

LES COMMUNICATIONS PRIVILEGIEES AVOCAT-CLIENT

ALAIN CARDINAL*
Montréal

Il y a plus de peine à garder un secret, qu'à tenir un charbon ardent dans sa bouche.
Socrate

I. Introduction.

Souvent les gens de la basoche parlent comme d'un absolu du secret professionnel de l'avocat. Qu'en est-il réellement?

Nous allons tenter de faire un bref tour d'horizon de l'origine et de la nature du secret professionnel de l'avocat en droit québécois et canadien.

Nous étudierons ensuite l'application de ce secret ou "privi-
lège" par les tribunaux.

II. Evolution historique.

(i) *Rome.*

Déjà à Rome, il était admis que l'avocat ne pouvait témoigner contre son client:¹

De testibus mandatis cavetur, ut proe sides attendant, ne patroni, in causa sui patrociniū proe titerunt, testimonium dicant.²

Le droit romain rejetait le témoignage de l'avocat à cause de son peu de crédibilité, puisqu'il y a identité des intérêts de l'avocat avec ceux de son client.³

(ii) *Ancien droit français.*

Sous l'Ancien Régime, à l'origine, tout témoin devait parler devant le juge, puis vers 1150, on découvrit dans le pillage de la ville d'Amalfi le manuscrit original des Pandectes composées par l'empereur romain Justinien. En peu d'années ce code devint le droit commun de la France, de l'Allemagne, de l'Italie, de la Bohême, de la Hongrie, de la Suède, de la Pologne, de l'Angleterre, de l'Écosse, de l'Irlande et de l'Espagne.⁴

*Alain Cardinal, Avocat au Barreau de Montréal.

¹ E.W. Cleary, McCormick's Handbook of the Law of Evidence (2è éd. 1972), p. 175.

² C. Muteau, Du secret professionnel (1879), p. 435.

³ John F. Hageman, Privileged Communications as a Branch of Legal Evidence (1889), p. 10.

⁴ M. Fournel, Histoire des avocats au Parlement et du Barreau de Paris (1813), pp. 44-45.

Sous l'influence du droit romain et du droit canon, certains témoins, ceux qui étaient tenus par leur profession de recevoir les secrets, notamment les prêtres, résistèrent. Les magistrats insistèrent au nom de l'ordre public et finalement une pratique s'installa dans presque tous les Parlements, c'est ce qu'on appela la *dispense de témoigner*.

La dispense de témoigner n'était accordée qu'aux confidents nécessaires, c'est-à-dire à des catégories soigneusement établies: aux confesseurs, aux avocats, aux médecins. Elle ne s'appliquait qu'à des faits nettement précisés, à savoir ceux avoués à titre de confidences, c'est-à-dire révélés sous le sceau du secret.⁵

Cette dispense étant établie en faveur de la défense,⁶ il appartenait à l'accusé d'en relever le confident, c'est ce qu'on appelait la *relève de la dispense de témoigner*.

Le secret professionnel de l'avocat, dans l'ancien droit, couvrait tout ce que l'avocat avait appris dans l'exercice de sa profession, mais n'existait plus lorsqu'il s'agissait de fraude ou de mauvaise foi.

... si l'avocat doit la foy au client, il doit aussi la vérité à la justice, et non pas contribuer à couvrir la fraude et la méchante foy.⁷

(iii) France.

Après la Révolution française, sous l'égide de Napoléon, on procéda à la codification du droit et des coutumes en France; en 1808 on promulga le Code d'instruction criminelle et en 1810 le Code pénal. Le Code pénal punit à son article 378 la révélation du secret:

Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui hors les cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateur, auront révélés ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 500 F à 3000 F.

alors que le Code d'instruction criminelle ne traite pas de la dispense de témoigner.

Les médecins les premiers, invoquant le serment d'Hippocrate,⁸ prétendirent que l'ancien droit subsistait et qu'en interprétant l'article

⁵ Fournel, *op. cit.*, *ibid.*, pp. 2-3.

⁶ Cependant la royauté est venue tempérer cette dispense, notamment par l'ordonnance de Charles VII, d'avril 1453, l'ordonnance de Charles VIII, de juillet 1493 et l'ordonnance de Louis XI du 22 décembre 1477 sur la révélation des crimes d'état: "Tous ceux qui sçauront ou auront connoissance, sans les révéler, de conspirations, machinations et entreprises qui se feroient contre le roi, la famille royale et l'état, seront punis comme criminels de leze-majesté." Fournel, *op. cit.*, *ibid.*, pp. 115-116.

⁷ Michel Sauvageau, Arrest et règlements du Parlement de Bretagne, Livre I., ch. 268 (Nantes 1712), cité in Fournel, *op. cit.*, *ibid.*, p. 53.

⁸ "Quae autem inter curandum visu aut auditu notavero et extra medendi arenam in communi omnium vita percepero, quae non decet enuntiare si lentio insolvam." "J'en-

378 du Code pénal, on y retrouvait là la vieille notion de *dispense de témoigner*.

En 1885, lors de la célèbre affaire *Wattelet*,⁹ la Cour de Cassation vint étendre la portée de l'article 378 du Code pénal.

Les faits sont connus: un journal ayant imprimé que le peintre Sébastien Lepage était décédé d'une maladie vénérienne, son médecin, Wattelet, écrivit au journal pour protester contre cette calomnie et révéler la cause véritable de la mort de son patient. Il fut condamné sous l'article 378 du Code pénal.

Donc, la dispense créée sous l'Ancien Régime, au bénéfice de l'accusé est devenue aujourd'hui la protectrice de l'intérêt professionnel. Il ne serait plus possible pour l'accusé de relever son confident de son secret. La loi a placé l'intérêt social au-dessus de l'intérêt privé.

... le consentement donné à la divulgation par la personne qui a confié le secret ne saurait délier de dépositaire du devoir imposé à sa profession.¹⁰

S'il y a quand même une déposition à l'encontre du secret professionnel, cette déposition restera sans effet,¹¹ le secret professionnel étant absolu et d'ordre public.¹²

En France, le secret professionnel s'applique aux déclarations et écrits émanant du client et qui ont été portés à sa connaissance sous le sceau de la confiance. Cette correspondance ne peut être ni saisie, ni consultée par des tiers. Le caractère de confidentialité de la correspondance survit au décès de l'expéditeur ou du destinataire. Entrée en possession d'un héritier, elle ne peut être produite sans l'accord de l'avocat.¹³

(iv) *Québec*.

Au Québec, le droit suivait l'ancien droit français. L'ancien Code de procédure civile de 1897 édictait à son article 332:

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

severlirai dans le silence et regarderai comme secrètes toutes les choses que j'aurai vues ou entendues au cours et hors de ma profession et même dans le commerce ordinaire de la vie."

⁹ Cass. Crim. 19.12.85, D.P. 86.1.86.

¹⁰ Muteau, *op. cit.*, note 2, p. 167.

¹¹ André Penaud-Charmentier, *Le secret professionnel* (1926), p. 123.

¹² Jacques Hamelin et André Damien, *Les règles de la nouvelle profession d'avocat* (3^e éd., 1977), p. 180.

¹³ Hamelin, *op. cit.*, *ibid.*, p. 182 et Paris, 8 nov. 1971, *Gaz. Pal.* 72.1.96.

On constate que la prohibition ne s'appliquait qu'au prêtre et à l'avocat. Aussi, lors de la promulgation du Code de procédure civile de 1966, on étendit le privilège à d'autres professions.

Art. 308. De même, ne peuvent être contraints de divulguer ce qui leur a été révélé confidentiellement en raison de leur état ou profession: . . .

2. Les avocats; les notaires, les médecins et les dentistes; à moins, dans tous les cas, qu'ils n'y aient été autorisés expressément ou implicitement, par ceux qui leur ont fait ces confidences.

En 1975, le législateur est venu encore élargir la notion de secret professionnel en droit québécois, en modifiant l'article 308 du Code de procédure civile et en édictant l'article 9 de la Charte des Droits et Libertés de la Personne.¹⁴

Chacun a droit au respect du secret professionnel. 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 loi.

Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel.

On remarquera qu'il n'y est plus question des avocats. On doit donc se référer à la loi et plus particulièrement à l'article 131 de la Loi du Barreau.¹⁵

1° L'avocat doit conserver le secret absolu des confidences qu'il reçoit en raison de sa profession.

2° Cette obligation cède toutefois dans le cas où l'avocat en est relevé expressément ou implicitement par la personne qui lui a fait ces confidences.

La situation est donc bien établie quant à l'avocat: il ne peut être contraint à témoigner, bien qu'il puisse donner son témoignage, s'il est relevé de son secret par son client: cela est bien proche de la *relève de dispense de témoigner* de l'ancien droit français. La Cour d'appel, dans une décision de 1969,¹⁶ qui n'a pas été suivie par la jurisprudence, avait interprété l'ancien article 308 C.p.c. comme accordant au professionnel le privilège de se taire; privilège auquel il peut renoncer sans l'autorisation de son client! Le professeur Léo Ducharme¹⁷ prétend que la situation pourrait être la même avec le nouvel article 9 de la Charte des Droits et Libertés de la Personne.¹⁸

Le juge Jacques Trahan de la Cour supérieure, dans une autre décision qui vient d'être infirmée par la jurisprudence, avait décidé en 1965 que:¹⁹

¹⁴ L.Q., 1975, c. 6.

¹⁵ L.R.Q., 1977, c. B-1.

¹⁶ *Descarreaux c. Jacques*, [1969] B.R. 1109.

¹⁷ (1975), 35 R. du B. 228.

¹⁸ *Supra*, note 14.

¹⁹ *La Reine c. Sauvé*, [1965] C.S. 129.

Le tribunal croit que le secret professionnel nous vient du droit civil, car il y a une source contractuelle: un mandat, à ce moment-là le droit civil s'applique.

. . . en justice pénale, en matière de secret professionnel, il faut se référer au droit civil et non à la common law.

Cependant, on ne peut ignorer l'article 37 de la Loi sur la Preuve²⁰ qui fait renvoi au droit de la preuve provincial, sauf s'il existe une dérogation spéciale ou une référence à la procédure anglaise, auquel cas on doit appliquer la common law.

Ainsi, dans l'affaire *Centre Communautaire Juridique de Montréal et al c. Mierzwinski et al.*,²¹ le juge Jean-Guy Boilard de la Cour Supérieure s'exprime ainsi:

Je conclus donc que ni la *Loi de l'aide juridique* non plus que la *Loi du Barreau* ou toute autre Loi d'une législature provinciale ne peut déterminer la nature non plus que l'étendue du privilège avocat-client qui, en réalité, est une règle d'exclusion de preuve dont la portée sera déterminée par la législation fédérale ou le "*common law*".

et cette interprétation a été confirmée par la Cour d'appel:²²

En vertu d'une jurisprudence qui semble définitive, l'article 37 de la Loi sur la preuve au Canada ne permet pas d'interpréter une loi provinciale comme réglementant l'admissibilité d'une preuve au cours d'une poursuite criminelle, à moins de rendre la réglementation "ultra vires". Aussi, en l'absence de dispositions précises de la part du législateur fédéral, c'est aux principes de la Common Law qu'il faut avoir recours pour apprécier l'étendue et la portée du privilège client-avocat.

(v) Angleterre.

Ce privilège, qui est l'un des plus anciens en Angleterre concernant les communications privilégiées²³ remonte au règne d'Elizabeth I, la première décision rapportée étant celle de *Berd v. Lovelace*²⁴ en 1577. En 1580, dans *Kelway v. Kelway*,²⁵ un avocat fut protégé par la Cour et n'eut pas à répondre à des questions concernant un sujet ". . . which he knoweth as solicitor only".

Il s'agissait alors d'une règle générale, objective, basée sur le serment et l'honneur²⁶ de l'avocat qui le dispensait de témoigner.

²⁰ S.R.C., 1970, c. E-10.

²¹ [1978] C.S. 796.

²² C.A.M. N° 500-10-000260-784, jugement non-publié du 19 mars 1980; N° 45-000927-80 et C.A.M. N° 500-10-000233-781, jugement non-publié du 19 mars 1980; N° 45-000926-80.

²³ Nous préférons le terme "communication privilégiée" qui correspond bien plus à l'institution de la common law des privileged communications que ce qu'on appelle couramment le "secret professionnel".

²⁴ (1577), Cary's Eng. Ch. 88, 21 E.R. 33.

²⁵ (1580), Cary's Eng. Ch. 127, 21 E.R. 47.

²⁶ "Oath and honour".

plutôt que sur les prétentions de son client à un "droit au secret de sa confiance".

Vers les années 1750, on commença à élaborer la théorie moderne de la nécessité de préserver les confidences faites par le client à son avocat.

After the retainer, they are considered as the same person with their clients and are trusted with their secrets, which without a breach of confidence cannot be revealed, and without such sort of confidence there could be no trust or dependence on any man, nor any transacting of affairs by the ministry or mediation of another.²⁷

L'arrêt-clé de cette époque est celui de *Greenough v. Gaskell*²⁸ qui en 1833, posa les bases du privilège actuel de l'avocat envers son client:

If the privilege did not exist at all, every one would be thrown upon his own legal resources. Deprived of all professional assistance, a man would not venture to consult any skilful person, or would only dare to tell his counsellor half his case.

Mais cette théorie n'était pas partagée par tous. Loin de là! Jeremy Bentham s'opposa à cette notion en disant qu'après tout l'honnête homme, qui n'a rien à se reprocher, n'a rien de répréhensible à raconter à son avocat et n'a pas à s'opposer à ce que son avocat révèle des confidences puisque ces révélations seront à son avantage.

Tandis que le criminel a tout à craindre et, puisqu'il est coupable, ne vaudrait-il pas mieux, dans l'intérêt de la justice, qu'on puisse aller chercher la preuve là où elle se trouve?

What, then, will be the consequences? That a guilty person will not in general be able to derive quite so much assistance from his law adviser, in the way of concerting a false defence, as he may do at present.²⁹

Depuis cette époque, dans les pays de common law en général et en Angleterre en particulier, la jurisprudence a établi les règles suivantes, qu'on retrouve dans Wigmore:³⁰

- (1) les communications doivent avoir été faites confidentiellement par quelqu'un dans l'espoir qu'elles ne seraient pas divulguées;
- (2) la préservation d'un élément de confidentialité doit être essentielle au maintien intégral d'une relation satisfaisante entre les parties;
- (3) cette relation doit en être une qui, dans l'opinion publique, mérite d'être protégée;
- (4) le préjudice qui serait causé par la divulgation serait plus important que l'avantage qu'en tirerait l'administration de la justice.

²⁷ Gilbert, *Evidence* (ed. 1756), n° 138 cité in 8 Wigmore (McNaughton rev., 1961), *Evidence*, n° 2290.

²⁸ (1833), 1 My. & K. 98, 39 E.R. 618.

²⁹ Bentham, Jeremy, *Rationale of Judicial Evidence* (1827) cité in 8 Wigmore, *op. cit.*, note 27, n° 2291.

³⁰ 8 Wigmore, *op. cit.*, note 27, n° 2285.

Ces règles s'appliquant à tous les genres de communications privilégiées.³¹ La jurisprudence et la doctrine, notamment Wigmore,³² dégagent les limites de l'application particulière du privilège de non-divulgaration à la relation avocat-client:

(1) Where legal advice of any kind is sought (2) from a professional legal adviser in his capacity as such, (3) the communications relating to that purpose, (4) made in confidence (5) by the client, (6) are at his instance permanently protected (7) from disclosure by himself or by the legal adviser, (8) except the protection be waived.

Nous reviendrons d'ailleurs plus loin aux conditions d'exercice de ce privilège.

(vi) *États-Unis d'Amérique.*

Les principes de common law énoncés précédemment s'appliquent en droit américain.³³ Outre la maxime latine *nemo tenetur seipsum accusare*, le cinquième amendement de la Constitution américaine édicte: "No man shall be compelled in any criminal case, to be a witness against himself."

Le privilège, en droit américain, est basé sur ces principes et sur la nécessité de l'existence d'un tel privilège pour la bonne administration de la justice.³⁴

L'originalité du droit américain, c'est d'avoir codifié la common law dès 1953 à ce sujet dans les Uniform Rules of Evidence³⁵ et en

³¹ Entre autres celles entre mari et femme, avocat-client, etc.

³² 8 Wigmore, *op. cit.*, note 27, n° 2292.

³³ Hageman, *op. cit.*, note 3, p. 1: "Whatever is communicated professionally by a client to his legal adviser in confidence and with a view of obtaining professional assistance, or legal guidance, is a confidential communication which is protected by law from disclosure in the trial of a case. It is the privilege of the client that his legal adviser shall not be compelled nor permitted to divulge such secret and confidential communications".

³⁴ *Ibid.*, p. 158: "... the privilege existing between the client and his legal adviser is based upon its necessity for the due administration of justice. . . ."

³⁵ Uniform Rules of Evidence (1953) de la "National Conference of Commissioners on Uniform State Laws," reproduit in Kenneth L. Chasse, *La révision du droit de la Preuve*, Ministère de la Justice (Ottawa 1979), p. 334. *Rule 26. Lawyer-Client Privilege*: "(1) General Rule. Subject to Rule 37 and except as otherwise provided by Paragraph 2 of this rule communications found by the judge to have been between lawyer and client in the course of that relationship and in professional confidence, are privileged, and a client has a privilege (a) if he is the witness to refuse to disclose any such communication, and (b) to prevent his lawyer from disclosing it, and (c) to prevent any other witness from disclosing such communication if it came to the knowledge of such witness (i) in the course of its transmittal between the client and the lawyer, or (ii) in a manner not reasonably to be anticipated by the client, or (iii) as a result of a breach of the lawyer-client relationship. The privilege may be claimed by the client in person or by his lawyer, or if incompetent, by his guardian, or if deceased, by his personal repre-

1975 dans les Federal Rules of Evidence for United States Courts and Magistrates.³⁶

Cette codification mise à part, on n'a guère innové aux États-Unis, en laissant aux tribunaux le soin de déterminer si le privilège s'applique.

sentative. The privilege available to a corporation or association terminates upon dissolution.

(2) Exceptions. Such privileges shall not extend (a) to a communication if the judge finds that sufficient evidence, aside from the communication, has been introduced to warrant a finding that the legal service was sought or obtained in order to enable or aid the client to commit or plan to commit a crime or a tort or (b) to a communication relevant to an issue between parties all of whom claim through the client, regardless of whether the respective claims are by testate or intestate succession or by *inter vivos* transaction, or (c) to a communication relevant to an issue of breach of the duty by the lawyer to his client, or by the client to his lawyer, or (d) to a communication relevant to an issue concerning an attested document of which the lawyer is an attesting witness, or (e) to a communication relevant to a matter of common interest between two or more clients if made by any of them to a lawyer whom they have retained in common when offered in an action between any of such clients.

(3) Definitions. As used in this rule (a) "Client" means a person or corporation or other association that, directly or through an authorized representative, consults a lawyer or the lawyer's representative for the purpose of retaining the lawyer or securing legal service or advice from him in his professional capacity; and includes an incompetent whose guardian so consults the lawyer or the lawyer's representative in behalf of the incompetent, (b) "communication" includes advice given by the lawyer in the course of representing the client and includes disclosures of the client to a representative, associate or employee of the lawyer incidental to the professional relationship, (c) "lawyer" means a person authorized, or reasonably believed by the client to be authorized to practice law in any state or nation the law of which recognizes a privilege against disclosure of confidential communications between client and lawyer."

Rule 37. Waiver of Privilege by Contract or Previous Disclosure: "A person who would otherwise have a privilege to refuse to disclose or to prevent another from disclosing a specified matter has no such privilege with respect to that matter if the judge finds that he or any other person while the holder of that privilege has (a) contracted with anyone not to claim the privilege or, (b) without coercion and with knowledge of his privilege, made disclosure of any part of the matter or consented to such a disclosure made by anyone."

³⁶ Federal Rules of Evidence for United States Courts and Magistrates, en vigueur depuis le 1er juillet 1975, cité in Chasse, *op. cit.*, *ibid.*. Voir aussi McCormick, *op. cit.*, note 1, n^o 87. Rule 501: "Except as otherwise required by the constitution of the United States or provided by Act of the Congress or in rules prescribed by the Supreme Court pursuant to statutory authority, the privilege of a witness, person, government, State, or political subdivision thereof shall be governed by the principles of the common law as they may be interpreted by the courts of the United States in the light of reason and experience. However, in civil actions and proceedings, with respect to an element of a claim or defense as to which State law supplies the rule of decision, the privilege of a witness, person, government, State or political subdivision thereof shall be determined in accordance with State law." Le Congrès Américain a supprimé les règles particulières ayant trait à divers droits au secret.

(viii) *Canada.*

Les juristes canadiens s'entendent tous³⁷ pour affirmer que la vieille prohibition de common law d'obliger un accusé à témoigner contre lui, prohibition résumée par la maxime *nemo tenetur seipsum accusare* a été abolie par l'article 5 de la Loi sur la Preuve au Canada.³⁸

Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit.

En droit fédéral canadien, il faut donc faire appel à la common law. Il en est de même en droit pénal provincial comme nous l'avons vu précédemment.³⁹

D'ailleurs l'article 7 du Code criminel fait appel à la common law:

. . . chaque règle et chaque principe de la common law qui font d'une circonstance une justification ou excuse d'un acte, ou un moyen de défense contre une inculpation demeurent en vigueur.

Monsieur le juge Irénée Lagarde, définit ainsi la common law:

. . . on entend l'ensemble des principes et des règles relatives au gouvernement et à la sécurité des personnes et des biens dont l'autorité provient uniquement de l'usage et de coutumes immémorales et que les tribunaux ont, par leurs jugements et ordonnances, reconnus, confirmés et fait observer.⁴⁰

Il existe une petite controverse quant à la réception de la common law dans la province de Québec. Certains disent qu'elle fut reçue soit lors de la promulgation du Code criminel le 1er avril 1955,⁴¹ soit lors de la promulgation de l'Acte de Québec le 22 juin 1774,⁴² soit encore en vertu de l'Acte de Québec qui rendait applicables tous les statuts adoptés en matière criminelle en Angleterre depuis la Proclamation Royale du 7 octobre 1763.⁴³

³⁷ Peter K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (1974), p. 556; Ed Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979), p. 78.

³⁸ "In Canada the common law privilege of a witness to refuse to answer a question where the answer may tend to criminate has been abolished by s. 5 of the Canadian Evidence Act. . ." McWilliams, *op. cit.*, *ibid.*, p. 556.

³⁹ Voir notes 21 et 22.

⁴⁰ Irénée Lagarde, *Droit pénal canadien* (1975), p. 58.

⁴¹ *Monsieur le Juge Dumontier, juge-en-chef de la Cour des Sessions de la Paix in Attorney General of Quebec v. T., G., W., R. and C.* (1978), 2 C.R. (3d) 30.

⁴² Lagarde, *op. cit.*, note 40, p. 58.

⁴³ André Morel, *La réception du droit criminel anglais au Québec (1760-1892)* (1978), 13 R.J.T. 472.

En pratique, cependant, cette controverse ne pose aucun problème puisqu'il n'existe pas de différences majeures entre le droit criminel canadien et britannique quant au secret professionnel.⁴⁴

Nous traiterons plus loin des conditions d'application du privilège ou du secret professionnel de l'avocat en droit fédéral canadien. Qu'il nous soit permis cependant d'attirer l'attention du lecteur sur deux particularités du droit canadien.

(a) *L'écoute électronique.*

La règle est qu'on ne peut intercepter des communications privées au bureau, à la résidence ou à tout autre endroit (vestiaire, parler, etc.) qui sert à la tenue de consultations par un avocat, que si un juge l'autorise⁴⁵ et que s'il est convaincu que l'avocat, l'un de ses associés ou de ses employés est impliqué dans la commission d'un crime.

Toute communication interceptée électroniquement sans autorisation ou illégalement est inadmissible en preuve.⁴⁶

(b) *La Loi de l'impôt.*

La Loi de l'Impôt sur le Revenu⁴⁷ traite spécifiquement de la communication privilégiée entre avocat et client.

L'article 232(1)(e) de la Loi définit le "privilège des communications entre client et avocat" en faisant implicitement référence au droit provincial qui s'applique en la matière.⁴⁸ D'ailleurs l'arrêt *Edmonds c. Sous-Procureur Général du Canada*⁴⁹ a interprété l'article 232(1)(e) à la lumière de l'article 9 de la Charte des Droits et Libertés de la Personne⁵⁰ et la Cour suprême de la Colombie Britanni-

⁴⁴ Commission de Réforme du Droit du Canada, *La Preuve*—12. Le secret professionnel devant les tribunaux (C.R.D., Ottawa, 1975), p. 9: "Le droit fédéral canadien suit en matière de secret professionnel, la tradition de la common law britannique. Seul, à l'exclusion de tout autre, le secret professionnel du conseiller juridique est protégé devant les tribunaux."

⁴⁵ Art. 178.13 (1.1) et (1.2) du Code criminel.

⁴⁶ Art. 178.16 (5) du Code criminel.

⁴⁷ S.C., 1970-71-72, c. 63.

⁴⁸ Art. 232 (1) (e) "privilège des communications entre client et avocat". Signifie tout droit qu'une personne peut posséder, devant une cour supérieure de la province où la question a pris naissance, de refuser de divulguer une communication orale ou documentaire pour le motif que celle-ci est une communication entre elle et son avocat en confiance professionnelle sauf que, pour l'application du présent article, un relevé comptable d'un avocat, y compris toute pièce justificative ou tout chèque, ne doit pas être considéré comme une communication de cette nature."

⁴⁹ [1979] C.S. 761.

⁵⁰ Voir note 14, *supra*.

que dans l'arrêt *In re a Solicitor*⁵¹ a jugé que l'étendue du privilège dépend de la loi de la province où les documents soumis au privilège ont été trouvés.

Lorsqu'un officier du Ministère du Revenu se présente chez un avocat pour saisir des documents se rapportant à l'un de ses clients, il doit donner à l'avocat l'occasion d'invoquer son privilège⁵² au nom de son client.⁵³ Dans ce cas, l'officier doit mettre sous scellés et confier à un gardien choisi d'un commun accord les documents saisis.⁵⁴ Dans les quatorze jours qui suivent, l'avocat peut, par requête à un juge de la Cour supérieure⁵⁵ lui demander de se prononcer quant à l'application du privilège aux documents saisis.

Si le ministre réussit à prouver *prima facie*⁵⁶ une allégation de fraude, le privilège tombe:

... s'il y a une preuve *prima facie* de fraude ou d'infraction à la Loi, les communications en litige ne sont plus protégées.⁵⁷

L'avocat qui invoque le privilège ne peut être trouvé coupable d'avoir refusé de remettre les documents.⁵⁸

III. Conditions d'exercice du privilège.

(i) En général.

A l'origine, le privilège des communications privilégiées entre avocat et client n'est qu'un droit qui permet à l'avocat de ne pas être contraignable, comme on le souligne en 1833 dans la cause *Greenough v. Gaskell*.⁵⁹

Both the solicitor and the client are privileged from being compelled to disclose the contents or to produce any documents embodying the communications.

De nos jours, tel que rappelé par Monsieur le juge Dickson de la Cour suprême dans l'arrêt *Solosky v. The Queen*,⁶⁰ le secret professionnel

⁵¹ 1964 D.T.C. 5297, (1963), 36 D.L.R. (2d) 594.

⁵² Art. 232 (3) L.I.F.

⁵³ Art. 232 (3) (a) L.I.F.

⁵⁴ Art. 232 (3) (b) L.I.F.

⁵⁵ Article 232 (4) (a) L.I.F. *Edmonds c. Sous-procureur général du Canada*, *supra*, note 49, à la p. 762: "Il y a donc lieu de déterminer si les documents saisis sont privilégiés. Le fait qu'ils aient été trouvés dans les dossiers des avocats du requérant ne leur confère pas automatiquement un caractère confidentiel. . . ."

⁵⁶ *Bullivant v. A.G. for Victoria*, [1901] A.C. 196 (décision du Conseil Privé par Lord Halsbury); *In re Bowlen*, [1917] D.T.C. 5402.

⁵⁷ *René Croft c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] C.S. 1282.

⁵⁸ Art. 232 (2) L.I.F.

⁵⁹ *Supra*, note 28, à la p. 103 (My. & K.).

⁶⁰ (1980), 50 C.C.C. (2d) 495 (C.s. can.); (1979), 41 C.C.C. (2d) 49 (C.A.F.); (1977), 33 C.C.C. (2d) 21 (C.F.).

de l'avocat n'est pas un principe fondamental ou un droit de propriété, mais un "privilège" soumis à l'appréciation judiciaire⁶¹ selon les critères suivants:

- (i) a communication between solicitor and client;
- (ii) which entails the seeking or giving of legal advice, and
- (iii) which is intended to be confidential by the parties.⁶²

Il s'agit de conditions qui se rapprochent de beaucoup de celles de Wigmore citées précédemment.⁶³

D'ailleurs, plutôt qu'un "véritable secret professionnel", il s'est agit jusqu'à tout dernièrement comme nous le verrons plus bas, d'une règle d'exclusion de la preuve. C'est ce qu'affirmait Lord Halsbury dans l'arrêt *Bullivant v. Attorney-General for Victoria*:

For the perfect administration of justice and for the protection of the confidence which exists between a solicitor and his client, it has been established as a principle of public policy that those confidential communications shall not be subject to production.⁶⁴

C'est aussi l'avis de Monsieur le juge Jean-Guy Boilard de la Cour supérieure dans la cause *Centre Communautaire Juridique de Montréal et al. c. A. Mierwinski et al.*⁶⁵

... la nature, non plus que l'étendue du privilège avocat-client qui, en réalité est une règle d'exclusion de preuve dont la portée sera déterminée par la législation fédérale ou la common law.

Les auteurs de doctrine opinent dans le même sens:

... c'est plutôt un privilège soumis à un contrôle sévère des tribunaux, seuls habilités à l'accorder lorsque toutes les conditions de son octroi ont été strictement remplies.⁶⁶

[Les *privileged communications*] ... sont l'ensemble des cas où un témoin est dispensé de rendre témoignage ou de produire devant le Tribunal un écrit ou document se rapportant à la cause. Cette doctrine permet de demander au juge de sanctionner un droit de ne pas produire de documents, ou le privilège de ne pas témoigner.⁶⁷

... toute communication écrite ou verbale d'une personne à une autre qui, en raison de relations existant entre ses auteurs et le caractère confidentiel de la révélation est dispensée de divulgation en justice.⁶⁸

⁶¹ Pierre Robert, *Le secret professionnel de l'avocat en droit criminel canadien* (1979), 39 R. du B. 473, à la p. 475: "Le privilège avocat-client, à l'instar des autres privilèges de la common law, relève du droit judiciaire, ... Le privilège est donc nécessairement subordonné à une détermination judiciaire qui décide alors seulement, de son existence."

⁶² (1980), 50 C.C.C. (2d) 508.

⁶³ *Op. cit.*, notes 30 et 32.

⁶⁴ *Supra*, note 56.

⁶⁵ *Supra*, note 21, à la p. 792.

⁶⁶ Robert, *op. cit.*, note 61, à la p. 479.

⁶⁷ Jean-Louis Beaudoin, *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve* (1965), p. 180.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 182-183.

(ii) *Avocat.*

L'une des conditions essentielles de l'exercice du privilège est que la communication privilégiée ait eu lieu entre une personne et son avocat. Il faut donc qu'il s'agisse bien d'un avocat inscrit au Tableau de l'Ordre.

Qu'arrive-t-il s'il ne s'agit pas d'un avocat? Si le client ou la personne qui réclame le privilège le sait ou le savait au moment de sa communication, le privilège ne joue pas en sa faveur.⁶⁹

Cependant, si cette personne était de bonne foi et ignorait qu'elle ne s'adressait pas à un avocat, sa communication reste privilégiée et ne peut être admise en preuve.⁷⁰

La Cour d'appel du Manitoba a même décidé en 1908, qu'une communication faite à un individu aux ordres de la police se prétendant faussement un agent ou préposé de l'avocat d'un détenu, restait toujours une communication privilégiée.

. . . what he [the accused] said was not said in the nature of a confession, but said in the nature of a story or statement to be made to his counsel.⁷¹

(a) *Préposé de l'avocat.*

Le principe est assez simple et a été énoncé dès 1825 dans l'arrêt *Taylor v. Forster*:⁷² tous les agents ou employés qu'un avocat utilise ordinairement sont tenus au secret professionnel et en conséquence ne peuvent être contraints à témoigner ou à produire des documents visés par le bénéfice des communications privilégiées avocat-client.⁷³

L'application jurisprudentielle de ce principe, nous permet d'énoncer que sont soumis au privilège: un interprète employé par un avocat pour communiquer avec son client,⁷⁴ un agent de l'avocat qui accompagne celui-ci sur les lieux d'un crime reproché au client de l'avocat,⁷⁵ et un représentant syndical qui assiste à une communication entre un syndiqué et son avocat qui prépare sa cause.⁷⁶

Bien que dans le cas du tiers qui assiste à une entrevue entre une personne et son avocat, la jurisprudence ait décidé qu'une com-

⁶⁹ Robert, *op. cit.*, note 61, à la p. 480.

⁷⁰ *Fountain v. Young* (1807), 170 E.R. 846; *Calley v. Richards* (1854), 19 Beav. 401, 2 W.R. 614.

⁷¹ *The King v. Choney* (1908), 3 C.C.C. 289.

⁷² *Wheeler v. Le Marchant* (1881), 17 Ch. D. 675; *Taylor v. Forster* (1825), 172 E.R. 89.

⁷³ *R. v. Coffin* (1954), 19 C.R. 222.

⁷⁴ *Du Barré v. Livette* (1791), Peake 108.

⁷⁵ *Supra*, note 73.

⁷⁶ *Re Hamilton and Can. Union of Public Employees* (1979), 7 C.R. (3d) 85.

munication faite en présence d'une tierce-partie laisse présumer que le client ne voulait pas que sa communication soit considérée comme confidentielle,⁷⁷ nous croyons, que si le client ne communique des renseignements confidentiels à son avocat hormis la présence d'un tiers qui n'est ni son agent, ni celui de son avocat, il ne le fasse que dans l'optique d'une défense pleine et entière.

(b) *Dans les limites du mandat.*

Il faut aussi que l'avocat agisse dans les limites de son mandat, c'est à dire qu'il soit consulté à titre d'avocat.⁷⁸

Le simple fait de parler à un avocat ne laisse pas présumer qu'il s'agit réellement d'une consultation juridique avec lui en tant que professionnel.⁷⁹ La Cour doit alors déterminer si l'avocat avait bien été consulté en sa qualité d'avocat plutôt que d'officier d'une corporation,⁸⁰ de fonctionnaire municipal⁸¹ ou d'ami.⁸² Récemment, dans *Regina v. Giguère*⁸³ Monsieur le juge Jean-Guy Boilard décidait:

Le fait pour l'avocat d'exercer à l'égard de son client une autre fonction, comme par exemple fiduciaire, administrateur, n'affecte pas l'existence du privilège si la communication lui est faite en sa qualité d'avocat.

(c) *Pour des fins légales.*

La jurisprudence a toujours été unanime⁸⁴ pour soutenir qu'on ne peut revendiquer l'exercice du privilège pour poursuivre des fins criminelles⁸⁵ auxquelles l'avocat est⁸⁶ ou n'est pas partie. Monsieur le juge Bélanger, au nom de la Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *Centre Communautaire Juridique de Montréal et al. c. A. Mierzwinski et al.*,⁸⁷ rappelait ce qui suit:

⁷⁷ Lagarde, *op. cit.*, note 40, p. 2653.

⁷⁸ *R. v. Bencardino and De Carlo* (1973), 15 C.C.C. (2d) 342, à la p. 358: "Not every communication by a client to his solicitor is privileged. To be privileged the communications must be made in the course of seeking legal advice and with the intention of confidentiality."

⁷⁹ *R. v. Frank* (1889), 17 Ont. 758; *Greenlaw c. King* (1836), 48 E.R. 1283.

⁸⁰ *Canary v. Vested Estates Ltd.*, [1930] 1 W.W.R. 996.

⁸¹ *Duncan v. City of Vancouver* (1917), 36 D.L.R. 218.

⁸² *Supra*, note 79.

⁸³ (1979), 44 C.C.C. (2d) 525.

⁸⁴ *Annesley v. Earl of Anglesea* (1748), 17 How St. Tr. 1241.

⁸⁵ *Russel v. Jackson* (1851), 9 Hare 387; *R. v. Coffin*, *supra*, note 173; *R. v. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153; *R. v. Giguère*, *supra*, note 83, à la p. 528: "... if the communication is made for the purpose of the client obtaining information to facilitate the commission of a crime, whether or not this is known to the solicitor, the privilege ceases to exist."

⁸⁶ *Ethier v. Homier* (1873), 18 L.C.J. 83.

⁸⁷ *Supra*, note 22.

Dans l'espèce, les communications ou documents dont on invoque le caractère confidentiel sont ceux allégués dans l'inculpation comme ayant servi à la commission de l'infraction reprochée. Indépendamment des principes de la Common Law, ils ne jouissent pas plus du privilège de confidentialité que si les mêmes informations et documents avaient servi à tromper l'avocat lui-même pour obtenir de lui frauduleusement ses services à des conditions spéciales. Dans un cas comme dans l'autre, je ne crois pas que les fausses communications faites à la victime éventuelle qui aura à assumer le coût des services jouissent d'aucun caractère confidentiel. En somme, une communication faite à un représentant de la Commission des services juridiques, si elle est un élément d'une infraction commise au préjudice de celle-ci, ne jouit d'aucun caractère confidentiel puisque dans de semblables circonstances il n'en existe pas entre client et avocat.

Donc, une communication privilégiée qui est partie d'un dessein criminel ou illégal n'est plus couverte par le privilège⁸⁸ si une preuve *prima facie* est alléguée et prouvée à la satisfaction du tribunal.⁸⁹

(iii) *Types de communication.*

La Cour d'appel du Québec a défini ainsi en 1927, par l'entremise de son juge-en-chef, Sir François Lemieux, l'étendue du secret professionnel de l'avocat, dans la cause *Belley c. Cité de Québec*:⁹⁰

. . . ce sont les communications, les confidences, les secrets du client confiés à un avocat. Ce sont d'après les auteurs et les arrêts multiples en Angleterre, les confidences, les consultations, les conversations, les correspondances, les déclarations, aveux et admissions du client à l'avocat. Ce sont les pièces, les documents remis et versés par le client entre les mains de l'avocat, en sa qualité d'avocat, concernant une affaire judiciaire ou autre. Ce sont les consultations et autres informations de l'avocat au client.

Ainsi la Cour ne peut forcer un avocat à divulguer un fait ou une chose qu'il a vu ou dont il a eu connaissance en sa qualité d'avocat.⁹¹

On a jugé qu'un rapport préparé par un psychologue à la demande d'un avocat, alors que son client était sous hypnose était privilégié.⁹² De même, une demande de poursuite judiciaire entre le Ministère du Revenu et le procureur de la Couronne a été déclarée inadmissible en preuve.⁹³

⁸⁸ *Supra*, note 56: “. . . which are in themselves part of a criminal or unlawful proceeding.”

⁸⁹ *O'Rourke v. Darbishire*, [1920] All E.R. Rep. 1, [1920] A.C. 581, à la p. 604: “. . . to support the allegation with *prima facie* evidence.”

⁹⁰ (1927), 42 B.R. 263.

⁹¹ *Bulstrod v. Letchmere* (1676), 2 Freem Ch. 5, 22 E.R. 1019; *Kelway v. Kelway*, *supra*, note 25.

⁹² *Kowall v. McRae et al.* (1979), 14 C.R. (3d) 178.

⁹³ *Re Medecine Hat Greenhouses and German* (1979), 45 C.C.C. (2d) 27, à la p. 43: “. . . a prosecution report dated August 16, 1971 was inadmissible in evidence on the ground that it was subject to solicitor-and-client privilege.”

Un rapport médical préparé à la demande des procureurs de la défense est couvert par le privilège avocat-client.⁹⁴

Les documents écrits pour l'information des avocats, à l'occasion ou en prévision d'un procès, sont également protégés par le privilège.⁹⁵

On a aussi décidé au moins à deux reprises, dans les arrêts *Belley c. Cité de Québec*⁹⁶ et *Constantine c. Commission des Valeurs Mobilières*⁹⁷ que le nom du client fait partie du secret professionnel.

En droit carcéral fédéral, un prisonnier demanda successivement à la Cour fédérale en première instance et en appel, et finalement à la Cour suprême du Canada de déclarer comme privilégiée toute la correspondance échangée entre lui et son avocat. Cela lui fut refusé et avec dépens.⁹⁸

En Alberta, la Cour suprême a décidé dans l'arrêt⁹⁹ *R v. Littlechild* qu'une formule d'aide juridique incriminante, communiquée par erreur au greffier de la Couronne avant que la Legal Aid Society of Alberta en ait eu connaissance était inadmissible en preuve,¹⁰⁰ alors que la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Centre Communautaire Juridique de Montréal et al. c. A. Mierwinski et al.*¹⁰¹ avait déclaré non privilégiée une formule d'aide juridique saisie parce que:

⁹⁴ *Rondeau c. Fafard et Bellehumeur*, [1976] C.S. 1148.

⁹⁵ *Montreal Street Railway v. Feigleman* (1913), 22 B.R. 102, jugé: "Les documents écrits pour l'information des avocats, à l'occasion ou en prévision d'un procès, sont d'une nature confidentielle et participent à l'immunité du secret professionnel."

⁹⁶ (1926), 64 C.S. 246.

⁹⁷ [1975] C.P. 173.

⁹⁸ *Supra*, note 60.

⁹⁹ 11 C.R. (3d) 390, (1980), 51 C.C.C. (2d) 406.

¹⁰⁰ *Ibid.*, à la p. 396: "In my view, this communication meets each of these conditions. An applicant for legal aid seeking assistance needed for his defence approaches the official assigned to interview him in confidence that his communication will not be disclosed. The element of confidentiality is, moreover, essential to the operation of a scheme for legal aid. When the State decides to assist its citizens who are not able to pay for their own defence in a criminal case, it is essential that the approach to the official assigned to that duty not be hampered by fear of exposure to some other action. To obtain counsel, an accused person must deal with the person assigned. If he is hampered in this approach by fear of the result of disclosure the legal aid system cannot function or will do so only imperfectly. As to the third condition it is clearly in the interest of the community that the conditions essential to the functioning of the system should be fostered. As to the fourth condition, the injury to the functioning of the system for legal aid is on its face far greater than any benefit to be derived from the admission in evidence of disclosures to legal aid officers in those rare instances in which disclosure would serve any purpose."

¹⁰¹ *Supra*, note 22.

... la formule d'admissibilité en question a été remplie alors qu'aucun lien n'existait encore entre le bénéficiaire éventuel d'aide juridique et un avocat quelconque.¹⁰²

Soulignons enfin une décision de la Cour suprême d'Ontario dans *R. v. Bencardino and De Carlo*,¹⁰³ où on a contraint un avocat de répondre à une question l'interrogeant sur l'état d'esprit ("state of mind of fear")¹⁰⁴ l'ayant motivé à demander au procureur de la Couronne que son client soit isolé à la prison.

(iv) *Mandat de perquisition.*

Comme nous l'avons énoncé précédemment, la tendance jurisprudentielle des tribunaux jusqu'à tout récemment était que le privilège constituait une règle d'exclusion de la preuve, règle qui devait être soulevée lors de l'enquête devant le tribunal.

Le problème pratique était le suivant: Que faire lors d'une perquisition policière? Laisser les policiers emporter des documents soumis au privilège sous prétexte qu'ils ne pourraient les produire au procès?

La question s'est posée avec intérêt à plusieurs reprises. En 1971, dans la cause *R. v. Colvin; Ex parte Merrick*,¹⁰⁵ Monsieur le juge Osler de la Cour suprême d'Ontario s'exprima ainsi:

The privilege, however, is exclusively that of the client and does not extend to correspondence, memoranda or documents prepared for the purpose of assisting a client to commit a crime nor to materials in no way related to the giving of proper advice but stored with the solicitor purely for the purpose of avoiding seizure in the hands of the client.

... The rule is a rule of evidence, not a rule of property. . . .

... The only way, as I see it, in which the privilege can be asserted is by way of objection to the introduction of any allegedly privileged material in evidence at the appropriate time.¹⁰⁶

Cette interprétation du privilège en regard des articles 443 et 446(3) du Code criminel est reprise par la Cour suprême de Colombie Britannique dans l'arrêt *Re B.X. Development Inc. and 9 others and the Queen* lors d'une requête pour casser un mandat de perquisition,

... it could not be asserted except by way of preventing introduction of the privileged matter at the appropriate time, that is, at trial. This was because it was only a rule of evidence and not a rule of property.¹⁰⁷

¹⁰² *Ibid.*, à la p. 4.

¹⁰³ *Supra*, note 78, à la p. 349.

¹⁰⁴ Voir *Subramanian v. Public Prosecutor*, [1956] 1 W.L.R. 965.

¹⁰⁵ [1971] 1 C.C.C. 8.

¹⁰⁶ Italiques ajoutés.

¹⁰⁷ (1977), 36 C.R. 313; 31 C.C.C. 14.

ainsi que par Monsieur le juge-en-chef Dumontier des Sessions de la Paix dans l'arrêt *Attorney-General of Quebec v. T.G. W.R. and C.*¹⁰⁸ lors d'une cause similaire:

Cependant, lors de l'audition d'une requête faite sous l'autorité de l'article 466, le magistrat n'a pas à décider de l'admissibilité en preuve des documents saisis, puisque l'article 446, tout comme l'article 443, ne concerne que la procédure et non la preuve. Son rôle se limite donc à prendre les dispositions nécessaires afin d'assurer leur conservation dans l'état où ils se trouvaient lors de la saisie.

Si une dénonciation reprochant une infraction criminelle était portée à la suite de cette perquisition, il appartiendra au juge de l'enquête ou du procès ou des deux de décider si tel document est admissible ou non en preuve, s'il constitue ou non une communication privilégiée.

La jurisprudence commença à changer, assez curieusement d'ailleurs, à partir du principe que le privilège était une règle d'admissibilité de la preuve et non une règle de propriété. La Cour suprême d'Ontario dans la cause *R. v. Froats*¹⁰⁹ rapportée ailleurs sous les noms de *Re Borden & Elliot and The Queen*¹¹⁰ énonça le (nouveau) principe qu'un mandat de perquisition ne pouvait être émis qu'aux fins de trouver des éléments de preuve admissibles; or les documents couverts par le privilège avocat-client n'étant pas admissibles en preuve, une telle saisie est dès lors illégale.

At the present time their remedies would appear to be limited to bringing a motion to quash the search warrant.

The position of the applicant is that a justice has no jurisdiction to issue a warrant with respect to documents subject to the solicitor-and-client privilege, because the issuance of warrants is limited under s. 443 to documents which the justice has reasonable grounds to believe will afford evidence of the offence charged. As documents covered by the solicitor-and-client privilege would not be admissible at trial, the justice could not believe that such documents would afford evidence of the offense.

Dans une décision subséquente de la Cour suprême d'Ontario, *Re Presswood & Delzotto and International Cemolly Corp.*,¹¹¹ Monsieur le juge Osler fit son auto-critique dans les termes suivants:

In *Regina v. Colvin; Ex parte Merrick* . . . , I expressed the opinion in an *obiter dictum* that the rule of privilege under discussion was a rule of evidence to be applied only at the time material was tendered or demanded for evidentiary use. I am persuaded by such cases as *Re Director of Investigation & Research and Shell Canada Ltd* 29 C.R.N.S. 36¹¹² . . . that such a view was erroneous.

¹⁰⁸ *Supra*, note 41.

¹⁰⁹ (1977), 36 C.R.N.S. 334.

¹¹⁰ (1975), 30 C.C.C. (2d) 337.

¹¹¹ (1977), 36 C.R.N.S. 322.

¹¹² Voici le commentaire que le juge Southey de la "Ontario High Court" faisait de cette cause dans l'arrêt *R. v. Froats*, *supra*, note 109, à la p. 342; "The reasoning of Chief Justice Jackett and Thurlow J., in the case of an inquiry under the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. 23, is even more compelling in my view, in the case of a search warrant, issued by a Justice under s. 443 of the *Criminal Code*. If the

De même, la Cour suprême de Colombie Britannique dans *Re Director of Investigation & Research and Canada Safeway Ltd* a décidé.¹¹³

This application raises a question of importance, namely does s. 10 of the *Combines Investigation Act* abrogate the common law solicitor-and-client privilege, a privilege established three centuries ago upon grounds of public policy designed to ensure that members of the public may receive the benefit of legal assistance uninhibited by fear of any breach of their confidence. That rule as to the non-production of communication between solicitor-and-client says that where (as here) there has been no waiver by the client and no suggestion made of fraud, crime, evasion or civil wrong on his part, the client cannot be compelled and the lawyer will not be allowed without the consent of the client to disclose oral or documentary communications passing between them in professional confidence, whether or not litigation is pending.

Ce principe a été reconfirmé par la Cour provinciale d'Ontario, où après une longue revue de la jurisprudence applicable en l'instance, Monsieur le juge Brown décidait ainsi dans la cause *Re B. and The Queen*.¹¹⁴

. . . It is apparent, however, that in the absence of any such arrangement, documents could be seized, examined and even copied before an order or return was made, thus emasculating the principle of legal professional privilege.

. . .
I further find that the documents now characterized by me as privileged will not be required for the purpose mentioned in s. 446(1) and (2) of the *Criminal Code*.

Le débat n'est cependant pas clos. La Cour suprême d'Alberta dans *Re Alder and al. and The Queen* affirmait que l'état du droit était incertain et qu'elle refusait de se prononcer en l'instance.¹¹⁵ Alors que Monsieur le juge Dickson affirmait dans un *obiter dictum* de l'arrêt *Solosky v. The Queen*:¹¹⁶

. . . there has been a move away from treating solicitor-client privilege as a rule of evidence that can only be asserted at the time the privileged material is sought to be introduced as evidence. . . . In the factum of the appellant, it is suggested that the privilege has come to be recognized as a "fundamental principle". . . . Chassé, in his annotation at (1977), 36 C.R.N.S. 349 (*The Solicitor-Client Privilege and Search Warrant*) asserts that the privilege is being looked upon "as more akin to a rule of property rather than merely as a rule of evidence" (p. 350), but the privilege, in my view, is not yet near a rule of property.

privilege could not be invoked to prevent the seizure and examination of documents under a search warrant, the Crown would be free in any case to seize and examine the files and brief of defence counsel in a criminal prosecution. It would be small comfort indeed to the accused and to his counsel to discover that his only protection in such a case was to prevent the introduction into evidence of the documents that had been seized and examined. Such a result, in my view, would be absurd."

¹¹³ (1972), 26 D.L.R. (3d) 745, [1972] 3 W.W.R. 547.

¹¹⁴ 26 C.C.C. (2d) 235.

¹¹⁵ 37 C.C.C. (2d) 234.

¹¹⁶ *Supra*, note 60, à la p. 508.

(v) *Renonciation.*

La jurisprudence et la doctrine s'entendent sur ce point, le client est et reste maître et seul propriétaire du secret professionnel¹¹⁷ et le fait que le client soit mort, ne met pas fin au privilège.¹¹⁸ Ce principe s'explique facilement comme le rappelait Monsieur le juge Jacques Trahan dans la cause *R. c. Sauvé*.¹¹⁹

. . . l'accusé ne peut être contraint de témoigner dans sa propre cause et il en est ainsi de l'avocat qui est la continuation de sa personne légale . . .

Le secret professionnel a pour base un intérêt social, public et moral. . . La règle du silence est absolue et aucune autorité, sauf celle du client expresse ou tacite, ne saurait dispenser celui qui y est tenu et plus spécialement l'avocat.

Cependant, il a été jugé dans l'affaire *Black c. Giberton*¹²⁰ que bien que le privilège appartienne de fait au client, celui-ci ne peut l'invoquer lorsqu'il a déjà fait connaître les révélations faites à son avocat dans une autre cause.

Par contre, dans l'arrêt *R. v. Littlechild*¹²¹ la Cour d'appel d'Alberta a décidé que la renonciation au privilège devait s'interpréter restrictivement:

It was urged on behalf of the Crown that, in any event, the respondent had waived his privilege by the wording of the application for Legal Aid which he signed. The waiver clause on the form is, however, of very limited application. It is a waiver only to the extent necessary to enable the Legal Aid Society "to assess the merits of this application". It did not waive privilege so that the Legal Aid officer could disclose the information in evidence on the respondent's trial on a criminal charge.

IV. *Propositions de réforme.*

Il n'existe pas vraiment de propositions de réforme du secret professionnel de l'avocat,¹²² tout au plus on trouve des projets de codification de ce privilège.

Le législateur ontarien a présenté le Draft Evidence Act à Queens Park selon les recommandations de la Commission de Réforme du Droit de l'Ontario. Les éléments essentiels, en autant que nous som-

¹¹⁷ *Supra*, note 95, aux pp. 106-107: "La Loi protège, en les déclarant secrètes, les communications qui peuvent intervenir entre avocat et client. Cette disposition est absolue et d'ordre public. Elle a existé de tout temps et dans toutes les législations." Voir aussi *T. Henderson Black v. Adrien Giberton* (1888), 16 R.L. 22.

¹¹⁸ *Supra*, note 56.

¹¹⁹ [1965] C.S. 129.

¹²⁰ *Black c. Giberton* (1888), 16 R.L. 22.

¹²¹ *Supra*, note 99.

¹²² la Commission de Réforme du Droit du Canada propose d'étendre le "secret professionnel" à des professionnels autres que les avocats, notamment, au médecin, travailleur social, prêtre, etc., mais on ne remet pas en question le "privilège" de l'avocat et on ne désire pas le modifier substantiellement.

mes concernés, sont contenus dans les articles 12 et 39(11) de ce projet de loi.

12. Evidence is not admissible in a proceeding to prove a communication which is inadmissible by reason of the fact that it is privileged under this Act.

39(11). Nothing in this section makes admissible in evidence in a proceeding.

(a) the part on any record as is proved to be,

. . . .

(ii) a record made in the course of obtaining or giving legal advice or in contemplation of a legal proceeding,

Quant à la Commission de Réforme du Droit du Canada elle propose dans son Code de la Preuve¹²³ les articles 41 et plus particulièrement 42 qui codifient le droit existant en matière de secret

¹²³ Code de la Preuve.

''Art. 41. Celui qui s'adresse à un professionnel dans le but d'obtenir ses services ou qui les obtient, peut s'opposer à la divulgation d'une communication confidentielle issue de cette relation si, eu égard aux circonstances, la sauvegarde du droit à l'intimité l'emporte sur l'intérêt de l'administration de la justice.''

''Art. 42 (1). Celui qui, en prévision d'un litige, consulte un avocat dans le but d'obtenir des services professionnels, peut s'opposer à la divulgation d'une communication confidentielle faite dans le but de donner ou de recevoir ces services.

(2). Une personne peut refuser de divulguer une information obtenue par elle, par son avocat, par son représentant ou par toute personne qui assiste son avocat, de même que son travail et celui fait par eux en prévision d'un litige; à moins que dans le cas d'une information, celle-ci ne puisse raisonnablement être obtenue d'une autre source et que la qualité de sa valeur probante ne dépasse nettement les inconvénients causés par sa divulgation.

(3). Seuls les détenteurs du droit au secret en personne ou son avocat peuvent invoquer le droit au secret prévu par le présent article.

Lorsque le client est incapable, son tuteur ou curateur peut le faire pour lui.

En cas de décès du client, son ayant droit peut invoquer le droit au secret.

Le syndic ou son représentant peut invoquer le droit au secret au nom d'une corporation, association ou autre personne morale ayant une existence juridique ou non.

(4) Aucun droit au secret ne peut être invoqué en vertu du présent article

(a) lorsque les services de l'avocat ont été recherchés, le travail produit ou l'information obtenue dans le but de permettre à quelqu'un de commettre ou de comploter une infraction ou un délit, ou de l'aider à les commettre et que celui qui réclame le droit au secret a pu avoir raisonnablement connaissance du caractère criminel ou délictuel de l'acte;

(b) lorsqu'il s'agit d'un litige entre les ayants cause d'un même client décédé et se réclamant d'un droit qui lui appartenait. L'origine entre vifs ou à cause de mort de la transmission du droit n'a aucune importance pour les fins du présent article;

(c) lorsque le sujet en litige est la transgression d'obligations existant réciproquement entre l'avocat et le client;

(d) lorsque la contestation porte sur un document dont l'avocat est un témoin instrumentant;

(e) lorsqu'il s'agit d'un litige entre des clients qui ont consulté un même avocat ou retenu ses services en commun, que le secret porte sur une communication touchant une question d'intérêt commun, et que cette preuve est offerte au cours d'un litige entre ces clients.

professionnel de l'avocat en droit fédéral¹²⁴ à une exception près. Exception qui est d'ailleurs soulignée par un commentaire du commissaire La Forest dans les "Commentaires sur le Code de la Preuve".¹²⁵ L'article 42(1) du projet limite le secret aux communications faites en prévision d'un litige et non comme la common law qui a déjà étendu le privilège à toute communication confidentielle intervenue au cours d'une relation professionnelle, qu'elle ait été faite ou non en prévision d'un litige.

V. Conclusion.

Ce bref tour d'horizon nous a permis à partir de la naissance du secret professionnel de l'avocat, d'en découvrir son évolution historique et son application en droit comparé.

L'aspect le plus intéressant de cette question pour le juriste est la tentative faite par nos tribunaux québécois et canadiens pour faire évoluer le vieux concept de common law des *privileged communications*.

Nous espérons que le lecteur aura retenu qu'il n'existe pas de droit au "secret professionnel" de l'avocat en droit québécois et canadien, mais uniquement un "privilège" soumis à l'appréciation judiciaire.

(5) Aux fins du présent article, on entend par "avocat" celui que le client croit admis à la pratique du droit.

¹²⁴ Dans la province de Québec, le mot "avocat" désigne aussi le notaire.

¹²⁵ Voir les Commentaires des Commissaires publiés en annexe de la publication du Code de la Preuve par la C.R.D., *op cit.*, note 44, p. 92.