

Le privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client

Défis pour le XXI^e siècle

Professeur Adam Dodek, B.A., J.D., LL.M.
Université d'Ottawa

Document de travail pour l'Association du Barreau canadien
Février 2011

Le privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client

Défis pour le XXI^e siècle

**Professeur Adam Dodek, B.A., J.D., LL.M., Université d'Ottawa
Document de travail pour l'Association du Barreau canadien**

Février 2011

Auteur : Professeur Adam Dodek, B.A., J.D., LL.M., Université d'Ottawa

Personne-ressource : Tamra L. Thomson, directrice, Législation et réforme du droit

Production : Louise Brunet-Hermus

Remerciements

Ce projet n'aurait pas pu être mené à bien sans l'apport de plusieurs étudiants exceptionnels au programme de J.D. de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Niklas Holmberg et Jarrod Olson ont été les chercheurs principaux dans ce projet, consacrant tout leur été aux questions entourant le secret professionnel de l'avocat. Lars Brusven, Flora Stikker et Katelyn Wiley ont aussi contribué à ce projet. Bon nombre des questions abordées dans ce document découlent de discussions que j'ai eues avec la Pre Alice Woolley de l'Université de Calgary depuis quelques années. Je lui suis profondément reconnaissant de toute l'aide qu'elle m'a apportée.

Adam Dodek

ISBN 978-1-897086-94-0

© L'Association du Barreau canadien
865, avenue Carling, bureau 500, Ottawa (Ontario) K1S 5S8
613-237-2925
www.cba.org

Février 2011

Ce document de discussion a été préparé par le Professeur Adam Dodek pour l'Association du Barreau canadien (ABC). Il n'a pas été approuvé à titre de politique officielle de l'ABC.

La version originale de ce document a été publiée en anglais, sous le titre « Solicitor-Client Privilege in Canada: Challenges for the 21st Century »

TABLE DES MATIÈRES

Le privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client

Défis pour le XXI^e siècle
par le Professeur Adam Dodek

Sommaire exécutif	iii
I. Introduction : Le privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client est-il menacé ou plus puissant que jamais?	1
II. L'ABC et le privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client	3
A. L'ABC et la Cour suprême du Canada	3
B. Les mémoires présentés au gouvernement par l'ABC.....	3
III. L'état du privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client au Canada	6
A. L'évolution du privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client au Canada	6
B. Le privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client et d'autres concepts reliés.....	9
C. Exclusions et exceptions au privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client.....	12
IV. L'état du privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client sur le plan international	17
A. Les États-Unis : Le privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client menacé	17
B. Le Royaume-Uni : La common law et la souveraineté parlementaire.....	20
C. L'Australie : Le critère de l'objet principal et l'influence de la législation	23
D. La Nouvelle-Zélande : L'influence anglaise et le critère législatif.....	25
E. L'Afrique du Sud : Entre la common law et la Constitution	27

F. L'Europe : Une approche fondée sur les droits de la personne et absence de privilège du secret professionnel pour les conseillers juridiques d'entreprises	29
1. Approche fondée sur les droits	29
2. Absence de privilège du secret professionnel pour les conseillers juridiques d'entreprises.....	31
V. Le privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client dans différents contextes particuliers	34
A. Les questions qui se posent dans le contexte de sociétés privées	34
B. Le secteur public	36
C. Le droit administratif et la transparence gouvernementale	41
VI. Défis à relever et occasions à saisir dès maintenant par l'ABC.....	46
A. Le privilège du secret professionnel dans d'autres professions	46
1. Un privilège du technicien juridique ou du parajuriste?	46
2. Les notaires dans les provinces et territoires de common law ..	47
3. Agents de brevets.....	49
4. Comptables fiscalistes.....	50
5. Consultants en immigration.....	52
6. La doctrine québécoise du secret professionnel	53
B. Le professionnalisme et le privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client.....	54
C. Les nouvelles technologies et le privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client.....	55
D. L'évolution de la pratique du droit et le privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client.....	59
VII. Conclusion	62

Sommaire exécutif

L'élaboration du présent document de travail a été entreprise afin de répondre au besoin de faire le point sur l'état du privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client au Canada, compte tenu de développements internationaux et nationaux. Même s'il n'y a pas eu de jugement rendu par un tribunal, de geste posé par un gouvernement, ou d'événement en particulier qui aurait rendu pressant le besoin de cette réflexion, cela ne devrait pas pour autant constituer une invitation à ne pas s'en préoccuper. Dans la protection forte qu'elle accorde au privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client (le « Privilège »), la jurisprudence de la Cour suprême du Canada demeure constante et prévisible. Dans son ensemble, cette jurisprudence rejoue d'ailleurs les positions adoptées par l'Association du Barreau canadien devant cette même Cour. Toutefois, les arrêts de la Cour suprême n'offrent pas un cadre adéquat pour véritablement répondre à la multitude de questions que suscite actuellement et que suscitera vraisemblablement le Privilège. En outre, la perspective canadienne ne concorde pas, en bien des points, avec le traitement réservé au Privilège dans d'autres ressorts de common law. Dans un contexte de plus en plus mondialisé, le temps est maintenant venu d'identifier les sujets de préoccupation qu'occasionne le Privilège au Canada, et d'envisager comment répondre à ces sujets de préoccupation. Voici donc la raison d'être du présent document de travail.

Au cours des trois dernières décennies, le Privilège est passé du rang d'un droit restreint à la protection de certains éléments de preuve dans le cadre de procédures judiciaires, à celui d'un droit quasi constitutionnel. La formulation du principe qui est donnée par Wigmore continue à être celle qui s'impose : *[TRADUCTION]* « Lorsque l'on consulte un conseiller juridique en titre, les communications qui se rapportent à la consultation et que le client a faites en confidence font l'objet, à son instance, d'une protection permanente contre toute divulgation par le client ou le conseiller juridique, sous réserve de la renonciation de cette protection. » Dans une série de jugements rendus entre 1999 et 2002, la Cour suprême a considérablement renforcé le Privilège. La meilleure interprétation du principe est désormais à l'effet que le Privilège est un droit quasi constitutionnel du client de s'entretenir confidentiellement avec son avocat, qui peut être invoqué en toute circonstance.

Le Privilège est relié à d'autres concepts avec lesquels il se confond parfois. Il est donc nécessaire de distinguer le Privilège de l'obligation déontologique de confidentialité, du privilège relatif au litige, du privilège relatif aux co-clients, du privilège d'intérêt commun, de la règle de l'engagement implicite (également appelée la règle de l'engagement présumé ou de la confidentialité des renseignements privilégiés obtenus lors de l'interrogatoire préalable).

La Cour suprême n'a reconnu que deux exceptions au Privilège : celle relative à la sécurité du public et celle relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé. En pratique, il existe une autre catégorie d'exceptions, que l'on appelle souvent « exceptions de l'avocat » ou « exceptions d'autodéfense ». Ces exceptions permettent aux avocats de divulguer des renseignements qui font l'objet du Privilège dans le but de se défendre ou de défendre des collègues face à des accusations de faute professionnelle ou disciplinaire, ou afin de se faire payer pour la prestation de services. La Cour suprême admet également la possibilité d'autres exceptions, par exemple afin de protéger la sécurité nationale. La question de la règle qui prive du Privilège les communications qui servent à la perpétration d'un crime ou d'une fraude est de loin celle qui fluctue le plus. Dans de récentes causes, la Cour s'est montrée prête à étendre la portée de l'exception de manière à ce qu'elle comprenne les communications qui servent à la perpétration d'un délit civil ou à l'inexécution d'un

contrat. Si la portée de l'exception était étendue de manière à ce qu'elle englobe également les situations de crime ou de fraude, les conséquences seraient importantes.

La théorie juridique et la mise en pratique du Privilège sont très différentes dans d'autres ressorts. Dans un contexte juridique mondialisé, les pressions internationales se feront sentir sur le Privilège au Canada; clients et avocats canadiens participeront à des transactions ou à des litiges transnationaux, dans le cadre desquels l'application du Privilège sera différente. En outre, les tribunaux canadiens tiendront vraisemblablement compte des lois d'autres ressorts, soit parce qu'une loi étrangère sera directement concernée, soit parce qu'il faudra étudier la jurisprudence qui fait autorité dans d'autres pays de common law afin de pouvoir répondre à de nouvelles questions qui se rapportent au Privilège, et auxquelles la jurisprudence canadienne ne répond pas encore.

Aux États-Unis, d'importantes pressions ont été exercées sur le Privilège au cours de la dernière décennie. La guerre contre le terrorisme et la réaction aux différents scandales boursiers ont gravement affaibli le Privilège. La campagne agressive de poursuites menées par le ministère de la Justice fédérale contre les fraudes perpétrées par des entreprises a engendré une « culture de dérogation » au privilège du secret professionnel entre le conseiller juridique d'entreprise et son client. L'atteinte portée par le ministère de la Justice au Privilège dont pouvaient bénéficier les entreprises, a eu lieu sans aucune modification législative, par le seul exercice du pouvoir d'élaboration de politiques que détient l'organe exécutif du gouvernement.

Au Royaume-Uni, en Australie, en Nouvelle-Zélande et en Afrique du Sud, le Privilège tombe dans la catégorie de la doctrine du secret professionnel de l'avocat, qui comprend deux volets : le privilège de la consultation juridique (ce que nous appellerions le Privilège) et le privilège relatif au litige. Cette structure est importante, car le critère de l'objet principal s'applique, en règle générale, aux deux volets du secret professionnel de l'avocat alors qu'au Canada, ce critère ne s'applique qu'au privilège relatif au litige.

Au Royaume-Uni, le Privilège demeure une doctrine de common law, qui est protégée avec vigilance par les tribunaux. Cependant, en vertu du régime de souveraineté du Parlement, celui-ci peut expressément retirer la force obligatoire du Privilège, ce qu'il a déjà eu l'occasion de faire. En lançant la commission d'enquête sur l'Irak, le gouvernement de l'ancien Premier ministre, Gordon Brown, a imposé une dérogation générale au Privilège. Certains des principaux conseillers juridiques du gouvernement ont ainsi dû témoigner au sujet des conseils juridiques qu'ils avaient donnés quant à la légalité de la guerre.

En Australie, le Privilège est autant une doctrine de common law qu'un principe législatif. Le droit australien prévoit un code exhaustif qui porte sur le Privilège, ses paramètres, exclusions et exceptions, ainsi que sur les circonstances qui donnent lieu à une dérogation. Le droit néo-zélandais se range généralement du côté du droit anglais; il présente certaines différences importantes par rapport au droit canadien, notamment en ce qui concerne la dérogation. Le cas de l'Afrique du Sud est intéressant : si le Privilège n'y est pas protégé par la Constitution du pays, il peut toutefois jouer le rôle de limite raisonnable qui justifie la restriction d'un droit, conformément à la clause restrictive de la Constitution sud-africaine, qui s'inspire d'ailleurs de l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

En Europe, le Privilège est assimilé à un droit fondamental de la personne en vertu de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Il existe toutefois plusieurs circonstances qui permettent d'y déroger, et il y a d'ailleurs déjà eu dérogation au nom de la sécurité nationale ainsi

qu'au nom de la protection contre le blanchiment d'argent. La question la plus importante qui se soit posée en Europe au sujet du Privilège a suscité l'intérêt de nombreux autres pays du globe et risque de surprendre un grand nombre d'avocats canadiens : en vertu du droit de l'Union européenne, le Privilège ne s'applique pas, en règle générale, aux communications avec les conseillers juridiques d'entreprises.

L'application du Privilège varie selon les contextes. Cette partie du document de travail porte sur certaines des questions qui se posent dans trois domaines différents : celui des sociétés privées; celui du secteur public; et celui du droit administratif et de la transparence gouvernementale. Une des questions d'actualité en matière de sociétés privées concerne l'application du Privilège aux entreprises d'un même groupe. En 2007, aux États-Unis, la Cour d'appel fédérale du 3^e circuit a examiné un certain nombre de questions dans l'affaire *Teleglobe*.¹

Ce jugement constituera vraisemblablement un point de départ, quand viendra le moment pour les tribunaux canadiens d'examiner différentes questions, dont les suivantes : Lorsqu'un conseiller juridique d'entreprise communique avec une société mère ou avec l'une ou l'autre de ses filiales, qui est le client? Y a-t-il alors un seul client, ou plusieurs clients conjoints? Les conseils qui sont donnés à la société mère bénéficient-ils de la protection du Privilège vis-à-vis des filiales? Un seul membre du groupe, peut-il renoncer au Privilège au nom de toutes les entreprises du groupe? Les conseils de l'avocat demeurent-ils protégés par le Privilège lorsque les intérêts des différentes entreprises du groupe sont divergents? Qu'advient-il du Privilège lorsque les filiales s'intendent mutuellement des poursuites? Quelles dispositions pratiques les sociétés et leurs conseillers juridiques devraient-ils appliquer, jour après jour, afin de protéger le Privilège?²

La première question dont il faut débattre en matière de Privilège dans le contexte public, est celle de l'identité du client dans une situation donnée. Cette question est d'autant plus importante lorsqu'il s'agit de situations de renonciation au Privilège, ou de situations face auxquelles les tribunaux sont arrivés à des conclusions différentes. En règle générale, la *Charte* ne garantit pas de droits aux gouvernements; ainsi, la tendance croissante à qualifier le Privilège de droit constitutionnel ou quasi constitutionnel pourrait s'avérer l'un des problèmes les plus épineux de l'application du Privilège au domaine public. Une difficulté additionnelle est suscitée par le mouvement qui vise la transparence gouvernementale, car les organismes chargés de la surveillance du gouvernement ou des questions d'accès à l'information se heurtent fréquemment au Privilège. Jusqu'à présent, la jurisprudence a protégé le Privilège dans différents contextes administratifs, en limitant notamment les pouvoirs des représentants du gouvernement et des arbitres en matière d'accès aux dossiers qui portent sur le Privilège et de leur capacité à se prononcer sur de tels dossiers. Les effets négatifs que cette approche pourrait avoir sur différentes procédures administratives suscitent une préoccupation croissante.

La dernière partie du document de travail porte sur les défis qu'aurait à relever actuellement l'ABC, ainsi que les occasions à saisir qui se présentent désormais à elle. D'autres professionnels continuent à chercher à bénéficier ou chercheront à bénéficier d'un privilège semblable à celui du secret professionnel entre l'avocat et son client. L'ABC aura à décider de la

¹ *In re Teleglobe Communications Corp.*, 493 F. 3d 345 (3d. Cir. 2007).

² Voir le mémoire de Wendy Matheson, David Outerbridge et Laura Day, intitulé « *Preserving Privilege in a Corporate Group: Lessons from In re Teleglobe Communications Corp.* » (uniquement en anglais) (mémoire présenté lors de la conférence de l'Association du Barreau de l'Ontario, intitulée « *Privilege, Confidentiality and Conflicts of Interest: Traversing Tricky Terrain* », qui a eu lieu le 23 octobre 2008, à Toronto).

position qu'elle voudra adopter face à la question à savoir si le Privilège devrait protéger les techniciens parajuristes, ou d'autres professionnels qui donnent des conseils juridiques, comme les consultants en immigration. Les agents de marques de commerce et les comptables fiscalistes cherchent également à bénéficier d'un privilège semblable. Au Canada, la common law s'est montrée peu disposée à accorder à ces autres professionnels le bénéfice du Privilège. C'est une approche qui contraste avec l'interprétation plus extensive de la doctrine québécoise du secret professionnel et du droit qui est applicable dans d'autres pays.

Au cours de la dizaine d'années à venir, les nouvelles technologies affecteront vraisemblablement notre conception du Privilège de manière plus importante qu'elles ne l'auront fait au cours des décennies précédentes. La clé de voûte du Privilège est la confidentialité. Or, les nouvelles technologies nous ont apporté une accessibilité et une connectivité sans précédent, au détriment de la confidentialité. Les communications par Internet peuvent nous donner une fausse impression de confidentialité, alors qu'il n'en existe aucune. Une des questions essentielles que devra se poser la profession est celle à savoir si la doctrine du Privilège s'adaptera aux nouvelles circonstances ou si les comportements des avocats devront s'adapter pour faire face aux règles strictes du Privilège.

Enfin, avec l'évolution de la pratique du droit, le Privilège aura à relever de nouveaux défis. Richard Susskind, futurologue juridique et conseiller spécial de l'ABC, prédit l'externalisation des services et de nombreux autres changements. On ne sait pas au juste quelles en seront les incidences sur le Privilège. Nous devons toutefois commencer à y penser.

Le privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client

Défis pour le XXI^e siècle

I. Introduction : Le privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client est-il menacé ou plus puissant que jamais?

Au Canada, tout dépendant du point de vue, le privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client est soit « presque absolu³ », soit « miné par les assauts⁴ ». Quelle est la vérité? Les avocats canadiens ont des perceptions différentes de l'état du privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client (le privilège) au Canada. Une chose est sûre toutefois : ils attachent une grande importance au privilège, qu'ils considèrent comme vital à la relation avocat-client et à l'administration de la justice. Les tribunaux canadiens sont largement du même avis. En revanche, les gouvernements canadiens sont partagés. D'un océan à l'autre, les gouvernements de tous les paliers défendent ardemment leur propre droit au privilège. En même temps, ils n'hésitent pas à empiéter sur le privilège des autres au nom d'autres buts politiques.

Le privilège est un concept ancien, ses origines remontant au XVI^e siècle⁵, mais également dynamique. Il y a un peu plus de dix ans, il s'agissait d'une règle de preuve certes très ferme, mais sans plus. Depuis, la Cour suprême a radicalement consolidé le privilège. Comme l'a écrit Freya Kristjanson, [TRADUCTION] « un des aspects notables de la Cour McLachlin a été l'élargissement, la constitutionnalisation et la protection du privilège du secret professionnel de l'avocat sous toutes ses formes⁶ ». En même temps, l'exercice du droit a connu de grands changements dans la dernière décennie sous l'effet de la mondialisation et des progrès technologiques, et ces changements risquent davantage de s'accélérer que de s'arrêter dans les décennies à venir. En somme, l'application du privilège est confrontée à de nouveaux défis qui peuvent être illustrés par deux exemples.

Le premier a trait à la fois aux avocats pris individuellement et à la profession dans son ensemble. Dans l'affaire *Dublin c. Montessori*⁷, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a admis qu'un courriel adressé par un membre du conseil d'administration à l'avocat de l'organisation n'était pas privilégié parce qu'il servait une conduite délictueuse. La décision repousse les limites de l'exception en cas de crime ou de fraude dans un domaine hautement controversé. Les ramifications de cette décision sont importantes et exigent une analyse sérieuse que le présent document de discussion veut entamer. Un autre aspect de l'affaire mérite toutefois aussi réflexion. La cliente avait envoyé le courriel à son avocat à partir d'un compte de courriel privé qu'elle

³ Michael McKiernan, « SCC Reinforces Solicitor-Client Privilege », 21:22 *Law Times* (28 juin 2010).

⁴ Sandra Rubin, « Privilege under assault: Auditors and regulators are both knocking on the door », *National Post* (1^{er} novembre 2006), en ligne : www.canada.com/nationalpost/news/story.html?id=e38ce793-e12d-437e-b08e-bb24f0ab01bd.

⁵ Voir Jonathan Auburn, *Legal Professional Privilege: Law and Theory* (Oxford : Hart Publishing, 2000).

⁶ Freya Kristjanson, « Procedural Fairness at the McLachlin Court » dans David A. Wright et Adam M. Dodek, dir., *Public Law at the McLachlin Court: The First Decade* (Toronto : Irwin Law, à venir, 2011).

⁷ 85 O.R. (3d) 511, [2007] O.J. No. 1062 (S.C.J.).

partageait avec son époux, lequel n'était pas membre du conseil d'administration. La Cour a admis que ce fait n'empêchait pas que la communication soit privilégiée. Le tout soulève plusieurs questions. L'envoi d'un courriel à partir d'un ordinateur familial partagé bénéficie-t-il de la confidentialité voulue pour considérer qu'une communication est privilégiée? Qu'en est-il si une avocate ou un avocat envoie un courriel à partir d'un compte de courrier électronique qu'elle ou il partage avec son conjoint ou sa conjointe? Quelle en est l'incidence sur la doctrine de la divulgation ou de la renonciation par inadvertance? Et qu'en est-il si des communications sont envoyées par un avocat ou un client au moyen d'un réseau Internet sans fil non sécurisé? Sont-elles toujours privilégiées? Devraient-elles l'être? Cette affaire soulève donc un éventail de questions sur le privilège.

Le deuxième exemple est plus simple mais remet foncièrement en cause notre conception du privilège en tant qu'exclusivité des avocats. L'Ontario a reconnu le droit des techniciens parajuristes d'offrir des services juridiques désignés régis par le Barreau du Haut-Canada. En termes simples, le privilège du secret professionnel des avocats devrait-il s'appliquer aux techniciens parajuristes? Quelle position l'ABC devrait-elle adopter à ce sujet? Aux États-Unis, la loi a accordé le privilège aux spécialistes en déclarations de revenus. Au Royaume-Uni, la Cour d'appel a statué en octobre 2010 que les communications avec des comptables ne bénéficient pas, en *common law*, du privilège du secret professionnel de l'avocat. Au Canada, les agents de brevets revendiquent la protection du privilège. De nombreuses professions font de même, et le barreau s'y oppose en général. À quel titre?

La liste des questions est longue, et le présent document de discussion en examine un grand nombre. Il fait aussi le point sur l'état actuel du privilège au Canada et sur les défis auxquels il est confronté. Il comprend une analyse du contexte des règles de droit et de la pratique en ce qui concerne le privilège aux États-Unis, au Royaume-Uni, en Australie, en Nouvelle-Zélande, en Afrique du Sud et en Europe. Il cerne et évalue des enjeux révélés par l'analyse qui ont des implications pour les avocats canadiens et pour l'ensemble de la profession juridique. Il propose aussi des domaines qui mériteraient plus ample réflexion de la part de l'ABC.

Les avocats font constamment face à des questions de privilège dans leur travail quotidien. Le lecteur voudra peut-être aussi consulter le document guide « Privilège du secret professionnel et confidentialité : FAQ » rédigé au même moment que le présent document.

Le présent document ne vise pas à répondre à toutes les questions qui peuvent se poser sur le privilège du secret professionnel de l'avocat au Canada. Plutôt, en cernant certains des enjeux auxquels font face les avocats canadiens et la profession dans son ensemble, il veut contribuer à la réflexion plus large au sujet du privilège dans nos pratiques et dans notre système de justice.

II. L'ABC et le privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client

A. L'ABC et la Cour suprême du Canada

Dans la dernière décennie, l'ABC est intervenue dans la plupart des affaires importantes en Cour suprême du Canada mettant en jeu le privilège du secret professionnel de l'avocat. Elle a vigoureusement et constamment plaidé en faveur d'une protection maximale du privilège. Par exemple dans *Blood Tribe*, l'ABC a affirmé que [TRADUCTION] « le privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client est primordial, et la priorité devrait lui être accordée pour assurer la confiance du public dans l'administration de la justice⁸ ». Dans *R. c. Cunningham*, l'ABC a soutenu que [TRADUCTION] « l'indépendance du barreau et la préservation du privilège qui protège les communications entre l'avocat et le client sont deux piliers de l'administration équitable et efficace de la justice au Canada⁹ ». De plus, l'ABC a fait valoir que le privilège du secret professionnel de l'avocat [TRADUCTION] « doit être aussi absolu que possible » et est « essentiel à la primauté du droit¹⁰ ».

Tout récemment, dans *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, l'ABC a exprimé dans les termes les plus fermes l'importance du privilège. Elle a soutenu que, sans le respect rigoureux du privilège, [TRADUCTION] « l'accès à la justice et la qualité de la justice au pays seraient gravement compromis¹¹ ». L'ABC a aussi affirmé que le privilège du secret professionnel de l'avocat ne laisse pas de place à une solution intermédiaire : [TRADUCTION] « la divulgation de renseignements privilégiés est une question de tout ou rien : une fois une information révélée, il n'y a plus de privilège¹² ». Enfin, l'ABC a fait remarquer que la législature peut empêter sur le privilège en adoptant des textes de loi qui le prévoient clairement; cependant, selon l'ABC, [TRADUCTION] « la Cour a laissé en suspens la question de savoir si même une mesure législative expresse peut abroger le privilège¹³ ». Ce dernier élément est une des nombreuses questions non résolues au sujet de l'état du privilège au Canada.

B. Les mémoires présentés au gouvernement par l'ABC

L'ABC intervient souvent auprès du gouvernement lorsqu'elle perçoit que le privilège est mis en cause ou menacé. Depuis 2002, elle a présenté trois douzaines de mémoires au gouvernement fédéral au sujet du privilège. Les divisions provinciales et territoriales de l'ABC sont aussi intervenues activement auprès de leurs instances gouvernementales lorsque survenaient des questions touchant le privilège. Une partie de l'action de l'ABC consiste à sensibiliser les

⁸ *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574 (mémoire de l'intervenante, l'Association du Barreau canadien, para. 33) [*Blood Tribe*].

⁹ *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10 (mémoire de l'intervenante, l'Association du Barreau canadien, para. 11) [*Cunningham*].

¹⁰ *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 (mémoire de l'intervenante l'Association du Barreau canadien, para. 10) [*Lavallee*].

¹¹ *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815 (mémoire de l'intervenante, l'Association du Barreau canadien, para. 6) [*Criminal Lawyers' Association*].

¹² *Ibid.*, para. 27.

¹³ *Ibid.*, para. 24.

responsables gouvernementaux à l'importance du privilège. Par exemple, en accueillant un nouveau ministre de la Justice, l'ABC écrivait qu'« [u]n des aspects fondamentaux de la règle de droit est la protection des relations entre les clients et leur conseiller ou conseillère juridique » et insistait sur ce que les clients « doivent avoir la certitude qu'ils peuvent dévoiler à leur conseiller juridique tous les faits en l'espèce, en toute franchise et sans craindre que ces faits puissent être divulgués à autrui¹⁴ ». Dans un mémoire de 2005, l'ABC estimait que le secret professionnel de l'avocat est un élément fondamental de la primauté du droit; toute personne est en droit d'obtenir des conseils juridiques indépendants sans craindre que son avocat ou avocate ne divulgue le caractère de ses demandes aux autorités gouvernementales¹⁵. Parfois les mémoires de l'ABC sur l'importance du privilège tentent de transcender les limites entre la prose et la poésie, par exemple en décrivant le privilège comme étant « le fondement sacré en vertu duquel le droit, les libertés fondamentales et le secteur commercial du monde moderne ont prospéré au cours des siècles¹⁶ ».

Les mémoires que l'ABC a présentés au gouvernement portent sur un vaste éventail de sujets, depuis les mesures législatives antiterrorisme jusqu'à la procréation assistée. De nombreuses initiatives gouvernementales qui retiennent l'attention de l'ABC découlent des obligations internationales du Canada, par exemple en matière de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme. Au sujet de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*¹⁷, l'ABC s'est inquiété de ce que le fait d'« [o]bliger les avocats à aider l'État en donnant à ce dernier accès à des données confidentielles ou protégées par le secret professionnel de l'avocat est antithétique à leurs obligations et serait contraire à l'administration juste et correcte de la justice¹⁸ ». Des litiges autour de cette exigence ont été réglés mais les avocats continuent de contester divers aspects de cette Loi et de ses règlements. Démontrant encore à quel point des événements mondiaux touchent l'exercice du droit au Canada, l'ABC a présenté des observations à la *Securities and Exchange Commission* (SEC) des États-Unis au sujet des « *Rules for Attorney Conduct* » que la SEC a été tenue d'adopter en vertu de la *Sarbanes-Oxley Act*¹⁹.

Les lois qui autorisent des responsables administratifs à effectuer des perquisitions soulèvent souvent des préoccupations au sujet du privilège du secret professionnel de l'avocat. Ainsi l'ABC a présenté des mémoires au sujet de la *Loi de mise en œuvre de la convention sur les armes biologiques ou à toxines*²⁰ parce qu'elle croyait que celle-ci aurait dû contenir une disposition permettant à des parties de refuser à un inspecteur l'accès à des documents protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat. L'ABC a exprimé une préoccupation semblable au sujet des pouvoirs de perquisition prévus par la *Loi sur la procréation assistée*²¹. Dans d'autres situations,

¹⁴ « Priorités à l'agenda du ministère de la Justice » (janvier 2002), en ligne : Association du Barreau canadien <www.cba.org/ABC/Memoires/pdf/02-02-fr.pdf> (Priorités à l'agenda du ministère de la Justice).

¹⁵ « Mémoire à propos de l'examen triennal de la *Loi antiterroriste*, en ligne : Association du Barreau canadien <www.cba.org/ABC/Memoires/pdf/05-28-fr.pdf> (Examen triennal de la *Loi antiterroriste*).

¹⁶ « *Sarbanes-Oxley Act* et la règle proposée : mise en place de normes professionnelles pour les avocats » (décembre 2002), en ligne : Association du Barreau canadien <www.cba.org/ABC/Memoires/pdf/02-51-fr.pdf> (Règles en vertu de la *Sarbanes-Oxley Act*).

¹⁷ *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17.

¹⁸ « Produits de la criminalité et la profession juridique » (novembre 2006), en ligne : <www.cba.org/ABC/Memoires/pdf/06-49-fr.pdf> (Produits de la criminalité et la profession juridique).

¹⁹ *Supra* note 16.

²⁰ *Loi de mise en œuvre de la convention sur les armes biologiques ou à toxines*, L.C. 2004, ch. 15.

²¹ *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2.

l'ABC a exprimé des réserves à propos des modalités imposées par certaines lois pour revendiquer le privilège, comme la *Loi sur la concurrence*²².

Le mémoire de l'ABC à propos de la *Loi sur le lobbying* qui a été adoptée à la suite de la *Loi fédérale sur la responsabilité* démontre la tension entre la transparence gouvernementale et le privilège du secret professionnel de l'avocat, un sujet qui est abordé dans le présent document de discussion. L'ABC favorise une plus grande transparence dans les activités de lobbying, mais s'inquiète de l'effet qui en découlera sur le privilège. L'ABC a affirmé que « [l]es exigences actuelles de la Loi concernant la déclaration des activités de lobbying pourraient déjà se heurter au secret professionnel en procurant à des tiers de l'information sur des communications survenues entre avocats et clients²³. » En outre, l'ABC soutient que « [l]a divulgation du sujet des communications survenues entre un titulaire de charge publique et un avocat pourrait indirectement porter atteinte au secret professionnel en donnant une idée des discussions ou des directives qui peuvent avoir été à l'origine de leurs rapports²⁴. » L'ABC a conclu que peu importent les objectifs de la Loi, les considérations entourant le privilège doivent avoir préséance. Le nombre de mémoires présentés par l'ABC et leur portée témoignent de la grande variété de contextes qui soulèvent des questions sur le privilège.

²² « Bulletin d'information sur l'article 11 de la *Loi sur la concurrence* » (février 2007), en ligne : Association du Barreau canadien <www.cba.org/ABC/Memoires/pdf/07-08-fr.pdf> (Bulletin d'information sur l'article 11 de la *Loi sur la concurrence*).

²³ « Mémoire relatif au projet de loi C-2 – *Loi fédérale sur l'imputabilité* » (juin 2006), en ligne : Association du Barreau canadien <www.cba.org/ABC/Memoires/pdf/06-25-fr.pdf> (Mémoire relatif à la *Loi fédérale sur l'imputabilité*).

²⁴ *Ibid.*

III. L'état du privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client au Canada

A. L'évolution du privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client au Canada²⁵

Le privilège du secret professionnel de l'avocat est un des principes les plus anciens et les plus vénérés en common law. Au cours des trois dernières décennies, les tribunaux canadiens ont élevé ce qui était un privilège limité relatif à la preuve au rang de droit quasi constitutionnel. Depuis 1999, la Cour suprême du Canada a rendu non moins de 30 décisions dans des affaires mettant directement en jeu le privilège²⁶. En 2010, elle a décrit le privilège du secret professionnel de l'avocat comme « l'un des priviléges les plus anciens et les plus puissants reconnus dans notre jurisprudence », affirmant qu'il « est en général considéré comme une “règle de droit fondamentale et substantielle”, plutôt que comme une règle “constitutionnelle”, et ce, même si le secret professionnel de l'avocat découle et est empreint des valeurs qui sous-tendent l'art. 7 de la Charte²⁷. »

Ainsi l'expression même de privilège du secret professionnel de l'avocat est erronée au Canada parce qu'en principe, un privilège n'est pas un droit²⁸. En tant que concept relatif à la preuve, un privilège permet à une partie de faire obstacle, en cour, à la présentation d'une preuve qui serait par ailleurs admissible. Un privilège peut aussi être affirmé en dehors du tribunal, par exemple lors de l'interrogatoire préalable, mais l'aspect essentiel du privilège est le traitement réservé à l'information « privilégiée » dans un litige. En l'occurrence, une information protégée par un privilège n'a pas à être divulguée dans le cadre d'une instance judiciaire.

Le privilège du secret professionnel de l'avocat était initialement un privilège à proprement parler mais est devenu un droit qui peut être affirmé même en dehors d'une instance judiciaire²⁹. En 1927, la Cour suprême du Canada a adopté la définition du privilège de l'éminent spécialiste américain

²⁵ La présente section provient en partie d'Adam M. Dodek, « *Reconceiving Solicitor-Client Privilege* », (2010) 35 *Queen's Law Journal* 493. Reproduit avec autorisation.

²⁶ Voir *Criminal Lawyers' Association*, *supra* note 11; *Cunningham*, *supra* note 9; *Blood Tribe*, *supra* note 8; *Blank c. Canada* (*Ministre de la Justice*), 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319 [*Blank*]; *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, 2006 CSC 36, [2006] 2 R.C.S. 189 [*Celanese Canada*]; *Goodis c. Ontario* (*Ministère des Services correctionnels*), 2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32 [*Goodis*]; *Pritchard c. Ontario* (*Commission des droits de la personne*), 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809 [*Pritchard*]; *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193 [*Maranda*]; *Lavallee*, *supra* note 10; *R. c. Brown*, 2002 CSC 32, [2002] 2 R.C.S. 185 [*Brown*]; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445 [*McClure*]; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565 [*Campbell*]; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455 [*Jones*]. Voir aussi *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 [*Foster Wheeler*] (au sujet du concept connexe du secret professionnel en droit civil au Québec). Dans un cas, une question relative au privilège se posait dans les tribunaux inférieurs, mais la partie ne l'invoquait plus quand l'affaire a été examinée par la Cour suprême. Voir *London (Cité) c. RSJ Holdings Inc.*, 2007 CSC 29, [2007] 2 R.C.S. 588.

²⁷ *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, para. 39, citant *McClure*, *ibid.*, para. 17.

²⁸ Voir de façon générale W.N. Hohfeld, « *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* » (1913) *Yale Law Journal* 16, p. 28 à 58.

²⁹ Voir *Lavallee, Rackel and Heintz c. Canada (A.G.)*, [2000] A.J. No. 159, para. 4 (C.A.) ([TRADUCTION] « jusqu'à récemment, il y avait une impression dans certaines provinces que le privilège était simplement le droit d'un témoin à un procès [ou d'une personne appelée à produire un affidavit de documents] de refuser de divulguer certaines communications. »).

de la preuve John Henry Wigmore³⁰. Selon la définition classique de Wigmore : « *Les communications du client qui consulte un conseiller juridique ès qualité, voulues confidentielles par le client, et qui ont pour fin d'obtenir un avis juridique font l'objet à son instance d'une protection permanente contre toute divulgation par le client ou le conseiller juridique, sauf renonciation à cette protection.*³¹ » À l'époque d'avant les interrogatoires préalables et les requêtes préalables, cette formulation supposait que la protection contre la divulgation visait la divulgation pendant une instance judiciaire. Cependant comme les tribunaux ont élargi la portée du privilège, cet aspect de la définition de Wigmore ne tient plus. Néanmoins, la formulation de Wigmore constitue toujours la définition de fait du privilège au Canada.

Dans les années 1970, les tribunaux canadiens ont élargi le privilège au-delà de sa fonction classique relative à la preuve, notamment dans le domaine des perquisitions des cabinets d'avocats. En 1980, dans l'affaire *Solosky c. La Reine*³², la Cour suprême a détaché le privilège de ses liens à la preuve et l'a reconnu à titre de « droit civil fondamental ». Deux ans plus tard, dans *Descôteaux c. Mierzwinski*³³, le juge Lamer a énoncé la règle 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;
2. À moins que la loi n'en dispose autrement, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit portera 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 restrictivement³⁴.

³⁰ Voir *R. c. Howley*, [1927] S.C.R. 529, para. 11 [*Howley*], citant avec approbation *R. c. Prentice and Wright* (1914), 7 Alta. L.R. 479, 23 C.C.C. 436 (S.C.A.D.).

³¹ *Wigmore on Evidence*, McNaughton, éd. révisée (Boston : Little Brown, 1961), vol. 8, art. 2292. Cette définition a été adoptée par la Cour suprême du Canada dans *Campbell*, *supra* note 26, para. 49; *McClure*, *supra* note 26, para. 29; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 872-873; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 835 [*Solosky*]; et *Howley*, *ibid.*

³² *Solosky*, *ibid.*, p. 839.

³³ *Descôteaux*, *supra* note 31.

³⁴ *Ibid.*, p. 875.

Entre 1982 et 1999, la Cour suprême a rarement abordé le privilège³⁵. Cependant par la suite, il y a eu une importante évolution du privilège sans guère d'analyse de la part de la Cour. Entre 1999 et 2002, la Cour suprême a tranché non moins de cinq affaires mettant en jeu le privilège. Cette « quintologie » d'affaires a effectivement élevé le privilège du rang de droit civil et juridique fondamental à celui de droit quasi constitutionnel en vertu de la *Charte*. Dans *Smith c. Jones*, la Cour a reconnu une exception au privilège relative à la sécurité publique qui permettrait la divulgation de communications du client lorsque l'avocat croit raisonnablement à l'existence d'une menace claire, grave et imminente à la sécurité publique³⁶. Dans *R. c. Campbell*, la Cour a reconstruit l'« exception en cas de crime ou de fraude » et la doctrine de la renonciation au privilège dans le contexte d'une opération de « vente surveillée », là où des policiers posaient comme grands trafiquants de drogue afin de vendre du haschich à des « hauts dirigeants » connus d'une organisation de trafic de drogue³⁷. Dans *McClure*, la Cour suprême a reconnu l'exception au privilège relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé. *McClure* est aussi un arrêt notable parce que la Cour suprême y a pour la première fois expressément reconnu le privilège comme un principe de justice fondamentale en vertu de l'article 7 de la *Charte*³⁸. Brian Morgan et Mahmud Jamal ont en conséquence affirmé que le privilège du secret professionnel de l'avocat avait franchi « le Rubicon constitutionnel »³⁹.

Dans la foulée de *McClure*, l'arrêt *Brown* en a clarifié et amplifié divers aspects. La Cour a estimé qu'une demande de type *McClure* pouvait viser non seulement la divulgation d'un dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat (comme dans *McClure*) mais aussi les communications entre avocat et client par le biais du témoignage de l'avocat. La Cour a aussi fixé des critères plus exigeants pour l'admission de telles demandes. Même si cet aspect n'était pas en jeu dans l'affaire en cause puisque la Cour avait jugé que le critère *McClure* n'était à nouveau pas rempli, *Brown* a reconnu un droit à l'immunité en vertu de l'article 7 de la *Charte* au bénéfice du titulaire du privilège qui détient de l'information divulguée par suite d'une demande de type *McClure*.

Enfin, dans *Lavallee*, la dernière affaire de la quintologie, la Cour suprême a accordé la plus forte protection au privilège, encore une fois sans guère d'explications. La Cour a invalidé l'article 488.1 du *Code criminel* traitant des perquisitions dans des cabinets d'avocats⁴⁰ au motif qu'il autorisait des fouilles abusives au sens de l'article 8 de la *Charte* sans qu'il y ait justification en vertu de l'article 1. La Cour a aussi accepté que l'article 488.1 constituait une atteinte à la liberté au sens de l'article 7 de la *Charte*, qui n'était pas compatible avec les principes de justice fondamentale. La juge Arbour a estimé que le privilège devait rester aussi absolu que possible pour conserver sa

³⁵ La Cour a eu l'occasion de se pencher sur un aspect du privilège dans *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353, p. 381 à 388, reconnaissant une véritable exception au privilège pour permettre le témoignage d'avocats dans des affaires de testament où le client est décédé.

³⁶ *Jones*, *supra* note 26.

³⁷ *Campbell*, *supra* note 26.

³⁸ *Ibid.*, para. 41. Au sujet du privilège en tant que principe de justice fondamentale, voir de façon générale Hamish Stewart, « *The Principles of Fundamental Justice and S. 488.1 of the Criminal Code* », (août 2001) 45 *Criminal Law Quarterly* 233.

³⁹ Mahmud Jamal et Brian Morgan, « *The Constitutionalization of Solicitor-Client Privilege* » (2003) 20 S.C.L.R. (2d) 213.

⁴⁰ *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 488.1. Des contestations de l'art. 488.1 avaient été soulevées dans trois provinces et ont été regroupées dans *Lavallee*, *supra* note 10. Voir *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)* (2000), 255 A.R. 86, 184 D.L.R. (4th) 25 (C.A.), *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*, [2000] N.J. No. 196 (C.A.) et *R. c. Fink* (2000), 51 O.R. (3d) 577, 193 D.L.R. (4th) 51 (C.A.).

pertinence. La Cour a par conséquent été tenue « d'adopter des normes rigoureuses pour assurer sa protection⁴¹ ». Une atteinte ne sera admise au regard de la *Charte* que si elle n'entrave le privilège que de façon minimale⁴². La Cour a estimé que l'article 488.1 ne portait pas atteinte au privilège de façon minimale, et la disposition a été invalidée⁴³.

Depuis *Lavallee*, d'autres arrêts ont réitéré les paramètres du privilège fixés dans la quintologie. Tel qu'il existe aujourd'hui au Canada, le privilège peut être considéré comme un droit quasi constitutionnel de communiquer de façon confidentielle avec son avocat. Ce droit comprend la protection contre la divulgation par son avocat, qu'elle soit volontaire ou sous la contrainte, en l'absence du consentement du client ou d'une ordonnance d'un tribunal. Il comprend aussi une protection contre l'obligation du client de communiquer de l'information visée par le privilège. Il peut être invoqué par le client ou par l'avocat au nom du client, au cours d'une instance judiciaire ou en l'absence d'une telle instance.

B. Le privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client et d'autres concepts reliés

Le privilège du secret professionnel de l'avocat est souvent associé et parfois assimilé à tort à d'autres concepts comme le devoir de confidentialité, le privilège relatif au litige et les conflits d'intérêts. Il existe un important recouvrement entre le privilège du secret professionnel de l'avocat et le devoir de confidentialité, qui sont souvent confondus et parfois évoqués de façon interchangeable ou cumulative. C'est ce qui se voit le plus souvent dans les avertissements figurant au bas des courriels des avocats, selon lesquels l'information figurant dans le courriel peut être confidentielle ou privilégiée. Il importe de distinguer les deux concepts et d'expliquer les liens entre eux.

Le point de départ de la distinction entre privilège du secret professionnel de l'avocat et devoir de confidentialité est la reconnaissance que le privilège s'applique aux *communications* entre client et avocat, tandis que le devoir de confidentialité s'applique à toute *information* obtenue par l'avocat au sujet des affaires du client pendant le mandat, peu importe comment elle a été obtenue. À proprement parler, selon les codes de conduite de la plupart des barreaux, un avocat qui apprend de l'information au sujet des affaires d'un client qu'il représente, par exemple dans un journal ou dans un blogue, serait toujours tenu de respecter la confidentialité de cette information. L'information n'est toutefois pas visée par le privilège du secret professionnel de l'avocat puisqu'elle n'est pas une communication entre le client et l'avocat.

De même, si une cliente envoie de l'information par courriel à son avocat en adressant copie à son comptable, son publiciste, son conseiller en placements et d'autres encore, cette information n'est guère susceptible d'être privilégiée mais est toujours visée par le devoir de confidentialité de l'avocat. Il s'agit d'une communication du client à l'avocat, mais soit elle serait considérée comme n'étant pas confidentielle, soit il y aurait présomption de renonciation à la confidentialité. Ce serait comme si le client s'adressait à l'avocat lors de la rencontre d'un groupe à l'extérieur du bureau du client, en présence d'autres professionnels. Le simple fait qu'il y ait communication à un avocat ne suffit pas à établir un privilège à l'égard de la communication. À l'inverse, le simple fait que l'avocat reçoive une communication du client suffit à établir un devoir de confidentialité pourvu qu'il y ait

⁴¹ *Lavallee*, *supra* note 10, para. 36.

⁴² *Ibid.*, para. 36-37.

⁴³ *Ibid.*, para. 38 à 46.

une relation préalable entre l'avocat et le client. Aussi bien les avocats que les clients peuvent évoquer à l'excès et sans fondement les termes « privilégié » et « confidentiel » d'une façon qui brouille les distinctions et parfois mine l'utilité des termes.

Souvent, les concepts de privilège lié à un litige et de privilège du secret professionnel de l'avocat sont aussi utilisés ensemble. C'est le cas surtout dans le contexte de l'interrogatoire préalable où il n'est pas rare de lire « Privilège lié au litige / Privilège du secret professionnel de l'avocat » sur un affidavit de documents. Dans le passé, nous considérions volontiers que le privilège du secret professionnel de l'avocat comportait deux volets : le privilège relatif aux avis juridiques et le privilège relatif au litige. C'est toujours ce que prévoit la loi dans d'autres pays de common law. En 2006, la Cour suprême a précisé que ce n'est plus le cas au Canada. Dans *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, le juge Fish a expliqué que le privilège du secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige sont connexes, mais distincts sur le plan conceptuel : « Ces priviléges coexistent souvent et on utilise parfois à tort le nom de l'un pour désigner l'autre, mais leur portée, leur durée et leur signification ne coïncident pas⁴⁴. »

Le juge Fish a fait valoir qu'au contraire du privilège du secret professionnel de l'avocat, le privilège relatif au litige ne vise pas expressément les communications entre avocat et client, et ne s'y limite pas : « Il touche aussi les communications entre un avocat et des tiers, ou dans le cas d'une partie non représentée, entre celle-ci et des tiers. Il a pour objet d'assurer l'efficacité du processus contradictoire et non de favoriser la relation entre l'avocat et son client. Or, pour atteindre cet objectif, les parties au litige, représentées ou non, doivent avoir la possibilité de préparer leurs arguments en privé, sans ingérence de la partie adverse et sans crainte d'une communication prématurée⁴⁵. » Il existe d'importantes distinctions entre les deux priviléges :

- le privilège du secret professionnel de l'avocat ne s'applique qu'aux communications confidentielles entre le client et son avocat. Le privilège relatif au litige, en revanche, s'applique aux communications à caractère non confidentiel entre l'avocat et des tiers et englobe même des documents qui ne sont pas de la nature d'une communication;
- le privilège du secret professionnel de l'avocat existe chaque fois qu'un client consulte son avocat, que ce soit à propos d'un litige ou non. Le privilège relatif au litige, en revanche, ne s'applique que dans le contexte du litige lui-même;
- le fondement du privilège du secret professionnel de l'avocat est très différent de celui du privilège relatif au litige. Dans le premier cas, l'enjeu est le caractère confidentiel de la relation avocat-client; dans le deuxième, il s'agit de protéger la vie privée⁴⁶;
- le privilège du secret professionnel de l'avocat n'est pas limité dans le temps, tandis que le privilège relatif au litige prend fin au terme du litige.

Il existe un lien étroit entre le privilège du secret professionnel de l'avocat et d'autres enjeux, notamment les conflits d'intérêts. Il en va de même parce qu'en interrogatoire, une même question met souvent en cause à la fois le privilège et les conflits : de l'information confidentielle

⁴⁴ 2006 CSC 39, para. 1.

⁴⁵ *Ibid.*, para. 27.

⁴⁶ *Ibid.*, para. 28, CITANT R.J. Sharpe, « *Claiming Privilege in the Discovery Process* », dans *Law in Transition: Evidence*, (1984) Special Lect. L.S.U.C. 163, p. 164-165.

a-t-elle été communiquée par le client ou le client potentiel à l'avocat? Le cas échéant, l'information sera vraisemblablement considérée comme étant privilégiée et elle peut suffire à interdire à l'avocat, pour cause de conflit, d'agir à l'encontre du client ou client potentiel. Le Groupe de travail de l'ABC sur les conflits d'intérêts a abordé ces questions.

Le *privilège des co-clients* est connexe au privilège du secret professionnel de l'avocat. Il s'applique aux communications entre avocat et client lorsque l'avocat est retenu par plusieurs clients qui partagent un intérêt juridique commun. L'exemple le plus fréquent est celui de l'avocat qui représente de multiples clients en cour criminelle, mais le *privilège des co-clients* se présente aussi couramment dans le contexte du droit des sociétés, surtout dans les affaires mettant en cause des dirigeants ou des employés d'une société, ou une société mère et ses filiales.

Le *privilège de l'intérêt commun* s'applique lorsque des parties représentées par des avocats distincts partagent un intérêt commun dans l'issue d'un litige. Ils peuvent échanger de l'information privilégiée entre eux sans perdre le privilège du secret professionnel de l'avocat. Encore une fois, l'exemple type serait celui de deux avocats représentant des co-accusés dans une affaire criminelle. Cependant, comme il en est question dans la section qui porte sur « Les questions qui se posent dans le contexte de sociétés privées », les tribunaux canadiens ont été disposés à appliquer le privilège de l'intérêt commun en dehors du contexte d'un litige. En l'absence du privilège de l'intérêt commun, l'échange d'information privilégiée équivaudrait à une renonciation au privilège du secret professionnel de l'avocat. Le privilège de l'intérêt commun peut donc être considéré comme une exception aux règles de renonciation au privilège du secret professionnel de l'avocat.

Les communications visant à tenter de régler un différend sont protégées par le *privilège de transaction*. Ce privilège est d'application peu importe que les discussions se déroulent dans une séance formelle de médiation ou de négociation ou qu'il s'agisse de discussions plus informelles entre clients ou avocats, souvent sous le couvert de la familière mention « sous toutes réserves » figurant habituellement sur les lettres d'avocats. Ce n'est toutefois pas cette mention qui crée un privilège de transaction, mais bien le contenu de la communication – qui doit servir à une tentative de règlement d'un différend. Comme la mention « privilégié », la formule « sous toutes réserves » est souvent utilisée abusivement par les avocats; elle ne garantit pas en soi qu'une lettre ne sera pas divulguée dans un litige ultérieur.

En vertu de la common law et de nombreuses lois, l'information qui est communiquée pendant l'interrogatoire préalable est protégée par une forme de privilège interdisant qu'elle soit utilisée en dehors du litige. Cette protection, qui peut être appelée la *règle de l'engagement implicite*, la *règle de l'engagement présumé* ou le *privilège de l'interrogatoire préalable*, fait que la preuve obtenue pendant l'interrogatoire préalable d'une partie à un litige civil peut être utilisée par les parties uniquement aux fins du litige dans le cadre duquel elle a été obtenue⁴⁷. Cette règle ou ce privilège ne s'applique pas aux communications entre avocat et client, mais plutôt à des documents qui ne sont pas protégés par d'autres priviléges et qui doivent être produits au cours d'un litige.

⁴⁷ Voir *Juman c. Doucette*, 2008 CSC 8, [2008] 1 R.C.S. 157, para. 1. Pour une explication de l'historique et de la justification de la règle, voir John B. Laskin, « *The Implied Undertaking* » (document présenté à la conférence de FJP de l'ABC-Ontario *Privilege and Confidential Information in Litigation – Current Developments and Future Trends*, 19 octobre 1991, Toronto).

C. Exclusions et exceptions au privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client

En 2010, la Cour suprême a affirmé catégoriquement que « [l]es seules exceptions reconnues au secret professionnel sont la sécurité publique et le droit pour un accusé de présenter une défense pleine et entière, deux exceptions qui sont jalousement protégées⁴⁸... » Bien que ce soit exact en tant que tel, d'autres aspects entrent en ligne de compte dans l'analyse des exceptions au privilège. Il y a en la matière d'importants recoulements entre devoir de confidentialité et privilège.

Les deux exceptions évoquées plus haut n'appellent guère de commentaires. Au sujet du droit de présenter une défense pleine et entière (que l'on peut aussi appeler exception relative à l'innocence de l'accusé), la Cour suprême a donné à cette exception un sens si étroit qu'elle ne risque guère de s'appliquer que dans des cas extrêmement rares. De fait, depuis l'arrêt *McClure* de 2001 qui a établi l'exception (mais jugé qu'elle ne s'appliquait pas en l'espèce), aucune décision publiée ne signale decas où elle a été invoquée avec succès. Jusqu'à présent, l'exception n'existe en droit canadien qu'en théorie.

Par contre, l'exception relative à la sécurité publique est plus vaste. Elle exige qu'il y ait une menace « claire, grave et imminente » à la sécurité publique pour écarter le privilège. Chacun de ces termes comporte des éléments subjectifs, ce qui apporte à l'avocat une certaine souplesse, ou le laisse dans l'incertitude⁴⁹. Chaque code de conduite contient une forme d'exception relative à la sécurité publique formulée en termes de préjudice futur ou de crime futur. Par exemple le *Code de déontologie professionnelle* de l'ABC prévoit ceci :

Lorsqu'un avocat a des motifs raisonnables de croire qu'il existe à l'égard d'une personne ou d'un groupe identifiable un risque imminent de mort ou de blessure corporelle grave, y compris un préjudice psychologique grave susceptible de nuire à la santé ou à l'intégrité physique de la personne ou du groupe, il doit divulguer des renseignements confidentiels dans la mesure nécessaire pour empêcher le décès ou le préjudice, mais en ne divulguant que les renseignements exigés pour ce faire⁵⁰.

La Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada a proposé une exception relative au préjudice potentiel dans son *Code type de déontologie professionnelle*⁵¹.

Il s'agit là des seules exceptions officiellement reconnues au privilège, mais il y en a d'autres dans la pratique. Tous les codes de conduite contiennent des « exceptions pour les avocats », c'est-à-dire des exceptions qui permettent aux avocats de communiquer de l'information confidentielle dans des situations où la conduite de l'avocat est en cause. Par exemple le *Code de déontologie*

⁴⁸ Voir *Criminal Lawyers' Association*, *supra* note 11, para. 53.

⁴⁹ Voir Adam M. Dodek, « *The Public Safety Exception to Solicitor-Client Privilege: Smith v. Jones* » (2001) 34 *University of British Columbia Law Review* 293.

⁵⁰ ABC, *Code de déontologie professionnelle*, ch. 4, règle 2, en ligne : <www.cba.org/ABC/activities_f/pdf/codeofconduct.pdf>

⁵¹ Voir Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, Comité consultatif sur l'exception relative au préjudice potentiel, *Rapport final* (2 juin 2010), en ligne : <www.flsc.ca/fr/whatsnew/whatsnew.asp#ModelReports>. L'auteur du présent document de discussion était membre de ce comité consultatif.

professionnelle de l'ABC prévoit que : « La divulgation de renseignements confidentiels peut également être justifiée par la fixation ou le recouvrement d'honoraires ou pour défendre l'avocat, ses collègues ou ses employés contre toute allégation de faute professionnelle ou d'inconduite, mais seulement dans la mesure exigée pour réaliser ces objectifs⁵². » Ces exceptions sont très vastes, et il est difficile de les justifier au regard du caractère « presque absolu » du privilège du secret professionnel de l'avocat. Dans la mesure où de telles révélations concernent des communications entre client et avocat, elles sont manifestement visées par le privilège. Dans la plupart des cas, lorsqu'un avocat cherche à fixer ou recouvrer des honoraires, ou à se défendre contre une allégation de faute professionnelle ou d'inconduite, il y aurait divulgation de communications entre avocat et client. De fait, la Cour suprême a accepté que les comptes des avocats soient protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat⁵³. Dans la récente affaire *R. c. Cunningham*, l'ABC a adopté la position selon laquelle le simple fait qu'un client n'ait pas payé son compte à son avocat est privilégié. Cependant, la Cour suprême n'a pas accepté ce point de vue⁵⁴. Les tribunaux acceptent implicitement ces exceptions sans guère de réflexion, mais elles ne sont pas très logiques vu la doctrine et la rhétorique sur le caractère sacré du privilège. Comme l'a fait remarquer Gavin MacKenzie, ces [TRADUCTION] « exceptions servant l'intérêt des avocats » pourraient amener le public à soupçonner que [TRADUCTION] « la profession juridique n'est pas désintéressée⁵⁵ ».

Quelles autres exceptions au privilège pourrait-il ou devrait-il y avoir? Le Comité consultatif de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada sur l'exception relative au préjudice potentiel a évoqué la possibilité d'exceptions supplémentaires au devoir de confidentialité de l'avocat qui pourraient aussi empiéter sur le privilège du secret professionnel de l'avocat, soit la divulgation en cas de dommages financiers ou de condamnation injustifiée⁵⁶. Le *Code* de l'ABC exige qu'un avocat dévoile de l'information confidentielle lorsque l'avocat « a des motifs raisonnables de croire qu'une situation dangereuse risque de se produire dans un local du tribunal⁵⁷ ». Bien que ce cas puisse être considéré comme un exemple particulier de l'exception, plus générale, relative aux préjudices futurs, elle soulève la question qui a été expressément évoquée par la Cour suprême dans *Smith c. Jones* : l'opportunité d'une exception pour les cas relevant de la sécurité nationale⁵⁸.

Le domaine le plus incertain est celui de ce que l'on peut appeler l'« exception en cas de crime ou de fraude ». Cette exception a ses origines dans l'arrêt anglais de 1884, *R. c. Cox and Railton*, qui est souvent invoqué au Canada et dans l'ensemble du Commonwealth, et qui l'a notamment été par la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Campbell*⁵⁹ de 1999. La justification en est

⁵² *Supra* note 50, c. 4, règle 4.

⁵³ Voir *Maranda c. Richer*, *supra* note 26, para. 17.

⁵⁴ *Cunningham*, *supra* note 9.

⁵⁵ Voir Gavin MacKenzie, *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline*, 4^e éd. (Toronto : Carswell, 2006), p. 3 à 17.

⁵⁶ Voir FOPJC, *Rapport final*, *supra* note 51, en ligne : <www.flsc.ca/fr/whatsnew/whatsnew.asp#ModelReports>.

⁵⁷ *Supra* note 50, c.4, règle 3.

⁵⁸ *Jones*, *supra* note 26, para. 53. Il existe peut-être déjà une exception limitée dans le devoir de prévenir ou dénoncer la trahison prévu par l'alinéa 50(1)b) du *Code criminel*. Selon cette disposition, commet une infraction quiconque, « sachant qu'une personne est sur le point de commettre une haute trahison ou une trahison, n'en informe pas avec toute la célérité raisonnable un juge de paix ou un autre agent de la paix ou ne fait pas d'autres efforts raisonnables pour empêcher cette personne de commettre une haute trahison ou une trahison » – voir *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, alinéa 50(1)b). La loi ne prévoit aucune exception relative aux communications entre avocat et client.

⁵⁹ [1999] 1 R.C.S. 565.

simple : les communications aux fins d'un crime ou d'une fraude ne font pas partie de la relation professionnelle, de sorte qu'aucun privilège ne peut être d'application. Telle est aussi la raison pour laquelle de telles communications devraient être considérées comme étant exclues du privilège plutôt que comme une exception au privilège⁶⁰. La différence entre une exclusion et une exception est une distinction assortie d'une importante conséquence. Dans le cadre des exceptions reconnues jusqu'à présent par la Cour suprême (sécurité publique et innocence de l'accusé), les communications restent privilégiées hormis le fondement limité de leur divulgation; elles ne peuvent pas être utilisées à l'encontre du client. Cependant dans le cas du crime ou de la fraude, il ne s'agit pas d'une exception limitée mais de la négation complète du privilège. Les communications peuvent être divulguées et utilisées à toute fin, y compris à l'encontre du client. Telle est en fait la justification de l'invocation du crime ou de la fraude. La notion de communications aux fins d'un « crime » a été plus facile à défendre sur le plan conceptuel et à appliquer dans la pratique que celle de communications aux fins d'une « fraude » ou de ce qui est parfois appelé une « conduite illégale ».

Il y a une tendance croissante à tenter d'élargir la notion de « fraude » pour englober divers délits. Les règles de droit en la matière sont contradictoires, et comme l'ont écrit Robyn Ryan Bell et Rebecca Huang dans une analyse que tout avocat traitant de cette question devrait lire, l'étendue de l'exception en cas de crime ou de fraude sera sans doute clarifiée seulement une fois que la question sera directement abordée par une cour d'appel⁶¹. Depuis l'arrêt de 1999 de la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Campbell*, un certain nombre de tribunaux inférieurs ont été disposés à étendre l'exception en cas de crime ou de fraude à une conduite délictueuse. Ryan Bell et Huang cernent trois courants de jurisprudence : le point de vue large; le point de vue étroit; et le point de vue intermédiaire – des cas « assimilables à la fraude »⁶².

Le point de vue large considère l'exception en cas de crime ou de fraude comme une exception en cas de « crime-fraude-délit ». Ainsi dans l'affaire *Goldman Sachs* de 1999, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a assimilé le délit d'abus de procédure à une « fraude civile »⁶³. Dans une remarque incidente, le juge Smith est allé plus loin, expliquant comment l'exception en cas de crime ou de fraude s'appliquait à une conduite illégale ou délictueuse :

[TRADUCTION]

En conséquence, les crimes et fraudes projetés ne sont que des exemples de l'application du principe général voulant que le privilège ne vaut pas pour des communications relatives à une conduite illégale. Dans ce contexte, « conduite illégale » revêt un sens plus large que simplement une conduite interdite par le droit criminel. Elle englobe les infractions à des lois de nature réglementaire, des violations de contrat, des délits et autres manquements à des obligations. Les violations de contrat et manquements à des obligations civiles sont « illégaux » parce que

⁶⁰ David Paciocco et Lee Stuesser, *The Law of Evidence*, 4^e éd. (Toronto : Irwin Law, 2005), p. 212.

⁶¹ Robyn M. Ryan Bell et Rebecca Huang, « *Communications in Furtherance of Unlawful Conduct – an Exception to Solicitor Client Privilege* » (document présenté à la conférence de FJP de l'Association du Barreau de l'Ontario *Privilege, Confidentiality and Conflicts of Interest: Traversing Tricky Terrain*, 23 octobre 2008, Toronto).

⁶² La suite de cette section puise largement, et avec la reconnaissance de l'auteur du présent document de discussion, dans l'excellent document de Ryan Bell et Huang, *ibid.*

⁶³ *Goldman, Sachs & Co. c. Sessions* (1999), 38 C.P.C. (4th) 143 (BCSC).

même s'ils ne sont interdits par aucune loi, ils portent atteinte aux droits légaux d'autres citoyens et peuvent faire l'objet de recours légaux. Ils sont donc contraires à la loi⁶⁴.

Dans une affaire antérieure, la Cour suprême de la Colombie-Britannique avait jugé qu'un manquement à des obligations fiduciaires ou une violation de contrat suffit à justifier la dérogation au privilège du secret professionnel de l'avocat⁶⁵.

Le point de vue large a été exprimé par le juge Perell de la Cour supérieure de l'Ontario, en 2007, dans l'affaire *Dublin c. Montessori Jewish Day School of Toronto*⁶⁶, évoquée dans l'introduction plus haut. Dans cette affaire, le requérant poursuivait pour préjudice moral infligé intentionnellement ou par négligence, violation de fiducie, négligence et abus de confiance. Se posait la question de savoir si un courriel entre l'intimée et son avocat relevait de l'exception en cas de crime ou de fraude. Les requérants soutenaient que le courriel [TRADUCTION] « témoignait de la malice et de la mauvaise foi de l'intimée⁶⁷ ». Le juge Perell a essentiellement souscrit à la remarque incidente de *Goldman Sachs* assimilant des actes criminels ou délictueux à des actes illégaux qui vident le caractère privilégié des communications entre avocat et client⁶⁸. Vu que le courriel *pouvait* démontrer l'intention de l'intimée d'infliger un préjudice moral au requérant, le juge Perell a estimé qu'il n'était pas protégé et en a ordonné la divulgation. Tout à son honneur, le juge Perell a reconnu que sa décision pouvait susciter la controverse. La Cour divisionnaire a autorisé un pourvoi, mais l'appel a été abandonné de sorte que la question n'a pas été réglée.

Le point de vue étroit refuse d'appliquer l'exception en cas de crime ou de fraude à des affaires mettant en cause des allégations de violation de contrat, de mauvaise foi ou d'autre conduite délictueuse. Par exemple, dans une affaire où il y avait allégation de mauvaise foi de la part d'une municipalité dans la délivrance d'un permis de construire, le requérant demandait la divulgation de l'avis donné par l'avocat de la ville au conseil municipal lors de réunions à huis clos⁶⁹. La cour a refusé d'appliquer l'exception en cas de crime ou de fraude à de la « mauvaise foi », que ce soit dans le cadre d'une violation de contrat ou du délit d'incitation à une violation de contrat.

Comme l'indiquent Ryan Bell et Huang, il y a une catégorie intermédiaire d'affaires où un critère d'actes « assimilables à la fraude » a été appliqué. Dans ces affaires, les tribunaux ont soit démontré, soit exprimé une disposition à étendre l'exception en cas de crime ou de fraude à certaines catégories limitées d'actes délictueux. En font partie des cas d'allégation de mauvaise foi « assimilable à la fraude », par exemple dans la violation d'une ordonnance judiciaire⁷⁰.

La distinction entre ces trois voies est importante; il s'agit du domaine le plus dynamique et le plus incertain en ce qui concerne les exceptions au privilège. Il en ressort que malgré les solides assises du privilège en droit canadien depuis au moins deux siècles, les tribunaux canadiens peinent encore à définir les paramètres qu'il convient de lui conférer. Une plus ample réflexion s'impose sur

⁶⁴ *Ibid.*, para. 16.

⁶⁵ *Northwest Mettech Corp. c. Metcon Services Ltd* (1997), 78 C.P.R. (3d) 86 (BCSC).

⁶⁶ *Dublin c. Montessori Jewish Day School of Toronto* (2007), 85 O.R. (3d) 511 (SCJ), autorisation de pourvoi accordée [2007] O.J. No. 5239 (SCJ); avis de désistement déposé le 2 avril 2008 (*supra* note 44 dans Ryan Bell et Huang, *supra* note 61).

⁶⁷ *Ibid.*, para. 22.

⁶⁸ *Ibid.*, para. 42.

⁶⁹ *Rocking Chair Plaza (Bramalea) Ltd. c. Brampton (City)*, 1988 CarswellON 445 (Ont. H.C.).

⁷⁰ Voir l'analyse aux p. 11 à 13 dans Ryan Bell et Huang, *supra* note 61.

les ramifications d'une exclusion des communications servant à commettre un délit et en particulier une violation de contrat. Il n'est pas rare qu'un client – qu'il s'agisse d'un étudiant universitaire ou d'une personne d'affaires avisée – demande à un avocat comment échapper à un contrat. Et qu'en est-il si une victime de violence familiale demande conseil pour échapper à une relation problématique quand elle vit dans un appartement loué avec son partenaire violent? Il n'y a qu'une distinction subtile entre l'avocat qui indique les ramifications juridiques d'une violation de contrat et le client qui cherche des conseils sur la façon de violer un contrat. Dans le domaine de l'activité criminelle et frauduleuse, les tribunaux ont, à juste titre, été disposés à examiner et définir cette distinction. Les difficultés et les enjeux sont bien plus grands quand il s'agit d'appliquer l'exception de façon plus vaste aux délits et aux violations de contrat.

IV. L'état du privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client sur le plan international

Le privilège du secret professionnel de l'avocat au Canada présente à différents niveaux des liens à la scène internationale. D'abord, il s'agit d'un concept de common law qui existe dans d'autres pays de common law. Les tribunaux canadiens ont montré très peu d'intérêt à tenir compte de la doctrine d'autres ressorts, sinon pour invoquer fréquemment d'anciens précédents. Bien qu'ils favorisent la jurisprudence anglaise du XIX^e siècle, ils finiront sans doute par porter plus d'attention au traitement actuel du privilège du secret professionnel de l'avocat dans d'autres ressorts. Ce sera sans doute en raison de la deuxième considération. Le travail d'avocat au Canada est de plus en plus transnational, et lorsque les avocats se penchent sur des transactions transnationales ou des litiges internationaux, il est essentiel de savoir que la loi de la Communauté européenne ne prévoit pas de privilège à l'égard des communications avec un avocat interne, et que la loi américaine ne reconnaît pas de privilège de l'intérêt commun en dehors d'un procès. Enfin, le privilège du secret professionnel de l'avocat au Canada risque de subir des pressions de sources internationales du fait de l'adhésion du Canada à des organisations internationales vouées à la lutte contre le financement du terrorisme, le blanchiment d'argent et la fraude des sociétés. Pour ces raisons et d'autres encore, il importe de faire le point sur l'état du privilège du secret professionnel de l'avocat à l'échelle internationale. Dans chacun des ressorts examinés ci-dessous, j'aborde les thèmes clés concernant le privilège et je cerne les différences importantes par rapport au privilège du secret professionnel de l'avocat au Canada.

A. Les États-Unis : Le privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client menacé

La loi et la pratique des États-Unis en matière de privilège sont pertinentes parce qu'elles sont une source d'abondantes informations sur de nombreuses situations dans lesquelles des avocats canadiens et leurs clients peuvent se trouver, souvent sans jurisprudence canadienne pertinente. En outre, les avocats canadiens et leurs clients font de plus en plus des transactions transfrontalières auxquelles la loi américaine peut s'appliquer. Les avocats canadiens peuvent s'inquiéter de deux tendances générales à l'égard du privilège des communications entre avocat et client aux États-Unis : une relevant de la loi et une relevant de la pratique. Toutes deux ont sensiblement affaibli le privilège au sud de la frontière.

La « guerre à la terreur » menée par les États-Unis a entraîné plusieurs assauts contre le privilège. Bien que la *USA PATRIOT Act of 2001* ait conféré de nombreux puissants pouvoirs juridiques au gouvernement américain, son incidence sur le privilège a été indirecte. Des commentateurs ont situé son influence au niveau subtil du manque de certitude quant à la protection des communications entre un client et son avocat : [TRADUCTION] « le simple fait que le client puisse s'inquiéter de la possibilité que le gouvernement écoute secrètement des communications confidentielles amènera d'ailleurs certainement des clients à éviter de transmettre de l'information à leurs avocats⁷¹ ». Une attaque plus directe a été lancée contre le privilège un mois après le 11 septembre 2001, lorsque le procureur général Ashcroft a émis une ordonnance du *Federal Bureau of Prisons* autorisant l'écoute des conversations entre avocat et client dans les

⁷¹ Tom D. Snyder Jr., « *A Requiem for Client Confidentiality?: An Examination of Recent Foreign and Domestic Events and Their Impact on the Attorney-Client Privilege* » (2004) 50 *Loy. L. Rev.* 439, p. 454.

prisons fédérales sur la foi d'un [TRADUCTION] « motif raisonnable de croire qu'un détenu donné pourrait utiliser les communications avec des avocats ou leurs agents en vue de commettre ou de faciliter des actes de terrorisme⁷² ». La règle a été sévèrement critiquée, mais a été reformulée et adoptée en 2007⁷³. Le gouvernement fédéral a volontairement mis fin en 2007 au programme d'écoute sans mandat de la *National Security Agency*, mais des théoriciens ont soutenu que [TRADUCTION] « tant que l'exécutif du gouvernement insiste qu'elle peut légalement intercepter des communications sans contrôle judiciaire, les plaignants ne peuvent pas être sûrs de la confidentialité de leurs communications avec leurs avocats⁷⁴ ». D'aucuns font valoir que ce spectre de la surveillance produit un effet dissuasif minant la disposition des clients à révéler de l'information à leurs avocats⁷⁵.

L'autre événement marquant de 2001 pour le privilège du secret professionnel de l'avocat est l'effondrement d'Enron. Dans la foulée des scandales de 2001 dans le monde des entreprises, deux réactions distinctes mais connexes du gouvernement ont érodé l'efficacité du conseiller juridique d'entreprise et le privilège du secret professionnel de l'avocat dont bénéficient les entreprises. La *Sarbanes-Oxley Act* a fait des conseillers juridiques d'entreprises des chiens de garde gouvernementaux de fait, tandis que des changements apportés aux lignes directrices du département de la Justice des États-Unis (DOJ) sur la détermination de la peine ont fortement motivé les entreprises à renoncer à tout privilège existant. L'effet combiné de ces mesures a produit un important recul des protections assurées aux communications des entreprises avec leurs avocats, voire à une dégradation générale de l'efficacité du conseiller juridique d'entreprise.

Les avocats canadiens connaissent bien la *Sarbanes-Oxley Act*, et l'ABC a présenté à la SEC des observations traduisant des inquiétudes quant à l'incidence du projet de *Rules of Professional Responsibility for Attorneys* sur la relation entre les avocats canadiens et leurs clients. Ces règles ont imposé une obligation de signaler aux échelons successifs de la hiérarchie d'une société les cas soupçonnés d'inconduite, ce qui a généralement été perçu comme un changement majeur par rapport au principe du rôle de l'avocat qui est au service de son client, en faveur d'un rôle de « chien de garde », dans lequel les avocats protègent l'intérêt public face aux grandes entreprises qui les emploient⁷⁶. Le seuil de déclaration en vertu de la règle de la SEC est généralement considéré comme étant relativement peu élevé et imprécis. À l'opposé, la règle modèle 1.13 révisée de l'*American Bar Association* (ABA) exige une *connaissance réelle* d'une infraction importante. L'écart entre le droit substantif et la règle d'éthique a eu pour effet d'inciter les avocats à dénoncer un client en cas de violations soupçonnées des lois sur les valeurs mobilières en fonction du critère plus exigeant de soupçons *raisonnables* plutôt que de suivre les lignes directrices de l'ABA⁷⁷.

⁷² *National Security; Prevention of Acts of Violence and Terrorism*, 66 Fed. Reg. 55,062 (31 octobre 2001) (codifié : 28 C.F.R. §§ 501.2, 501.3 (2003)).

⁷³ *Federal Register* : 4 avril 2007 (volume 72, n° 64), en ligne : <www.thefederalregister.com/d.p/2007-04-04-E7-6265>.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Voir par exemple Paul D. Paton, « *Corporate Counsel as Corporate Conscience: Ethics and Integrity in the Post-Enron Era* » (2006) 84 *Can. Bar Rev.* 533; Paul D. Paton, « L'indépendance du barreau et l'intérêt du public comme impératif : les avocats doivent-ils agir comme "chiens de garde", comme dénonciateurs ou comme instruments de l'État? » dans Barreau du Haut-Canada,

au (Toronto : Irwin Law, 2007).

⁷⁷ Snyder Jr., *supra* note 71, p. 453.

La loi *Sarbanes-Oxley* a aussi pour effet d'accroître la vulnérabilité d'employés pris individuellement, y compris les conseillers juridiques d'entreprises. En élargissant la définition d'« obstruction » et en rehaussant les pénalités possibles pour inconduite criminelle de la part d'un particulier⁷⁸, la loi [TRADUCTION] « augmente le risque de sanctions pénales pour les gestionnaires et administrateurs d'entreprises⁷⁹ ». Paul Paton, jadis rattaché à la Faculté de droit de l'Université *Queen's* et aujourd'hui directeur du projet *Ethics Across the Professions Initiative* à la Faculté de droit McGeorge de l'*University of the Pacific*, mène actuellement des recherches sur la poursuite, par la SEC, en vertu de la loi *Sarbanes-Oxley*, de chefs de contentieux de sociétés.

Alors que la loi *Sarbanes-Oxley* risquait en fin de compte de dissuader la communication avec les avocats internes par crainte de poursuites individuelles, les modifications aux lignes directrices du DOJ sur la détermination de la peine ont encore miné davantage la valeur réelle du privilège des communications entre avocat et client dans le contexte de l'entreprise. En 1999, le DOJ a dressé une liste de critères à l'intention des magistrats du ministère public devant décider de porter des accusations contre une entreprise. Parmi ces facteurs, le document soulignait l'importance de la coopération d'une entreprise à une enquête. En particulier, la renonciation au privilège serait bien considérée. Le DOJ utilise par ailleurs les ententes d'ajournement de poursuites (*Deferred Prosecution Agreement* – DPA) comme une forme de probation : le gouvernement accepte de suspendre des accusations à l'encontre d'une entreprise [TRADUCTION] « tant que l'entreprise s'acquitte des obligations précisées dans le “contrat” détaillé »⁸⁰. Il serait difficile de surestimer l'importance de l'incidence des DPA sur le privilège : il semble que presque 80 % des DPA conclus avant juin 2006 comprenaient une renonciation au privilège⁸¹. Entre 2003 et 2007, le DOJ a conclu deux fois autant de ces DPA que dans les dix années précédentes⁸². Le gouvernement fédéral n'a adopté aucune loi ou réglementation touchant le privilège, mais a créé au moyen de son pouvoir d'établissement de politiques une « culture de la renonciation » à l'égard du privilège des communications entre avocat et client au sein des entreprises.

Comme les entreprises coupables d'infractions pénales ne peuvent pas être punies de la même façon que des particuliers, une des principales formes de sanction est l'imposition de fortes amendes⁸³. En se méritant un « crédit de coopération », une entreprise peut non seulement réduire les amendes potentielles en vertu des lignes directrices sur la détermination de la peine, mais aussi complètement éviter toute mise en accusation. C'est pourquoi les entreprises visées par une enquête criminelle sont soumises à une intense pression d'accumuler autant de crédits que

⁷⁸ La Loi comprend une disposition sur la responsabilité à l'égard de la fraude d'une entreprise, qui criminalise expressément la modification frauduleuse d'un document ou autre entrave à une instance officielle, et impose une peine maximale de 20 ans d'emprisonnement à quiconque [TRADUCTION] « altère, détruit, mutilé ou dissimule un dossier, un document ou un autre objet, ou tente de le faire, en vue de miner l'intégrité de l'objet ou sa disponibilité aux fins d'une instance officielle ». Id. § 1102, 18 U.S.C. § 1512(c) (Supp. III 2003). La Loi tient aussi pour criminellement responsable [TRADUCTION] « quiconque sciemment altère, détruit, mutilé, dissimule, cache ou falsifie un dossier, un document ou un autre objet tangible ou y fait une fausse inscription dans l'intention d'entraver, gêner ou influencer une enquête ou l'administration efficace de toute affaire relevant de la compétence d'un ministère ou organisme des États-Unis ». Id. § 802, 18 U.S.C. § 1519.» (Voir Lisa Kern Griffin, « *Compelled Cooperation and the New Corporate Criminal Procedure* » (2007) 82 NYU L.Rev. 311, p. 331).

⁷⁹ *Ibid.*, p. 334.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 321.

⁸¹ Cindy A. Schipani, « *The Future of the Attorney Client Privilege in Corporate Criminal Investigations* » (2009) 34 DJCL 3, p. 50.

⁸² Griffin, *supra* note 78, p. 323.

⁸³ Katherine M. Weiss, « *Upjohn Co. v. United States as Support for Selective Waiver of the Attorney-Client Privilege in Corporate Criminal Investigations* » 48 British Columbia Law Review 523.

possible, fût-ce en révélant des documents privilégiés qui exposeraient des employés à d'éventuelles poursuites pénales⁸⁴.

Le DOJ a reconnu l'incidence de ses politiques sur le privilège et a tenté de les atténuer dans une certaine mesure. Cependant une fois que des habitudes culturelles ont pris racine, il est difficile de les éliminer. En 2008, le DOJ a expressément interdit aux magistrats du ministère public de demander une renonciation au privilège, quelles que soient les circonstances. Pourtant nombreux sont ceux qui estiment que les entreprises faisant l'objet d'une enquête gouvernementale se sentent encore pressées de renoncer volontairement au privilège⁸⁵. En 2007 et de nouveau en 2009, des projets de loi ont été présentés au Sénat américain pour tenter de parer à l'incidence des politiques du DOJ. La *Attorney-Client Privilege Protection Act* interdirait aux magistrats du ministère public fédéral de demander une renonciation au privilège et d'utiliser une affirmation du privilège comme facteur servant à déterminer si une entreprise a coopéré avec le gouvernement⁸⁶.

Certains se méfient de l'*Attorney-Client Privilege Protection Act*, prétendant qu'elle est [TRADUCTION] « l'enfant du puissant lobby des entreprises déterminé à récupérer du terrain perdu dans le contexte de l'après-Enron⁸⁷ ». Il ne s'agit pas d'un point de vue inhabituel. L'argument général en faveur d'une renonciation obligatoire est que les entreprises n'ont tout simplement pas besoin d'avantages en plus de ceux dont ils bénéficient déjà. Vu la quantité de documents produits par les entreprises, l'argument veut que le gouvernement doive utiliser les rapports internes existants, qui sont de plus en plus couramment créés par les avocats internes. Il semble que la « culture de la renonciation » subsiste peut-être, et pourrait avoir changé la perception générale de la façon dont le privilège devrait être appliqué aux entreprises. En août 2010, la nouvelle version de l'*Attorney-Client Privilege Protection Act* était à l'étude aux mains du comité judiciaire du Sénat. Elle est appuyée par l'ABA, qui a dit espérer qu'elle soit adoptée par le Congrès dans l'année à venir.

De nombreux autres aspects de la loi et de la pratique à l'égard du privilège des communications entre avocat et client sont susceptibles d'intéresser les avocats canadiens. Tout le domaine du privilège dans le contexte de l'entreprise est sous-analysé au Canada, alors que la jurisprudence et l'analyse sont abondantes aux États-Unis. Les questions évoquées ci-dessus soulèvent des préoccupations plus vastes auprès d'un public canadien. D'abord, elles démontrent la mesure dans laquelle des législatures ont été prêtes à empiéter sur le privilège ou l'écartier, surtout à la faveur d'une cause populiste. Deuxièmement, elles montrent la disposition du pouvoir exécutif à empiéter sur le privilège par une variété de moyens différents. Troisièmement, elles soulignent l'importance de la pratique à l'égard du privilège, comme le montre la « culture de la renonciation des entreprises » qui s'est développée aux États-Unis dans la dernière décennie. Selon la loi, le privilège ne semble guère différent aux États-Unis ou au Canada. Dans la pratique, il est très différent. Ce thème reviendra quand nous aborderons le sujet de la transparence gouvernementale.

B. Le Royaume-Uni : La common law et la souveraineté parlementaire

Le privilège du secret professionnel de l'avocat au Canada a ses racines de l'autre côté de l'Atlantique, au Royaume-Uni, mais a évolué de façon très différente au Canada. Les tribunaux et les

⁸⁴ Schipani, *supra* note 81, p. 51.

⁸⁵ Schipani, *ibid.*, p. 52.

⁸⁶ *Federal Evidence Review*, en ligne (uniquement en anglais) : <<http://federalevidence.com/pdf/2009/Misc/S.445.ACPrivPro09.pdf>> .

⁸⁷ Liesa L. Richter, « *The Power of Privilege and the Attorney-Client Privilege Protection Act: How Corporate America Has Everyone Excited About the Emperor's New Clothes* » (2008) 43 *Wake Forest L. Rev.* 979, p. 982.

avocats canadiens invoquent volontiers des précédents anglais du XIX^e siècle mais sont moins portés à reconnaître des faits plus modernes. Le privilège a évolué de façons différentes dans chaque ressort. Au Royaume-Uni, il reste une doctrine de common law soumise à des restrictions imposées par la loi, conformément à la doctrine de la suprématie du Parlement.

Le Royaume-Uni n'utilise plus l'expression « *Solicitor-Client Privilege* » sauf à titre historique. Plutôt, le privilège du secret professionnel de l'avocat est une seule doctrine comportant deux volets : le privilège de la consultation juridique et le privilège relatif au litige. Le privilège relatif à la consultation juridique vise [TRADUCTION] « les communications entre les avocats et leurs clients quand des avis juridiques sont demandés ou donnés⁸⁸ », ce qui correspond à ce que nous reconnaissons comme le privilège du secret professionnel de l'avocat. En 2006, la Cour suprême a explicitement rejeté la doctrine des « deux composantes d'un même concept » de *Blank*. Au Canada, nous traitons le privilège du secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige comme des doctrines distinctes ayant des justifications, des règles et des exceptions distinctes, bien qu'elles puissent parfois se recouper dans leur application. Au Royaume-Uni et dans les autres ressorts de common law examinés plus loin, les deux priviléges sont traités ensemble sous la rubrique du privilège du secret professionnel de l'avocat.

La portée du privilège de la consultation juridique est plus limitée que celle du privilège du secret professionnel de l'avocat au Canada. La *Law Society of England and Wales* explique que, selon la jurisprudence, les éléments suivants sont visés ou non par le privilège de la consultation juridique :

- les documents relatifs aux transferts de propriété immobilière ne sont pas des communications;
- ne le sont pas non plus les livres comptables tenus à l'égard des fonds du client;
- ne le sont pas non plus des agendas ou des relevés d'heures dans un dossier, une feuille de temps ou des notes d'honoraires d'un client;
- tandis que les mémoires de dépens et les relevés de compte produits par un avocat sont privilégiés;
- les notes sur une audience publique ou des conversations, de la correspondance ou des rencontres avec des avocats opposés ne sont pas privilégiées puisque le contenu de la communication n'est pas confidentiel⁸⁹.

Un grand nombre de ces éléments seraient considérés comme privilégiés en droit canadien.

Le critère déterminant du privilège du secret professionnel de l'avocat est le critère de l'objet principal. Il s'applique manifestement au volet du privilège relatif au litige⁹⁰, mais il est moins évident qu'il puisse être appliqué au volet du privilège de la consultation juridique, même s'il l'a été à l'occasion⁹¹. Cependant, il a rarement été utilisé pour déterminer ce qui est visé par le privilège de la consultation juridique. Il est habituellement inutile de l'appliquer dans la pratique

⁸⁸ *Three Rivers District Council and others c. Governor and Company of the Bank of England* (No 6), [2004] UKHL 48, [2005] 1 AC 610, para. 10.

⁸⁹ *Law Society of England and Wales, Money Laundering Legislation: Guidance for Solicitors*, 3^e éd., c. 4, en ligne : www.lawsociety.org.uk/professional/conduct/guideonline/view=page.law?POLICYID=225072.

⁹⁰ *Waugh c. British Railways Board*, [1980] A.C. 521, p. 533.

⁹¹ Voir *The Sagheera*, [1997] 1 Lloyd's Rep. 160, dont il est question dans Colin Passmore, « *The Dominant Purpose of Privilege* » (1996) 146 *NLJ* 1687, p. 1687.

puisque les tribunaux anglais ont donné une vaste portée au privilège de la consultation juridique⁹². Il reste toutefois digne de mention parce que les tribunaux canadiens n'ont pas précisé de seuil pour l'application du privilège du secret professionnel de l'avocat. Dans certaines affaires, un point de vue extrêmement vaste a été adopté à l'égard du privilège du secret professionnel de l'avocat, apparemment jusqu'à permettre son application dès qu'un avocat est présent et qu'un avis juridique pourrait être donné à une date ultérieure, même si l'avis juridique n'est pas l'objet d'une rencontre⁹³.

Au Royaume-Uni, la common law a été réticente à reconnaître des exceptions au privilège du secret professionnel de l'avocat. En 1995, la Chambre des lords a expressément rejeté une exception concernant la « démonstration de l'innocence de l'accusé », affirmant que [TRADUCTION] « si la recherche d'un équilibre n'a jamais été requise dans le cas du privilège du secret professionnel de l'avocat, elle s'est faite une fois pour toutes au XVI^e siècle et les conclusions ont depuis lors été appliquées uniformément dans chaque cas, quelle que soit la situation particulière de chaque client⁹⁴ ». Il va sans dire qu'il n'y a pas d'exception au privilège au titre de la sécurité publique. La seule exception qui serait reconnue est celle du crime ou de la fraude. Cependant, son traitement sous la loi britannique renforce le point de vue exprimé plus haut qu'un cas de crime ou de fraude serait traité comme une exclusion plutôt qu'une exception. En somme, les communications servant à la perpétration d'un crime ou d'une fraude ne sont pas considérées comme étant privilégiées⁹⁵. La portée de l'exclusion au Royaume-Uni est incertaine, quoique pas autant qu'au Canada. Un tribunal a affirmé que l'exception vise, sans s'y limiter, [TRADUCTION] « le délit de la déception y compris toutes les formes de fraude et de malhonnêteté comme un abus de confiance frauduleux, un complot frauduleux, la duperie et autres supercheries », mais pas « le délit d'incitation à une violation de contrat ou la forme précise de complot invoquée dans la présente affaire⁹⁶ ». Les cas de crime ou de fraude continuent d'être tranchés au cas par cas dans les tribunaux du Royaume-Uni.

Si le Royaume-Uni a reconnu le privilège du secret professionnel de l'avocat, le Parlement peut l'écartier soit expressément, soit par implication nécessaire⁹⁷. Le Parlement du Royaume-Uni l'a fait à plusieurs occasions notables. La *Freedom of Information Act 2000*⁹⁸ contient une clause permettant d'écartier le privilège au nom de l'intérêt public dans le même esprit que ce qui avait été demandé en vain dans l'affaire *Criminal Lawyers' Association*⁹⁹. En 2009, la Chambre des lords a statué que la *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* permettait la surveillance secrète des communications entre des avocats et leurs clients visées par le privilège du secret professionnel de l'avocat, nonobstant tout droit prévu par la loi qu'ont des personnes en détention de consulter confidentiellement leurs avocats¹⁰⁰.

⁹² Charles Hollander, « Privilege: Legal Professional Privilege » dans Hodge M. Malek, dir. *Phipson on Evidence* (Londres : Sweet & Maxwell, 2010), p. 687.

⁹³ Voir par exemple *Ontario (Ministry of Environment) c. McCarthy Tétrault* (1992), 95 D.L.R. (4th) 94, [1992] O.J. No. 1680 (Prov. Ct.). Cette affaire a été critiquée. Voir Allan C. Hutchinson, *Legal Ethics and Professional Responsibility*, 2^e éd. (Toronto : Irwin Law, 2006), p. 116-117.

⁹⁴ *R. c. Derby Magistrates Court, ex p. B*, [1995] UKHL 18, [1995] 4 All ER 526, para. 63.

⁹⁵ *Dubai Aluminum Co Ltd. c. Al Alawi*, [1999] 1 All ER 703.

⁹⁶ *Crescent Farm (Sidcup) Sports Ltd. c. Sterling Offices Ltd and another*, [1971] 3 All ER 1192 at 1200.

⁹⁷ *R. (on the application of Morgan Grenfell & Co Ltd.) c. Special Commissioner of Income Tax*, [2002] UKHL 21.

⁹⁸ 2000, c. 36 (U.K.).

⁹⁹ *Supra* note 11.

¹⁰⁰ *Re McE (Northern Ireland)*, [2009] UKHL 15.

L'enquête sur l'Irak représente un développement important en ce qui concerne le privilège. Lors de cette enquête, le gouvernement a renoncé en bloc au privilège, de sorte que des documents privilégiés ont été divulgués et des conseillers juridiques gouvernementaux de haut rang ont donné des témoignages dramatiques sur les avis juridiques qu'ils avaient donnés. Ce développement va à l'encontre des grandes déclarations de la Chambre des lords à l'effet qu'il ne peut y avoir aucune exception au privilège.

C. L'Australie : Le critère de l'objet principal et l'influence de la législation

En Australie, le privilège du secret professionnel de l'avocat relève à la fois de la common law et de la loi. Ses aspects les plus notables sont qu'il est défini et limité par la loi et que le « critère de l'objet principal » s'y applique. *L'Evidence Act*¹⁰¹ de l'Australie fixe la portée du privilège :

[TRADUCTION]

Une preuve ne sera pas admise si, un client s'y opposant, le tribunal juge que l'admission de la preuve entraînerait la divulgation :

- (a) d'une communication confidentielle entre le client et un avocat; ou
- (b) d'une communication confidentielle entre deux avocats ou plus agissant pour le compte du client; ou
- (c) du contenu d'un document confidentiel (livré ou non) préparé par le client, l'avocat ou une autre personne; lorsque l'objet principal consiste à ce que l'avocat, ou l'un ou l'autre des avocats, donne un avis juridique au client¹⁰².

Cette disposition protège donc à la fois une « communication confidentielle » et un « document confidentiel » au titre du privilège du secret professionnel de l'avocat. La Loi définissait précédemment ces deux expressions¹⁰³. *L'Evidence Act* est une loi fédérale, et elle s'applique seulement dans une cour fédérale ou une cour du Territoire de la capitale de l'Australie¹⁰⁴. Certains États ont adopté des lois comportant des dispositions analogues¹⁰⁵.

Les lois de l'Australie protègent uniquement les communications dont « l'objet principal » consiste à donner un avis juridique à un client¹⁰⁶, et le même critère s'applique en common law australienne. Auparavant, l'Australie utilisait un critère de « l'objet unique », que la Haute Cour de l'Australie avait justifié comme suit :

¹⁰¹ *Evidence Act 1995 (Cth.) (Evidence Act).*

¹⁰² *Ibid.*, art. 118.

¹⁰³ *Ibid.*, art. 117.

¹⁰⁴ *Ibid.*, para. 3.

¹⁰⁵ Voir *Evidence Act* (Nouvelle-Galles du Sud) et *Evidence Act 2001* (Tasmanie).

¹⁰⁶ Critère d'abord utilisé par la Chambre des lords du Royaume-Uni dans l'affaire *Waugh c. British Railways Board*, [1980] AC 521, [1979] 2 All ER 1169.

[TRADUCTION]

à moins que la loi ne limite le privilège du secret professionnel de l'avocat aux documents qui ont été créés dans l'unique but de demander un avis de conseillers juridiques ou de servir dans une instance judiciaire, le privilège s'étendra au-delà de ce que veut sa justification sous-jacente et conférera à une personne morale un avantage et une immunité dont ne bénéficie pas une personne ordinaire¹⁰⁷.

Le critère de l'objet principal est donc un assouplissement du critère applicable, et il fait en sorte que davantage d'information soit protégée par le privilège du secret professionnel de l'avocat.

En définissant le critère applicable au privilège du secret professionnel de l'avocat, les tribunaux australiens se sont inquiétés de la possibilité d'assurer aux communications des entreprises une protection dont ne bénéficient pas les personnes physiques. La Haute Cour de l'Australie a renoncé au critère de l'objet unique en faveur de l'objet principal en 1999, en partie en raison de la rigidité du critère de l'objet unique et de la conviction qu'il restreignait injustement la portée du privilège, et qu'il ne concordait pas avec la common law d'autres ressorts¹⁰⁸.

L'Evidence Act prescrit un code législatif complet concernant le privilège. Elle précise la portée du privilège et les circonstances dans lesquelles il est perdu. Le privilège ne s'applique pas à la présentation d'éléments de preuve qui se rapportent à une question sur les intentions ou la compétence d'un client ou d'une partie qui sont décédés. Il ne s'applique pas lorsqu'un tribunal serait par conséquent incapable d'appliquer une ordonnance judiciaire. Du reste il n'empêche pas de présenter en preuve une communication ou un document qui met en cause un des droits d'une personne. La Loi contient des dispositions explicites sur le consentement du client et sur la renonciation. Elle prévoit qu'il y a renonciation au privilège si le client ou la partie a sciemment et volontairement divulgué l'essentiel de la preuve à une autre personne, ou si l'essentiel de la preuve a été divulgué avec le consentement explicite ou implicite du client ou de la partie. À l'égard de la renonciation au privilège, la common law de l'Australie est conforme au droit général au Canada et dans d'autres ressorts du Commonwealth : la renonciation peut être explicite ou implicite.

La Loi précise aussi les circonstances où le client ne sera pas présumé avoir renoncé au privilège, y compris lorsque le client a divulgué l'essentiel de l'avis :

- dans le cadre d'une communication confidentielle ou de la préparation d'un document confidentiel; ou
- par suite d'une contrainte ou d'une déception ou parce qu'une loi l'y obligeait; ou
- dans le cas d'un organisme public ou d'un fonctionnaire, au ministre administrant la loi ou la partie d'une loi en vertu de laquelle l'organisme a été créé ou le fonctionnaire détient sa charge.

La Loi aborde aussi le privilège des co-clients et le privilège de l'intérêt commun. Elle reconnaît l'exception fondée sur l'intérêt commun, mais uniquement dans le cas d'un litige. Cette orientation est conforme à celle des États-Unis, mais différente de celle du Canada qui a appliqué le

¹⁰⁷ *Grant c. Downs* (1976), 11 ALR 577.

¹⁰⁸ *Esso Australia Resources Ltd c. Commissioner of Taxation of the Commonwealth of Australia*, [1999] HCA 67, (1999) 168 ALR 123 [Esso].

privilège de l'intérêt commun en dehors d'un litige. Quant au privilège des co-clients, la Loi le traite différemment dans les affaires pénales et les affaires civiles. Le privilège ne sera pas perdu dans le cas de la représentation conjointe de plusieurs clients par le même avocat. La loi empêche toutefois un défendeur dans une affaire criminelle de présenter une preuve mettant en jeu des communications confidentielles ou des documents confidentiels entre un codéfendeur et un avocat agissant pour cette personne dans le cadre d'une poursuite contre cette personne. Dans les instances civiles où il y a représentation conjointe, la Loi permet la présentation d'une preuve mettant en jeu une communication ou un document confidentiel concernant une des personnes ou un des avocats dans le contexte de l'affaire. Cette dichotomie rappelle qu'au Canada, une bonne part des règles de droit sur le privilège du secret professionnel de l'avocat ont pris forme dans le contexte pénal et ont souvent été appliquées automatiquement au contexte civil. Différents intérêts sont en cause dans chaque contexte, et les règles de droit sur le privilège ne devraient peut-être pas constituer une seule doctrine passe-partout.

En Australie, l'exception en cas de crime ou de fraude est bien établie dans la loi et dans la common law. Elle semble être plus vaste qu'au Royaume-Uni, quoique pas nécessairement aussi vaste que selon « le point de vue large » au Canada. *L'Evidence Act* a exclu du privilège toute communication qui a servi à la perpétration d'un crime ou d'une fraude, ou de toute infraction civile au sens ou en vertu de la loi australienne¹⁰⁹. La Loi exclut aussi du privilège les communications servant à un abus de pouvoir intentionnel¹¹⁰. La Loi précise que tous ces cas doivent être constatés s'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une fraude, un crime, une infraction ou un abus de pouvoir a eu lieu ou qu'il y avait une intention en ce sens¹¹¹. La jurisprudence sur l'exception en cas de crime ou de fraude a essentiellement le même effet¹¹².

En créant un code complet sur le privilège, *L'Evidence Act* de l'Australie rappelle aux Canadiens la valeur des initiatives de réforme du droit. Une initiative de réforme visant à codifier la common law du privilège au Canada obligerait les responsables des politiques et les législateurs à clarifier diverses questions qui en auraient besoin. Elle apporterait des indications utiles aux juges et davantage de certitude aux avocats et aux clients. *L'Evidence Act* de l'Australie illustre bien les questions qui doivent être abordées dans l'élaboration d'une telle codification.

D. La Nouvelle-Zélande : L'influence anglaise et le critère législatif

En Nouvelle-Zélande, le privilège du secret professionnel de l'avocat ressemble largement au privilège anglais. La raison en est que le Comité judiciaire du Conseil privé était le tribunal de dernière instance en Nouvelle-Zélande jusqu'en 2004, et que jusque-là, le plus haut tribunal de Nouvelle-Zélande avait explicitement choisi d'adhérer à la loi anglaise en ce qui concerne le privilège¹¹³.

La portée générale du privilège est la même en Nouvelle-Zélande et au Canada. Il y a toutefois une exception notable : selon la loi néo-zélandaise, les conversations entre un avocat et un client restent privilégiées même si elles ont été entendues par un tiers. Le tiers n'est pas autorisé à

¹⁰⁹ *Evidence Act*, alinéa 125(1)(a).

¹¹⁰ *Evidence Act*, alinéa 125(1)(b).

¹¹¹ *Evidence Act*, para. 125(2).

¹¹² *Attorney-General (NT) c. Kearney & Northern Land Council* (1985), 61 ALR 55.

¹¹³ *B. c. Auckland District Society*, [2003] UKPC 38, [2004] 4 All ER 269.

témoigner sur ce qu'il a entendu¹¹⁴. Il en va de même, peu importe comment le tiers en est venu à entendre les communications. Au Canada, la règle est moins favorable à l'information privilégiée¹¹⁵.

Comme le privilège du secret professionnel de l'avocat relève de la common law en Nouvelle-Zélande, il peut être écarté par le Parlement. Un tribunal néo-zélandais a jugé que le privilège [TRADUCTION] « peut être écarté ou abrogé uniquement par une loi indiquant clairement que telle est l'intention de la législature¹¹⁶ ». Par conséquent, il y a des cas en droit néo-zélandais où le privilège ne s'applique pas. Il en va ainsi, par exemple, en vertu de la *Tax Administration Act 1994*. La Loi présente d'abord une définition d'une communication protégée par le privilège du secret professionnel de l'avocat¹¹⁷ :

[TRADUCTION]

- (a) une communication confidentielle, orale ou écrite, entre –
 - i) un avocat à titre d'avocat et un autre avocat à titre d'avocat; ou
 - ii) un avocat à titre d'avocat et son client – directement ou par l'entremise d'un agent d'un ou l'autre; et
- (b) qui est faite ou créée en vue d'obtenir ou de donner un avis ou une aide juridique; et
- (c) qui n'est pas faite ou créée en vue de commettre un acte illégal ou fautif ou de favoriser la perpétration d'un tel acte.

La définition du privilège donnée dans la Loi permet au gouvernement de préciser clairement quels éléments sont privilégiés et lesquels ne le sont pas. La Loi établit expressément une exemption de la définition du privilège pour divers registres et états.

L'Evidence Act 2006 prévoit plusieurs cas où les communications entre un avocat et un client ne sont pas privilégiées, y compris certains cas relatifs aux comptes en fiducie des avocats.

Plus encore, la Loi confère à un juge le pouvoir de rejeter certaines revendications de privilège dans des cas mettant en jeu le crime ou la fraude, ou le droit à un procès équitable, ce qui dépasse le cadre de notre exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé. Un juge peut exercer ce pouvoir lorsqu'il existe une preuve *prima facie* que [TRADUCTION] « la communication a été faite ou reçue, ou l'information a été recueillie ou préparée dans un but malhonnête ou pour permettre à une personne de planifier ou de commettre ou pour l'aider à planifier ou commettre un acte dont la personne revendiquant le privilège savait ou aurait raisonnablement dû savoir qu'il constituait une infraction¹¹⁸ ». Dans l'optique du droit à un procès équitable, un juge peut rejeter une revendication de privilège s'il « est d'avis que l'admission en preuve de la communication ou de l'information est nécessaire pour permettre au défendeur dans une affaire criminelle de présenter une défense efficace¹¹⁹ ». Dans les deux cas, le titulaire du privilège a droit à l'immunité contre l'utilisation de la preuve et l'immunité contre l'utilisation de

¹¹⁴ *R. c. Uljee*, [1982] 1 NZLR 561, p. 570.

¹¹⁵ Jonathan Auburn, *Legal Professional Privilege: Law and Theory* (Oxford : Hart Publishing, 2000), p. 239.

¹¹⁶ *Rosenberg c. Jaine*, [1983] NZLR 1, p. 8.

¹¹⁷ *Tax Administration Act 1994* (N.-Z.), 1994/166, para. 20(1).

¹¹⁸ *Evidence Act 2006* No 69 (NZ), para. 67(1).

¹¹⁹ *Ibid.*, para. 67(2).

la preuve dérivée, conformément aux indications données par la Cour suprême du Canada dans *R. c. Brown*¹²⁰.

Le critère concernant la perte du privilège par suite d'une divulgation par inadvertance semble plus exigeant en Nouvelle-Zélande qu'au Canada. La Haute Cour de la Nouvelle-Zélande a conclu, à titre de règle générale, que si l'autre partie a pu examiner un document à l'égard duquel un privilège est revendiqué, ce privilège est perdu¹²¹. La cour conserve toutefois une certaine latitude, lui permettant de maintenir le privilège si la divulgation est le résultat d'une erreur évidente ou d'un acte frauduleux¹²². La jurisprudence canadienne à ce sujet est partagée. Les règles des tribunaux néo-zélandais et canadiens découlent de la règle énoncée dans *Calcraft*¹²³. Tandis que les tribunaux canadiens ont eu tendance à s'écartez de cette décision et à assurer une protection plus forte du privilège, les tribunaux néo-zélandais ont plutôt suivi la décision et imposent une obligation plus stricte à l'avocat et au client de préserver la confidentialité de toutes les communications privilégiées.

La loi néo-zélandaise offre une analyse plus nuancée et plus spécifique de l'application du privilège dans le cas de conseillers juridiques d'entreprises. Le privilège s'applique certes à ceux-ci, mais les tribunaux néo-zélandais l'ont assujetti à des exigences précises. Premièrement, le conseiller juridique d'entreprise doit agir en tant que conseiller juridique et non à titre d'administrateur ou de gestionnaire¹²⁴. Si son travail est effectué à titre d'administrateur ou de gestionnaire, ses conseils cessent d'être des avis juridiques et ne bénéficient dès lors pas d'un privilège. Deuxièmement, le conseiller juridique d'entreprise doit agir de façon indépendante de l'employeur¹²⁵. C'est-à-dire que l'avis donné doit l'être comme si l'entreprise était un client et non l'employeur du conseiller juridique.

E. L'Afrique du Sud : Entre la common law et la Constitution

En Afrique du Sud, le privilège du secret professionnel de l'avocat est en termes généraux délimité de la même façon que dans d'autres pays de common law. Comme ailleurs dans le Commonwealth, il comporte deux volets : le privilège de la consultation juridique et le privilège relatif au litige¹²⁶. En Afrique du Sud, le privilège du secret professionnel de l'avocat est par ailleurs passé du statut de règle de preuve à celui de droit substantiel. En 1983, alors que Nelson Mandela était toujours emprisonné, la cour avait jugé que, dans le cas de documents échangés entre lui et son avocat, tenus pour « privilégiés », le privilège ne l'emportait pas sur le pouvoir général du commissaire des prisons de confisquer des articles d'un prisonnier. Même si les documents visaient la prestation d'avis juridiques, le privilège ne les protégeait pas d'une saisie par des représentants gouvernementaux¹²⁷. Les tribunaux sud-africains ont depuis lors eu tendance à reconnaître le

¹²⁰ *Brown*, *supra* note 26.

¹²¹ *Corporate Group Holdings Ltd c. Corporate Resources Group Ltd*, [1991] 1 NZLR 115, para. 118 (H.C.).

¹²² *Ibid.*

¹²³ Voir *Calcraft c. Guest*, [1898] 1 QB 759.

¹²⁴ Brooke Whitaker et Mark Paton, « *What Flows from Three Rivers?* » (2005) *N.Z.L.J.* 237, para. 240.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Lane and Another NNO c. Magistrate, Wynberg*, 1997 (2) SA 869 (S. Afr. Const. Ct.).

¹²⁷ *Mandela c. Minister of Prisons*, [1983] 1 SA 938.

privilège du secret professionnel de l'avocat comme une règle de fond¹²⁸; aujourd'hui, ils la considèrent davantage comme un droit fondamental que comme une règle de preuve¹²⁹.

Au contraire du Royaume-Uni, il n'y a pas, en Afrique du Sud, de critère de l'« objet » pour déterminer si le privilège de la consultation juridique est d'application. Cette absence a suscité des commentaires de la part d'avocats de l'Afrique du Sud¹³⁰. La plupart des tribunaux font simplement remarquer que la communication doit viser à obtenir un avis juridique, mais sans préciser ce que cela signifie. En somme, la situation en Afrique du Sud est semblable à celle du Canada.

L'interaction avec la loi est peut-être l'aspect le plus intéressant du privilège du secret professionnel de l'avocat en Afrique du Sud. Les tribunaux sud-africains ont estimé que la loi devrait être interprétée de façon à protéger le privilège à moins qu'une disposition ne l'abroge expressément. À certains moments, la législature a expressément protégé le privilège. Par exemple, le *Protection of Personal Information Bill* qui a été présenté en 2009 prévoit de vastes pouvoirs de perquisition et de saisie¹³¹. Cependant, pour tenter d'éviter toute confusion sur la mesure dans laquelle des articles privilégiés sont soumis à des mandats de perquisition, le texte comprend une disposition qui crée une exception pour les articles privilégiés¹³².

Ce qui suscite peut-être le plus de discussion en ce qui concerne le privilège du secret professionnel de l'avocat et la loi en Afrique du Sud est la *Financial Intelligence Centre Act* (FICA)¹³³. La FICA a été promulguée en 2001, et elle contient des dispositions visant à sévir contre le blanchiment d'argent. Elle prévoit explicitement une exemption au titre du privilège du secret professionnel de l'avocat (mais non du devoir de confidentialité, plus large) quant aux exigences de déclaration par ailleurs prescrites par la Loi.

Le privilège du secret professionnel de l'avocat n'est pas protégé en vertu de la nouvelle Constitution de 1996 de l'Afrique du Sud, qui a été rédigée en s'inspirant largement de la *Charte*. Cependant, le privilège peut être invoqué en tant que limite à un droit constitutionnel en vertu de la clause restrictive de l'Afrique du Sud. Par exemple, la charte des droits de l'Afrique du Sud prévoit que chacun a un droit d'accès à l'information à l'encontre de l'État ou de toute personne qui détient de l'information nécessaire à l'exercice ou à la protection de ses propres droits¹³⁴. Un tribunal sud-africain a jugé que le privilège du secret professionnel de l'avocat constituait une limite raisonnable et justifiable au droit d'accès à l'information¹³⁵. Dans d'autres cas, les tribunaux ont cherché au cas par cas l'équilibre entre le privilège et le droit d'accès à l'information¹³⁶. Par exemple, dans un cas, le tribunal a ordonné au gouvernement de communiquer des documents décrivant la cause d'une surtension qui a occasionné des dommages. Le tribunal a reconnu que l'invocation du privilège du secret professionnel de l'avocat en opposition à un droit constitutionnel appelle un examen

¹²⁸ Voir *Cheadle Thompson & Haysom and Others c. Minister of Law & Order and Others*, [1986] 2 SA 279 et *S. c. Safatsa and Others*, [1987] ZASCA 150, [1988] 4 All SA 239 (S. Afr. S.C.).

¹²⁹ Voir *Safatsa, ibid. et Jeeva c. Receiver of Revenue, Port Elizabeth*, [1995] 2 SALR 433, p. 453 à 457.

¹³⁰ *Bowman Gilfillan Law Firm*, « *Corporate Internal Legal Advisers and the Legal Professional Privilege* », en ligne : The Legal 500 <www.legal500.com/c/south-africa/developments/3197>.

¹³¹ B9-2009, *Protection of Personal Information Bill*, 2009, art. 80.

¹³² *Ibid.*, art. 84.

¹³³ *Financial Intelligence Centre Act 2001*, No. 38, 2001.

¹³⁴ *Constitution of the Republic of South Africa, Act 108 of 1996*, art. 32.

¹³⁵ *Jeeva*, supra note 129.

¹³⁶ *Van Niekerk c. Pretoria City Council*, [1997] 3 SA 839.

minutieux¹³⁷. La démarche sud-africaine se distingue donc franchement de la démarche anglaise voulant que la conciliation du privilège avait été effectuée « une fois pour toutes » au XVI^e siècle¹³⁸.

F. L'Europe : Une approche fondée sur les droits de la personne et absence de privilège du secret professionnel pour les conseillers juridiques d'entreprises

En Europe, deux aspects essentiels sont associés au privilège du secret professionnel de l'avocat. Premièrement, le privilège est considéré comme un droit fondamental de la personne en vertu de la *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*¹³⁹; deuxièmement, selon le droit de l'Union européenne, les communications avec un conseiller juridique d'entreprise ne bénéficient d'aucun privilège. Il y a de fait deux conceptions du privilège du secret professionnel de l'avocat dans la Communauté européenne (CE). Pour cette raison, un commentateur a suggéré d'appeler le privilège du secret professionnel de l'avocat dans la CE le « privilège du secret professionnel de l'avocat indépendant », vu la grande différence de traitement des conseillers juridiques d'entreprises et des avocats indépendants en droit de la CE¹⁴⁰. La présente section porte sur le droit de la CE ayant trait au privilège, plutôt que sur le droit des 27 États membres de l'Union européenne¹⁴¹.

1. Approche fondée sur les droits

Le privilège du secret professionnel de l'avocat n'est pas explicitement protégé par le Traité de la CE ou par convention. Cependant, la jurisprudence de divers tribunaux de la CE a créé et élargi des droits existants de façon à assurer une protection particulière aux communications entre les avocats et leurs clients. L'application de ces droits semble avoir été étendue presque exclusivement aux relations avec des avocats indépendants plutôt qu'aux relations avec des conseillers juridiques d'entreprises, comme il en est plus amplement question dans la prochaine section.

La doctrine de la CE d'un privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client qui est fondé sur les droits, s'est dégagée à la fois du droit spécifique à un procès équitable (art. 6) et du droit général au respect de la vie privée (art. 8) prescrits par la *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*¹⁴². La Cour européenne des droits de l'homme a interprété le droit à un procès équitable de façon à englober une garantie de la confidentialité entre une personne accusée et son avocat, affirmant que [TRADUCTION] « si un avocat était incapable de discuter avec son client et de recevoir des instructions confidentielles sans une telle surveillance, son aide perdrait beaucoup de son utilité alors que la Convention est censée garantir des droits qui

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *R. c. Derby Magistrates*, [1995] 4 All ER 526, para. 63 (HL) – [TRADUCTION] « Le privilège du secret professionnel de l'avocat et l'immunité au titre de l'intérêt public sont tout aussi différents dans leurs origines que dans leur portée. En d'autres termes, si la recherche d'un équilibre a jamais été requise dans le cas du privilège du secret professionnel de l'avocat, elle s'est faite une fois pour toutes au XVI^e siècle et les conclusions ont depuis lors été appliquées uniformément dans chaque cas, quelle que soit la situation particulière de chaque client. »

¹³⁹ STE n° 005, 4 novembre 1950.

¹⁴⁰ Gavin Murphy, « Is it time to rebrand legal professional privilege in EC competition law? An updated look » (2009) 35 *Commonwealth Law Bulletin* 443.

¹⁴¹ Pour une excellente analyse du privilège en Europe, ressort par ressort, voir : Conseil des barreaux européens, « *The Professional Secret, Confidentiality and Legal Professional Privilege in Europe* » (CCBE, 2003), en ligne : <www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/update_edwards_repor1_1182333982.pdf>.

¹⁴² *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221.

sont pratiques et efficaces¹⁴³ ». Les tribunaux prennent souvent en compte le droit à un procès équitable dans les affaires mettant en cause la correspondance des prisonniers avec leurs avocats, étant donné que les politiques de nombreuses prisons européennes permettent l'examen de la correspondance entre les prisonniers à haut risque et leurs avocats¹⁴⁴. Le droit à un procès équitable a aussi été interprété de façon à englober un droit général de ne pas s'incriminer¹⁴⁵. Ce droit presuppose que, dans une affaire criminelle, la poursuite ne recourra pas à des éléments de preuve obtenus par des méthodes qui oppriment ou nient la volonté de l'accusé, y compris l'ingérence dans les communications avec un avocat, dont l'accusé s'attend à ce qu'elles restent confidentielles¹⁴⁶.

Le droit au respect de la vie privée en vertu de l'article 8 de la *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales* prévoit les protections les plus clairement définies et les plus souvent utilisées du privilège. L'article comprend deux paragraphes : le premier décrit les quatre domaines protégés, et le deuxième indique les exceptions que peut invoquer une autorité publique pour empiéter sur ces droits :

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Ces deux paragraphes ont été interprétés comme étant applicables à la relation entre avocat et client. La Cour européenne des droits de l'homme a élargi la définition de « domicile » et de « vie privée » de façon à englober certains locaux commerciaux en général et des cabinets d'avocats en particulier. La façon dont ces termes ont été interprétés est importante parce qu'elle a assuré des protections spéciales aux cabinets d'avocats. La plus forte protection du privilège est celle qui lui a été accordée par la Cour européenne des droits de l'homme, dans son interprétation du droit à la vie privée dans la correspondance, au sens de l'article 8 : la Cour a jugé que cette protection s'applique à la correspondance entre avocat et client¹⁴⁷. Cette protection a par la suite été étendue aux saisies d'une variété de supports, y compris des disques durs, ainsi qu'à la surveillance de conversations téléphoniques¹⁴⁸.

¹⁴³ *S. c. Switzerland*, App. No. 13325/87, 220 Eur. H.R. Rep. 670 (1991).

¹⁴⁴ Voir *Campbell c. U.K.*, App. No. 13590/88, 233 Eur. H.R. Rep. 137 (1993).

¹⁴⁵ Voir Taru Spronken et Jan Fermon, « *Protection of Attorney-Client Privilege in Europe* » (2009) 28 *Penn State International Law Review* 439, para. 447.

¹⁴⁶ *Ibid.* Voir aussi *Niemietz c. Germany*, App. No. 13710/88, 251-B Eur. H.R. Rep. 97, (1992), para 37.

¹⁴⁷ Ursula Kilkelly, *Le droit au respect de la vie privée et familiale : Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme* (Strasbourg : Direction générale des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2003).

¹⁴⁸ *Sallinen c. Finland*, App. No. 50882/99, 44 Eur. H.R. Rep. 18 (2007); *Kopp c. Switzerland*, App. No. 23224/94, 27 Eur. H.R. Rep. 91 (1999) et *Aalmoes c. Netherlands*, Eur. Ct. H.R. 16269/02 (2004).

À la différence des tribunaux canadiens, la Cour européenne des droits de l'homme a fondé le privilège sur des droits clairement énoncés. Ce faisant, toutefois, elle a fait en sorte que le privilège puisse plus facilement être surmonté par des exceptions relevant de l'« autorité publique »¹⁴⁹. En conséquence, des lois nationales visant à lutter contre le terrorisme et le crime organisé ont permis des empiètements de plus en plus importants sur les protections de l'article 8. En analysant la question sous l'angle de la proportionnalité, la Cour européenne des droits de l'homme a été plus disposée à trouver un compromis entre le besoin public et le privilège d'une façon qui est en général étrangère aux tribunaux anglais ou canadiens. Ainsi, la Cour a affirmé que « le souci d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu est inhérent à l'ensemble de la Convention¹⁵⁰ ».

Depuis 25 ans, les réactions des gouvernements à deux problèmes en particulier ont constamment empiété d'une manière générale sur les droits à la vie privée et, par extension, d'une manière spécifique sur le privilège : le terrorisme et le crime organisé. La Cour européenne des droits de l'homme, étant portée à respecter les motivations intérieures des États membres et étant chargée de trouver des principes communs à l'échelle de la CE, a consenti à un compromis qui, plus souvent qu'autrement, empiète sur le privilège. Dans une décision de 2002¹⁵¹, la Cour a jugé que les communications entre un prisonnier-terroriste et son avocat ne sont pas nécessairement protégées en vertu de la protection expresse assurée par l'article 8 à la correspondance. Dans les *Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme* du Conseil de l'Europe, le Conseil admet ouvertement que, s'agissant de terrorisme, il est « possible de prendre des mesures dérogeant au droit ordinaire¹⁵² » et que « [l]a Cour reconnaît qu'une lutte efficace contre le terrorisme impose d'interpréter avec une certaine souplesse certaines des garanties du procès équitable¹⁵³ ». En 2001, la Commission a élargi la portée de sa Directive de 1991 sur le blanchiment de capitaux, de manière à ce que celle-ci s'applique non seulement aux institutions financières, mais également aux avocats indépendants¹⁵⁴. Ces exigences de divulgation ont suscité d'importantes réticences de la part d'États membres. Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme a en dernier ressort jugé qu'il n'y avait pas d'empiètement parce que les dispositions pertinentes de la Directive excluent les communications destinées à préparer un procès¹⁵⁵.

2. Absence de privilège du secret professionnel pour les conseillers juridiques d'entreprises

Selon la loi de la CE, le privilège du secret professionnel de l'avocat s'applique uniquement à des « avocats indépendants »¹⁵⁶. C'est-à-dire que les communications avec des conseillers

¹⁴⁹ Spronken et Fermon, *supra* note 145, p. 449.

¹⁵⁰ Kilkelly, *supra* note 147, p. 32.

¹⁵¹ *Erdem c. Germany*, App. No. 38321/97, 35 Eur. H.R. Rep. 15 (2002).

¹⁵² *Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme adoptées par le Comité des Ministres le 11 juillet 2002 lors de la 804^e réunion des délégués des ministres* (Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe, 2002), p. 33.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 30.

¹⁵⁴ Directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux. Une troisième révision a été adoptée ultérieurement : COD 2004/0137, PE-CONS 3631/05, 9 août 2005. La Directive est maintenant publiée dans le Journal officiel L 309 du 25/11/2005, p. 15.

¹⁵⁵ Affaire C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone et autres c. Conseil des ministres* (CEJ, Grande Chambre) (2007) (non publiée).

¹⁵⁶ *AM & S Europe Limited c. Commission des Communautés européennes*, Rec. 1982, p. 01575.

juridiques d'entreprises ne sont pas protégées par le privilège. Les critères servant actuellement à déterminer quelles communications et les communications avec quelles parties sont protégées par le privilège ont été établis par l'arrêt de 2007 du Tribunal de première instance (TPI) dans l'affaire *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akcros Chemicals Ltd c. Commission des Communautés européennes*¹⁵⁷. Il vaut la peine d'expliquer les faits de cette affaire et les principes de droit s'y appliquant, en raison non seulement des motifs du jugement, mais aussi de son incidence sur le travail des avocats canadiens et de leurs clients qui font des affaires avec des entreprises européennes.

En février 2003, la Commission européenne et le Bureau de la concurrence du Royaume-Uni ont procédé à une perquisition surprise des locaux d'*Akzo Nobel Chemical* et d'*Akcros Chemical* au Royaume-Uni, en quête de preuves de pratiques anticoncurrentielles. Certains des documents recueillis ont fait l'objet d'une revendication du privilège du secret professionnel de l'avocat. En 2007, le Tribunal de première instance a jugé que les documents n'étaient pas protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat¹⁵⁸. Il a soutenu que le privilège était réservé à des documents créés dans le seul but d'obtenir un avis juridique d'un avocat *indépendant*. Les critères visant ces communications sont précisés dans l'analyse à deux volets élaborée dans l'affaire *AM & S Europe Ltd* : (i) ces communications ont lieu dans le but de permettre au client d'exercer son droit de se défendre; et (ii) elles émanent d'avocats indépendants¹⁵⁹. Il n'est pas nécessaire que les documents soient effectivement livrés à un avocat, mais ils doivent clairement avoir été créés dans ce but – au vu de la teneur des documents et du contexte dans lequel ils ont été préparés et trouvés¹⁶⁰.

Le concept de l'avocat indépendant, qui détermine l'application du privilège, est défini en termes négatifs par les tribunaux européens et se retrouve dans l'arrêt *Akzo Nobel* : [TRADUCTION] « cet avocat ne doit pas être lié à son client par un rapport d'emploi (...) Le critère ainsi consacré est celui d'une assistance légale fournie “en toute indépendance”, par un avocat qui est, structurellement, hiérarchiquement et fonctionnellement, un tiers par rapport à l'entreprise qui bénéficie de cette assistance »¹⁶¹. Le raisonnement est direct et conforme aux décisions des tribunaux européens : l'avocat indépendant est considéré comme collaborant à l'administration de la justice par les tribunaux, en offrant l'aide juridique nécessaire à son client. Les conseillers juridiques d'entreprises ne sont pas considérés comme répondant à un tel motif noble de collaboration et donc le même privilège ne leur est pas octroyé. Le seul moment où des communications internes avec un conseiller juridique d'entreprise sont protégées est celui où elles ont lieu dans le but d'obtenir un avis juridique externe¹⁶². L'absence de protection du privilège du conseiller juridique d'entreprise a fait l'objet d'une grande controverse au sein de la CE, divers barreaux européens s'opposant

¹⁵⁷ Affaires jointes T-125/03 et T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akcros Chemicals Ltd c. Commission des Communautés européennes*, Rec. 2007. La Cour de justice de l'Union européenne a rejeté l'appel d'*Akzo Nobel* et d'*Akcros Chemicals* en septembre 2010 – affaire C-550/07 P, en ligne : <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-09/cp100090fr.pdf>.

¹⁵⁸ Cette décision a été portée en appel auprès de la Cour de justice de l'Union européenne. Bien qu'elle n'ait pas été publiée, la décision de confirmer le jugement a été rendue en mai 2010. Voir Kiran S. Desai et Margarita Peristeraki, « *In-House Lawyers May Not Enjoy Privilege in the EU* », (*Mayer Brown Alert* : mai 2010), en ligne : www.mayerbrown.com/London/article.asp?id=8943&nid=369.

¹⁵⁹ *AM & S Europe Ltd*, *supra* note 156, para. 21, 22 et 27.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ *Akzo Nobel Chemicals*, *supra* note 157, sommaire de l'arrêt, point 5.

¹⁶² Desai et Peristeraki, *supra* note 158.

vivement aux jugements en ce sens¹⁶³. Cependant, comme la CE fonde le privilège sur les droits de la personne, la position adoptée par les tribunaux semble logique puisque, de façon générale, les organisations ne bénéficient pas de droits de la personne.

L'affaire *Akzo Nobel* et l'approche européenne fondée sur les droits de la personne suscitent un certain nombre de questions pour les avocats canadiens. Les plus évidentes concernent les préoccupations pratiques des avocats canadiens qui devront indiquer, à leurs clients qui font des affaires en Europe, que leurs communications internes risquent de ne pas être considérées comme étant privilégiées en droit européen. Il s'agira assurément d'une surprise pour de nombreux conseillers juridiques d'entreprises au Canada, et il peut en découler de graves difficultés pratiques. En théorie, si la pierre de touche du privilège en Europe est l'indépendance de l'avocat par rapport à son employeur, alors le privilège ne devrait s'appliquer ni à la plus grande des organisations, c'est-à-dire au gouvernement, ni d'ailleurs à tout avocat du secteur public. Au Canada, les secteurs qui ont connu la plus forte croissance depuis quelques décennies sont précisément ceux du secteur public et des conseillers juridiques d'entreprises. Leur exclusion de l'application du privilège provoquerait une profonde division au sein de la profession. Cependant, l'approche européenne fondée sur les droits de la personne soulève la problématique supplémentaire de l'analyse complètement centrée sur le client et ses droits. Au Canada, nous avons tendance à répéter que le privilège est nécessaire pour assurer une communication franche et sans réserve entre l'avocat et son client, plutôt que de considérer quels droits du client sont en jeu lorsque le privilège est contesté.

¹⁶³ Le Conseil des barreaux européens (CCBE), l'*Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, l'Association européenne des juristes d'entreprises (AEJE), l'*American Corporate Counsel Association* (ACCA) et l'*International Bar Association* (IBA) sont tous intervenus dans l'affaire *Akzo*, *supra* note 157, en faveur d'un assouplissement de l'interprétation d'*AM&S*. Le jugement qui en a résulté a aussi fait l'objet de nombreuses critiques précises. Le président de l'AEJE, Bengt Gustafson, a soutenu que les entreprises sont désavantagées par la définition étroite des communications privilégiées qui a été retenue et que, par conséquent, l'UE se prive d'un solide allié dans la lutte contre le comportement anticoncurrentiel.

V. Le privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client dans différents contextes particuliers

Dans cette section, j'examine l'application du privilège dans trois contextes précis : la société privée; le secteur public; le droit administratif et la transparence gouvernementale.

A. Les questions qui se posent dans le contexte de sociétés privées

Un examen de l'application du privilège dans le contexte de l'entreprise mériterait en soi un volume complet. Dans la présente section, j'espère faire ressortir certaines questions à l'égard desquelles le droit est incertain ainsi que d'autres où une plus ample réflexion pourrait être utile : les rôles multiples de l'avocat d'entreprise et l'application du privilège au sein d'un groupe d'entreprises.

Le droit canadien visant le privilège commence à peine à aborder les nombreuses questions qui peuvent se poser dans le contexte de l'entreprise. La Cour suprême a seulement tranché la question la plus fondamentale. Le privilège est d'application lorsqu'un conseiller juridique d'entreprise fournit un avis juridique à un client à l'intérieur de l'entreprise, ainsi que le juge Binnie l'a expliqué :

Les communications avocat-client entre les employés d'une société et l'avocat interne bénéficient du privilège, quoique le contexte de l'entreprise privée (comme le contexte gouvernemental) pose des problèmes particuliers : voir, par exemple, l'enquête interne sur des « paiements douteux » faits à des gouvernements étrangers qui était en cause dans l'affaire *Upjohn Co. c. United States*, 449 U.S. 383 (1981), motifs du juge Rehnquist (plus tard Juge en chef), aux pp. 394 et 395. Dans la pratique privée, certains avocats sont autant ou davantage appréciés pour leur sens inné des affaires que pour leur perspicacité juridique. Le secret professionnel de l'avocat ne s'applique pas aux conseils sur de pures questions d'affaires mêmes [sic] s'ils sont donnés par un avocat¹⁶⁴.

La Cour a affirmé que le privilège s'applique uniquement lorsque l'avocat interne donne des avis juridiques par opposition à des conseils d'affaires, mais il est difficile de distinguer les différents rôles. Les tribunaux canadiens n'ont guère montré d'empressement à s'engager sur ce terrain glissant¹⁶⁵.

Une des questions d'actualité pour les avocats internes est l'application du privilège au sein d'un groupe d'entreprises. Aux États-Unis, la Cour d'appel du Troisième Circuit a abordé plusieurs aspects dans l'arrêt *Teleglobe* de 2007¹⁶⁶. La décision sera sans doute un point de départ pour l'étude de questions que les tribunaux canadiens auront un jour à trancher, telles que :

¹⁶⁴ *R. c. Campbell*, *supra* note 26, para. 50.

¹⁶⁵ Voir une exception : *Toronto-Dominion Bank c. Leigh Instruments Ltd. (Trustees of)*, [1997] O.J. No. 1177, 32 O.R. (3d) 575 (Ont. Gen. Div.).

¹⁶⁶ *Re Teleglobe Communications Corp.*, *supra* note 1.

- Quand un conseiller juridique de l'entreprise communique avec la société mère et une ou plusieurs sociétés affiliées, qui est le client?
- Y a-t-il un seul client, ou y a-t-il plusieurs clients conjoints?
- Un avis donné à la société mère est-il privilégié vis-à-vis des filiales?
- Un membre du groupe d'entreprises peut-il renoncer au privilège pour tous?
- L'avis du conseiller juridique de l'entreprise demeure-t-il privilégié lorsque les intérêts des sociétés affiliées sont divergents?
- Qu'advient-il du privilège lorsque des sociétés affiliées se poursuivent entre elles?
- Quelles pratiques les entreprises et leurs conseillers juridiques internes devraient-ils adopter pour protéger le privilège au quotidien¹⁶⁷?

La Cour a estimé que le conseiller juridique interne de la société mère BCE représentait conjointement BCE et la filiale Teleglobe. Selon la Cour, [TRADUCTION] « le privilège des co-clients (ou des clients conjoints) est d'application lorsque plusieurs clients engagent le même avocat pour les représenter dans une affaire d'intérêt commun¹⁶⁸ ». Cette relation doit être clairement comprise par toutes les parties y compris l'avocat, et l'avocat doit être certain qu'il n'y a [TRADUCTION] « aucun risque important que l'avocat soit incapable de s'acquitter de ses responsabilités d'avocat envers tous les co-clients, soit en raison de conflit d'intérêts ou pour toute autre raison¹⁶⁹ ». Dans le scénario des clients conjoints, les deux clients (en l'occurrence BCE et Teleglobe) sont traités comme un seul client aux fins du privilège. Par conséquent, il n'y aura pas renonciation au privilège du fait de la divulgation entre les parties, même si ce serait normalement le cas. De fait, l'avocat commun a l'obligation de divulguer toutes les communications confidentielles entre les clients conjoints. Si un avocat représentant des co-clients constate que les intérêts des co-clients divergent dans une mesure inacceptable, [TRADUCTION] « il convient de mettre fin à la représentation commune¹⁷⁰ ». Si, toutefois, l'avocat ne met pas fin à la représentation commune en cas d'une telle divergence des intérêts mais continue de représenter les deux clients, « la lettre de la loi veut que lorsqu'un avocat représente (de façon inappropriée) deux clients dont les intérêts sont opposés, les communications de chacun sont privilégiées vis-à-vis de l'autre, nonobstant l'inconduite de l'avocat¹⁷¹ ». Cela étant, la Cour a décidé que, malgré la divergence évidente des intérêts des clients conjoints, le privilège devait être maintenu et par conséquent ne pouvait pas être partagé avec les filiales de Teleglobe.

La deuxième contestation du privilège des co-clients s'appuyait sur le fait que Teleglobe avait sciemment renoncé au privilège et divulgué de son propre gré les communications à ses filiales. La Cour a rejeté cet argument, retenant la règle de longue date selon laquelle « un titulaire d'un privilège commun ne peut pas unilatéralement renoncer au privilège commun » et « un tiers ne peut pas empiéter sur le privilège commun si une seule partie au privilège y a renoncé¹⁷² ».

¹⁶⁷ Voir Matheson, Outerbridge et Day, *supra* note 2.

¹⁶⁸ *Re Teleglobe Communications Corp.*, *supra* note 1.

¹⁶⁹ Matheson, Outerbridge et Day, *supra* note 2, p. 5.

¹⁷⁰ *Re Teleglobe Communications Corp.*, *supra* note 1.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² Edna Selan Epstein, *The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine*, 5^e édition (Chicago : American Bar Association Publishing, 2007), p. 53.

La Cour a toutefois reconnu une « grande réserve » à l'égard du privilège des co-clients, en déclarant notamment : [TRADUCTION] « il protège uniquement les communications de l'obligation d'une divulgation à des parties extérieures à la représentation commune. Lorsque d'anciens co-clients se poursuivent entre eux, la règle par défaut veut que toutes les communications faites dans le cadre de la représentation commune soient assujetties à la divulgation¹⁷³. » BCE a contesté cette détermination, soutenant qu'aucune société mère ne voudrait, ni aurait l'intention, que sa filiale puisse lever le secret professionnel dans des litiges ultérieurs, mais la Cour a insisté qu'un avocat au service de co-clients ne peut pas abriter certaines informations d'un client et non de l'autre à moins qu'un écran ne soit explicitement mis en place au cours des consultations¹⁷⁴. En d'autres termes, les sociétés mères et les filiales sont sur un pied d'égalité en ce qui concerne le privilège des co-clients.

La Cour a ensuite abordé le privilège de l'intérêt commun. Elle a expliqué que [TRADUCTION] « le privilège de l'intérêt commun(ou de la communauté d'intérêt)... entre en jeu lorsque des clients ayant des avocats distincts échangent de l'information par ailleurs privilégiée afin de coordonner leurs activités juridiques¹⁷⁵ ». Il est ainsi possible pour des clients ayant leurs avocats distincts de communiquer de l'information entre eux sans renoncer au privilège. Si les communications entre Teleglobe, BCE et le conseiller juridique interne de BCE devaient être considérées comme relevant de l'intérêt commun, a-t-il été soutenu, Teleglobe pourrait unilatéralement renoncer au privilège et transmettre ses communications à ses filiales. La Cour a estimé qu'il n'existe pas de tel privilège parce que [TRADUCTION] « dans le contexte d'une société mère et de ses filiales, avec un conseiller juridique interne, les clients ne sont pas représentés séparément¹⁷⁶ ». La confusion au sujet du concept de privilège de l'intérêt commun, ainsi que son interprétation abusive, ont été en partie réglées dans *Teleglobe*, mais la question continue de susciter des préoccupations aux États-Unis et par conséquent au Canada.

Teleglobe règle d'autres questions et en soulève de nouvelles. Il y a par exemple la question des conflits de lois : dans les transactions transfrontalières, le droit de quel ressort doit-il être appliqué en ce qui concerne le privilège? La question du choix de la loi applicable n'était pas déterminante dans l'affaire *Teleglobe* parce que la partie affirmant que la loi canadienne devrait être appliquée (BCE) n'a pu démontrer que la loi canadienne se distinguait sensiblement de la loi du Delaware. Dans d'autres cas, aussi bien le choix du forum que le choix de la loi pourraient être des questions essentielles, par exemple si la toujours plus importante exception au privilège en cas de crime, de fraude ou de délit est en cause. Par ailleurs, comment un tribunal canadien appliquerait-il la loi d'un autre ressort qui n'assure pas au privilège la même protection qu'au Canada? De surcroît, comment un tribunal canadien appliquerait-il la loi de la Communauté européenne ou d'un de ses États membres qui ne reconnaît pas le privilège à l'égard des conseillers juridiques d'entreprises? Nous vivons dans un monde de plus en plus international et transnational, mais nous n'avons pas encore commencé à traiter des implications de cette évolution pour le privilège au Canada.

B. Le secteur public

En ce qui concerne le privilège dans le secteur public, le point de départ essentiel est que les gouvernements et toutes les entités publiques ont droit à la pleine protection du privilège. Bien que ce concept paraisse simple, il est confronté à de graves problèmes dans la pratique parce que les

¹⁷³ *Re Teleglobe Communications Corp.*, *supra* note 1.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 368.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ Matheson, Outerbridge et Day, *supra* note 2, p. 6.

doctrines sous-jacentes s'appuient sur le paradigme de l'avocat et du client (humain) individuel. Les organismes publics – surtout les gouvernements des paliers provincial et fédéral – ont pris une telle ampleur et sont devenus à ce point diffus qu'il est difficile de les considérer comme une seule entité face aux enjeux du privilège. En outre, les organismes publics ont une relation paradoxale avec le privilège. D'une part, ils revendiquent la pleine protection du privilège alors que d'autre part, ils sont les premiers à tenter de contourner le privilège des autres par voie de réglementation, de lois, de perquisitions, d'ordonnances de divulgation et ainsi de suite. La présente section aborde trois questions clés auxquelles sont confrontés les avocats du secteur public en matière de privilège : (1) qui est le client; (2) dans quelles circonstances les communications sont-elles privilégiées; et (3) dans quelles circonstances y a-t-il renonciation au privilège. Ces questions sont surtout pertinentes pour les avocats du gouvernement – ceux qui travaillent pour des gouvernements municipaux, provinciaux ou territoriaux ou pour le gouvernement fédéral – mais elles se posent aussi dans une certaine mesure pour les avocats de grands organismes publics.

On dit que les avocats du gouvernement sont « à jamais perplexes » quant à savoir qui est leur client¹⁷⁷. Cette question est importante parce que le privilège appartient au client, et comme on le verra plus loin, le client a le droit de renoncer au privilège. Souvent au gouvernement, on dit que la Couronne est le client; voilà, cependant, qui soulève encore plus de questions puisque la Couronne est un concept, un symbole, une doctrine. D'aucuns ont soutenu qu'[TRADUCTION]« essentiellement, l'ultime client "humain" de l'avocat du gouvernement est le fonctionnaire qui a le pouvoir légal de décider de l'intérêt de la Couronne dans une affaire¹⁷⁸. » Dans de nombreux cas, ce fonctionnaire sera un ministre ou un haut fonctionnaire qui ne traitera pas directement avec ceux qui donnent des avis juridiques. Les conseillers juridiques traiteront seulement avec des délégués ou des mandataires du ministre. Selon le sens accepté du privilège, ces communications seraient privilégiées.

Le problème se pose lorsque de l'information est communiquée au-delà du lien direct entre le ministre (ou le fonctionnaire) et ses mandataires et les conseillers juridiques. Comment le privilège s'applique-t-il ou devrait-il s'appliquer dans ces circonstances? La réponse n'est pas claire. En général, le gouvernement dans son ensemble est considéré comme « le client », du moins pour les fins de la protection de l'intégrité du privilège. Ainsi, il est fréquent, dans le cadre de discussions sur la voie que devrait suivre un fonctionnaire ou un ministre, de convoquer des réunions auxquelles participent non seulement des conseillers juridiques mais aussi des représentants de divers ministères et du Bureau du Conseil privé ou du secrétariat du Cabinet, selon le cas. Pour compliquer davantage les choses, le Cabinet du Premier ministre peut intervenir dans un dossier donné et transmettre des instructions relativement à celui-ci alors qu'à proprement parler, le premier ministre n'est pas le fonctionnaire qui est investi de l'autorité légale de prendre une décision dans le dossier. Dans de nombreuses situations, il devient difficile de désigner, avec précision, le responsable qui serait « le client »¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Gavin MacKenzie, *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline*, 4^e éd. (Toronto : Carswell, 2006), p. 21-1 ([TRADUCTION] « La question de savoir qui est leur client laisse à jamais perplexes les avocats du gouvernement. »).

¹⁷⁸ Deborah MacNair, « *In the Service of the Crown: Are Ethical Obligations Different for Government Counsel?* » (2005) 84 *Can. Bar Rev.* 501, p. 516.

¹⁷⁹ Ce problème est exacerbé dans la situation où le particulier ou le groupe qui donne des instructions aux avocats du gouvernement au sujet d'une affaire n'est pas le même que celui qui pourrait décider de la renonciation au privilège du secret professionnel de l'avocat dans la même affaire.

La deuxième question est de savoir quelles communications des avocats du secteur public sont protégées par le privilège. La règle générale a été fixée par le juge Binnie dans *R. c. Campbell*, voulant que des avis juridiques donnés par des avocats du gouvernement sont privilégiés alors que des conseils en matière politique ou autres conseils ne le sont pas. Il s'est expliqué comme suit :

Le secret professionnel de l'avocat ne protège évidemment pas l'ensemble des services rendus par un avocat, qu'il soit au service du gouvernement ou non. Bien qu'une partie du travail des avocats du gouvernement soit semblable à celui des avocats de pratique privée, ils peuvent avoir – et ont souvent – de nombreuses autres responsabilités comme, par exemple, la participation à divers comités opérationnels de leur ministère. Les avocats du gouvernement qui œuvrent depuis des années auprès d'un ministère client peuvent être invités à donner des conseils en matière de politique qui n'ont rien à voir avec leur formation et leur expertise juridiques mais font appel à leur connaissance du ministère. Les conseils que donnent les avocats sur des matières non liées à la relation avocat-client ne sont pas protégés¹⁸⁰.

La distinction entre avis juridique et conseils en matière politique fournis par des avocats du secteur public est difficile à établir. La question se pose quand une divulgation est demandée dans le cadre d'un litige, d'une demande d'accès à l'information ou d'un examen par un organisme de surveillance du gouvernement tel qu'un ombudsman ou le vérificateur général. Dans le secteur public, il est difficile de tracer une ligne entre ce qui relève des conseils en matière politique ou de l'avis juridique, puisque les deux aspects sont souvent imbriqués, de la même façon que le sont les conseils d'affaires et l'avis juridique dans le secteur privé. Cependant c'est une décision récente de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui met le plus en cause le privilège dans le secteur public.

Dans un arrêt de 2009 concernant l'enquête publique sur la mort de Frank Paul, un autochtone de Vancouver, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a soutenu que les [TRADUCTION] « documents d'approbation des inculpations » préparés par l'avocat de la Couronne n'étaient pas protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat¹⁸¹. Le procureur général avait fait valoir qu'en préparant les documents d'approbation des inculpations, les avocats de la Couronne agissent comme procureurs du sous-procureur général adjoint. Dans les passages pertinents du jugement, la Cour d'appel s'est exprimée comme suit :

[TRADUCTION]

En examinant l'information et les documents pertinents et en décidant d'approuver ou non une poursuite, l'avocat de la Couronne n'est ni le client d'un autre avocat, ni un avocat conseillant des responsables de rang supérieur de la Direction de la justice pénale. Il ou elle est un fonctionnaire de la Couronne exerçant de façon indépendante le pouvoir discrétionnaire de la poursuite. Il ou elle

¹⁸⁰ *Campbell*, *supra* note 26, para. 50.

¹⁸¹ Voir *British Columbia (Ministry of Attorney General, Criminal Justice Branch) c. British Columbia (Commission of Inquiry into the Death of Frank Paul – Davies Commission)*, 2009 BCCA 337, 99 B.C.L.R. (4th) 26, [2009] B.C.J. No. 1469, autorisation de pourvoi refusée [2009] S.C.C.A 421.

peut bien consulter d'autres personnes et obtenir d'elles de l'information, mais il ou elle ne reçoit pas d'avis juridique de ces autres personnes.

Le fait que le sous-procureur général adjoint puisse réviser la décision d'un subordonné et l'annuler ne fait pas de cette décision un avis juridique. Le commissaire a eu raison de conclure que les décisions de l'avocat de la Couronne de porter ou non des accusations ne sont pas protégées par le privilège du secret professionnel de l'avocat, parce qu'elles ne sont pas faites dans le cadre d'une relation avocat-client.¹⁸²

La Cour suprême a refusé d'instruire un appel dans cette affaire, de sorte que la Commission d'enquête reprendra ses travaux et les avocats de la Couronne devront maintenant témoigner quant aux raisons qu'ils ont données pour ne pas poursuivre divers agents de police.

En un sens, la décision a une portée étroite parce que normalement, toutes les décisions des avocats de la Couronne de porter ou non des accusations supposent l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite, qui n'est pas soumis à la divulgation ou à l'examen judiciaire. L'affaire est atypique parce que la Cour a jugé qu'en créant la Commission d'enquête, le procureur général avait tenu compte du principe de l'indépendance de la poursuite, et donc que celui-ci n'était pas en jeu dans la divulgation d'avis juridiques.

Pourtant, la décision pourrait avoir de vastes implications sur deux plans. Premièrement, le processus de prise de décisions du gouvernement dans cette affaire est semblable à celui de nombreux dossiers ne relevant pas de la justice pénale. La Cour a accepté l'analogie évoquée par le commissaire, à l'effet que le procureur général adjoint serait semblable à un associé principal dans un cabinet juridique. Cette analogie s'applique à tous les conseils internes au sein des ministères de la Justice. Elle s'appliquerait notamment au processus qu'on peut appeler « estampillage », dans lequel le procureur général est appelé à déterminer de façon indépendante si chaque projet de loi présenté par le gouvernement au Parlement et chaque règlement adopté respectent la *Charte* et la *Déclaration canadienne des droits*¹⁸³.

Deuxièmement, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est montrée disposée à examiner le but du privilège et son application à l'avocat de la Couronne. Comme on l'a vu au début de cette section, le but du privilège ne cadre pas bien avec la prestation d'avis juridiques par des avocats du gouvernement. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a affirmé que [TRADUCTION] « le privilège du secret professionnel de l'avocat vise principalement à faire en sorte que les clients n'aient pas de réticence à demander un avis juridique ou à discuter de leur situation avec leur avocat. Il est un moyen d'encourager la quête et la prestation d'avis juridiques. Ces facteurs sont sans rapport avec la situation de l'avocat de la Couronne qui est chargé de documents d'approbation des inculpations¹⁸⁴ ». Comme l'a fait remarquer un observateur australien, on attend des fonctionnaires qu'ils soient francs et ouverts dans leurs communications entre eux, peu importe que ces communications puissent ou non être divulguées ultérieurement;

¹⁸² *Ibid.*, para. 101-102.

¹⁸³ Voir la *Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.C. (1985), ch. J-2, art. 4.1; *Règlement d'examen de compatibilité avec la Charte canadienne des droits et libertés* (DORS/85-781); *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, ch. 44, art. 3; et *Règlement relatif à l'examen fait conformément à la Déclaration canadienne des droits* (C.R.C., ch. 394).

¹⁸⁴ *Supra* note 181, para. 105.

les attentes devraient également être les mêmes, que le fonctionnaire soit ou non un avocat¹⁸⁵. Nous abordons maintenant la question de la renonciation.

On ne voit pas très bien qui peut effectivement renoncer au privilège au nom d'une entité du secteur public. Faute de renonciation officielle au privilège, il est difficile de prévoir dans quelles circonstances un tribunal jugera qu'il y a effectivement eu renonciation. Certaines décisions de tribunaux ontariens semblent arriver à la conclusion qu'un seul conseiller municipal n'est pas habilité à renoncer au privilège en faisant couler de l'information privilégiée¹⁸⁶. Un tribunal de Nouvelle-Écosse en est arrivé à une conclusion quelque peu différente, en jugeant qu'un responsable public avait implicitement renoncé au privilège quand il avait communiqué un résumé de l'avis juridique qu'il avait reçu¹⁸⁷. Cette affaire est instructive en raison de son analyse détaillée de l'autorité de recevoir et de communiquer un avis juridique au sein du gouvernement, ainsi que de la disposition du tribunal à conclure à une renonciation implicite. Le tribunal a jugé que le pouvoir du fonctionnaire à renoncer au privilège est concomitant avec son pouvoir d'obtenir un avis juridique. À de nombreux égards, il découle de l'affirmation du tribunal plus de questions que de réponses. Au sein du gouvernement, des avis juridiques sont demandés et reçus de diverses façons, officieuses et officielles. Des conseils juridiques sont donnés par le biais d'avis juridiques officiels, mais aussi par courrier électronique, dans des conversations téléphoniques ou lors de réunions. En pratique, ceux qui demandent un avis juridique ont le pouvoir de le faire. Cela signifie-t-il qu'ils ont aussi le pouvoir d'y renoncer? Le rôle du personnel politique, dont le pouvoir légal est souvent mal défini, complique davantage les choses. Si un membre du personnel politique agit en tant que mandataire de son ministre, il a l'autorité de fait de demander un avis juridique. A-t-il aussi le pouvoir de renoncer au privilège s'il communique la teneur de cet avis à une partie externe au gouvernement?

Les fonctionnaires s'inquiètent de ce que la communication d'information privilégiée à des organismes gouvernementaux comme le Bureau du vérificateur général puisse constituer une renonciation au privilège. Un différend est survenu à ce sujet en 2010, entre le gouvernement et le vérificateur général de la Nouvelle-Écosse. Le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a d'abord refusé de communiquer de l'information privilégiée au vérificateur général. Il a ensuite promis de présenter des mesures législatives précisant que la communication d'information privilégiée au vérificateur général n'équivaut pas à une renonciation au privilège. De façon générale, lorsque des dispositions de loi exigent la divulgation à une autorité publique, les tribunaux ont habituellement jugé que le privilège est préservé à l'encontre de parties externes.

Deux problèmes pressants se posent en ce qui concerne le privilège et son application dans le secteur public. Le premier est l'opposition entre le privilège et la transparence gouvernementale, qui fait l'objet de la prochaine section. Le deuxième est davantage de nature conceptuelle, mais il pourrait miner le privilège dans le secteur public (et au-delà). Plus les tribunaux, les observateurs et les avocats tentent d'élever le privilège au rang de droit constitutionnel, moins il est logique que le privilège s'applique au gouvernement en tant que client. Lorsque les avocats et les juges parlent du privilège comme d'un « droit fondamental » ou tentent de le rattacher à certaines dispositions de la *Charte*, ils renforcent le privilège pour les clients qui sont des particuliers, mais risquent de le

¹⁸⁵ Chris Wheeler, « *Rethinking the Legal Advice Privilege in the Public Sector Context* » (2006) 50 AIAL Forum 31, p. 36.

¹⁸⁶ Voir *1784049 Ontario Ltd. (c.o.b. Alpha Care Studio 45) c. Toronto (City)*, 2010 ONSC 1204, [2010] O.J. No. 764, para. 19, citant *Donofrio c. City of Vaughan* 2008 CanLII 37054 (Ont. S.C.J.); *Elliott c. City of Toronto* (2001), 54 O.R. (3d) 472 (S.C.J.); *City of Guelph c. Super Blue Box Recycling Corp.* (2004), 2 C.P.C. (6th) 276 (Ont. S.C.J.); *Imperial Parking Canada Corp. c. City of Toronto*, [2006] O.J. No. 3792 (S.C.J.).

¹⁸⁷ *Peach c. Nova Scotia (Transportation and Infrastructure Renewal)*, 2010 NSSC 91, [2010] N.S.J. No. 121.

diluer pour les clients organisationnels. Si le privilège est protégé par les articles 7 (vie, liberté et sécurité de la personne) ou 8 (perquisitions ou saisies abusives) ou l'alinéa 10b) (droit à un avocat), il devient difficile de considérer que le gouvernement a un droit équivalent fondé sur la *Charte*. Il s'agit d'un problème aussi difficile sur le plan conceptuel qu'une revendication d'un gouvernement à l'égalité. Si l'ABC continue d'appuyer une protection du privilège qui est fondée sur la Constitution, elle devra tenter de concilier l'anomalie de la situation du gouvernement avec cette optique.

C. Le droit administratif et la transparence gouvernementale

En droit administratif, l'application du privilège engendre une forme de paradoxe. La Cour suprême a clairement affirmé dans *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)* que les organismes administratifs ont droit à la pleine protection du privilège en tant qu'instances décisionnelles, et que l'équité procédurale n'impose pas la divulgation d'avis juridiques reçus par ces organismes¹⁸⁸. À cet égard, le privilège a été appelé [TRADUCTION] « un écran protégeant contre la divulgation » pour les organismes administratifs¹⁸⁹. Ces principes de droit sont clairs et bien établis.

En revanche, les tribunaux limitent de plus en plus le pouvoir des organismes administratifs d'exiger, d'examiner et de divulguer des documents privilégiés, et de statuer sur des revendications du privilège. Dans *Goodis*¹⁹⁰, la Cour a soutenu que des documents privilégiés ne pouvaient pas être divulgués à l'avocat du requérant pour contester le refus de communiquer des renseignements en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* de l'Ontario¹⁹¹. Au nom de la Cour, le juge Rothstein a soutenu qu'il ne doit y avoir ingérence des lois que dans la mesure « absolument nécessaire » à la réalisation des fins recherchées par ces lois¹⁹². Cet énoncé revêt une importance critique à divers égards. Premièrement, elle a été utilisée par les tribunaux comme critère applicable pour déterminer si des documents privilégiés devaient être divulgués¹⁹³. Deuxièmement, le critère assure manifestement une solide protection du privilège. Le juge Rothstein a écrit que le « critère de la nécessité absolue » est « le critère le plus restrictif qui puisse être formulé en deçà d'une interdiction absolue dans tous les cas¹⁹⁴ ». Troisièmement, le critère crée une anomalie à l'égard du privilège, en ce sens qu'il bénéficie d'une plus grande protection que la plupart des droits garantis par la *Charte*. Certains droits garantis par la *Charte* sont soumis à des restrictions internes : le droit d'être protégé contre des fouilles, perquisitions ou saisies *déraisonnables* (art. 8) et le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne auquel il ne peut être porté atteinte *qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale* (art. 7). Tous les droits garantis par la *Charte* sont soumis à la clause limitative de l'article 1. L'anomalie est que le critère de la « nécessité absolue », qui permet de limiter le privilège, est plus exigeant que le critère *Oakes*¹⁹⁵, qui vise les droits constitutionnels en cause. Voilà qui devrait inciter à la prudence ceux qui préconisent la pleine constitutionnalisation du privilège; une telle éventualité exigerait de concilier la doctrine propre au privilège et les règles générales de l'interprétation constitutionnelle.

¹⁸⁸ *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809.

¹⁸⁹ Kristjanson, *supra* note 6.

¹⁹⁰ *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, 2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32.

¹⁹¹ *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31 (LAIPVP de l'Ontario).

¹⁹² *Goodis*, *supra* note 190, para. 15.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ *Ibid.*, para. 20.

¹⁹⁵ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Le privilège suscite de plus en plus de heurts dans le fonctionnement du système de justice administrative. Dans *Goodis*, il a été avancé qu'une des principales raisons d'être du tribunal administratif est d'alléger la tâche du système des tribunaux judiciaires. Au lieu de soumettre chaque grief à la justice, les tribunaux administratifs permettent de régler plus efficacement des questions de nature spécialisée. D'aucuns ont soutenu que le tribunal administratif devrait par conséquent pouvoir ordonner la production de documents qu'il considère comme étant nécessaires pour trancher une question dont il est saisi. L'application, dans ce contexte, des règles habituelles des tribunaux irait à l'encontre de la justification des tribunaux administratifs fondée sur l'efficacité, et l'appareil judiciaire hériterait d'une importante charge de travail supplémentaire. Cependant, la Cour a explicitement rejeté l'idée que la charge de travail du système judiciaire ou d'autres facteurs administratifs puissent être opposés au privilège, jugeant que le seul critère à appliquer en pareille situation est celui de la « nécessité absolue »¹⁹⁶.

Dans l'affaire *Blood Tribe*, la Cour suprême a jugé que le pouvoir conféré au commissaire à la vie privée par la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE) n'habitait pas le commissaire à accéder à des documents privilégiés¹⁹⁷. Le libellé de la LPRPDE était très large, octroyant au commissaire le pouvoir d'ordonner la production des « 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'archives¹⁹⁸ ». La Cour suprême a estimé que, pour ordonner la production de communications entre avocat et client, il est nécessaire que la loi l'autorise explicitement. La Cour fédérale a ultérieurement jugé que le commissaire à la vie privée n'a en vertu de la LPRPDE aucun pouvoir d'exiger qu'une organisation justifie sa revendication du privilège¹⁹⁹. Cette décision est problématique dans l'optique d'une conception du privilège axée soit sur la preuve, soit sur les droits. Dans un ou l'autre cas, il incombe à une partie qui revendique un privilège ou un droit de le justifier. Il ne suffit pas d'affirmer l'existence d'un droit et de contraindre le gouvernement à le nier. Face à cette situation, si le fonctionnaire administratif a des doutes quant à une revendication de privilège, son seul recours consiste à entamer une procédure judiciaire. C'est pourquoi certains avocats travaillant dans le domaine de la justice administrative ont critiqué les décisions de la Cour suprême sur le privilège en droit administratif, jugeant qu'elles minent le pouvoir des tribunaux administratifs et, de façon générale, une partie des avantages de la justice administrative²⁰⁰.

Une bonne part de la jurisprudence sur le privilège et le droit administratif ressort du domaine de l'accès à l'information, qui est souvent décrit par l'expression « transparence gouvernementale », une expression qui tente de cerner le concept de la transparence dans la façon dont le gouvernement gère ses activités. L'ouverture et la transparence sont des outils pour favoriser la responsabilisation, ce que Louis Brandeis a résumé par la formule [TRADUCTION] « la lumière du soleil est le meilleur des désinfectants²⁰¹ ». À titre de « grand enquêteur de la nation », une des principales responsabilités constitutionnelles du Parlement est d'obliger le gouvernement

¹⁹⁶ *Ibid.*, para. 24.

¹⁹⁷ *Blood Tribe*, *supra* note 8.

¹⁹⁸ *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5, art. 12.

¹⁹⁹ *Commissaire à la protection de la vie privée du Canada c. Air Canada*, 2010 CF 429, [2010] A.C.F. n° 504.

²⁰⁰ Voir Peter Ruby et Lauren MacLeod, « *Solicitor-Client Privilege and Administrative Agencies* » (2009) 22 *Canadian Journal of Administrative Law & Practice* 1.

²⁰¹ Louis D. Brandeis, « *What Publicity Can Do* » (1913) *Harper's Weekly* 10, cité dans *Criminal Lawyers Association*, *supra* note 11, para. 37.

à rendre compte de ses actes²⁰². Depuis quelques décennies, le Parlement et les législatures provinciales ont créé différentes fonctions pour aider dans ce processus : ombudsmans, vérificateurs généraux, commissaires à l'éthique, directeurs du budget et ainsi de suite. Les enquêtes publiques ont toujours été un outil privilégié des gouvernements pour examiner la conduite de fonctionnaires. Les législatures provinciales ont aussi adopté des lois sur l'accès à l'information afin de permettre aux citoyens et aux médias d'obtenir l'accès aux dossiers gouvernementaux. De plus en plus à l'ère d'Internet, les gouvernements font de la divulgation proactive, publient des rapports et des relevés de dépenses sur leurs sites Web. Dans chacun de ces cas, la promesse de la transparence gouvernementale peut s'opposer aux protections offertes par le privilège du secret professionnel de l'avocat.

Le thème général qui se dégage de la jurisprudence en évolution est que [TRADUCTION] « le privilège du secret professionnel de l'avocat l'emporte sur l'accès à l'information²⁰³ ». Certaines provinces, comme Terre-Neuve-et-Labrador, ont des lois sur l'accès à l'information qui imposent explicitement la production de documents nonobstant l'existence d'un privilège relatif à la preuve, alors que ces lois préservent de la divulgation des documents au motif du privilège du secret professionnel de l'avocat²⁰⁴. En vertu de telles lois, la façon normale de procéder d'un organisme gouvernemental est de remettre au requérant tous les documents demandés, à moins que l'organisme invoque une exemption de la divulgation, par exemple au titre du privilège du secret professionnel de l'avocat. Le requérant peut demander un examen des exemptions invoquées en s'adressant au commissaire à l'information et au respect de la vie privée. Le commissaire est autorisé par la loi à examiner tous les documents et soit accepter, soit rejeter la revendication de privilège. Si la revendication de privilège n'est pas acceptée, l'organisme gouvernemental peut demander un examen judiciaire de la décision du commissaire.

Dans une décision de février 2010 qui a été portée en appel, la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador a statué qu'étant donné que le privilège du secret professionnel de l'avocat est un droit fondamental et pas simplement une règle de preuve, il n'est pas visé par l'expression [TRADUCTION] « privilège relatif à la preuve » figurant dans la loi²⁰⁵. En conséquence, la Cour a jugé que la loi n'habitait pas le commissaire à ordonner la production de documents privilégiés. Cette décision entraîne deux répercussions pratiques : premièrement, la seule option qui s'offre à un requérant pour contester une revendication de privilège consiste à demander un examen judiciaire, ce qui est long et coûteux. Deuxièmement, la décision affaiblit le commissariat à l'information et à la protection de la vie privée²⁰⁶ et pourrait inciter les promoteurs de la transparence gouvernementale à revendiquer une modification législative afin d'autoriser explicitement le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée à exiger la production de documents protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat. En pareille occurrence, l'ABC et les tribunaux devront s'attaquer à la question que l'ABC a soulevée dans une

²⁰² *Débats de la Chambre des communes (Hansard)*, 27 avril 2010 (le président de la Chambre des communes Milliken, décision relative au privilège).

²⁰³ Voir, par exemple, Donalee Moulton, « *Solicitor-client privilege trumps access to information* », *Lawyers Weekly* (28 mai 2010) 11.

²⁰⁴ Voir *Access to Information and Protection of Privacy Act*, S.N. 2002, c. A-1.1, examinée dans *Newfoundland and Labrador (Attorney General) c. Newfoundland and Labrador (Information and Privacy Commissioner)*, 2010 NLTD 31, [2010] N.J. No. 52. Voir aussi *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 52.

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ Moulton, *supra* note 203.

de ses interventions auprès de la Cour suprême : la mesure dans laquelle une autorisation explicite de la loi peut l'emporter sur le privilège.

Le privilège entre en conflit avec le mandat d'autres organes de surveillance du gouvernement comme les ombudsmans et les vérificateurs généraux. En 2010, lorsque l'ombudsman de l'Ontario s'est engagé à faire enquête sur la façon dont le Conseil exécutif du gouvernement de l'Ontario avait adopté un règlement controversé²⁰⁷, sa déclaration laissait entrevoir un conflit entre ses pouvoirs et le privilège. La *Loi sur l'Ombudsman* de l'Ontario permet explicitement à des particuliers appelés à donner de l'information ou à produire des documents d'invoquer les mêmes priviléges qu'un témoin devant un tribunal²⁰⁸. Elle n'habilite pas l'ombudsman à exiger la production de documents privilégiés. Même si le gouvernement renonce en partie au privilège à l'égard de certains documents en les remettant à titre volontaire à l'ombudsman, l'ombudsman peut souhaiter publier la teneur d'un avis juridique. Ou encore, comme dans le cas ci-dessous, le public peut réclamer la divulgation d'une telle information privilégiée.

Au Manitoba, la famille de Brian Sinclair, qui est mort en 2008 après avoir attendu 34 heures dans la salle d'attente du service d'urgence d'un hôpital de Winnipeg, a engagé avec l'ombudsman un débat sur la divulgation du montant des frais juridiques payés par l'Office régional de la santé de Winnipeg à ses avocats dans le cadre de l'enquête sur le décès de M. Sinclair²⁰⁹. Le rapport de l'ombudsman, qui refusait de divulguer cette information en invoquant le privilège, a suscité un tollé public²¹⁰. La Cour du Banc de la Reine du Manitoba est sur le point d'instruire l'appel de la décision de l'ombudsman, d'ici la fin de 2011. Des conflits semblables sont survenus dans d'autres ressorts.

En ce qui concerne les législatures, y compris le Parlement, elles ne demandent en général pas du gouvernement qu'il communique de l'information protégée par le privilège du secret professionnel de l'avocat²¹¹. Cependant, comme le démontrent certains événements de 2010, le Parlement et les législatures provinciales et territoriales ont sans doute le pouvoir constitutionnel d'exiger la production de tels documents par le gouvernement. En cas de conflit entre le privilège du secret professionnel de l'avocat et le privilège parlementaire, lequel aurait préséance?

En 2009 et 2010, la Chambre des communes a ordonné au gouvernement de produire des documents relatifs au transfert de détenus afghans entre les Forces canadiennes et les autorités afghanes. Parmi les documents qui auraient été produits dans ce dossier, devaient figurer des avis juridiques sur cette question. Dans sa décision du 27 avril 2010 sur des questions de privilège parlementaire, le président de la Chambre des communes, Peter Milliken, a soutenu que le pouvoir de la Chambre des communes d'ordonner au gouvernement de produire des documents est absolu

²⁰⁷ Voir Robert Benzie, « *Ombudsman to investigate Ontario's "secret" G20 law* », *The (Toronto) Star* (9 juillet 2010), en ligne : <www.thestar.com/news/gta/torontog20summit/article/834042--ombudsman-to-investigate-ontario-s-secret-g20-law>.

²⁰⁸ *Loi sur l'Ombudsman*, L.R.O. 1990, c. O.6, para. 19(5).

²⁰⁹ Ombudsman du Manitoba, *Report Under the Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, en ligne (uniquement en anglais) : <http://www.ombudsman.mb.ca/pdf/2010-06-09_Investigation_Report_Case_2009-0602_Inquest_Sinclair.pdf>, p. 5.

²¹⁰ *Winnipeg Sun*, « *Ombudsman's Sinclair inquest legal fees ruling is idiotic* », *The Winnipeg Sun* (6 juin 2010), en ligne (uniquement en anglais) : <www.winnipegsun.com/comment/editorial/2010/06/04/14271036.html>.

²¹¹ Pour une analyse, voir Deborah MacNair, « *Solicitor-Client Privilege and the Crown: When Is a Privilege a Privilege?* », (2003) 83 *Canadian Bar Review* 213, p. 233 à 235.

en vertu de sa responsabilité constitutionnelle d'exiger des comptes du gouvernement²¹². Sa décision ne faisait aucune mention de documents protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat, et il était implicite que la Chambre avait le pouvoir d'exiger la divulgation de tels documents. Ce point de vue est étayé par le protocole d'entente conclu par le gouvernement, l'opposition officielle et le Bloc Québécois, qui autorisait expressément le groupe d'experts constitué par ce protocole à déterminer qu'en raison du privilège du secret professionnel de l'avocat, certains renseignements n'auraient pas à être divulgués²¹³. Le NPD a refusé de signer le protocole parce qu'il prévoyait des exceptions pour le privilège du secret professionnel de l'avocat et pour les renseignements confidentiels du Cabinet. Ainsi, en théorie, le privilège parlementaire l'emporte sur le privilège du secret professionnel de l'avocat, mais il semble qu'en pratique, le privilège du secret professionnel de l'avocat reste encore prééminent, du moins à cette occasion.

²¹² *Débats de la Chambre des communes (Hansard)*, 27 avril 2010.

²¹³ Protocole d'entente entre le très honorable Stephen Harper, premier ministre, l'honorable Michael Ignatieff, chef de l'opposition officielle, et Gilles Duceppe, chef du Bloc Québécois.

VI. Défis à relever et occasions à saisir dès maintenant par l'ABC

Jusqu'à présent, ce document de discussion a analysé le privilège dans d'autres ressorts et dans des contextes particuliers, en vue d'illustrer certaines lacunes de la doctrine canadienne et de remettre en cause la façon dont nous considérons le privilège à certains égards. Dans la présente section, j'aborde des questions entourant le privilège qui sont susceptibles de se poser dans les années à venir. En tant que porte-parole de la profession juridique au Canada et défenseur de premier plan du privilège, l'ABC sera appelée à donner son avis sur ces questions et à guider ses membres, ainsi que les tribunaux.

A. Le privilège du secret professionnel dans d'autres professions

La Cour suprême a ardemment affirmé la primauté du privilège du secret professionnel de l'avocat par rapport à tous les autres priviléges, déclarant expressément qu'il s'agit du « plus important privilège reconnu par les tribunaux²¹⁴ ». Dans *Martin c. Gray*, le juge Sopinka a soutenu que rien n'est plus important pour la préservation de la confiance du public envers la profession juridique que la confidentialité des communications entre un avocat et son client. Il a ensuite avancé que « [l]a profession d'avocat s'est distinguée des autres professions par l'inviolabilité du secret professionnel. *La loi aussi, peut-être indûment, a protégé le secret professionnel des avocats mais non celui d'autres professionnels*²¹⁵. » On ne s'étonnera pas de ce que de nombreux autres professionnels aspirent à une reconnaissance par la loi ou par les tribunaux d'un *privilège générique* analogue au privilège du secret professionnel de l'avocat. À défaut, les autres professionnels doivent s'en remettre à la formulation du privilège au cas par cas de Wigmore, qui n'offre pas la même certitude et la même prévisibilité qu'un privilège générique.

Les associations juridiques n'ont pas hésité à s'opposer à ces revendications, et les tribunaux ont été réticents à y faire suite. Pourquoi les autres professionnels quasi juridiques ont-ils échoué dans leurs tentatives d'obtenir que les tribunaux reconnaissent le privilège de leurs communications confidentielles avec leurs clients? Sur quelles bases les avocats et les tribunaux s'y sont-ils opposés? Qu'est-ce qui a changé de sorte que les avocats auront sans doute plus de difficulté à s'opposer par principe à la reconnaissance du privilège pour d'autres professionnels? Ces questions sont examinées ci-après.

1. Un privilège du technicien juridique ou du parajuriste?

En 2004, le Barreau du Haut-Canada a recommandé que « [l]es parajuristes devraient être assujettis aux mêmes règles de confidentialité auxquelles doivent se conformer les avocats²¹⁶ », tout en reconnaissant que, « [p]uisqu'il s'agit d'une question de droit, la question des priviléges rattachés aux communications parajuriste-client devrait être exclue de l'application du code de déontologie²¹⁷. » Une décision de 2007 de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a directement abordé la question du privilège du parajuriste. Dans *Chancey c. Dharmadi*²¹⁸, l'intimée avait été

²¹⁴ *Jones, supra note 26, para. 44.*

²¹⁵ *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235, para. 15 [*Martin c. Gray*].

²¹⁶ Barreau du Haut-Canada, *Rapport au Conseil : Groupe de travail du Barreau sur la réglementation des parajuristes* (2004), para. 183, en ligne : <www.lsuc.on.ca/media/convsept04_paralegal_report_fr.pdf>.

²¹⁷ *Ibid.*, para. 184.

²¹⁸ *Chancey c. Dharmadi* (2007), 86 O.R. (3d) 612 (Sup. Ct. J.).

impliquée dans un accident de la route et avait engagé les services d'un parajuriste pour la défendre à l'encontre d'accusations en vertu du *Code de la route*. Elle a ensuite été nommée comme intimée dans l'action civile pour blessures personnelles intentée par le requérant, qui avait été la victime de l'accident. Le requérant a introduit une requête visant à contraindre l'intimée à répondre à des questions sur les circonstances de l'accident, ce qu'elle avait refusé de faire à l'interrogatoire préalable parce qu'elles visaient des communications entre l'intimée et son parajuriste²¹⁹. Comme la Cour l'a fait remarquer : [TRADUCTION] « [l]a défenderesse a engagé les services d'un parajuriste pour la défendre des accusations [en vertu du *Code de la route*] parce qu'elle n'avait pas les moyens d'engager les services d'un avocat. La requête soulève des questions d'accès à la justice²²⁰. »

En s'opposant à la requête en divulgation, l'intimée a affirmé qu'il existait entre elle et son parajuriste un privilège [TRADUCTION] « analogue au privilège du secret professionnel de l'avocat²²¹ ». La Cour a pris en compte les deux critères servant à déterminer si une revendication de privilège relève d'un privilège générique. Dans son analyse, elle a affirmé qu'[TRADUCTION] « il n'y a pas de raison de principe de ne pas accorder un privilège générique aux communications entre un parajuriste et son client²²² », mais que les critères du privilège générique exigent qu'il y ait [TRADUCTION] « un groupe identifiable, à savoir les parajuristes autorisés à exercer par le Barreau. Comme le parajuriste avec lequel l'intimée avait communiqué n'était pas un parajuriste autorisé à exercer, aucun privilège générique ne peut être invoqué²²³. » Même si les communications entre un parajuriste et son client n'ont pas été reconnues comme étant une catégorie traditionnellement protégée, la Cour a estimé qu'elles répondaient aux critères de Wigmore du privilège fondé sur les circonstances de chaque cas. Le juge a conclu que [TRADUCTION] « les communications entre le client et le parajuriste répondaient, dans le cas présent, à tous les éléments du critère Wigmore et, à mon avis, sont privilégiées et devraient être protégées contre la divulgation²²⁴. »

Le 1^{er} mai 2007, le Barreau du Haut-Canada est devenu responsable de la réglementation des parajuristes en raison de modifications à la *Loi sur le Barreau*²²⁵. Par la suite, il a adopté, pour les parajuristes des règles sur la confidentialité analogues à celles pour les avocats²²⁶. Selon le raisonnement de *Chancey c. Dharmadi*, les parajuristes de l'Ontario devraient maintenant avoir droit à un privilège générique – ou plus précisément, les clients qui consultent un parajuriste autorisé à exercer en Ontario devraient avoir le droit aux mêmes protections de la confidentialité de leurs communications que s'ils consultaient un avocat. On ne voit pas bien selon quels principes on pourrait s'opposer à une telle revendication.

2. Les notaires dans les provinces et territoires de common law

Au Québec, les notaires donnent des avis juridiques dans les domaines des testaments, de l'immobilier et des contrats de mariage. Ils bénéficient à tous égards du même statut juridique que

²¹⁹ *Ibid.*, para. 5. En l'occurrence, l'avocat du requérant demandait « le dossier complet de POINTTS ». Ce dossier faisait l'objet de la requête.

²²⁰ *Ibid.*, para. 3.

²²¹ *Ibid.*, para. 7.

²²² *Ibid.*, para. 39.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ *Ibid.*, para. 58.

²²⁵ *Loi de 2006 sur l'accès à la justice*, L.O., ch. 21 – projet de loi 14.

²²⁶ Voir Barreau du Haut-Canada, *Code de déontologie des parajuristes*, règle 3.03.

les avocats du Québec, et sont tenus comme eux au secret professionnel²²⁷. Ainsi, au Québec, les communications des clients avec les notaires et avec les avocats jouissent d'une protection égale. Hors du Québec, les tribunaux ne tiennent pas suffisamment compte des règles de droit sur le secret professionnel. Nous reviendrons sur cette question à la fin de la présente section.

Parmi les provinces de common law, la Colombie-Britannique est celle où les notaires publics sont investis des pouvoirs les plus vastes. Ils peuvent rédiger des actes de transfert de propriété immobilière, des hypothèques et des testaments simples [TRADUCTION] « en plus des fonctions habituelles des notaires d'attestation de documents et de signature d'affidavits »²²⁸. Comme les tribunaux de la Colombie-Britannique l'ont reconnu, ces responsabilités recoupent clairement la prestation d'avis juridiques par les avocats dans la province. Malgré tout, ni la loi ni les tribunaux n'ont reconnu les communications des notaires avec leurs clients comme étant privilégiées. En fait, dans une affaire de transaction immobilière qui a mal tourné, la Cour a ordonné la production d'affidavits et de documents visant entre autres les instructions que le plaignant [TRADUCTION] « avait données à tout avocat ou notaire au sujet du transfert de la propriété » ainsi que « tous les documents ayant trait aux éléments qui avaient présidé à la détermination du prix de mise en vente, du prix de vente proposé et du prix de vente final »²²⁹. La Cour a ordonné que les notaires en cause produisent un affidavit [TRADUCTION] « ayant trait à la transaction, comprenant copie de tout élément ou document au dossier en leur possession ou sous leur contrôle ayant quelque rapport que ce soit à la transaction »²³⁰. Des requêtes semblables ont été adressées aux avocats en cause, mais la Cour a précisé que les documents produits par les avocats seraient traités différemment :

[TRADUCTION]

Les documents mentionnés dans cette ordonnance devaient être déposés mais placés sous scellé dans les dossiers de la Cour de sorte que *le privilège du secret professionnel de l'avocat puisse être maintenu en ce qui concerne les affidavits et documents provenant des avocats* et que les avocats des parties et des tiers nommés dans l'ordonnance puissent s'exprimer sur la question à savoir si les documents devraient ou non être divulgués dans la présente instance ou dans d'autres instances. En conséquence, les affidavits et documents en question demeurerait sous scellé dans les dossiers de la Cour et inaccessibles à la Cour, au public ou aux parties avant qu'une nouvelle ordonnance soit rendue²³¹. [Nos italiques]

Le fait qu'aucune considération spéciale n'ait été appliquée, ni même envisagée à l'égard des documents des notaires, établit clairement la différence entre les deux professions et la façon dont les tribunaux de la Colombie-Britannique appliquent le privilège relatif à la preuve. En raison de la ressemblance des services offerts par les notaires en Colombie-Britannique, la profession juridique

²²⁷ Voir Chambre des notaires du Québec, en ligne : <www.cdnq.org/fr>; CanLaw, en ligne : <www.canlaw.com/notaries/quebecnotaries.htm>; et Service Canada, en ligne : <www.servicecanada.gc.ca/fra qc/emploi_avenir/statistiques/4112.shtml>.

²²⁸ Brad Daisley, « *Battle Brewing between Lawyers, Notaries in B.C.* » (1993) 12:40 *The Lawyers Weekly*.

²²⁹ *Park c. B.P.Y.A 1610 Holdings*, 2005 BCSC 272, [2005] B.C.J. No. 463.

²³⁰ *Ibid.*, para. 1.

²³¹ *Ibid.*, para. 2.

et les tribunaux sont soumis à une pression subtile de justifier un traitement différent. La situation est très semblable à celle des parajuristes autorisés à exercer en Ontario.

3. Agents de brevets

En 1886, la Cour de la Chancellerie a proclamé que [TRADUCTION] « les communications entre une personne et son agent de brevets ne sont pas privilégiées²³² ». Rien n'a guère changé depuis lors. L'application du privilège relatif à la preuve aux agents de brevets et aux agents de marques de commerce constitue ce qui peut être considéré comme la règle la plus alambiquée en la matière, étant entendu qu'un agent de brevets peut ou non être un avocat. Les tribunaux canadiens ont jugé que les communications avec ses clients d'un avocat agissant principalement comme agent de brevets ne sont pas privilégiées. En d'autres termes, lorsqu'il joue le rôle d'agent de brevets, un avocat donnant un avis juridique, qui serait normalement privilégié, ne bénéficie pas d'un privilège générique.

Dans un éminent précédent sur cette question, la Cour d'appel fédérale a souscrit à la décision de 1886 de la Cour de la Chancellerie :

Au Canada, il est clair que le privilège de la profession juridique ne s'étend pas aux agents des brevets. Toutefois, la seule raison en est que les agents des brevets, en tant que tels, n'appartiennent pas à la profession juridique. C'est la raison pour laquelle la correspondance entre eux et leurs clients n'est pas confidentielle, même si cette correspondance est échangée dans le dessein d'obtenir ou de donner des conseils juridiques²³³.

Le fait que la « seule raison » de refuser un privilège générique aux agents de brevet est qu'ils ne sont pas membres de la profession juridique, rappelle les arguments avancés en Ontario au sujet des parajuristes, avant qu'ils ne soient acceptés par le Barreau du Haut-Canada. Ce raisonnement est tautologique et n'apporte pas de raison de principe pour refuser le privilège aux *clients* qui communiquent avec des agents de brevets qui ne sont pas des avocats. La question n'est pas de savoir si les agents de brevets sont membres de la profession juridique, mais bien si les communications avec les agents de brevets devraient bénéficier de la même protection que les communications avec les avocats.

En 1998, le Royaume-Uni a adopté des mesures législatives octroyant le privilège relatif à la preuve aux agents de brevets. En 2006, la Cour fédérale a évalué l'applicabilité de ces mesures à des instances canadiennes²³⁴. Elle a rejeté l'application du privilège prévu par la loi britannique, affirmant qu'« il serait difficile, en l'absence d'une preuve solide, de conclure que l'on s'attendait à ce que le privilège soit applicable à l'extérieur de l'Angleterre, du pays de Galles, de l'Irlande du Nord et de l'Écosse²³⁵ ».

Cette affaire soulève la question de savoir comment les tribunaux canadiens devraient traiter des communications qui sont considérées comme étant privilégiées dans d'autres ressorts. En refusant d'adhérer à la loi du ressort étranger en cause, cette décision risque de miner

²³² *Moseley c. Victoria Rubber Co.* (1886), 3 R.P.C. 351, 55 L.T. 482 (*High Court of Justice, Chancery Division*).

²³³ *Lumonics Research Ltd. c. Gould*, (1983) 70 C.P.R. (2d) 11 (Cour d'appel fédérale), para. 15.

²³⁴ *Lilly Icos LLC c. Pfizer Ireland Pharmaceuticals*, 2006 CF 1465, [2006] ACF no 1853.

²³⁵ *Ibid.*, para. 15.

l'application à l'étranger des règles canadiennes sur le privilège du secret professionnel de l'avocat. En effet, comme il en est question dans le présent document de discussion, de nombreux ressorts prévoient à l'égard du privilège des restrictions qui n'existent pas au Canada. Si une question se posait dans un ressort étranger mettant en cause des communications avec un avocat canadien, ces communications pourraient être considérées comme privilégiées selon la loi du Canada mais pas selon la loi du ressort étranger. La décision de la Cour fédérale pourrait être invoquée comme établissant simplement le principe que le droit canadien ne tient pas compte du droit étranger dans l'application du privilège. Face à une situation analogue mettant en cause un client canadien ou un avocat canadien, un tribunal étranger pourrait s'estimer également autorisé à ne pas tenir compte du droit canadien. C'est pourquoi l'ABC devrait envisager de prendre position sur l'application des règles canadiennes sur le privilège dans les instances à l'étranger, et sur l'application des règles étrangères sur le privilège dans les instances au Canada.

Outre le Royaume-Uni, des lois ont été adoptées en Australie²³⁶, en Nouvelle-Zélande²³⁷ et au Japon²³⁸, qui étendent le privilège aux agents de brevets. L'Institut de la propriété intellectuelle du Canada (IPIC), un groupe de défense des intérêts de l'industrie, a cherché à obtenir l'adoption, au Canada, de mesures législatives semblables. Il a présenté deux propositions de modifications législatives : (1) la création d'un privilège des communications entre clients et agents de brevets ou agents de marques de commerce; et (2) l'autoréglementation des agents de brevets et agents de marques de commerce²³⁹. Aucun privilège semblable n'a encore été accordé, et aucun organisme d'autoréglementation n'a encore été établi. L'ABC devrait réfléchir à la position qu'elle adopterait sur la création d'un privilège pour les communications entre clients et agents de brevets ou agents de marques de commerce, dans le cas où leur autoréglementation serait établie.

4. Comptables fiscalistes

Il n'existe aucun privilège pour les comptables fiscalistes au Canada. Comme dans le cas des agents de brevets, le Canada est ainsi en porte-à-faux par rapport à l'évolution constatée dans d'autres ressorts semblables. Aux États-Unis, au Royaume-Uni, en Australie et en Nouvelle-Zélande, les communications avec des comptables fiscalistes sont, dans une certaine mesure, protégées par un privilège relatif à la preuve. En outre, la *Loi de l'impôt sur le revenu* impose tout particulièrement aux comptables fiscalistes une obligation illimitée de divulguer de l'information à l'Agence du revenu du Canada.

Dans l'affaire *Tower c. Ministère du Revenu national*²⁴⁰, un contribuable soutenait que le privilège des communications entre comptable et client devrait être reconnu comme un privilège générique pour les communications avec un client et pour « toutes les catégories de conseils fiscaux »²⁴¹. La Cour d'appel fédérale a rejeté cette revendication et distingué les communications visées par le privilège du secret professionnel de l'avocat des communications avec des comptables :

²³⁶ *Patents Act 1990*, en ligne : <www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/pa1990109>.

²³⁷ *Evidence Amendment Act (No. 2) 1980*, art. 34, en ligne : <www.legislation.govt.nz/act/public/1980/0027/latest/DLM35689.html>.

²³⁸ *Loi sur les instances civiles*, 1988.

²³⁹ Industrie Canada, « Propositions relatives à la protection du secret professionnel et à l'autoréglementation des agents de brevets et de marques de commerce » (novembre 2003).

²⁴⁰ *Tower c. Ministère du Revenu national*, 2003 CAF 307, [2004] 1 R.C.F. 183, para. 2, 37.

²⁴¹ *Ibid.*, para. 37.

Le privilège du secret professionnel de l'avocat, qui est fondamental à la bonne administration de la justice, est nécessaire pour que le client puisse, à la faveur d'avis confidentiels, ester en justice et défendre ses droits contre des réclamations indues. Les avocats sont tenus par la loi et par leur code de déontologie de préserver et de protéger l'intérêt public dans l'administration de la justice. Les comptables, par contre, ne sont pas assujettis à ces obligations et ils ne donnent pas des avis juridiques... D'après mon analyse, aucune considération de politique générale prépondérante ne permet d'assimiler au privilège de l'avocat les conseils obtenus de comptables²⁴².

Les tribunaux canadiens continuent de souscrire à l'arrêt *Tower* en ce qui concerne le privilège et les comptables fiscalistes.

Il importe d'examiner la façon dont le tribunal a considéré la justification du privilège en le refusant aux comptables dans le cas en cause. Selon le tribunal, (1) le privilège est fondamental à la bonne administration de la justice, (2) il est nécessaire pour que le client puisse, à la faveur d'avis confidentiels, ester en justice et défendre ses droits contre des réclamations indues, et (3) les avocats sont tenus par la loi et par leur code de déontologie de préserver et de protéger l'intérêt public dans l'administration de la justice. D'une part, il s'agit d'une définition étroite du privilège et, en raison du lien aux litiges établi par le point (2), elle ne s'appliquerait pas à une grande partie du travail d'un avocat. D'autre part, chacun de ces éléments s'appliquerait à des parajuristes réglementés en Ontario.

Une vive concurrence existe entre avocats et comptables fiscalistes dans la prestation de conseils fiscaux. Des commentateurs ont soutenu que les pratiques de l'Agence du revenu du Canada et la mesure dans laquelle les tribunaux les ont acceptées ont créé chez les clients une incitation à ne pas discuter librement avec les comptables²⁴³. Les contribuables ont ainsi été amenés à s'adresser à des avocats plutôt que des comptables fiscalistes pour traiter de leurs problèmes fiscaux, de façon à ce que ces communications soient protégées par le privilège relatif à la preuve²⁴⁴. Certains avocats semblent invoquer le privilège dans la promotion de leurs services, de manière à affirmer un avantage par rapport à leurs concurrents comptables, en déclarant dans leurs documents de promotion, à juste titre, que seuls les avocats peuvent garantir la confidentialité (et non les comptables). En outre, il existe une anomalie, car si un client communique directement avec un comptable, ces communications ne seront pas privilégiées, alors que s'il engage les services d'un avocat qui engage à son tour un comptable, les communications entre le client et le comptable seront ainsi protégées au titre du privilège du secret professionnel de l'avocat²⁴⁵.

²⁴² *Ibid.*, para. 38.

²⁴³ Paul D. Paton, « *Accountants, Privilege, and the Problem of Working Papers* » (2005) 28 *Dalhousie L.J.* 353.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 21. Paton cite un associé principal de KPMG qui a exprimé ce point de vue auprès de la l'Association canadienne d'études fiscales : [TRADUCTION] « Il est complètement illogique qu'un contribuable sollicitant des conseils fiscaux de deux conseillers compétents et bien reconnus bénéficient de communications privilégiées avec l'un mais pas avec l'autre, uniquement parce que l'un d'entre eux est avocat et l'autre ne l'est pas. Les droits du contribuable et l'impératif d'un système de justice équitable doivent tout de même dicter que l'application du privilège aux conseils fiscaux ne devrait pas être déterminée par la profession à laquelle appartient le conseiller fiscal. »

²⁴⁵ *Susan Hosiery Limited c. Minister of National Revenue*, [1969] 69 DTC 5278.

D'autres ressorts, comme les États-Unis, ont été plus disposés à accorder un privilège aux communications entre clients et conseillers fiscaux. La question est récemment arrivée à un point déterminant. L'enjeu est de savoir si le privilège relatif à la preuve doit être appliqué dans des scénarios où [TRADUCTION] « une personne obtient des conseils juridiques compétents en matière fiscale auprès d'un comptable plutôt que d'un avocat²⁴⁶ ». L'argument avancé est qu'aujourd'hui, les comptables fiscalistes assurent les mêmes fonctions que les avocats et devraient donc bénéficier d'un privilège générique par analogie. Cependant, en octobre 2010, la Cour d'appel a statué que les communications avec des comptables ne sont pas visées par la doctrine de common law du privilège du secret professionnel de l'avocat²⁴⁷. Elle a affirmé que la seule façon de prévoir l'application du privilège du secret professionnel de l'avocat aux comptables serait par voie législative.

5. Consultants en immigration

Comme on l'a vu plus haut, un des arguments souvent invoqués contre l'application du privilège relatif à la preuve à d'autres fournisseurs de services qui ne sont pas des avocats a trait à l'absence de réglementation. Il est dès lors intéressant de considérer la façon dont les tribunaux réagiraient à une revendication de privilège à l'égard des consultants en immigration, puisque la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* prévoit leur réglementation²⁴⁸. La Société canadienne de consultants en immigration (SCCI) a été créée en 2004, par voie de modification à la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* exigeant que quiconque est un « représentant autorisé » d'immigrants devant Citoyenneté et Immigration Canada, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada ou l'Agence des services frontaliers du Canada doit être « membre en règle du barreau d'une province, de la Chambre des notaires du Québec ou de la Société canadienne de consultants en immigration...²⁴⁹ ». Dans une décision de 2008, la Cour d'appel fédérale a rejeté les arguments du Barreau du Haut-Canada s'opposant à l'établissement d'un organisme de réglementation chargé de veiller sur la conduite des consultants en immigration²⁵⁰. Entre autres récriminations au sujet des incidences qu'aurait un tel organisme sur l'indépendance du barreau, le Barreau du Haut-Canada soutenait que les nouvelles exigences voulant que les non-avocats soient membres de la SCCI menaceraient en fait le privilège du secret professionnel de l'avocat²⁵¹. La Cour a rejeté ces arguments.

Aucune demande de création d'un nouveau privilège générique visant les communications entre les consultants en immigration et leurs clients n'a encore été présentée, que ce soit au Parlement ou devant les tribunaux. D'importants problèmes ont été soulevés au sujet de la structure actuelle de la réglementation, faisant en sorte qu'il serait pour le moment difficile

²⁴⁶ *Prudential PLC and Prudential (Gibraltar) Limited c. Special Commissioner of Income Tax and Philip Pandolfo (HM Inspector of Taxes)*, [2009] EWHC 2494, para. 7 (Admin).

²⁴⁷ Voir *Prudential PLC and Prudential (Gibraltar) Limited c. Special Commissioner of Income Tax and Philip Pandolfo (HM Inspector of Taxes)*, [2010] EWCA Civ. 1094.

²⁴⁸ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, al. 74(d), art. 91, para. 167(1), *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art.2.

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ *Barreau du Haut-Canada c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* 2008 CAF 243, [2009] 2 R.C.F. 466.

²⁵¹ *Ibid.*, para. 64.

d'envisager sérieusement l'octroi du privilège à des consultants en immigration réglementés²⁵². Si ces problèmes de réglementation étaient surmontés, la résolution de la question du privilège générique deviendrait toutefois beaucoup plus difficile.

6. La doctrine québécoise du secret professionnel

S'agissant de l'octroi du privilège à d'autres professionnels, il vaut la peine de considérer la doctrine du *secret professionnel* au Québec. Le privilège du secret professionnel de l'avocat est différent au Québec par rapport au reste du Canada, y relevant de la rubrique plus générale du « *secret professionnel* » (des professionnels) : il y a donc le *secret professionnel de l'avocat*, au même titre que le *secret professionnel du médecin* ou le *secret professionnel* d'autres professionnels. La doctrine du secret professionnel est prévue par diverses lois, dans tous les cas en vue d'assurer la reconnaissance et la protection des communications avec divers professionnels.

La disposition centrale de la doctrine est ancrée dans l'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne* : « Chacun a droit au respect du secret professionnel²⁵³. » Sous l'intertitre « Divulgation de renseignements confidentiels », la *Charte* prévoit en outre que : « Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi²⁵⁴. » En outre, le *Code des professions* exige que tous les membres d'un ordre professionnel, et non seulement les avocats et les notaires, respectent le secret professionnel²⁵⁵.

La situation au Québec est instructive parce qu'elle démontre une volonté, de la part de la législature, de traiter les communications avec les avocats sur le même pied que les communications avec d'autres professionnels. Par ailleurs, comme en Europe, le privilège au Québec est fondé sur les droits de la personne. La doctrine du secret professionnel devrait être analysée en détail par les tribunaux et l'ABC afin d'aider à répondre aux questions qui se posent.

La difficulté pour l'ABC consiste à tenter de prévoir une approche fondée sur des principes, afin de faire face à l'inévitable revendication d'un privilège générique par d'autres professions. Ce faisant, l'ABC s'inquiétera sans doute de ce que l'octroi du privilège à d'autres professionnels diluera les protections dont les clients bénéficient à juste titre en vertu du privilège tel qu'il est actuellement. En outre, il pourrait devenir plus facile pour les gouvernements d'empêtrer sur le privilège du secret professionnel de l'avocat si le privilège s'applique à un plus vaste groupe de professionnels. L'argument au sujet de l'importance du privilège du secret professionnel de l'avocat

²⁵² Un rapport du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration de la Chambre des communes intitulé « Réglementation des consultants en immigration » jette un doute sur l'efficacité de la réglementation assurée par le nouvel organisme, ce qui peut avoir une incidence sur les réclamations futures : « Au départ, la Société n'a pas été dotée des outils nécessaires pour pouvoir bien s'acquitter de son mandat d'organisme de réglementation. À titre d'entité constituée en vertu d'une loi fédérale, la SCCI n'est pas habilitée à sanctionner les consultants en immigration qui n'en sont pas membres et elle n'a pas le pouvoir de demander l'exécution judiciaire des mesures disciplinaires qu'elle impose à ses membres. De plus, parce que la compétence de la SCCI n'est pas régie par une loi, il est impossible aux membres insatisfaits ou à quiconque d'autre d'exercer une quelconque influence sur le fonctionnement interne de la Société par le biais d'un examen judiciaire. De l'avis du Comité, il faudrait légitimer pour remédier à ces lacunes. » *Rapport du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration : Réglementation des consultants en immigration* (Ottawa : 39^e Législature, 2^e session, juin 2008).

²⁵³ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12, art. 9.

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ *Code des professions*, L.R.Q. c. C-26.

repose, en grande partie, sur des éléments historiques et rhétoriques. L'ABC renforcerait la défense de la protection du privilège du secret professionnel de l'avocat si elle élaborait des arguments fondés sur des faits. En somme, au lieu de demander aux tribunaux et aux législateurs de reconnaître d'office l'importance du privilège, l'ABC devrait envisager d'investir dans des recherches empiriques sur la relation avocat-client. Certes, la recherche empirique sur les avocats et leur travail est sous-développée au Canada. Pour l'ABC et d'autres groupes toutefois, affirmer l'importance ou le caractère « sacré » du privilège entraîne le risque qu'en l'absence de l'appui de données empiriques, leurs arguments voulant limiter le privilège aux avocats risquent d'être perçus simplement sous un angle commercial plutôt que professionnel, comme moyen de parer à la concurrence d'autres professionnels.

B. Le professionnalisme et le privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client

Au cours de la dernière décennie, la magistrature et le barreau se sont de plus en plus préoccupés de la déontologie des avocats, aussi bien devant les tribunaux qu'autrement. Nous avons constaté la montée d'un mouvement en faveur de la civilité au sein de la profession juridique. L'ABC a adopté les Principes de courtoisie entre avocats de *l'Advocates' Society*. D'aucuns ont milité pour une surveillance judiciaire plus étroite du comportement des avocats au tribunal. Ces faits nouveaux soulèvent diverses questions concernant le privilège du secret professionnel de l'avocat.

Les règles de procédure et la compétence inhérente des cours supérieures permettent aux tribunaux d'ordonner que des dépens soient payés personnellement par un avocat. Le mouvement en faveur d'une surveillance judiciaire accrue du comportement au tribunal mènera vraisemblablement à une augmentation du nombre de requêtes d'ordonnances condamnant des avocats aux dépens. De telles requêtes menacent le privilège parce que les avocats peuvent avoir à choisir entre leur propre défense et la protection du privilège de leurs clients. Dans une affaire de 2010, une formation élargie de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a reconnu que ces préoccupations et d'autres encore sont « graves et légitimes », mais a soutenu qu'elles devaient être prises en compte par les rédacteurs de la règle en cause et ne devraient pas influer sur l'interprétation de la règle²⁵⁶. D'autres tribunaux ont fait valoir qu'une réserve s'impose en la matière parce que [TRADUCTION] « les avocats ne devraient pas être placés en situation de conflit entre leurs obligations envers leurs clients... et leur portefeuille²⁵⁷ ».

Aux États-Unis, un tribunal peut interdire à une partie d'invoquer le privilège, à titre de sanction légitime pour abus du processus de l'interrogatoire préalable. Un tribunal peut ordonner la divulgation de documents privilégiés lorsqu'il juge qu'il y a eu mauvaise foi, mauvaise volonté ou faute²⁵⁸. Les tribunaux canadiens devraient-ils envisager d'imposer de telles sanctions en cas de revendication abusive du privilège? Un spécialiste a affirmé que le gouvernement fédéral abuse du privilège du secret professionnel de l'avocat en refusant de faire suite à des demandes d'accès à

²⁵⁶ Voir *Nazmdeh c. Ursel*, 2010 BCCA 131, [2010] B.C.J. No. 443, para. 97 à 100.

²⁵⁷ *M.D. c. Windsor-Essex Children's Aid Society*, 2010 ONSC 2831, [2010] O.J. No. 2270. Voir aussi *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, para. 254.

²⁵⁸ *Re Teleglobe*, *supra* note 1, p. 386 (citant des précédents).

l'information²⁵⁹. Si le tribunal constate qu'une partie a agi de mauvaise foi en revendiquant la protection du privilège, est-il légitime que la Cour ordonne la production de tous les documents y compris ceux qui sont privilégiés?

Lorsque survient un conflit entre un avocat et son client et que l'avocat est contraint de se retirer du dossier, l'avocat doit veiller à ne pas révéler de communications privilégiées. Dans *R. c. Cunningham*, la Cour suprême a soutenu que les tribunaux peuvent examiner le motif pour lequel un avocat s'est retiré d'une affaire. Elle a affirmé que les détails du compte d'un avocat sont privilégiés, mais que le fait qu'un avocat n'a pas été payé par le client ne l'était pas²⁶⁰. La Cour a accepté que les règles de déontologie adoptées par l'ABC et les barreaux sont d'importants énoncés de politiques publiques, mais a estimé qu'en dernier ressort, les tribunaux peuvent exercer une surveillance du comportement des avocats qui comparaissent devant eux. L'affaire rappelle que les tribunaux définissent les paramètres du privilège en tenant compte des avis de l'ABC et d'autres parties, mais ne sont pas disposés à s'en remettre à des préoccupations générales au sujet de l'empiètement sur le privilège. Une plus ample justification est nécessaire.

C. Les nouvelles technologies et le privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client

Au cours de la dernière génération, la technologie a transformé notre société de façon spectaculaire. L'exercice du droit évolue, mais le système de justice a été lent à s'adapter. Si une personne de l'an 1900 arrivait dans un tribunal aujourd'hui, elle se familiariserait rapidement avec les procédures qui s'y appliquent. Les changements les plus notables relèveraient de la démographie plutôt que de la technologie – une femme juge présidant à l'instance et des avocates défendant des causes – sinon, des visiteurs du milieu du droit du début du siècle dernier trouveraient l'environnement plutôt familier. Par contre si de tels visiteurs devaient recourir à des services bancaires, vous auriez à leur expliquer tous les changements survenus depuis une quarantaine d'années : services intersuccursales, cartes bancaires, guichets automatiques, services au téléphone et maintenant opérations bancaires en ligne. En somme, le système de justice n'a jamais été à l'avant-plan pour ce qui est de s'adapter à l'évolution de la technologie.

La justification du privilège remonte au moins jusqu'aux conceptions des relations entre avocat et client du XIX^e siècle. Elle est fondée sur le paradigme de l'interaction en personne entre un avocat et un client, au cabinet de l'avocat. La question fondamentale pour la profession juridique est de savoir si la doctrine du privilège s'adaptera à de nouvelles circonstances ou si le comportement des avocats devra s'adapter face aux règles rigides du privilège.

Il n'est pas rare d'entendre des gens engager des discussions personnelles et peut-être confidentielles au moyen de leur téléphone mobile ou de Bluetooth. Les gens d'affaires et les avocats poursuivent volontiers dans un aéroport ou dans un train des discussions qu'ils ne voudraient jamais voir révélées à un adversaire. Le caractère confidentiel de telles discussions est douteux. Or comme la Chambre des lords l'a affirmé, la condition *sine qua non* du privilège est la confidentialité : [TRADUCTION] « À moins que la communication ou le document à l'égard desquels

²⁵⁹ Voir Stephen Chase, « *No deal on Afghan detainee documents, but Tories make "significant" concessions* », *Globe and Mail* (14 juin 2010), en ligne (uniquement en anglais) : <<http://m.theglobeandmail.com/news/politics/no-deal-on-afghan-detainee-documents-but-tories-make-significantconcessions/article1604050/?service=mobile&template=shareEmail>>.

²⁶⁰ *Cunningham*, *supra* note 9, para. 27 à 31.

le privilège est revendiqué ne soient confidentiels, il ne peut être question de privilège de la consultation juridique. Le caractère confidentiel de la communication ou du document ne suffit pas, en lui-même, à justifier le privilège, mais il constitue une exigence essentielle²⁶¹. » L'ABC a publié des « Lignes directrices pour un exercice du droit conforme à la déontologie dans le cadre des nouvelles technologies de l'information »²⁶², selon lesquelles : « Les avocats doivent exercer la même vigilance et faire preuve du même souci pour les questions de nature confidentielle quelle que soit la technologie de l'information à laquelle ils ont recours. »

Le problème devient sensiblement plus difficile lorsque entre en jeu la transmission de données par voie électronique. Internet est quasiment omniprésent. On trouve des points d'accès sans fil dans les vestibules d'hôtels, les aéroports et des cafés. Il y en a à bord des trains et il y en aura bientôt à bord des avions. Bien qu'ils soient extrêmement pratiques, ces réseaux sans fil publics, auxquels se fient les avocats autant que d'autres personnes, sont bien moins sécurisés que l'on ne pourrait le penser, et leur utilisation risque de menacer la confidentialité envers le client et le privilège du secret professionnel de l'avocat.

Même si un réseau est fiable, les personnes et les appareils qui le partagent ne le sont pas nécessairement. Dans le cas d'un point d'accès Wi-Fi par exemple, tous les ordinateurs et les portables qui le partagent font partie d'un réseau local (LAN). Il s'agit là d'un réseau semblable à ceux qu'on trouve dans les bureaux qui utilisent un intranet et des réseaux fermés. Ce genre de réseau permet d'accéder, même sans grandes connaissances techniques, à l'information échangée et, tout dépendant de la sécurité des appareils qui y sont branchés, aux données sauvegardées sur leurs disques durs. En somme, le Wi-Fi de votre café-restaurant est-il très différent de la ligne téléphonique que des voisins partageaient dans les années 1950? L'utilisation de réseaux Wi-Fi devrait-elle invalider toute revendication d'un privilège à l'égard de communications entre un avocat et un client qui ont été divulguées par inadvertance? Le fait que la communication provienne de l'avocat ou du client devrait-il être pertinent?

Compte tenu des avis d'exonération de responsabilité auxquelles l'utilisation de tels réseaux est assujettie, il serait difficile, objectivement, pour un avocat de revendiquer la confidentialité. Un de ces avis prévoit les conditions suivantes :

[TRADUCTION]

Protection de la confidentialité et sécurité – Votre fournisseur de services ne peut assurer ni garantir la confidentialité des renseignements que vous acheminez en vous servant du service. Il est donc recommandé d'éviter d'utiliser le service pour la transmission de renseignements confidentiels... L'utilisation de points d'accès Internet sans fil engendre davantage de risques pour la sécurité que l'utilisation d'une connexion Internet filaire parce que votre dispositif devient accessible à un autre dispositif qui n'y est pas relié physiquement. Il est donc vivement recommandé (et il vous incombe) de veiller à ce que la configuration de votre ordinateur soit sécurisée. Vous reconnaîtrez qu'afin d'être accessibles à la plus

²⁶¹ *Three Rivers DC c. Bank of England (No. 6)* (HL)(E)), [2005] 1 A.C. 610, p. 646, lord Scott.

²⁶² Association du Barreau canadien, « Lignes directrices pour un exercice du droit conforme à la déontologie dans le cadre des nouvelles technologies de l'information », en ligne : <www.cba.org/abc/activities_f/pdf/guidelines-fr.pdf>.

grande variété de dispositifs, les points d'accès Internet sans fil ne prévoient aucun chiffrement (comme WEP, WPA ou autre mécanisme de chiffrement ou d'authentification).

Ce que les usagers doivent savoir. Vos messages peuvent être interceptés et lus par des tiers à votre insu... Vous convenez que votre fournisseur de services se réserve le droit, à l'occasion, de surveiller le service de façon électronique ... et aussi de divulguer les renseignements nécessaires pour se conformer à une loi, à un règlement ou à une demande du gouvernement..., pour exploiter... le service, ou pour se protéger ou protéger des tiers²⁶³.

On peut soutenir que l'envoi de données sur de tels réseaux témoigne d'une absence d'intention de préserver la confidentialité de l'information, qui est une exigence du privilège²⁶⁴.

Une autre difficulté relative au privilège a été créée par la révolution dans la sauvegarde et la transmission de données. Le coût du stockage de données a chuté depuis une vingtaine d'années. Dénormes quantités de données peuvent être sauvegardées économiquement dans un espace relativement restreint. Par ailleurs, le courrier électronique rend faciles et rapides la création et la transmission de données. Ces deux phénomènes combinés peuvent remettre en cause la façon dont les tribunaux traiteront les revendications du privilège à l'avenir. Aux États-Unis, un exemple important illustre l'incidence du stockage des données sur la façon dont les juges ou protonotaire parviennent à leurs décisions quant à une revendication du privilège, ce qu'ils font traditionnellement document par document.

Dans *In re Vioxx Products Liability Litigation*²⁶⁵, Merck revendiquait un privilège à l'égard de plus de 30 000 documents comportant plus de 500 000 pages. Si un juge ou protonotaire avait consacré même seulement une minute à chaque document (indépendamment de sa longueur) pour évaluer la revendication du privilège, il en aurait eu pour 500 heures de travail. Une seule personne travaillant cinq heures par jour à examiner ces documents aurait achevé la tâche au bout de 100 jours de travail, soit quasiment une demi-année. Face à ce problème, la Cour de district des États-Unis pour le district Est de la Louisiane a mis au point une méthode de triage et de classement des documents qui permettait de déterminer la nature de chacun en fonction de sa diffusion et de son cheminement au sein de l'entreprise. La méthode a été qualifiée d'analyse de l'objet principal selon le contexte ou la catégorie²⁶⁶. Suivant cette forme d'analyse, les documents qui avaient été envoyés à la fois à des avocats et à des non-avocats dans des buts juridiques et non juridiques ont été considérés comme ayant un objet mixte et donc comme n'ayant pas été envoyés principalement afin de recevoir un avis juridique, de sorte qu'ils n'étaient protégés par aucun privilège. Si les documents avaient été diffusés à des non-avocats, la Cour a exclu le privilège, même si ces documents auraient été considérés comme privilégiés s'ils avaient été envoyés uniquement aux conseillers juridiques de l'entreprise²⁶⁷. En fait, l'arrêt *Vioxx* a institué l'exigence d'une voie de communication complètement distincte à l'intention des conseillers juridiques de l'entreprise, étant

²⁶³ En ligne (uniquement en anglais) : <<http://logon.bellwifi.ca/BellHotspot/Default/TermsOfUse.aspx>>.

²⁶⁴ Le « critère Wigmore » à quatre volets exige qu'il y ait confidentialité de la communication pour établir l'existence d'un privilège. *Howley, supra* note 30.

²⁶⁵ *In re Vioxx Products Liability Litigation*, 501 F. Supp. 2d 789 (E.D. La. 2007).

²⁶⁶ Thomas M. Spahn, « *Corporate Attorney-Client Privilege in the Digital Age: War on Two Fronts?* » (30 mai 2010), en ligne (uniquement en anglais) : SSRN <<http://ssrn.com/abstract=1617989>>, p. 9.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 11.

entendu que si elle était détournée vers des non-avocats, il y aurait renonciation au privilège. La Cour a conclu qu'il y avait privilège uniquement à l'égard de 491 documents.

Certains ont supposé, à la suite de l'arrêt *Vioxx*, que la méthode simple et rapide mise au point par la Cour serait largement adoptée. Tel n'a pas été le cas. Selon un analyste, [TRADUCTION] « depuis 2008, il y a eu une longue suite de décisions reconnaissant la menace potentielle que la méthode *Vioxx* posait sur le plan du comportement éthique des entreprises²⁶⁸ ». Au lieu de cela, les tribunaux ont opté pour des examens beaucoup plus rigoureux, document par document, lorsqu'un privilège était revendiqué à l'égard de grandes quantités de documents. Aux États-Unis, la tendance générale à écarter l'analyse contextuelle a certainement été bien accueillie par les défenseurs du privilège, mais elle ne répond pas au problème de fond qui s'est posé dans *Vioxx*. Les entreprises ne sont pas en train de réduire la quantité de leurs documents électroniques; en fait, c'est tout le contraire. À l'échelle mondiale, les taux de stockage de données décuplent tous les cinq ans²⁶⁹. Choisir une méthode rigoureuse, fondée sur le contenu, afin de préserver le privilège ne semble tout simplement pas pratique. Les tribunaux américains doivent concilier leur conception du privilège des entreprises et les montagnes de documents que les entreprises font aisément circuler dans leurs services juridiques internes. Les tribunaux canadiens seront confrontés à des problèmes semblables.

Internet et le courrier électronique ont créé des pièges pour le privilège qui peuvent provoquer des conflits et la disqualification. La façon traditionnelle de rechercher un avis juridique suppose qu'un client téléphone à un avocat ou se rend au bureau d'un avocat. L'avocat ou son personnel peut alors procéder à une ouverture de dossier et à une vérification des conflits. Internet a toutefois transformé l'interaction entre l'avocat et son client potentiel. Un client potentiel peut envoyer un courriel à l'avocat en fournissant des renseignements confidentiels sur une affaire avant que l'avocat puisse faire ce qu'il ferait en personne ou au téléphone : lui demander d'attendre, afin de donner à l'avocat le temps de vérifier s'il y a des conflits, puis de reprendre contact avec le client. Certains avocats tentent d'arriver aux mêmes fins au moyen d'un avis d'exonération de responsabilité que reçoit la personne qui tente de leur envoyer un courriel. Un tel avis n'apparaît toutefois que si la personne communique avec l'avocat par le biais du portail Web de son cabinet, ce qui équivaut à se présenter au cabinet et d'y être accueillie par la réceptionniste. Par contre si la personne a déjà l'adresse électronique d'un avocat ou la trouve ailleurs sur le Web, elle peut lui adresser un courriel de la même façon informelle que si elle l'abordait dans une soirée mondaine. Au demeurant, l'effet juridique de tels avis sur le privilège et les conflits est incertain. Un de ces avis se présente comme suit :

[TRADUCTION]

Veuillez noter : Le fait que vous nous adressiez un courriel ne fait pas de nous vos avocats. Vous ne serez pas considéré comme un client du cabinet avant que nous ayons accepté d'agir en votre nom conformément à nos politiques habituelles sur l'acceptation de clients. À moins que vous ne soyez déjà client de [nom du cabinet], veuillez éviter de communiquer des renseignements confidentiels dans votre courriel car, à moins et avant que nous n'ayons accepté d'agir en votre nom, nous n'assurerons la confidentialité d'aucune

²⁶⁸ *Ibid*, p. 16.

²⁶⁹ « *A special report on managing information: Data, data everywhere* » *The Economist* (25 février 2010), en ligne (uniquement en anglais) : <www.economist.com/node/15557443>.

information que vous nous transmettez, et vous ne pourrez traiter aucune information que nous vous communiquerons comme un avis juridique²⁷⁰.

Dans l'optique du privilège, il n'est pas certain qu'un cabinet pourrait se décharger de l'obligation d'assurer la confidentialité de toute information qu'il recevrait d'un éventuel client. Il existe un danger que si un éventuel client révèle de l'information confidentielle à l'avocat, ces communications soient considérées comme privilégiées et créent une situation de conflit, entraînant possiblement une disqualification. De nombreux tribunaux ont adopté une attitude rigoureuse face aux interactions informelles en personne entre des avocats et d'éventuels clients. On ne sait pas au juste comment ils considéreront de telles interactions informelles en ligne.

D. L'évolution de la pratique du droit et le privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client

Dans son ouvrage *The End of Lawyers?*, le futurologue et conseiller spécial de l'ABC, Richard Susskind, définit divers stades dans l'évolution des services juridiques. Il définit aussi 12 catégories de prestation de services juridiques : internalisation (avocats qui entreprennent des travaux juridiques eux-mêmes); « désavocatisation » (confier l'exécution d'une tâche juridique à un non-avocat); relocalisation (transfert de travaux vers des endroits moins coûteux, dans des pays où les cabinets ou autres organisations ont déjà une présence); recours à des services à l'étranger (transfert de travaux juridiques vers des pays où les cabinets n'ont pas eu d'activités précédemment); externalisation (confier du travail à des entreprises de soutien spécialisées, habituellement dans des endroits moins coûteux); sous-traitance (confier du travail à d'autres cabinets d'avocats); co-traitance (collaboration entre organisations distinctes à différents aspects de travaux juridiques); location (de services d'avocats, projet par projet); travail à domicile; libéralisation (mise à la disposition du public d'information juridique); informatisation (systématisation, conditionnement et standardisation d'information juridique); et non-traitance (ne rien faire)²⁷¹.

La réflexion de Susskind ne s'étend pas à l'incidence de l'évolution sur le privilège du secret professionnel de l'avocat, puisque son mandat ne le demandait pas. Cependant, il est évident qu'à mesure que la prestation de services juridiques s'éloigne du paradigme classique de l'interaction personnelle entre client et avocat sur laquelle il est fondé, le privilège du secret professionnel de l'avocat sera soumis à des contestations sur le plan conceptuel et sur le plan pratique. D'abord tout travail juridique qui touche à de multiples ressorts soulèvera, à l'égard du privilège, des questions de choix de la loi applicable. En outre, lorsque des travaux juridiques sont confiés à des non-avocats, la question se posera de savoir si les avis qui en sont issus seront protégés par le privilège. Lorsque des renseignements confidentiels sont communiqués au-delà de la relation avocat-client à des tiers, les tribunaux risquent de juger qu'il y a, de ce fait, renonciation au privilège. L'externalisation et la sous-traitance se situent quelque part entre la communication de renseignements confidentiels à des tiers indépendants et le recours à des spécialistes chargés d'aider à fournir un avis juridique. Il est probable que l'applicabilité du privilège à de tels cas serait déterminée au cas par cas, en tenant compte des moyens mis en place pour protéger la confidentialité.

²⁷⁰ Voir, par exemple, www.weirfoulds.com. D'autres cabinets affichent des avis d'exonération de responsabilité semblables.

²⁷¹ Richard Susskind, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services* (Oxford : OUP, 2008), p. 47.

Le droit est une profession de service, et les changements dans les attentes des clients ont influé et continueront d'influer sur l'exercice du droit. Le complet-cravate était l'uniforme usuel des avocats-conseils d'entreprises jusqu'à ce que les avocats de *Silicon Valley* commencent à s'habiller comme les clients jeunes et décontractés (et très riches) du secteur de la technologie, à qui ils donnaient leurs conseils. Il est maintenant beaucoup question du « bureau virtuel », et de nombreux avocats sont aujourd'hui prêts à se déplacer pour rencontrer le client plutôt que d'exiger que le client fasse le détour pour se rendre à leur bureau. Il n'est pas nécessairement mauvais que des avocats offrent un service à domicile, mais des questions déontologiques se posent lorsqu'un avocat rencontre un client dans un endroit public.

Il n'est pas inhabituel d'entrer dans un café local, de s'asseoir pour lire le journal et de voir et entendre un avocat rencontrant un client et discutant de questions qu'ils voudraient sans aucun doute voir protégées par le privilège. Selon les règles habituelles de la renonciation, de telles conversations ne seraient pas considérées comme étant confidentielles et donc ne seraient pas privilégiées. Ce serait comme si un avocat discutait librement avec son client dans les corridors du palais de justice, avec de nombreuses personnes aux alentours. Il ne peut y avoir aucune attente en matière de protection de la vie privée. Reconnaissant ce problème, le Barreau du Québec a adopté une règle exigeant que pour rencontrer des clients ou tenir des conversations assujetties au secret professionnel, les avocats utilisent un cabinet de consultation ou un autre local fermé et aménagé de façon à ce que les conversations des personnes qui s'y trouvent ne puissent pas être entendues de l'extérieur²⁷². Les tribunaux suivront-ils l'exemple du Barreau et imposeront-ils des exigences plus rigoureuses en matière de confidentialité afin de préserver le privilège?

D'autres ressorts sont en voie de libéraliser leurs règles limitant les cabinets multidisciplinaires (CMD) comprenant des non-avocats. En Australie, en Nouvelle-Zélande et, en 2011, en Angleterre et au pays de Galles, les structures commerciales alternatives (*Alternative Business Structures – ABS*) sont ou seront permises. Au Canada, lorsque les barreaux ont débattu de la question il y a une décennie ou plus, des préoccupations ont été exprimées au sujet de la protection du privilège. Les barreaux canadiens reviendront sans doute sur le dossier des CMD dans les années à venir, et les tribunaux devront alors déterminer comment le privilège s'applique dans de tels contextes.

En Angleterre et au pays de Galles, la *Legal Services Act*²⁷³ permettra l'adoption d'*ABS* en 2011. Il s'agira de véritables cabinets multidisciplinaires qui ne seront pas nécessairement contrôlées par des avocats. Si nous superposons certaines des prédictions de Richard Susskind et la nouvelle *ABS*, de nombreuses questions se posent au sujet du privilège. Qu'en est-il d'une *ABS* qui fournit des services juridiques assurés par des non-avocats? Et des services juridiques qui sont externalisés à un centre d'appels doté d'avocats autorisés à exercer dans un autre ressort? Seraient-ils protégés par le privilège? Quel est le droit du privilège qui serait d'application : celui du ressort où se trouve l'avocat, ou du ressort où se trouve le client?

Un autre aspect de la question des *ABS*, est celui des avocats qui fournissent des services multidisciplinaires (SMD), comme cela se fait déjà au Canada. Les avocats canadiens élargissent leur offre de services en y ajoutant des services non juridiques, en concurrence directe avec d'autres professionnels, par exemple dans les domaines de la conformité des entreprises, des ressources humaines, des politiques publiques et de l'immobilier. Lorsqu'un avocat fournit des services multidisciplinaires, quelle part de ses communications avec ses clients devrait-elle être protégée

²⁷² Voir *Règlement sur la comptabilité et les normes d'exercice professionnel des avocats*, L.R.Q., c. C-26, a.89 et 91, art. 5.

²⁷³ *Legal Services Act*, 2007 c. 29.

par le privilège? Diverses réponses peuvent être apportées à cette question. Le privilège pourrait être perdu à l'égard de certaines activités des avocats, ou il pourrait y avoir des pressions accrues en faveur de l'octroi du privilège à des services comparables rendus par d'autres professionnels – comme cela a été le cas des comptables fiscalistes. Si, par exemple, des avocats diversifient leurs activités en se lançant dans la vente immobilière²⁷⁴, toutes leurs communications seraient-elles protégées par le privilège? Malgré l'expérience vécue au Québec, des associations de juristes se préoccupent de ce que l'extension du privilège à d'autres professionnels risque de diluer les protections conférées aux avocats et à leurs clients par le privilège du secret professionnel de l'avocat. Cependant, la plus grande menace pour le privilège pourrait encore venir de l'intérieur, c'est-à-dire des avocats qui diversifient leurs activités en se lançant dans la prestation de services qui ne sont manifestement pas des services juridiques : les tribunaux et les instances de réglementation pourraient considérer que cette diversification dilue l'importance toute particulière que revêtent les services que les avocats fournissent à leurs clients.

²⁷⁴ Voir Gary Marr, « *Lawyers jump into listing battle* », *Financial Post* (17 mai 2010), en ligne (uniquement en anglais) : <www.financialpost.com/news/economy/Lawyers+jump+into+listing+battle/3036290/story.html>.

VII. Conclusion

La Cour suprême s'est montrée disposée à s'exprimer clairement en défendant l'importance du privilège du secret professionnel de l'avocat. Jusqu'à présent, elle a en général bien accueilli les arguments que lui a présentés l'ABC. Cependant, ce serait une erreur de croire qu'en ce qui concerne le privilège, le droit et la pratique sont immuables. Comme le démontrent les interventions de l'ABC auprès des gouvernements, les empiètements législatifs sur le privilège sont fréquents et pourraient le devenir encore davantage. Nous vivons dans un monde juridique de plus en plus mondialisé, et le droit canadien concernant le privilège se distingue à des égards importants d'autres ressorts qui sont pertinents, en raison de leur influence à la fois sur le droit canadien et sur les interactions de nos clients. En outre, le droit et la pratique dans ces différents ressorts, et surtout aux États-Unis, démontrent que de nombreuses questions entourant le privilège restent sans réponse au Canada. En définitive, les changements que connaissent la société et la pratique du droit provoqueront plus de questions concernant le privilège que de réponses. Pour l'ABC, le défi à relever est de considérer la façon dont ce concept ancien, qui est une composante fondamentale de l'administration de la justice, devrait s'appliquer et s'adapter aux changements apportés par le XXI^e siècle.