant que les parties soient maîtres de leur preuve, empêche généralement – sauf circonstances exceptionnelles – de telles incursions sur les décisions stratégiques des parties dans la conduite du procès; ce qui n'empêche pas une partie qui aurait été mise au courant du fait que sa partie adverse a consulté différents experts, d'alléguer ce fait pour étayer (indirectement) le bien-fondé de sa position. La valeur probante de cette allégation dépendra des autres éléments mis en preuve et du contexte particulier de chaque litige.

D'une manière analogue, la production d'un expert comme témoin ne saurait être interprétée comme une renonciation implicite de l'ensemble des documents confectionnés par l'expert, fût-ce des notes à l'avocat de la partie ayant retenu ses services, les projets de rapport ou les versions préliminaires<sup>1145</sup>. À moins d'allégations spécifiques suffisamment étayées quant à leur pertinence, la production en preuve d'un rapport d'expert ou d'un avis juridique obtenu n'équivaut pas à une renonciation – implicite – à leurs versions antérieures ou préliminaires<sup>1146</sup>. Bien plus, le fait pour un juge d'ordonner la divulgation des versions préliminaires et discussions ayant eu lieu entre l'expert et l'avocat en l'absence de motifs raisonnables de craindre la partialité de l'expert constitue une erreur de droit révisable en appel :

[77] (...) Where the party seeking production of draft reports or notes of discussions between counsel and an expert can show reasonable grounds to suspect that counsel communicated with an expert witness in a manner likely to interfere with the expert witness' duties of independence and objectivity, the court can order disclosure of such discussions. (...)

[78] Absent a factual foundation to support a reasonable suspicion that counsel improperly influenced the expert, a party should not be allowed to demand production of draft reports or notes of interactions between counsel and an expert witness. Evidence of an hour and a half conference call plainly does not meet the threshold of constituting a factual foundation for an allegation of improper influence. In my view, the trial judge erred in law by stating that all changes in the reports of expert witnesses should be routinely documented and disclosed. She should not have ordered the production of Dr. Taylor's drafts and notes.<sup>1147</sup>

---

<sup>1145</sup> *Poulin c. Prat* (1994), préc., note 973, 308. Sur cette question, voir Sally GOMERY et Cecilia BOUZANE, « When Can a Litigant Call an Expert Retained by an Opposing Party as a Witness? », papier préparé à l'occasion de l'*Annual CCLA Litigation Conference*, Mont-Tremblant, 15 novembre 2019.

<sup>1146</sup> *Mabarex* (2017), préc., note 1129; *Nadeau c. Lemaire*, 2018 QCCS 1009, par. 18 à 21;

<sup>1147</sup> *Moore v. Getahun*, 2015 ONCA 55, par. 77 et 78 [ci-après « *Moore v. Getahun* (2015) »].

Un exemple de motifs raisonnables qui justifieraient une divulgation – exceptionnelle – des versions et communications antérieures entre expert et avocat est l'admission par l'expert qu'il n'aurait pas rédigé le rapport produit en preuve et que sa firme entretiendrait une relation commerciale continue avec une des parties<sup>1148</sup>. Aussi, dans la mesure où les experts se sont basés sur des faits décrits ou présentés dans des documents préliminaires pour fonder leur opinion et que ces faits n'ont pas été reproduits dans le rapport définitif, la partie adverse a le droit de connaître ces faits qui ne sont pas protégés par le secret professionnel de l'avocat, sans que l'intégralité des documents préliminaires n'ait à leur être communiquée<sup>1149</sup>.

En tout état de cause, la règle confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Moore v. Getahun* (2015) est connue en *common law* comme le droit à l'information fondamentale (« *foundational information* ») sur laquelle repose une opinion d'expert, considérant qu'il y a eu renonciation implicite, par la partie qui choisit de faire témoigner un expert, aux faits et aux hypothèses sous-tendant l'opinion rendue par l'expert ainsi qu'aux instructions reçues<sup>1150</sup>. Quoique l'arrêt *Moore v. Getahun* (2015) origine de l'Ontario et traite du privilège relatif au litige (plutôt que du secret professionnel de l'avocat), des auteurs sont d'avis que les principes posés trouvent également application en droit québécois, « notamment dans l'appréciation de l'étendue du privilège relatif au litige »<sup>1151</sup>.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016, le nouveau *Code de procédure civile* du Québec exige qu'un expert informe, sur demande, « le tribunal et les parties de ses compétences professionnelles, du déroulement de ses travaux et des instructions qu'il a reçues d'une partie »<sup>1152</sup>. Cette obligation, liée à la mission première de l'expert qui est d'éclairer le tribunal plus que de desservir les intérêts des parties<sup>1153</sup>, porte atteinte au secret professionnel de l'avocat (et au privilège relatif aux litiges),

---

<sup>1148</sup> *Ebrahim v. Continental Precious Minerals*, 2012 ONSC 1123, par. 63 à 75.

<sup>1149</sup> *La Bellefeuille c. Construction Daz ltée*, 2020 QCCS 3316, par. 20 (« Il est possible que ce ne soit pas toutes les informations contenues dans les documents qui ont servi à fonder l'opinion des experts, auquel cas, ces faits seraient protégés par le secret professionnel. Toutefois, les défenderesses sont en droit de connaître quels sont les faits contenus dans lesdits documents sur lesquels les experts fondent leur opinion. Ces faits ne sont pas protégés par le secret professionnel. »).

<sup>1150</sup> Voir aussi *Ladco Company Limited et al.*, 2019 MBQB 139, par. 12; *R. v. C.G.*, 2018 ONSC 6204, par. 14.

<sup>1151</sup> Sébastien C. CARON, Elisabeth NEELIN et Marie-Noël ROCHON, « Procédure civile – Communications entre avocats et experts : le privilège relatif au litige et les devoirs des experts », (2015) 74 *R. du B.* 557, 562 [ci-après « CARON, NEELIN et ROCHON (2015) »].

<sup>1152</sup> C.p.c., art. 235, al. 2 [nos soulignés].

<sup>1153</sup> *Id.*, art. 22 :



mais est justifiée par « l'objectif d'atteinte de la recherche de la vérité et par l'impartialité dont doit faire preuve l'expert » en permettant au tribunal et aux autres parties « de savoir à quel point certaines instructions données par une partie peuvent avoir eu une influence sur l'opinion de l'expert »<sup>1154</sup>. Les débats parlementaires avaient évoqué la possibilité de qualifier l'obligation d'information des instructions reçues en la limitant aux « instructions générales ». Cette proposition avait toutefois été abandonnée, les députés ayant préféré laisser aux tribunaux le soin de délimiter l'étendue de cette obligation<sup>1155</sup>.

Dans le même ordre d'idées, le nouveau *Code de procédure civile* du Québec précise que les témoignages recueillis en cours d'expertise, le cas échéant, sont joints au rapport d'expert et font partie de la preuve<sup>1156</sup>. Le rapport<sup>1157</sup> doit par ailleurs être « bref mais suffisamment détaillé et motivé pour que le tribunal soit lui-même en mesure d'apprécier les faits qu'il expose et le raisonnement qui en justifie les conclusions »<sup>1158</sup>. Dans la mesure où les instructions reçues permettraient d'éclairer la démarche de l'expert, les parties ou le tribunal pourront le demander à l'expert, par le biais de l'article 235, à ce moment-là.

Tout comme en *common law*, cette divulgation mandatoire ou sur demande de certains renseignements autrement protégés par le secret professionnel de l'avocat pourrait être appréhendée sous l'angle d'une renonciation implicite, par la production en preuve d'un rapport d'expertise, à tout renseignement pertinent et nécessaire à la compréhension de celui-ci. Les impératifs de l'équité et de la recherche de la vérité le justifient, au risque d'induire en erreur le tribunal et les parties par des expertises incomplètes, dont la méthode d'analyse ne tiendrait pas

---

**22.** L'expert dont les services ont été retenus par l'une des parties ou qui leur est commun ou qui est commis par le tribunal a pour mission, qu'il agisse dans une affaire contentieuse ou non contentieuse, d'éclairer le tribunal dans sa prise de décision. Cette mission prime les intérêts des parties.

L'expert doit accomplir sa mission avec objectivité, impartialité et rigueur.

<sup>1154</sup> Luc CHAMBERLAND (dir.), *Le grand collectif : Code de procédure civile. Commentaires et annotations*, vol. 1, Montréal, Yvon Blais, 2015, commentaires sous l'art. 235, aux pages 1214 et 1215.

<sup>1155</sup> QUEBEC, ASSEMBLEE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 1<sup>ère</sup> sess., 40<sup>e</sup> légis., 12 novembre 2013, 10h47 à 11h07. En effet, lorsqu'il estime nécessaire, l'expert peut requérir des directives au tribunal à cet égard, tel qu'il est permis à l'art. 235, al. 2 C.p.c.

<sup>1156</sup> C.p.c., art. 238, al. 2.

<sup>1157</sup> Qui, rappelons-le, tient dorénavant lieu du témoignage de l'expert : *id.*, art. 293.

<sup>1158</sup> *Id.*, art. 238.

compte de certains facteurs pertinents ou qui omettrait d'indiquer les limites inhérentes à la démarche adoptée<sup>1159</sup>.

Soulignons en dernier lieu qu'avec l'avènement de l'expertise commune<sup>1160</sup>, cette obligation d'information des parties (par l'expert) s'apprécie sans doute différemment sous le régime du nouveau *Code de procédure civile*<sup>1161</sup>.

### iii. Les contestations relatives aux honoraires professionnels ou à la qualité des services rendus

Une extension du principe de la renonciation implicite (au secret professionnel par le client), au nom du droit à la défense pleine et entière, justifie que l'avocat soit autorisé à divulguer certaines informations confidentielles lorsqu'il est poursuivi par un client, par exemple en responsabilité professionnelle et aussi lorsqu'il poursuit un client notamment pour le non-paiement des honoraires facturés pour services rendus. Aujourd'hui, cette renonciation implicite ou exception limitativement justifiée à la levée du secret professionnel dans ces deux circonstances est codifiée dans le Code type de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada<sup>1162</sup> ainsi que dans les codes de déontologie des différents barreaux provinciaux et territoriaux<sup>1163</sup>. S'ajoute une

---

<sup>1159</sup> Pour un survol de l'encadrement de l'expertise suivant le nouveau *Code de procédure civile* du Québec, voir : David E. ROBERGE, « Chronique – Le nouveau Code de procédure civile et l'expertise », *Repères* (janvier 2018), EYB2018REP2398.

<sup>1160</sup> Avec l'obligation imposée dorénavant aux parties de considérer l'opportunité de recourir à une expertise commune dans leur protocole d'instance (C.p.c., art. 148, al. 2(4°)) et le pouvoir pour le tribunal d'ordonner une expertise commune « si le respect du principe de proportionnalité l'impose et que cette mesure, tenant compte des démarches déjà faites, permet de résoudre efficacement le litige sans pour autant mettre en péril le droit des parties à faire valoir leurs prétentions » (C.p.c., art. 158(2°)). Voir aussi Geneviève COTNAM, « Chapitre 2 : L'expertise commune : un changement culturel », dans Isabelle HUDON et Geneviève COTNAM (dir.), *LégisPratique : L'expertise*, Montréal, 2016; Catherine PICHÉ et Shana CHAFFAI-PARENT, « Chapitre 1 : Le rôle de l'expert », dans Isabelle HUDON et Geneviève COTNAM (dir.), *LégisPratique : L'expertise*, Montréal, LexisNexis, 2016.

<sup>1161</sup> Ainsi, l'article 233, al. 1 C.p.c., suivant la recommandation du Rapport du sous-comité Magistrature-Justice-Barreau sur les expertises (juillet 2007), précise les éléments qu'une entente sur expertise commune doit comporter ainsi que le rôle du tribunal : « Si l'expertise est commune, les parties déterminent de concert les paramètres que l'expertise doit couvrir, l'expert qui y procédera, ses honoraires et les modalités de paiement de ceux-ci. Si elles ne s'entendent pas sur l'un de ces points, la question est tranchée par le tribunal. ». Voir aussi CARON, NEELIN et ROCHON, préc., note 1151, 569.

<sup>1162</sup> FEDERATION DES ORDRES PROFESSIONNELS DE JURISTES DU CANADA, *Code type de déontologie professionnelle*, art. 3.3-4 et 3.3-5.

<sup>1163</sup> LAW SOCIETY OF ALBERTA, *Code of Conduct*, art. 3.3-4 et 3.3-5; *Code of Professional Conduct for British Columbia*, art. 3.3-4 et 3.3-5; SOCIÉTÉ DU BARREAU DU MANITOBA, *Code de déontologie*, art. 3.3-3B et 3.3-4; LAW SOCIETY OF NEWFOUNDLAND AND LABRADOR, *Code of Professional Conduct*, art. 3.3-4 et 3.3-5; LAW SOCIETY OF THE NORTHWEST TERRITORIES, *Code of Professional Conduct*, art. 3.3-4 et 3.3-5; *Code de déontologie professionnelle du Barreau du Nouveau-Brunswick*, art. 3.3-4 et 3.3-5; NOVA SCOTIA BARRISTERS' SOCIETY, *Code of Professional Conduct*, art. 3.3-4 et 3.3-5; BARREAU DU NUNAVUT, *Model Code of Professional Conduct*, art. 3.3-4

(nouvelle) exception « pour détecter et régler des conflits d'intérêts découlant du changement d'emploi du juriste ou de changements apportés à la composition ou à la propriété d'un cabinet juridique », mais uniquement dans la mesure où « les renseignements divulgués ne compromettent pas le privilège du secret professionnel ou ne portent pas autrement préjudice au client »<sup>1164</sup>. En ce qui concerne ce qui peut être divulgué dans ce dernier cas, le *Code de déontologie des avocats* du Québec précise qu'il s'agit « [d]es noms des clients et anciens clients et [de] la nature sommaire des mandats confiés par ces clients »<sup>1165</sup>.

Dans l'affaire *Mathews, Dinsdale & Clark LLP* (2021)<sup>1166</sup>, un cabinet d'avocats a poursuivi un client au civil pour non-paiement des honoraires après que ce dernier lui avait signifié son désaccord à l'égard des honoraires facturés et sa décision de ne pas les payer. Après avoir reçu signification de la demande introductive d'instance, le client a déposé une défense ainsi qu'une demande reconventionnelle à l'égard des honoraires contestés, tout en soulevant ses

---

et 3.3-5; BARREAU DE L'ONTARIO, *Code de déontologie*, art. 3.3-4 et 3.3-5; LAW SOCIETY OF PRINCE EDWARD ISLAND, *Code of Professional Conduct*, art. 3.3-4 et 3.3-5; LAW SOCIETY OF SASKATCHEWAN, *Code of Professional Conduct*, art. 3.3-3B et 3.3-4; LAW SOCIETY OF YUKON, *Code of Conduct*, art. 3.3-4 et 3.3-5; Québec : *Code de déontologie des avocats*, préc., note 362, art. 65(3<sup>o</sup>) [« pour recouvrer devant un tribunal ses honoraires impayés »] et (4<sup>o</sup>) [« pour se défendre en cas de poursuite, de plainte ou d'allégations mettant en doute sa compétence ou conduite professionnelle »].

<sup>1164</sup> FEDERATION DES ORDRES PROFESSIONNELS DE JURISTES DU CANADA, *Code type de déontologie professionnelle*, art. 3.3-7; LAW SOCIETY OF ALBERTA, *Code of Conduct*, art. 3.3-7; *Code of Professional Conduct for British Columbia*, art. 3.3-7; SOCIÉTÉ DU BARREAU DU MANITOBA, *Code de déontologie*, art. 3.3-7; LAW SOCIETY OF NEWFOUNDLAND AND LABRADOR, *Code of Professional Conduct*, art. 3.4-17 à 3.4-26; LAW SOCIETY OF THE NORTHWEST TERRITORIES, *Code of Professional Conduct*, art. 3.3-7; *Code de déontologie professionnelle du Barreau du Nouveau-Brunswick*, art. 3.3-7; NOVA SCOTIA BARRISTERS' SOCIETY, *Code of Professional Conduct*, art. 3.3-7; BARREAU DU NUNAVUT, *Model Code of Professional Conduct*, art. 3.3-7; BARREAU DE L'ONTARIO, *Code de déontologie*, art. 3.3-7; LAW SOCIETY OF PRINCE EDWARD ISLAND, *Code of Professional Conduct*, art. 3.3-7; LAW SOCIETY OF SASKATCHEWAN, *Code of Professional Conduct*, art. 3.3-7; LAW SOCIETY OF YUKON, *Code of Conduct*, art. 3.3-7; Québec : *Code de déontologie des avocats*, préc., note 362, art. 65(5<sup>o</sup>).

<sup>1165</sup> Québec : *Code de déontologie des avocats*, préc., note 362, art. 65(5<sup>o</sup>). SOCIÉTÉ DU BARREAU DU MANITOBA, *Code de déontologie*, art. 3.3-7, commentaire 3 (« (...) Il s'agirait normalement de la simple communication du nom des personnes et des entités en cause. Selon les circonstances, il peut être indiqué d'ajouter un résumé des questions générales qui sont en cause et d'autres renseignements permettant de déterminer si le mandat est terminé. »); LAW SOCIETY OF ALBERTA, *Code of Conduct*, art. 3.3-7, commentaire 2; LAW SOCIETY OF THE NORTHWEST TERRITORIES, *Code of Professional Conduct*, art. 3.3-7, commentaire 3; *Code de déontologie professionnelle du Barreau du Nouveau-Brunswick*, art. 3.3-7, commentaire 3; NOVA SCOTIA BARRISTERS' SOCIETY, *Code of Professional Conduct*, art. 3.3-7, commentaire 3; BARREAU DU NUNAVUT, *Model Code of Professional Conduct*, art. 3.3-7, commentaire 3; BARREAU DE L'ONTARIO, *Code de déontologie*, art. 3.3-7, commentaire 3; LAW SOCIETY OF PRINCE EDWARD ISLAND, *Code of Professional Conduct*, art. 3.3-7, commentaire 3; LAW SOCIETY OF SASKATCHEWAN, *Code of Professional Conduct*, art. 3.3-7, commentaire 3; LAW SOCIETY OF YUKON, *Code of Conduct*, art. 3.3-7, commentaire 3; LAW SOCIETY OF NEWFOUNDLAND AND LABRADOR, *Code of Professional Conduct*, art. 3.4-26, commentaire 3 (« In determining whether the transferring lawyer possesses confidential information, both the transferring lawyer and the new law firm must be very careful, during any interview of a potential transferring lawyer, or other recruitment process, to ensure that they do not disclose client confidences. »).

<sup>1166</sup> *Mathews, Dinsdale & Clark LLP* (2021), préc., note 860.

préoccupations à l'égard de certaines allégations incluses dans la demande introductive d'instance du cabinet d'avocats, laquelle contenait des communications protégées par le secret professionnel. Tout en radiant volontairement certains allégués de sa demande introductive originale « sans préjudice » du caractère protégé des renseignements, la position du cabinet d'avocats est que le client a implicitement renoncé à son droit au secret professionnel à l'égard de la partie des communications nécessaires pour justifier les honoraires facturés lorsqu'il lui avait signifié sa décision de ne pas les payer. Dans un premier temps, le tribunal est plutôt d'avis que le client a effectivement renoncé à ses communications protégées à l'égard des questions soulevées dans ses défense et demande reconventionnelle<sup>1167</sup>, plus particulièrement à l'égard des points suivants tels que décrits dans la défense :

- (a) it was “never advised” by MDC LLP what hourly rate would be charged, nor provided with any estimate of fees (para. 6);
- (b) the fees charged were excessive (para. 7);
- (c) the preparation and research work by the lawyer should have been the subject of a lower fee (para. 7);
- (d) 1772887 “communicated its dissatisfaction to the plaintiff regarding the services provided and disputing the legal fees charged” (para. 8);
- (e) MDC LLP had not “achieved any progress in negotiating a new collective bargaining agreement” (para. 9); and
- (f) it terminated the retainer relationship with MDC LLP as a result of the unsatisfactory progress and the excessive fees charged (para. 9).<sup>1168</sup>

Au regard de ce qui précède, le client prétend ne contester que le quantum des honoraires d'avocats, et qu'il ne renonçait pas, pour ainsi dire, aux communications protégées ayant trait à la qualité des services rendus. Cette distinction n'a pas été retenue par la Cour, en ce que le montant des honoraires et la qualité des services sont intrinsèquement liés, l'appréciation de l'un dépend de l'autre de sorte qu'une renonciation au secret professionnel de l'un emporte renonciation à celui de l'autre :

[40] ... I fail to see how the quantum of the account can be assessed or adjudicated without delving into the scope of the retainer, communications relating to the reasonable expectations of the client in terms of fees and work authorized to be done, the terms of instructions provided, the quality of the work itself in terms of assessing reasonableness of time spent, and the other factors commonly considered in an

---

<sup>1167</sup> *Id.*, par. 11.

<sup>1168</sup> *Id.*, par. 39.

assessment of a solicitor-client account. Under an assessment, whomever commences the process, the burden of proof is on the lawyer to justify the work done and the fees charged. If the lawyer was not permitted to delve into solicitor-client privileged communications for the limited purpose of an assessment, the client could thwart any such assessment.<sup>1169</sup>

En élaborant sur cette question, opinant à l'argument du cabinet, le tribunal est par ailleurs parvenu à la conclusion que le client avait déjà implicitement renoncé aux communications protégées lorsqu'il avait annoncé à son avocat son intention de contester les honoraires facturés :

[42] Furthermore, once 1772887 announced its intention to dispute the fees and terminated the retainer, it should have been within its reasonable expectations that MDC LLP would engage either in an assessment process or a litigation proceeding to justify and enforce its legal accounts. Alternatively, 1772887 may have chosen to assess the accounts pursuant to the *Solicitors Act*, R.S.O. 1990, c. S.15. In either case, the Client's act of disputing the fees triggers implied waiver over privileged solicitor-client communications relevant to an assessment of those fees. Thus, the Client, in essence, put solicitor-client communications in issue when it announced to the lawyers that it was disputing the fees.<sup>1170</sup>

Cela étant, cette renonciation limitée est faite sans préjudice des autres mesures de confidentialité qui pourraient être demandées par les parties pour se mettre à l'abri du regard du public compte tenu de la publicité des débats judiciaires<sup>1171</sup>.

#### **iv. Une attitude passive**

En matière civile, des juges peuvent hésiter à conclure à l'existence d'une renonciation par implication en réponse aux questions soulevées en contre-interrogatoire seulement<sup>1172</sup>. De manière générale, une renonciation peut difficilement être inférée d'une attitude réactive plutôt qu'active, une omission plutôt que l'action. Ainsi, dans l'éventualité où un avocat commence à représenter un autre client dont les intérêts sont en conflit avec ceux d'un ancien client, on ne saurait déduire l'existence d'une renonciation par implication du fait que cet ancien client n'ait pas activement demandé à l'avocat de se retirer du dossier (du nouveau client) :

[31] In any event, the choice to not act, such as to not takes (sic) steps to remove the past lawyer, does not *necessarily* imply an intention to waive the privilege. A former client may believe that their former counsel acting against them in the new matter is not prejudicial to them and therefore the former client may choose not to request their removal. In this scenario the inaction does not imply an intention to waive the privilege. Even if the former client is prejudiced by their former counsel acting against them in the new matter, it may decide it is worse off by revealing the existence of the solicitor client

---

<sup>1169</sup> *Id.*, par. 40.

<sup>1170</sup> *Id.*, par. 42.

<sup>1171</sup> *Id.*, par. 11.

<sup>1172</sup> *Cross Lake Indian Band et al. v. Manitoba Hydro-Electric Board (Respondent) Appellant*, (1984) 27 Man. R. (2<sup>e</sup>) 6 (C.A.).

relationship or by revealing the content of the communications. In that scenario, the inaction may imply an intention to maintain the privilege. I am not persuaded inactivity alone should constitute a waiver.<sup>1173</sup>

Le contexte de l'affaire précitée était un peu particulier : un avocat avait sollicité l'avis d'un autre cabinet d'avocats de Toronto par rapport au mérite et à la conduite d'une éventuelle action collective contre une société ontarienne. Au cours de cette entrevue, mention est faite de l'implication de certains prêteurs tiers dont les intérêts sont opposés à ceux de la société ontarienne en question. Après avoir été consulté, le cabinet d'avocats de Toronto a décliné l'offre d'une co-représentation avec l'autre cabinet de l'Ontario par rapport à l'action collective. Quelque temps plus tard, la société ontarienne s'est placée sous la protection de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (LACC)<sup>1174</sup>. Au cours des procédures de la LACC, le cabinet d'avocats de Toronto représente les intérêts d'un des prêteurs tiers à l'égard desquels des renseignements privilégiés avaient été échangés par l'avocat de l'autre cabinet au cours de leur consultation initiale. La question à trancher est de savoir si le premier cabinet d'avocat, par son inaction ou omission de demander le retrait du cabinet de Toronto au cours des procédures de la LACC, aurait renoncé par implication au secret professionnel relatif aux renseignements concernant les prêteurs tiers divulgués lors de sa consultation initiale.

#### **v. En cas de pluralité des détenteurs du privilège**

*A priori*, en cas d'une pluralité de bénéficiaires du privilège, la renonciation (implicite) des uns n'emporte pas celle des autres ou plutôt, l'un ne saurait renoncer au secret professionnel commun sans le consentement des autres<sup>1175</sup>. Une renonciation (implicite) conjointe demeure possible, mais elle doit émaner de la conduite de tous les bénéficiaires et ne saurait se déduire de la volonté de l'un d'entre eux<sup>1176</sup>. Dans l'affaire *Myron v. Kwinter* (2009), le plaignant désirait connaître, dans le cadre d'un interrogatoire préalable à l'instruction, l'opinion juridique qui avait été donnée aux défendeurs par leur avocat sur le bien-fondé et la raisonnable de leur contestation judiciaire relative à la validité d'un testament ainsi que de leur demande reconventionnelle en liquidation et distribution de la succession *ab intestat*. Selon le plaignant, il lui serait important de connaître la

---

<sup>1173</sup> *Bennett Jones LLP* (2020), préc., note 906, par. 31.

<sup>1174</sup> *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36.

<sup>1175</sup> *Bacchus* (2021), préc., note 1068, par. 51 (« ... Both parties must have waived the privilege for the waiver to be effective. »); *Myron v. Kwinter* (2009), préc., note 1133, par. 29 (« It appears to be a settled law that where multiple parties to an action share a solicitor, all share in the resulting solicitor-client privilege and one party cannot waive that privilege without the consent of the others. »).

<sup>1176</sup> *Kelly* (2021), préc., note 1097, par. 58.

teneur des conseils juridiques reçus et la mesure dans laquelle les défendeurs ont suivi ces conseils pour décider des frais de justice devant être assumés aux défendeurs au terme de l'action principale. La demande vise l'ensemble des dossiers tenus par l'avocat des défendeurs relatif à la contestation<sup>1177</sup>. Outre la question de la pertinence (des conseils juridiques reçus), il a été plaidé qu'un des défendeurs avait renoncé au secret professionnel de l'avocat en alléguant dans sa déclaration assermentée avoir consulté ses conseillers juridiques en la matière, plus précisément dans les termes suivants :

64. As discussed, I believed that it was appropriate to continue the litigation at least until my Solicitors had had the opportunity to conduct an examination for discovery of my sister, which occurred in April and May 2008. The last date of her examination for discovery was May 20, 2008.

65. It was then that I had to consider whether I wanted to continue with the litigation or not and I consulted with my Solicitors in this regard. I hasten to add that the fact that I mention here that I consulted with my Solicitors does not mean that I am waiving any solicitor-client privilege over what we discussed. I have no intention of doing so.<sup>1178</sup> [soulignés de la Cour]

Cette déclaration assermentée doit être lue en conjonction avec l'allégué suivant de l'exposé de la défense :

10. Contrary to the allegations of Myron in her Notice of Motion and in prior submissions to this Court that she conducted herself with perfect virtuousness and that the Defendants had done such things as deliberately attempting to mislead the Court and disingenuously attempting to delay proceedings, the fact is that the Defendants, under the advice of their counsel, (...) did what they considered to be reasonable and necessary to develop their case, and did so as directed by the Case Management Justice from time to time. At no time did the Case Management Justice find any misconduct on the part of the Defendants, despite Myron's repeated allegations in her Briefs that the Defendants were liars and were defrauding the Court.<sup>1179</sup> [soulignés de la Cour]

À cet égard, le tribunal cite avec approbation le droit applicable en matière de renonciation (implicite) au secret professionnel tel que présenté par les défendeurs, à savoir qu'une simple référence à l'existence de documents protégés ne constitue pas une renonciation (1) lorsque le bénéficiaire de la protection n'a pas mis en cause le contenu de l'avis juridique reçu (2), que le maintien de la protection n'emporte aucune injustice à la partie adverse (3), et que les autres

---

<sup>1177</sup> *Myron v. Kwinter* (2009), préc., note 1133, par. 10 (« Plainly put, counsel for the Plaintiff wish to have access to the files of (...) counsel to the Defendants, to review all of this files for the purpose of determining whether or not the advice that he gave to his clients was appropriate. »).

<sup>1178</sup> *Id.*, par. 12.

<sup>1179</sup> *Id.*, par. 13.

défendeurs qui n'ont pas déposé de déclaration assermentée ont également droit à la protection du secret professionnel (4)<sup>1180</sup>.

Le premier critère nous semble aller de soi en ce que dans toute contestation judiciaire impliquant des parties représentées, l'existence de conseils juridiques ou de documents protégés s'infère d'elle-même. Que le bénéficiaire du secret ne fasse pas expressément référence au contenu de l'avis juridique reçu (à la différence de l'existence même de l'avis juridique) n'est pas non plus déterminant lorsqu'il est démontré que ce contenu s'avère pertinent à la résolution du litige. Le « nerf de la guerre » réside plutôt dans le troisième critère, à savoir si le maintien de la protection emporte une injustice à la partie adverse ou à l'équité du procès<sup>1181</sup>. C'est ici que le bât blesse. *A priori*, le contenu des conseils juridiques reçus par les défendeurs quant au bien-fondé de leur démarche judiciaire constituerait bel et bien un facteur pertinent – parmi d'autres – pour apprécier s'il y a eu « obstination indue » dans la continuation des procédures qui justifierait notamment une adjudication des frais de justice en faveur de la partie adverse. Toutefois, la demande d'accès du plaignant, visant l'ensemble des dossiers de l'avocat des défendeurs, ratisse trop large et équivaut à une expédition de pêche. Sans cibler un document précis (p. ex. mémo écrit) à défaut vraisemblablement d'en connaître l'existence, une telle demande d'accès s'avère davantage préjudiciable au bénéficiaire de la protection qu'elle n'est susceptible de faire avancer le débat en étant tout au plus d'une pertinence incertaine à la question en litige. C'est, à notre avis, ce qui a motivé le tribunal à conclure que les défendeurs n'ont pas, individuellement ou collectivement, renoncer à la protection de leur secret professionnel<sup>1182</sup>. En effet, en matière d'adjudication des frais de justice, une multiplicité de facteurs globalement pertinents doit être pris en compte à la lumière de toutes les circonstances pour apprécier la conduite des parties tout au long des procédures. L'obtention des conseils juridiques n'est pas nécessairement déterminante, à moins que la conduite d'une partie équivaille clairement et manifestement à un abus de procédures

---

<sup>1180</sup> *Id.*, par. 20 (« It is the position of the defendants that: (a) a reference to receiving advice does not constitute waiver; (b) Kwinter has not put the content of the legal advice received in issue; (c) there is no unfairness to the opposing party by maintaining privilege in this case; (d) there are two other defendants who have not filed affidavits whose fundamental rights to solicitor-client privilege must be protected as well. »)

<sup>1181</sup> Voir aussi *Simcoff v. Simcoff*, 2009 MBCA 80, par. 26 (« The principle (...) is simply that, whether intended by the client or not, fairness may require that solicitor-client privilege be waived where the client puts the legal advice between himself and his solicitor in issue or if a party has taken positions which would make it inconsistent to maintain the privilege. ») [soulignés dans l'original]

<sup>1182</sup> *Id.*, par. 33 (« The Defendants have not waived solicitor-client and/or litigation privilege. I am not going to allow any “fishing expeditions” by the counsel for the Plaintiffs. »).



cependant qu'elle tente de la justifier par les conseils juridiques reçus. Dans ce cas de figure, les tribunaux seraient peut-être plus disposés à accepter une renonciation par implication au secret professionnel, dans la mesure « absolument nécessaire » pour apprécier la nature des conseils reçus.

### 1.2.1.2. À l'étape de la communication préalable de la preuve

À l'étape de la communication préalable de la preuve, la « vocation exploratoire » de cet exercice pourrait, *a priori*, inciter les tribunaux à adopter une approche moins restrictive en ce qui a trait à la confidentialité des renseignements. Tranchant avec une interprétation relativement plus stricte du critère de la pertinence à l'audition au mérite, cette approche serait davantage axée sur la pertinence large de l'information recherchée eu égard au principe directeur du débat loyal, dorénavant codifié (et renforcé) à l'article 20 du (nouveau) *Code de procédure civile* :

20. Les parties se doivent de coopérer notamment en s'informant mutuellement, en tout temps, des faits et des éléments susceptibles de favoriser un débat loyal et en s'assurant de préserver les éléments de preuve pertinents.

Elles doivent notamment, au temps prévu par le Code ou le protocole de l'instance, s'informer des faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et des éléments de preuve qu'elles entendent produire.<sup>1183</sup>

Selon les *Commentaires de la ministre de la Justice*, cet article « reprend une règle (...) implicite du droit procédural qui fonde plusieurs dispositions relatives à la communication de la preuve » et illustre « l'esprit de coopération (...) comme étant nécessaire à l'atteinte des objectifs de la procédure »<sup>1184</sup>. Appliquant ce principe à l'étape de la communication préalable, la Cour d'appel du Québec s'est exprimée comme suit :

[127] Le législateur promet (...) ici, plus encore que sous le précédent *Code de procédure civile* (et certainement d'une manière beaucoup plus explicite), la communication réciproque, et ce, à toutes les étapes de l'instance. La jurisprudence a depuis longtemps reconnu le caractère particulièrement large de cette communication au cours de la phase exploratoire de l'action, et ce, en vue de faciliter la recherche de la vérité (...), la marche efficace et rapide de l'instance ainsi que la résolution (amiable ou judiciaire) des litiges. Cette phase exploratoire est vue comme une « période névralgique dans cette quête de la vérité au prétoire ». Ces principes, énoncés à l'époque du précédent *Code de procédure civile*, ne sont pas moins vrais aujourd'hui en vertu d'un *Code* qui emprunte résolument la voie de la transparence en la matière, à tous les stades de l'instance.

---

<sup>1183</sup> *Code de procédure civile* (Québec), préc., note 158, art. 20.

<sup>1184</sup> *Commentaires de la ministre de la Justice. Code de procédure civile, chapitre C-25.01*, SOQUIJ / Wilson & Lafleur, 2015, art. 20.

[128] Outre les limites liées au caractère confidentiel de certains renseignements ou documents (...), c'est la notion de « pertinence » qui, à ce stade exploratoire, permet de départager ce qui doit être communiqué de ce qui n'a pas à l'être, une pertinence qui toutefois est appréciée elle aussi avec largesse, le principe étant celui de la divulgation préalable. (...) cette pertinence n'est pas celle de la preuve administrée lors de l'instruction. Il s'agit plutôt de s'assurer que l'information recherchée soit ou paraisse utile au cheminement du litige et qu'elle puisse faire progresser l'affaire au regard des faits et des droits invoqués, mener le dossier à procès ou en faciliter le règlement. Une grande déférence est due au juge de première instance qui statue sur le sujet et jouit en cette matière d'un vaste pouvoir d'appréciation discrétionnaire.<sup>1185</sup>

Certes, la recherche de la vérité à ce stade « exploratoire » des procédures n'autorise pas pour autant la divulgation de documents confidentiels<sup>1186</sup> ou de tout autre élément qui ne saurait constituer une preuve admissible<sup>1187</sup>. Cela étant, eu égard à la pertinence large des informations recherchées, ce critère « complémentaire » pourrait contribuer à une interprétation plus libérale de ce qui peut constituer une renonciation par implication.

Ainsi, dans l'affaire *Beaulieu* (2021), la Cour d'appel du Québec est d'avis que l'appelant ayant refusé de soumettre sous scellés, pour examen par le juge seulement, des communications à l'égard desquelles est invoquée la protection du secret professionnel, le juge d'instance est autorisé à interpréter de façon large la pertinence de l'information sur la foi de ce qui a été plaidé. Cette pertinence pourrait, dans certains cas, équivaloir à une renonciation décrétée par implication lorsque l'information recherchée est en rapport direct avec la faute reprochée à l'État dans les actes de procédure, et ce, dès le stade des interrogatoires au préalable, quitte à autoriser le détenteur du privilège à invoquer la protection du secret professionnel de l'avocat à l'égard de certaines portions d'informations spécifiquement alléguées :

[132] (...) le juge se trouvait dans une situation moins qu'idéale, puisque, en effet, il n'avait pas en main les informations dont débattaient les parties, l'appelant ayant refusé de les fournir, même sous scellés et même à l'intention du juge seulement. On croit comprendre que l'appelant a procédé ainsi parce que, à son avis, ces informations étaient toutes couvertes par le secret professionnel. Ce n'est cependant pas ce qu'il aurait dû faire : la méthode recommandée en pareil cas consiste à soumettre la documentation en cause au juge afin que celui-ci statue (y compris, le cas échéant, sur la pertinence) (...) L'appelant ne s'étant pas conformé à cette manière de faire, il doit supporter les effets de la stratégie qu'il a choisie et ne peut guère contester maintenant la détermination du juge sur la pertinence des informations. Celui-ci a tranché sur la base du principe général de la divulgation préalable et sur la foi du descriptif général de ces informations, en fonction de ce qu'on lui a plaidé. Or, si l'on s'en remet à ce descriptif, on doit alors reconnaître que les informations demandées (qui se rapportent à une enquête destinée à faire la lumière sur les circonstances qui ont mené à la contravention de l'obligation de divulgation du

---

<sup>1185</sup> *Beaulieu* (2021), préc., note 932, par. 127 et 128.

<sup>1186</sup> *Fortin c. Banque de Nouvelle-Écosse*, 2016 QCCS 3773.

<sup>1187</sup> *Procureure générale du Québec c. Groupe Hexagone*, 2018 QCCA 2129.

poursuivant) s'arriment directement aux faits allégués dans la demande introductive d'instance, en rapport avec la faute d'abus reprochée à l'État.<sup>1188</sup>

Aussi, dans des litiges fiscaux faisant intervenir l'application de la règle générale anti-évitement (« RGAÉ »), les renseignements *a priori* protégés par le secret professionnel mais qui permettraient de démontrer l'opinion des agences de revenu relative à l'objet ou à l'esprit des dispositions législatives en cause doivent être divulgués au contribuable dans le cadre d'interrogatoires au préalable<sup>1189</sup>. Cette obligation de divulgation s'applique spécifiquement aux appels portés devant la Cour canadienne de l'impôt où le ministre du Revenu national cherche à fonder la validité des cotisations fiscales établies sur l'application des règles anti-évitement pour refuser au contribuable l'avantage fiscal découlant d'une opération ou d'une série d'opérations qui, à sa face même, respecte la lettre de la loi<sup>1190</sup>. La raison en est que l'objet ou l'esprit des dispositions en jeu fait partie du fardeau de preuve incombant au ministre<sup>1191</sup> qui, en émettant une cotisation fiscale sur la base des règles RGAÉ, aurait implicitement renoncé au secret professionnel relatif à l'avis juridique sollicité à cette fin. Le cas échéant, l'esprit ou l'objet des dispositions en cause selon l'avis du Ministre du Revenu national constitue une des « questions pertinentes à une question en litige » au sens du paragraphe 95(1) des *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*<sup>1192</sup> balisant la portée de l'interrogatoire au préalable tenu devant cette cour. Cette obligation de divulgation spécifique s'impose malgré qu'en règle

---

<sup>1188</sup> *Beaulieu* (2021), préc., note 932, par. 132. Voir aussi *Glegg c. Smith* (2005), préc., note 1109.

<sup>1189</sup> *Coopers Park Real Estate Development Corporation v. The Queen*, 2022 TCC 82 [ci-après « *Coopers Park Real Estate* (2022) »].

<sup>1190</sup> Voir *Canada v. CHR Investment Corporation*, 2021 FCA 68, par. 31 (« (...) when the GAAR is invoked the Minister has the obligation to identify the rationale of the relevant provisions. Therefore, it would be appropriate at the discovery examination to ask questions intended to clarify the Minister's current position on the applicable rationale. »).

<sup>1191</sup> Comme nous le rappelle la Cour suprême du Canada en traitant de l'approche qu'il convient d'adopter relative à l'application de la règle générale anti-évitement (RGAÉ) prévue à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (fédérale), préc., note 449 :

1. Trois conditions sont nécessaires pour que la RGAÉ s'applique :
  - (1) il doit exister un *avantage fiscal découlant d'une opération* ou d'une série d'opérations dont l'opération fait partie (par. 245(1) et (2));
  - (2) L'opération doit être une *opération d'évitement* en ce sens qu'il n'est pas raisonnable d'affirmer qu'elle est principalement effectuée pour un objet véritable – l'obtention d'un avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable;
  - (3) Il doit y avoir eu *évitement fiscal abusif* en ce sens qu'il n'est pas raisonnable de conclure qu'un avantage fiscal serait conforme à l'objet ou à l'esprit des dispositions invoquées par le contribuable.
2. Il incombe au contribuable de démontrer l'inexistence des deux premières conditions, et au ministre d'établir l'existence de la troisième condition.

(*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, par. 66)

<sup>1192</sup> *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*, DORS/90-688a.

générale, l'objet ou l'esprit de la loi est une question de droit relevant du domaine de la plaidoirie plutôt que de la preuve d'expertise<sup>1193</sup>, ou plutôt relevant directement de l'expertise des tribunaux. L'exemple RGAÉ illustre, encore une fois, l'importance de poser un regard pragmatique sur ce qui constitue, dans un cas précis, une question en litige et les questions pertinentes s'y rapportant.

*Quid* d'une renonciation implicite au secret professionnel lors même des réponses apportées dans le cadre d'interrogatoires au préalable ? De manière générale, la Cour d'appel du Québec ne recommande pas que le juge se prononce sur cette question à ce stade, alors qu'il n'a nécessairement qu'« une vue partielle et imparfaite du dossier »<sup>1194</sup>. Il serait plus approprié au juge statuant sur le mérite de décider, « à la lumière de toute la preuve entendue et des positions prises, si, dans les circonstances, il est possible d'inférer une renonciation à la confidentialité de l'opinion de l'avocat et de baliser tous les impacts de sa décision »<sup>1195</sup>.

### **1.2.2. Dans le cadre d'une poursuite criminelle et pénale**

En matière criminelle et pénale, dans quelle mesure les tribunaux seraient-ils prêts à interpréter de façon plus large le critère de pertinence par le biais d'une renonciation décrétee implicite au secret professionnel du juriste ? La question est intéressante en ce que les cours canadiennes tendent à adopter une interprétation large et libérale des droits bénéficiant aux accusés<sup>1196</sup>.

À cet égard, l'un des premiers arrêts de la Cour suprême du Canada sur la question de la renonciation au droit au secret professionnel de l'avocat dans le cadre d'une poursuite criminelle a été rendu dans *Campbell* (1999)<sup>1197</sup>. Les accusés y contestent la légalité d'une opération policière de vente surveillée par des agents d'infiltration de la Gendarmerie royale du Canada (GRC), au cours de laquelle ces derniers ont offert de vendre aux présumés trafiquants de grandes quantités de haschich. Alors qu'une opération – traditionnelle – d'« achats surveillés » ne permet que d'atteindre « de petits revendeurs travaillant dans la rue dont la condamnation a un effet de dissuasion minime sur les opérations quotidiennes de l'ensemble du trafic organisé de drogue »<sup>1198</sup>,

---

<sup>1193</sup> *Coopers Park Real Estate* (2022), préc., note 1189, par. 34.

<sup>1194</sup> *Quigley* (2013), préc., note 1123, par. 35.

<sup>1195</sup> *Id.*, par. 36.

<sup>1196</sup> Comme nous l'a rappelé la Cour suprême du Canada, cette interprétation libérale est un principe d'interprétation législative pénale qui ne régit pas nécessairement l'interprétation de la portée des droits garantis par la Charte canadienne : *R. c. Poulin*, 2019 CSC 47, [2019] 3 R.C.S. 566, par. 53 à 55.

<sup>1197</sup> *Campbell* (1999), préc., note 781.

<sup>1198</sup> *Id.*, par. 15.

l'objectif d'une « vente surveillée » est de rejoindre les « hauts dirigeants » des grandes organisations de trafic de drogues. Dans le cadre des négociations, du haschich a été montré aux acheteurs intéressés, sans qu'un échantillon ne leur ait jamais été fourni. Alors que la drogue est toujours demeurée en la possession de la GRC, des acheteurs ont reçu, au lieu des 50 kg de résine de cannabis convenus, une citation à comparaître aux accusations de complot (de possession de résine de cannabis) en vue de faire le trafic. Après avoir été déclarés coupables, les accusés demandent l'arrêt des procédures au motif que l'opération de vente surveillée en question est une activité policière illégale « qui choque la conscience de la collectivité et porte préjudice à l'administration régulière de la justice »<sup>1199</sup>. Pour la conduite de l'opération, la police allègue s'être fondée de bonne foi sur un avis juridique du ministère de la Justice, qui aurait confirmé la légalité de la vente par des agents d'infiltration. Les accusés demandent alors communication de cet avis juridique au motif que les prétentions de la police ne peuvent être corroborées qu'en examinant le document source qui, en d'autres circonstances, serait protégé par le secret professionnel de l'avocat.

De manière générale, la simple illégalité d'une opération policière ne suffit pas pour justifier un arrêt des procédures. Encore faut-il prendre en considération « tout autre renseignement ou circonstance explicative »<sup>1200</sup> pour apprécier si l'opération policière « choque la conscience de la collectivité »<sup>1201</sup>. Quoique la légalité d'une opération policière de « vente surveillée » ait été finalement invalidée par les tribunaux<sup>1202</sup>, la conduite des policiers n'équivaut pas nécessairement à un abus des procédures.

Dans l'affaire *Campbell* (1999), le ministère public explique avoir mis en place l'opération au terme de quatorze étapes d'approbation, qu'elle a été « planifiée avec soin, étroitement délimitée et menée de manière à ce qu'aucune partie du haschich ne change de mains, de sorte que la drogue ne s'est jamais retrouvée sur le marché noir criminel »<sup>1203</sup>, et que la GRC a « consulté le ministère de la Justice concernant tout risque d'illégalité »<sup>1204</sup>. Comme la GRC avait invoqué l'obtention

---

<sup>1199</sup> *Id.*, par. 1.

<sup>1200</sup> *Id.*, par. 43.

<sup>1201</sup> *Id.*, par. 43. Voir aussi *Mack* (1988), préc., note 758, 917 (« Ce qui est préoccupant, ce sont plutôt les techniques d'application de la loi qui exigent une conduite que le citoyen ne saurait tolérer. »).

<sup>1202</sup> Tant sous l'angle des cas d'exonération expressément autorisés dans le *Règlement sur les stupéfiants*, C.R.C., c. 1041 (art. 3(1)g)), que celui de l'immunité d'intérêt public de l'État : *Campbell* (1999), préc., note 781, par. 25 et 26.

<sup>1203</sup> *Campbell* (1999), préc., note 781, par. 46.

<sup>1204</sup> *Id.*, par. 46.

d'un avis juridique à l'appui de son argument de la bonne foi, la Cour suprême du Canada est d'avis qu'il y a eu renonciation au droit d'invoquer le secret professionnel de l'avocat à l'égard de l'avis en question :

[70] ... Le ministère public a fait entendre le capl. Reynolds au sujet de sa connaissance du droit en matière d'opérations de vente surveillée et il a témoigné qu'il avait lu la décision *Lore*, précitée, de la Cour supérieure, et pensait que l'opération en question était légale. Mais, en réponse aux questions de l'avocat d'un des appelants, le capl. Reynolds a aussi témoigné qu'il avait sollicité l'opinion de M. Leising du ministère de la Justice pour s'assurer qu'il ne faisait pas erreur. L'avocat d'un des appelants a reconnu que ce simple fait ne suffisait pas pour qu'il y ait renonciation au privilège. Le capl. Reynolds ne faisait que répondre aux questions formulées par les appelants, comme il était tenu de le faire. (...) Le problème est que la cour a effectivement entendu cet argument de la part du ministère public par la suite. La GRC et ses conseillers juridiques ont été très clairs dans le mémoire déposé en Cour d'appel, où ils prétendent qu'« il faut tenir compte des points suivants [...] f) la G.R.C. [...] a consulté le ministère de la Justice concernant tout risque d'illégalité » (je souligne). Apparemment le même argument a été soulevé devant le juge du procès. (...) il n'est pas toujours nécessaire que le client divulgue effectivement une part du contenu de l'avis juridique pour qu'il y ait renonciation au privilège protégeant les communications pertinentes dont l'avis fait partie. En l'espèce, il était suffisant que la GRC appuie son argument de la bonne foi sur l'avis non divulgué de l'avocat alors que l'existence ou la non-existence de la bonne foi invoquée dépendait du contenu de cet avis. L'impression que la GRC a tenté de transmettre à la cour était clairement que l'avis fourni par M. Leising lui avait assuré que l'opération proposée de vente surveillée était légale.<sup>1205</sup>

De la citation qui précède et comme en matière civile<sup>1206</sup>, il ne suffit donc pas qu'un témoin fasse référence à l'existence d'une consultation avec son avocat ou d'un avis juridique en réponse aux questions posées par l'autre partie pour justifier la présence d'une renonciation au secret professionnel de l'avocat. La défense elle-même doit reposer (en partie) sur la consultation ou l'avis juridique obtenu et ce facteur doit être effectivement pertinent au litige posé. En l'occurrence, l'argument de la bonne foi de la GRC repose notamment sur un avis juridique reçu du ministère de la Justice. Dans la mesure où cette bonne foi est un des facteurs pertinents pour apprécier l'existence d'un abus de procédures, l'avis doit être divulgué aux accusés.

À la suite de l'arrêt *Campbell* (1999), les cours d'appel canadiennes ont eu à statuer au moins à deux autres reprises sur un arrêt de procédures demandé par suite des opérations de vente surveillée entreprises par la GRC. Dans les affaires *Creswell* (2000) et *Desabrais* (2000)<sup>1207</sup>, entendues en même temps, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est d'avis que la Couronne n'avait pas volontairement invoqué la bonne foi de la GRC en raison de l'avis juridique obtenu du

<sup>1205</sup> *Id.*, par. 70 [soulignés dans l'original].

<sup>1206</sup> *Supra* Partie III - Section B - Sous-section 1.2.1 « Dans le cadre d'une poursuite civile et administrative ».

<sup>1207</sup> *Creswell* (2000), préc., note 767; *R. v. Desabrais*, 2000 BCCA 585 (ci-après « *Desabrais* (2000) »).

Département de la Justice en ce que cette question a uniquement été soulevée en contre-interrogatoire par l'avocat de la défense. Par conséquent, il n'est pas possible de conclure à une renonciation par implication au secret professionnel se rattachant à l'avis juridique obtenu<sup>1208</sup>. Cela étant, même en l'absence d'une renonciation (implicite), l'avis juridique obtenu est un élément pertinent dont il importe au juge de prendre en considération afin de statuer sur une demande d'arrêt des procédures<sup>1209</sup>. Par conséquent, il y a lieu d'ordonner la divulgation de l'avis juridique d'abord au juge du procès qui décidera ensuite de la mesure dans laquelle certaines parties de ce dernier doivent être communiquées à l'accusé pour garantir son droit à une défense pleine et entière<sup>1210</sup>.

Nous garderons à l'esprit que l'arrêt *Campbell* (1999) avait été rendu avant les « grands arrêts » qui ont hissé, au cours des vingt dernières années, le droit au respect du secret professionnel de l'avocat au rang d'un principe de justice fondamentale<sup>1211</sup>. Des commentateurs s'attendent dorénavant à un fardeau de preuve encore plus onéreux avec la constitutionnalisation du secret professionnel de l'avocat en tant que principe de justice fondamentale<sup>1212</sup>.

Outre le fait pour le détenteur du privilège d'alléguer l'obtention d'un avis juridique pour justifier sa conduite – motif qui recoupe avec ce qui justifie la levée du privilège en matière civile –, l'une des occasions – relativement fréquentes – justifiant une renonciation au secret professionnel de l'avocat dans le cadre d'une poursuite criminelle ou pénale se présente lorsqu'un accusé invoque l'incompétence ou l'assistance inefficace de son avocat, ou impute une faute à son avocat, que ce soit comme un motif d'appel ou de retrait du plaidoyer de culpabilité. Citant avec approbation *McCormick on Evidence*, la Cour d'appel de l'Ontario, dans *R. v. D.* (1982), nous décrit ce qui est

---

<sup>1208</sup> *Creswell* (2000), préc., note 767, par. 58; *Desabrais* (2000), préc., note 1207, par. 8.

<sup>1209</sup> *Creswell* (2000), préc., note 767, par. 59 (« (...) whether the police acted with the approval of the Department of Justice or in defiance of their legal advice is a factor which may persuade the trial judge that the behaviour of the police in undertaking the illegal activities in question was such as to shock the conscience of the community and thus to entitle the respondent to a stay of proceedings. »); *Desabrais* (2000), préc., note 1207, par. 10 et 11.

<sup>1210</sup> *Creswell* (2000), préc., note 767, par. 60; *Desabrais* (2000), préc., note 1207, par. 11.

<sup>1211</sup> *Supra* Partie I - Section B « Évolution normative du secret professionnel du juriste en droit canadien ».

<sup>1212</sup> MAHMUD (2003), préc., note 446, 240 :

Currently, questions of waiver of privilege are not consistently approached on this basis. However, it can be expected that the constitutionalization of the privilege will have the effect of making it that much harder to establish waiver in particular cases. In both civil and criminal cases, disputes over waiver of privilege often involve inadvertent disclosure of privileged materials or waiver by implication (*i.e.*, by conduct). Historically the law in this area has been murky and has long presented a trap for the unwary. The constitutionalization of privilege offers the hope of greater clarity in this area of the law, through a re-examination of the traditional doctrines in light of constitutional principles.

à l'origine considéré non pas en tant qu'une renonciation par implication, mais la nécessité de reconnaître une exception au secret professionnel dans la mesure nécessaire pour permettre à l'avocat à qui est reprochée une faute de se défendre adéquatement contre les allégations :

[66] Dean Wigmore states that when the client alleges a breach of duty by the attorney the privilege is waived as to all communications relevant to that issue: 8 *Wigmore on Evidence*, (McNaughton Rev.), p. 638. In *McCormick on Evidence*, 2<sup>nd</sup> ed., the author states at p. 191:

As to what is a controversy between lawyer and client the decisions do not limit their holdings to litigation between them, but have said that *whenever the client, even in litigation between third persons, makes an imputation against the good faith of his attorney* in respect to his professional services, the curtain of privilege drops so far as necessary to enable the lawyer to defend his conduct. Perhaps the whole doctrine that in controversies between attorney and client the privilege is relaxed, may best be based upon the ground of practical necessity that if effective legal service is to be encouraged the privilege must not stand in the way of the lawyer's just enforcement of his rights to be paid a fee and to protect his reputation. The only question about such a principle is whether in all cases the privilege ought not to be the same qualification, that it should yield when the evidence sought is necessary to the attainment of justice.<sup>1213</sup>

Nous avons vu plus haut que selon les règles de procédure de certaines provinces canadiennes de *common law*, une telle renonciation doit être explicite<sup>1214</sup>. Dans d'autres juridictions, les tribunaux considèrent qu'il y a renonciation implicite chaque fois que l'accusé invoque, notamment comme un des motifs d'appel, l'incompétence de son avocat, mais seulement à l'égard des renseignements qui sont (absolument) nécessaires pour permettre à l'avocat de se défendre contre ces allégations<sup>1215</sup>. Cette incompétence ou assistance ineffective peut en effet se présenter sous des formes diverses, depuis les pressions indues exercées pour que l'accusé plaide coupable<sup>1216</sup> jusqu'au refus d'introduire une défense ou de présenter un argument de droit<sup>1217</sup>. Cette renonciation implicite autorise l'avocat à donner sa version des faits par rapport à ces points

---

<sup>1213</sup> *R. v. D.*, [1982] 138 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 221, 66 C.C.C. (2<sup>e</sup>) 13, par. 66 (Ont. C.A.) [ci-après « *R. v. D.* (1982) »].

<sup>1214</sup> *Supra* Partie III - Section B - Sous-section 1.1 « Renonciation explicite ».

<sup>1215</sup> *R. v. Meer*, 2015 ABCA 340, par. 25 (« Most important, solicitor-client privilege is waived with respect to all communications relevant to the incompetence allegations (...) »); *R. v. Hobbs*, 2009 NSCA 90 [ci-après « *Hobbs* (2009) »], par. 21 et 22; *Boucher v. R.*, 2021 CanLII 27332 (NB C.A.), par. 14 (« ... this does not mean that all communications between the lawyer and the client must necessarily be waived. The lawyer will have to determine the nature and extent of the disclosure that is necessary for her to make in defending herself against the allegations of ineffectiveness in this particular matter. »); *Ghazi c. R.*, 2020 QCCS 489 [ci-après « *Ghazi* (2020) »].

<sup>1216</sup> *Harich* (1979), préc., note 1119; *Ghazi* (2020), préc., note 1215.

<sup>1217</sup> *Hobbs* (2009), préc., note 1215, par. 6 (« ... At trial Mr. Hobbs' counsel did not raise any arguments relating to s. 8 of the *Charter*. As a result, Mr. Hobbs has been greatly prejudiced by this failure. Mr. Hobbs had a reasonable expectation of privacy with respect to the contents of his luggage, save and except for searches for items that could be used to jeopardize the security of the aircraft. The monies found in his luggage were not such items. »).



litigieux ainsi que la partie adverse à contre-interroger l'accusé sur le contenu des communications confidentielles.

Cette renonciation est dite par implication puisqu'elle peut être reconnue indépendamment de la volonté explicitement exprimée par l'accusé de ne pas renoncer à son droit au respect du secret professionnel. Dans l'affaire *R. v. N.N.H.* (2021)<sup>1218</sup>, la Cour provinciale de la Colombie-Britannique devait statuer sur l'existence d'une renonciation – implicite – au secret professionnel de l'avocat de la part d'un accusé qui demande à la Cour de retirer son plaidoyer de culpabilité, et ce, tout en refusant expressément d'invoquer l'assistance inefficace de son ancien avocat. Dans sa déclaration assermentée au soutien de cette demande (de retrait), l'accusé, aux prises avec plusieurs troubles mentaux et conditions handicapantes, n'allègue pas expressément l'incompétence professionnelle de son ancien procureur, mais plutôt avoir accepté la suggestion de celui-ci un peu malgré lui :

7. When Mr. Jones talked to me about this case, he told me there was a deal worked out which was very good for me. He again wanted me to plead guilty. I did not want to do that. I wanted to have a trial. He told me to the effect of you can have a trial but I won't be there with you. I felt boxed in and that I had to do what he told me. I was not aware I could get another lawyer because he was the only lawyer I had dealt with and he was assigned to me.<sup>1219</sup>

Devant le refus explicite de l'accusé, la Cour est d'avis que le tribunal ne peut pas « ordonner », sans le consentement de l'accusé, que ce dernier renonce expressément au privilège du secret professionnel de l'avocat. Cela étant, la Cour est d'avis que l'intérêt de la justice et celui de l'accusé (pour prévenir une condamnation injustifiée) militent en faveur d'une divulgation des communications avocat-client afin de permettre au tribunal d'apprécier, au regard de circonstances objectives, la décision de l'accusé d'accepter la proposition de son ancien procureur de plaider coupable à l'infraction qui lui était reprochée :

[54] The core issues go to the guilt of N.N.H., as he has already pled guilty. That is, there is a genuine risk of a wrongful conviction if N.N.H. is correct that he should be allowed to withdraw his guilty plea (which would reinstate the presumption of innocence for N.N.H.), but he is unsuccessful in his application to do so because the Court was unable to assess N.N.H.'s evidence regarding his decision to plead guilty on June 19, 2020 and his claim about what his subjective and fully informed choice would have been as measured against objective circumstances.<sup>1220</sup>

---

<sup>1218</sup> *R. v. N.N.H.*, 2021 BCPC 127.

<sup>1219</sup> *Id.*, par. 9.

<sup>1220</sup> *Id.*, par. 54.

Par conséquent, il y a eu bel et bien renonciation – implicite – au droit à la protection du secret professionnel de l’avocat, mais seulement quant aux communications pertinentes à ce qui a mené au plaidoyer de culpabilité<sup>1221</sup>.

Un co-accusé peut aussi être considéré comme ayant renoncé par implication au secret professionnel de l’avocat lorsqu’il impute une conduite fautive à son avocat en contre-interrogatoire sans nécessairement l’avoir soulevé lors de son interrogatoire principal. Dans l’affaire *R. v. D.* (1982)<sup>1222</sup>, un des co-accusés a témoigné, en contre-interrogatoire, que son ancien avocat lui aurait proposé de témoigner contre ses deux co-accusés dans un procès pour meurtre en échange d’une accusation moindre de complicité après les faits. Il ressort des extraits suivants de son contre-interrogatoire que l’ancien avocat lui aurait suggéré de mentir sous serment pour pouvoir négocier avec la Couronne, notamment en plaidant coupable à une infraction moindre :

Q. Okay. And each of those deals, you get nothing, six or eight months, the deal was you had to be sure and implicate these two gentlemen; isn’t that right?

A. Yeah.

Q. The evidence had to dovetail, had to match?

A. Um-hmm.

Q. Except for that part of the evidence that affected you; right?

A. I told Thompson that I would not lie.

Q. All right.

A. I’m not lying.

Q. Did he want you to lie?

A. Yeah, I think he did.

Q. Your lawyer wanted you to lie about this; is that what you are saying?

A. On another occasion, yeah.

Q. Do you think Mr. Thompson will back you on that?

A. I don’t know if he would.

---

<sup>1221</sup> Voir aussi *Ghazi* (2020), préc., note 1215, par. 18 (« Le même principe s’applique aussi lorsque le délinquant, sans formellement remettre en cause la compétence de son procureur, fait des affirmations qui s’apparentent à une allégation d’incompétence. »).

<sup>1222</sup> *R. v. D.* (1982), préc., note 1213.

HIS LORDSHIP: Just rephrase your question, Counsel, and don't argue with the witness, please.

MR. DUCHARME: Q. Mr. Thompson, your former lawyer, wanted you to lie; is that right?

A. In so many words, yeah.<sup>1223</sup>

D'une part, l'affirmation du témoin sur les circonstances entourant ses pourparlers avec la Couronne est susceptible de miner la crédibilité de son témoignage et partant, de jeter un doute (raisonnable) sur la culpabilité des autres co-accusés. D'autre part, la crédibilité de cette affirmation doit être vigoureusement testée en permettant à l'avocat à qui est reprochée une fraude de se défendre et de s'expliquer. Que cet « aveu » ait été extirpé seulement en contre-interrogatoire et en réponse aux questions suggestives posées n'invaliderait pas, pour la Cour d'appel de l'Ontario, la validité d'une renonciation par implication nécessaire pour permettre à l'avocat incriminé de s'expliquer<sup>1224</sup>. Incidemment, l'arrêt *R. v. D.* (1982) serait aussi le premier jugement où une cour canadienne d'appel évoque l'opportunité de lever le secret professionnel dans les cas où la divulgation pourrait aider à prouver l'innocence d'un accusé. De l'avis de la Cour d'appel de l'Ontario, « [n]o rule of policy requires the continued existence of the privilege in criminal cases when the person claiming the privilege no longer has any interest to protect, and when maintaining the privilege might screen from the jury information which would assist an accused »<sup>1225</sup>. Il ne s'agit cependant pas d'une levée du privilège dans le but exclusif de permettre à un co-accusé de se défendre, mais par ailleurs pour permettre à son avocat de s'expliquer dans un contexte où il pourrait avoir un risque de fraude susceptible d'en nier la protection de toute façon. Certes, dans la mesure où les intérêts d'un co-accusé bénéficiaire du privilège risquent d'être affectés par l'ordonnance de divulgation, la balance des inconvénients n'est pas évidente. En l'occurrence toutefois, le co-accusé bénéficiaire du droit au secret professionnel de l'avocat ayant été acquitté,

a balancing of interests at a new trial of the appellants favours the admission of the communications of Bray to his former solicitors, notwithstanding that privilege initially attached to the communications (and even if, contrary to the view I have expressed, the privilege was not lost by Bray's imputation of fraud against his former solicitors), where the admission of the communications assists the appellants in resisting the allegations made against them.<sup>1226</sup>

---

<sup>1223</sup> *Id.*, par. 67.

<sup>1224</sup> *Id.*, par. 69 à 71.

<sup>1225</sup> *Id.*, par. 80.

<sup>1226</sup> *Id.*, par. 82.

Dans l'affaire *R. v. D.* (1982), la Cour d'appel de l'Ontario arrive donc au même résultat (levée du privilège) que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans les affaires *Creswell* (2000) et *Desabrais* (2000). Alors que la première conclut à la suffisance d'une renonciation « provoquée » en contre-interrogatoire, les juges de la Colombie-Britannique hésitent à entériner cette possibilité tout en concédant la pertinence de l'avis juridique obtenu à la question en litige (arrêt des procédures et, par ricochet, l'innocence de l'accusé).

Enfin, la décision *Estrella Llana* (2019)<sup>1227</sup>, de la Cour du Québec, illustre l'interrelation intéressante entre, d'une part, les demandes de divulgation de type *O'Connor* (documents en la possession des tiers) ou *Stinchcombe/McClure* (documents en la possession de la Couronne) et, d'autre part, la renonciation implicite au secret professionnel. L'accusé, faisant face à deux chefs d'accusation pour agression sexuelle grave, cherchait à obtenir l'ensemble des documents pertinents aux accusations et qui sont en la possession du bureau d'avocats qui avait rédigé et transmis aux enquêteurs les déclarations des victimes présumées. Il désirait plus particulièrement connaître le contenu des projets de déclarations (*draft statements*) que l'avocat avait préparés à la demande des victimes. Ses deux demandes de divulgation, tant de type *O'Connor* que *McClure*, ont échoué après que le tribunal a pris connaissance des documents en question et statué sur leur caractère privilégié. L'accusé invoque alors l'existence d'une renonciation implicite au secret professionnel par au moins une des victimes, lorsque cette dernière, qui avait témoigné à l'enquête préliminaire, a accepté à la demande de l'accusé de vérifier si elle avait toujours en sa possession une copie du projet de déclaration initial qu'avait rédigé son avocat avant la version officielle transmise aux enquêteurs. Cette acceptation n'est toutefois pas suffisante, aux yeux du tribunal, pour emporter une renonciation au secret professionnel :

[16] Indeed, except the fact that he agreed to look if he still had a copy of the draft statement, he didn't reveal, release or refer to any content of it nor did he rely on it to explain his position or to justify an action. He didn't disclose favourable part of it and concealed the rest. Therefore, no implied waiver could be inferred from his conduct or from his answer.<sup>1228</sup>

Indépendamment de l'existence du secret professionnel, les différents projets, ébauches et versions antérieures d'un document présenté en cour n'ont, en règle générale, pas à être communiqués à la défense, à moins que cette dernière ne démontre leur pertinence (manifeste). La simple curiosité

---

<sup>1227</sup> *Estrella Llana* c. *R.*, 2019 QCCQ 3011 (ci-après « *Estrella Llana* (2019) »).

<sup>1228</sup> *Id.*, par. 16.

ne suffit pas. Il est intéressant de relever que dans au moins une décision<sup>1229</sup>, la Cour du Québec a d'abord justifié son rejet de la requête de type *O'Connor* présentée par la défense sous l'angle de la pertinence<sup>1230</sup>, avant d'ajouter, à titre subsidiaire, que les mêmes renseignements demandés seraient protégés par le secret professionnel de l'avocat en ce qu'il s'agit des échanges de l'enquêteur avec le Service d'entraide internationale (SEI) du ministère de la Justice du Canada<sup>1231</sup>, lequel « est en fait un bureau d'avocats dont les membres font exclusivement un travail juridique »<sup>1232</sup>.

\*\*\*

De ce qui précède, l'intérêt le plus susceptible de justifier l'existence d'une renonciation par implication dans le cadre d'une poursuite criminelle et pénale, est bien le droit d'une partie à une défense pleine et entière en réponse aux allégations qui peuvent lui porter préjudice ainsi que l'intérêt de la partie adverse à la découverte de toute la vérité. Il s'agit de préoccupations qui chevauchent ce qui justifie la levée du secret professionnel par implication en matière civile. Dépendamment de la nature des enjeux (p. ex. conséquences d'une éventuelle déclaration de culpabilité pour des co-accusés ou poursuite en discipline pour l'avocat fautif), une renonciation peut être décrétée par implication malgré un refus explicite du détenteur du privilège. De telles renonciations par implication sont surtout reconnues dans les cas où l'intérêt à la découverte de la vérité chevauche des préoccupations similaires à ce qui justifie l'application de l'exception relative au crime ou à la fraude projetée, à cette différence près que la gravité de la conduite reprochée n'atteint pas nécessairement un seuil criminel ou frauduleux.

### **1.2.3. Dans le cadre d'une poursuite disciplinaire**

La question de la renonciation, explicite ou implicite, au secret professionnel de l'avocat se pose plus rarement dans le cadre de procédures disciplinaires, en ce que le pouvoir de prendre connaissance des renseignements confidentiels concernant les clients des professionnels

---

<sup>1229</sup> *Agence du revenu du Québec c. Viau*, 2022 QCCQ 5784.

<sup>1230</sup> *Id.*, par. 27 (« Obliger le poursuivant à divulguer les différentes versions de la demande d'entraide et des courriels qui en discutent ne présente aucune utilité pour la conduite de la défense, que ce soit pour répondre aux accusations portées, présenter une défense ou un moyen de défense, attaquer la crédibilité des témoins ou encore de prendre des décisions relatives au déroulement du procès. »).

<sup>1231</sup> *Id.*, par. 30 (« De plus, même si le Tribunal en était arrivé à la conclusion que les courriels sont manifestement pertinents, le privilège de l'avocat invoqué n'aurait pas permis la divulgation. »).

<sup>1232</sup> *Id.*, par. 31.

règlementés est inhérent à la mission du syndic<sup>1233</sup>. Ou plutôt, c'est comme si les clients qui font affaires avec des professionnels réglementés ont accepté, de ce fait, que toute communication éventuellement confidentielle puisse être examinée par l'œil scrutateur du syndic dont le mandat participe de la mission de protection du public. Cette mission peut se comprendre comme étant (toujours) à l'avantage du détenteur du privilège, même au détriment du professionnel sous enquête, de sorte que, soit le détenteur du privilège y a renoncé explicitement en révélant de sa propre initiative des échanges *a priori* confidentiels, soit serait prêt à le faire (par implication) en portant plainte.

En revanche, l'opinion juridique ou les communications confidentielles entre le professionnel visé par l'enquête disciplinaire et ses conseillers juridiques, tout comme celles ayant lieu entre le syndic et les conseillers juridiques de ce dernier, demeurent protégées par le secret professionnel de l'avocat à moins qu'il n'y ait une renonciation par implication, appréciée suivant les mêmes paramètres que dans le cadre d'une instance civile<sup>1234</sup>. Ces communications confidentielles peuvent notamment comprendre les coûts d'honoraires professionnels assumés par le syndic dans le cadre d'une poursuite disciplinaire<sup>1235</sup>.

Tout comme en matière criminelle<sup>1236</sup>, lorsqu'un professionnel poursuivi par le syndic allègue le défaut d'explications et les pressions indues de la part de son ancienne avocate à l'appui de sa demande de révocation du plaidoyer de culpabilité dans l'instance disciplinaire, il y a renonciation implicite au secret professionnel<sup>1237</sup>; il n'est plus permis au Conseil de discipline de simplement tirer une inférence défavorable de ce refus « stratégique » de ne pas faire témoigner son ancienne avocate « lorsque des communications protégées deviennent un fait juridique important en raison des allégations de la partie qui les invoque »<sup>1238</sup>. Des litiges peuvent encore survenir lorsque le syndic ou un ordre professionnel invoque, à son bénéfice, le secret professionnel de l'avocat consulté dans le cadre de l'enquête ou de sa prise de décision d'intenter ou non une poursuite à l'égard des professionnels visés. À cet égard, la mission spéciale du syndic ou des comités

---

<sup>1233</sup> *Supra* Partie II - Section B - Sous-section 3.4.1 « Devant le conseil de discipline ».

<sup>1234</sup> Voir notamment *Law Society of Saskatchewan v. Robertson Stromberg*, [1994] 124 Sask. R. 259, 119 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 551, 1994 CanLII 4931 (Q.B.). Sur les critères balisant une renonciation implicite en matière civile, voir *supra* Partie III - section B - Sous-section 1.2.1 « Dans le cadre d'une poursuite civile ou administrative ».

<sup>1235</sup> *Chauvelot c. Barreau du Québec*, 2015 QCCA 61.

<sup>1236</sup> *Supra* Partie III - Section B - Sous-section 1.2.2 « Dans le cadre d'une poursuite criminelle et pénale ».

<sup>1237</sup> *Chagnon c. Maurer*, 2018 QCCA 1287, par. 14 et 15.

<sup>1238</sup> *Id.*, par. 18.

d'enquête ne justifie pas, au nom de l'impartialité, de la transparence et de l'équité, une renonciation par implication au secret professionnel<sup>1239</sup>. À moins d'allégations particularisées de mauvaise foi, de partialité ou d'abus de procédure, le pouvoir discrétionnaire et l'indépendance de la poursuite font généralement obstacle à une divulgation de l'avis juridique reçu.

#### 1.2.4. Dans le cadre d'une action collective

Dans le contexte d'actions collectives, les « membres inscrits » au groupe pour lequel l'autorisation a été accordée sont considérés comme ayant renoncé, partiellement, à certains des renseignements *a priori* couverts par le secret professionnel de l'avocat. En tant que « demandeurs collectifs », ils renoncent par implication à certains renseignements dans la mesure nécessaire pour permettre à l'autre partie une défense pleine et entière. Ces renseignements peuvent comprendre notamment :

- le nom des membres du groupe qui ne s'en sont pas exclus (*opted out*), ce qui permettrait au défendeur de demander divulgation de la liste des membres faisant partie du groupe<sup>1240</sup>;
- les habitudes et expériences de consommation de cigarettes des membres d'une action collective en dommages intentée contre les sociétés de tabac<sup>1241</sup>.

Dans l'affaire *Conseil québécois sur le tabac et la santé* (2010), la Cour supérieure du Québec est d'avis qu'en remplissant et en envoyant le questionnaire disponible sur le site web des procureurs des demandeurs pour s'inscrire dans le groupe représenté par une action collective contre les grandes sociétés de tabac, les individus ne devaient pas avoir l'intention de garder ces renseignements confidentiels : « Il est difficile d'imaginer, dans un recours collectif basé sur les dommages causés par la cigarette, qu'il était l'intention des membres que leurs habitudes et expériences comme fumeurs demeurent secrètes. (...) Le secret professionnel n'empêcherait donc pas la divulgation de l'information »<sup>1242</sup>.

---

<sup>1239</sup> *Johar and others v. College of Veterinarians of BC and another* (No. 2), 2021 BCHRT 40, par. 25 à 29.

<sup>1240</sup> *Belley* (2018), préc., note 922.

<sup>1241</sup> *Conseil québécois sur le tabac et la santé* (2010), préc., note 923, par. 21.

<sup>1242</sup> *Id.*, par. 21.

Une telle renonciation implicite ne vaudrait cependant que pour les « membres inscrits » qui auraient volontairement divulgué certaines informations aux procureurs en demande sans une garantie de confidentialité. Dans les mots de la Cour d’appel du Québec :

[42] ... counsel’s position presents an internal contradiction. How can he maintain that members who registered had an expectation that their identity remain secret when, at the authorization stage, he filed a list of potential members who had contacted him directly or other attorneys in a related prior case seeking class action authorization? Moreover, as indicated, the notice he published inviting members to contact him makes no mention that their identity will be kept in confidence. Clearly, class counsel did not consider that members, by registering, had an expectation of confidentiality. I do not believe on balance that members who registered held any such belief either.<sup>1243</sup>

Sans faire l’objet d’une définition formelle par le droit ou le *Code de procédure civile*, l’expression « membres inscrits » renvoie, au fil des jugements, « tantôt [aux] membres dont les noms apparaissent sur la liste des membres connus d’un groupe produite avec la requête en autorisation, tantôt [à] ceux qui se sont inscrits, par Internet ou autrement, auprès des avocats du représentant d’un groupe »<sup>1244</sup>. La pertinence de cette distinction dépend cependant ... des circonstances. Dans l’arrêt *Filion* (CA – 2015), la Cour d’appel du Québec a rappelé l’importance de l’anonymat dans le cadre d’une action collective. Tous les membres du groupe qui en bénéficient, qu’ils soient ou non inscrits et à l’exclusion du représentant et de l’intervenant,

n’ont pas à s’impliquer dans les procédures jusqu’à l’étape du recouvrement (lorsque le jugement prévoit la liquidation individuelle des réclamations ou la distribution d’un montant à chacun des membres), ils n’ont pas à en supporter les coûts (en argent, en temps et en énergie) et, enfin, ils n’ont pas à retenir les services d’un avocat, et ce, tout en disposant d’un droit à l’indemnité de réparation en cas de succès.<sup>1245</sup>

Cela étant, le principe de l’anonymat semble plutôt relatif. Trois ans plus tard, la Cour d’appel du Québec nuance la position énoncée dans *Filion* (2015) en relevant que l’anonymat des membres découle moins d’un principe consacré en droit des actions collectives que de la nature même des actions collectives :

[43] (...) I question whether there exists (...) a principle of anonymity of members in a class action. Rather, anonymity of class members is merely a consequence of the nature of class proceedings and the procedural dynamic in which they are conducted. Indeed, it is the difficulty or impracticability to contact and obtain mandates from individuals that is one of the criteria for the authorization of class proceedings. There is no proof or other reason to conclude that the possibility that “registered” class members might be deposed pre-trial by the Respondent would inhibit them from coming forward. It

<sup>1243</sup> *Belley* (2018), préc., note 922, par. 42.

<sup>1244</sup> *Filion c. Québec (Procureure générale)*, 2015 QCCA 352, par. 21 [ci-après « *Filion* (CA – 2015) »].

<sup>1245</sup> *Id.*, par. 32.



merits repeating that the rule is that court proceedings are open and parties have a right to access relevant information. [souligné dans l'original]<sup>1246</sup>

Quelle serait la relation professionnelle entre l'avocat en demande d'une action collective et les « membres non inscrits » ? La Cour supérieure du Québec, en accédant à la demande interlocutoire de la défense dans l'affaire *Filion* (CS – 2014)<sup>1247</sup>, était d'avis que leur relation professionnelle avec l'avocat en demande ne s'est pas (encore) cristallisée, de sorte qu'ils demeurent « des témoins qui n'appartiennent à personne »<sup>1248</sup> et que la défense pourra rencontrer hors la présence des avocats de la demande en vue de la préparation de l'audition au mérite, aux conditions et selon les modalités prescrites par le tribunal<sup>1249</sup>. Cette position a été critiquée en appel, notamment aux motifs que « [l]e statut de ces membres [non inscrits] est (...) au même titre que celui de tous les membres du groupe, “bien près” de celui d'une partie à l'instance »<sup>1250</sup>.

Une zone grise perdure donc à l'égard de la portée du secret professionnel entre l'avocat de la partie demanderesse et les membres du groupe, de même que, le cas échéant, la mesure dans laquelle il conviendrait de reconnaître une renonciation par implication des membres « inscrits » à l'égard de certains renseignements utiles à la défense des grandes sociétés poursuivies. Ce qui est plus certain, c'est que la notion de renonciation par implication commence à faire son chemin dans les procédures en action collective, et ce, toujours au nom du droit à une défense pleine et entière même en matière civile.

### 1.3. Renonciation partielle ou restreinte

Qu'elle soit explicite ou par implication, une renonciation au secret professionnel peut encore être partielle ou restreinte. Le qualificatif « partielle » fait ici référence aux fins pour lesquelles une renonciation a été donnée, plutôt qu'à la possibilité de renoncer à une partie seulement des communications pertinentes qui sont *a priori* protégées, ce dernier cas de figure emportant le risque de faire obstacle à la découverte de la vérité sur la base d'une preuve complète :

[68] Once the otherwise privileged document is disclosed the privilege that would apply to other communications between the solicitor and client as to the same subject matter is waived, (...) Otherwise a party could engage in selective and self-serving disclosure in respect of a particular topic, disclosing

---

<sup>1246</sup> *Belley* (2018), préc., note 922, par. 43.

<sup>1247</sup> *Filion c. Québec (Procureure générale)*, 2014 QCCS 3294 [ci-après « *Filion* (CS – 2014) »].

<sup>1248</sup> *Id.*, par. 59(f).

<sup>1249</sup> *Id.*, par. 66.

<sup>1250</sup> *Filion* (CA – 2015), préc., note 1244, par. 55.

only those privileged documents that support the position of the party and not disclosing those communications that do not.<sup>1251</sup>

Quelques exemples permettent d'illustrer la possibilité d'une renonciation à certaines fins déterminées. Par exemple, la Cour d'appel du Royaume-Uni avait décidé qu'une renonciation au caractère protégé de certains documents pour faciliter une enquête criminelle n'emporte pas une renonciation des mêmes documents aux fins des procédures civiles<sup>1252</sup>. Dans le contexte canadien, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a précisé qu'« [a] waiver of privilege for any reason connected with litigation (...) will not necessarily amount to a general waiver for all purposes »<sup>1253</sup>.

Plus proche de nous, la *common law* relative à l'engagement implicite de confidentialité empêche aux parties à un litige civil de contourner le droit constitutionnel au silence d'un accusé en utilisant les documents que ce dernier aurait produits ou les réponses obtenues dans une instance civile pour toute autre fin que la recherche de la justice dans la même instance, notamment pour faciliter l'enquête criminelle ou obtenir une déclaration de culpabilité dans l'instance criminelle. En d'autres termes, une renonciation au secret professionnel au stade des interrogatoires préalables dans le cadre d'une instance civile n'emporte pas sa renonciation à d'autres fins, dans la mesure où les renseignements obtenus n'auraient pas autrement été divulgués en audience publique<sup>1254</sup>. Pareil engagement implicite de confidentialité est reconnu en ce qui concerne la preuve ou l'information obtenue lors de l'interrogatoire préalable en vertu du *Code de procédure civile du Québec*<sup>1255</sup>. Il s'agit d'une règle de procédure qui, en encourageant une divulgation complète de la preuve pertinente au stade des interrogatoires préalables, permet d'éviter les litiges par embuscade, facilite

---

<sup>1251</sup> *S.C.L. v. Ontario*, [2004] 70 O.R. (3<sup>e</sup>) 224, 2004 CanLII 14107 (S.C.), par. 68. Voir aussi *Guelph* (2004), préc., note 1045, par. 101 (« (...) that remains a choice for Guelph. If it wishes to rely on the receipt of legal advice to explain itself, subject-matter waiver will apply to the entirety of the solicitors' files. »).

<sup>1252</sup> *British Coal Corp. v. Dennis Rye (No. 2)*, [1988] 3 All E.R. 816 (C.A.) (« It was contrary to public policy for the disclosure of privileged documents in criminal proceedings to constitute a waiver of the privilege attached to the documents in civil proceedings. »)

<sup>1253</sup> *Clark Wilson* (2014), préc., note 1118, par. 31. Dans le même ordre d'idées, une divulgation limitée au fisc pour faciliter une vérification fiscale ne vaut pas renonciation du privilège à d'autres fins : *Interprovincial Pipe Line Inc. c. M.R.N.*, [1996] 1 C.F. 367. Aussi, une divulgation mandatée par la loi de certains renseignements aux auditeurs financiers d'une société publique ne constitue pas une divulgation volontaire des renseignements protégés qui emporterait la perte définitive du privilège : *Philip Services Corp. v. Ontario Securities Commission*, [2005] 77 O.R. (3<sup>e</sup>) 209, 2005 CanLII 30328 (Ont. S.C.D.C.), par. 56 et 57.

<sup>1254</sup> *Juman c. Doucette*, 2008 CSC 8, [2008] 1 R.C.S. 157.

<sup>1255</sup> *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743, par. 78. Voir toutefois Léo DUCHARME, « La proclamation de l'existence en droit québécois de la règle de common law de l'engagement implicite de confidentialité : *Lac d'amiante*, une décision erronée », (2000) 79-3 *R.B. can.* 435.

les règlements et augmente l'efficacité des procès<sup>1256</sup>. Cette protection cesse lorsque les renseignements sont divulgués en audience publique, perdant alors leur qualité protégée (sous-section 3.2 « Qui n'est pas déjà rendu public »)<sup>1257</sup>. Ou encore, une renonciation devient complète lorsqu'une partie divulgue volontairement les renseignements ou témoignages obtenus lors de son propre interrogatoire préalable<sup>1258</sup>.

Le plus souvent, une renonciation considérée comme partielle l'est lorsque seule une partie des communications protégées serait pertinente ou se rapporte au litige, les autres renseignements non pertinents demeurant couverts par l'immunité de divulgation. Les tribunaux peuvent donc autoriser un contre-interrogatoire qui soit restreint au contenu des déclarations sous serment qui seul fait l'objet d'une renonciation<sup>1259</sup>, plutôt qu'à l'égard de l'ensemble des communications intervenues entre un avocat et son client. À défaut pour le bénéficiaire du privilège de distinguer l'ensemble des informations qui seraient *a priori* pertinentes (à un stade précoce des procédures), il est loisible au tribunal de réserver son droit de demander l'exclusion « des informations spécifiquement décrites, pour raison de secret professionnel ou d'un autre privilège »<sup>1260</sup>.

Enfin, si le détenteur du privilège souhaite se prévaloir de son droit à une renonciation limitée à certaines fins seulement (p. ex. dans un esprit de collaboration avec la justice pour une instance particulière), il lui incombe de prendre les mesures nécessaires pour en limiter la portée au moment où la renonciation a été formulée, par exemple en restreignant en temps opportun la publicité des renseignements divulgués. Le défaut de ce faire peut s'avérer irrémédiable lorsque les

---

<sup>1256</sup> *Silver Wheaton Corp. c. La Reine*, 2019 CCI 170, par. 43.

<sup>1257</sup> Ce qui n'est pas toujours le cas des documents ou déclarations faites au cours d'interrogatoires préalables, lesquels ne font partie du dossier (public) de la cour que dans la mesure où l'une des parties décide de les y verser. Le cas échéant, le contenu de l'interrogatoire préalable n'est rendu public que dans la mesure où sa production dans le cadre de la même instance civile ne soit pas assujettie à une ordonnance de mise sous scellés ou d'autres ordonnances de confidentialité; voir par exemple : *Bergeron c. Tremblay*, 2012 QCCA 1301.

<sup>1258</sup> cf. *Schober v. Tyson Creek Hydro Corporation*, 2014 BCCA 12.

<sup>1259</sup> *McDonnell v. Langret Investments, S.A.*, (1998) 106 B.C.A.C. 46, par. 17 (« In the case at bar, it is my opinion that Mr. McDonnell has waived his privilege with respect to the communications, both written and oral, with Heather Ferris set out in his affidavit, as it is he who has put the communications into question. With respect to other communications not in issue, the privilege would remain. As a result, in my view, the assertion of Mr. McLean that any further evidence given by Ms. Ferris would place her in breach of her solicitor-client obligations is not entirely accurate. If she were to be examined, she would only be allowed to be examined on the evidence arising out of the affidavits of Mr. McDonnell and Mr. Child. Therefore, the question of privilege is not a bar to granting an order to have Ms. Ferris examined. »).

<sup>1260</sup> *Beaulieu* (2021), préc., note 932, par. 109.

renseignements auront été, entretemps, relégués dans le domaine public, rendant inefficace toute autre ordonnance de confidentialité ou de non-publication demandée après coup<sup>1261</sup>.

#### 1.4. Renonciation par procuration

Les tribunaux canadiens sont généralement réticents à permettre une renonciation par procuration à une liberté ou droit fondamental<sup>1262</sup>. Cela étant, certains juges acceptent qu'une renonciation au secret professionnel puisse être faite par un avocat au nom de son client (1.4.1) ou par une autre personne que le détenteur du privilège dans les cas d' « absolue nécessité », dont le décès (1.4.2).

##### 1.4.1. Par l'avocat agissant au nom de son client

Si le secret professionnel appartient au client et que des tribunaux peuvent insister sur la nécessité qu'une renonciation provienne du client et non de l'avocat<sup>1263</sup>, certaines décisions reconnaissent qu'une renonciation peut être faite par l'avocat dûment autorisé par son client<sup>1264</sup>, ou encore être inférée de la conduite de l'avocat agissant au nom de son client<sup>1265</sup>. Pour la Commission à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, « [l]egal advisors have the ostensible authority to bind the client to any matter which arises in or is incidental to the litigation, and that ostensible authority extends to waiver of the client's privilege »<sup>1266</sup>.

Cette situation survient notamment lorsque la partie bénéficiaire du privilège assigne son avocat comme témoin, que le contenu du témoignage touche à la consultation donnée ainsi qu'aux

---

<sup>1261</sup> *R. c. Lehoux*, 2014 QCCS 3893, par. 22 à 25.

<sup>1262</sup> Voir sur cette question Karine MILLAIRE, « Les droits et libertés fondamentaux susceptibles de renonciation : une approche à repenser », (2019) 60-4 *C. de D.* 991; Maxime LAMOTHE, *La renonciation à l'exercice des droits et libertés garantis par les Chartes québécoise et canadienne*, mémoire de maîtrise, Faculté des études supérieures, Université Laval, Québec, 2006. Ainsi, la loi prévoit qu'un plaidoyer de culpabilité, équivalant à une renonciation au droit à un procès, doit être fait par l'accusé lui-même : C.cr., art. 606; *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, préc., note 185, art. 36.

<sup>1263</sup> *Ross River Dena Council v. The Attorney General of Canada*, 2009 YKSC 70, par. 8 (« Any waiver of solicitor-client privilege must come from the client and not the lawyer (...) »).

<sup>1264</sup> Voir par exemple *Canadian Airport Workers Union v. Goodwill Industries*, 2021 CanLII 36717 (ON L.R.B.), par. 29 (« One exception to solicitor-client privilege is waiver, which occurs when the client, directly or through its legal counsel, authorizes the disclosure of a communication that was intended to be confidential as between the client and counsel. »).

<sup>1265</sup> *Century Services v. Farris, Vaughan, Wills & Murphy*, 2003 BCSC 1667 [ci-après « *Century Services* (2003) »], par. 34 (« The authorities relied upon by Century share one central feature: in each case the solicitor was acting in furtherance of the interests of the client. Hence, it was the actions of the client, or actions taken on the client's behalf, that established the basis for waiver. »).

<sup>1266</sup> *Ontario (Re)* (1997), préc., note 953.

conseils juridiques prodigués (même en réponse au contre-interrogatoire de la partie adverse) sans que le détenteur du privilège ne s'y objecte en temps opportun :

I acknowledge that (...) Ms. Metherell was merely responding to questions crafted by Ms. Hale's counsel, as she was required to do (...) This is not sufficient to conclude that UBCO has waived privilege. However, this exchange is illustrative of the type of testimony that was elicited from witnesses which touched on legal consultation and advice and to which, at the time, UBCO made no objection. The failure to raise any objection to this line of questioning is somewhat inconsistent with UBCO's current position that discussions between Ms. Beck and Ms. Metherell were privileged, and explains why Ms. Hale was so surprised to be faced with the claim of privilege at the end of the hearing.<sup>1267</sup>

Dans cette affaire, le tribunal de protection des droits de la personne de la Colombie-Britannique était toutefois réticent à reconnaître l'existence d'une renonciation par procuration à la protection, si ce n'est que l'Université avait par ailleurs interrogé directement ses avocats par rapport au contenu des avis juridiques et s'était appuyée sur ces derniers pour justifier sa position :

[37] (...) in my view, UBCO has led evidence from Ms. Beck on matters of substance in the complaint and moreover evinces its intention to rely on Ms. Beck's legal opinion and advice to defend the conduct at issue in the human rights complaint. (...) By leading this evidence, most notably through legal counsel herself, I am satisfied that it cannot be fairly permitted to benefit from only partial disclosure of information related to that opinion and advice. UBCO has implicitly waived privilege over communications with Ms. Beck where those communications relate to legal advice that it has put into evidence as part of its defence to this complaint. Communications related to those issues must be disclosed.<sup>1268</sup>

Une renonciation par procuration peut aussi l'être par implication lorsque le représentant d'une partie annonce, sans objection, aux autres parties son ouverture à ce qu'un dossier *a priori* confidentiel puisse être consulté à son bureau ou que des copies en soient faites, par suite d'une demande de communication<sup>1269</sup>.

En tout état de cause, il convient de se rappeler que l'initiative de la renonciation doit émaner du client. Lorsqu'un cabinet d'avocat agit dans son propre intérêt en cédant la dette d'un de ses clients à une autre société, il n'y a pas renonciation explicite du privilège par le client à l'égard des renseignements confidentiels relatifs aux circonstances dans lesquelles la dette aurait été encourue ou à la solvabilité du client<sup>1270</sup>. Il s'agit donc d'une renonciation par procuration dûment mandatée

---

<sup>1267</sup> *Hale* (2021), préc., note 961, par. 30.

<sup>1268</sup> *Id.*, par. 37.

<sup>1269</sup> *Armstrong v. Penny*, 2021 ONSC 6646, en particulier par. 39 (« In my view, the plaintiffs cannot now refuse what Mr. Palin undertook, on their behalf to disclose. There is no evidence before the court that Mr. Palin acted without instructions or that he misspoke in his letter. »).

<sup>1270</sup> *Century Services* (2003), préc., note 1265, par. 34 à 37.

par le détenteur du privilège ou « tolérée » implicitement par ce dernier qui, en toute connaissance de cause, tarde à s'objecter à une demande ou à une ouverture à communication.

#### 1.4.2. Par le représentant personnel ou la succession du *de cuius*

Dans un contexte successoral ou d'incapacités, certaines décisions reconnaissent au représentant personnel du défunt un droit restreint de prendre connaissance, dans les limites de son mandat, des communications protégées par le secret professionnel de l'avocat du défunt. Au sein des tribunaux de première instance, ce droit est diversement formulé comme :

- celui résultant d'une renonciation implicite, par le représentant personnel au nom du *de cuius*, au droit au secret professionnel de l'avocat;
- une communication permise dans l'intérêt du détenteur originaire du privilège; ou
- dans certaines juridictions, un droit statutaire d'accès balisé par le législateur.

Quoiqu'il soit reconnu que le droit à la protection du secret professionnel survit au décès du détenteur du privilège, jurisprudence et doctrine de *common law* sont généralement d'avis que l'exercice de ce droit passe aux héritiers qui peuvent l'exercer ou y renoncer au nom du défunt<sup>1271</sup>. Avec le temps, les tribunaux sont venus préciser l'application de ce principe pour le limiter uniquement aux cas où l'obtention des renseignements privilégiés est pertinente à l'administration de la succession :

[19] A deceased person could have criminal files, child protection files, divorce files, etc. If a person seeking advice from a lawyer knew that, after their death, their children would have access to those files, the free, confident, candid communication necessary between a lawyer and client would not occur. The basis of solicitor/client privilege would be eroded. As stated above in *Descôteaux*, the right to counsel would be imperfect if the privilege is eroded or frittered away.<sup>1272</sup>

Cette restriction au principe s'applique *a fortiori* dans le cas où l'héritier *ab intestat* entretenait des intérêts opposés à *de cuius* du vivant de ce dernier – par exemple en ce qui concerne l'exécution

---

<sup>1271</sup> *Baker v. Baker Estate*, 2018 NSSC 83, par. 10 (« In relation to solicitor/client privilege, it is clear that the privilege is the client's, not the solicitor's. Upon the client's death, the privilege rests in the personal representative. In this case, the personal representative has waived the solicitor/client privilege. »); *Hicks Estate v. Hicks* (1986), 15 C.P.C. (2<sup>e</sup>) 146 (Ont. D.C.); SOPINKA, LEDERMAN ET BRYANT (2018), préc., note 5, p. 1022, § 14.148 (« Only the client or his or her successors in interest, if so predisposed, may waive the solicitor-client privilege. »).

<sup>1272</sup> *Dumke v. Conrad*, 2019 NSSC 310, par. 19.

d'un mandat d'incapacité alors que l'héritier avait été, pour un temps, le mandataire de la personne maintenant défunte<sup>1273</sup>. L'accès au dossier confidentiel de cette dernière sera refusé à l'héritier à moins que sa pertinence au litige ne soit démontrée :

[18] In the present case, the respondent asserts that he has the absolute right to the file as he now stands in the place of his mother, the deceased, and relevance need not be established. I do not agree. (...) the file must be relevant to an issue being decided or to the ability of the respondent to exercise his authority as the administrator of his mother's estate. (...) <sup>1274</sup>

Un renseignement est considéré pertinent dans le contexte successoral lorsqu'il a trait à la capacité de tester du *de cuius* et à son intention véritable <sup>1275</sup>. Dans les cas où la pertinence des renseignements à l'administration de la succession est établie, les tribunaux se sentent plus à l'aise de faire reposer le droit de la succession à l'information même privilégiée sur les dispositions législatives encadrant les droits et obligations du liquidateur en général, tel l'article 142(1) du *Wills, Estates and Succession Act* de la Colombie-Britannique, voulant que le liquidateur ait en principe « the same authority over the estate in respect of which the personal representative is appointed as the deceased person would have if living » <sup>1276</sup>, à moins de dispositions contraires du testament ou de la loi.

Une logique similaire s'applique en matière d'incapacités. Par exemple, l'article 72(4) de l'*Adult Guardianship and Trusteeship Act* de l'Alberta <sup>1277</sup> autorise l'accès, par un tuteur à la personne (*trustee*), aux renseignements personnels relatifs à l'adulte représenté qui sont pertinents à l'exercice de ses fonctions de tutelle. Cette disposition peut se lire avec l'article 20(a) du *Personal Information Protection Act* de l'Alberta <sup>1278</sup>, autorisant une organisation à divulguer au demandeur une information à caractère personnel sans le consentement de la personne visée, dans la mesure où « a reasonable person would consider that the disclosure of the information is clearly in the interests of the individual and consent of the individual cannot be obtained in a timely way or the individual would not reasonably be expected to withhold consent ». Au moins une décision de la Cour du banc de la Reine de l'Alberta a autorisé, en vertu de ces dispositions, qu'un tuteur à la personne ait accès à certains renseignements protégés du dossier de la personne sous tutelle qui

---

<sup>1273</sup> *Id.*

<sup>1274</sup> *Id.*, par. 18.

<sup>1275</sup> *Stapleton v. Doe*, 2017 BCSC 12 [ci-après « *Stapleton* (2017) »].

<sup>1276</sup> *Wills, Estates and Succession Act*, S.B.C. 2009, c. 13; voir *id.*

<sup>1277</sup> *Adult Guardianship and Trusteeship Act*, S.A. 2008, c. A-4.2.

<sup>1278</sup> *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, c. P-6.5.

sont pertinents à l'exercice de ses fonctions, dont pour contester certains transferts de propriétés immobilières réalisés du vivant du *de cuius*<sup>1279</sup>.

Soulignons qu'aucune de ces dispositions ne fait explicitement référence aux renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat, et on pourrait se questionner sur son application dans ce contexte eu égard à l'exigence stricte posée par la Cour suprême du Canada que toute disposition statutaire qui se propose de restreindre la protection du secret professionnel de l'avocat doit l'énoncer assez clairement<sup>1280</sup>. Les décisions susmentionnées des instances inférieures sont donc sujettes à caution.

En droit québécois, la jurisprudence considère que le secret professionnel est un droit personnel et extrapatrimonial qui ne peut être invoqué par ses ayants droit qui partagent avec le défunt l'intérêt de faire respecter ses dernières volontés. Par exemple, les héritiers *ab intestat* ne peuvent invoquer, en lieu et place du défunt, le secret professionnel du notaire pour faire échec à une demande en reconstitution testamentaire présentée par la personne qui prétend être une héritière testamentaire ayant assisté à la rencontre du défunt avec le notaire pour recueillir ses dernières volontés<sup>1281</sup>. Dans le même ordre d'idées, les héritiers testamentaires à l'encontre de qui est invoquée la captation ou l'influence indue dans une action en annulation du testament ne sauraient opposer le secret professionnel du notaire dont ils auraient hérité du défunt pour faire échec à la recherche de la vérité sur les intentions véritables du testateur, pourvu que les allégations de captation paraissent suffisamment sérieuses aux yeux du tribunal<sup>1282</sup>.

*A fortiori*, « une personne dont on a des motifs raisonnables et probables de croire qu'elle a attenté aux jours du testateur » ne saurait invoquer le privilège du secret professionnel dont elle aurait hérité pour faire obstacle à une enquête criminelle sur le mobile du meurtre<sup>1283</sup>, considérant de plus

---

<sup>1279</sup> *Wayne v. Wayne*, 2012 ABQB 763, par. 39, 51 à 53.

<sup>1280</sup> *Blood Tribe Department of Health* (2008), préc., note 233, par. 11 (« Pour donner effet à ce principe de droit fondamental, notre Cour a statué que les dispositions législatives susceptibles (si elles sont interprétées de façon large) d'autoriser des atteintes au privilège du secret professionnel de l'avocat doivent être interprétées de manière restrictive. Le privilège ne peut être supprimé par inférence. On considérera ainsi qu'une disposition d'acception large régissant la production de documents *ne vise pas* les documents protégés par le secret professionnel de l'avocat : *Lavallee*, par. 18; *Pritchard*, par. 33. (...) »).

<sup>1281</sup> *Succession de Beaulieu*, 2010 QCCS 3979.

<sup>1282</sup> *Tanzer* (2017), préc., note 267.

<sup>1283</sup> *R. c. Alex*, 2005 CanLII 48242 (Q.C.S.).



qu'en droit québécois, la personne déclarée coupable d'avoir attenté à la vie du défunt « [e]st de plein droit indigne de succéder »<sup>1284</sup>.

En tout état de cause, dans les cas où la personne qui requiert communication du dossier confidentiel d'un *de cujus* n'est pas son représentant autorisé, héritier ou liquidateur de la succession, on ne saurait parler de renonciation au nom de la personne décédée. L'accès à l'information pourra alors être autorisé en vertu de l'exception – traditionnelle – relative aux testaments. Dans l'affaire *Geffen* (1991) dont nous avons traité précédemment, la Cour suprême du Canada, sans aborder la problématique sous l'angle de la renonciation, permet à ce que l'avocat d'une personne décédée puisse témoigner en cour quant aux communications protégées ayant eu lieu entre lui et son client, dans la mesure où ce témoignage permet d'établir les intentions véritables du défunt au moment de la passation d'actes juridiques, tel le testament, un contrat de fiducie, voire une désignation / changement de bénéficiaires en assurance-vie<sup>1285</sup>.

\*\*\*

Des scénarios types que nous avons relevés ci-haut, il serait possible de réunir sous un dénominateur commun – celui de la pertinence –, les deux conceptions de la renonciation implicite selon le droit civil québécois et la *common law* canadienne. Lorsque les renseignements *a priori* protégés par le secret professionnel s'avèrent pertinents pour étayer la thèse de la personne à qui le secret professionnel bénéficie, une renonciation implicite peut, suivant la conception québécoise, plus facilement s'inférer de ses faits et gestes. Lorsqu'au contraire, les renseignements sont pertinents pour étayer la thèse défendue par la partie adverse à la personne bénéficiaire du secret professionnel, il n'y a pas de renonciation qui découlerait de la volonté implicite du bénéficiaire (conception québécoise), mais plutôt des considérations d'équité dans la perspective de la *common law*. Il s'agit typiquement des cas de figure où le droit civil reconnaît des exceptions – déontologiques – statutaires à la protection du secret professionnel au nom du droit à une défense pleine et entière, tels que lors des poursuites en responsabilité professionnelle intentées par le client contre son avocat.

---

<sup>1284</sup> C.c.Q., art. 620.

<sup>1285</sup> *Stapleton* (2017), préc., note 1275.

Ainsi donc, entre les considérations d'équité qui militent pour une renonciation implicite au secret professionnel et les motifs d'intérêt public qui obligent une mise à l'écart du privilège se rattachant aux renseignements échangés *a priori* dans le cadre d'une relation professionnelle, une parenté du moins conceptuelle les unit. Ces motifs d'intérêt public se rattachent par ailleurs aux « attentes raisonnables » d'un client qui ne doit pas pouvoir compter sur un détournement de la finalité du privilège pour échapper aux conséquences de ses gestes illicites.

## 2. Des communications illégales

Très tôt, les cours ont reconnu que les « communications illégales » ne devraient pas constituer des renseignements privilégiés, qu'elles soient conceptualisées comme une exception au principe<sup>1286</sup> ou comme tombant tout simplement hors du champ protégé<sup>1287</sup>. Avec le temps, on peut constater une certaine ouverture des tribunaux à élargir la conception traditionnelle de l'illégalité, limitée à l'exception de crime ou de fraude projetée (2.1), et à la faire évoluer vers une conception moderne (2.2) autorisant la levée du privilège jusque pour faire la preuve d'un autre droit.

### 2.1. Conception traditionnelle de l'illégalité : exception de crime ou de fraude projetée

À l'origine, l'exception de l'illégalité a été reconnue pour faire échec à l'application du privilège à l'égard des fraudes perpétrées en présence ou avec l'aide des conseillers juridiques. Dans l'affaire *Coveney v. Tannahill* (1841)<sup>1288</sup>, il était question d'une reconnaissance de dettes qui aurait été signée dans le but de frauder les autres partenaires d'affaires du signataire. La reconnaissance ayant été faite en la présence d'un conseiller juridique, les autres partenaires cherchaient à faire témoigner ce dernier sur les circonstances de la signature. En autorisant le témoignage du conseiller juridique, la Cour suprême de New York fait en ces termes la distinction entre une communication faite à un procureur et une action perpétrée en la présence ou avec l'aide de ce dernier :

There is a difference, in principle, between *communications made* by the client, and *acts done* by him in the presence of the attorney. It may be, and undoubtedly is, sound policy to close the attorney's

---

<sup>1286</sup> *Solosky* (1980), prés., note 115, 835 et 836.

<sup>1287</sup> Voir entre autres *R. v. Ahmad*, [2008] O.J. No 5915, 2008 CanLII 27470 (S.C.), par. 93 (« Where communications between a solicitor and a client are criminal in nature or made to obtain advice to facilitate the commission of a future crime there is no solicitor-client privilege. Although referred to as such this is not truly an exception, as by definition such communications fall outside the scope of the privilege. » [références omises])

<sup>1288</sup> *Coveney v. Tannahill*, (1841) 1 Hill & Den. 33 (N.Y. Sup. Ct.).

mouth in relation to the former, while in many cases it would be grossly immoral to do so in relation to the latter. It is the privilege of one who is charged with a wrong, either public or private, to speak unreservedly with his counsel, in preparing for his defence; but he should not be allowed to stop the mouth of one who was present when the wrong was done, upon the allegation that he was retained as counsel to see, or aid in the transaction. Indeed, I think there can be no such relation as that of attorney and client, either in the commission of a crime, or the doing of a wrong by force or fraud to an individual. The privileged relation of attorney and client can only exist for lawful and honest purposes.<sup>1289</sup>

En *common law* britannique, l'exception de l'illégalité aurait été énoncée pour la première fois dans l'arrêt *Regina v. Cox and Railton* (1884)<sup>1290</sup>. Les défendeurs ont été accusés de complot pour frauder leurs créanciers en antidatant la dissolution de leur société et la vente des biens afin de frustrer une saisie en exécution d'un jugement les ayant condamnés à payer des dommages-intérêts. Les accusés auraient consulté un avocat sur ce qui pourrait être fait pour prévenir la saisie de leurs biens. Même si l'avocat n'était pas au courant de l'intention de fraude des défendeurs, il a été statué que cette ignorance ne pouvait justifier le maintien d'un privilège qui aurait été instrumentalisé pour faciliter la perpétration d'un dessein criminel. Dans les mots du juge Stephen, écrivant au nom de la Cour d'appel :

The question, therefore is, whether, if a client applies to a legal adviser for advice intended to facilitate or to guide the client in the commission of a crime or fraud, the legal adviser being ignorant of the purpose for which his advice is wanted, the communication between the two is privileged? We expressed our opinion at the end of the argument that no such privilege existed. If it did, the result would be that a man intending to commit treason or murder might safely take legal advice for the purpose of enabling himself to do so with impunity, and that the solicitor to whom the application was made would not be at liberty to give information against his client for the purpose of frustrating his criminal purpose. Consequences so monstrous reduce to an absurdity any principle or rule in which they are involved.<sup>1291</sup>

Dans l'affaire anglaise *O'Rourke c. Darbishire* (1920)<sup>1292</sup>, il y a eu encore une fois allégations de fraude avec la participation des conseillers juridiques. Dans le cadre d'un litige civil relatif à la liquidation testamentaire, l'une des héritiers légaux reproche aux exécuteurs (liquidateurs) testamentaires de s'être appropriés les biens du défunt à leur profit par le biais d'un dispositif testamentaire frauduleux concocté de concert avec leurs conseillers juridiques. Dans les termes de la Chambre des Lords britannique :

---

<sup>1289</sup> *Id.*, 35 et 36 [nos soulignés].

<sup>1290</sup> *Cox and Railton* (1884), préc., note 862.

<sup>1291</sup> *Id.*

<sup>1292</sup> Voir *O'Rourke c. Darbishire*, [1920] A.C. 581 (H.L.).

Le troisième moyen de l'appelant contre l'existence du secret professionnel invoqué est que la présente affaire est soumise au principe que ce privilège ne s'applique pas lorsqu'une fraude a été concoctée entre un avocat et son client ou lorsque l'avocat a conseillé son client de manière à lui permettre d'effectuer une opération frauduleuse. S'il est démontré que ce principe doit trouver application en l'espèce, le secret professionnel sera écarté puisque les obligations professionnelles de l'avocat excluent la planification d'une opération frauduleuse ou les conseils à un client sur la façon de commettre une fraude. On ne peut prétendre que les échanges et les communications effectuées dans ce but font l'objet du sceau de la confidentialité professionnelle rattaché à l'exercice des fonctions professionnelles.<sup>1293</sup>

Ces premières affaires où l'exception de l'illégalité a été invoquée concernent les cas de fraude avec la participation ou sur avis des conseillers juridiques. Wigmore relève à cet égard que « the privilege cannot avail to protect the client in concerting with the attorney a *crime* or other evil enterprise »<sup>1294</sup>. La revue de littérature effectuée par la Harvard Law Review Association (1964) à la même époque énumère quatre types de situations courantes susceptibles d'être couvertes par l'exception, soit :

- un complot concerté entre un client et son avocat (« *actual conspiracy between attorney and client* »),
- une sollicitation ouverte d'assistance juridique à des fins illégales (« *overt solicitation of illegal assistance which the attorney refuses* »),
- la prestation de services juridiques pour un client recelant une intention délictuelle ou criminelle (« *performance of legal services for a client who conceals a tortious or criminal purpose* »), et
- une appropriation ultérieure à des fins illégales de services juridiques qui avaient été initialement rendus à des fins convenables (« *subsequent appropriation to an illegal end of legal services originally obtained for a proper purpose* »)<sup>1295</sup>.

Ces situations peuvent être regroupées sous deux catégories plus larges que sont les communications qui s'avèrent criminelles par elles-mêmes (2.1.1) et les communications faites dans le but de perpétrer un acte criminel ou une fraude (2.1.2).

---

<sup>1293</sup> *Id.*, 621 (L. Parmoor), traduit dans *Campbell* (1999), préc., note 781, par. 59.

<sup>1294</sup> 8 WIGMORE, *Evidence*, préc., note 53, p. 572, para 2298.

<sup>1295</sup> HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, « The Future Crime or Tort Exception to Communications Privileges », (1964) 77-4 *Harvard Law Rev.* 730, 731.

### 2.1.1. Des communications criminelles par elles-mêmes

En effet, l'exception relative au crime ou à la fraude projetée englobe tant les communications criminelles en elles-mêmes qu'une consultation juridique menée en vue de commettre un crime ultérieurement<sup>1296</sup>. Les communications criminelles par elles-mêmes peuvent désigner à la fois des transactions financières illégales et des déclarations frauduleuses en vue d'obtenir des services juridiques<sup>1297</sup>; elles peuvent renvoyer à des menaces de mort ou de lésions corporelles proférées verbalement lors d'une consultation<sup>1298</sup>, des éléments matériels de preuve incriminants (p. ex. bandes vidéo) remis à son avocat<sup>1299</sup>, allant jusqu'à la tentative de meurtre de son avocat par l'envoi d'un engin explosif à son cabinet<sup>1300</sup>. Dans tous les cas, cette première branche de l'exception vise les communications qui constituent en elles-mêmes « l'élément matériel du crime reproché »<sup>1301</sup>.

### 2.1.2. Des communications faites dans le but de perpétrer un crime ou une fraude

En ce qui a trait à l'autre branche de l'exception, la Cour suprême du Canada a résumé laconiquement sa portée comme visant « les communications faites dans le but de perpétrer plus facilement un crime ou une fraude, et ce, que l'avocat soit de bonne ou mauvaise foi »<sup>1302</sup>. Cette exception ne s'applique pas dans tous les cas où un crime aurait été commis à la suite de l'avis juridique obtenu :

Une telle proposition pourrait avoir une portée très large dans le domaine des infractions réglementaires, par exemple. À mon avis, la levée du privilège exige plus que la preuve de l'existence d'un crime et de la consultation préalable d'un avocat. Il faut quelque élément tendant à établir que l'avis a facilité le crime ou que l'avocat est devenu « dupe ou comploteur ».<sup>1303</sup>

---

<sup>1296</sup> Voir aussi *Amsel* (2017), préc., note 927, par. 21 (« Communications that constitute an actual criminal act such as a threat or fraud are not protected by privilege. Likewise, where legal advice is sought for the purpose of facilitating a crime, the privilege does not exist, because it would undermine the interests of justice and the reason for the granting of the privilege. »).

<sup>1297</sup> *Maranda* (2003), préc., note 154.

<sup>1298</sup> *R. v. Malone*, 1999 BCCA 466.

<sup>1299</sup> *R. v. Murray*, [2000] O.J. No. 2182, 2000 CanLII 22378 (S.C.).

<sup>1300</sup> *Amsel* (2017), préc., note 927.

<sup>1301</sup> *Descôteaux* (1982), préc., note 30, 894.

<sup>1302</sup> *Id.*, 873. Voir aussi *Solosky* (1980), préc., note 115, 835 : « ... si un client consulte un avocat pour pouvoir perpétrer plus facilement un crime ou une fraude, alors la communication n'est pas privilégiée et il importe peu que l'avocat soit une dupe ou un participant. »

<sup>1303</sup> *Campbell* (1999), préc., note 781, par. 62.

L'intention – criminelle – du client qui sollicite l'avis juridique doit donc avoir été formée au moment de la consultation, ce qui exclut le cas des clients qui, au moment pertinent, étaient simplement incertains quant aux conséquences juridiques de sa conduite projetée<sup>1304</sup>. L'exception s'applique ainsi, par exemple, à la fabrication ou falsification d'éléments de preuve constitutive d'une (tentative d') entrave à la justice (p. ex. captures d'écran éditées pour induire le tribunal en erreur sur la provenance de certains messages<sup>1305</sup>), c'est-à-dire avec l'intention expresse de les utiliser pour induire la Cour en erreur<sup>1306</sup>.

Depuis l'arrêt *Lavallee* (2002), il semble que la levée du secret professionnel de l'avocat ne peut être justifiée au nom de l'intérêt (public) à la découverte de la vérité dans le cadre d'enquêtes criminelles et pénales, que dans la mesure où la Couronne aurait établi l'exception de crime ou de fraude projetée à l'égard des documents recherchés<sup>1307</sup>. Rappelons que, comme détaillé plus haut<sup>1308</sup>, la délivrance des mandats de perquisition en général est encadrée par l'article 487 C.cr., qui prévoit essentiellement qu'un mandat de perquisition ne peut être délivré que s'il existe des motifs raisonnables de croire que se trouve dans un lieu donné soit un « bien infractionnel » (ayant servi à la commission de l'infraction), soit une chose sur laquelle une infraction aurait été commise, soit une chose susceptible de servir d'élément de preuve à la commission de l'infraction. Une fois le mandat de perquisition délivré, son exécution est encadrée par les dix principes directeurs de *Lavallee* (2002) afin de préserver la confidentialité des documents qui ne seraient pas pertinents à l'enquête. Et les documents *a priori* protégés par le secret professionnel ne sont considérés pertinents à l'enquête que dans la mesure où ils sont jugés non privilégiés (principes 9 et 10 de *Lavallee*). Il ne serait donc pas possible de saisir un document privilégié « dont on a des motifs raisonnables de croire qu'elle fournira une preuve touchant la commission d'une infraction ou

---

<sup>1304</sup> *R. v. Iyer*, 2014 ABQB 283, par. 50 (« The Crown acknowledges that the criminal communications exception applies only where the client is *knowingly* pursuing a criminal purpose. Good-faith consultations with lawyers by their clients who are uncertain about the legal implications of proposed course of action are entitled to the protection of the privilege, even if that action should later be held to be improper. ») [ci-après « *Iyer* (2014) »].

<sup>1305</sup> *R. v. Bartel*, 2021 ABPC 201, par. 49 à 53.

<sup>1306</sup> *Id.*, par. 53 (« I am prepared to find (...) that when Mr. Bartel provided to his lawyers the forged or fraudulent or incomplete items in question with the express intention and instructions to use them to influence the court, those actions and communications were done to facilitate the commission of the criminal offence of obstructing justice. Arguably, these very acts and communications constituted the criminal offence of attempted obstruction of justice. »).

<sup>1307</sup> Voir notamment *Westra Law Office (Re)* (2009), préc., note 1062.

<sup>1308</sup> *Supra* Partie II - Section B - Sous-section 3 « Découverte de la vérité par l'État dans l'exercice de ses pouvoirs de vérification (de conformité réglementaire) et d'enquête ».

révélera l'endroit où se trouve la personne qui est présumée avoir commis une infraction à la présente loi, ou à toute autre loi fédérale »<sup>1309</sup>.

À titre d'exemples, dans l'affaire *Westra Law Office (Re)* (2009)<sup>1310</sup>, les enquêteurs ont obtenu un mandat de perquisition visant le bureau d'un avocat qui avait représenté conjointement le vendeur, l'acheteur et une société hypothécaire dans le cadre d'une fraude en hypothèque immobilière. Dans l'exécution de leur mandat de perquisition, les enquêteurs ont saisi plusieurs documents relatifs à la transaction, incluant les livres de comptes en fidéicommiss, registres comptables et certains registres informatiques. Au stade de l'examen des documents saisis sous scellés par le juge, il n'y avait que deux questions en litige, à savoir, d'une part, si les documents saisis sont protégés par le secret professionnel de l'avocat et, d'autre part, si l'exception de crime ou de fraude projetée s'applique, le cas échéant, aux documents *a priori* privilégiés. Nous avons traité ailleurs<sup>1311</sup> de la question de la portée du secret professionnel se rattachant aux documents (comptables) relatifs à la transaction immobilière incriminée. En ce qui concerne l'exception de crime ou de fraude projetée, pourvu que l'enquêteur ait démontré l'existence de motifs raisonnables et probables de croire que le financement hypothécaire aurait été obtenu par fraude et que cette fraude a été facilitée par l'avocat, l'exception est établie<sup>1312</sup>.

Cela étant, plutôt que de demander, dans tous les cas, un mandat de perquisition au cabinet de l'avocat où sont entreposés les documents confidentiels, la Couronne pourrait également envoyer à l'avocat en possession des documents *a priori* protégés une assignation à produire (*subpoena duces tecum*). Les documents dont la production a été demandée à l'avocat seront transmis à la Cour sous scellés en attendant que le juge tranche sur l'existence du privilège ou l'application d'une des exceptions le concernant. Dans l'affaire *Iyer* (2014), la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a jugé que cette procédure répond aux préoccupations exprimées dans l'arrêt *Lavallee* (2002) relativement aux mandats de perquisition<sup>1313</sup>.

---

<sup>1309</sup> Art. 487(1b) C.cr.

<sup>1310</sup> *Westra Law Office (Re)* (2009), préc., note 1062.

<sup>1311</sup> *Supra* Partie III - Section A - Sous-section 4 « De la distinction entre “faits”, “actions”, “éléments matériels” et “communications” ».

<sup>1312</sup> *Westra Law Office (Re)* (2009), préc., note 1062, par. 64.

<sup>1313</sup> *Iyer* (2014), préc., note 1304, par. 17 à 22 :

[17] The case law does not set out a clear process for the review of a solicitor-client privilege claim.

[18] The *Criminal Code*, RSC 1985, c C-46 contains a procedure for the execution of search warrants on lawyer's offices and a method for the courts to review subsequent claims for privilege. Although the

Le cas échéant, il revient d'abord à la Couronne d'établir une preuve *prima facie* de l'absence du privilège. Si la Couronne satisfait à ce fardeau, la Cour prendra connaissance des documents *in camera* et invitera les parties à lui soumettre des représentations additionnelles. La défense pourra alors réfuter la preuve *prima facie* de la Couronne de même qu'il sera loisible à cette dernière de présenter un complément de preuve sans examiner les documents :

1. In the first stage the Crown will make submissions to establish a *prima facie* case that the crime communication exception applies. The Defence will have an opportunity for rebuttal.
2. If the Court finds that the Crown has failed to establish a *prima facie* case then the documents will remain sealed and be returned to Abrametz [the lawyer].
3. If the Court finds that the Crown has established a *prima facie* case that the crime exception applies, the Court will unseal and review the documents.
4. Once the Court has reviewed the documents, the Crown and Defence will have the opportunity to make additional submissions on each document regarding whether privilege applies (the second stage). The Crown will make submissions without the opportunity to view the documents.
5. The Court will then decide whether the documents are admissible. Depending on the outcome, the documents would then either be returned to Abrametz or disclosed to the Crown.<sup>1314</sup>

Une preuve *prima facie* requiert plus qu'une simple allégation d'inconduite. Le juge ne prendra connaissance des documents produits sous scellés que dans la mesure où l'allégation repose sur un fondement factuel qui peut être établi par le témoignage des tiers (p. ex. investisseurs lésés par le stratagème frauduleux), les renseignements bancaires attestant des mouvements de fonds suspects ainsi que tout autre élément circonstanciel allant dans le même sens (p. ex. témoignage d'employés

---

Supreme Court of Canada struck down the relevant section, s 488.1, its provisions and the commentary in *Lavallee* provide a foundation for an appropriate procedure to assess solicitor-client privilege claims in the criminal context.

[19] In *Lavallee*, Arbour J highlighted that « solicitor-client privilege must remain as close to absolute as possible if it is to retain its relevance ».

[20] The « principal, fatal feature » underlying the problems Arbour J identified with s 488.1 was the potential of loss of privilege without notice to the holder of the privilege, the client. She was also very concerned by the automatic loss of privilege triggered by a privilege holder, or his solicitor, failing to apply to challenge disclosure of the documents. Finally, she objected to permitting Crown inspection of the allegedly privileged documents.

[21] In the case before me, some of Arbour J's concerns have been dealt with because the lawyer was served with a *subpoena duces tecum*, sealed the documents and brought them to court, where they remain sealed by order of the court. The Crown has not seen the documents nor has the Court.

[22] The defence has a copy of the file from Abrametz.

<sup>1314</sup> *Id.*, par. 23.



impliqués, constitution de sociétés bidons, actifs au bilan du débiteur, enquêtes entreprises par d'autres autorités administratives ou de régulation).

## 2.2. Conception moderne

Il est intéressant de noter que la portée et la délimitation de l'exception relative au crime ou à la fraude projetée ont évolué avec le temps. Traditionnellement, la jurisprudence tend à la limiter aux cas de fraude et de crimes sanctionnés par la loi du pays. Comme le rappelle la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Campbell* (1999), « l'existence d'une exception au principe de la confidentialité des communications avocat-client est bien établie relativement aux cas où ces communications sont de nature criminelle ou qu'elles visent à obtenir un avis juridique pour faciliter la perpétration d'un crime »<sup>1315</sup>.

Avec l'avènement de l'État réglementaire<sup>1316</sup> et la prolifération des lois et règlements régissant différents aspects de notre vie, jusqu'où s'étendrait l'exception – traditionnelle – relative au crime ou fraude projetée ? Une infraction au *Code criminel* n'est pas de même nature ni de la même gravité qu'une infraction de stationnement, une contravention au règlement municipal (p. ex. de zonage) ou à un règlement de copropriété. Une rupture abusive des contrats ou des dommages importants causés à l'environnement en contravention des lois en vigueur font sourciller, mais n'emportent pas la même gravité qu'une atteinte à l'intégrité de la personne. L'exception relative au « crime ou fraude projetée », quoique conservant un élément intentionnel (de mauvaise foi), devrait-elle viser, comme autrefois, toute contravention à la loi du pays ?

À l'origine restreinte aux actes criminels, l'exception est ainsi appliquée, de plus en plus, par les tribunaux canadiens dans les cas de conduite délictuelle (*tortious conduct*), que nous regrouperons comme l'exception relative à la preuve (ou défense) d'un (autre) droit (2.2.2). Certaines cours retiennent également l'exception dite de *Blank* pour abus de procédure (2.2.1).

---

<sup>1315</sup> *Campbell* (1999), préc., note 781, par. 55.

<sup>1316</sup> Paul F. KJAER et Ante VETTERLEIN, « Regulatory governance: rules, resistance and responsibility », (2018) 24-5 *Contemporary Politics* 497, DOI : <10.1080/13569775.2018.1452527>; John BRAITHWAITE, « The Regulatory State? », dans Robert E. GOODIN, *The Oxford Handbook of Political Science*, 2011, DOI: <10.1093/oxfordhb/9780199604456.013.0011>; Giandomenico MAJONE, « From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance », (1997) 17-2 *J. Public Policy* 139; Nir KOSTI, David LEVI-FOUR et Guy MOR, « Legislation and regulation: three analytical distinctions », (2019) 7-3 *Theory & Practice Legis.* 169, DOI : <10.1080/20508840.2019.1736369>.

### 2.2.1. Abus de procédure

L'abus de procédure<sup>1317</sup> comme une (nouvelle) exception justifiant la levée du secret professionnel de l'avocat est connu dorénavant comme étant l'exception de *Blank*. Tel qu'évoqué plus haut, l'application de cette exception à l'égard du secret professionnel de l'avocat reste controversée. La jurisprudence majoritaire semble considérer que l'exception de *Blank* peut trouver application uniquement lorsqu'il est question du privilège relatif au litige<sup>1318</sup>. Il est cependant reconnu que l'exception de *Blank* se justifie selon des raisons similaires à l'exception (traditionnelle) pour crime ou fraude projetée, de sorte que le cadre d'analyse des deux se chevauche : « ... at the core of both is the question of whether privilege is being asserted to mask communications or documents that furthered or facilitated wrongful conduct. »<sup>1319</sup>

Dans l'affaire *Huang* (2017)<sup>1320</sup>, une action civile en dommages pour séquestration et diffamation a été introduite contre la société défenderesse. Il est allégué que celle-ci aurait orchestré la détention du demandeur par les autorités chinoises après que celui-ci a critiqué les manipulations boursières entreprises par la défenderesse. De sa revue de la preuve, la Cour suprême de la Colombie-Britannique est arrivée à la conclusion que la conduite de la défenderesse était allée au-delà de simplement porter plainte auprès des autorités policières chinoises et que l'enquête des autorités n'était pas menée de façon tout à fait indépendante de l'influence exercée par la défenderesse. Une employée de la défenderesse participait activement à l'enquête, allant jusqu'à suggérer en temps réel les questions à poser lors de l'interrogatoire policier du demandeur<sup>1321</sup>. Une société contrôlée indirectement par la défenderesse (via une filiale) remboursait les autorités policières pour les dépenses encourues au cours de l'enquête, et la défenderesse tirait parti des résultats de l'enquête pour atténuer les effets de la dénonciation du demandeur par rapport à ses

---

<sup>1317</sup> Voir *supra* Partie II - Section B - Sous-section 4.2 « En cas d'allégation d'abus de procédures ou de conduite répréhensible de l'État ».

<sup>1318</sup> Outre la jurisprudence discutée *supra* Partie II - Section B - Sous-section 4.2 « En cas d'allégation d'abus de procédures ou de conduite répréhensible de l'État », voir *Huang* (2017), préc., note 925.

<sup>1319</sup> *Id.*, par. 183.

<sup>1320</sup> *Id.*

<sup>1321</sup> *Id.*, par. 57 (« There is evidence that a person named Wang Mei, who also goes by the name of Sharon Wang, was involved in the PSB's investigation. Mr. Huang deposes that while he was being interrogated on December 31, 2011, Officer Feng was text messaging with someone and sometimes receiving phone calls from a female. Michael Wei deposes that during his interrogation, Officer Feng took phone calls from a woman whose voice was audible and that he learned in the course of overhearing these calls that the person was named Wang Mei. He deposes that Officer Feng told him that Wang Mei was "an important person with Silvercorp". »).

activités commerciales<sup>1322</sup>. De l'avis du tribunal, ces circonstances engagent éventuellement tant l'exception de *Blank* à l'égard des documents *a priori* protégés par le privilège relatif au litige<sup>1323</sup> que l'exception de crime ou de fraude projetée à l'égard des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat<sup>1324</sup>, de sorte qu'il est nécessaire pour le tribunal d'examiner les documents pour déterminer la légitimité des revendications au privilège<sup>1325</sup>. Le tribunal accepte par ailleurs que l'exception de *Blank* puisse être appliquée dans un litige connexe (action en dommages du demandeur contre la défenderesse) au litige original (action en diffamation qu'avait envisagée la défenderesse à l'égard des dénonciations)<sup>1326</sup>.

Si un abus de procédure dans l'instance criminelle constitue une faute ou un délit civil susceptible de fonder un recours en dommages contre l'autorité responsable, l'abus de procédure au civil trouve également sa reconnaissance dans les règles de procédure civile, où l'existence d'un abus est susceptible de justifier un éventail de remèdes, allant d'une radiation des allégations ou modification des actes de procédure à la condamnation aux frais de justice et aux dommages-intérêts en passant par la suspension ou le rejet des procédures intentées ainsi que l'interdiction de présenter d'autres demandes en justice sans l'autorisation préalable du tribunal<sup>1327</sup>.

Cela étant, des tribunaux se sont montrés réticents à étendre cette exception aux situations qui, quoique frisant un certain abus des procédures, n'équivaillent cependant pas à la commission d'une faute civile ou d'un délit. Dans l'affaire précitée *Huang v. Silvercorp Metals* (2017), la Cour suprême de la Colombie-Britannique est d'avis que la conduite reprochée à la défenderesse équivaut au délit civil de séquestration, lequel s'apparente à la fraude sur le plan de la culpabilité morale<sup>1328</sup>. Dans une autre instance civile où a été reproché au demandeur un *modus operandi* qui consiste à contrecarrer et à retarder le bon déroulement de la demande en justice sans se soucier

---

<sup>1322</sup> *Id.*, par. 188.

<sup>1323</sup> *Id.*, par. 194.

<sup>1324</sup> *Id.*, par. 193.

<sup>1325</sup> *Id.*, par. 195.

<sup>1326</sup> *Id.*, par. 194.

<sup>1327</sup> Voir par exemple *Alberta Rules of Court*, Alta Reg 124/2010, règles 1.4(2)(b)(ii), 3.68(2)(d), 14.74 [ci-après « *Alberta Rules of Court* »]; *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, règles 9-5(1)(d) et 20-5(1)(e) (**Colombie-Britannique**); *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, art. 2.1.01, 2.1.02(1), 21.01(3)(d), 25.11(c), 34.14(1)(a), 35.05(a), 37.16 (**Ontario**); *Code de procédure civile (Québec)*, préc., note 158, art. 51 et suiv.

<sup>1328</sup> *Huang* (2017), préc., note 925, par. 179 (« It is not necessary, in this case, to consider whether the crime/fraud exception extends to breach of contract. Here, the wrongful conduct in issue is the tort of false imprisonment, which is akin to fraud in terms of moral culpability. It is clear from the authorities (...) that in this jurisdiction the exception extends at least that far. »).

des dépenses en cause, la Cour supérieure de justice de l'Ontario n'était pas prête à étendre l'exception relative au crime ou à la fraude projetée :

After a careful review of the said memorandum, the case law, and the submissions of counsel, I am satisfied that the communication does not fit within the exception to the general rule. The applicant did not seek advice to facilitate or perpetuate the commission of a crime or fraud. It is my opinion that the confidential communication herein is not subject to the underlying exception which includes those bearing an underhanded, fraudulent purpose.<sup>1329</sup>

Plus récemment, à la suite d'un arrêt de procédures pour cause de conduite abusive du ministère public, des ex-accusés qui ont été lésés pourraient tenter une poursuite en dommages recherchant la responsabilité civile de l'État. C'est le cas de l'affaire *Beaulieu* (2021) où le ministère public admet avoir commis un abus de procédure sur la catégorie résiduelle<sup>1330</sup> dans le cadre des poursuites relatives aux infractions liées « à la guerre meurtrière que se sont livrée [sic] des groupes criminels, dont les Hells Angels »<sup>1331</sup>, notamment au chapitre de l'obligation de divulgation de la Couronne. À la suite de l'arrêt des procédures prononcé au criminel, la Directrice des poursuites criminelles et pénales a lancé une enquête pour faire la lumière sur les circonstances à l'origine des manquements reprochés par le juge. Ce rapport d'enquête a été subséquemment rendu public pour restaurer la confiance du public envers la Direction des poursuites criminelles et pénales. Dans le cadre de leur action civile en dommages, les ex-accusés demandent la divulgation d'un ensemble de renseignements liés à la confection du rapport d'enquête, soit :

- a) la liste des personnes rencontrées [par les enquêteurs];
- b) les notes personnelles de monsieur Lortie et de madame Gabbino [des enquêteurs] relativement à la rencontre des témoins;
- c) les déclarations écrites et enregistrements de ces rencontres s'il y a lieu;
- d) toute demande particulière, notamment toute demande de document, faite aux procureurs rencontrés;
- e) les versions préliminaires du rapport transmises au DPCP;
- f) le contrat de travail ou le contrat de service liant monsieur Lortie, madame Gabbino et le DPCP;
- g) les directives leur ayant été données, et;

---

<sup>1329</sup> *Tilley* (1993), préc., note 1029, par. 20.

<sup>1330</sup> *Supra* Partie II - Section B - Sous-section 4.2 « En cas d'allégation d'abus de procédures ou de conduite répréhensible de l'État ».

<sup>1331</sup> *Beaulieu* (2021), préc., note 932, par. 14.

h) toute correspondance entre le DPCP et monsieur Lortie et Madame Gabbino;<sup>1332</sup>

À l'exception des contrats de service, le procureur général refuse de communiquer les informations demandées au motif qu'elles sont soit protégées par le secret professionnel de l'avocat ou une autre immunité de divulgation (enquête interne), soit pourraient être obtenues lors d'interrogatoires préalables dans la mesure où les demandeurs recherchent « des renseignements sur la manière dont la poursuite criminelle a été menée, de façon à y trouver la preuve des fautes reprochées »<sup>1333</sup>.

L'analyse du juge d'instance, approuvée par la Cour d'appel du Québec, s'est attardée moins sur la nécessité pour les demandeurs d'établir la faute civile du ministère public que le caractère non protégé d'un rapport administratif d'enquête qui n'a pas été réalisé « à des fins propres à engendrer le secret professionnel »<sup>1334</sup>. De plus, le rapport aurait été rendu public, de sorte que « [l]es informations qui ont servi de base à la rédaction » ne sont plus protégées<sup>1335</sup>. Cela étant, cette conclusion générale ne préjuge pas du droit du ministère public d'invoquer la protection du secret professionnel à l'égard de certains renseignements spécifiques, en saisissant de nouveau la cour à cet effet<sup>1336</sup>.

Dans une autre affaire<sup>1337</sup>, les ex-accusés, en vue notamment d'obtenir une condamnation aux dépens de la Couronne, ont demandé en justice la divulgation des documents d'enquête relatifs à la prise de connaissance par le ministère d'une exigence statutaire dont le non-respect avait justifié l'annulation des poursuites sommaires entreprises contre eux. Tout en confirmant l'existence de la documentation demandée, la Couronne a refusé la communication de l'ensemble des documents

---

<sup>1332</sup> *Id.*, par. 29.

<sup>1333</sup> *Id.*, par. 32.

<sup>1334</sup> *Id.*, par. 33. Voir aussi *Beaulieu c. Giauque*, 2019 QCCS 5898 [ci-après « *Beaulieu* (CS – 2019) »], par. 12 et 13 :  
[12] (...) la nature des Informations – les notes des enquêteurs, les noms des personnes rencontrées, les versions préliminaires du Rapport, la correspondance entre le DPCP et les enquêteurs – ce sont surtout des renseignements servant à une revue administrative du fonctionnement du département (...)  
[13] Il est vrai (...) qu'à la lumière des commentaires du Juge Brunton, le but était de voir s'il y a eu mauvaise foi de la part des procureurs du DPCP et si leurs décisions quant à la divulgation de la preuve pouvaient s'expliquer en droit. Soit, mais c'était manifestement dans le contexte « employeur/employé », avec l'objectif d'éviter des problèmes semblables à l'avenir. Me Michel a sûrement donné une opinion à Me Murphy, mais l'opinion semble avoir été purement administrative et non juridique.

<sup>1335</sup> *Beaulieu* (2021), préc., note 932, par. 33.

<sup>1336</sup> *Beaulieu* (CS – 2019), préc., note 1330, par. 28 (« (...) vu l'ampleur des Informations, il est impossible pour le Tribunal de réviser actuellement les 1 100 pages en question pour déterminer si certaines portions contiendraient des renseignements réellement assujettis au secret professionnel ou à un autre privilège. Ainsi, avant de divulguer de telles portions, nous autoriserons le PGQ à saisir la Cour supérieure de sa demande d'exclure les portions. »).

<sup>1337</sup> *Gateway Industries* (2002), préc., note 1054.

d'enquête au motif qu'ils sont protégés par le secret professionnel de l'avocat ou le privilège relatif au litige. Après avoir pris connaissance de la documentation, le tribunal opine avec la Couronne voulant qu'il s'agit bel et bien d'échanges tenus entre le procureur et différents agents de la Couronne en vue d'obtenir un avis juridique. Il n'y a donc pas *a priori* d'abus dans la revendication par la Couronne des différents privilèges. Quant à la nécessité de lever le privilège en vue de permettre aux ex-accusés d'étayer leur demande de condamnation aux dépens, la Cour du Banc de la Reine du Manitoba est d'avis qu'il ne s'agit pas d'une exception admissible au privilège en l'absence de fraude, de menace à la sécurité publique ou d'activités illicites :

[24] Gateway's counsel seeks to set aside the privilege based upon long periods of delays, alleged misrepresentations and frustration in dealing with this case, which culminated in the summary conviction proceedings being quashed. It will be for another court to decide if delay or abuse, etc. justify the termination of further proceedings, but delving into communications between solicitor and client because of an issue of costs, in the absence of fraud, or public protection or unlawful activities, does not serve in my view as a reason to penetrate the tightly guarded access to information subject to solicitor-client privilege. Counsel's advice, whether it be right or wrong, so long as it does not infringe the conduct mentioned above, is not in itself a basis for disclosure.<sup>1338</sup>

L'abus de procédure allégué doit donc équivaloir minimalement à une faute civile – avec à la fois une conduite illicite et un commencement de preuve dénotant un état d'esprit répréhensible – pour que soit justifiée une levée du secret professionnel pour ce motif.

### **2.2.2. Preuve d'un (autre) droit**

La nécessité de faire la preuve d'un (autre) droit peut être vue comme un pendant du droit à une défense pleine et entière, tous les deux subsumés sous cette composante clé de l'équité procédurale qu'est le droit d'être entendu.

Hormis les cas flagrants de fraude ou d'acte criminel, cette justification s'avère cependant plus fragile que le droit à une défense pleine et entière, puisque la preuve des « faits qui soutiennent sa prétention »<sup>1339</sup> est une obligation, plutôt qu'un droit, de tout demandeur en justice. Cela étant, la fin des procès par surprise et l'obligation des parties de se communiquer au préalable les faits pertinents se rapportant au litige équilibrent quelque peu le balancier vers le droit des demandeurs à faire la preuve de leurs prétentions en justice, même au détriment de certains privilèges de confidentialité.

---

<sup>1338</sup> *Id.*, par. 24.

<sup>1339</sup> C.c.Q., art. 2803.

Dans quelle mesure les tribunaux canadiens sont-ils prêts à conjuguer une conception large du secret professionnel de l'avocat avec les droits des autres parties à un litige ?

### 2.2.2.1. Retour sur l' « exception » relative à l'innocence d'un accusé

À une extrémité du spectre, lorsque le droit d'un plaignant dont on cherche la preuve coïncide avec un préjudice subi du fait d'un acte criminel, activité illicite ou fraude commise par le défendeur, la levée du privilège est aisément reconnue et réitérée au nom de l'intérêt public : il n'y a, d'un côté, aucun motif d'intérêt public à préserver un privilège de confidentialité qui aurait été instrumentalisé à des fins diamétralement opposées à la raison d'être du privilège; de l'autre côté, il y a un intérêt public absolu à démontrer, pour mieux sanctionner, un acte criminel ou de fraude qui menace la paix sociale et porte préjudice à l'intérêt de la collectivité.

Dans le cas de figure où le maintien du privilège empêcherait la preuve d'un crime ou d'une fraude qui aurait été perpétré(e) à même les communications professionnelles ou qui aurait été facilité(e) par celles-ci, la levée du privilège se justifie soit par l'exception traditionnelle relative « au crime ou à la fraude projetée », soit par l'absence du privilège. Lorsque ce crime ou fraude est imputable à une personne autre que l'accusé à un procès criminel, sans doute que les communications criminelles devront / pourront être révélées sur la base de cette exception qui chevauche celle relative à l'innocence. En effet, la divulgation des communications criminelles permet à la fois de prouver la commission d'un crime / d'une fraude et d'innocenter l'accusé qui n'en est pas l'auteur.

Hormis ce cas de figure précis, la portée de l'exception relative à l'innocence de l'accusé est restreinte. Elle autorise la divulgation de renseignements privilégiés en dernier ressort et seulement dans la mesure où ils touchent à une question de fond relative à la culpabilité ou à l'innocence dont est saisie une cour criminelle. Cette nécessité quasi absolue, conjugée à un critère de pertinence étroite, explique dans une grande mesure que cette exception n'ait été, en toutes fins pratiques<sup>1340</sup>, jamais appliquée.

Dans *McClure* (2001), la Cour suprême du Canada, sous la plume du juge Major, insiste sur la nécessité d'un élément de preuve qui « suscitera probablement un doute raisonnable quant à la

---

<sup>1340</sup> *Supra* Partie II - Section B - Sous-section 2 « Droit à une défense pleine et entière ».

culpabilité de l'accusé », et qui est à distinguer des « attaques incidentes contre la preuve du ministère public » :

[58] Après examen de la preuve concernant la communication avocat-client en question, le juge doit décider si la communication suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. Dans la plupart des cas, cela signifie que, à moins qu'elle ne concerne directement l'un des éléments de l'infraction, la communication avocat-client ne sera pas suffisante pour satisfaire à cette exigence. Le simple fait de présenter des éléments de preuve qui favorisent des attaques incidentes contre la preuve du ministère public (comme, par exemple, le fait d'attaquer la crédibilité d'un témoin à charge ou de présenter une preuve qui indique que certains éléments de preuve du ministère public ont été obtenus inconstitutionnellement) sera très rarement suffisant pour satisfaire à cette exigence.<sup>1341</sup>

À moins d'une conduite particulièrement répréhensible ou outrancière, l'exception relative à l'innocence ne s'étend pas à la preuve d'une provocation policière susceptible de justifier un arrêt des procédures, cette preuve étant considérée comme « ancillaire » à la théorie de la cause de la Couronne. Selon la Cour d'appel de l'Alberta :

[28] (...) Privilege should not be set aside where the underlying document establishes that evidence was obtained unconstitutionally. As abuse of process is subsumed in the *Charter*, evidence obtained as a result of that abuse is evidence that has been obtained unconstitutionally. While *McClure* does not completely close the door on constitutional defences being the basis for waiver of privilege, it states that ancillary attacks on the Crown's case will very seldom be sufficient to meet the requirement of the evidence likely raising a reasonable doubt as to the accused's guilt. When something is seldom done, and that something is a subset of something else that is rarely done, then doing the thing must be reserved for extremely unusual situations, and in the context of entrapment, must be reserved for the most egregious and shocking conduct. A reverse sting aimed at a known drug dealer who appears to be active in his field does not fit that category.<sup>1342</sup>

En l'absence d'une conduite répréhensible susceptible d'être mise en lumière par une levée du secret professionnel, l'exception relative à l'innocence trouverait très rarement application. Il lui faudrait une sorte de levier, que ce soit par une faute disciplinaire ou civile, pour que les fins visées par cette exception – soit la garantie du droit de l'accusé à une défense pleine et entière – puissent être desservies par une conception large de l'exception relative au crime ou à la fraude projetée.

#### **2.2.2.2. Faute disciplinaire**

Une exception statutaire reconnue au même titre que l'exception traditionnelle relative au crime ou à la fraude projetée, est la levée du privilège en matière (d'enquête) disciplinaire. Sans avoir

---

<sup>1341</sup> *McClure* (2001), préc., note 38, par. 58 [soulignés dans l'original].

<sup>1342</sup> *Schacher* (2003), préc., note 793, par. 28.



une visée punitive<sup>1343</sup>, le droit disciplinaire partage des préoccupations similaires avec le droit criminel, dont l'objectif de protection du public. Le droit disciplinaire y parvient, à la différence du droit criminel, en contrôlant l'exercice des professions via un mécanisme de supervision par les pairs<sup>1344</sup>. Cet impératif de contrôle de l'exercice des professions est justifié, d'une part, par « le niveau de confiance que leur accorde le public » et, d'autre part, « l'état de vulnérabilité dans lequel s'inscrit souvent la relation qu'un client établit avec un professionnel »<sup>1345</sup>.

Cette nécessité implique en elle-même le droit pour l'organe disciplinaire de prendre connaissance de documents contenant de renseignements privilégiés, et ce, sans qu'une habilitation statutaire expresse ne soit absolument nécessaire. Dans les mots de la Cour d'appel de la Saskatchewan : « (...) an authority to require production of “any of the member’s records”, found in the unique context of a statute dealing with the regulation of the legal profession, must be taken as referring to documents subject to solicitor-client privilege. »<sup>1346</sup> Cela étant, ce pouvoir de requérir l'accès aux renseignements privilégiés ne peut être exercé qu'à l'égard des informations qui soient absolument nécessaires et se rapportant à une plainte ou à une enquête entreprise de l'initiative propre du syndic<sup>1347</sup>.

---

<sup>1343</sup> Ainsi, « [i]l n'y a pas d'accusé en droit disciplinaire » (*Laliberté c. Delorme*, 1994 CanLII 10788 (T.P.Q.)), et la sanction « n'a pas pour but de punir le professionnel mais de protéger le public en dissuadant ce professionnel de récidiver et en dissuadant les autres membres de sa profession de commettre de semblables infractions » (*Infirmières et Infirmiers (Corp. Professionnelle des) c. Lloyd*, [1990] D.D.C.P. 318, 328). Voir aussi *Bécharde c. Roy*, [1975] C.A. 509, AZ-75011146, aux pages 6 et 7 (pdf) : « (...) le but des mesures disciplinaires prévues dans la loi (...) n'est pas d'infliger une peine au membre qui a commis une infraction à une disposition de la loi ou d'un règlement, mais de parer au danger que présente pour le public un membre dont la conduite ou la pratique de sa profession n'est pas conforme à l'éthique professionnelle, concept essentiellement variable suivant les circonstances de temps et de lieux, les progrès de la science et des techniques médicales et autres facteurs. »

<sup>1344</sup> La Cour suprême du Canada va jusqu'à affirmer qu'« [i] est difficile d'exagérer l'importance dans notre société de la juste réglementation de nos professions » : *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, 249. Voir aussi *Code des professions*, préc., note 233, art. 12 et 23.

<sup>1345</sup> *Pharmascience inc. c. Binet*, 2006 CSC 48, [2006] 2 R.C.S. 513, par. 36.

<sup>1346</sup> *Law Society of Saskatchewan v. Merchant*, 2008 SKCA 128, par. 48.

<sup>1347</sup> *Id.*, par. 53 (« (...) given the existence of an authority to demand privileged records, the next step in the analysis is to consider the “absolutely necessary” principle. (...) the question here is whether the Law Society exercised its power to request records from Mr. Merchant and his firm in a fashion which avoided interfering with privilege except, to use Lamer J.'s words, “to the extent absolutely necessary in order to achieve the end sought by the enabling legislation” »).

Au Québec, le refus d'un professionnel de communiquer au syndic<sup>1348</sup> ou au Commissaire à l'admission aux professions<sup>1349</sup> un document au motif qu'il est protégé par le secret professionnel de l'avocat peut constituer une entrave à l'enquête et rend le contrevenant passible d'une amende minimale de 2 500 \$ (particulier) ou de 5 000 \$ (personne morale) en cas de première offense<sup>1350</sup>.

Cette exception est également reconnue par la législation réglementant la profession juridique d'autres provinces et territoires<sup>1351</sup>. À cet effet, l'article 112 du *Legal Profession Act* de l'Alberta est interprété par les tribunaux comme une « renonciation statutaire » au privilège du secret professionnel de l'avocat<sup>1352</sup>. Quoique cette disposition vise généralement l'enquête disciplinaire relative à la conduite professionnelle d'un avocat par rapport aux dossiers de ses clients, il arrive qu'elle soit invoquée au cours d'une enquête ciblant non pas l'avocat, mais la conduite d'un de ses clients notamment aux fins d'apprécier son admissibilité au barreau :

[36] Section 112 does not differentiate between the privilege afforded to a client and the privilege afforded to a member who is a client, and it provides a broad ability to seek records. This is not surprising, in light of the aforementioned case law that emphasizes the importance of lawyers' independence and the need for adequate regulatory tools to enable provincial law societies to properly use their regulatory powers.<sup>1353</sup>

Ainsi, dans l'affaire *Hammoud* (2014), la *Law Society* de l'Alberta a demandé communication du dossier d'un avocat qui avait, quelques années auparavant, représenté un candidat dans le cadre

---

<sup>1348</sup> *Code des professions*, préc., note 233, art. 14.3 :

Il est interdit d'entraver, de quelque façon que ce soit, la personne qui effectue l'enquête, de la tromper par des réticences ou des fausses déclarations, de refuser de lui laisser prendre connaissance ou copie de tout document ou dossier qu'elle a droit d'obtenir aux fins de l'enquête, de refuser de lui remettre un tel document ou dossier ou de refuser de lui fournir un renseignement ou de lui produire un rapport requis à ces fins.

Nul ne peut refuser de lui laisser prendre connaissance ou copie d'un document ou d'un dossier, refuser de lui remettre un document ou un dossier ou refuser de lui fournir un renseignement (...) au motif qu'il est protégé par le secret professionnel.

<sup>1349</sup> *Id.*, art. 16.11, al. 3 : « L'article 14.3 s'applique, compte tenu des adaptations nécessaires, aux enquêtes effectuées par le commissaire ou en son nom. »

<sup>1350</sup> *Id.*, art. 188.

<sup>1351</sup> *Legal Profession Act*, R.S.A. 2000, c. L-8, art. 112 [Alberta]; *Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9, art. 88(1.1) [Colombie-Britannique]; *Loi sur la profession d'avocat*, C.P.L.M., c. L107, art. 67 [Manitoba]; *Loi sur la profession d'avocat*, L.R.T.N.-O. 1988, c. L-2, art. 29(3) et 79(2) [Territoires du Nord-Ouest]; *An Act Respecting the Legal Profession*, S.N.S. 2004, c. 28, art. 35A et 77(3) [Nouvelle-Écosse]; *Loi sur le Barreau*, L.R.O. 1990, c. L.8, art. 49.8 [Ontario], interprété comme obligeant à la divulgation de renseignements protégés par le secret professionnel dans *Law Society of Upper Canada v. Jodi Lynne Feldman*, 2012 ONLSHP 168; *Legal Profession Act 1990*, S.S. 1990-91, c. L-10.1, art. 63(1) et 84.1 [Saskatchewan]; *The Rules of the Law Society of Newfoundland & Labrador*, art. 9.07(2) et 14.11A [Terre-Neuve-et-Labrador]; *Loi de 2017 sur la profession d'avocat*, L.Y., c. 12, art. 62(3) [Yukon].

<sup>1352</sup> *Hammoud v. Chadi*, 2014 ABQB 789, par. 5 [ci-après « *Hammoud* (2014) »].

<sup>1353</sup> *Id.*, par. 36.

d'une accusation de voies de fait qui s'était soldée par un plaidoyer de culpabilité. Dans la mesure où l'information sollicitée est pertinente à l'enquête de la *Law Society* sur les mœurs du candidat en question, l'avocat à qui la demande de renseignements est adressée doit y obtempérer sans avoir à aviser son ancien client. Ce dernier a tout au plus le droit de requérir que l'audience disciplinaire se tienne à huis clos et que soit ordonnée une restriction d'accès du public aux renseignements privilégiés<sup>1354</sup>. Cette protection des renseignements privilégiés d'un client peut être justifiée lorsqu'un plaignant craint que ces renseignements soient subtilisés par un tiers (p. ex. ex-conjoint<sup>1355</sup>, créancier, débiteur) aux procédures disciplinaires. Dans la mesure où l'identité des clients concernés peut être adéquatement protégée par l'application des filtres de confidentialité<sup>1356</sup> appropriés (p. ex. élagage des renseignements nominatifs) et que ces derniers ne seront pas appelés à témoigner, l'audience disciplinaire pourra être tenue en public<sup>1357</sup>. En tout état de cause, la *Law Society* de l'Alberta reconnaît que l'impératif d'une audience publique se justifie moins en matière disciplinaire, notamment en raison de la mise en cause de renseignements confidentiels concernant différents clients. Il s'agit de mettre en balance, au cas par cas, l'intérêt au droit à la vie privée des plaignants et la publicité des débats sans privilégier d'emblée l'une ou l'autre des deux options<sup>1358</sup>.

La Loi du Nouveau-Brunswick prévoit de son côté que l'avocat sous enquête qui communique des renseignements confidentiels au Barreau « [e]st réputé ne pas avoir violé ses obligations de non-divulgarion »<sup>1359</sup>. Toutefois, lorsque son client se joint avec son avocat pour s'opposer à la demande de communications de renseignements du Barreau, les documents seront mis sous scellés en attendant que le Barreau obtienne une renonciation au privilège du secret professionnel de la part du client<sup>1360</sup>.

### 2.2.2.3. Faute civile (professionnelle)

*Quid* de la nécessité de faire la preuve d'une faute ou délit civil qui a préjudicié, non pas l'intérêt public au sens large, mais un intérêt privé ?

---

<sup>1354</sup> *Legal Profession Act*, R.S.A. 2000, c. L-8, art. 112(2) [Alberta]; *Loi sur la profession d'avocat*, C.P.L.M., c. L107, art. 78 [Manitoba]; *Legal Profession Act 1990*, S.S. 1990-91, c. L-10.1, art. 84.1(3) [Saskatchewan].

<sup>1355</sup> Voir par exemple *Law Society of Alberta v. Forsyth-Nicholson*, 2016 ABLS 52 [ci-après « *Forsyth-Nicholson* (2016) »].

<sup>1356</sup> *Infra* Partie III - Section D - Sous-section 2.

<sup>1357</sup> Voir par exemple *Law Society of Alberta v. Johnston*, 2020 ABLS 18.

<sup>1358</sup> *Forsyth-Nicholson* (2016), préc., note 1355, par. 38 à 40.

<sup>1359</sup> *Loi concernant le Barreau du Nouveau-Brunswick*, L.N.B. 1996, c. 89, art. 113(2).

<sup>1360</sup> *Id.*, art. 112.

La distinction est en elle-même tendancieuse en ce que de nos jours, une même conduite peut être sanctionnée tant au criminel qu'en discipline et au civil. Dès le milieu des années 1980, certains juges reconnaissent que l'exception traditionnelle de l'illégalité peut être étendue à la preuve d'une faute civile / délictuelle, telle une rupture abusive du contrat<sup>1361</sup> ou l'infliction délibérée de la détresse émotionnelle<sup>1362</sup>.

Dans l'affaire *Rocking Chair Plaza* (1988), la haute cour de l'Ontario était prête à étendre la portée de l'exception à certains délits civils, mais uniquement dans la mesure où ils impliquent par ailleurs un élément frauduleux :

I do not consider the principle requires any extension. On the contrary, I think the wide submission of the plaintiffs would endanger the whole basis of legal professional privilege. It is clear that parties must be at liberty to take advice as to the ambit of their contractual obligations and liabilities in tort and what liability they will incur whether in contract or tort by a proposed course of action without thereby in every case losing professional privilege. I agree that fraud in this connection is not limited to the tort of deceit and includes all forms of fraud and dishonesty such as fraudulent breach of trust, fraudulent conspiracy, trickery and sham contrivances, but I cannot feel that the tort of inducing a breach of contract or the narrow form of conspiracy pleaded in this case come within that ambit.<sup>1363</sup>

Ainsi, les délits civils n'impliquant pas un élément intentionnel, tel le délit de négligence, ne relèvent pas de l'exception<sup>1364</sup>. Seuls les délits dénotant une intention répréhensible équivalant à fraude peuvent être couverts par l'exception, dont l'abus de procédure criminelle, la suppression délibérée d'éléments de preuve, la poursuite malveillante<sup>1365</sup> ainsi que toute autre transaction

---

<sup>1361</sup> *Re Church of Scientology and The Queen (No. 3)*, [1984] 47 O.R. (2<sup>e</sup>) 90, 1984 CanLII 2141, 1984 CarswellOnt 396, par. 8 (« It is trite law that the advice of a solicitor may not be sought for an improper purpose, such as to assist in the commission of a crime or, in my view, a civil wrong upon a third party as, e.g., a tort or breach of contract, and such a purpose will defeat the privilege. ») [ci-après « *Re Church of Scientology (No. 3)* (1984) »].

<sup>1362</sup> *Dublin v. Montessori* (2007), préc., note 1021, 521 (« The e-mail communication, which I have read, may – and I emphasize the word “may” – because the point remains to be proven – show that the defendants, or at least the author of the e-mail message, intended to inflict emotional harm on Dr. Dublin and his family. There are other more benign interpretations of the e-mail, but, in my opinion, there is enough here to rule that the e-mail falls within the exception to privilege for communications in furtherance of unlawful conduct. »).

<sup>1363</sup> *Rocking Chair Plaza (Bramalea) Ltd. v. Brampton (City)*, [1988] O.J. No. 1286 (H.C.J.), par. 30 [ci-après « *Rocking Chair Plaza* (1988) »].

<sup>1364</sup> Cela étant, en réponse à une allégation de négligence, la partie défenderesse pourrait invoquer le fait d'avoir consulté un avocat pour démontrer sa diligence. Le cas échéant, la partie défenderesse pourrait être considérée comme ayant renoncé, par implication, à la protection du secret professionnel de l'avocat relatif à cette consultation, de sorte que les documents *a priori* confidentiels devront être divulgués à la partie demanderesse, voir *supra* - Partie III - Section B - Sous-section 1.2.1.1(i) « Le fait d'avoir consulté un avocat ou obtenu un avis juridique ».

<sup>1365</sup> *Hallstone Products Ltd. v. Canada (Customs & Revenue Agency)*, [2004] O.J. No. 496, 2004 CarswellOnt 341, p. 15 (H.C.J.).

frauduleuse<sup>1366</sup>. Le cas échéant, une preuve *prima facie* au soutien des allégations de fraude ou de conduite répréhensible devrait être produite par la partie qui demande la levée du privilège<sup>1367</sup>.

De manière générale, les tribunaux canadiens sont donc réticents en ce sens. Dans l'affaire *Bennett Jones LLP* (2020) que nous avons déjà évoquée plus haut<sup>1368</sup>, une demande de divulgation avait été présentée relative aux renseignements privilégiés qui permettraient de faire la preuve d'un conflit d'intérêt chez un cabinet d'avocats qui l'aurait amené à privilégier les intérêts d'un client au détriment de l'autre<sup>1369</sup>. À défaut de conclure à l'existence d'une renonciation (par implication), la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta hésite à reconnaître judiciairement une autre exception qui aurait justifié la levée du privilège au-delà des catégories consacrées. De l'avis de la Cour, la nécessité d'une telle divulgation n'est pas justifiée par une préoccupation suffisamment urgente étant entendu que tout secret professionnel sera levé advenant une enquête disciplinaire sur la conduite des avocats en cause :

[44] Even if urgency and necessity together should constitute a further common law exception to solicitor client privilege, I similarly do not consider the facts of this case to satisfy those criteria. The situation calling for the privilege to yield is not urgent. Also, it may not be necessary, at least not for the actors to be held to account for their allegedly professional misconduct. (...) solicitor client privilege would yield if professional investigative or disciplinary processes were undertaken.<sup>1370</sup>

Il doit cependant s'agir d'une faute ou délit civil imputable au client et non à l'avocat sans le concours du client. Ainsi, dans l'affaire *Century Services* (2003), la Cour suprême de la Colombie-Britannique a refusé d'ordonner, pour ce motif, la communication de renseignements confidentiels relatifs notamment à la solvabilité d'un client après une cession de dette par son cabinet d'avocat que le cessionnaire estime frauduleuse<sup>1371</sup>. La fraude, s'il y a lieu, provient des réticences ou du silence délibéré du cabinet d'avocat qui a décidé, de sa propre initiative, de céder la dette qui lui était due par un de ses clients. À cette occasion, la Cour suprême de la Colombie-Britannique est

---

<sup>1366</sup> *Iskenderov* (2019), préc., note 1021, par. 121 (« A line of authorities holds that any solicitor and client privilege is lost when a client communicates with a lawyer in aid of an illegal or improper purpose. That purpose could be either criminal or in the case of fraud, tortious. It is immaterial whether the lawyer is a knowing participant or an unwitting dupe. » [références omises]).

<sup>1367</sup> *Id.*, par. 17. Voir aussi *Iskenderov* (2019), préc., note 1021, par. 135 (« (...) The privilege was lost because the evidence raises a *prima facie* case that Roufat may have used the separation agreement drafted by Ms. Ambrose as cover for a fraudulent transaction. »).

<sup>1368</sup> *Supra* Partie III - Section B - Sous-section 1.2.1.1(iv) « Une attitude passive ».

<sup>1369</sup> *Bennett Jones LLP* (2020), préc., note 906, par. 38.

<sup>1370</sup> *Id.*, par. 44.

<sup>1371</sup> *Century Services* (2003), préc., note 1265, par. 47 (« (...) Even if the plea of misrepresentation in the present case is tantamount to an allegation of fraud, it is an allegation related to the conduct of the solicitor, Farris, not its client. »).

allée jusqu'à affirmer que l'intérêt public à la communication préalable de la preuve par un cessionnaire qui s'estime lésé par la faute contractuelle de son cédant (i.e. l'existence de représentations frauduleuses quant à la solvabilité du débiteur) ne justifie pas la levée du privilège qui a été consacré en vue d'un intérêt public « plus grand » :

[55] Century (...) submits that the consequence of upholding privilege in the present case would open the door generally for solicitors' transactions, in respect of clients' accounts, that are "impervious to the discovery process."

[56] This argument rests on a concern that lawyers would make it a practice to misrepresent their clients' affairs in order to induce others to take assignments of their accounts. This (...) would be the consequence of this court's failure to carve out another exception to solicitor client privilege.

[57] The interest asserted by Century is not, in my opinion, sufficient to displace the public interest in the protection of solicitor-client privilege.

[58] The societal interest in the discovery of clients' communications in situations where a litigant is the assignee of a debt to a solicitor is limited to those persons who wish to take such assignments. Persons taking these assignments must be taken to assume all risks inherent in business decisions of this nature. On the other hand, all persons who communicate with lawyers in respect of their interests must do so with full confidence that their communications are protected, notwithstanding that they may, for whatever reason, fail to pay their solicitor's account.<sup>1372</sup>

Cela étant, comme la Cour a soulevé elle-même à la même occasion, il se peut que plusieurs des renseignements demandés ne soient pas privilégiés<sup>1373</sup>.

#### **2.2.2.4. Au décès du détenteur du privilège**

Il est un contexte particulier où il n'est plus possible de connaître les véritables intentions du détenteur du privilège : à la suite de son décès. Les véritables intentions du détenteur peuvent se rattacher à sa volonté de renoncer ou non aux renseignements protégés par le secret professionnel, voire être consignées parmi ou en tant que renseignements confidentiels au dossier de son avocat ou notaire. Conformément aux enseignements de la Cour suprême du Canada dans *Geffen* (1991), les cours canadiennes se montrent ouvertes à permettre la divulgation de renseignements *a priori* confidentiels dans le but d'apprécier l'intention réelle du testateur ou d'une personne décédée. Lorsque la personne qui demande à prendre connaissance des renseignements n'est pas l'héritier apparent du *de cuius*, on ne saurait parler de renonciation, et son droit d'accès est vu plutôt comme

---

<sup>1372</sup> *Id.*, par. 55 à 58.

<sup>1373</sup> *Id.*, par. 59 à 62.

une « exception » au privilège, celle relative au testament. Comme mentionné précédemment<sup>1374</sup>, il ne s'agit cependant pas d'une autorisation générale de divulgation à l'égard de l'ensemble des communications intervenues entre une personne décédée et son procureur, mais seulement dans la mesure de leur pertinence à son intention.

Ainsi, en tant qu'officier de justice, l'avocat a le devoir d'examiner son dossier pour y extraire, par exemple, les documents pertinents aux allégations, par exemple d'abus d'influence à l'égard d'une donation faite à cause de mort, et de solliciter, si besoin est, l'opinion du tribunal sur l'application de la protection à l'égard de documents spécifiques<sup>1375</sup>. L'« exception relative au testament » ne s'applique donc pas d'emblée à l'ensemble des dossiers de planification successorale du défunt, ce qui irait à l'encontre du droit de *de cuius* à sa vie privée ainsi que de son droit de s'entretenir en toute confidentialité avec ses conseillers juridiques. Certaines règles de pratique en matière successorale, dont les *Surrogate Rules* de l'Alberta, précisent d'ailleurs les sujets sur lesquels le professionnel ayant agi sur les instructions du défunt peut être contraint à témoigner :

**85(2).** Any person who took instructions for the preparation of the will is compellable as a witness and subject to pre-trial disclosure and production of documents and oral questioning respecting

(a) the circumstances of that person's involvement in the preparation of the will and of any lawyer's retainer,

(b) the instructions given by the testator,

(c) the preparation of the will or the circumstances of its signing, or

(d) any steps taken to ascertain or record by any means the testator's capacity or the witness's or lawyer's opinion concerning that capacity.<sup>1376</sup>

Cela étant, de simples allégations d'abus de confiance ou que le testament ne reproduise pas fidèlement les dernières volontés d'un *de cuius* ne sont pas suffisantes pour autoriser une sorte d'« expédition de pêche » dans les dossiers de planification successorale, une « expédition de pêche » qui serait coûteuse en temps et en argent pour la succession. À défaut d'indices contraires, les tribunaux sont en droit de présumer que le testament fait foi des dernières volontés du défunt. Comme nous le rappelle la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta :

---

<sup>1374</sup> *Supra* Partie III - Section B - Sous-section 1.4.2 « Par le représentant personnel ou la succession du *de cuius* ».

<sup>1375</sup> *Becker v. Hagehassan*, 2021 BCSC 1508.

<sup>1376</sup> *Surrogate Rules*, Alberta Regulation 130/1995, par. 85(2).

[67] A mere allegation that the will is suspect (...) does not attract the exception to the privilege. If the result were otherwise, all testators would be at risk of having their confidential communications with legal advisors exposed through unsubstantiated applications to the courts. That would defeat the purpose of the privilege. Furthermore, the time, effort and expense of sifting through the history of privileged communications would diminish the inheritance left to the beneficiaries and frustrate the efficiency the testator envisioned by organizing the disposition of his estate. All of that would offend the testator's intentions.<sup>1377</sup>

Il faudrait donc davantage que de simples allégations de captation ou de vulnérabilité pour justifier une levée – exceptionnelle – du privilège : « (...) in the normal course, until a genuine issue for trial corroborated by other material evidence is established, resulting in an order directing formal proof of the will, the privilege survives and disclosure of solicitor-client communications should not occur. »<sup>1378</sup>

Après le décès du bénéficiaire du privilège, des contextes autres que testamentaires ou fiduciaires pourraient également justifier la levée de la protection afin de s'assurer des véritables intentions du bénéficiaire à l'époque des différentes transactions, par exemple dans le cas d'une acquisition immobilière. Dans l'affaire *Viczko* (2017), la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan adopte ainsi une approche raisonnée (« *principled approach* ») pour justifier la levée du privilège dans les termes suivants :

[16] The principled approach outlined by the Supreme Court of Canada applies in the circumstances of this case as regards disclosure of lawyer Pearson's file relating to the will instructions of Joseph Viczko. The interests of lawyer Pearson's now deceased client are furthered by disclosure. The purpose of allowing such disclosure is to access evidence of what his intentions were. Donald Viczko's belief, and the basis for his belief in what his father's intentions were, is relevant evidence on the issue of whether he was acting in good faith when taking a transfer of the land. It would be profoundly unfair to permit Boots to provide evidence in relation to what she says her father's intentions were, arising from her interactions with Joseph Viczko, without allowing Donald Viczko access to what may be the best evidence of what his father's intentions were. Evidence of what Joseph Viczko's intentions were is, in my opinion, evidence that is or may well be relevant to the material issue of whether the transfer was taken in good faith.<sup>1379</sup>

Dans tous les cas donc où l'intérêt du défunt bénéficiaire du privilège serait mieux desservi par une levée du privilège plutôt que son maintien, la levée pourrait être ordonnée considérant la volonté implicite présumée du détenteur du privilège qui, eût-il vécu, l'aurait acceptée. Outre la recherche des véritables intentions du défunt, une mise à l'écart du droit à la confidentialité peut

---

<sup>1377</sup> *Gow Estate (Re)*, 2021 ABQB 305, par. 67.

<sup>1378</sup> *Id.*, par. 68.

<sup>1379</sup> *Viczko* (2017), préc., note 1009, par. 16.



également être justifiée dans le cadre d'enquêtes criminelles sur le décès du détenteur du privilège, par exemple afin d'aider à « élucider les circonstances de son décès, [à] la découverte d'un mobile et [à] l'identité de son meurtrier potentiel »<sup>1380</sup>. Dans l'affaire *R. v. Jack* (1992)<sup>1381</sup>, le juge d'instance a permis à ce que l'avocat consulté par la victime trois jours avant sa disparition puisse témoigner quant à la nature générale de la rencontre, sans entrer dans les détails des échanges. Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel du Manitoba, qui considère que le témoignage de l'avocat ne concerne pas une communication protégée :

In the unique circumstances of this case, I am of the opinion that the evidence given by Christine Jack's lawyer did not constitute a communication of confidential information received by the lawyer from the client. In its context, it was simply a recitation of the lawyer's advice and opinion as to the general tenor of the meeting, and her conclusion as to the client's state of mind and future plans. Although the one comment noted above may well have crossed the line, it did nothing more than confirm similar evidence already on the record from numerous other sources.<sup>1382</sup>

Aussi, dans l'affaire *R. v. A.M.* (2021), la Cour supérieure de justice de l'Ontario a autorisé les avocats consultés par une victime d'agression sexuelle avant le décès de cette dernière à parler avec les enquêteurs<sup>1383</sup>. Plus que par procuration, le tribunal a considéré qu'une telle renonciation doive être décrétée dans l'intérêt de la justice, alors que la protection du secret professionnel n'est plus dans le meilleur intérêt de son bénéficiaire :

[23] I come to the (...) conclusion: the "interests of justice" dictate that the privilege attaching to communications between C and Lawyers A and B must be waived. (...) the privilege no longer protects C's best interests but instead hinders police efforts to properly investigate possible criminal activity where he was the victim. By contrast, waiving privilege advances C's best interests by revealing his account of the allegations. Moreover, ending the privilege furthers the administration of justice by ensuring that a trier of fact may consider evidence deemed relevant and otherwise admissible.<sup>1384</sup>

Ces différents exemples d'entorses au privilège dans le « meilleur intérêt » de ses bénéficiaires, fussent-ils défunts, s'ajoutent aux exceptions statutaires en matière disciplinaire et de sécurité nationale dont nous avons discuté plus haut<sup>1385</sup>. Elles s'inscrivent dans le prolongement de cet impératif de découverte de la vérité par l'État dans le cadre d'enquêtes criminelles et pénales.

---

<sup>1380</sup> *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Shérif du district de Bedford*, 2017 QCCS 318, par. 18.

<sup>1381</sup> *R. v. Jack*, [1992] 76 Man. R. (2e) 168, 70 C.C.C. (3e) 67 (C.A.), 1992 CarswellMan 228.

<sup>1382</sup> *Id.*, par. 74.

<sup>1383</sup> *R. v. A.M.*, 2021 ONSC 2725.

<sup>1384</sup> *Id.*, par. 23.

<sup>1385</sup> *Supra* Partie II - Section B - Sous-section 3.4 « Des exceptions de divulgation justifiées par l'intérêt public ».

### 2.2.2.5. Des divulgations justifiées par un intérêt public impérieux

Au reste, nous avons recensé au moins un cas de figure où la divulgation de renseignements *a priori* protégés par le secret professionnel de l'avocat a été ordonnée, en l'absence d'une renonciation, au regard d'un intérêt public impérieux autre que le droit à la vie ou l'intérêt personnel du détenteur du privilège, mais plutôt relatif au droit du public à l'information sur l'administration de la justice et l'intégrité du système de justice criminelle. Il s'agit de l'affaire *Ontario (Solicitor General) (Re)* (2000)<sup>1386</sup>, qui émane de trois demandes d'accès à l'information auprès de la Police provinciale de l'Ontario (OPP) à la suite d'un arrêt de procédures ordonné par la Cour divisionnaire de l'Ontario pour cause de conduite abusive de la part de l'État, impliquant l'omission délibérée de divulguer et la manipulation intentionnelle d'éléments de preuve utiles à la défense ainsi que la violation par négligence de l'obligation de conserver les preuves originales. Peu après le prononcé du jugement, l'OPP a entrepris une enquête relative aux inconduites dénoncées dans le jugement. Les conclusions de l'enquête, telles que rapportées dans un communiqué de presse, viennent toutefois contredire les conclusions du jugement en ce que l'OPP n'aurait trouvé aucune preuve étayant l'existence d'une entrave à la justice par des policiers qui auraient soit détruit ou retenu à dessein un élément de preuve important, soit omis de communiquer des informations pertinentes à la défense.

C'est dans ce contexte, alors que tant l'affaire criminelle (relative à une accusation de meurtre) que l'enquête interne menée ultérieurement par l'OPP ont été discutées et critiquées par les médias, que le Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario estime qu'il y aurait un intérêt public impérieux à ordonner la divulgation d'informations pertinentes à l'enquête, y compris celles protégées par le secret professionnel de l'avocat, pour élucider les questionnements que le public peut se poser relativement à l'administration de la justice criminelle au regard des conclusions contradictoires :

(...) given the importance of the criminal justice system in Canadian society, the prominence of the criminal courts among Canadian public institutions, and the preoccupation of the public and media alike with issues relating to criminal justice and the balancing of rights between accused persons and the victims of crime, a similar statement could be made about the public interest in disclosure of information about a prosecution in which the Ontario Court (General Division) "... found deliberate non-disclosure or suppression, of virtually every piece of evidence that was of probable assistance to the defence" as

---

<sup>1386</sup> *Ontario (Solicitor General) (Re)*, 2000 CanLII 20776 (Ont. I.P.C.).

well as “an unacceptable degree of negligent conduct” by the state. Such issues generally rouse strong interest or attention and this case is no exception, as evidenced by the media coverage it has generated.

It is also significant that (...) the OPP’s conclusions as a result of the investigation seem to be “diametrically opposed” to the Court’s view that serious improprieties in the administration of the criminal justice system had occurred, which were at the heart of the decision to stay the charges. (...) from the public’s perspective, the juxtaposition of the Court’s reasons and the OPP’s terse press release would appear to demand a more informative explanation.<sup>1387</sup>

Cet intérêt public impérieux l’emporte sur le droit à la confidentialité qui se rattache notamment aux documents protégés par le secret professionnel de l’avocat<sup>1388</sup>. Ou plutôt retourne-t-on aux sources voulant qu’au-delà de l’intérêt personnel du détenteur du privilège, une mise à l’écart du droit de la confidentialité ne sera justifiée que lorsque le juge a des motifs raisonnables de croire ou de soupçonner que la confidentialité aurait été détournée pour desservir des fins criminelles ou frauduleuses.

### **2.3. Une démarche de proportionnalité ?**

On pourrait être tenté de proposer une démarche de proportionnalité pour évaluer l’opportunité ou la nécessité de lever la protection du secret professionnel de l’avocat eu égard à l’« intention mauvaise » de la personne qui consulte un avocat en vue de faciliter une contravention à la loi du pays.

En effet, malgré l’inflation normative qui caractérise l’État moderne<sup>1389</sup>, l’exception traditionnelle d’illégalité conserve un élément intentionnel qui dénote en soi un comportement répréhensible. Que ce soit pour faciliter une évasion fiscale, une concurrence déloyale, un abus de pouvoir ou une iniquité en droit corporatif, voire une contravention aux règlements (municipaux), un sentiment demeure que la protection conférée par le secret professionnel de l’avocat ne doit pas être instrumentalisée à ces fins « illégitimes ». On a le droit de consulter un avocat pour être renseigné sur ses droits et obligations, pour se défendre contre certaines allégations, voire se prémunir contre les abus de pouvoir de l’autre partie, mais pas pour trouver la meilleure manière (la plus efficiente) de contrevenir à la loi ou d’échapper à la justice. Il est vrai que l’intention seule souffre d’une ambiguïté intrinsèque : être mieux renseigné sur ses droits et obligations, être avisé des conséquences découlant des différentes options possibles, c’est aussi entrevoir les risques de

---

<sup>1387</sup> *Id.*

<sup>1388</sup> *Id.*

<sup>1389</sup> *Supra* note 1316.

sanctions se rattachant aux contraventions, soupeser les avantages et inconvénients de sa conduite (il)légale, et la ligne pourrait, dans certains cas, être aisément franchie entre l'information et la facilitation, trouver la voie la moins risquée de « contourner » la loi et celle d'une transgression pure et simple. Cette ambiguïté intrinsèque peut être éclaircie, dans la plupart du temps, par une preuve circonstancielle de mauvaise intention, laquelle s'établit moins par des affirmations péremptoires défendues après les faits et de façon intéressée, que par les faits eux-mêmes. C'est ainsi que les tribunaux (canadiens) ne lèvent le secret professionnel de l'avocat au nom de l'exception relative au « crime ou à la fraude projetée » que dans la mesure où un crime et une fraude aura été commise. Certes, il en faut plus pour démontrer que la consultation préalable a été faite en vue de commettre ce crime ou de faciliter la fraude, mais en l'absence de crime/fraude ou d'autres circonstances objectivement « incriminantes », la preuve de l'intention se défend difficilement.

Cela étant, une fois l'intention prouvée, devrait-on opérer / maintenir une hiérarchie « artificielle » entre les contraventions aux différentes lois (criminelles, pénales, civiles, statutaires, réglementaires) ? Une fois l'intention mauvaise établie, on pourrait privilégier une approche dite de proportionnalité en pondérant les avantages / inconvénients résultant de l'atteinte au secret professionnel de l'avocat dans ce cas-ci et l'impératif de dissuader toute instrumentalisation du droit à l'avocat à des fins illégales. Les éléments d'appréciation pourraient comprendre :

- les conséquences (tant sur les plans humain, financier et matériel) de la contravention;
- le caractère répétitif de celle-ci;
- la connaissance qui peut être objectivement imputée à l'avocat quant à l' « illégalité » projetée;
- etc.

Ou encore, le contrôle s'effectue au niveau de l'intention seulement indépendamment de la légalité stricte de l'acte projeté ? À toutes les fois que le secret professionnel de l'avocat est susceptible de protéger une communication qui ne « mérite » pas, en quelque sorte, la protection, chaque fois que l'exercice de ce droit à l'avocat « présente un caractère malveillant, excessif ou abusif » ? Cette

seconde approche s'inspire de la théorie de l'abus de droit et des développements récents à ce sujet<sup>1390</sup>.

### **3. D'une divulgation limitée des renseignements : l'application des différents filtres de confidentialité**

Quoi qu'il en soit, au-delà des zones grises, une démarche de proportionnalité se concrétise bel et bien dans l'application de différents filtres de confidentialité aux renseignements effectivement privilégiés sans empêcher indûment la divulgation de l'information autre qui ne tombe pas dans l'orbite de la confidentialité. Comme nous le rappelle la Cour supérieure du Québec<sup>1391</sup>, les filtres de confidentialité peuvent prendre plusieurs formes et ne sont pas exclusifs à la protection du secret professionnel, comprenant :

- la garantie d'anonymat, masquant au besoin l'identité des personnes concernées avec l'emploi de leurs initiales ou de pseudonymes;
- l'élagage ou le caviardage de renseignements confidentiels, pour permettre la production dans un même document d'autres informations dont la divulgation est autorisée ou nécessaire;
- la mise sous scellés de certains documents produits en preuve devant une cour de justice,
- le huis clos ordonné pour n'autoriser l'assistance aux audiences pendant toute la durée ou une partie de celles-ci qu'aux personnes intéressées et leurs avocats, à l'exclusion des membres du public et des journalistes;
- l'interdiction de publication ou de diffusion au public de certaines informations divulguées en cours de procès.

Dans le contexte judiciaire, l'application des différents filtres de confidentialité fait échec au principe de la publicité des débats en justice, garantissant l'accès du public aux tribunaux et aux

---

<sup>1390</sup> Lire notamment : Pierre-Emmanuel MOYSE, « L'abus de droit : l'anténorme – Partie I », (2012) 57-4 *R.D. McGill* 859; Pierre-Emmanuel MOYSE, « L'abus de droit; l'anténorme – Partie II », (2012) 58-1 *R.D. McGill* 1; art. 6 et 7 C.c.Q.; *Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122.

<sup>1391</sup> *P.H. c. Procureur général du Canada*, 2020 QCCS 4795, par. 52 (requête pour permission d'appeler rejetée 2021 QCCA 163) [ci-après « *P.H. (2020)* »].

documents judiciaires ainsi que la transparence des procédures qui s’y déroulent<sup>1392</sup>. L’identité des parties à l’instance ainsi que des différents intervenants participe aussi de la publicité des débats judiciaires : « Celui qui recherche le secours des tribunaux doit en principe le faire ouvertement en accord avec la transparence dont doit faire montre le système de justice. »<sup>1393</sup> L’exercice de pondération entre, d’une part, la justice publique et, d’autre part, les différents impératifs de confidentialité est balisé, en amont, par le test constitutionnel élaboré dans les arrêts *Dagenais* (1994), *Mentuck* (2001), *Sierra Club du Canada* (2002)<sup>1394</sup> et *Sherman (Succession)* (2021)<sup>1395</sup>.

Dans le cadre des procédures criminelles, les arrêts *Dagenais* (1994) et *Mentuck* (2001) ont proposé une méthode analytique à deux étapes permettant d’apprécier l’opportunité de rendre une ordonnance de non-publication concernant notamment l’identité des parties. Selon cette méthode, une ordonnance de non-publication ne sera rendue que si :

- a) elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour la bonne administration de la justice, vu l’absence d’autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;
- b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur les droits et les intérêts des parties et du public, notamment ses effets sur le droit à la libre expression, sur le droit de l’accusé à un procès public et équitable, et sur l’efficacité de l’administration de la justice.<sup>1396</sup>

Dans *Sierra Club du Canada* (2002), la Cour suprême du Canada confirme l’application du test *Dagenais/Mentuck* dans un contexte hors criminel (p. ex. ordonnance de confidentialité demandée dans le cadre d’un contrôle judiciaire d’une décision du gouvernement fédéral) et est venue préciser ce qu’implique la notion de nécessité, abordée à la première étape. Cette notion requiert l’analyse de trois éléments importants :

[46] (...) En premier lieu, le risque en question doit être sérieux et bien étayé par la preuve. En deuxième lieu, l’expression « bonne administration de la justice » doit être interprétée judicieusement de façon à

---

<sup>1392</sup> *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332, par. 23 et suiv. [ci-après « *Vancouver Sun (Re)* (2004) »].

<sup>1393</sup> *S. c. Lamontagne*, 2020 QCCA 663, par. 15 [ci-après « *Lamontagne* (2020) »].

<sup>1394</sup> *Sierra Club du Canada* (2002), préc., note 438. Auparavant, des considérations similaires sous-tendent l’exigence que des « circonstances spécifiques » soient établies pour justifier une ordonnance de confidentialité, telle l’utilisation des pseudonymes masquant l’identité des parties, nécessaire afin que justice soit rendue : *A.(J.) v. Canada Life Assurance Co. (H.C.J.)*, [1989] O.J. No 1119, 70 O.R. (2<sup>e</sup>) 27 (Q.L.) (S.C.). Ces « circonstances spécifiques » pouvaient comprendre des préoccupations relatives à la vie privée qui soient suffisamment pressantes et importantes pour contrebalancer l’application du principe de la publicité des débats; ce qui exclut une simple gêne, de l’embarras ou l’inconfort. La crainte de discrimination en raison de l’état de santé ne réussissait pas toujours lorsque d’autres considérations entraient en jeu, comme l’implication d’institutions à caractère public : voir par exemple *X. c. Société canadienne de la Croix-Rouge*, [1992] R.J.Q. 2735, 1992 CanLII 3638 (C.A.).

<sup>1395</sup> *Sherman (Succession)* (2021), préc., note 745.

<sup>1396</sup> *Mentuck* (2001), préc., note 259, par. 32.

ne pas empêcher la divulgation d'un nombre excessif de renseignements. En troisième lieu, le critère exige non seulement que le juge qui prononce l'ordonnance détermine s'il existe des mesures de rechange raisonnables, mais aussi qu'il imite l'ordonnance autant que possible sans pour autant sacrifier la prévention du risque.<sup>1397</sup>

Comme nous le rappelle la Cour suprême du Canada dans *Vancouver Sun (Re)* (2004), le test constitutionnel, conçu à l'origine dans le contexte des interdictions de publication, « s'applique également chaque fois que le juge (...) exerce son pouvoir discrétionnaire de restreindre la liberté d'expression de la presse durant les procédures judiciaires »<sup>1398</sup>, qu'il s'agisse des ordonnances de huis clos ou de confidentialité. En statuant tout récemment sur la validité des ordonnances de mise sous scellés dans l'affaire *Sherman (Succession)* (2021), la Cour suprême du Canada est venue encore une fois élargir le test applicable pour permettre la pondération entre une nécessaire confidentialité de certains renseignements et d'autres intérêts importants qui vont au-delà de la transparence dans les procédures judiciaires. Toute restriction discrétionnaire à la publicité des débats judiciaires – y compris une ordonnance de caviardage – ne sera permise que si :

- 1) la publicité des débats judiciaires pose un risque sérieux pour un intérêt public important;
- 2) l'ordonnance sollicitée est nécessaire pour écarter ce risque sérieux pour l'intérêt mis en évidence, car d'autres mesures raisonnables ne permettront pas d'écarter ce risque; et
- 3) du point de vue de la proportionnalité, les avantages de l'ordonnance l'emportent sur ses effets négatifs.<sup>1399</sup>

Depuis *Dagenais/Mentuck*, les tribunaux canadiens ont depuis autorisé :

- les demandes de procéder par l'anonymat au nom de la protection des jeunes victimes contre la cyberintimidation<sup>1400</sup>;
- les demandes de désignation des parties et personnel médical impliqués par leurs initiales dans le cadre de demandes d'exemption constitutionnelle présentées par des patients qui désirent se prévaloir de leur droit à l'aide médicale à mourir au cours de la période où la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi fédérale était suspendue<sup>1401</sup>;

---

<sup>1397</sup> *Sierra Club du Canada* (2002), préc., note 438, par. 46.

<sup>1398</sup> *Vancouver Sun (Re)* (2004), préc., note 1392, par. 31.

<sup>1399</sup> *Sherman (Succession)* (2021), préc., note 745, par. 38.

<sup>1400</sup> *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46, [2012] 2 R.C.S. 567.

<sup>1401</sup> *A.A. (Re)*, 2016 BCSC 511; *A.B. v. Canada (Attorney General)*, 2016 ONSC 1571.

- des demandes en dommages-intérêts par des victimes d'abus sexuels contre leurs agresseurs<sup>1402</sup>;
- des demandes introductives d'instance en injonction et dommages-intérêts pour atteinte à la vie privée et harcèlement lié aux publications à connotation sexuelle<sup>1403</sup>.

D'autres exceptions sont d'origine statutaire. Ainsi, le (nouveau) *Code de procédure civile* du Québec prévoit désormais que le tribunal peut déroger au principe de la publicité des procédures judiciaires si l'ordre public, entendu entre autres comme « la protection de la dignité des personnes concernées par une demande » ou « la protection d'intérêts légitimes importants », justifie plutôt une audience en tout ou en partie à huis clos, une interdiction ou restriction d'accès à un document ou de divulgation / diffusion de certains renseignements, voire que soit assuré l'anonymat des personnes concernées<sup>1404</sup>. En matière familiale, d'autorisation de soins et de garde en établissement ainsi que de changement de la mention du sexe à l'acte de naissance, les audiences se tiennent en principe à huis clos, à moins que le tribunal ne l'ordonne autrement. L'identification des personnes concernées est d'emblée protégée contre la divulgation de toute information susceptible de les identifier, sauf autorisation contraire du tribunal. Aussi, les jugements publiés doivent s'assurer de l'anonymat des parties ou d'un enfant dont l'intérêt est en jeu à l'instance, non seulement par l'anonymisation des renseignements nominatifs, mais encore par l'extraction ou le caviardage des passages qui permettent de les identifier<sup>1405</sup>. Certaines règles de procédure prévoient d'ailleurs expressément l'utilisation des pseudonymes, comme en Alberta<sup>1406</sup>.

En matière criminelle, les audiences ou témoignages en huis clos peuvent être ordonnés « dans l'intérêt de la moralité publique, du maintien de l'ordre ou de la bonne administration de la justice ou [chaque fois] que cela est nécessaire pour éviter toute atteinte aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales »<sup>1407</sup>. Le fardeau de preuve incombe à la partie qui en fait

---

<sup>1402</sup> Par contre, l'identité des personnes dont on allègue être responsables des abus sexuels ou celle d'un agresseur sera rarement protégée par une ordonnance d'anonymat : *P.H.* (2020), préc., note 1391 (requête pour permission d'appeler rejetée 2021 QCCA 163).

<sup>1403</sup> *Lamontagne* (2020), préc., note 1393.

<sup>1404</sup> C.p.c., art. 12.

<sup>1405</sup> *Id.*, art. 15.

<sup>1406</sup> *Alberta Rules of Court*, préc., note 1327, règle 6.28e).

<sup>1407</sup> C.cr., art. 486(1). Voir aussi *Code de procédure pénale*, L.R.Q., c. C-25.1, art. 194 (« La poursuite est instruite publiquement, à moins que le juge qui l'instruit n'ordonne le huis clos dans l'intérêt général ou pour un motif d'ordre public. »).



la demande. Les facteurs à prendre en considération dans cet exercice de pondération ont été codifiés et comprennent :

- a) l'intérêt de la société à encourager la dénonciation des infractions et la participation des victimes et des témoins au processus de justice pénale;
- b) la sauvegarde de l'intérêt des témoins âgés de moins de dix-huit ans dans toute procédure;
- c) la capacité d'un témoin, si l'ordonnance n'est pas rendue, de fournir un récit complet et franc des faits sur lesquels est fondée l'accusation;
- d) la nécessité de l'ordonnance pour assurer la sécurité d'un témoin ou le protéger contre l'intimidation et les représailles;
- e) la protection des personnes associées au système judiciaire qui prennent part à la procédure;
- f) l'existence dans les circonstances d'autres moyens efficaces que celui de rendre l'ordonnance;
- g) les effets bénéfiques et préjudiciables de l'ordonnance demandée;
- h) tout autre facteur [que le tribunal] estime pertinent.<sup>1408</sup>

Pour certaines infractions à caractère sexuel, une non-ordonnance de huis clos, alors que celui-ci a été demandé par l'accusé ou le poursuivant, doit être justifiée<sup>1409</sup>.

Voyons à présent comment ces filtres de confidentialité se transposent aux renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat.

Il n'est pas rare en effet que des documents *a priori* non privilégiés puissent contenir des renseignements protégés par un privilège de confidentialité, dont le secret professionnel de l'avocat. Le cas échéant, afin de favoriser le droit d'accès à l'information, les organismes et tribunaux peuvent autoriser la communication / production, avec ou sans conditions, des documents élagués (3.1), anonymisés ou pseudonymisés (3.2), voire dépersonnalisés (3.3). Les renseignements non consignés peuvent également être assujettis à diverses ordonnances de confidentialité ou de non-publication (3.4). Dans tous les cas, l'application de ces filtres de confidentialité vise à masquer :

- tout renseignement d'identification qui aurait permis de faire le lien entre le détenteur du privilège et son avocat; ou

---

<sup>1408</sup> C.cr., art. 486(2).

<sup>1409</sup> *Id.*, art. 486(3).

- si ce lien est connu, tout autre renseignement relatif à la nature ou qui découle de cette relation professionnelle.

### 3.1. L'élagage ou le caviardage

L'élagage consiste à retrancher du document à communiquer tout renseignement protégé par un droit à la confidentialité<sup>1410</sup>, tout en gardant la trace de ce masquage, suppression ou retranchement dans le document pour aviser la partie à qui le document est communiqué de l'existence de renseignements confidentiels dont la divulgation a été sciemment omise. Il est utilisé lorsqu'une partie du document contient des renseignements confidentiels alors que le reste s'avère pertinent au litige, est visé par une demande d'accès à l'information ou constitue autrement une preuve admissible au procès. Les renseignements élagués peuvent concerner, entre autres exemples :

- les références ou renvois à des demandes d'avis juridique ou aux avis juridiques reçus<sup>1411</sup>;  
ou
- une reproduction *in extenso*, citation d'extraits ou copie des avis juridiques obtenus<sup>1412</sup>.

Dans l'affaire *Guelph* (2004), la Cour supérieure de justice de l'Ontario fait remonter la pratique de l'élagage à ce qui avait été développé au sein de juridictions américaines pour balancer le droit des uns à une divulgation complète et le droit des autres à la confidentialité. En Ontario, cette pratique avait cours en litige commercial depuis au moins deux décennies :

[119] The practice of “redacting” documents has been in wide use in commercial litigation in Ontario for at least two decades. It follows a practice developed in American jurisdictions to balance the goals of full disclosure and protection of privilege. It is very common for documents that are otherwise producible to contain a portion that deals with receipt of legal advice on the topic at hand. For example, the minutes of a board meeting might contain twelve business items, one of which concerned receipt of legal advice pertaining to litigation. An “all or nothing” approach to disclosure would see the document entirely produced (thus breaching solicitor client privilege in respect to the advice given concerning the litigation), or entirely suppressed (depriving the opposing party with the record of the balance of the document). The proper solution is to produce the portion of the document that is not privileged, delete the portion that is privileged, and show the deletion on the face of the document to alert the opposing party that privileged material has been removed.<sup>1413</sup>

---

<sup>1410</sup> *Guelph* (2004), préc., note 1045, par. 116 (« *Guelph* has produced some documents which contained portions that it says are privileged. In those documents it has blanked out the privileged portions and produced the balance. This technique is known as “redacting” »).

<sup>1411</sup> *Id.*, par. 106.

<sup>1412</sup> *SNC-Lavalin* (2003), préc., note 1057, par. 56.

<sup>1413</sup> *Guelph* (2004), préc., note 1045, par. 119.

Selon les parties au litige, un renseignement confidentiel pour certains peut ne pas l'être pour d'autres qui avaient déjà connaissance de l'information, pour qui l'information a déjà été rendue publique. Le cas échéant, il n'est pas exclu que les portions élaguées puissent différer selon qu'un document est communiqué à l'un ou à l'autre, ou que différentes versions élaguées du même document puissent être communiquées aux différentes parties. À la cour cependant, seule de l'information déjà connue du public ou qui peut être rendue publique (excluant les renseignements protégés notamment par le secret professionnel de l'avocat) peut être produite sans l'élagage.

Outre les mentions ou inclusions de renseignements confidentiels dans un document qui n'est pas autrement privilégié, la pratique de l'élagage permet la communication de documents pertinents au litige tout en gardant confidentiel le fait qu'ils avaient été communiqués aux conseillers juridiques aux fins d'une consultation. Pour la Cour supérieure de justice de l'Ontario, il s'agit d'un compromis minimisant les risques d'abus de privilège :

[120] (...) In a dispute it would seem quite normal for counsel (perhaps both internal and external) to receive copies of documents that are otherwise not privileged. Showing a copy sent to counsel is a disclosure of a privileged communication, albeit one that would likely be no surprise to anyone. (...) Obviously it will not be acceptable for a party to shield relevant and non-privileged documents by the simple technique of forwarding a copy to counsel. On the other hand, that party should be able to shield itself from producing evidence that it did circulate documents to its counsel. The proper compromise, again, is to redact the portion of the document showing distribution to counsel.<sup>1414</sup>

Une partie peut avoir divulgué partiellement une portion de renseignements privilégiés en croyant à tort qu'ils ne sont pas privilégiés, alors que le reste de renseignements privilégiés auront été élagués. Dans la mesure où cette divulgation partielle résulte d'une méprise de la partie responsable de la communication, cette divulgation partielle, en l'absence d'autres circonstances, ne sera pas considérée comme ayant causé une injustice pour l'autre partie de sorte qu'elle n'équivaudra pas à une renonciation au privilège<sup>1415</sup>.

Enfin, l'élagage des renseignements confidentiels peut également constituer une mesure de réparation au sens du paragraphe 24(2) de la Charte canadienne, en cas d'exclusion de certaines portions de la preuve obtenues en violation des droits fondamentaux, dont le droit à la protection contre les fouilles, saisies et perquisitions abusives<sup>1416</sup>.

---

<sup>1414</sup> *Id.*, par. 120.

<sup>1415</sup> *Stevens* (1997), préc., note 1026.

<sup>1416</sup> Voir par exemple *R. v. Drummond*, 2021 ONSC 6724, par. 128.

### 3.2. L'anonymisation ou la pseudonymisation

Cette technique est le plus souvent utilisée pour dé-identifier les renseignements confidentiels des tiers, notamment dans le cadre des demandes d'accès aux documents gouvernementaux. Sous le régime du droit d'accès aux renseignements personnels, le projet de loi n° 64, sanctionné le 22 septembre 2021, précise qu'« un renseignement concernant une personne physique est anonymisé lorsqu'il ne permet plus, de façon irréversible, d'identifier directement ou indirectement cette personne »<sup>1417</sup>.

De manière générale, l'anonymisation des renseignements personnels permet leur (ré)utilisation dans le respect du droit à la confidentialité des personnes concernées à des fins d'étude, d'enseignement, de recherche ou d'enquête publique. Dans certains cas (plutôt) exceptionnels, l'anonymisation est permise seulement sur autorisation du tribunal, notamment en ce qui concerne les renseignements personnels relatifs à la procréation assistée d'un enfant<sup>1418</sup>.

À la différence des informations anonymisées, les pseudonymes sont nécessaires pour désigner alternativement les parties impliquées ou identifier différentes personnes concernées par la même problématique (p. ex. enquête publique sur les allégations de fraude imputées à un cabinet).

Les pseudonymes peuvent être utilisés pour distinguer les parties entre elles en attendant que la question de l'existence du secret professionnel soit tranchée ou lorsque l'identité des parties est autrement protégée par un (autre) privilège ou droit à la confidentialité, par suite d'une ordonnance de la Cour<sup>1419</sup>. Par exemple, dans *In the Matter of the Legal Profession Act* (2002)<sup>1420</sup>, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a ordonné à ce que les clients d'un cabinet d'avocats faisant face à des enquêtes pour fraude soient identifiés par des pseudonymes ou des numéros dans le rapport rendu public du gardien nommé par le Barreau de la province<sup>1421</sup>. Dans le fameux arrêt

---

<sup>1417</sup> *Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels*, L.Q. 2021, c. 25, art. 28 (modifiant l'art. 73 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 363) et 111 (modifiant l'art. 23 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, préc., note 363).

<sup>1418</sup> *Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et modifiant le Code civil en matière de droits de la personnalité et d'état civil*, projet de loi n° 2 (présentation – 21 octobre 2021), 2<sup>e</sup> sess., 42<sup>e</sup> légis. (Qc), art. 96 remplaçant l'article 542 du Code civil du Québec.

<sup>1419</sup> Voir par exemple *R. v. N.M.*, [2007] O.J. No 3022 (QL), 2007 CanLII 31570 (S.C.).

<sup>1420</sup> *In the Matter of the Legal Profession Act and Kenny*, 2002 BCSC 346 (ci-après « *In the Matter of the Legal Profession Act* (2002) »).

<sup>1421</sup> *Id.*, par. 22 (« (...) all of Kenny's clients who might have had an interest in those funds were identified in published public information only by pseudonym or by an unidentifiable client number »).

*Smith c. Jones* (1999), le médecin qui demande la permission de révéler les confidences faites par l'accusé était connu sous le nom de Dr Smith alors que l'accusé a été identifié comme M. John Smith<sup>1422</sup>. Enfin, l'usage des pseudonymes avait également été suggéré par certains juges, notamment dans le cadre du débat sur la constitutionnalité de l'article 488.1 du *Code criminel* canadien sur les saisies et perquisitions effectuées dans les cabinets d'avocats, pour remplacer l'exigence de « désigner nommément » les clients dont les dossiers peuvent être concernés<sup>1423</sup>.

### 3.3. La dépersonnalisation

La dépersonnalisation consiste à retirer les identifiants directs des données tout en en gardant le reste intact. Selon les précisions apportées par suite de l'adoption de la *Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels* (projet de loi n° 64), un renseignement personnel est considéré « dépersonnalisé lorsque ce renseignement ne permet plus d'identifier directement la personne concernée »<sup>1424</sup>. Rappelons qu'une anonymisation ne doit pas permettre d'identifier, « directement ou indirectement », la personne concernée.

Tout comme la pseudonymisation, la dépersonnalisation des données à caractère personnel est avant tout commandée pour le traitement en masse d'une grande quantité de données à des fins de recherche et de statistiques. « Lorsque les données [*a priori* personnelles] auront été dépersonnalisées de façon à éliminer toute possibilité sérieuse de repersonnalisation des données, elles ne seront plus considérées comme des renseignements personnels et pourront être diffusées, sous réserve des autres restrictions qui s'appliquent, par exemple celles liées à la sécurité. »<sup>1425</sup>

À la différence des techniques d'anonymisation ou de pseudonymisation, la dépersonnalisation survient rarement dans un contexte judiciaire où la protection du secret professionnel est invoquée.

---

<sup>1422</sup> *Smith c. Jones* (1999), préc., note 37, en particulier par. 36.

<sup>1423</sup> *Supra* Partie II - Section B - Sous-section 3.

<sup>1424</sup> *Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels*, préc., note 1417, art. 19 (modifiant l'art. 65.1 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 363) et 102 (modifiant l'art. 12 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, préc., note 363).

<sup>1425</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, *Avis de mise en œuvre de la protection des renseignements personnels 2020-03 : protection des renseignements personnels lors de la diffusion de renseignements à propos d'un petit nombre de personnes*, 2020, en ligne : <[www.canada.ca/fr/secretariat-conseil-tresor/services/acces-information-protection-reseignements-personnels/avis-mise-acces-information-protection-reseignements-personnels/2020-03-protection-reseignements-personnels-diffusion-reseignements-propos-petit-nombre-personnes.html](http://www.canada.ca/fr/secretariat-conseil-tresor/services/acces-information-protection-reseignements-personnels/avis-mise-acces-information-protection-reseignements-personnels/2020-03-protection-reseignements-personnels-diffusion-reseignements-propos-petit-nombre-personnes.html)>.

### 3.4. Le cas des renseignements non consignés

Si, dans le cadre d'instances judiciairisées, l'application des filtres de confidentialité aux renseignements privilégiés consignés par écrit résulte d'ordonnances de confidentialité prononcées par un juge, la protection des renseignements non consignés (p. ex. témoignages) peut aussi être assujettie à diverses ordonnances destinées à en assurer la confidentialité. Rappelons qu'une ordonnance de confidentialité se distingue d'une ordonnance de non-publication par une nuance importante. La première restreint l'accès à l'information aux membres du public, alors que la seconde en autorise l'accès, mais en interdit la diffusion. Les audiences à huis clos, en tout ou en partie, font suite à une ordonnance de confidentialité qui exclut de leur assistance certains membres du public<sup>1426</sup>. L'affaire *Smith c. Jones* (1999), entre autres exemples, avait été entendue à huis clos avec un dossier judiciaire mis sous scellé devant les tribunaux inférieurs. Devant la Cour suprême du Canada, l'audience a été publique mais sous réserve d'un dossier judiciaire sous scellé et d'une interdiction de publication. Les motifs de la Cour suprême ont été publiés sous des pseudonymes sans faire référence aux personnes réellement impliquées. Encore là, plusieurs accommodements sont possibles. Les tribunaux peuvent ordonner que certaines parties seulement d'une audience publique soient entendues à huis clos, notamment lors du témoignage d'un plaignant<sup>1427</sup>.

\*\*\*

Nul ne conteste la pertinence des différents filtres de confidentialité présentés plus haut. Cela étant, leur application peut conduire à des abus, lorsqu'une partie cherche à masquer de l'information autrement pertinente sous couvert d'un privilège de confidentialité et dans les cas où le tribunal n'aurait pas l'occasion d'examiner les renseignements à l'égard desquels le secret professionnel est invoqué. D'où l'importance d'assujettir le processus d'établissement de la confidentialité à des garanties procédurales strictes. Appliquée trop strictement, la confidentialité peut conduire à des abus. De l'autre côté, une fois l'information divulguée, tout privilège s'y rattachant sera irrémédiablement perdu.

---

<sup>1426</sup> À l'exception notable, par exemple, des journalistes qui, au Québec, sont autorisés d'office à assister aux audiences tenues à huis clos au même titre que les avocats, notaires et leurs stagiaires : C.p.c., art. 13; *Loi sur la justice administrative*, préc., note 36, art. 130.

<sup>1427</sup> *Forsyth-Nicholson* (2016), préc., note 1355, par. 20.

### **C. En cas de doute sur la pertinence des renseignements privilégiés**

Afin d'obvier à ce risque d'abus sans rendre illusoire la protection de la confidentialité, certaines garanties procédurales sont pourvues dans différentes règles de procédure. De notre revue de jurisprudence présentée ci-dessus, il en ressort qu'un canevas type est généralement accepté :

- Indépendamment de toute contestation du privilège, la partie qui produit un document sur lequel est appliqué un filtre de confidentialité doit détailler ce qui y a été retranché;
- En cas de contestation ou au besoin, le tribunal peut prendre connaissance des renseignements confidentiels dans le cadre d'une audience à huis clos et rendre une décision (à huis clos) en conséquence.

En cas de doute sur la pertinence des renseignements *a priori* privilégiés par rapport aux questions en litige, les tribunaux canadiens suivent une démarche (informelle) à deux étapes consistant à se demander, d'une part, si les informations recherchées peuvent être obtenues par d'autres moyens (1) et, d'autre part, si le juge doit prendre connaissance des renseignements que l'on allègue être privilégiés avant de statuer sur leur (non-)divulgaration (2).

#### **1. Du critère de nécessité**

Le critère de nécessité (de la communication) veut que dans tous les cas où l'information recherchée dans les documents privilégiés peut être obtenue par d'autres sources alternatives, la levée d'un privilège, quel qu'il soit, n'est pas requise et sera refusée, à moins qu'il n'y ait renonciation ou exception / restriction quant à la portée du privilège (p. ex. crime ou fraude projetée).

Dans un premier temps, si les informations privilégiées sont recherchées par la partie adverse à des fins corroboratives seulement (p. ex. pour confirmer la véracité d'autres témoignages), une divulgation est rarement de mise. Les tribunaux sont d'avis qu'il existe généralement dans ces cas un moyen moins attentatoire qui permet à la fois de préserver l'intégrité du privilège et la recherche de la vérité dans le cadre d'une instance judiciaire. Ce moyen consiste à rechercher la corroboration des renseignements par d'autres éléments de preuve ou, à défaut, à ébranler la crédibilité d'un témoin, notamment par son contre-interrogatoire :

[27] (...) a petitioner is entitled to obtain the financial disclosure requested. She is not satisfied with the veracity of the answers received from her husband concerning his financial affairs. Unfortunately for her subject disclosure motion pertaining to Olson Lemons, no one can check with a client's lawyer to ascertain whether that client is telling the truth. Here, (...) there is again another source of information – Mr. Haugen – who can be forced to answer penetrating financial disclosure questions. His failure to adequately answer will undoubtedly cause an adverse inference in any trial which may follow.<sup>1428</sup>

Ensuite, même lorsque l'information (privilegiée) recherchée est d'une pertinence apparente à une question en litige, une levée du privilège n'est de mise que si la preuve ne peut pas être faite par d'autres sources d'information alternatives. Ainsi, lorsqu'un demandeur cherche à valider les raisons qui sous-tendent le revirement de couverture d'un assureur, la levée du privilège (relatif au litige) ne sera pas justifiée si l'information recherchée peut être trouvée ailleurs :

[26] (...) the Plaintiff has failed to discharge his onus to show that there is 'no reasonable alternative form of evidence that can serve the same purpose.' There are alternate sources of information which have been provided including the Crown Brief (which includes Haider's statement to the Police), the transcripts of Mr. Haider's trial and conviction under the Highway Traffic Act (including his examination in chief and cross examination), and the Affidavit sworn in support of TD's motion to have itself added as a statutory third party (which indicates why TD was taking an off coverage position and on which no one chose to cross examine). TD has given summaries of the statements taken from Haider and other witnesses. The Plaintiff examined a representative of TD for Discovery.<sup>1429</sup>

Il en va de même en matière criminelle, où, en dépit de l'obligation (constitutionnelle) de divulgation de la Couronne et la réticence des tribunaux canadiens « à restreindre le pouvoir de l'accusé de présenter une preuve à l'appui de sa défense »<sup>1430</sup>, la simple pertinence d'un élément de preuve *a priori* protégé par le secret professionnel de l'avocat n'est pas suffisante pour justifier la levée du privilège. Le « test de l'innocence de l'accusé » demande en outre à ce que sa production soit absolument nécessaire pour soulever un doute raisonnable quant à la culpabilité :

[65] (...) disclosure can only be ordered where the solicitor's file is the only way for the accused to raise a reasonable doubt as to his guilt. It cannot be ordered to bolster or corroborate evidence that is already available to the accused. Further, the trial judge should be satisfied that the communication sought to be entered is not otherwise inadmissible, such as, for example, being the expression of an opinion rather than a statement of fact.<sup>1431</sup>

---

<sup>1428</sup> *Haugen* (2013), préc., note 980, par. 27.

<sup>1429</sup> *Badesha v. Haider*, 2017 ONSC 1745, par. 26.

<sup>1430</sup> *Seaboyer* (1991), préc., note 2, 611.

<sup>1431</sup> *R. v. Millar*, 2002 BCSC 958, par. 65 [souligné dans l'original].



## 2. Du contrôle judiciaire de l'opportunité de la divulgation

Une fois qu'est établie la nécessité de production des renseignements *a priori* privilégiés, le tribunal peut prendre connaissance des renseignements protégés avant de statuer sur l'opportunité de leur divulgation à la partie adverse. Pour ce faire, les documents sont d'abord produits sous scellés (2.1) au tribunal qui aura le loisir de les examiner avant de rendre sa décision. Au besoin, les représentations de la partie qui refusent la communication de renseignements protégés à la partie adverse seront entendues dans le cadre d'une audience à huis clos (2.2). Tout autre document qui y aura été produit (p. ex. déclaration sous serment) sera également déposé sous scellés.

Cette démarche, consacrée en droit administratif québécois, et reprise depuis dans d'autres régimes statutaires, y compris notamment :

- en matière pénale et criminelle, notamment lors de l'exécution des mandats de perquisition<sup>1432</sup>, pour l'obtention des mandats d'écoutes électroniques<sup>1433</sup> ou la révision des autorisations accordées à ce titre<sup>1434</sup>;
- en immigration, à l'égard des éléments de preuve susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui, lors des demandes d'interdiction de territoire ou de détention pour cause de sécurité nationale, de criminalité organisée ou de terrorisme<sup>1435</sup>;
- certaines lois sectorielles, telles que l'*Alberta Utilities Commission Act*<sup>1436</sup>.

### 2.1. Mise sous scellés des renseignements présumés confidentiels

Compte tenu du principe constitutionnel de la publicité des débats judiciaires, la mise sous scellés d'un dossier judiciaire au complet constitue une mesure exceptionnelle<sup>1437</sup>. Il arrive plus fréquemment que des renseignements confidentiels qui doivent être divulgués à la partie adverse ou au tribunal soient mis sous scellés, c'est-à-dire à l'abri des regards indiscrets, en attendant que le tribunal se prononce définitivement sur leur caractère protégé<sup>1438</sup>.

---

<sup>1432</sup> *Supra* Partie II - Section B - Sous-section 3.1.

<sup>1433</sup> C.cr., art. 185 et 186.

<sup>1434</sup> *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490; *Dersch* (1990), préc., note 399; *R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520.

<sup>1435</sup> *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, art. 83 [ci-après « Loi sur l'immigration »].

<sup>1436</sup> *Alberta Utilities Commission Act*, S.A. 2007, c. A-37.2, art. 50.

<sup>1437</sup> *Potash Corp. of Saskatchewan Inc. v. Barton*, 2002 SKQB 301, par. 43.

<sup>1438</sup> *Re Church of Scientology (No. 3)* (1984), préc., note 1361.

Ainsi, les tribunaux et commissions d'accès peuvent autoriser la production de déclarations sous serment *in camera* en vue d'étayer la revendication du privilège<sup>1439</sup>. La partie qui invoque la protection du secret professionnel de l'avocat comme motif de refus d'accès à l'information demandée n'a cependant pas, dans tous les cas, à produire *in camera* les documents en cause pour examen par le tribunal afin de prouver l'existence du privilège. Dans l'affaire *ShawCor* (2014), la Cour d'appel rappelle que les règles de pratique et les obligations de communication préalable requièrent minimalement de la partie qui invoque l'existence d'un privilège une description du contenu des documents qu'elle prétend être confidentiels ainsi que de la portée du privilège<sup>1440</sup>. Dans la mesure où un document s'avère pertinent au litige, une allégation de privilège ne dispense pas la partie de se conformer aux règles de pratique<sup>1441</sup> encadrant la production en preuve de tout autre document<sup>1442</sup>.

Cette étape liminaire est assortie de plusieurs autres garanties procédurales qui permettraient de tester le bien-fondé du privilège invoqué, dont :

---

<sup>1439</sup> Voir par exemple *University of Alberta* (2021), préc., note 1013.

<sup>1440</sup> *Canadian Natural Resources Limited v. ShawCor Ltd.*, 2014 ABCA 289 [ci-après « *ShawCor* (2014) »]. Cette préoccupation a également été exprimée par l'Institut de réforme du droit de l'Alberta lors de la réforme des règles de pratique, dans les termes suivants :

[88] (...) The general feeling is that privileged documents must be described in a manner which adequately describes the ground upon which privilege is claimed as there is no way of knowing that a document exists if it is not disclosed. Some counsel indicated that a recent case suggests that counsel may be negligent if they proceed without cross-examining on the affidavit of records to determine why privilege is claimed over specific records.

(ALBERTA LAW REFORM INSTITUTE, *Alberta Rules of Court Project. Document Discovery and Examination for Discovery: Consultation Memorandum No. 12.2*, Edmonton, octobre 2002, aux pages 28 et 29, par. 88)

Voir aussi *British Columbia* (2021), préc., note 945, par. 83 (« I am unable to find a decision where it has been stated categorically, but the preference and the practice in civil litigation appears to be to use affidavits to make a claim of privilege, preferably from counsel. »).

<sup>1441</sup> Voir par exemple *Alberta Rules of Court*, préc., note 1327, règle 5.7 :

- (1) Each producible record in an affidavit of records must
  - (a) be numbered in a convenient order, and
  - (b) be briefly described.
- (2) A group of records may be bundled and treated as a single record if
  - (a) the records are all of the same nature, and
  - (b) the bundle is described in sufficient detail to enable another party to understand what it contains.

<sup>1442</sup> *ShawCor* (2014), préc., note 1440, par. 40 (« (...) The language of these Rules does not suggest that the drafters intended that a record that is *prima facie* producible would somehow automatically lose that quality – or the requirement that it be briefly described – merely because an objection, yet to be considered, is taken. Accordingly, the word “producible” as it appears in Rule 5.7 refers to records which are relevant and material, even where objection is taken to production. In other words, it includes records which are *prima facie* producible. »)

- la possibilité d’interroger au préalable l’autre partie ou un de ses représentants / employés sur la pertinence de certains documents<sup>1443</sup>;
- la possibilité de demander à l’autre partie la prise d’engagements à l’égard de questions qui n’ont pu être répondues lors de l’interrogatoire préalable ou pour la production de certains documents<sup>1444</sup>;
- la possibilité de demander la production d’un document à l’égard duquel un privilège est allégué pour inspection par le tribunal<sup>1445</sup>;
- la possibilité de demander des directives au tribunal sur la manière de procéder à l’égard de certains documents privilégiés qui pourraient être pertinents au litige (p. ex. communication partielle, assortie de conditions, limitée pour examen à certaines personnes)<sup>1446</sup>;
- la possibilité de demander au tribunal d’adapter certaines règles de pratique à des cas particuliers<sup>1447</sup>;
- la possibilité pour le tribunal d’exiger du représentant désigné d’une personne morale qu’il s’informe auprès d’autres personnes quant à la pertinence de certaines informations demandées<sup>1448</sup>;
- l’interdiction pour la partie qui a refusé de produire au préalable un document pertinent conformément aux règles de pratique de l’introduire en preuve au procès, sauf avec la permission du tribunal ou le consentement des autres parties<sup>1449</sup>.

La garantie ultime serait que le tribunal inspecte, *in camera*, les documents à l’égard desquels un privilège est invoqué pour apprécier tant leur pertinence au litige que l’existence et la portée du privilège. Cela étant, une inspection systématique peut devenir fastidieuse en plus d’entraîner des délais additionnels, voire de nécessiter des représentations additionnelles qui grugent le temps et

---

<sup>1443</sup> *Alberta Rules of Court*, préc., note 1327, règle 5.17(1).

<sup>1444</sup> *Id.*, règle 5.30.

<sup>1445</sup> *Id.*, règle 5.14(2).

<sup>1446</sup> *Id.*, règle 5.1(2).

<sup>1447</sup> *Id.*, règle 5.3.

<sup>1448</sup> *Id.*, règle 5.4(4).

<sup>1449</sup> *Id.*, règle 5.16.

les ressources de toutes les parties, d'où l'intérêt d'une description sommaire au préalable de la nature des documents *a priori* privilégiés :

[64] It is true that the right to have a judge review records claimed to be privileged remains the ultimate safeguard in the event of legitimate differences of opinion or allegations of abuse of the system. But it is preferable that the *Rules* be interpreted in a way that minimizes the need to pursue these other various options, all of which come at additional cost and time to the litigants. Full and fair discovery of records also militates in favour of earlier dispute resolution and enhances the likelihood that opposing parties will make only appropriate challenges.

[65] Further, in this day of increasingly scarce judicial resources, judges should not be bogged down regularly by the need to examine volumes of records to assess privilege. And lawyers should not be put in the position of having to ask them to do so. This potential Hobson's choice can be avoided by a system of document discovery that requires a brief description of each record claimed to be privileged in the affidavit of records. Providing that description at an early stage will help counsel focus and, in many cases, resolve litigation privilege issues without their being required to shoot all the arrows in the litigation quiver. Many privilege claims will no doubt be readily accepted. It also means that where court review is still required, a judge will not likely be called on to examine every record subject to a privilege claim. And even if that should prove necessary, a brief description of the challenged records may well also save judicial time.<sup>1450</sup>

Dans le contexte des litiges commerciaux modernes notamment, leur complexité croissante sous-tend le « virage culturel » d'une communication au préalable qui informe suffisamment la partie adverse de la nature du privilège invoqué et des documents auxquels il se rapporte<sup>1451</sup>. Une partie ne peut simplement se contenter d'invoquer plusieurs types de privilèges pouvant s'appliquer à un nombre indéfini de documents, obligeant les autres parties à faire appel au pouvoir d'inspection du juge pour en apprécier la validité. À cet égard, l'approche moderne préconisée par la Cour d'appel de l'Alberta dans *ShawCor* (2014) veut que les parties au litige conservent leur autonomie et ne soient pas obligées de recourir à l'intervention du tribunal chaque fois qu'un privilège de confidentialité est allégué. La trame factuelle de cette affaire est éloquent :

[66] (...) Here, CNRL said it was claiming the various forms of privilege listed in Schedule 2 of Form 26 over an undisclosed number of records. There was, therefore, no means by which ShawCor could possibly assess the validity of the privilege(s) claimed, or even affirm the number of records in question short of cross-examining or making the court application that it did.

[67] CNRL responded to the court application by filing a second affidavit that quantified the number of documents which it claims to be privileged – 1,058 records – and set out five possible categories of privilege. It did not identify how many records fell into which category. Nor did it describe the documents in such a way that ShawCor or, for that matter, the case management judge, could assess the validity of the various privilege claims. Little wonder that during the application, the case management

---

<sup>1450</sup> *ShawCor* (2014), préc., note 1440, par. 64 et 65.

<sup>1451</sup> *Id.*, par. 66.

judge mused about whether he should examine the 1,000 plus documents to see if they fit within the privileges claimed. The parties were understandably reluctant to ask him to do so, as they recognized the burden this would place on him.

[68] Thus, this case speaks for itself as to the difficulties inherent in the approach taken to date. The fact is that, like the case management judge, we have no idea to what extent CNRL's privilege claims over 1,058 documents are valid. Parties who face disclosure objections should not have to rely solely on the courts (...) to assess privilege claims. Further, without an affidavit of records that complies with the requirements we have identified under the *Rules*, the courts themselves would often lack the institutional capacity – particularly where, as here, the records are voluminous – to adequately probe the issue of privilege. Finally, what this case demonstrates is the comparative ease of minimizing or avoiding these difficulties with the modern approach.<sup>1452</sup>

Au reste, les tribunaux peuvent éprouver quelques réticences face à la tenue automatique d'audiences *in camera* et *ex parte* chaque fois qu'est alléguée l'existence du secret professionnel de l'avocat :

In my view it is preferable to resolve disputes over whether documents are privileged on the basis of affidavits rather than review of the document by the court. That ensures that the process is open rather than secret, and as a result, the parties can understand the basis for the decision.

There may be occasions when a party cannot provide the information required to establish privilege without revealing the privileged information itself. In such cases, it is entirely appropriate for the court to review the documents themselves to determine the question of privilege. However, parties should be discouraged from relying on the court to review documents as a method of saving the parties the time and trouble of preparing the evidence necessary to establish the basis for privilege.<sup>1453</sup>

Cela étant, lorsque l'ensemble de la documentation dont la communication est demandée par la partie adverse est allégué être privilégié, la prise de connaissance par le tribunal est généralement de mise<sup>1454</sup>.

## 2.2. Une audience entendue *in camera* et *ex parte*

Il importe de se rappeler qu'en *common law*, la possibilité de statuer sur l'existence et la portée d'un privilège de confidentialité dans le cadre d'une audience entendue à huis clos et sans la présence de l'accusé ou de ses avocats<sup>1455</sup>, a surtout été appliquée dans le cadre du privilège relatif

---

<sup>1452</sup> *Id.*, par. 66 à 68.

<sup>1453</sup> *Donell* (2012), préc., note 986, par. 82, citant avec approbation *Keefer* (2006), préc., note 964, par. 74 et 75.

<sup>1454</sup> *Gateway Industries* (2002), préc., note 1054.

<sup>1455</sup> *Basi* (2009), préc., note 204, par. 42; *R. c. Brassington*, 2018 CSC 37, [2018] 2 R.C.S. 617, par. 41 [ci-après « *Brassington* (2018) »]. La possibilité de permettre aux avocats de la défense d'avoir accès aux renseignements relatifs aux indicateurs moyennant un engagement de non-divulgaration à leurs clients, a été exclue par la Cour suprême du Canada considérant les dilemmes éthiques et professionnels que poserait un tel engagement eu égard au devoir de loyauté et celui d'agir dans le meilleur intérêt de leurs clients :

à l'informateur de police<sup>1456</sup>. Cet autre privilège – générique – de confidentialité a été reconnu comme aussi « absolu » que la protection du secret professionnel de l'avocat<sup>1457</sup>. Dans le doute, lorsque l'identité ou le témoignage de l'informateur peut soulever un doute quant à l'innocence de l'accusé, par exemple en identifiant un autre suspect comme responsable du crime<sup>1458</sup>, le tribunal entendra l'informateur dans une audience à huis clos et sans la présence de l'accusé.

Dans ce cadre, le cercle de privilège a toujours été circonscrit étroitement comme ne comprenant que l'indicateur lui-même<sup>1459</sup>, la police, la Couronne et les tribunaux<sup>1460</sup>. Pour protéger les intérêts de l'accusé absent, la Cour suprême du Canada rappelle que les juges de première instance devraient prendre « toutes les mesures raisonnables pour permettre aux avocats de la défense de présenter des observations utiles en ce qui concerne ce qui se passe en leur absence »<sup>1461</sup>, que ce soit sur la portée du privilège ou des suggestions de questions que le juge pourra poser aux témoins assignés à l'instance *ex parte*. Dans les cas qui le requièrent, le tribunal pourrait devoir fournir à la défense une version expurgée ou résumée de la preuve produite *ex parte* ou encore désigner un *amicus curiae* qui assistera à l'audience *ex parte*<sup>1462</sup> afin d'assurer le caractère contradictoire de

---

[45] Conclure autrement placerait les avocats de la défense dans une position inconfortable et non souhaitable au plan professionnel. Le problème ne vient pas de ce que les avocats de la défense violeraient délibérément leurs engagements ou l'ordonnance du tribunal, mais plutôt de ce que le *respect* de ces engagements et de l'ordonnance du tribunal mettrait à rude épreuve, dans le meilleur des cas, la relation qui doit nécessairement s'établir entre eux et leurs clients accusés.

[46] Les avocats de la défense devraient constamment se grader de ne jamais dire ou faire quoi que ce soit, même par inadvertance, qui pourrait tendre à révéler l'identité de l'indicateur. Cette contrainte extrêmement onéreuse, de par sa nature même, [TRADUCTION] « empêcherait la franchise et générerait la libre circulation de l'information entre l'avocat et son client », et entraverait par ailleurs la relation avocat-client. Dans certains cas, les avocats de la défense pourraient se sentir obligés de se retirer du dossier, pris dans le conflit entre leur devoir de défendre au mieux les intérêts de leur client et leur devoir envers la cour de ne pas divulguer les renseignements entendus à huis clos ou de s'abstenir d'agir sur la base de ceux-ci.

*Basi* (2009), préc., note 204, par. 45 et 46 [italique dans l'original; références omises]

<sup>1456</sup> *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253 [ci-après « *Vancouver Sun* (2007) » ]; *Basi* (2009), préc., note 204. Et aussi, de plus en plus, en matière d'immigration, à l'égard de la confidentialité qui se rattache aux renseignements fournis par des sources humaines au Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) et qui justifient l'émission de certificats de sécurité aux résidents permanents ou étrangers visés par une interdiction de territoire pour des motifs de sécurité ou (grande) criminalité (organisée) : Loi sur l'immigration, préc., note 1435, art. 77 et 83; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33.

<sup>1457</sup> *Vancouver Sun* (2007), préc., note 1456, par. 104 et 109.

<sup>1458</sup> Voir par exemple *R. v. Klymchuk*, 2007 CanLII 67028 (Ont. S.C.), par. 49 à 53 [ci-après « *Klymchuk* (2007) »].

<sup>1459</sup> Dont il peut exister plusieurs sortes, allant « du voisin inquiet qui communique avec "Échec au crime" à propos d'un enfant qu'il croit maltraité au trafiquant de stupéfiants, en passant par l'employé dénonciateur » : *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368, par. 37.

<sup>1460</sup> *Brassington* (2018), préc., note 1455, par. 41.

<sup>1461</sup> *Basi* (2009), préc., note 204, par. 55.

<sup>1462</sup> *Id.*, par. 57.

cette dernière<sup>1463</sup>, notamment pour mener des contre-interrogatoires<sup>1464</sup>. Malgré la portée quasi absolue du privilège relatif à l'indicateur et les différentes mesures alternatives pour en minimiser le préjudice posé à l'équité du procès, une procédure *ex parte* est, dans les mots de la Cour suprême du Canada, « particulièrement troublante lorsque la personne exclue s'expose à une condamnation criminelle et aux conséquences qui s'y rattachent »<sup>1465</sup>. Une utilisation trop fréquente dans le cadre d'un procès peut constituer un motif d'appel lorsque le procès public et une série d'auditions *ex parte* équivalent à « deux procédures parallèles »<sup>1466</sup>. Dans le cadre d'un procès criminel, la Cour d'appel du Québec a posé des exigences strictes en ce qui concerne la tenue d'audiences *ex parte*, dans les termes suivants :

[114] (...) toutes les communications et, si nécessaire, les auditions *ex parte* doivent être soigneusement planifiées, organisées et conservées, de même que les décisions rendues. Chaque document examiné, l'original et le caviardé, de même que les différentes versions de travail proposées, le cas échéant, devraient recevoir une cote distincte, mais permettant de les relier entre eux, et être conservés, par exemple, dans une enveloppe commune. Les commentaires des parties et du juge devraient être clairement reliés aux passages caviardés, lesquels auront l'avantage d'être tout aussi clairement numérotés.

[115] Il faut rappeler qu'en appel, les avocats de la défense, de la poursuite, et parfois même le responsable du dossier policier, seront étrangers au contenu de ces procédures extraordinaires du droit criminel. Le dossier d'instance devrait faire état de ces audiences avec précision. Les pièces et documents examinés doivent être reconstitués efficacement pour l'appel ou tout autre recours. Le cas échéant, les parties doivent prendre les mesures pour obtenir la transcription des échanges, témoignages et enregistrements audio ou vidéo écoutés lors des audiences *ex parte*.<sup>1467</sup>

Lorsque le privilège revendiqué concerne le secret professionnel de l'avocat, les juges d'instance peuvent aussi, dans les cas qui le requièrent, prendre connaissance des renseignements protégés<sup>1468</sup> dans le cadre d'une audience tenue *ex parte* pour en déterminer leur pertinence et la nécessité de divulgation. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique sanctionne cette pratique dans la mesure où procéder autrement aurait pu mener à la perte du privilège, tout en reconnaissant aux juges d'instance une discrétion tout aussi importante pour aménager la procédure applicable<sup>1469</sup>. Ainsi,

---

<sup>1463</sup> *R. v. Johnston*, 2021 BCCA 34 (demande pour autorisation d'appeler accueillie, C.S.C., 02-12-2021, 39635), par. 63 (« We agree with *Amici's* submission that their role is more accurately described as that of special counsel. *Amici* were not truly appointed to be friends of the court, but rather to provide an adversarial context in the absence of defence counsel. »).

<sup>1464</sup> *Proulx c. R.*, 2021 QCCA 1756, par. 12 [ci-après « *Proulx* (2021) »].

<sup>1465</sup> *Basi* (2009), préc., note 204, par. 54.

<sup>1466</sup> *Proulx* (2021), préc., note 1464, par. 8. Voir aussi *Klymchuk* (2007), préc., note 1458, par. 55.

<sup>1467</sup> *Brûlé c. R.*, 2021 QCCA 1334, par. 114 et 115.

<sup>1468</sup> Voir *Brown* (2002), préc., note 293, par. 60 et suiv.

<sup>1469</sup> *Donell* (2012), préc., note 986, par. 119 et 120.

dans l'affaire *GJB Enterprises* (2011)<sup>1470</sup>, le séquestre nommé par la Cour supérieure de la Californie pour gérer les biens de GJB Enterprises Inc. et de son propriétaire (M. Berke) a voulu déterminer la provenance des fonds en fidéicommissés déposés dans un compte bancaire que M. Berke s'est ouvert depuis peu et qui ont été tirés d'un chèque émanant du cabinet de l'avocat personnel de M. Berke. L'exception relative au crime ou à la fraude projetée a été invoquée au soutien de sa demande pour avoir accès à l'ensemble du dossier de M. Berke conservé chez le cabinet d'avocat. Les prétentions du séquestre étaient que l'avocat de M. Berke a participé *prima facie* à une fraude en tirant un chèque au nom personnel de M. Berke après la nomination judiciaire d'un séquestre pour administrer ses biens. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté ces prétentions du séquestre mais après avoir examiné *in camera* et en l'absence du séquestre comme de l'avocat de ce dernier, la déclaration sous serment produite par le cabinet d'avocat qui détaille la nature des différents mandats reçus de M. Berke. Avec l'accord des parties, cette déclaration sous serment n'a pas été communiquée au séquestre, étant entendu que sa divulgation ferait perdre le privilège se rattachant aux différents mandats juridiques qui y sont énumérés. Cette façon de faire a été approuvée par la Cour d'appel, qui estime que la juge d'instance n'avait pas excédé sa discrétion en ne requérant pas de représentations du séquestre ou de son avocat dans le cadre de sa revue *in camera*<sup>1471</sup>.

#### **D. Récapitulatif**

Ainsi donc, plutôt qu'une approche de « tout ou rien » et malgré une rhétorique absolutiste, les tribunaux canadiens appliquent en pratique un exercice nuancé quand vient le temps de faire coexister la protection du secret professionnel de l'avocat avec d'autres droits et intérêts, tant individuels que collectifs.

#### **1. Méthode abstraite vs méthode contextuelle : une opposition trompeuse**

Nous avons relevé, à la fin de la partie II<sup>1472</sup>, une différence de traitement dans le discours officiel des tribunaux canadiens entre la manière dont il convient d'aborder le secret professionnel de

---

<sup>1470</sup> *Donell v. GJB Enterprises Inc.*, 2011 BCSC 758 (ci-après « *GJB Enterprises* (2011) ») [appel rejeté *Donell* (2012), préc., note 986].

<sup>1471</sup> *Donell* (2012), préc., note 986, par. 120 (« In this case, the information sought was presumptively privileged and it was therefore not improper of the chambers judge to receive the Love affidavit in sealed form and to review it *in camera*. Whether she should have heard submissions in the absence of the appellant was a matter within her discretion. I am not persuaded that she acted unfairly to the appellant or that she erred in proceeding as she did. »).

<sup>1472</sup> *Supra* Partie II - Section C.



l'avocat et les autres privilèges dits génériques, d'une part, et, d'autre part, les « autres » libertés et droits protégés par la Charte canadienne. Alors que les privilèges génériques sont analysés de façon abstraite qui excluent *a priori* toute possibilité de pondération avec les autres droits et intérêts concurrents, ces derniers devraient être saisis de manière nécessairement contextuelle.

Cette différence de traitement s'avère plus rhétorique que réelle. L'approche concrète des tribunaux canadiens en ce qui a trait à l'appréciation de l'existence du droit au secret professionnel de l'avocat et à la délimitation de sa portée, tranche avec le caractère officiellement « générique » d'un des plus vieux privilèges de confidentialité reconnus en *common law*. L'approche « au cas par cas » de ce qui entre dans le champ de la protection s'exerce au niveau de l'appréciation des faits. Les faits d'espèce sont scrutés à la loupe pour départager, eu égard à la portée *a priori* du privilège<sup>1473</sup>, les renseignements qui sont effectivement privilégiés de ce qui ne l'est pas. La simple existence d'une relation professionnelle avocat-client n'a pas pour effet de contourner cette appréciation *in concreto* :

- de ce qui constitue un renseignement protégé;
- de la pertinence au litige du renseignement demandé; et
- de l'existence d'une renonciation, expresse ou implicite, à la protection.

La réponse à ces questions permet bien souvent de répondre aux préoccupations voulant que les exceptions au privilège, par exemple celle relative à l'innocence, soient d'une application trop restreinte.

Par exemple, dans un contexte corporatif ou gouvernemental, les tribunaux prennent soin de délimiter strictement les communications qui entrent dans le champ de la protection, c'est-à-dire celles échangées en vue d'obtenir un avis juridique, par rapport aux autres communications « opérationnelles » ou de gestion de l'avocat salarié. Dans les mots de la Cour suprême du Canada, « [v]u la nature du travail d'un avocat interne, dont les fonctions sont souvent à la fois juridiques et non juridiques, chaque situation doit être évaluée individuellement pour déterminer si les circonstances justifient l'application du privilège »<sup>1474</sup>.

---

<sup>1473</sup> *Supra* Partie III - Section A.

<sup>1474</sup> *Pritchard* (2004), préc., note 713, par. 20 [nos soulignés].

En matière criminelle, la même approche précautionneuse est entérinée par la Cour suprême du Canada notamment dans le contexte du droit du ministère public de contre-interroger un témoin sur la fiabilité de sa déclaration antérieure alors que ce dernier a invoqué le privilège du secret professionnel de l'avocat. La Cour d'appel de l'Ontario était allée jusqu'à préciser les sujets auxquels le témoin peut être interrogé par le ministère public, une approche confirmée par le plus haut tribunal du pays dans les termes suivants :

[123] Cette définition [du secret professionnel de l'avocat] n'englobe pas toutes les communications échangées entre l'avocat et son client. (...) le privilège du secret professionnel de l'avocat n'empêchait pas de contre-interroger D.S. sur plusieurs des aspects de l'exposé conjoint des faits. Plus précisément, la Cour d'appel de l'Ontario a relevé les six aspects suivants au sujet desquels D.S. aurait pu être contre-interrogé si le juge du procès n'avait pas mal interprété la portée du privilège en cause :

- (1) La compréhension qu'avait D.S. de l'exposé conjoint des faits;
- (2) La compréhension qu'avait D.S. des conditions dont était assortie l'entente conclue quant au plaidoyer;
- (3) La compréhension qu'avait D.S. des conséquences du fait d'induire la police, le tribunal et le ministère public en erreur;
- (4) L'intérêt qu'avait D.S. à faire ce qu'il affirme maintenant être de fausses déclarations;
- (5) Les directives données par D.S. à son avocat au sujet des communications faites au tribunal et au ministère public;
- (6) La connaissance qu'avait D.S. de la thèse du ministère public au moment où il a donné ses instructions à son avocat.

[124] Il est vrai que le privilège du secret professionnel de l'avocat pouvait éventuellement être invoqué pour réduire l'éventail des questions relatives à ces six sujets. Il s'agit toutefois là d'une question qu'il revenait au juge du procès de régler au fur et à mesure que ces obstacles se présentaient. En tout état de cause, il était certainement possible de contre-interroger D.S. relativement à ces six sujets. D'ailleurs, tant l'avocat de la défense que celui du ministère public ont contre-interrogé D.S. sur certaines de ces questions précises et ont recueilli des renseignements qui auraient pu être pertinents pour apprécier la fiabilité de sa déclaration antérieure.<sup>1475</sup>

Encore faut-il, pour justifier cette appréciation *in concreto* de la preuve, que des allégations suffisamment sérieuses en étayaient la nécessité, soit parce que les renseignements *a priori* confidentiels apparaissent directement pertinents au litige, soit parce qu'il ne s'agit pas en fait de renseignements privilégiés.

---

<sup>1475</sup> R. c. *Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 70, par. 123 et 124 [nos soulignés].

Bien souvent, le critère de pertinence se recoupe avec la reconnaissance d'une renonciation implicite à la protection du privilège, alors que ce qui ne constitue pas un renseignement privilégié rejoint l'exception relative au crime ou à la fraude projetée. Nous avons vu plus haut qu'en *common law*, une renonciation par implication peut être décrétée eu égard à la nécessité de ne pas conférer un avantage indu à une des parties dans la conduite du procès, alors qu'en droit civil québécois, sans exclure les considérations d'équité pour l'autre partie ou l'administration de la justice au sens large, c'est davantage l'intention véritable, factuelle plutôt que déclarée, du renonçant qui est scrutée au cas par cas<sup>1476</sup>.

## **2. Interprétation libérale des circonstances étayant une renonciation implicite au secret professionnel pour faciliter la preuve d'un autre droit**

Traitant de l'existence d'une renonciation implicite au secret professionnel, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a affirmé que « privilege is lost over any communication that has a relevant and material connection to the issue being brought forward »<sup>1477</sup>. Nous avons vu à la partie II<sup>1478</sup> que lorsque le secret professionnel de l'avocat des uns se heurte au droit à la défense pleine et entière, le test de « la démonstration de l'innocence de l'accusé » – tel qu'il a été formellement élaboré dans les arrêts *McClure* (2001) et *Brown* (2002) – n'aurait jamais été satisfait en pratique pour justifier une levée du secret professionnel de l'avocat. Dans les faits cependant, c'est plutôt par le biais de l'existence d'une renonciation par implication au secret professionnel de l'avocat que sont préservés le droit à la défense pleine et entière ainsi que l'équité du procès. Rappelons que, suivant le test de l'innocence de l'accusé, ce dernier doit démontrer que les renseignements *a priori* protégés ne peuvent être obtenus autrement et qu'ils s'avèrent essentiels pour susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Sous-jacent à ce test est le critère d'« absolue nécessité » que représenterait la levée du secret professionnel tant pour l'accusé (doute raisonnable quant à sa culpabilité) que l'impératif de la découverte de la vérité au sens large (renseignements non disponibles autrement). Lorsque l'initiative de la divulgation origine exclusivement de la partie adverse à l'encontre de la protection conférée au bénéficiaire du droit au secret professionnel, la balance des intérêts se concilie difficilement, et un discours « absolutiste » prévaut en faveur de la protection des renseignements confidentiels. En revanche, la pertinence des mêmes

---

<sup>1476</sup> *Supra* Partie III - Section B - Sous-section 1.2.

<sup>1477</sup> *Iozzo v. Weir*, 2004 ABQB 259, par. 21.

<sup>1478</sup> *Supra* Partie II - Section B - Sous-section 2.

renseignements, ainsi que la nécessité de leur divulgation, se justifie plus aisément lorsqu'il serait possible de démontrer que l'initiative de la divulgation provenait (implicitement) du bénéficiaire du secret professionnel même qui a estimé nécessaire d'invoquer les renseignements *a priori* protégés pour expliquer sa conduite, présenter le déroulement de certains faits pertinents au litige ou soutenir le bien-fondé de sa position. Comme l'illustre avec éloquence la Cour d'appel de l'Ontario :

It does not require extended discussion to conclude that when a party identifies his solicitor as responsible for a material mistake in an affidavit sworn by that party and claims solicitor-client privilege in respect of his knowledge and that of the solicitor, he is using the confidentiality protected by privilege as a sword rather than as a shield.<sup>1479</sup> [nos soulignés]

Dès lors que la pertinence des renseignements présumés confidentiels est établie, les tribunaux canadiens semblent plus ouverts à motiver la nécessité (absolue) de les divulguer lorsque la volonté implicite – objective plutôt que simplement alléguée – du détenteur du privilège va également dans le même sens. Dans ce cas, il n'y a pas tant une conciliation ou balance des intérêts opposés, que l'absence d'un droit (secret professionnel) du fait de sa renonciation implicite par le bénéficiaire. Quand vient le temps de traiter de l'existence d'une renonciation par implication, pourvu que soit établie la pertinence des renseignements relative à la position ou théorie de la cause défendue par le bénéficiaire du secret, les tribunaux exigent moins une affirmation de volonté expresse et sans équivoque qu'un faisceau d'indices comportementaux concordants de la part du bénéficiaire du secret. Chaque fois que les considérations d'équité le requièrent, les tribunaux ne restreignent pas non plus les scénarios desquels une renonciation par implication peut être inférée<sup>1480</sup>. À noter que ce faisceau d'indices circonstanciels n'implique pas dans tous les cas la divulgation de renseignements confidentiels, une simple affirmation de l'existence d'un avis juridique ou de son désaccord avec les honoraires de services facturés par son avocat peut suffire pour requérir la divulgation de renseignements protégés dans la mesure nécessaire pour permettre à la partie adverse de tester le bien-fondé des allégations. À la différence de l'approche hautement protectrice retenue quand vient le temps de décider de l'existence du secret professionnel de l'avocat, certaines cours d'appel rejettent explicitement une interprétation restrictive face aux renonciations implicites, lesquelles peuvent survenir dans une diversité de circonstances et pour différentes

---

<sup>1479</sup> *Souter v. 375561 B.C. Ltd.* (1995), 130 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 81, 1995 CarswellBC 1021, par. 22 (C.A.).

<sup>1480</sup> *Nova Scotia (Attorney General) v. Cameron*, 2019 NSCA 38, par. 32 (demande pour autorisation d'appeler rejetée, C.S.C., 20-02-2020, 38688).

raisons, et ce, même après que la Cour suprême a hissé le droit au respect du secret professionnel de l'avocat au rang de principe de justice fondamentale<sup>1481</sup>.

### **3. Exception relative au crime ou à la fraude projetée : une renonciation implicite ...**

Par ailleurs, l'exception relative au crime ou à la fraude projetée n'est pas tant une exception qui écarte l'application du privilège qu'un constat de son inexistence eu égard aux attentes raisonnables du client. La protection du secret professionnel a été reconnue afin de permettre des échanges francs en vue d'obtenir un avis juridique sur le respect des droits et des obligations, et non pas pour conférer une sorte d'« avantage indu » pour faciliter la perpétration de crimes ou de fraudes par des personnes qui ont les moyens de se payer un « bouclier de confidentialité ». Les attentes raisonnables – et non pas subjectives – d'un client dictent ce résultat.

Sans que les tribunaux n'en aient explicitement articulé la justification du point de vue des « attentes raisonnables » d'un client normalement diligent, il nous a paru effectivement possible de la rattacher ainsi à l'exclusion des communications illégales du champ protégé. Plus les allégations soulèvent un doute sérieux quant à l'existence d'un crime ou d'une fraude qui aurait été facilitée par l'obtention d'avis juridiques ou le concours des conseillers juridiques, plus les tribunaux sont disposés à examiner les documents confidentiels dans l'« intérêt public ». L'expression « intérêt public », lorsqu'invoquée sans plus de précisions, a une résonance conceptuelle trop vague pour fonder une levée du privilège dont la portée peut être délimitée très étroitement.

### **4. Application plus nuancée de l'« exception » relative à la sécurité publique**

Si la mise en balance du secret professionnel de l'avocat avec les autres droits fondamentaux se solde très souvent par la présence ou l'absence d'une renonciation (implicite), il reste pourtant une « exception » bien ancrée à la protection des informations garantie par le secret professionnel, l'exception relative à la sécurité publique. Formellement reconnue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Smith c. Jones* (1999), cette exception permet la divulgation des renseignements privilégiés dans la mesure où un risque de préjudice grave et imminent peut être raisonnablement

---

<sup>1481</sup> *Id.*, par. 40.

craint à l'égard d'une personne ou d'un groupe identifiable de personnes, y compris à l'égard de l'avocat au dossier<sup>1482</sup>.

L'exception relative à la sécurité publique chevauche l'autre exception, relative au crime ou à la fraude projetée, tant à l'égard des communications qui peuvent être criminelles en elles-mêmes (p. ex. menaces de mort ou de lésions corporelles) que des communications qui annoncent la commission imminente d'un crime / fraude à venir.

Le *Code de déontologie des avocats* du Barreau du Québec restreint les personnes auxquelles l'avocat qui se prévaut de l'exception peut communiquer les renseignements confidentiels. Ceux-ci ne peuvent être communiqués « qu'à la personne ou au groupe de personnes exposées à ce danger, à leur représentant ou aux personnes susceptibles de leur porter secours »<sup>1483</sup>. Le libellé restrictif de cette exception, telle que consacrée dans les codes de déontologie des autres barreaux provinciaux, limite d'autant l'exercice de la discrétion de l'avocat sous peine de sanctions disciplinaires.

Ainsi, il ne suffit pas d'alléguer la probabilité de commettre d'autres crimes non spécifiés sur la foi de la connaissance par l'avocat de la conduite passée de son client<sup>1484</sup>. Des crimes « sans victimes » ou qui exposent les victimes à un préjudice uniquement financier ne rentreraient pas dans l'exception<sup>1485</sup>. Un préjudice grave n'est pas par ce fait même imminent. Dans une audience relative à la protection de la jeunesse, la Cour provinciale de l'Alberta a décliné, pour ce motif, à lever le secret professionnel se rattachant à l'opinion de l'expert retenu par l'avocat de la mère des enfants vu que ceux-ci étaient déjà placés sous la protection du Directeur de la jeunesse en attendant l'ordonnance de la Cour relative à leur tutelle permanente<sup>1486</sup>.

---

<sup>1482</sup> Voir entre autres exemples *Amsel* (2017), préc., note 927.

<sup>1483</sup> *Code de déontologie des avocats*, préc., note 362, art. 66.

<sup>1484</sup> *Law Society of Alberta v. Burgener*, 2016 ABL 29.

<sup>1485</sup> *Id.*, par. 116 (« In this case, there was no clearly defined “victim”. At best, there was a suggestion that real estate clients or mortgage lenders might be harmed. There was no suggestion of threat of physical harm or death to any third party. At best, there is a suggestion of possible financial harm for a lender or real estate client. There was no evidence that a risk was imminent, or that JM had an immediate plan or an expression of clear intent to commit further offenses. »).

<sup>1486</sup> *TSZK (Re)*, 2017 ABPC 270, par. 40 (« With respect to the issue of imminence, even if there was a clear risk of serious bodily harm or death to the children, or either of them, I can't see at this point that it creates any sense of urgency. Imminence must be defined in the context of the circumstances at hand and in this context, it is not imminent even if clear and serious. The children remain in the care of the Director and will not be removed without Court order (...) »).

Aussi, les renseignements effectivement divulgués suivant l'exception relative à la sécurité publique impliquent rarement des informations nominatives. Cette divulgation est assujettie à plusieurs limites ayant trait :

- à la nature des renseignements divulgués;
- aux personnes à qui cette divulgation est faite;
- à l'utilisation qui peut être faite des renseignements divulgués.

Ce souci pour la protection contre l'auto-incrimination se remarque également, du moins en théorie, dans le cas des demandes de divulgation des renseignements protégés au motif que l'innocence d'un accusé est en jeu. Selon les principes établis par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Brown* (2002), les renseignements protégés ne seront communiqués au ministère public que dans la mesure où l'accusé les utilise : « Si l'accusé décide de ne pas se servir des communications protégées en preuve, le ministère public n'en prendra jamais connaissance et le détenteur du secret professionnel ne sera pas mis en péril. »<sup>1487</sup>

## **5. Approche de pondération vs approche de délimitation**

Lorsqu'est en cause le secret professionnel de l'avocat, l'exercice de justifier sa pondération avec d'autres droits et intérêts s'avère plutôt ardu, parce que la protection du secret professionnel de l'avocat vise une catégorie très restreinte de renseignements, alors que ces « autres droits et intérêts » opposés tendent à comporter une portée plus large, comme l'accès à l'information, la présomption d'innocence, la défense pleine et entière, l'équité procédurale, la découverte de la vérité.

Prenons l'exemple de l'équité procédurale. Ce concept de justice naturelle comprend un ensemble de droits de participation au processus de prise de décision dont la teneur précise varie selon un (autre) ensemble de facteurs contextuels allant de la nature de la décision recherchée aux attentes légitimes de la personne<sup>1488</sup>. La « méthode contextuelle » consiste à préciser, au cas par cas, les composantes de l'équité procédurale qui sont réellement mises en cause. S'il s'agit précisément

---

<sup>1487</sup> *Brown* (2002), préc., note 293, par. 85.

<sup>1488</sup> cf. *Baker* (1999), préc., note 172.

du droit à une défense pleine et entière, il convient d'apprécier s'il peut y avoir une renonciation par implication au secret professionnel. Lorsqu'est plutôt concerné le droit d'un administré à la transparence de la prise de décision, il y aurait lieu de considérer l'opportunité d'appliquer différents filtres de confidentialité<sup>1489</sup> aux renseignements protégés pour ne pas entraver indûment la communication des motifs qui peuvent être divulgués.

Considérer la question sous cet angle permet de concilier ce que nous avons relevé à la toute fin de la Partie II, voulant que le plus haut tribunal du pays tende à adopter une approche générale et abstraite en ce qui concerne le secret professionnel de l'avocat, par opposition à l'approche concrète privilégiée dans l'appréciation de l'existence d'une violation à un autre droit ou liberté fondamentale. Plutôt que de justifier les décisions prises sous l'angle de l'exercice de pondération – si ce n'est pour en mentionner l'échec –, les jugements favorables à la divulgation des renseignements *a priori* confidentiels sont rédigés de manière à faire ressortir qu'il ne s'agit pas, au bout du compte, de renseignements protégés. Cela étant, une conclusion voulant que les renseignements en question doivent être protégés, mais que cette protection doive par ailleurs faire place à un autre droit ou intérêt suffisamment important pour l'emporter sur la protection du secret professionnel, est tout aussi possible, pourvu que cet autre droit ou intérêt suffisamment important puisse être précisément circonscrit dans les cas d'espèce.

Au quotidien des annales judiciaires, la difficulté de satisfaire au test sévère de l'exception relative à l'innocence de l'accusé ou de la défense pleine et entière dans les instances autres que criminelles, peut être contournée en reformulant la question comme celle portant sur l'existence d'une renonciation implicite à la protection du secret professionnel par certains actes ou témoignages des demandeurs qui soient incompatibles avec le maintien du privilège.

Les opinions défavorables à une prépondérance quasi absolue du secret professionnel de l'avocat sur d'autres libertés et droits fondamentaux, ne sont pas tant opposées à la protection (ni à son caractère quasi absolu) que préoccupées par les abus potentiels qui puissent résulter d'une reconnaissance hâtive de l'existence du privilège sans un mécanisme d'encadrement approprié sur les revendications le concernant. À l'instar d'autres privilèges de confidentialité – dont celui relatif à l'indicateur de police –, des garanties procédurales existent pour permettre à la partie qui requiert

---

<sup>1489</sup> *Supra* Partie III - Section B - Sous-section 3.1.



communication des renseignements *a priori* confidentiels de contester les revendications du privilège avec la possibilité pour les tribunaux d'examiner le contenu des documents dont la communication est contestée pour l'un ou l'autre des motifs de confidentialité.

Tout compte fait, la réalité de la pratique judiciaire apporte donc une réponse beaucoup plus nuancée que la rhétorique officielle sur la protection du secret professionnel de l'avocat, et pour des raisons différentes du seul intérêt d'une « caste élitiste » jalouse de ses prérogatives et privilèges.

## CONCLUSION GENERALE

Nous voilà rendus à la fin de notre parcours, laquelle en boucle agréablement le commencement. Nous nous sommes demandé au départ quels pourraient être les modes de coexistence du secret professionnel du juriste avec d'autres droits également fondamentaux. Entre une approche de pondération et un exercice de délimitation de la portée de la protection, nous avons opté pour le second, estimant que le principe directeur de la pondération – consistant à soupeser la valeur probante d'un renseignement protégé par le secret professionnel par rapport à l'effet préjudiciable de son admission en preuve –, serait inadéquate lorsque le droit au respect du secret professionnel du juriste est concerné.

Dans un premier temps (**partie I**), nous avons retracé le cheminement socio-historique par lequel nos tribunaux ont transplanté, puis cimenté, le droit au secret (professionnel) dans le socle constitutionnel canadien. Comme construction jurisprudentielle, le concept du secret professionnel – celui de l'avocat à l'origine –, a connu au fil des ans une extension sur trois axes principaux : justificatif, procédural et constitutionnel.

L'axe justificatif se caractérise par l'ancrage progressif du fondement du privilège avocat-client dans un intérêt public transcendant les intérêts purement privés.

L'on se rappelle que les premiers contextes d'application du secret professionnel étaient en rapport avec l'obligation pour les *solicitors* de témoigner devant la Cour de la Chancellerie britannique, à une époque où le témoignage oral n'était que timidement autorisé dans les cours de *common law*. Peu d'explications accompagnaient cette dispense de témoigner, si ce n'était un certain « secret du titre » que les commentateurs (Wigmore, Max Radin) associent au respect de la parole donnée, à l'honneur du conseiller juridique en ce qui a trait à ce qui lui avait été divulgué sous le sceau du secret, aux vœux du silence reconnus aux membres de la noblesse anglaise – caste d'où émanaient la plupart des *solicitors* de l'époque. Ce secret du titre ne valait que dans les affaires civiles – à moins que l'objet du secret ne fût scandaleux –, et ne pouvait être invoqué en matière criminelle, en raison notamment des contraintes procédurales de l'époque (interdiction d'assigner des témoins à décharge et aucun droit à l'assistance d'un conseiller juridique, sauf pour une question de droit, en cas de crimes graves ou de trahison). De l'autre côté, l'héritage du droit romain a aussi reconnu une dispense de témoigner aux avocats relativement aux affaires de leurs clients, en tant qu'une

incapacité de témoigner s'inscrivant dans le prolongement de l'obligation de loyauté domestique des anciennes maisonnées romaines, puis en tant qu'une règle d'irrecevabilité conçue par souci de s'assurer de la crédibilité des témoins intéressés. Encore une fois, l'obligation de dénoncer les crimes d'État – consacrée par diverses ordonnances royales françaises du bas Moyen Âge – était la seule exception de l'Ancien Régime.

La théorie de l'honneur, développée par les commentateurs du droit anglais, s'est graduellement érodée au cours du XVIII<sup>e</sup> siècle dans l'enceinte des tribunaux, alors que les cours font dorénavant la distinction entre l'obligation de témoigner dans une cour de justice et une indiscretion privée, seule cette dernière étant susceptible d'affecter l'honneur de la personne qui a reçu les confidences sous le sceau du secret. À mesure que l'honneur « se privatise » ou devient une affaire privée, le droit français moderne distingue aussi les dépositaires de secrets « par état ou profession » des autres dépositaires volontaires que la loi n'oblige pas à garder confidentiels les secrets qui leur sont confiés. Cette érosion de l'élément confiance – qu'il soit redevable entre gentlemen (honneur), d'un serviteur à son maître (loyauté) et éventuellement de toute personne qui, dans l'exercice de ses fonctions, requiert d'autrui la divulgation de certains faits « sous le sceau du secret » – appelait l'articulation d'un fondement alternatif qui se révélera beaucoup plus convaincant à la consolidation du privilège avocat-client : celui de l'intérêt public. Cet intérêt public se situe dans la foulée de la reconnaissance du droit des justiciables de consulter un avocat dans la conduite de leurs affaires, alors qu'une assistance juridique de qualité nécessite des confidences complètes sans risque de craindre qu'elles ne puissent être utilisées à d'autres occasions au détriment du confident. Dans un contexte marqué par la complexification croissante des rapports sociaux et du droit rendant l'assistance professionnelle indispensable dans plusieurs domaines de la vie, le lien de confiance entre personnes privées suit dorénavant l'intérêt de la justice au sens large. Les tribunaux de la *common law* vont jusqu'à justifier la spécificité du privilège avocat-client, par rapport aux privilèges reconnus aux membres d'autres professions, par l'intervention (qui peut être) omniprésente du conseiller juridique au bon déroulement de tous les types de procédures, et non seulement en rapport avec un sujet en particulier.

La consolidation de l'axe justificatif s'est accompagnée d'un élargissement de l'axe procédural d'application du secret professionnel qui n'est plus limité au déroulement de (certains types de) procédures.

D'une part, avec la reconnaissance des libertés et droits fondamentaux garantissant aux personnes un périmètre de sécurité à l'égard de l'État Léviathan, les accusations criminelles et pénales deviennent un terrain d'intervention – presque obligé – des conseillers juridiques dans le meilleur intérêt de la défense. La dialectique moderne est complètement à l'opposé du temps médiéval, en ce que la gravité du crime dont une personne est accusée renforce plutôt qu'affaiblit (comme jadis) son droit à l'avocat. La reconnaissance des droits fondamentaux scelle donc cette sphère d'autonomie concédée à tout sujet de droit et achève, en quelque sorte, sa lutte d'émancipation face à l'exercice discrétionnaire du pouvoir absolu de l'État. Par implication nécessaire, cette émancipation de l'individu ne peut se concrétiser qu'en lui concédant une zone de non-ingérence par l'État dans sa relation avec ses conseillers juridiques.

D'autre part, cette zone de non-ingérence ne se limite plus aux instances judiciairisées. En droit canadien, cette seconde reconnaissance pave la voie à la consécration du droit au respect du secret professionnel (du juriste) comme un droit fondamental et droit civil à part entière. Tant que le privilège avocat-client reste une simple immunité testimoniale, son application demeure restreinte aux témoignages en cour. En revanche, une personne peut se prévaloir de son « droit » à la confidentialité des échanges avec son conseiller juridique en l'absence de toute judiciairisation, voire dans un contexte complètement indépendant du droit de la preuve. Par exemple, un détenu pourrait exiger des autorités pénitentiaires qu'elles respectent, à certaines conditions, la confidentialité de sa correspondance avec son conseiller juridique. Une (simple) indiscretion privée, en l'absence de tout litige né, actuel ou appréhendé, est tout aussi répréhensible en droit et n'est plus seulement une affaire d'honneur ou de réputation personnelle du juriste indiscret. L'existence d'un droit à la confidentialité suppose en effet, dans tous les cas, cette possibilité pour son détenteur de s'adresser aux tribunaux en cas de violation, comme d'introduire une action en dommages-intérêts, voire en injonction, contre le(s) responsable(s).

Cet élargissement du champ d'application du secret professionnel s'est fait parallèlement à une évolution normative rehaussant, au Canada, le statut constitutionnel de la protection accordée au secret professionnel du juriste d'un droit fondamental à un principe de justice fondamentale. Les « principes de justice fondamentale » mentionnés à l'article 7 de la Charte canadienne, constituent une catégorie *sui generis* en droit constitutionnel canadien. Tels qu'interprétés par le plus haut tribunal du pays, les principes de « justice fondamentale » suggèrent une préoccupation de fond

qui va au-delà d'un simple souci d'équité procédurale et n'est pas synonyme de « justice naturelle » (le Constituant ne parle pas pour ne rien dire et l'emploi de mots différents doit emporter un sens différent). Plus que des garanties (simplement) procédurales, l'expression renvoie à certains « préceptes fondamentaux de notre système juridique »<sup>1490</sup> dont la détermination se situe au cœur de l'expertise judiciaire. De par leur nature, les principes de justice fondamentale évoquent éloquemment la vocation redoublée – à la fois immunité procédurale et droit substantiel – du secret professionnel du juriste. Au tournant du siècle, la Cour suprême du Canada en viendra effectivement à le consacrer comme un des principes de justice fondamentale du même ordre que le droit à une défense pleine et entière, le principe d'indépendance de la poursuite ainsi que le principe de la proportionnalité de la peine à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Cette reconnaissance assure au secret professionnel de l'avocat une protection constitutionnelle malgré l'absence d'une désignation expresse dans un instrument constitutionnel canadien.

La fusion des développements sur ces trois axes – justificatif, procédural et constitutionnel – soulève une problématique intéressante en ce qu'elle conforte une conception « absolutiste » du droit au secret professionnel du juriste qui ne doit être écarté que dans de très rares circonstances, lesquelles, en toutes fins pratiques, ne se présenteraient qu'en théorie. Cette conception « absolutiste », indépendamment des contextes d'application et de la pertinence, nous invite à explorer plus à fond les modes de coexistence concrets entre le secret professionnel du juriste vis-à-vis d'autres droits fondamentaux ou principes de justice fondamentale.

Le premier mode de coexistence, celui de la conciliation, est sans doute le plus connu. Notre **partie II** rappelle l'application – malaisée – de la grille d'analyse élaborée dans les arrêts *Oakes/Dagenais* à l'aune du principe de la proportionnalité, de la minimisation des préjudices et de la pondération des avantages et inconvénients. Les tribunaux d'appel canadiens adoptent nommément le principe d'égalité ou de la non-hiérarchie des droits protégés et reconnaissent que le secret professionnel du juriste – à l'instar de tout (autre) droit et liberté – peut et doit céder devant un intérêt public plus grand. En pratique toutefois, l'exercice de conciliation semble se limiter à une apostrophe générique sur l'importance du secret professionnel sans une investigation plus poussée de ses différentes ramifications. Dans la pratique judiciaire, les droits qui entrent le plus fréquemment en

---

<sup>1490</sup> *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* (1985), préc., note 270, par. 31.

conflit avec le respect du secret professionnel s'avèrent le droit à la vie et à la sécurité d'autrui, le droit à une défense pleine et entière, le droit à la découverte de la vérité tant par le citoyen que l'État, ainsi qu'une catégorie résiduaire embrassant tout autre intérêt jugé « suffisamment important ».

L'impératif de protéger la vie et la sécurité d'autrui, un droit enchâssé à l'article 7 de la Charte canadienne, est sans doute à l'origine de l'exception la plus (re)connue qui puisse justifier une levée du secret professionnel du juriste. Balisée par des conditions strictes énoncées dans l'arrêt *Smith c. Jones* (1999), l'exception a été codifiée depuis dans diverses législations tant statutaires (p. ex. *Code des professions* du Québec) que déontologiques (p. ex. *Code type de déontologie professionnelle*). Elle élargit, par des critères d'application générale (personnes identifiables, gravité du préjudice, imminence du danger appréhendé), les dérogations limitées au motif de danger public qui avaient été jusqu'alors reconnues dans des législations sectorielles mettant en cause la sécurité publique (p. ex. santé publique, conduite de véhicules sur les chemins publics) ou la protection des personnes vulnérables (p. ex. protection de la jeunesse, protection des aînés). Sauf de rares reformulations statutaires, l'exception de *Smith c. Jones* (1999) est cependant une exception d'ordre discrétionnaire plutôt que mandatoire. Une fois les conditions satisfaites, le juriste a le droit – et même, dans certaines provinces canadiennes, le devoir – de révéler des renseignements *a priori* confidentiels qui soient strictement nécessaires pour prévenir le préjudice appréhendé.

Le droit à une défense pleine et entière implique le droit pour l'accusé de connaître toute la preuve que le ministère public détient contre lui ou en ce qui concerne les accusations pendantes, tant à charge qu'à décharge, de sorte que l'accusé puisse préparer sa défense en conséquence « de façon très directe et particularisée »<sup>1491</sup>. Cette obligation de divulgation de tout renseignement pertinent peut entrer en conflit avec la confidentialité dont jouissent certains des renseignements en la possession ou sous le contrôle du ministère public, qui sont *a priori* protégés par le secret professionnel (pas nécessairement du ministère public). Dans ces cas de figure, la Cour suprême du Canada, dans les arrêts *McClure* (2001) et *Brown* (2002), a développé un test dit de « démonstration de l'innocence de l'accusé » pour permettre limitativement la divulgation des renseignements protégés lorsque l'innocence d'un accusé est en jeu. Les critères très stricts

---

<sup>1491</sup> *Rose* (1998), préc., note 276, par. 102.

(absolue nécessité, absence d'autres éléments de preuve, existence de renseignements suscitant probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé) qui caractérisent ce test et leur interprétation restrictive par la Cour suprême, expliquent très probablement que le test de démonstration de l'innocence de l'accusé n'ait en pratique pas encore justifié une seule dérogation au secret professionnel du juriste.

En amont des procédures judiciaires, l'impératif pour l'État de découvrir la vérité dans l'exercice de ses pouvoirs de vérification (de conformité réglementaire) et d'enquête peut interpellé la protection constitutionnellement garantie à chacun – à l'article 8 de la Charte canadienne – contre les fouilles, saisies et perquisitions abusives. La recherche d'équilibre entre ce qui est permis et banni en matière de fouilles, saisies et perquisitions se situe à la délimitation du seuil d'« abus », apprécié à l'aune des attentes raisonnables de chacun au respect de sa vie privée. Là encore, lorsqu'est en cause le droit au secret professionnel du juriste, le plus haut tribunal du pays en est venu à reconnaître une protection quasi absolue indépendamment du contexte d'exercice (vérification ou enquête) des pouvoirs de fouille, de saisie ou de perquisition. Le droit au secret professionnel du juriste est ainsi distingué non seulement du cadre d'analyse contextuel général applicable au droit au respect de la vie privée, mais aussi du secret professionnel dont bénéficient les clients faisant appel aux services des membres d'autres professions réglementées. Dans un premier temps, la reconnaissance des principes directeurs de *Lavallee* (2002), applicables à l'étape de l'exécution des mandats de perquisition dans les bureaux d'avocats lors d'enquêtes criminelles, a été étendue par implication jugée nécessaire dans des contextes de vérification de conformité réglementaire où les attentes raisonnables des citoyens en matière de vie privée se doivent d'être beaucoup plus faibles puisqu'ils exercent des activités réglementées par l'État ou dans un régime fiscal fondé sur les obligations d'auto-déclaration et d'auto-cotisation. Dans un second temps, une autre distinction « élitiste » a été faite entre les membres d'autres professions et les juristes, en ce qui a trait à l'obligation de déclarer les opérations financières douteuses dans le cadre de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement des activités terroristes. À la différence d'autres activités réglementées par l'État, la « nature particulièrement protégée de la relation avocat-client » justifie une attente élevée en matière de vie privée indépendamment du contexte (criminel, pénal ou administratif) des interventions de l'État. C'est comme si, au nom de l'indépendance, les barreaux des différentes provinces avaient seule juridiction pour réglementer et surveiller la conduite de leurs membres, que ce soit dans le cadre des enquêtes criminelles,

pénales ou administratives (perquisitions) ou encore en matière de détection de fraudes ou d'abus dans le cadre de la lutte contre le blanchiment des capitaux ou le financement des activités terroristes.

Si les principes directeurs de *Lavallee* (2002) avaient pour objectif de baliser le droit de l'État dans l'exercice de ses pouvoirs d'enquête criminelle vis-à-vis des renseignements protégés des citoyens, les impératifs de transparence et d'équité procédurale iraient dans les deux sens, de sorte qu'il peut arriver, de plus en plus, que des motifs d'intérêt public justifie l'accès à l'information gouvernementale par les citoyens, même en dehors de toute instance judiciaire. Lorsque ce droit d'accès – statutaire à l'origine – se rattache à une information qui s'avère « nécessaire à la tenue d'une discussion significative sur une question d'importance pour le public »<sup>1492</sup>, un statut constitutionnel lui est reconnu par son rattachement au droit fondamental d'expression pour permettre une participation adéquate aux débats démocratiques. Cette interprétation élargie du droit d'accès a été reconnue sans préjudice du caractère quasi absolu des privilèges de confidentialité reconnus en *common law*, de sorte qu'il n'appartient pas aux organismes publics de pondérer, au cas par cas, l'opportunité de divulguer les documents autrement protégés par le secret professionnel du juriste avec d'autres intérêts publics prépondérants. Même dans l'exercice de ses pouvoirs de révision à l'égard d'un refus d'accès fondé sur le secret professionnel du juriste qu'invoque un organisme public ou une entreprise, les commissions d'accès n'ont pas le pouvoir implicite d'examiner un document que l'on allègue être protégé pour s'assurer du bien-fondé de cette revendication.

Enfin, au chapitre d'autres intérêts jugés « suffisamment importants », une autre justification à la levée du secret professionnel du juriste a été développée en matière civile, non par extension au droit des parties à une défense pleine et entière, mais à partir de l'exception dite de l'« intérêt commun », autorisant la divulgation des communications *a priori* protégées à un plus grand nombre de personnes, et ce, même en l'absence de toute procédure judiciairisée. Cet « intérêt commun » ne renvoie plus uniquement aux personnes qui consultent un même conseiller juridique, mais permet d'élargir l'obligation de divulgation à d'autres contextes où une des parties a le devoir (contractuel ou légal) d'agir avec prudence et diligence dans le (meilleur) intérêt de l'autre, que ce

---

<sup>1492</sup> *Criminal Lawyers' Association* (2010), préc., note 15, par. 31.



soit en droit corporatif, dans le cadre des relations de mandat, en matière fiduciaire ou encore de protection des personnes vulnérables.

Ce qui ressort de cette première approche de conciliation est que la Cour suprême du Canada se montre réticente à s'adonner à une analyse avantages-inconvénients lorsqu'est mis en cause le droit au secret professionnel du juriste. Cette analyse aurait déjà eu lieu dans l'abstrait au moment de consacrer l'existence d'un tel privilège – générique – à l'aune du test de Wigmore. Ce test à quatre étapes consiste justement à pondérer l'opportunité de reconnaître un privilège de confidentialité (p. ex. d'avocat-client) par rapport à l'intérêt que représente la divulgation au public des renseignements protégés. Une analyse au cas par cas viendrait en quelque sorte dupliquer un exercice qui aurait été réalisé en amont. Ainsi, hormis les énoncés de principe sur l'importance du secret professionnel du juriste, les tribunaux canadiens s'étendent rarement de façon explicite sur les avantages et inconvénients concrets découlant de la non-violation du secret professionnel au cas d'espèce. Pourtant, tous nos droits constitutionnels et « principes de justice fondamentale » ont résulté, en amont, d'un exercice de pondération dans l'abstrait en faveur d'un aspect de l'intérêt public à protéger. Dans l'abstrait, tous les droits et libertés fondamentaux sont également importants. D'où la nécessité d'adopter, en cas de conflit entre deux droits, une méthode de pondération contextuelle *in concreto* pour décider du caractère constitutionnel des restrictions qui doivent leur être imposées au cas par cas. Or, indépendamment de la méthode que les tribunaux utilisent pour apprécier l'importance relative de l'« autre droit » en conflit, le secret professionnel du juriste, comme privilège générique, a toujours bénéficié d'une rhétorique abstraite sur son importance générale pour l'administration de la justice, ce qui risque en effet de lui donner « de manière générale plus d'importance que ne l'exige le contexte de [chaque] affaire ».

Dans les faits cependant et malgré les apparences, le secret professionnel du juriste n'est pas à l'abri de toute interférence législative. Notre **partie III** démantèle l'apparence de « super-droit constitutionnel »<sup>1493</sup> que présente la protection conférée au secret professionnel du juriste et souligne un cadre d'analyse particularisé, où la portée *a priori* large de la protection est nuancée *in concreto* par différentes modalités d'exclusion des renseignements du champ protégé, et où les allégations générales de confidentialité peuvent être vérifiées et validées par les tribunaux dans le respect des garanties procédurales pour prévenir et remédier aux abus.

---

<sup>1493</sup> Expression, entre autres, de DODEK, *Constitutional Hierarchy*, préc., note 430, p. 29.

Dans un premier temps, les tribunaux canadiens ont en effet étendu la portée *a priori* de la protection à tout renseignement qui porte sur l'existence et la nature d'une relation avocat-client ou qui découle d'une telle relation. Cela comprend les premières démarches préalables à la formation du mandat professionnel ou en vue de solliciter une assistance juridique. La protection porte sur la nature du mandat juridique, les services requis ou rendus, les communications afférentes sur les faits portés à la connaissance de l'avocat en vue d'obtenir un avis, assistance ou représentation juridique – y compris la manière dont ces faits sont rapportés à l'avocat –, ainsi que tout autre renseignement échangé dans le cadre d'une relation professionnelle. À cet égard, le concept du « cercle du privilège » est venu élargir la portée du secret professionnel qui, à ses débuts (simplicité oblige!), trouvait application uniquement entre individus parties à une relation professionnelle binaire.

Cette protection *a priori* étendue, bénéficiant d'une présomption de confidentialité, est cependant sujette à un découpage minutieux d'exclusions ciblant les renseignements qui auraient été (autrement) rendus publics, les communications entre un avocat et un client mais en dehors du mandat juridique, ainsi que certains renseignements dont la nature ambiguë de leur divulgation accidentelle peut donner, au cas par cas, une marge de manœuvre à l'exercice d'appréciation discrétionnaire par le juge du procès. Figurent parmi ces derniers les notes d'honoraires et autres registres de l'avocat, les montants des honoraires facturés ainsi que le paiement ou non des factures d'honoraires par le client. En témoigne la distinction épineuse, mais persistante, entre « faits », « actions », « éléments matériels » et « communications ». Cette distinction engloberait l'ensemble des instances où le caractère confidentiel d'un renseignement – dont notamment l'existence d'une possibilité raisonnable de révéler (in)directement des renseignements protégés – dépend des circonstances d'espèce. Une deuxième source d'ambivalence se décèle dans le traitement que les tribunaux réservent aux renseignements confidentiels qui auraient été divulgués par inadvertance. Entre l'exclusion relative aux renseignements rendus publics et l'absence d'une réelle volonté de renoncer à la protection, les tribunaux hésitent à trancher sur la base d'un seul critère. Ces cas limites frôlent cette frontière tendancieuse démarquant les exclusions « circonstanciées » de celles découlant d'une renonciation librement et volontairement décidée par le détenteur du privilège.

L'existence ou non d'une renonciation au secret professionnel de l'avocat (en cours d'instance) se présente en effet comme un excellent « terrain de négociation » entre le respect du secret professionnel du juriste et les autres intérêts concurrents. À côté des critères stricts balisant une renonciation explicite, les tribunaux ont tôt introduit, par souci d'équité, le concept de renonciation implicite. Destinée à « sanctionner » tout comportement incompatible avec le maintien du privilège, l'existence d'une renonciation implicite ne se laisse pas décider sur la base de critères abstraits détachés de toute trame factuelle. Les considérations d'équité se rapportent aux risques d'induire le tribunal en erreur par des bribes d'informations trompeuses, incomplètes, ainsi que de priver la partie adverse de la possibilité de tester la véracité des affirmations unilatérales, alors que la pertinence des enseignements au litige est établie. Aussi, dans les cas d'absolue nécessité, notamment en cas du décès du détenteur du privilège, les tribunaux peuvent conclure à une renonciation par procuration non seulement dans un contexte successoral ou d'incapacités, mais encore dans toute autre circonstance d'intérêt public (p. ex. enquête policière) où la divulgation des enseignements *a priori* confidentiels seraient à l'avantage du détenteur du privilège; ce dernier, s'il l'avait su ou pouvait choisir, aurait vraisemblablement consenti à renoncer à la protection.

Dans le même ordre d'idées, le détenteur du privilège ne doit pas pouvoir compter sur un détournement de la finalité de la protection pour échapper aux conséquences de ses gestes illicites. Très tôt, les cours ont reconnu que les « communications illégales » ne devraient pas constituer des renseignements privilégiés, qu'elles soient théorisées comme une exception au principe ou comme ne relevant tout simplement pas du champ protégé. Encore là, l'on peut constater une certaine ouverture des tribunaux à élargir la portée de cette catégorie de « communications illégales » au-delà des crimes ou fraudes projetées, jusqu'à permettre, dans certains cas, la levée du privilège pour faire la preuve d'un (autre) droit, notamment dans les instances disciplinaires (pour démontrer la commission d'une faute professionnelle), des actions criminelles ou civiles en cas d'abus de procédure, certains recours civils où est alléguée la commission d'une faute ou d'un délit impliquant un élément d'intention ou de fraude, ou encore pour établir l'intention véritable du *de cuius* dans une action successorale.

Dans les cas qui s'y prêtent, argumenter l'existence d'une renonciation (implicite) ou l'exception relative au crime ou à la fraude projetée, peut se substituer astucieusement au test de la démonstration de l'innocence de l'accusé ou justifier un accès à l'information qui serait autrement

protégée. Ce cadre d'analyse fondé sur les « attentes raisonnables » du détenteur du privilège – qui ne doit pas le détourner à des fins illicites ni l'instrumentaliser au détriment de la partie adverse jusqu'à porter préjudice à l'administration de la justice –, s'est développé en filigrane d'une rhétorique officielle consacrant *a priori* la portée absolue du privilège, et c'est ce que la présente thèse a permis de démontrer.

La sensibilité des tribunaux face à l'impératif d'accès à l'information se remarque par ailleurs dans l'exercice minutieux de délimitation entre les renseignements effectivement protégés et les renseignements qui ne relèvent pas du champ de la protection. L'application des différents filtres de confidentialité à l'information (p. ex. caviardage, anonymisation / pseudonymisation, interdiction de publication) dont on autorise partiellement l'accès, permet à la fois de communiquer au demandeur le maximum de renseignements pertinents et de préserver la confidentialité des autres renseignements, tout en laissant la trace de ce masquage afin que le demandeur soit mis au courant de l'existence de renseignements protégés n'ayant pas fait l'objet de la divulgation. En cas de doute sur la pertinence des renseignements protégés au litige en cours ou la revendication du privilège, l'ultime droit d'examen des tribunaux dans le cadre d'une audience *ex parte* tenue à huis clos permet de prévenir, dans une certaine mesure, les revendications excessives ou abusives, pourvu que le demandeur fasse une preuve *prima facie* de la nécessité de la communication et de son droit d'accès aux renseignements.

De ce qui précède, la différence de traitement entre le secret professionnel du juriste et les autres droits fondamentaux s'avère plus rhétorique que réelle. Au fait, une rhétorique « absolutiste » se concilie avec la pratique « concrète » au cas par cas en raison justement de la possibilité de définir très précisément ce qui constitue un renseignement protégé par le secret professionnel de l'avocat, à savoir toute information échangée entre un avocat et son client en vue d'obtenir un conseil, assistance ou représentation juridique. Cette définition précise se distingue de la portée *a priori* imprécise d'autres libertés et droits fondamentaux, dont les contours dépendent nécessairement de leur contexte d'application au cas par cas : entre autres exemples, la liberté d'expression, tout comme le droit au respect de la vie privée, est susceptible de couvrir une multitude de situations, d'où la nécessité de la pondérer au cas par cas avec d'autres intérêts concurrents.

Au terme de notre parcours et en guise d'ouverture, nous pouvons poser une autre hypothèse, plus générale, voulant que plus il est possible de définir concrètement, dès l'abord, la portée d'un droit

ou liberté fondamentale, plus l'exercice de délimitation tend à se substituer à l'approche de pondération pour mieux conjuguer sa coexistence avec des intérêts concurrents. Voilà aussi, peut-être, le sujet d'une autre thèse.

## REFERENCES

### TABLE DE LA LÉGISLATION

#### *Textes canadiens (fédéraux et des autres provinces)*

*Adult Guardianship and Trusteeship Act*, S.A. 2008, c. A-4.2

*Alberta Rules of Court*, Alta Reg 124/2010

*Alberta Utilities Commission Act*, S.A. 2007, c. A-37.2

*An Act to protect Certain Civil Rights, 1947*, S.S. 1947, c. 35

BARREAU DE L'ONTARIO, *Code de déontologie*

BARREAU DU NOUVEAU-BRUNSWICK, *Code de déontologie professionnelle*

BARREAU DU NUNAVUT, *Model Code of Professional Conduct*

*British Columbia Court of Appeal. Practice Directive (Criminal) – Title: Ineffective Assistance of Trial Counsel*, 12 novembre 2013

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

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46

COUR D'APPEL DU MANITOBA, *Re: Directive Regarding Appeal Proceedings Involving Allegations of Ineffective Counsel in First Instance*, avis, 15 janvier 2016

COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN, *Criminal Practice Directive No. 9. Ineffective Assistance of Trial Counsel*, 2020

*Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44

*Financial Information Act*, R.S.B.C. 1996, c. 140

*Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, c. F-25

LAW SOCIETY OF ALBERTA, *Code of Conduct*

LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA, *Code of Professional Conduct for British Columbia*

LAW SOCIETY OF MANITOBA, *Code de déontologie*

LAW SOCIETY OF NEWFOUNDLAND AND LABRADOR, *Code of Professional Conduct*

LAW SOCIETY OF PRINCE EDWARD ISLAND, *Code of Professional Conduct*

LAW SOCIETY OF SASKATCHEWAN, *Code of Professional Conduct*

LAW SOCIETY OF THE NORTHWEST TERRITORIES, *Code of Professional Conduct*

LAW SOCIETY OF YUKON, *Code of Professional Conduct*

*Legal Profession Act*, R.S.A. 2000, c. L-8

*Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9

*Legal Profession Act 1990*, S.S. 1990-91, c. L-10.1

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6

*Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44

*Loi concernant le Barreau du Nouveau-Brunswick*, L.N.B. 1996, c. 89

*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.)

*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5<sup>e</sup> suppl.)

*Loi modifiant la Loi sur l'accès à l'information, la Loi sur la protection des renseignements personnels et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2019, c. 18

*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, c. A-1

*Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, c. F.31

*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, c. N-5

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5

*Loi sur la procédure de révision judiciaire*, L.R.O. 1990, c. J.1

*Loi sur la profession d'avocat*, C.P.L.M., c. L107

*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21

*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5

*Loi sur la protection des sources journalistiques*, L.C. 2017, c. 22

*Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, c. E-15

*Loi sur le Barreau*, L.R.O. 1990, c. L.8

*Loi sur le cannabis*, L.C. 2018, c.16

*Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3(2<sup>e</sup> suppl.)

*Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*, L.R.C. 1985, c. 30 (4<sup>e</sup> suppl.)

*Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, c. 17

*Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, c. 39

*Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36

*Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, c. F-14

*Loi sur les Procureurs*, L.R.O. 1990, c. S.15

*Loi sur les sociétés par actions*, L.R.Q., c. S-31.1

*Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27

*Loi sur l'Office de surveillance des activités en matière de sécurité nationale et de renseignement*, L.C. 2019, c. 13

NOVA SCOTIA BARRISTERS' SOCIETY, *Code of Professional Conduct*

*Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, c. P-6.5

*Règlement sur la déclaration des opérations douteuses – recyclage des produits de la criminalité et financement des activités terroristes*, DORS/2001-317

*Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, DORS/2002-184

*Règlement sur les renseignements nécessaires à une demande de crédit de taxe sur les intrants (TPS/TVH)*, DORS/91-45

*Règlement sur les stupéfiants*, C.R.C., c. 1041

*Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*, DORS/90-688a

*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194

*Règles de procédure en matière criminelle de la Cour supérieure de justice (Ontario)*, TR/2012-7

*Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009

*Surrogate Rules*, Alta Reg. 130/1995

*Wills, Estates and Succession Act*, S.B.C. 2009, c. 13



*Textes québécois*

*Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, c. 6

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64

*Code de déontologie des avocats*, L.R.Q., c. B-1, r. 3.1

*Code de déontologie des comptables professionnels agréés*, L.R.Q., c. C-48.1, r. 6

*Code de déontologie des experts en sinistre*, L.R.Q., c. D-9.2, r. 4

*Code de déontologie des infirmières et infirmiers*, L.R.Q., c. I-8, r. 9

*Code de déontologie des infirmières et infirmiers auxiliaires*, L.R.Q., c. C-26, r. 153.1

*Code de déontologie des médecins*, L.R.Q., c. M-9, r. 17

*Code de déontologie des notaires*, L.R.Q., c. N-3, r. 2

*Code de la sécurité routière*, L.R.Q., c. C-24.2

*Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25.01

*Code de procédure civile* (1966-2015)

*Code de procédure civile de la province de Québec* (1897-1966)

*Code de procédure civile du Bas Canada* (1867-1897)

*Code des professions*, LRQ, c. C-26

*Loi concernant la lutte contre la corruption*, L.R.Q., c. L-6.1

*Loi du Barreau*, L.Q. 1966-67, c. 77

*Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*, L.R.Q., c. D-11.1

*Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels*, L.Q. 2021, c. 25

*Loi modifiant diverses dispositions législatives eu égard à la divulgation de renseignements confidentiels en vue d'assurer la protection des personnes*, L.Q. 2001, c. 78

*Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics*, L.Q. 2009, c. 12

*Loi portant sur la réforme du droit de la famille en matière de filiation et modifiant le Code civil en matière de droits de la personnalité et d'état civil*, projet de loi n° 2 (présentation – 21 octobre 2021), 2<sup>e</sup> sess., 42<sup>e</sup> légis. (Qc)

*Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q., c. A-2.1*

*Loi sur la distribution de produits et services financiers, L.R.Q., c. D-9.2*

*Loi sur l'administration fiscale, L.R.Q. c. A-6.002*

*Loi sur la justice administrative, L.R.Q., c. J-3*

*Loi sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques, L.Q. 2018, c. 26*

*Loi sur la protection de la jeunesse, L.R.Q., c. P-34.1*

*Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, L.R.Q., c. P-39.1*

*Loi sur la santé publique, L.R.Q., c. S-2.2*

*Loi sur le Barreau, L.R.Q., c. B-1*

*Loi sur l'encadrement du secteur financier, L.R.Q., c. E-6.1*

*Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants, L.R.Q., c. A-23.01*

*Loi sur les commissions d'enquête, L.R.Q., c. C-37*

*Loi sur les impôts, L.R.Q., c. I-3*

*Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., c. S-4.2*

*Loi visant à lutter contre la maltraitance envers les aînés et toute autre personne majeure en situation de vulnérabilité, L.R.Q., c. L-6.3*

*Règlement ministériel d'application de la Loi sur la santé publique, L.R.Q., c. S-2.2, r. 2.1*

*Règlement sur la comptabilité et les normes d'exercice professionnel des avocats, L.R.Q., c. B-1, r. 5*

*Règlement sur la taxe de vente du Québec, L.R.Q., c. T-0.1, r. 2*

*Règlement sur les normes de comportement des titulaires de permis d'agent qui exercent une activité de sécurité privée, L.R.Q., c. S-3.5, r. 3*

#### *Textes français*

*Code pénal de 1810*

*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*

#### *Textes anglais*

*Maintenance and Embracery Act 1540, 32 Henry 8, c. 9*

*Perjury Statute of 1563*, 5 Elizabeth, c. 9

*The Money Laundering, Terrorist Financing and Transfer of Funds (Information on the Payer) Regulations 2017*

*The Oversight of Professional Body Anti-Money Laundering and Counter Terrorist Financing Supervision Regulations 2017*, S.I. 2017/1301

*Textes américains*

*Sarbanes-Oxley Act of 2002*, Pub. L. 107-204, 116 Stat. 745

*Textes internationaux*

COMMISSION EUROPEENNE, *Stratégie de l'UE sur les droits de l'enfant*, communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM(2021) 142 final, Bruxelles, 24 mars 2021

*Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. no 5

*Convention relative aux droits de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies le 20 novembre 1989 (entrée en vigueur le 2 septembre 1990)

*Déclaration universelle des droits de l'homme*, 10 décembre 1948

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966

TABLE DES JUGEMENTS

*Jurisprudence de la Cour suprême du Canada*

*A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46, [2012] 2 R.C.S. 567

*A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181

*Adgey c. R.*, [1975] 2 R.C.S. 426

*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555

*Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418

*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817

*Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2017 CSC 56, [2017] 2 R.C.S. 488

*Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés*, [1996] 2 R.C.S. 345

*Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60

*Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319

*Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307

*B.(R.) c. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315

*Canada c. Addison & Leyen Ltd.*, 2007 CSC 33, [2007] 2 R.C.S. 793

*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33

*Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65

*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101

*Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, [2016] 1 R.C.S. 336

*Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401

*Canada (Revenu national) c. Thompson*, 2016 CSC 21, [2016] 1 R.C.S. 381

*Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] S.C.R. 729

*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76

*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331

*Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, 2006 CSC 36, [2006] 2 R.C.S. 189

*Cie H.J. Heinz du Canada Ltée c. Canada (Procureur général)*, 2006 CSC 13, [2006] 1 R.C.S. 441

*Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383

*Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873

*Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. Sarnia (Ville)*, [1998] 3 R.C.S. 3

*Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143

*Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835

*Dehghani c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053

*Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505

*Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860

*Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152

*Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350

*Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326

*États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283

*Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17

*Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712

*Fraser c. C.R.T.F.P.*, [1985] 2 R.C.S. 455

*Frenette c. La Métropolitaine compagnie d'assurance*, [1992] 1 R.C.S. 647

*Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353

*Glegg c. Smith & Nephew Inc.*, 2005 CSC 31, [2005] 1 R.C.S. 724

*Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592

*Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, 2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32

*Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250

*Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429

*Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819

*Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335

*Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827

*Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214

*Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122

*Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87

*Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145

*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601

*In Re Sproule*, [1886] 12 S.C.R. 140

*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927

*James Richardson & Sons, Ltd. c. Ministre du Revenu National et autres*, [1984] 1 R.C.S. 614

*Juman c. Doucette*, 2008 CSC 8, [2008] 1 R.C.S. 157

*Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653

*Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41

*Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372

*Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743

*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général); White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général); R. c. Fink*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209

*Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23, [2002] 1 R.C.S. 769

*Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497

*Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, 2018 CSC 32, [2018] 2 R.C.S. 293

*Lizotte c. Aviva, Compagnie d'Assurance du Canada*, 2016 CSC 52, [2016] 2 R.C.S. 521

*M.(A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157

*Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, 2004 CSC 68, [2004] 3 R.C.S. 461

*Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193

*Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339

*Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3

*Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572

*Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511

*Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46

*O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591

*Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815

*Park c. R.*, [1981] 2 R.C.S. 64

*Pearlman c. Comité Judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869

*Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253

*Pétrolière Impériale c. Jacques*, 2014 CSC 66, [2014] 3 R.C.S. 287

*Pharmascience inc. c. Binet*, 2006 CSC 48, [2006] 2 R.C.S. 513

*Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809

*Proc. Gén. Can. c. Law Society of B.C.*, [1982] 2 R.C.S. 307

*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665

*Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211

*Québec (Procureur général) c. Laroche*, [2002] 3 R.C.S. 708

*R. c. Ahmad*, 2020 CSC 11

*R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167

*R. c. Araujo*, 2000 CSC 665, [2000] 2 R.C.S. 992

*R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199

*R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309

*R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368

*R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389

*R. c. Brassington*, 2018 CSC 37, [2018] 2 R.C.S. 617

*R. c. Brown*, 2002 CSC 32, [2002] 2 R.C.S. 185

*R. c. Brown*, 2022 CSC 18

*R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565

*R. c. Cawthorne*, 2016 CSC 32, [2016] 1 R.C.S. 983

*R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727

*R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331

*R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443

*R. c. D.B.*, 2008 CSC, [2008] 2 R.C.S. 3

*R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944

*R. c. Durham Regional Crime Stoppers Inc.*, 2017 CSC 45, [2017] 2 R.C.S. 157

*R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128

*R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451

*R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8

*R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154  
*R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421  
*R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679  
*R. c. Grant*, 2015 CSC 9, [2015] 1 R.C.S. 475  
*R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263  
*R. c. Guignard*, 2002 CSC 14, [2002] 1 R.C.S. 472  
*R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908  
*R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151  
*R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433  
*R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757  
*R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128  
*R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284  
*R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697  
*R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531  
*R. c. L.(D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419  
*R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490  
*R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281  
*R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475  
*R. c. Ling*, 2002 CSC 74, [2002] 3 R.C.S. 814  
*R. c. L.T.H.*, 2008 CSC 49, [2008] 2 R.C.S. 739  
*R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309  
*R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903  
*R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571  
*R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445  
*R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72  
*R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627  
*R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442



*R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668  
*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30  
*R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771  
*R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477  
*R. c. Nedelcu*, 2012 CSC 59, [2012] 3 R.C.S. 311  
*R. c. Nikolovski*, [1996] 3 R.C.S. 1197  
*R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726  
*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103  
*R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411  
*R. c. Pearson*, [1998] 3 R.C.S. 620  
*R. c. Poulin*, 2019 CSC 47, [2019] 3 R.C.S. 566  
*R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236  
*R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297  
*R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262  
*R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3  
*R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687  
*R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180  
*R. c. Seaboyer*; *R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577  
*R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979  
*R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915  
*R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075  
*R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451  
*R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326  
*R. c. Taylor*, 2014 CSC 50, [2014] 2 R.C.S. 495  
*R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432  
*R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951  
*R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636

*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507

*R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541

*R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527

*R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 70

*R. c. Zito*, [1990] 2 R.C.S. 1520

*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3

*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217

*Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486

*Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232

*Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519

*Rourke c. R.*, [1978] 1 R.C.S. 1021

*Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, 2013 CSC 37, [2013] 2 R.C.S. 623

*Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25

*Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522

*Slavutych c. Baker et al.*, [1976] 1 R.C.S. 254

*Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455

*Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 CSC 18, [2004] 1 R.C.S. 456

*Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421

*Solliciteur général du Canada, et al. c. Commission royale (dossiers de santé)*, [1981] 2 R.C.S. 494

*Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821

*Southwind c. Canada*, 2021 CSC 28

*Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235

*Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425

*Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier Inc.*, 2014 CSC 35, [2014] 1 R.C.S. 800

*Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332

*Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28

*143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général); Tabah c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339

*2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919

#### *Jurisprudence québécoise*

*A. Amyot et Fils ltée c. Lauzon*, J.E. 93-681 (C.S.)

*Administration régionale Kativik c. Progère construction inc.*, 2004 CanLII 76483 (Q.C.A.)

*Agence du revenu du Québec c. Groupe Enico inc.*, 2016 QCCA 76

*Agence de revenu du Québec c. Métaux Kitco inc.*, 2016 QCCQ 12090

*Agence du revenu du Québec c. Sarrouf*, 2013 QCCQ 10712

*Agence du revenu du Québec c. Touma*, 2012 QCCQ 14638

*Agence du revenu du Québec c. Viau*, 2022 QCCQ 5784

*Agence du revenu du Québec c. 9147-3751 Québec Inc.*, 2014 QCCQ 3171

*Agence du revenu du Québec c. 9154-3447 Québec inc.*, 2011 QCCQ 11217

*Agence du revenu du Québec c. 9188-2985 Québec inc.*, 2011 QCCQ 6812

*Association de protection des épargnants et investisseurs du Québec (APEIQ) c. Corporation Nortel Networks*, 2007 QCCA 1208

*Autorité des marchés financiers c. Panju*, 2008 QCCA 832

*Baazov c. Autorité des marchés financiers*, 2018 QCCS 454

*Barreau du Québec (syndic ad hoc) c. Brouillette*, 2016 QCCDBQ 102

*Barreau du Québec (syndic adjoint) c. Krief*, 2014 QCCDBQ 29

*Barreau du Québec (syndique adjointe) c. Lebel*, 2019 QCCDBQ 84

*BCE inc. c. Ontario Teachers' Pension Plan Board*, 2010 QCCS 5662

*Beaulieu c. Giauque*, 2019 QCCS 5898

*Bécharde c. Roy*, [1975] C.A. 509, AZ-75011146

*Belley c. TD Auto Finance Services Inc./Services de financement auto TD inc.*, 2018 QCCA 1727

*Bergeron c. Tremblay*, 2012 QCCA 1301

*Brûlé c. R.*, 2021 QCCA 1334

*Cardinal c. Chartrand*, 2012 QCCA 194

*Centre de lutte contre l'oppression des genres (Centre for Gender Advocacy) c. Québec (Procureure générale)*, 2016 QCCS 5161

*Chagnon c. Maurer*, 2018 QCCA 1287

*Chambre des notaires du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2010 QCCS 4544

*Chauvelot c. Barreau du Québec*, 2015 QCCAI 61

*Chevrier c. Guimond*, [1984] R.D.J. 240, 1984 CanLII 2862 (C.A.)

*Conseil québécois sur le tabac et la santé c. JTI-MacDonald Corp.*, 2010 QCCS 4759

*Constructions LJP inc. c. Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail*, 2021 QCCS 384

*Cordeau c. Cordeau*, [1984] R.D.J. 201 (C.A.)

*D.(M.) c. D.(L.)*, [1998] R.J.Q. 1366 (C.A.)

*Dauphin (Re)*, 2015 QCCS 5314

*Deschamps c. Carignan*, 2002 CanLII 38765 (Q.C.A.)

*Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Shérif du district de Bedford*, 2017 QCCS 318

*Droit de la famille – 151456*, 2015 QCCA 1088

*Droit de la famille – 191099*, 2019 QCCS 2342

*Edouard v. Entreprises Environnementales Pierrefonds Inc.*, 2001 CanLII 24765 (QC C.S.)

*Estrella Llaneza c. R.*, 2019 QCCQ 3011

*Fédération autonome de l'enseignement c. Commission scolaire de Laval*, 2014 QCCA 591

*Fédération des médecins spécialistes du Québec c. Association des médecins hématologistes-oncologistes*, [1988] R.J.Q. 2067 (C.A.)

*Filion c. Québec (Procureure générale)*, 2014 QCCS 3294

*Filion c. Québec (Procureure générale)*, 2015 QCCA 352

*Fortin c. Banque de Nouvelle-Écosse*, 2016 QCCS 3773

*Ghazi c. R.*, 2020 QCCS 489

*Gitman c. Pomeroy*, 2004 CanLII 39143 (Q.C.C.Q.)

*Infirmières et Infirmiers (Corp. Professionnelle des) c. Lloyd*, [1990] D.D.C.P. 318

*J.M. Guimond c. Juteau*, REJB 2002-32457, J.E. 2002-1499 (C.S.)

*Kalogerakis c. Commission scolaire des Patriotes*, 2014 QCCQ 4167

*Kruger Inc. c. Kruco Inc.*, [1988] R.J.Q. 2323 (C.A.)

*Kruger c. Kruger Inc.*, [1987] R.D.J. 11, 1986 CanLII 3788 (C.A.)

*La Bellefeuille c. Construction Daz ltée*, 2020 QCCS 3316

*Laferrière c. Labonté*, 2005 QCCA 851

*Laliberté c. Delorme*, 1994 CanLII 10788 (T.P.Q.)

*Laviolette c. Bouchard*, [2001] R.J.Q. 1750, 2001 CanLII 20646 (C.A.)

*Leblanc c. Maranda*, [2001] R.J.Q. 2490 (C.A.)

*Léopold Property Consultants inc. c. D'Astous*, [1988] R.J.Q. 1798 (C.A.)

*Leroy Somer Canada ltée c. Hewitt Equipment ltée*, [1989] R.J.Q. 1393, 1989 CanLII 470 (C.A.)

*Ludmer c. Attorney General of Canada*, 2020 QCCA 697

*Ludmer c. Canada (Attorney General)*, 2014 QCCS 4352

*Mabarex c. Ville de Vaudreuil-Dorion*, 2017 QCCS 5580

*Médecins (Ordre professionnel des) c. Yee*, 2016 CanLII 89823 (Q.C.D.C.M.)

*Métro inc. c. Regroupement des marchands actionnaires inc.*, [2004] R.J.Q. 2665, 2004 CanLII 45935 (C.A.)

*Nadeau c. Lemaire*, 2018 QCCS 1009

*Nazzari c. Nazzari*, 2016 QCCA 1334

*Ordre des comptables professionnels agréés du Québec c. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCS 3382

*Pagé c. Henley (Succession de)*, 2016 QCCA 964

*Parent c. R.*, 2014 QCCS 132

*Paul Revere, Compagnie d'assurance-vie c. Chaîné*, [2000] R.J.Q. 1937 (C.Q.)

*Pavages North State Inc. c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [1990] R.D.F.Q. 48 (C.S.)

*Pfieffer et Pfieffer inc. c. Javicoli*, [1994] R.J.Q. 1, 1993 CanLII 4326 (C.A.)

*P.H. c. Procureur général du Canada*, 2020 QCCS 4795

*Placements Banque Nationale inc. c. Quigley*, 2013 QCCA 1358

*Poulin c. Prat*, [1994] R.D.J. 301, 1994 CanLII 5421 (C.A.)

*Procureur général du Québec c. Beaulieu*, 2021 QCCA 1305

*Procureure générale du Québec c. Groupe Hexagone*, 2018 QCCA 2129

*Protection de la jeunesse – 11849*, 2011 QCCS 1825

*Proulx c. R.*, 2021 QCCA 1756

*Psychologues (Ordre professionnel des) c. Rancourt*, 2003 CanLII 71731 (Q.C. O.P.Q.)

*Purzon du Canada Ltée c. R.*, [1972] C.A. 506

*Québec (Commission des services juridiques) c. Gagnier*, 2004 CanLII 20578 (Q.C. C.Q.)

*Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Cohen*, 2009 QCCQ 8600

*R. c. Alex*, 2005 CanLII 48242 (Q.C.S.)

*R. v. A.M.*, 2021 ONSC 2725

*R. v. Goldberg*, 2020 QCCQ 4548

*R. v. Jack*, [1992] 76 Man. R. (2e) 168, 70 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 67 (C.A.), 1992 CarswellMan 228

*R. c. Lehoux*, 2014 QCCS 3893

*Racine c. Conseil de discipline de la Chambre des notaires du Québec*, 2016 QCCS 5064

*Rivard c. Éoliennes de l'Érable*, 2017 QCCS 2259

*Rousseau (Succession de) c. Groupe Desjardins (Le), assurances générales*, [1989] R.J.Q. 785 (C.A.)

*Saint-Alban (Municipalité) c. Récupération Portneuf inc.*, [1999] R.J.Q. 2268, 1999 CanLII 13284 (C.A.)

*S. c. Lamontagne*, 2020 QCCA 663

*Singh c. Montreal (City of)*, 2014 QCCA 307

*St-Georges c. Québec (Procureur général)*, [1988] R.D.F.Q. 86 (C.S.)

*Stevens c. R.*, 2016 QCCA 1707

*Succession de Beaulieu*, 2010 QCCS 3979

*Sumabus inc. c. Gestion Pode inc.*, J.E. 92-1389, AZ-92021483 (C.S.)

*Tanzer c. Spector*, 2017 QCCA 1090

*Tessier c. Tribunal des professions*, 2015 QCCS 5121

*Tremblay c. Québec (Ministère de la Santé et des Services sociaux)*, 2015 QCCS 4913

*Trempe c. Dow Chemical of Canada Ltd.*, [1980] C.A. 571

*Ville de Terrebonne c. Cour du Québec*, 2019 QCCS 3611

*Wightman c. Richter & Associés inc.*, 1996 CanLII 6065 (QC C.A.)

*X. c. Société canadienne de la Croix-Rouge*, [1992] R.J.Q. 2735, 1992 CanLII 3638 (C.A.)

*9015-0178 Québec inc. (Syndic de)*, 2009 QCCS 3256

*9139-4429 Québec inc. c. Rosemère (Ville de)*, 2013 QCCA 496

*Jurisprudence fédérale et des autres provinces canadiennes de common law*

*A.A. (Re)*, 2016 BCSC 511

*A.B. v. Canada (Attorney General)*, 2016 ONSC 1571

*Airst v. Airst*, [1998] 37 O.R. (3<sup>e</sup>) 654, 1998 CanLII 14647, 1998 CarswellOnt 2630 (C.S.)

*A.(J.) v. Canada Life Assurance Co. (H.C.J.)*, [1989] O.J. No 1119, 70 O.R. (2<sup>e</sup>) 27 (Q.L.) (S.C.)

*Anderson Exploration Ltd. v. Pan-Alberta Gas Ltd.*, 1998 ABQB 455

*Archean Energy Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue)* (1997), [1998] 1 C.T.C. 398, 1997 CanLII 14953 (Alta. Q.B.)

*Armstrong v. Penny*, 2021 ONSC 6646

*Bacchus v. Munn*, 2021 ONSC 5820

*Badesha v. Haider*, 2017 ONSC 1745

*Baker v. Baker Estate*, 2018 NSSC 83

*Barclays Bank PLC v. Metcalfe and Mansfield*, 2010 ONSC 5519

*Barreau du Haut-Canada c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 243

*Becker v. Hagehassan*, 2021 BCSC 1508

*Belgravia Investments Limited c. Canada*, 2002 CFPI 649

*Bilfinger Berger (Canada) Inc. v. Greater Vancouver Water District*, 2014 BCSC 1560

*Blank c. Canada (Justice)*, 2010 CAF 183

*Blank c. Canada (Justice)*, 2016 CAF 189

*BMO v. Iskenderov*, 2019 ONSC 3567

*Bogaerts v. Attorney General of Ontario*, 2019 ONSC 41

*Boucher v. R.*, 2021 CanLII 27332 (NB C.A.)

*Bre-X Minerals Ltd. (Trustee of) v. Verchere*, 2001 ABCA 255

*British Columbia (Attorney General) v. Davies*, 2009 BCCA 337

*British Columbia (Attorney General) (Re)*, 2019 BCIPC 53

*British Columbia (Minister of Finance) v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2021 BCSC 266

*Brown v. Clark Wilson LLP*, 2014 BCCA 185

*Canada v. CHR Investment Corporation*, 2021 FCA 68

*Canada (Attorney General) v. Several Clients*, [2000] N.S.J. No. 236, 189 N.S.R. (2<sup>e</sup>) 313

*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Mahjoub*, 2012 CF 669, [2014] 1 R.C.F. 457

*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2000 CanLII 15247, 187 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 127 (C.A.F.)

*Canada (Ministre du Revenu national) c. Singh Lyn Ragonetti Bindal LLP*, 2005 CF 1538

*Canada (National Revenue) v. Newport Pacific Financial Group SA, 2010*, 2010 ABQB 568

*Canada (Revenu national) c. Moodys LLP*, 2011 CF 713

*Canadian Airport Workers Union v. Goodwill Industries*, 2021 CanLII 36717 (Ont. L.R.B.)

*Canadian Appliance Source Inc. v. Utradecanada.com Inc.*, 2018 ONSC 2960

*Canadian Natural Resources Limited v. ShawCor Ltd.*, 2014 ABCA 289

*Century Services v. Farris, Vaughan, Wills & Murphy*, 2003 BCSC 1667

*Chan v. Dynasty Executive Suites Ltd.*, 2006 CanLII 23950 (Ont. S.C.)

*Chapelstone Developments Inc. c. Action Motors Ltd. Et Hamilton c. Sa Majesté la Reine du chef du Canada*, 2004 NBCA 96

*Choquette v. Viczko*, 2017 SKQB 191

*C. (J.M.N.) v. Winnipeg Child & Family Services (Central Area)*, [1997] 118 Man. R. (2<sup>e</sup>) 82, 1997 CanLII 22785 (C.A.)

*Cineplex Odeon Corp. v. Canada (A.G.)*, [1994] 114 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 141, 1994 CanLII 7564 (Ont. S.C.)



*Coburn and Watson's Metropolitan Home v. BMO Financial Group*, 2019 BCSC 947

*College of Physicians and Surgeons of British Columbia v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2001 BCSC 726

*College of Physicians of B.C. v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2002 BCCA 665

*Coopers Park Real Estate Development Corporation v. The Queen*, 2022 TCC 82

*Cross Lake Indian Band et al. v. Manitoba Hydro-Electric Board (Respondent) Appellant*, (1984) 27 Man. R. (2e) 6 (C.A.)

*Czech Republic v. Slyomovics*, 2010 BCSC 1274

*Doman Forest Products Ltd. v. GMAC Commercial Credit Corp. – Canada*, 2004 BCCA 512

*Donell v. GJB Enterprises Inc.*, 2012 BCCA 135

*Donell v. GJB Enterprises Inc.*, 2011 BCSC 758

*Dos Santos (Committee of) v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2005 BCCA 4

*Dr. Mike Orth Inc. c. Canada*, 2014 CAF 34

*Dublin v. Montessori Jewish Day School of Toronto*, (2007) 85 O.R. (3e) 511 (C.S.)

*Dumke v. Conrad*, 2019 NSSC 310

*Eastern Regional Integrated Health Authority v. Association of Registered Nurses of Newfoundland and Labrador*, 2016 NLCA 18

*Ebrahim v. Continental Precious Minerals*, 2012 ONSC 1123

*Edmonton (Police Service) (Re)*, 2017 CanLII 46445 (Alta. O.I.P.C.)

*Ernewein v. Honda Canada*, 2017 ONSC 1181

*Federated Anti-Poverty Groups of BC v. Vancouver (City)*, 2002 BCSC 105

*Federation of Law Societies of Canada v. Canada (Attorney General)*, 2013 BCCA 147

*Festing v. Canada (Attorney General)*, 2003 BCCA 112

*Festing v. Canada (Attorney General)*, 2001 BCCA 612

*Fraser Milner Casgrain LLP v. Minister of National Revenue*, 2002 BCSC 1344

*Gauthier c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CF 655

*General Accident Assurance Company v. Chrusz*, [1999] 124 O.A.C. 356, 180 D.L.R. (4e) 241

*Gow Estate (Re)*, 2021 ABQB 305

*Gower v. Tolko Manitoba Inc.*, 2001 MBCA 11

*Gower v. Tolko Manitoba Inc.*, [1999] Man. R. (2<sup>e</sup>) 245, 1999 CanLII 14312 (Q.B.)

*Guelph (City) v. Super Blue Box Recycling Corp.*, [2004] O.T.C. 961 (C.S.)

*Hale v. University of British Columbia Okanagan (No. 4)*, 2021 BCHRT 129

*Hallstone Products Ltd. v. Canada (Customs & Revenue Agency)*, [2004] O.J. No. 496, 2004 CarswellOnt 341 (H.C.J.)

*Hammoud v. Chadi*, 2014 ABQB 789

*Harich v. Stamp et al.*, [1979] 27 O.R. (2<sup>e</sup>) 395 (C.A.)

*Haugen v. Haugen*, 2013 MBQB 155

*Hedley v. Hodco Transcan Canadian Property Ltd.*, 2004 CanLII 28739 (Ont. S.C.)

*Hicks Estate v. Hicks* (1986), 15 C.P.C. (2<sup>e</sup>) 146 (Ont. D.C.)

*Hodge v. Neinstein*, 2017 ONCA 494

*Hodgkinson v. Simms*, [1988] 55 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 577, 33 B.C.L.R. (2<sup>e</sup>) 129, 1988 CanLII 181 (C.A.)

*Huang v. Silvercorp Metals Inc.*, 2017 BCSC 795

*I. Waxman & Sons Ltd. v. Texaco Canada Ltd.*, [1968] 1 O.R. 642 (S.C.)

*Iggillis Holdings Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2018 CAF 51, [2019] 2 R.C.F. 767

*Imperial Tobacco Canada Limited c. La Reine*, 2013 CCI 144

*International Creative Talent Agency, LLC v. Dion Radcliffe McClean*, 2019 ONSC 2738

*Interprovincial Pipe Line Inc. c. M.R.N.*, [1996] 1 C.F. 367

*In the Matter of the Legal Profession Act and Kenny*, 2002 BCSC 346

*Iozzo v. Weir*, 2004 ABQB 259

*Jackson v. Vaughan (City)*, 2010 ONCA 118

*Johar and others v. College of Veterinarians of BC and another (No. 2)*, 2021 BCHRT 40

*Kaiser (Re)*, 2012 ONCA 838

*Keefer Laundry Ltd. v. Pellerin Milnor Corp. et al.*, 2006 BCSC 1180

*Kelly v. Kelly*, 2021 BCSC 983

*Kennedy v. McKenzie*, 2005 CanLII 18295 (Ont. S.C.)

*Kilbreath v. Saskatchewan (Attorney General)*, 2004 SKQB 489

*Kranz v. Canada (Attorney General)*, [1999] 4 C.T.C. 93, 1999 CanLII 5793 (B.C. S.C.)

*Lac La Ronge Indian Band v. Canada*, [1996] 10 W.W.R. 625, 147 Sask. R. 257 (Q.B.)

*Ladco Company Limited et al.*, 2019 MBQB 139

*Lavallee, Rackel and Heintz v. Canada*, 2000 ABCA 54

*Law Society of Alberta v. Burgener*, 2016 ABLs 29

*Law Society of Alberta v. Forsyth-Nicholson*, 2016 ABLs 52

*Law Society of Alberta v. Johnston*, 2020 ABLs 18

*Law Society of Saskatchewan v. Merchant*, 2008 SKCA 128

*Law Society of Saskatchewan v. Robertson Stromberg*, [1994] 124 Sask. R. 259, 119 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 551, 1994 CanLII 4931 (Q.B.)

*Law Society of Upper Canada v. Jodi Lynne Feldman*, 2012 ONLSHP 168

*Legal Services Society (Re)*, 2020 BCIPC 34

*Legal Services Society v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2003 BCCA 278

*Lipson v. Cassels Brock & Blackwell*, 2014 ONSC 6106

*Long Tractor Inc. v. Canada (Deputy Attorney General) (1997)*, [1998] 3 C.T.C. 1, 1997 CanLII 11172 (Sask. Q.B.)

*Marion v. Wawanesa Mutual Insurance Company*, 2004 ABCA 213

*Mathews, Dinsdale & Clark LLP v. 1772887 Ontario Limited et al.*, 2021 ONSC 2563

*Maximum Ventures Inc. v. De Graaf*, 2007 BCCA 510

*Mayer v. Mayer*, 2012 BCCA 77

*McDonnell v. Langret Investments, S.A.*, (1998) 106 B.C.A.C. 46

*McPherson v. Inst. of Chartered Accountants of B.C.*, [1989] 32 B.C.L.R. (2<sup>d</sup>) 328, 1988 CanLII 3216, 1988 CarswellBC 413 (C.A.)

*Middelkamp v. Fraser Valley Real Estate Board*, [1992] B.C.J. no 1947, 17 BCAC 134, 1992 CanLII 4039

*Moore v. Getahun*, 2015 ONCA 55

*Murchison c. Exportation et développement Canada*, 2009 CF 77

*Myron v. Kwinter*, 2009 ABQB 128

*Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1995] 2 C.F. 762 (C.A.)

*Newfoundland and Labrador (Attorney General) c. Information and Privacy Commissioner (Nfld. and Lab.)*, 2011 NLCA 69

*Newfoundland and Labrador (Information and Privacy Commissioner) v. College of the North Atlantic*, 2013 NLTD(G) 185

*Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission (Re)*, 2019 NLSC 171

*Nova Chemicals (Canada) Ltd. v. CEDA-Reactor Ltd.*, 2014 ONSC 3995

*Nova Growth Corp. v. Kepinski*, [2001] O.J. No. 5993 (S.C.J.)

*Nova Scotia (Attorney General) v. Cameron*, 2019 NSCA 38

*Nova Scotia (Transportation and Infrastructure Renewal) v. Peach*, 2011 NSCA 27

*Nuna Investment Corp. v. Shell Canada Products Ltd.*, [1997] N.W.T.R. 295 (S.C.)

*Ontario (Attorney General) v. Holly Big Canoe*, [2002] O.J. No 4596, 62 O.R.(3d) 167, 2002 CanLII 18055 (C.A.)

*Ontario (Attorney General) (Re)*, 1997 CanLII 11860 (Ont. I.P.C.)

*Ontario (Electrical Safety Authority) v. Bromfield*, 2018 ONCJ 640

*Ontario (Environment, Conservation and Parks) (Re)*, 2021 CanLII 82422 (Ont. I.P.C.)

*Ontario (Ministry of the Attorney General) v. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner)*, 2005 CanLII 6045 (Ont. C.A.)

*Ontario (Solicitor General) (Re)*, 2000 CanLII 20776 (Ont. I.P.C.)

*Petrik v. Jodale Perry Corporation*, 2017 BCSC 903

*Philip Services Corp. v. Ontario Securities Commission*, [2005] 77 O.R. (3<sup>e</sup>) 209, 2005 CanLII 30328 (Ont. S.C.D.C.)

*Pitney Bowes of Canada c. Canada*, 2003 CFPI 214

*Potash Corp. of Saskatchewan Inc. v. Barton*, 2002 SKQB 301

*R. v. A.B.*, 2014 NLCA 8

*R. v. Ahmad*, [2008] O.J. No 5915, 2008 CanLII 27470 (S.C.)

*R. v. Amsel*, 2017 MBPC 52

*R. v. AVG*, 2017 ABQB 8

*R. v. Bartel*, 2021 ABPC 201  
*R. v. Bialski*, 2018 SKCA 71  
*R. v. Bradey*, 2015 ONCA 738  
*R. v. Castro*, 2001 BCCA 507  
*R. v. C.G.*, 2018 ONSC 6204  
*R. v. Chan*, 2002 ABQB 287  
*R. v. Creswell*, 2000 BCCA 583  
*R. v. D.*, [1982] 138 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 221, 66 C.C.C. (2<sup>e</sup>) 13 (Ont. C.A.)  
*R. v. Delchev*, 2015 ONCA 381  
*R. v. Derose*, 2000 ABPC 67  
*R. v. Desabrais*, 2000 BCCA 585  
*R. v. Drummond*, 2021 ONSC 6724  
*R. c. Dunbar* (1982), 138 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 221, 245 (C.A. Ont.)  
*R. v. Earle*, 2021 ONCA 34  
*R. v. Fink* (2000), 143 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 566 (Ont. S.C.)  
*R. v. Gateway Industries Ltd.*, 2001 MBQB 106  
*R. v. Gateway Industries Ltd.*, 2002 MBQB 285  
*R. v. Gateway Industries Ltd.*, [1997] 7 W.W.R. 120, 1997 CanLII 22752 (Man. P.C.)  
*R. v. Gill*, 2012 ONCA 607  
*R. v. Hobbs*, 2009 NSCA 90  
*R. v. Iyer*, 2014 ABQB 283  
*R. v. J.F.*, 2017 ONCJ 96  
*R. v. Johnston*, 2021 BCCA 34  
*R. v. Klymchuk*, 2007 CanLII 67028 (Ont. S.C.)  
*R. v. Littlechild* (1979), 51 C.C.C. (2<sup>e</sup>) 406, 1979 ABCA 321  
*R. v. Malone*, 1999 BCCA 466  
*R. v. Meer*, 2015 ABCA 340

*R. v. Millar*, 2002 BCSC 958

*R. v. Murray*, [2000] O.J. No. 2182, 2000 CanLII 22378 (S.C.)

*R. v. Murtha*, 2009 NSSC 342

*R. v. Nestlé Canada*, 2015 ONSC 810

*R. v. N.M.*, [2007] O.J. No 3022 (QL), 2007 CanLII 31570 (S.C.)

*R. v. N.N.H.*, 2021 BCPC 127

*R. v. Nuttall*, 2015 BCSC 2102

*R. c. Oland*, 2018 NBBR 254

*R. v. Pal and Tahvili (Disclosure)*, 2007 BCSC 44

*R. v. Paul*, (2002) 171 Man. R. (2<sup>e</sup>) 280, 2002 CanLII 20049 (P.C.)

*R. v. Piersanti & Company*, 2000 CanLII 17032 (O.N.C.A.)

*R. v. Robillard*, (1986) 28 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 22, 26 (O.N.C.A.)

*R. v. Rowbotham*, (1988) 25 O.A.C. 321, 41 C.C.C. (3d) 1

*R. v. Rutigliano*, 2015 ONCA 452

*R. v. Schacher*, 2003 ABCA 313

*R. v. Tarrabain, O=Byrne & Company*, 2006 ABQB 14

*R. c. Tate*, 2016 QCCS 5046

*R. v. Tysowski*, (1997) 120 Man. R. (2<sup>e</sup>) 37 (Q.B.)

*R. v. Van Egmond*, 2002 BCCA 226

*R. v. Ward*, 2016 ONCA 568

*Re Church of Scientology and The Queen (No. 3)*, [1984] 47 O.R. (2<sup>e</sup>) 90, 1984 CanLII 2141, 1984 CarswellOnt 396

*Re Krhanek and Slyomovics*, 2006 BCSC 956

*Re Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp. Re Ontario Securities Commission and Prousky*, (1983) 41 O.R. (2<sup>e</sup>) 328, 146 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 73 (S.C.)

*Records of the College of Physicians and Surgeons of British Columbia, Re*, 2000 CanLII 9491 (B.C. I.P.C.)

*Redhead Equipment v. Canada (Attorney General)*, 2016 SKCA 115

*Revcon Oilfield Constructors Incorporated c. Canada (Revenue national)*, 2017 CAF 22

*Rocking Chair Plaza (Bramalea) Ltd. v. Brampton (City)*, [1988] O.J. No. 1286 (H.C.J.)

*Rogers v. Hunter* (1981), [1982] 34 B.C.L.R. 206 (S.C.)

*Ross River Dena Council v. The Attorney General of Canada*, 2009 YKSC 70

*Royal Bank of Canada v. Lee*, 1992 ABCA 166

*Sazant v. College of Physicians and Surgeons of Ontario*, 2012 ONCA 727

*S. & K. Processors Ltd. v. Campbell Ave. Herring Producers Ltd.*, [1983] 45 B.C.L.R. 218, 1983 CanLII 407 (S.C.)

*S.C.L. v. Ontario*, [2004] 70 O.R. (3e) 224, 2004 CanLII 14107 (S.C.)

*Schober v. Tyson Creek Hydro Corporation*, 2014 BCCA 12

*Silver Wheaton Corp. c. La Reine*, 2019 CCI 170

*Simcoff v. Simcoff*, 2009 MBCA 80

*Singh v. Edmonton (City)*, (1994) 30 C.P.C. (3e) 277, 162 A.R. 13 (C.A.)

*Skogstad v. The Law Society of British Columbia*, 2007 BCCA 310

*Slansky v. Canada (Attorney General)*, [2013] F.C.J. No 996, 2013 FCA 199

*SNC-Lavalin Engineers & Constructors Inc. v. Citadel General Assurance Co.*, [2003] 63 O.R. (3e) 226, 2003 CanLII 64289 (S.C.)

*Soprema Inc. v. Wolrige Mahon LLP*, 2016 BCCA 471

*Souter v. 375561 B.C. Ltd.* (1995), 130 D.L.R. (4e) 81, 1995 CarswellBC 1021 (C.A.)

*Stapleton v. Doe*, 2017 BCSC 12

*Stevens c. Canada (Premier ministre)*, [1998] 4 C.F. 89, 1998 CanLII 9075, 1998 CarswellNat 2311 (F.C.A.)

*Stevens v. Canada (Prime Minister)*, [1997] 2 F.C. 759, 1997 CanLII 4805

*Strong v. General Motors of Canada Ltd.*, (1996) 23 C.C.E.L. (2e) 207, 1996 CanLII 8161 (Ont. S.C.)

*Stuart Olson Construction Inc. v. Sawridge Plaza Corp.* (1995), [1996] 2 W.W.R. 396, 404 (Alta. Q.B.)

*Stuart Olson Construction Inc. v. Sawridge Plaza Corp.* (1996), [1997] 193 A.R. 173 (C.A.)

*Susan Hosiery Ltd. v. M.N.R.*, [1969] C.T.C. 353 (Ex. C.)

*Talisman Energy Inc. v. Petro-Canada Inc.*, 2000 ABQB 147  
*The King v. Choney*, (1908), 17 Man. R. 467, 13 C.C.C. 289 (C.A.)  
*Tilley v. Hails*, [1993] 12 O.R. (3<sup>e</sup>) 306, 1993 CanLII 8557, 1993 CarswellOnt 433 (S.C.)  
*Tower c. M.R.N.*, 2003 CAF 307  
*TransAlta Corporation v. Market Surveillance Administrator*, 2014 ABCA 196  
*TSZK (Re)*, 2017 ABPC 270  
*Ultra Information Systems Canada Inc. v. Pushor Mitchell LLP*, 2008 BCSC 974  
*University of Alberta (Re)*, 2021 CanLII 31941 (Alta. O.I.P.C.)  
*University of Regina v. HTC Pureenergy Inc.*, 2019 SKQB 126  
*U.S.A. v. Rogan*, 2014 BCSC 2228  
*Victoria (City) v. Adams*, 2008 BCSC 1363  
*Waterloo Regional Police Services Board*, 2021 CanLII 82417 (Ont. I.P.C.)  
*Wayne v. Wayne*, 2012 ABQB 763  
*Westra Law Office (Re)*, 2009 ABQB 391  
*Wilson v. Favelle*, (1994) 26 C.P.C. (3<sup>e</sup>) 273 (B.C.S.C.)  
*0678786 BC Ltd. v. Bennett Jones LLP*, 2020 ABQB 115  
*1784049 Ontario Limited o/a Alpha Care Studio 45 v. City of Toronto*, 2010 ONSC 1204, 101 O.R. (3<sup>e</sup>) 505  
*506913 N.B. Ltd. c. La Reine*, 2012 CCI 210

*Jurisprudence anglaise*

*Anderson v. Bank of British Columbia*, (1876) 2 Ch. D. 644 (C.A.)  
*Annesley v Anglesea*, (1743) 17 How. St. Tr. 1139 (Ex.)  
*Attorney-General (N.T.) v. Maurice*, [1986] HCA 80  
*Baker v. Campbell*, [1983] 153 C.L.R. 52, [1983] HCA 39  
*Bolton v. Liverpool Corporation*, [1833] 1 My. & K. 88, 39 E.R. 614  
*Bowman v. Fels*, [2005] E.W.C.A. Civ. 226  
*British Coal Corp. v. Dennis Rye (No. 2)*, [1988] 3 All E.R. 816 (C.A.)



*Bulstrode v. Letchmere*, [1676] Freem. Ch. 5  
*Bulwer v. Levett*, [1596] 38 Eliz. 210  
*Buttes Gas and Oil Co. v. Hammer and others (No. 3)*, [1980] 3 All E.R. 475  
*Calcraft v. Guest*, [1898] 1 Q.B. 759  
*Campbell v. United Kingdom*, [1992] ECHR 41, (1993) 15 EHRR 137  
*Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] 2 All E.R. 401  
*Countess of Shrewsbury's Case*, [1613] 12 Coke 94  
*Cuts v. Pickering*, [1672] 86 E.R. 133, 1 Ventris 197 (Court of King's Bench)  
*Dennis v. Codrington*, [1579] 21 E.R. 53 (D), (1579-80) Cary 100  
*Duchess of Kingston's Case*, (1776) 20 St. Tr. 355  
*Ford v. Tennant No 2*, [1863] 32 Beavan 162, 55 E.R. 63  
*Goddard v. Nationwide Building Society*, [1986] 3 W.L.R. 734 (C.A.)  
*Gray v. Alport*, (Ex. 1611) LI MS. Maynard 21, fo. 139v, pl. 1  
*Greenough v. Gaskell*, [1833] 1 My. & K. 98, 39 E.R. 618  
*Herring v. Cloberry*, [1842] 1 Ph. 91  
*Holmes v. Baddeley*, [1844] 1 Ph. 476, 14 Law J. Rep. (N.S.) Chanc. 113  
*Kelway v Kelway*, [1580] 21 Eng Rep 47 (Chancery)  
*Lord Ashburton v. Pape*, [1913] 2 Ch. 469  
*Lord Grey's Trial*, [1682] 9 How. St. Tr. 127  
*Lyell v. Kennedy* (1884), 27 Ch. D. 1  
*Minter v. Priest*, [1930] A.C. 558  
*O'Rourke c. Darbishire*, [1920] A.C. 581 (H.L.)  
*R. v. Derby Magistrates' Court*, [1995] 1 4 All E.R. 526  
*R. v. Director of Serious Fraud Office, Ex parte Smith*, [1993] A.C. 1, [1992] 3 All E.R. 456  
*R. v. Lee Kun*, [1916] 1 K.B. 337  
*Sandford v. Remington*, (1793) 30 E.R. 587  
*The Queen v. Cox and Railton* (1884) 14 Q.B. 153

*Waldron v. Ward*, [1654] Style 449, 82 E.R. 853 (Court of King's Bench)

*Wheeler v. Le Marchand* (1881), 17 Ch. D. 675

*Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] U.K.H.L. 1, A.C. 462

#### *Jurisprudence américaine*

*Betts v. Brady*, (1942) 316 U.S. 455

*Boston & M.R.R. v. State*, (1910) 75 N.H. 513, 77 A. 996

*Coffin v. United States*, (1895) 156 U.S. 432

*Coveney v. Tannahill*, (1841) 1 Hill & Den. 33 (N.Y. Sup. Ct.)

*Gideon v. Wainwright*, (1963) 372 U.S. 335

*Hager v. Shindler*, [1865] 29 Cal. 47

*Hickman v. Taylor*, (1947) 329 U.S. 495, 67 S.Ct. 385

*Marceau v. Orange Realty, Inc.*, (1952) 97 N.H. 497, 92 A.2d 656

*Miranda v. Arizona*, (1966) 384 U.S. 436

*O'Toole v. Ohio German Fire Ins. Co.*, (1909) 159 Mich 187, 123 N.W. 795

#### *Autres décisions étrangères*

*B & Ors v. Auckland District Law Society (New Zealand)*, [2003] U.K.P.C. 38

### BIBLIOGRAPHIE

#### *Monographies et ouvrages collectifs*

ALBERTA LAW REFORM INSTITUTE, *Alberta Rules of Court Project. Document Discovery and Examination for Discovery: Consultation Memorandum No. 12.2*, Edmonton, octobre 2002

ASSEMBLEE NATIONALE DU QUEBEC, *Journal des débats. Commissions parlementaires, Commission permanente des institutions, 2<sup>e</sup> sess., 36<sup>e</sup> légis., 2 octobre 2001, « Étude détaillée du projet de loi n<sup>o</sup> 180 »*

AUBURN, J., *Legal Professional Privilege: Law & Theory*, Hart, 2000

AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS (AMF), *Sonnez l'alarme! Programme de dénonciation. Aidez-nous à vous protéger, en ligne* : <[lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/grand\\_public/publications/consommateurs/assistance-plainte-indemnisation/depliant-programme-denonciation-2017\\_fr.pdf](http://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/grand_public/publications/consommateurs/assistance-plainte-indemnisation/depliant-programme-denonciation-2017_fr.pdf)>

BAUDOUIN, J.-L., *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve. Étude de droit québécois comparé au droit français et à la common law*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965

BENTHAM, J., *Rationale of Judicial Evidence*, book IX « On Exclusion of Evidence » (1827), en ligne : <[oll.libertyfund.org/titles/bentham-the-works-of-jeremy-bentham-vol-7-rationale-of-judicial-evidence-part-2](http://oll.libertyfund.org/titles/bentham-the-works-of-jeremy-bentham-vol-7-rationale-of-judicial-evidence-part-2)>

BERGER, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, vol. 43, Philadelphia, American Philosophical Society, 1991

BIDJERANO, M., *Complexifying collaboration*, papier de présentation préparé pour la 105<sup>e</sup> conférence annuelle de l'American Political Science Association, Toronto, 3-6 septembre 2009, en ligne : <[ssrn.com/abstract=1451647](http://ssrn.com/abstract=1451647)>

BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, vol. 2, J.B. Lippincott, Philadelphia, 1893

BONCENNE, P., *Théorie de la procédure civile*, t. 4, Paris/Poitiers, Videcoq/Saurin Frères, 1839

BOURDIEU, P., *Sociologie générale. Volume 1, Cours au Collège de France (1981-1983)*, coll. « Cours et travaux » Paris, Raisons d'agir / Seuil, 2015

BRAND, P., *The Origins of the English Legal Profession*, Oxford, Blackwell, 1992

BRUN, H., G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., Yvon Blais, 2014

BRYSON, W.H., *Cases Concerning Equity and the Courts of Equity 1550-1660*, vol. I, Londres, Selden Society, 2001

BUREAU DU CORONER DU QUEBEC, *Rapport d'enquête publique du Coroner sur les causes et les circonstances du décès de Daniel Beauchamp...*, Sainte-Foy, Le Bureau, 1998

BUREAU DU CORONER DU QUEBEC (Jacques BERUBE), *Rapport d'enquête publique sur les causes et les circonstances des décès de Françoise Lirette, Loren Gaumont-Lirette, René Gaumont, survenus à Baie-Comeau, le 9 septembre 1996*, Gouvernement du Québec, 1997

CARDINAL, A., *Quelques aspects modernes du secret professionnel de l'avocat*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1983

CARNOT, J.-F. C., *Commentaire sur le Code pénal*, t. I, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Nêve, 1836

CARNOT, J.-F. C., *Commentaire sur le Code pénal contenant la manière d'en faire une juste application, l'indication des améliorations dont il est susceptible, et des dissertations sur les questions les plus importantes qui peuvent s'y rattacher*, t. II, Paris, Warée & Warée, 1824

CHAMBERLAND, L. (dir.), *Le grand collectif : Code de procédure civile. Commentaires et annotations*, vol. 1, Montréal, Yvon Blais, 2015

*Commentaires de la ministre de la Justice. Code de procédure civile, chapitre C-25.01*, SOQUIJ / Wilson & Lafleur, 2015

COMMISSION D'ACCES A L'INFORMATION DU QUEBEC, *Rétablir l'équilibre*, rapport quinquennal 2016 sur l'application de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, septembre 2016, en ligne : <[www.cai.gouv.qc.ca/documents/CAI\\_RQ\\_2016.pdf](http://www.cai.gouv.qc.ca/documents/CAI_RQ_2016.pdf)>

COMMISSION D'ACCES A L'INFORMATION DU QUEBEC, *Une réforme de l'accès à l'information : le choix de la transparence*, rapport sur la mise en œuvre de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, novembre 2002, en ligne : <[http://www.cai.gouv.qc.ca/documents/CAI\\_RQ\\_2002.pdf](http://www.cai.gouv.qc.ca/documents/CAI_RQ_2002.pdf)>

COMMISSION DE L'ACCES A L'INFORMATION ET DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVEE (présidée par D. CARLTON WILLIAMS), *Public Government for Private People, The Report of the Commission on Freedom of Information and Individual Privacy*, Gouvernement de l'Ontario, 1980

COMMISSION D'ENQUETE SUR LES ACTIONS DES RESPONSABLES CANADIENS RELATIVEMENT A MAHER ARAR (présidée par Dennis R. O'CONNOR), *Rapport sur les événements concernant Maher Arar*, Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, représentée par le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2006, en ligne : <[publications.gc.ca/site/fra/9.633297/publication.html](http://publications.gc.ca/site/fra/9.633297/publication.html)>

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Commentaires sur le projet de loi n° 180 Loi modifiant diverses dispositions législatives eu égard à la divulgation de renseignements confidentiels en vue d'assurer la protection des personnes*, Cat. 2.412.92, septembre 2001, en ligne : <[www.cdpedj.qc.ca/storage/app/media/publications/pl180\\_confidentialite.pdf](http://www.cdpedj.qc.ca/storage/app/media/publications/pl180_confidentialite.pdf)>

COMMISSION D'ETUDE SUR L'ACCES DU CITOYEN A L'INFORMATION GOUVERNEMENTALE ET SUR LA PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS (Présidée par Jean PARE), *Information et liberté*, rapport, gouvernement du Québec, Québec, 1981

DENOIX DE SAINT MARC, R., *L'État*, coll. « Que sais-je? », Presses Universitaires de France, 2016

DUCHARME, L., *L'administration de la preuve*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001

DUPLE, N., *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 7<sup>e</sup> éd. revue et augmentée, Montréal, Wilson & Lafleur, 2018

EASTER, L'honorable W. (président), *Lutte contre le blanchiment d'argent et le financement des activités terroristes : Faire progresser le Canada. Rapport du Comité permanent des finances*, Chambre des Communes, 42<sup>e</sup> légis., 1<sup>ère</sup> sess., novembre 2018, en ligne : <[www.ourcommons.ca/Content/Committee/421/FINA/Reports/RP10170742/finarp24/finarp24-f.pdf](http://www.ourcommons.ca/Content/Committee/421/FINA/Reports/RP10170742/finarp24/finarp24-f.pdf)>

FAVOREU, L., P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, A. PENNA, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI et J. TREMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, 7<sup>e</sup> éd., coll. « Précis », Dalloz, 2015

FEDERATION DES ORDRES PROFESSIONNELS DE JURISTES DU CANADA, *Code type de déontologie professionnelle*, tel que modifié le 19 octobre 2019

FEDERATION DES ORDRES PROFESSIONNELS DE JURISTES DU CANADA, *Observation type ou explications sur les règles de déontologie se rapportant au blanchiment d'argent (dans le contexte des règles sur la malhonnêteté d'un client, un acte de fraude commis par un client, etc.)*

FEDERATION DES ORDRES PROFESSIONNELS DE JURISTES DU CANADA, *Règlement type sur la comptabilité de fiducie*, en ligne : <[flsc.ca/wp-content/uploads/2018/10/R%C3%A8glement-type-sur-la-comptabilit%C3%A9-de-fiducie.pdf](http://flsc.ca/wp-content/uploads/2018/10/R%C3%A8glement-type-sur-la-comptabilit%C3%A9-de-fiducie.pdf)>

FEDERATION DES ORDRES PROFESSIONNELS DE JURISTES DU CANADA, *Règlement type sur les exigences de tenue de registres pour les transactions en espèces*

FEDERATION DES ORDRES PROFESSIONNELS DE JURISTES DU CANADA, *Règlement type sur les exigences d'identification et de vérification de l'identité des clients*, adopté en date du 20 mars 2008 et modifié le 12 décembre 2008

FEDERATION DES ORDRES PROFESSIONNELS DE JURISTES DU CANADA, *Règlement type sur les transactions en espèces*, adopté en date du juillet 2004

FRYDMAN, B. et M. MEYER (dir.), *Chaïm Perelman (1912-2012). De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, coll. « L'Interrogation philosophique », Presses Universitaires de France, 2012

GAGNON-LEROUX, A., *Les programmes de divulgations volontaires au Canada et au Québec : à la recherche de l'équilibre entre attrait et équité*, Collection APFF – Impôt et taxes, 1<sup>er</sup> juin 2022

GARNER, B. A. (dir.), *Black's Law Dictionary*, 11<sup>e</sup> éd., Thomson Reuters, 2019

GERVIER, P., *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, thèse de doctorat, École doctorale de droit de l'Université de Bordeaux, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014

GIESEL, G. M., *Mastering Professional Responsibility*, 2<sup>e</sup> éd., Durham (N.C.), Carolina Academic Press, 2015

GOLTZBERG, S., *Chaïm Perelman. L'argumentation juridique*, coll. « Le Bien commun », Paris, Michalon, 2013

GREAT BRITAIN COURT OF CHANCERY, *Reports or Causes in Chancery [1557-1604]: Collected by Sir George Cary, One of the Masters of the Chancery, Anno 1601. Out of the Labours of William Lambert*, Londres, Stevens & Sons, 1872

GROUPE D'ACTION FINANCIÈRE (GAFI), *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures, Canada. Mutual Evaluation Report*, Paris, 2016, en ligne : <[www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/MER-Canada-2016.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/MER-Canada-2016.pdf)>

GROUPE D'ACTION FINANCIERE (GAFI), *Méthodologie d'évaluation de la conformité technique aux recommandations du GAFI et de l'efficacité des systèmes de LBC/FT*, Paris, février 2013 (mise à jour mars 2016), en ligne : <[www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF-Methodologie-2013.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF-Methodologie-2013.pdf)>

GROUPE D'ACTION FINANCIERE (GAFI), *Recommandations du GAFI – Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération*, Paris, mise à jour octobre 2018, en ligne : <[www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommandations/Recommandations%20du%20GAFI%202012.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommandations/Recommandations%20du%20GAFI%202012.pdf)>

GROUPE DE TRAVAIL SUR LA LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT D'ARGENT ET LE FINANCEMENT DES ACTIVITES TERRORISTES, *Avis à la profession juridique concernant les risques. Avis relatifs aux risques de blanchiment d'argent et de financement d'activités terroristes*, décembre 2019, Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, décembre 2019, en ligne : <[flsc.ca/wp-content/uploads/2020/01/AvisFRV6Fin-1.pdf](http://flsc.ca/wp-content/uploads/2020/01/AvisFRV6Fin-1.pdf)>

GROUPE DE TRAVAIL SUR LA LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT D'ARGENT ET LE FINANCEMENT DES ACTIVITES TERRORISTES, *Lignes directrices sur les obligations de surveillance. Identification et vérification des clients*, Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, 6 juillet 2020, en ligne : <[flsc.ca/wp-content/uploads/2020/07/Lignes-directrices-sur-les-obligations-de-surveillance.pdf](http://flsc.ca/wp-content/uploads/2020/07/Lignes-directrices-sur-les-obligations-de-surveillance.pdf)>

GROUPE DE TRAVAIL SUR LA LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT D'ARGENT ET LE FINANCEMENT DES ACTIVITES TERRORISTES, *Rapport final sur les règlements types*, Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, 1<sup>er</sup> octobre 2018, en ligne : <[flsc.ca/wp-content/uploads/2018/10/Rapport-final-sur-les-r%C3%A8glements-type-1octobre2018.pdf](http://flsc.ca/wp-content/uploads/2018/10/Rapport-final-sur-les-r%C3%A8glements-type-1octobre2018.pdf)>

*Guide du Service des poursuites pénales du Canada*, Sa Majesté la Reine du chef du Canada représentée par le procureur général du Canada, 2014-2020, en ligne : <[www.ppsc-sppc.gc.ca/fra/pub/sfpg-fpsd/sfp-fps/fpd/ch43.html#section43](http://www.ppsc-sppc.gc.ca/fra/pub/sfpg-fpsd/sfp-fps/fpd/ch43.html#section43)>

HALLAYS, A., *Droit romain. Les comices à Rome. Droit français. Le secret professionnel*, thèse de doctorat, Faculté de droit de Paris, Paris, Arthur Rousseau, 1890

HELIS, J., *Quasi-constitutional Laws of Canada*, Irwin Law, 2018

HESS, B. et A. K. HARVEY (dir.), *Open Justice. The Role of Courts in a Democratic Society*, Nomos, 2019, DOI : [doi.org/10.5771/9783845297620-9](https://doi.org/10.5771/9783845297620-9)

HOGG, P. W., *Constitutional Law of Canada*, édition étudiante, Toronto, Thomson Reuters, 2017

HULOT, M., *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, t. III, Metz/Paris, Behmer & Lamort /Rondonneau, 1804

IVES, E. W., *The Common Lawyers of Pre-Reformation England. Thomas Kebell: A Case Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983

JHERING (VON), R., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. 3, Paris, A. Marescq, 1880

JOBIDON, N., *Liability of the Crown: Are Immunities Unnecessary in Québec?*, thèse de doctorat, Ottawa, Faculté des études supérieures et postdoctorales, Université d'Ottawa, 2020

JONES, W. J., *The Elizabethan Court of Chancery*, Oxford, Clarendon Press, 1967

LA FOREST, G.V., *Les commissariats à l'information et à la protection de la vie privée : Fusion et questions connexes*, rapport du conseiller spécial auprès du ministre de la Justice, 15 novembre 2005, en ligne : <[www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/aiprp-atip/ip/rap-rep.pdf](http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/aiprp-atip/ip/rap-rep.pdf)>

LAMOTHE, M., *La renonciation à l'exercice des droits et libertés garantis par les Chartres québécoise et canadienne*, mémoire de maîtrise, Faculté des études supérieures, Université Laval, Québec, 2006

LAMPRON, L.-P., *La hiérarchie des droits. Convictions religieuses et droits fondamentaux au Canada*, coll. « Diversitas », P.I.E. Peter Lang, Bruxelles, 2012

LAW LIBRARY OF CONGRESS, *Miranda Warning Equivalents Abroad*, Federation of American Scientists, mai 2016, en ligne : <<https://fas.org/sgp/eprint/miranda.pdf>>

MARTEL, M. et P. MARTEL, *La compagnie au Québec : Les aspects juridiques*, vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005

MARTYN, S. R. et L. J. FOX, *Traversing the Ethical Minefield. Problems, Law, and Professional Responsibility*, 3<sup>e</sup> éd., New York, Wolters Kluwer, 2013

MCDONALD, A., « Information-access law », *Encyclopedia Britannica*, 6 juin 2013, en ligne : <[www.britannica.com/topic/information-access-law](http://www.britannica.com/topic/information-access-law)>

MERLIN, P. A., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. II, 5<sup>e</sup> éd., Bruxelles, H. Tarlier, 1827

MINISTERE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Principes régissant la relation du Gouvernement du Canada avec les peuples autochtones*, Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2018, en ligne : <[www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/principes.pdf](http://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/principes.pdf)>

MONAHAN, P. J., B. SHAW et P. RYAN, *Constitutional Law*, 5<sup>e</sup> éd., Irwin Law, 2017

MOON, R.J., *The Constitutional Protection of Freedom of Expression*, 2<sup>e</sup> éd., University of Toronto Press, 2000

MORANGE, J., *Les libertés publiques*, 8<sup>e</sup> éd., coll. « Que sais je? », Paris, P.U.F., 2007

MUTEAU, C., *Du secret professionnel, de son étendue et de la responsabilité qu'il entraîne d'après la loi et la jurisprudence. Traité théorique et pratique à l'usage des avocats, avoués, notaires, ministres du culte, médecins pharmaciens, sages-femmes et de toutes autres personnes dépositaires, par état de profession, des secrets qu'on leur confie*, Paris, Maresq Aîné, 1879

MUTEAU, C.F.T., *Du secret professionnel, de son étendue et de la responsabilité qu'il entraîne d'après la loi et la jurisprudence. Traité théorique et pratique à l'usage des avocats, avoués, notaires, ministres du culte, médecins, pharmaciens, sages-femmes et de toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie*, Paris, Maresq, 1870

OBERDOFF, H., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 6<sup>e</sup> éd., coll. « Manuels », Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2017

OCDE, *Manuel de sensibilisation au blanchiment de capitaux et au financement du terrorisme à l'intention des contrôleurs des impôts*, OCDE, Paris, 2019, en ligne : <[www.oecd.org/fr/fiscalite/delits/manuel-sensibilisation-blanchiment-capitaux-et-financement-terrorisme-a-intention-controleurs-impots.pdf](http://www.oecd.org/fr/fiscalite/delits/manuel-sensibilisation-blanchiment-capitaux-et-financement-terrorisme-a-intention-controleurs-impots.pdf)>

ORDRE DES COMPTABLES PROFESSIONNELS AGREES DU QUEBEC (CPA), *Mémoire présenté à la Commission des finances publiques dans le cadre des consultations particulières et des auditions publiques sur le projet de loi n° 141 – Loi visant principalement à améliorer l'encadrement du secteur financier, la protection des dépôts d'argent et le régime de fonctionnement des institutions financières*, 17 janvier 2018, en ligne : <[cpaquebec.ca/-/media/docs/salle-de-presse/memoires/2018-01-17-memoire-projet-de-loi-141.pdf](http://cpaquebec.ca/-/media/docs/salle-de-presse/memoires/2018-01-17-memoire-projet-de-loi-141.pdf)>

PACIOCCO, D. M. et L. STUESSER, *The Law of Evidence*, 6<sup>e</sup> éd, Toronto, Irwin Law, 2011

PERELMAN, C. et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'Argumentation. La nouvelle rhétorique*, coll. « Logos », Paris, L.U.F., 1958

*Phipson on Evidence*, 19<sup>e</sup> éd., Sweet & Maxwell, 2020

PLATON, S., *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels dans l'ordre juridique français*, coll. « Thèses », Institut universitaire Varenne, 2008

QUEBEC, ASSEMBLEE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 1<sup>ère</sup> sess., 40<sup>e</sup> légis., 12 novembre 2013

RIVERO, J. et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, 9<sup>e</sup> éd., t. 1, coll. « Thémis », Paris, P.U.F, 2003

SOPINKA, J., S. N. LEDERMAN, A. W. BRYANT et M. K. FUERST, *The Law of Evidence in Canada*, 5<sup>e</sup> éd, LexisNexis, 2018

STEWART, H., *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Irwin Law, 2019

TEUBNER, G., *Le Droit. Un système autopoïétique*, coll. « Les voies du droit », Paris, P.U.F., 1993

TUCKER, P., *Law Courts and Lawyers in the City of London 1300-1550*, Cambridge University Press, 2007

WIGMORE, J. H. et J. T. MCNAUGHTON, *Evidence in trials at common law*, vol. VIII, Boston, Little Brown, 1961

WOOLLEY, A., *Understanding Lawyers' Ethics in Canada*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, LexisNexis, 2016



YALE, D. E. C., *Lord Nottingham's 'Manual of Chancery Practice' and 'Prolegomena of Chancery and Equity'*, Cambridge University Press, 1965

*Articles de revue et études d'ouvrages collectifs*

ALLAN, T. R. S., « Privilege and Confidentiality: Secondary Evidence and Third Parties », (1987) *Cambridge Law J.* 43

AMARILES, D. R., « Legal indicators, global law and légal pluralism: an introduction », (2015) 47-1 *Journal Legal Pluralism & Unofficial Law* 9, DOI : 10.1080/07329113.2015.1046739

ARCHIBALD, B. P., « The Canadian Hearsay Revolution: Is Half a Loaf Better Than No Loaf at All? », (1999-2000) 25 *Queen's L.J.* 1

BAUDOIN, J.-L., « Le secret professionnel en droit québécois et canadien », (1974) 5-1 *R.G.D.* 7

BAUMANN, E. C. et C. E. HILL, « Client concealment and disclosure of secrets in outpatient psychotherapy », (2016) 29-1 *Counselling Psychology Quarterly* 53, DOI : 10.1080/09515070.2015.1023698

BEAUDIN, G. et S. FILLION, « Les frontières entre la vie privée et la vie professionnelle : revue jurisprudentielle », (2013) 54-2 *C. de D.* 255

BERGERON, G., « L'interprétation en milieu judiciaire », (2002) 47-2 *Meta* 225

BERIAULT, Y. et M. RENAUD, « Divulgence volontaire au Directeur : confidentialité et privilège », (1993) 38-3 *R.D. McGill* 778

BERNARD, G., « Sur la crise "postmoderne" de la légitimation et la confusion des raisons », (2011) 45:1 *Cités* 87

BERNATCHEZ, S., « La signification du droit à la liberté d'expression au crépuscule de l'idéal », (2012) 53-4 *C. de D.* 687

BERNHEIM, E., et R.-A. LANIEL, « Le droit à l'avocat, une histoire d'argent », (2015) 93 *R. du B. can.* 251

BIRNBAUM, R., N. BALA et L. BERTRAND, « The Rise of Self-Representation in Canada's Family Courts: The Complex Picture Revealed in Surveys of Judges, Lawyers and Litigants », (2012) 91 *R. du B. can.* 67

BIRON, J. et S. ROUSSEAU, « "Whistleblowing", divulgation, dénonciation... vers une meilleure surveillance des sociétés? », (2012) 91 *R. du B. can.* 657

BLOOM, Jr., L. H., « The Law Office Search: An Emerging Problem and Some Suggested Solutions », (1980) 69 *Geo. L.J.* 1

BOSSET, P. et M. COUTU, « Acte fondateur ou loi ordinaire ? Le statut de la *Charte des droits et libertés de la personne* dans l'ordre juridique québécois », (2015) *R.Q.D.I.* 37

BOWAL, P. et L. BOLAND, « Crowning Glory: Liability in Negligence of Public Authorities Revisited », (1994) 24 *R.D.U.S.* 435

BRAITHWAITE, J., « The Regulatory State? », dans R. E. GOODIN, *The Oxford Handbook of Political Science*, 2011, DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199604456.013.0011

BROMWICH, R., « (Where is) the Tipping Point for Governmental Regulation of Canadian Lawyers? Perhaps it is in Paradise: Critically Assessing Regulation of Lawyer Involvement with Money Laundering After *Canada (Attorney General) v Federation of Law Societies of Canada* », (2018) 41-4 *Man. L.J.* 1

BRUNELLE, C. et M. SAMSON, « L'exclusion de la preuve obtenue en violation du droit à la vie privée des salariés : à chacun sa vérité? », (2013) 54-2/3 *C. de D.* 223

CAMERON, J., « From the MVR to Chaoulli v. Quebec: The Road Not Taken and the Future of Section 7 », (2006) 34 *S.C.L.R.* (2<sup>e</sup>) 105

CARDINAL, A., « Les communications privilégiées avocat-client », (1981) 59 *R. du B. can.* 652

CARON, S.C., E. NEELIN et M.-N. ROCHON, « Procédure civile – Communications entre avocats et experts : le privilège relatif au litige et les devoirs des experts », (2015) 74 *R. du B.* 557

CHESNIN, H. et G. C. HAZARD, Jr., « Chancery Procedure and the Seventh Amendment: Jury Trial of Issues in Equity Cases before 1791 », (1974) 83-5 *Yale Law J.* 999. DOI : 10.2307/795379

CHEVRETTE, F., « La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : le dit et le non-dit », (1987) 1 *R.J.T.* 461

CHEVRETTE, F., « Quasi-constitutionnalité ascendante et quasi-constitutionnalité descendante : réflexions sur deux “inventions” juridiques canadiennes », dans B. LEFEBVRE (dir.) avec la collaboration de S. BERTHOLD, *Mélanges Roger Comtois*, Montréal, Thémis, 2007, p. 165

CHOO, A. L.-T., « The Abuse of Process Doctrine and Criminal Justice », dans A. L.-T. CHOO, *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2008, p. 1, DOI : 10.1093/acprof:oso/9780199280834.003.0001

CHROUST, A.-H., « Legal Profession during the Middle Ages: The Emergence of the English Lawyer Prior to 1400 XVIII », (1957) 32 *Notre Dame Law Rev.* 268

COLEMAN, C. T., « Origin and Development of Trial by Jury », (1919) 6-2 *Va Law Rev.* 77

COMMERÇONS, M.-N. et F. XAVIER, *Le secret professionnel de l'avocat*, Concours 2006 Promotion de l'Éthique professionnelle, 29 mai 2006

COTNAM, G., « Chapitre 2 : L'expertise commune : un changement culturel », dans I. HUDON et G. COTNAM (dir.), *LégisPratique : L'expertise*, Montréal, 2016

COUGHLAN, S., « Threading Together Abuse of Process and Exclusion of Evidence: How it Became Possible to Rebuke Mr. Big », (2015) 71 *S.C. Law Rev.* (2<sup>e</sup>) 415

CRAIG, J. D. R., « Guilty Plea Revocation, Constitutional Waiver, and the Charter: “A Guilty Plea Is Not A Trap” », (1997) 20-1 *Dalhousie L.J.* 161

CRAMER, B., « The trouble with Wigmore: A new approach to implied waiver of solicitor-client privilege », (2019) 52-1 *U.B.C. L.R.*

CRETE, R. et M.-H. DUFOUR, « L’exploitation des personnes âgées : pour un élargissement des dérogations au secret professionnel », (2016) 46 *R.G.D.* 397, DOI : doi.org/10.7202/1036167ar

CROOK, J., « Patria Potestas », (1967) 17-1 *The Classical Quarterly* 113

DABHOLWALA, F., « The Construction of Honour, Reputation and Status in Late Seventeenth- and Early Eighteenth-Century England », (1996) 6 *Transactions Royal Historical Society* 201

D’ARRIPE, A., A. OBOEUF et C. ROUTIER, « L’approche inductive : cinq facteurs propices à son émergence », (2014) 1-1 *Approches inductives* 96

DEMUTH, C., « Can the Administrative State be Tamed? », (2016) 8-1 *J. Legal Analysis* 121, DOI : doi.org/10.1093/jla/law003

DODEK, A.M., *Constitutional Hierarchy : Solicitor-Client Privilege as Super-Constitutional Right*, 2003, DOI : dx.doi.org/10.2139/ssrn.1548078

DUCHARME, L., « La proclamation de l’existence en droit québécois de la règle de common law de l’engagement implicite de confidentialité : *Lac d’amiante*, une décision erronée », (2000) 79-3 *R.B. can.* 435

DUCHARME, L., « Le secret médical et l’article 9 de la Charte des droits et libertés de la personne », (1984) 44 *R. du B.* 955

DUFRAIMONT, L., « Realizing the Potential of the Principled Approach to Evidence », (2013) 39-1 *Queen’s L.J.* 11

DU PONT, G. et F. ARSENAULT, « Le privilège avocat-client de Revenu Canada et le droit des contribuables à une défense portant une divulgation pleine et entière. *Pratt & Whitney Canada Inc. c. La Reine* », Collection APFF – Impôt et taxes, vol. 19, no 4, 1<sup>er</sup> avril 1997

DUSSAULT, R., « L’État et les citoyens : une relation de confiance à renforcer », (2006) 36-4 *R.G.D.* 579

DUSSAULT, Y. D., « Divulguer des renseignements confidentiels en vue de protéger des personnes » dans CONFERENCE DES JURISTES DE L’ÉTAT, *Actes de la XVI<sup>e</sup> Conférence des juristes de l’État*, Cowansville, Yvon Blais, 2004, 141

DUSSAULT, Y. D., « Portée de la décision *Laroche* », dans *Actes de la XVI<sup>e</sup> conférence des juristes de l’État*, 2004, p. 163, en ligne : <www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/wp-content/uploads/atelier2-porteedeladecisionlaroche.pdf>

ENKER, A. N., « The Rationale of the Rule That Forbids a Lawyer to Be Advocate and Witness in the Same Case », (1977) 2-2 *American Bar Foundation Research J.* 455

EPSTEIN, R. A., « Why the Modern Administrative State Is Inconsistent with the Rule of Law », (2008) 3 *New York University J Law & Liberty* 491

FAVOREU, L., « L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires », *R.F.D.C.* 1990.581

FIEVET, R., « L'ambivalence de l'honneur dans l'Angleterre de la fin du Moyen Âge : une force compétitive ou modératrice? », (2016) 70 *Médiévales* 215, DOI : 10.4000/medievales.7726

FOURNIER, J., « Les privilèges en droit de la preuve : un nécessaire retour aux sources », (2019) 53 *R.J.T.U.M.* 461

FRANKLIN, B., « Letter from Benjamin Franklin to Benjamin Vaughan (14 March, 1785) », dans *The Works of Benjamin Franklin*, vol. XI « Letters & Misc. Writings 1784-1788 », 1904, en ligne : <[oll.libertyfund.org/title/franklin-the-works-of-benjamin-franklin-vol-xi-letters-and-misc-writings-1784-1788](http://oll.libertyfund.org/title/franklin-the-works-of-benjamin-franklin-vol-xi-letters-and-misc-writings-1784-1788)>

FRYDMAN, B., LEWKOWICZ, G. et A. VAN WAEYERBERGE, « De la recherche à l'enseignement du droit global », dans P. ANCELET et L. HEUSCHLING (dir.), *La transnationalisation de l'enseignement du droit*, coll. « Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université de Luxembourg », Bruxelles, Larcier, 2016, p. 241

GOMERY, S. et C. BOUZANE, « When Can a Litigant Call an Expert Retained by an Opposing Party as a Witness? », papier préparé à l'occasion de l'*Annual CCLA Litigation Conference*, Mont-Tremblant, 15 novembre 2019

GORDON, M. D., « The Invention of a Common Law Crime: Perjury and the Elizabethan Courts », (1980) 24-2 *American J. Leg. History* 145

GOUVERNEMENT DU CANADA, *Avis de mise en œuvre de la protection des renseignements personnels 2020-03 : protection des renseignements personnels lors de la diffusion de renseignements à propos d'un petit nombre de personnes*, 2020, en ligne : <[www.canada.ca/fr/secretariat-conseil-tresor/services/acces-information-protection-reseignements-personnels/avis-mise-acces-information-protection-reseignements-personnels/2020-03-protection-reseignements-personnels-diffusion-reseignements-propos-petit-nombre-personnes.html](http://www.canada.ca/fr/secretariat-conseil-tresor/services/acces-information-protection-reseignements-personnels/avis-mise-acces-information-protection-reseignements-personnels/2020-03-protection-reseignements-personnels-diffusion-reseignements-propos-petit-nombre-personnes.html)>

GRAMMOND, S., « La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt *Sparrow* », (1991) *R.D. McGill* 1382

GRIFFIN, L. K., « Silence, Confessions, and the New Accuracy Imperative », (2016) 65 *Duke Law J.* 697

GURFEIN, P., « The Assault on the Citadel of Privilege Proceeds Apace: The Unreasonableness of Law Office Searches », (1981) 49:5 *Fordham L. Rev.* 708

HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, « Developments in the Law: Privileged Communications », (1985) 98-7 *Harvard Law Rev.* 1450

- HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, « The Future Crime or Tort Exception to Communications Privileges », (1964) 77-4 *Harvard Law Rev.* 730
- HASAN, N. R., « Three Theories of “Principles of Fundamental Justice” », (2013) 63 *S.C. Law Rev.* (2<sup>e</sup>) 339
- HAZARD, G. C., Jr., « An Historical Perspective on the Attorney-Client Privilege », (1978) 66 *Cal. Law Rev.* 1061
- HILL, C. E., B. J. THOMPSON, M. C. COGAR et D. W. DENMAN, « Beneath the surface of long-term therapy: Therapist and client report of their own and each other’s covert processes », (1993) 40 *J. Counseling Psychology* 278, DOI : 10.1037/0022-0167.40.3.278
- HO, H. L., « History and Judicial Theories of Legal Professional Privilege », (1995) *Singapore J. Leg. Studies* 558
- HOGG, P. W., « The Charter Revolution: Is It Undemocratic? », (2002) 12-1 *Constitutional Forum* 1
- JACKMAN, M., « The Protection of Welfare Rights Under the Charter », (1988) 20 *Ottawa L. Rev.* 257
- JOHNSON, E., « Patriarchal Power in the Roman Republic: Ideologies and Realities of the Paterfamilias », (2006-07) 5 *Hirundo* 99
- KAIN, B., « Solicitor-Client Privilege and the Conflict of Laws », (2011) 90-2 *R. du B. can.* 243
- KASTLING, R. A., « Recent Developments in the Canadian Law of Solicitor-Client Privilege », (1978) 24-1 *R.D. McGill* 115
- KELLY, A. E., « Clients’ secret keeping in outpatient therapy », (1998) 45-1 *J. Counseling Psychology* 50, DOI : 10.1037/0022-0167.45.1.50
- KELLY, A. E. et K.-H. YUAN, « Clients’ secret keeping and the working alliance in adult outpatient therapy », (2009) 46-2 *Psychotherapy: Theory, Research, Practice, Training* 193, DOI : 10.1037/a0016084
- KELLY, H. Ansgar, « The Right to Remain Silent: Before and After Joan of Arc », (1993) 68-4 *Speculum* 992
- KJAER, P. F. et A. VETTERLEIN, « Regulatory governance: rules, resistance and responsibility », (2018) 24-5 *Contemporary Politics* 497, DOI : 10.1080/13569775.2018.1452527
- KOSTI, N., D, LEVI-FOUR et G. MOR, « Legislation and regulation: three analytical distinctions », (2019) 7-3 *Theory & Practice Legis.* 169, DOI : 10.1080/20508840.2019.1736369
- LAFONTAINE, A., « La coexistence de l’obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l’autonomie gouvernementale des peuples autochtones », (1995) 36-3 *C. de D.* 669

LANGBEIN, J. H., « The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law », (1993-94) 92 *Mich. Law Rev.* 1047

LANGLOIS, R., « Les clauses limitatives des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés et le fardeau de la preuve », dans D. TURP et G. A. BEAUDOIN (dir.), *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, p. 159

LAUZON, B., « Le secret professionnel empêche-t-il l'État d'obtenir des renseignements? », dans *XVI<sup>e</sup> Conférence des juristes de l'État*, 2004, p. 107, en ligne : <[www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/files/documents/81/d2/lesecretprofessionnelempeche-t-illetatdobtenirirdesrenseignements.pdf](http://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/files/documents/81/d2/lesecretprofessionnelempeche-t-illetatdobtenirirdesrenseignements.pdf)>

LAWSON, G., « The Rise and Rise of the Administrative State », (1994) 107-6 *Harvard Law Rev.* 123, DOI : <[doi.org/10.2307/1341842](https://doi.org/10.2307/1341842)>

LEVY, L.W., « The Right Against Self-Incrimination: History and Judicial History », (1969) 84-1 *Political Science Quarterly* 1

LEWKOWICZ, G. et A. VAN WAEYENBERGE, « L'École de Bruxelles : origines, méthodes et chantiers », dans G. AZZARIA (dir.), *Les nouveaux chantiers de la doctrine juridique : actes des 4<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> Journées d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques*, Montréal, Yvon Blais, 2016, p. 355

LUHMANN, N., « Le droit comme système social », (1989) 11-12 *Droit & Société* 53

LUNDAVIK, Hon. U., « The Public Access to Official Documents in Sweden: The Rules and Their Consequences », (1983) 10-1 *Government Publications Rev.*3, DOI : [doi.org/10.1016/0277-9390\(83\)90022-5](https://doi.org/10.1016/0277-9390(83)90022-5)

MACDONNELL, V., « A Theory of Quasi-Constitutional Legislation », (2016) 53-2 *Osgoode Hall L.J.* 508

MACFARLANE, J., *The National Self-Represented Litigants Project: Identifying and Meeting the Needs of Self-Represented Litigants*, rapport final, mai 2013, en ligne : <<https://representingyourselfcanada.com/wp-content/uploads/2016/09/srlreportfinal.pdf>>

MACNAIR, M. R. T., « The Early Development of the Privilege against Self-Incrimination », (1990) 10-1 *Oxford J. Legal Studies* 66

MAHMUD, J., « The Constitutionalization of Solicitor-Client Privilege », (2003) 20 *S.C. Law Rev.* (2<sup>e</sup>) 213

MAJONE, G., « From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance », (1997) 17-2 *J. Public Policy* 139

MASSIS, T., « La transparence et le secret », (2001) 394 *Études* 751

MCNEIL, K., « Fiduciary Obligations and Aboriginal Peoples », dans J. B. BERRYMAN, M.R. GILLEN et F. WOODMAN (dir.), *The Law of Trusts: A Contextual Approach*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Emond Montgomery, 2008, 907

- MENDELSON, D., « The Duchess of Kingston's Case, the ruling of Lord Mansfield and duty of medical confidentiality in court », (2012) 35 *Int'l J. Law & Psychiatry* 480
- MILLAIRE, K., « Les droits et libertés fondamentaux susceptibles de renonciation : une approche à repenser », (2019) 60-4 *C. de D.* 991
- MILLEN, R., « The independence of the Bar: an unwritten constitutional principle », (2005) 84-1 *R. du B. can.* 107
- MOCKLE, D., « Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », (2002) 43-2 *C. de D.* 143
- MONAHAN, P. J., « L'indépendance du barreau en tant que principe constitutionnel au Canada », dans BARREAU DU HAUT-CANADA (dir.), *Dans l'intérêt public : rapport et articles du groupe d'étude du barreau du Haut-Canada sur la règle de droit et l'indépendance du barreau*, Toronto, Irwin Law, 2007, p. 127
- MORANGE, J., « Les limites de la liberté », dans F. MELIN-SOUCRAMANIEN et F. MELLERAY (dir.), *Le professeur Jean Rivero ou la liberté en action*, Paris, Dalloz, 2012, p. 75
- MORGAN, J., « The Self-Represented Litigants' Challenge: A Case Study », (2018) 43-1 *Alternative Law J.* 48, DOI : 10.1177/1037969X17748376
- MORISSETTE, Y.-M. et D. W. SHUMAN, « Le secret professionnel au Québec : une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve », (1984) 25 *C. de D.* 501
- MOSCHZISKER (VON), R., « The Historic Origin of Trial by Jury. III », (1922) 70-3 *U. Penn. Law Rev. & American Law Register* 159
- MOYSE, P.-E., « L'abus de droit : l'anténorme – Partie I », (2012) 57-4 *R.D. McGill* 859
- MOYSE, P.-E., « L'abus de droit; l'anténorme – Partie II », (2012) 58-1 *R.D. McGill* 1
- MURYNKA, D., « Give Me One Good Reason: The 'Principled Approach' in the Canadian Judicial Opinion », (2015) 40-2 *Queen's L.J.* 609
- NOONAN, J. T., « The Lawyer Who Overidentifies with His Client », (2001) 76 *Notre Dame L. Rev.* 825
- O'REILLY, G. W., « England Limits the Right to Silence and Moves Towards an Inquisitorial System of Justice », (1994) 85-2 *J. Criminal Law & Criminology* 402
- OSBOROUGH, N., « The Demise of the State's Immunity in Tort », (1973) 8-2 *Irish Jurist* 275, en ligne : <[www.jstor.org/stable/44027900](http://www.jstor.org/stable/44027900)>
- OTIS, G., « L'autonomie personnelle au cœur des droits ancestraux : *sub qua lege vivis?* », (2008) 15-1 *Lex Electronica* 525
- PACIOCCO, D. M., « Competing Constitutional Rights in an Age of Deference: A Bad Time to Be Accused », (2001) 14 *S.C. Law Rev.* (2<sup>e</sup>) 111

- PACIOCCO, D. M., « The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept », (1991) 15 *Crim. L.J.* 315
- PACIOCCO, D. M., « When Open Courts Meet Closed Government », (2005) 29 *S.C. Law Rev.* (2<sup>e</sup>) 385
- PENINGTON, K., « Innocent Until Proven Guilty: The Origins of a Legal Maxim », (2003) 63 *The Jurist* 106
- PENNEY, S., « Entrapment Minimalism: Shedding the “No Reasonable Suspicion or Bona Fide Inquiry” Test », (2019) 44-2 *Queen’s L.J.* 356
- PERREAULT, C., K. BOURGEOIS et J. BOUHILLIER, « L’accès à l’information des administrateurs et des actionnaires du Québec », dans SERVICE DE LA FORMATION CONTINUE DU BARREAU DU QUEBEC, vol. 231, *Développements récents sur les abus de droit*, Cowansville, Yvon Blais, 2005, p. 199
- PICARD, D. et M. EDMOND, « La notion de conflit », dans D. PICARD (dir.), *Les conflits relationnels*, Paris, Presses universitaires de France, 2015
- PICHE, C., « Définir, prévenir et sanctionner le conflit d’intérêts », (2013) 47 *R.J.T.U.M.* 497
- PICHE, C. et S. CHAFFAI-PARENT, « Chapitre 1 : Le rôle de l’expert », dans I. HUDON et G. COTNAM (dir.), *LégisPratique : L’expertise*, Montréal, LexisNexis, 2016
- PIKE, R. S., « The English Law of Legal Professional Privilege: A Guide for American Attorneys », (2006) 4-1 *Loyola U. Chicago Int’l Law Rev.* 51
- POLLOCK, L. A., « Honor, Gender, and Reconciliation in Elite Culture, 1570–1700 », (2007) 46-1 *J. Brit. Studies* 3
- POUND, R., « Legal Profession in England from the End of the Middle Ages to the Nineteenth Century », (1944) 19 *Notre Dame L. Rev.* 315
- RACKOW, F., « The Right to Counsel: English and American Precedents », (1954) 11-1 *William & Mary Quarterly* 3
- RADIN, M., « The Privilege of Confidential Communication Between Lawyer and Client », (1928) 16 *Cal. Law Rev.* 487
- RIOUX, N., « La crise des surdoses d’opioïdes au Canada : Quand la décriminalisation des drogues devient une question de droit à la vie », (2021) 99-2 *R. du B. can.* 1
- ROBERGE, D. E., « Chronique – Le nouveau Code de procédure civile et l’expertise », *Repères* (janvier 2018), EYB2018REP2398
- ROBITAILLE, D., « La pensée holistique de Jacques-Yvan Morin : la nécessaire justiciabilité des droits socioéconomiques comme fondement de la démocratie libérale », (2015) *R.Q.D.I.* 81



- ROSE, J., « The Legal Profession in Medieval England: A History of Regulation », (1998) 48 *Syracuse Law Rev.* 1
- ROURE, S., « L'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires : une judiciarisation du débat public », (2006) 4-68 *Revue française de droit constitutionnel* 737, DOI : <doi.org/10.3917/rfdc.068.0737>
- ROUSSEAU, S., « L'alerte éthique ("whistleblowing") : un instrument au service de la conformité? », (2016) 50 *R.J.T.U.M.* 571
- RUHL, J. B., « The Arrow of the Law in Modern Administrative States: Using Complexity Theory to Reveal the Diminishing Returns and Increasing Risks the Burgeoning of Law Poses to Society », (1997) 30 *U. Cal. Davis Law Rev.* 405
- SALLER, R., « *Patria potestas* and the stereotype of the Roman family », (1986) 1-1 *Continuity & Change* 7
- SALYZYN, A., « Another One Bites the Dust! Bolstered Law Offices and a Blocked Taxman in Chambre des notaires du Québec », (2017) 81 *S.C. Law Rev.* (2<sup>e</sup>) 173
- SISK, G. C., « Official Wrongdoing and the Civil Liability of the Federal Government and Officers », (2011) 8-3 *U. St. Thomas L.J.* 295
- SLOOT (VAN DER), B., « Do Groups Have a Right to Protect Their Group Interest in Privacy and Should They? Peeling the Onion of Rights and Interests Protected Under Article 8 ECHR », dans L. TAYLOR, L. FLORIDI et B. VAN DER SLOOT (dir.), *Group Privacy. New Challenges of Data Technologies*, s. « Philosophical Studies », vol. 126, Springer, 2017, p. 197
- STEWART, H., « Justice Frank Iacobucci and the Revolution in the common law of evidence », (2007) 57-2 *U. Toronto L.J.* 479
- SYLVESTRE, M.-È., « The Redistributive Potential of Section 7 of the Charter: Incorporating Socio-economic Context in Criminal Law and in the Adjudication of Rights », (2011) *Ottawa L. Rev.* 389
- TAPPER, C., « Privilege and Confidence », (1972) 35-1 *The Modern Law Rev.* 83
- TETRAULT, M., « Le secret professionnel et son incidence en droit familial, le dernier des Mohicans ? Une revue de la jurisprudence récente », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec*, Montréal, 2005, p. 143
- TREMBLAY, J.-F., « L'autonomie gouvernementale autochtone, le droit et le politique, ou la difficulté d'établir des normes en la matière », (2000) 19-2/3 *Politique & Sociétés* 133
- TURMEL, J., « Le secret professionnel de l'avocat(e) en cas de danger », dans SERVICE DE LA FORMATION CONTINUE DU BARREAU DU QUEBEC, vol. 351, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire*, Cowansville, Yvon Blais, 2012, p. 5
- VALLIERES, N., « Le secret professionnel inscrit dans la Charte des droits et libertés de la personne du Québec », (1985) 26 *C. de D.* 1019

VANDE ZANDE, D. L., « Coercive Power and the Demise of the Star Chamber », (2008-10) 50-3 *American J. Legal History* 326

WARREN, S. D. et L. D. BRANDEIS, « The Right to Privacy » (1890) 4-5 *Harvard Law Rev.* 193

WATSON, G. D. et F. AU, « Solicitor-client privilege and litigation privilege in civil litigation », (1998) 77-3 *R. du B. can.* 315

YOUNG, M., « The Other Section 7 », (2013) 62 *S.C. Law Rev.* (2<sup>e</sup>) 3