

L'APPORT DU JUGE LEBEL À L'ÉVOLUTION SUBSTANTIVE ET PROCÉDURALE DU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

Giuseppe Battista, Ad. E.*
Ronald Prigent**

Considéré comme une règle de preuve jusqu'au début des années 1980, le privilège des communications entre un avocat et son client constitue maintenant un principe de justice fondamentale et un droit civil fondamental. Désormais, le secret professionnel avocat-client est quasi absolu et on ne peut y déroger que dans des circonstances précises et exceptionnelles : lorsque les communications sont en elles-mêmes criminelles ou sont faites en vue d'obtenir un avis juridique devant faciliter la perpétration d'un crime, lorsque la sécurité publique est mise en péril ou lorsque le secret professionnel doit être écarté pour démontrer l'innocence d'un accusé.

Le passage de la règle de preuve à la règle de fond a eu lieu en 1982 dans l'arrêt Descôteaux et autre c Mierzwinski. À compter du début des années 2000, la Cour suprême s'est penchée de nouveau à plusieurs reprises sur la question. Devenu membre de la Cour suprême le 7 janvier 2000, le juge LeBel a contribué de manière importante à cette démarche. Il a entre autres rédigé les motifs de la Cour dans les arrêts Maranda c Richer et Société d'énergie Foster Wheeler ltée c Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc en plus de participer à de nombreuses autres décisions.

Considered to be a rule of evidence until the early 1980s, solicitor-client privilege is now a principle of fundamental justice and a fundamental civil and legal right. Solicitor-client privilege is almost absolute and cannot be set aside except in specific and unusual circumstances: when the communications as such are criminal or are for the purpose of obtaining a legal opinion to facilitate the perpetration of a crime, where public security is in jeopardy, or where professional secrecy must be set aside to demonstrate that an accused is innocent.

The transition from a rule of evidence to a substantive rule occurred in 1982, in Descôteaux et al. v Mierzwinski. Starting in the early 2000s, the Supreme Court revisited the question several times. Justice LeBel, who became a member of the Supreme Court on January 7, 2000, made a significant contribution to this process. Amongst other things, he drafted

* Battista, Turcot, Israël, Corbo avocats s.e.n.c.

** Battista, Turcot, Israël, Corbo avocats s.e.n.c.

the Court's reasons in Maranda v Richer and Foster Wheeler Power Co v Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc, and also participated in a number of other decisions on this topic.

1. Introduction

À compter du début des années 1980, la Cour suprême a considérablement rehaussé l'importance et la portée de la protection accordée à la confidentialité des communications entre un client et son avocat. En tant que principe de justice fondamentale et de droit civil fondamental, le secret professionnel de l'avocat définit désormais les règles et les normes qui déterminent l'admissibilité de la preuve au procès dans tous les domaines du droit, encadre la manière dont les enquêtes criminelles peuvent être menées et protège les informations confidentielles contre tous les tiers, y compris l'État.

Le juge LeBel a contribué de manière importante à cette démarche à compter du début des années 2000 en rédigeant les motifs de la Cour dans les arrêts *Maranda c Richer*¹ et *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*² et en participant aux arrêts *R c McClure*³ et *R c Brown*⁴. Sa dissidence dans l'arrêt *Lavallee, Rackel & Heintz c Canada (Procureur général); White, Ottenheimer & Baker c Canada (Procureur général); R c Fink*⁵, qui repose sur une vision élevée du rôle du conseiller juridique, présente également un intérêt particulier pour les avocats.

2. D'une règle de preuve à une règle de fond

Jusqu'au début des années 1980, le privilège des communications entre un avocat et son client était certes reconnu, mais il s'agissait uniquement d'une règle de preuve.

A) La règle de preuve : l'arrêt *Solosky*

Dans l'arrêt *Solosky c La Reine*⁶, l'appelant, détenu dans un pénitencier, cherchait à obtenir un jugement déclaratoire portant que la correspondance entre son avocat et lui soit désormais considérée comme communication privilégiée et ne soit pas ouverte. La *Loi sur les pénitenciers* donnait au

¹ 2003 CSC 67, [2003] 3 RCS 193 [*Maranda*].

² 2004 CSC 18, [2004] 1 RCS 456 [*Foster Wheeler*].

³ 2001 CSC 14, [2001] 1 RCS 445 [*McClure*].

⁴ 2002 CSC 32, [2002] 2 RCS 185 [*Brown*].

⁵ 2002 CSC 61, [2002] 3 RCS 209 [*Lavallee*].

⁶ [1980] 1 RCS 821 [*Solosky*].

chef d'une institution pénitentiaire le pouvoir d'ordonner la censure de la correspondance des détenus selon les modalités tenues pour nécessaires ou utiles à la réadaptation du détenu ou à la sécurité de l'institution.

Le juge en chef Dickson écrit que la notion des communications privilégiées entre avocat et client est depuis longtemps reconnue comme essentielle à la bonne administration de la justice. Il note que l'histoire du privilège remonte au règne d'Élisabeth I, en 1577, et rappelle que l'énoncé classique du fondement sur lequel celui-ci repose remonte à une décision anglaise rendue en 1833 :

[TRADUCTION] Le fondement de cette règle n'est pas difficile à trouver. Ce n'est ni la conséquence (comme on l'a quelquefois dit) d'une importance particulière que le droit attribue aux affaires des juristes, ni le résultat de dispositions particulières leur accordant une protection (même s'il n'est certes pas tellement facile de voir pourquoi on a refusé le même privilège à d'autres personnes et, plus particulièrement, aux médecins).

Mais c'est en considération des intérêts de la justice, qui ne peuvent être respectés, et de l'administration de la justice, qui ne peut suivre son cours, sans l'aide d'hommes de loi versés dans la théorie générale du droit, les règles de procédure devant les tribunaux et les matières touchant les droits et les obligations, qui font l'objet de toutes les procédures judiciaires. Si le privilège n'existait pas du tout, chacun devrait s'en remettre à ses propres ressources en matière juridique. Privée de toute assistance professionnelle, une personne ne s'aventurerait pas à consulter un spécialiste ou oserait seulement divulguer partiellement l'affaire à son conseil.⁷

Dans des décisions subséquentes, la Cour suprême a insisté sur le fait que la raison d'être du secret professionnel de l'avocat était le bon fonctionnement du système judiciaire. Ainsi :

Le secret professionnel de l'avocat commande en soi une place exceptionnelle dans le système juridique. Les rapports importants qui existent entre un client et son avocat ne se limitent pas aux parties et font partie intégrante des rouages du système juridique lui-même.⁸

Le rapport de confiance qui s'établit alors entre l'avocat et son client est une condition nécessaire et essentielle à l'administration efficace de la justice.⁹

Cela dit, la Cour dans *Solosky* a jugé que le privilège des communications entre le détenu et son avocat ne s'appliquait pas en l'espèce puisque le

⁷ *Ibid* à la p 834 citant *Greenough v Gaskell* (1833), 39 ER 618 à la p 620.

⁸ *McClure*, *supra* note 3 au para 31.

⁹ *Blank c Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39 au para 26, [2006] 2 RCS 319.

privilège était essentiellement une règle de preuve faisant fonction d'écran pour empêcher que des documents privilégiés ne soient produits en preuve dans une salle d'audience. Or, rien ne permettait de conclure que les autorités avaient l'intention d'utiliser les lettres ou des extraits de ces lettres comme preuve au cours des procédures. À défaut d'un lien avec la preuve, une condition exigée en droit, l'appelant ne pouvait donc invoquer le privilège.

Toutefois, le juge Dickson constate l'émergence d'une jurisprudence plus récente s'orientant vers une notion plus large du privilège entre avocat et client. Néanmoins la Cour considère que cette notion n'a pas été suffisamment étendue pour donner gain de cause à l'appelant.

B) La règle de fond : l'arrêt Mierzwinski

C'est en 1982, dans l'arrêt *Descôteaux et autre c Mierzwinski*¹⁰, que le passage d'une règle de preuve à une règle de fond allait véritablement s'effectuer. Dans cette affaire, la Cour suprême était confrontée pour la première fois à la revendication du secret professionnel dans le contexte d'une perquisition dans un cabinet d'avocats. La police enquêtait sur un client qu'elle soupçonnait d'avoir obtenu frauduleusement un mandat d'aide juridique en mentant à propos de son revenu. Le bureau d'aide juridique avait demandé l'annulation du mandat de perquisition. Le secret professionnel de l'avocat était donc invoqué à l'étape de l'enquête policière, et non au moment du procès.

S'appuyant sur un passage de l'arrêt *Solosky* dans lequel le juge Dickson écrit que « le droit de communiquer en confiance avec son conseiller juridique est un droit civil fondamental, fondé sur la relation exceptionnelle de l'avocat avec son client »¹¹, le juge Lamer écrit que ce droit personnel et extrapatrimonial qui s'attache à la personne dans ses rapports avec tous les autres, y compris avec l'État, fait indubitablement partie de notre droit public québécois ainsi que de la *common law*. Il poursuit :

Quoique le droit à la confidentialité ne se soit d'abord manifesté que comme règle de preuve, on s'entend aujourd'hui pour lui reconnaître une portée beaucoup plus grande. À témoin, la façon de cette Cour d'aborder les questions posées dans le pourvoi *Solosky*.¹²

De toute évidence la Cour, dans cette cause, appliquait une norme qui n'a rien à voir avec la règle de preuve, le privilège, puisqu'en rien n'y était-il question de témoignages devant un tribunal quelconque. En fait la Cour, à mon avis, appliquait,

¹⁰ [1982] 1 RCS 860 [*Mierzwinski*].

¹¹ *Solosky*, *supra* note 6 à la p 839.

¹² *Mierzwinski*, *supra* note 10 à la p 873.

sans par ailleurs la formuler, une règle de fond et, par voie de conséquence, reconnaissait implicitement que le droit à la confidentialité, qui avait depuis déjà longtemps donné naissance à une règle de preuve, avait aussi depuis donné naissance à une règle de fond.¹³

Poursuivant sur cette lancée, le juge Lamer définit en quatre points cette règle de fond :

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 porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité de ses communications avec son avocat, le conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité.
3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante.
4. La loi qui en disposerait autrement dans les cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement.¹⁴

Selon le juge Lamer, la relation client-avocat prend naissance dès les premières démarches que fait le client virtuel auprès du bureau de l'avocat en vue d'obtenir un avis juridique, soit avant même la première rencontre entre eux. De plus, les renseignements que requiert un avocat d'une personne pour décider s'il acceptera de la conseiller ou de la représenter sont tout autant des communications faites dans le but d'obtenir un avis juridique que ceux qui lui seront communiqués par après, incluant les renseignements qui concernent la capacité du client de rémunérer l'avocat et tout autre renseignement qu'un avocat est raisonnablement en droit d'exiger avant d'accepter le mandat. Enfin, consulter un conseiller juridique inclut la consultation de ceux qui l'assistent de façon professionnelle (par exemple, sa secrétaire ou son stagiaire) et qui ont comme tels accès aux communications faites par le client dans le but d'obtenir un avis juridique.

¹³ *Ibid* à la p 875.

¹⁴ *Ibid.*

C) *Secret professionnel et perquisition dans un bureau d'avocats*

La toile de fond de l'arrêt *Mierzwinski* était une perquisition dans un bureau d'avocats, le même genre de situation qui allait être au cœur des arrêts *Lavallee* et *Maranda* une vingtaine d'années plus tard. Dans *Mierzwinski*, le juge Lamer a mis en place certaines balises applicables en vue de la délivrance et de l'exécution du mandat de perquisition prévu au *Code criminel*.

En application de la règle de preuve, le juge Lamer conclut qu'un juge de paix n'a pas compétence pour ordonner la saisie de documents qui ne seraient pas recevables en preuve devant un tribunal parce que couverts par le privilège de confidentialité. Agir autrement serait, selon lui, absurde :

Si l'on ne pouvait invoquer le privilège pour empêcher la saisie et l'examen de documents en vertu d'un mandat de perquisition, la poursuite aurait toujours le loisir de saisir et d'examiner les dossiers et le mémoire de l'avocat de la défense dans une poursuite criminelle. Ce serait vraiment une piètre consolation pour l'accusé et son avocat de savoir que la seule protection dont ils jouiraient en l'instance serait que les pièces saisies et examinées ne peuvent être produites en preuve.¹⁵

La règle de fond, elle, trouve application dans les autres cas où le juge de paix a compétence pour émettre un mandat de perquisition dans un bureau d'avocat. En vertu de cette règle, avant de permettre la perquisition d'un bureau d'avocats pour y rechercher des preuves d'un crime, le juge de paix doit, sous peine d'excéder sa compétence, refuser la délivrance du mandat à moins d'être satisfait qu'il n'existe pas d'alternative raisonnable à la perquisition. S'il décide de délivrer le mandat, que ce soit pour chercher des preuves ou autres choses, il doit l'assortir de modalités d'exécution susceptibles de sauvegarder au maximum le droit à la confidentialité des clients de l'avocat. Ces conditions allaient plus tard être développées par le juge LeBel dans l'arrêt *Maranda* et désignées comme le devoir de minimisation.

3. *Secret professionnel de l'avocat : nature, portée et exceptions*

Depuis les arrêts *Solosky* et *Mierzwinski*, la Cour suprême a réaffirmé à maintes reprises l'importance du secret professionnel de l'avocat et en a renforcé la portée. Ainsi, dans l'arrêt *Smith c Jones*, elle l'a qualifié de « plus important privilège reconnu par les tribunaux »¹⁶. Dans l'arrêt *McClure*, elle a statué que le secret professionnel de l'avocat, tout comme le droit à

¹⁵ *Ibid* à la p 887.

¹⁶ [1999] 1 RCS 455 au para 44 [*Smith*].

une défense pleine et entière, sont des principes de justice fondamentale¹⁷. Et dans *Maranda*, le juge LeBel a rappelé qu'il représentait l'un des rares privilèges génériques qu'admet la *common law* et que la jurisprudence de la Cour suprême l'avait clairement distingué des privilèges reconnus sur une base particulière, au cas par cas, ajoutant que cette jurisprudence avait constamment renforcé le secret professionnel de l'avocat¹⁸.

Cela dit, il existe certaines circonstances dans lesquelles les communications avocat-client peuvent perdre leur caractère privilégié.

Il faut préciser au départ que le privilège ne s'applique pas aux communications qui n'ont trait ni à la consultation juridique ni à l'avis donné, c'est-à-dire lorsque l'avocat n'est pas consulté en sa qualité professionnelle :

Il ne suffit pas de parler à un avocat ou l'un de ses collaborateurs pour que dès lors tout soit confidentiel. Il faut que la communication soit faite à l'avocat ou à ses collaborateurs en leur qualité professionnelle; la relation, au moment précis de la communication, doit être de nature professionnelle.¹⁹

De même, le privilège ne se rattache pas à une communication qui n'est pas censée être confidentielle²⁰.

Mais il existe également des situations où même si ces deux conditions sont remplies, le privilège peut être écarté.

A) L'exception du crime

La première de ces situations est l'exception du crime, que la Cour suprême a appliquée dans *Mierzwinski*. Le juge Lamer écrit que les communications qui sont en elles-mêmes criminelles ou qui sont faites en vue d'obtenir un avis juridique devant faciliter la perpétration d'un crime ne jouissent pas du privilège²¹. Dans l'arrêt *R c Campbell*²², la Cour a précisé que la levée du privilège exigeait plus que la preuve de l'existence d'un crime et de la consultation préalable d'un avocat, mais qu'il fallait quelque élément tendant à établir que l'avis avait facilité le crime ou que l'avocat était devenu « dupe ou comploteur »²³.

¹⁷ *McClure*, *supra* note 3 au para 41.

¹⁸ *Maranda*, *supra* note 1 aux para 11–12.

¹⁹ *Mierzwinski*, *supra* note 10 à la p 873.

²⁰ *Solosky*, *supra* note 6 à la p 835.

²¹ *Mierzwinski*, *supra* note 10 à la p 881.

²² *R c Campbell*, [1999] 1 RCS 565.

²³ *Ibid* au para 62.

B) L'exception relative à la sécurité publique

La deuxième exception est celle de la sécurité publique. Ses contours ont été précisés dans l'arrêt *Smith*. Un psychiatre, engagé par l'avocat de l'accusé pour évaluer ce dernier, avait acquis la conviction que celui-ci était dangereux et commettrait probablement d'autres crimes s'il ne recevait pas un traitement approprié. Ayant appris que ses inquiétudes au sujet de l'accusé ne seraient pas prises en compte à l'audience de détermination de la peine, il a intenté une action pour obtenir un jugement déclarant qu'il avait le droit de divulguer les renseignements qu'il avait en main dans l'intérêt de la sécurité publique.

À la majorité, la Cour suprême conclut que bien que le rapport du psychiatre soit protégé par le secret professionnel de l'avocat, la mise en péril de la sécurité publique peut, lorsque les circonstances s'y prêtent, en justifier la mise à l'écart. La Cour identifie trois facteurs pour déterminer si la sécurité publique a préséance sur le privilège du secret professionnel de l'avocat : (1) une personne ou un groupe de personnes identifiables sont-elles clairement exposées à un danger? (2) risquent-elles d'être gravement blessées ou d'être tuées? (3) le danger est-il imminent ?²⁴

C) L'exception relative à l'innocence de l'accusé

C'est dans les arrêts *McClure* et *Brown*—arrêts auxquels le juge LeBel a participé—que la Cour suprême a exposé les paramètres encadrant l'exception basée sur le droit à une défense pleine et entière de l'accusé, identifiée comme « l'exception relative à l'innocence de l'accusé ».

Dans *McClure*, la Cour suprême énonce pour la première fois que le secret professionnel de l'avocat est un principe de justice fondamentale. Le comparant au droit d'un accusé à une défense pleine et entière, le juge Major souligne qu'alors que celui-ci lui est personnel et implique le droit à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi que le droit de l'innocent de ne pas être déclaré coupable, le privilège du secret professionnel de l'avocat, bien qu'il soit également personnel, est plus large et qu'il est important pour l'administration de la justice dans son ensemble. Il existe peu importe qu'un procès soit imminent ou qu'un client soit sur le point de demander des conseils²⁵.

Cela n'implique pas toutefois que le secret professionnel doit toujours l'emporter. Dans certaines circonstances limitées, il peut céder le pas pour permettre à un accusé de présenter une défense pleine et entière. Cependant,

²⁴ *Smith*, *supra* note 16 au para 77.

²⁵ *McClure*, *supra* note 3 au para 41.

eu égard à la place centrale que le secret professionnel de l'avocat occupe dans l'administration de la justice, le critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé doit être appliqué rigoureusement. Le privilège doit être levé seulement si des questions fondamentales touchant la culpabilité ou l'innocence de l'accusé sont en cause ou s'il y a un risque véritable qu'une déclaration de culpabilité injustifiée soit prononcée²⁶. Comme l'explique le juge Major, cette exigence est très élevée :

Par exemple, si l'accusé était en mesure de susciter un doute raisonnable à son procès relativement à la question de la *mens rea* en accédant au dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat, mais également en invoquant l'alibi ou l'identification, ou les deux à la fois, comme moyen de défense, il ne serait pas nécessaire alors d'utiliser le dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat. L'innocence de l'accusé ne serait pas en jeu, mais ce serait sa volonté de préparer une défense plus complète qui serait contrariée. De prime abord, il peut paraître dur de refuser l'accès alors que l'élément de preuve privilégié en question pourrait susciter un doute raisonnable; toutefois, les raisons de politique générale qui militent en faveur du maintien de la confidentialité des communications entre un avocat et son client doivent l'emporter sauf s'il y a un risque véritable qu'une déclaration de culpabilité injustifiée soit prononcée.²⁷

Ce point de vue a été réitéré avec fermeté dans l'arrêt *Brown* :

La demande de type *McClure* ne peut être utilisée pour obtenir la levée du secret professionnel simplement parce que le dossier de l'avocat fournira des éléments de preuve probablement plus crédibles que ceux dont l'accusé dispose déjà. La qualité de la preuve n'est pas un facteur. Le dossier d'un avocat sera probablement toujours perçu comme une source de renseignements plus fiable et plus complète, en raison de la nature de la communication qu'il reçoit de son client. Toutefois, ce serait un affront injustifié au secret professionnel de l'avocat que de permettre que la franchise et l'ouverture auxquelles se prête la nature confidentielle des rapports entre l'avocat et son client servent d'assise à la levée du secret. L'essence même du privilège contribuerait à l'écarter.²⁸

Dans cet arrêt, la Cour précise que le juge doit ordonner uniquement la production des communications nécessaires pour permettre à l'accusé, dont l'innocence est en jeu, de susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Toute partie des communications qui n'est pas nécessaire pour susciter un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé ne doit pas être divulguée²⁹. La Cour décide aussi que le ministère public ne

²⁶ *Ibid* au para 47.

²⁷ *Ibid* au para 49.

²⁸ *Brown*, *supra* note 4 au para 71.

²⁹ *Ibid* au para 77.

peut pas obtenir la divulgation de documents protégés auxquels il n'aurait pas normalement accès puisque cela lui permettrait d'écarter le secret professionnel sans avoir à répondre aux exigences rigoureuses énoncées dans *McClure*³⁰.

Dans le cas où le secret professionnel est écarté pour démontrer l'innocence d'un accusé, les informations ainsi obtenues peuvent être de nature à démontrer la culpabilité du client de l'avocat. La question se pose alors de l'étendue de la protection dont ce client bénéficie.

Selon la Cour, les clients doivent avoir l'assurance de pouvoir communiquer avec leurs avocats librement et franchement sans crainte que leurs communications soient utilisées ultérieurement contre eux et ce principe ne saurait d'aucune façon être affaibli par la divulgation restreinte qu'autorise *McClure*³¹. En conséquence, la Cour conclut que les détenteurs du privilège dont les communications avec leur avocat sont divulguées dans le cadre d'une demande de type *McClure* doivent être protégés par le principe résiduel interdisant l'auto-incrimination contenu à l'article 7 de la *Charte*³².

Quelle est l'étendue de cette protection résiduelle offerte aux personnes qui voient leur privilège écarté en raison d'une demande de type *McClure*? Selon la Cour, cette protection se doit d'être parmi les plus fortes que le droit puisse offrir³³. Toutefois, elle ne doit pas aller jusqu'à l'immunité à l'égard de toute poursuite au criminel dans l'avenir pour des crimes qui sont l'objet des communications entre l'avocat et son client. Elle est plutôt la même que celle dont bénéficie la personne qui a été contrainte de témoigner, à savoir l'immunité contre l'utilisation de la preuve et l'immunité contre la preuve dérivée.

Cette double immunité interdit au ministère public d'utiliser les communications comme preuve directe contre le détenteur du privilège et de les utiliser pour attaquer sa crédibilité s'il est lui-même l'accusé. Toutefois, cela ne veut pas dire que la divulgation de renseignements protégés en vertu d'une demande de type *McClure* doive entraîner l'immunité à l'égard de toute poursuite au criminel dans l'avenir pour des crimes qui sont l'objet des communications entre l'avocat et son client. Ainsi, si le ministère public est capable de découvrir des éléments de preuve qui sont tout à fait indépendants et qui ne sont pas dérivés des communications entre l'avocat

³⁰ *Ibid* au para 84.

³¹ *Ibid* au para 89.

³² *Ibid* au para 94.

³³ *Ibid* au para 96.

et son client, il peut les invoquer contre le détenteur du privilège dans une poursuite subséquente³⁴.

*4. Perquisitions dans les bureaux d'avocat, prise 2—L'arrêt Lavallee*³⁵

La délicate question des perquisitions dans les bureaux d'avocats, qui faisait l'objet de l'arrêt *Mierzwinski* en 1982, a refait surface quelque 20 ans plus tard dans l'arrêt *Lavallee*. Dans la foulée de l'arrêt *Mierzwinski*, le Parlement avait adopté l'article 488.1 du *Code criminel*. Cet article instaurait une procédure visant à encadrer la saisie de documents dans un cabinet d'avocats et les circonstances dans lesquelles le poursuivant pouvait en prendre connaissance. Il prévoyait entre autres qu'au moment de la saisie, tous les documents devaient être placés dans un paquet scellé qui devait être confié à la garde du shérif ou d'une autre personne désignée. Par la suite, le procureur général, le client ou l'avocat au nom de son client pouvait, dans un délai de quatorze jours, demander à un juge de décider si le document devait ou non être communiqué au poursuivant ou s'il était protégé par le secret professionnel de l'avocat.

A) Le point de vue de la majorité : l'article 488.1 est inconstitutionnel

À la majorité, la Cour suprême déclare l'article 488.1 inconstitutionnel au motif qu'il porte atteinte à l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁶. Selon la majorité, l'article 488.1 souffre de plusieurs lacunes ayant toutes en commun la violation potentielle du secret professionnel de l'avocat sans que le client n'en ait connaissance et qu'il y ait consenti. Plus spécifiquement, les lacunes reprochées à l'article 488.1 sont les suivantes :

- Il exige que l'avocat revendique expressément le privilège et le défaut de ce faire entraîne la perte du privilège.
- Il exige que l'avocat identifie le client pour lequel le privilège est revendiqué. Or, dans certaines circonstances, l'identité du client est elle-même une information privilégiée. Cette exigence contraint l'avocat à choisir entre la divulgation de l'identité du client ou celle du document privilégié, deux éléments dignes de protection.

³⁴ *Ibid* aux para 102–103.

³⁵ Cette section et la suivante reprennent pour l'essentiel les passages d'un texte des deux auteurs : Giuseppe Battista et Ronald Prigent, «Le secret professionnel et les perquisitions dans les cabinets d'avocats » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire* (2014), vol 384, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014, 127.

³⁶ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Charte canadienne*].

- Il ne prévoit pas l'obligation d'aviser les détenteurs d'un privilège. Or, si les avocats sont absents au moment de la perquisition ou si le privilège n'est pas revendiqué au moment de la saisie, les clients risquent irrémédiablement d'être privés de la possibilité d'invoquer le privilège.
- Le fardeau de demander une audience à l'intérieur d'un délai strict de 14 jours de la perquisition incombe au client ou à son avocat. Cette contrainte de temps est déraisonnable, d'autant plus que le consentement du procureur est requis pour obtenir une prolongation.
- Il n'accorde pas de pouvoir discrétionnaire à la Cour permettant à un client de faire valoir une revendication de privilège après l'expiration du délai de 14 jours à partir du moment de la saisie.
- Il permet que le procureur général examine les documents dans les cas où le juge est d'avis que cela aiderait la Cour à trancher la question du privilège.

La juge Arbour, écrivant pour la majorité de la Cour, énonce dix principes directeurs qui doivent être appliqués aux perquisitions dans un cabinet d'avocats :

1. Aucun mandat de perquisition ne peut être décerné relativement à des documents reconnus comme étant protégés par le secret professionnel de l'avocat.
2. Avant de perquisitionner dans un bureau d'avocats, les autorités chargées de l'enquête doivent convaincre le juge saisi de la demande de mandat qu'il n'existe aucune solution de rechange raisonnable.
3. Lorsqu'il permet la perquisition dans un bureau d'avocats, le juge saisi de la demande de mandat doit être rigoureusement exigeant, de manière à conférer la plus grande protection possible à la confidentialité des communications entre client et avocat.
4. Sauf lorsque le mandat autorise expressément l'analyse, la copie et la saisie immédiates d'un document précis, tous les documents en la possession d'un avocat doivent être scellés avant d'être examinés ou de lui être enlevés.

5. Il faut faire tous les efforts possibles pour communiquer avec l'avocat et le client au moment de l'exécution du mandat de perquisition. Lorsque l'avocat ou le client ne peut être joint, on doit permettre à un représentant du Barreau de superviser la mise sous scellés et la saisie des documents.
6. L'enquêteur qui exécute le mandat doit rendre compte au juge de paix des efforts faits pour joindre tous les détenteurs potentiels du privilège, lesquels doivent ensuite avoir une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège et, si cette objection est contestée, de faire trancher la question par les tribunaux.
7. S'il est impossible d'aviser les détenteurs potentiels du privilège, l'avocat qui a la garde des documents saisis, ou un autre avocat nommé par le Barreau ou par la cour, doit examiner les documents pour déterminer si le privilège devrait être invoqué et doit avoir une occasion raisonnable de faire valoir ce privilège.
8. Le procureur général peut présenter des arguments sur la question du privilège, mais on ne devrait pas lui permettre d'examiner les documents à l'avance. L'autorité poursuivante peut examiner les documents uniquement lorsqu'un juge conclut qu'ils ne sont pas privilégiés.
9. Si les documents scellés sont jugés non privilégiés, ils peuvent être utilisés dans le cours normal de l'enquête.
10. Si les documents sont jugés privilégiés, ils doivent être retournés immédiatement au détenteur du privilège ou à une personne désignée par la cour.

B) La dissidence—Le juge LeBel s'appuie sur la diligence et la compétence des avocats

La minorité, sous la plume du juge LeBel, aurait invalidé seulement la partie de la loi qui autorisait les représentants de l'État à prendre connaissance de documents qui étaient potentiellement privilégiés.

Les arguments mis de l'avant par le juge LeBel sont inspirants pour les avocats, car ils reposent sur la notion que ces derniers jouent un rôle essentiel et fondamental dans l'administration de la justice, tant en matière criminelle que civile, et que l'on est en droit d'attendre d'eux qu'ils soient à la hauteur de la tâche et qu'ils protègent les droits de leurs clients. Le juge LeBel écrit entre autres :

Je dois avouer que certains des arguments qu'on a soulevés pour contester la disposition en question me laissent à la fois perplexe, inquiet et incrédule. En particulier, j'ai beaucoup de difficulté à accepter la conclusion d'inconstitutionnalité fondée sur l'hypothèse selon laquelle les avocats n'agiront pas avec diligence ou compétence. Je pense depuis longtemps que les avocats appartiennent à une profession vibrante, active, peut-être parfois trop énergique. J'ai encore des barreaux canadiens la vision qu'ils représentent un corps d'avocats diligents et chevronnés, avec peut-être quelques moutons noirs, ici et là, à éliminer de temps à autre. Je garde l'espoir que, lors de la contestation des droits d'un client, présent ou passé, ils se montreront à la hauteur de la situation et feront ce qui doit être fait, en temps utile, avec diligence et compétence.³⁷

La dissidence du juge LeBel dans l'affaire *Lavallee* mérite qu'on s'y attarde, car ses motifs témoignent non pas d'une attitude laxiste à l'endroit des pouvoirs de l'État en matière de perquisitions dans les cabinets d'avocats, mais plutôt de sa confiance dans la détermination des avocats à s'opposer à toute atteinte aux droits de leurs clients, dont leur droit au secret professionnel :

Un barreau indépendant et compétent constitue depuis longtemps un élément essentiel de notre système juridique. À cette fin, les avocats ont des droits et des privilèges, mais il en découle des obligations. L'article 488.1 repose sur cette hypothèse.³⁸

Là se situe le fondement de sa dissidence. Non pas que le secret professionnel ne mérite pas une protection constitutionnelle, non pas que les lois ou les autorités peuvent en bafouer la portée, mais bien que les lois ou le comportement des agents de l'État ne pourront y porter atteinte tant et aussi longtemps que les avocats et le Barreau joueront pleinement leur rôle dans le cadre de notre système de droit.

Voilà un hommage qui glorifie la profession tout en exigeant que ses membres relèvent les défis qui se rattachent à leur fonction.

À noter que contrairement à ce qu'il avait fait à la suite de la décision dans *Mierzwinski* en adoptant l'article 488.1, le Parlement n'a pas légiféré après l'arrêt *Lavallee*. L'article 488.1 est toujours en vigueur, bien qu'il soit inopérant. En conséquence, les perquisitions dans les cabinets d'avocats sont désormais régies par les dix principes directeurs énoncés par la Cour suprême dans *Lavallee*.

³⁷ *Lavallee*, supra note 5 au para 63.

³⁸ *Ibid* au para 68.

*5. Les perquisitions dans les bureaux d'avocat,
prise 3—L'arrêt Maranda*

L'affaire *Maranda* a débuté par une requête en *certiorari* devant la Cour supérieure afin d'obtenir l'annulation d'un mandat de perquisition dans les bureaux d'un avocat et de faire déclarer cette perquisition illégale et abusive. M^e Maranda et d'autres avocats de son cabinet faisaient valoir qu'en tant qu'avocats agissant comme conseillers juridiques, ils ne devaient pas être mobilisés comme témoins contre leurs clients en étant forcés de dévoiler des informations obtenues auprès d'eux.

Le client, qui avait déjà été représenté par M^e Maranda dans un certain nombre d'affaires de trafic de drogue, faisait l'objet d'une enquête pour des activités relatives aux produits de la criminalité. Les policiers avaient obtenu un mandat de perquisition visant à obtenir des informations susceptibles de déterminer les actifs du client et leur valeur nette. Les informations recherchées avaient trait aux honoraires et aux déboursés payés par le client à son avocat. Il n'y avait aucune allégation à l'effet que l'avocat avait été complice des infractions alléguées.

Dans son jugement, la Cour traite des questions suivantes :

- l'étendue de l'obligation de minimisation;
- l'étendue du secret professionnel et, plus particulièrement, si les informations sur les honoraires et débours des avocats sont des informations privilégiées.

A) L'obligation de minimisation

En faisant la synthèse des propos énoncés par le juge Lamer dans l'arrêt *Mierzwinski*, où celui-ci invoquait le devoir du juge « [d']assortir le mandat de modalités d'exécution susceptibles de sauvegarder au maximum le droit à la confidentialité »³⁹, et ceux de la juge Arbour dans *Lavallee*, alors qu'elle énonçait l'obligation des tribunaux d'adopter des normes rigoureuses pour assurer la protection du secret professionnel, le juge LeBel a importé et adapté, en matière de mandats de perquisition dans les cabinets des conseillers juridiques, une notion qu'il avait élaborée dans l'affaire *R c Araujo*⁴⁰ en matière d'écoute électronique : l'obligation de minimisation.

Le juge LeBel met en évidence les trois composantes de ce devoir. Tout d'abord, une perquisition dans un cabinet d'avocats ne doit pas être autorisée

³⁹ *Mierzwinski*, *supra* note 10 à la p 893.

⁴⁰ 2000 CSC 65, [2000] 2 RCS 992.

à moins qu'il n'existe pas d'autre solution raisonnable pour l'obtention de la preuve d'une infraction. Deuxièmement, l'autorisation doit être donnée dans des termes qui restreignent autant que faire se peut l'atteinte au secret professionnel. Enfin, l'exécution doit être effectuée de la même manière⁴¹.

Le juge LeBel explique que l'obligation de minimiser est une exigence qui vise à assurer que le privilège avocat-client soit aussi absolu que possible⁴². Selon lui, plusieurs lacunes dans la demande d'autorisation démontrent que celle-ci ne respectait pas l'obligation de minimisation :

- Il n'était ni allégué, ni établi, qu'il n'existait pas d'autre solution raisonnable et que l'on ne pouvait pas se procurer les informations recherchées au moyen d'autres sources. D'ailleurs, la preuve démontrait que le ministère public aurait pu obtenir au moins la moitié des informations recherchées de sources différentes.
- La manière dont le mandat avait été exécuté violait également l'obligation de minimisation. La perquisition, qui avait duré 13 heures, avait eu lieu durant les heures de bureau, les policiers avaient raflé une quantité considérable de documents, alors que l'on affirmait ne rechercher qu'une information sur les honoraires et débours payés à Me Maranda et certains renseignements relatifs à la cession d'une automobile. Des représentants du Barreau du Québec étaient présents et s'étaient opposés à la saisie de certains éléments parce qu'ils ne faisaient manifestement pas partie des éléments identifiés dans le mandat. Malgré leurs objections, ceux-ci avaient été saisis.
- Les policiers n'avaient fait aucun effort pour communiquer avec l'avocat à l'avance et ils n'avaient pas informé le juge émetteur de la raison pour laquelle cela ne pouvait—ou ne devait—pas être fait.⁴³

Tous ces facteurs démontraient qu'on n'avait pas pris soin de minimiser l'atteinte au secret professionnel, ce qui rendait la fouille abusive au sens de l'article 8 de la *Charte canadienne*.

L'obligation de minimisation a eu pour effet de contraindre les autorités policières à faire désormais un exercice plus rigoureux pour justifier la nécessité d'une perquisition dans un cabinet d'avocats, dont de démontrer que les informations recherchées ne peuvent pas être trouvées ailleurs et

⁴¹ *Maranda*, *supra* note 1 au para 15.

⁴² La Cour était unanime à propos de cette question.

⁴³ *Maranda*, *supra* note 1.

prévoir des conditions d'exécution de la perquisition qui tiennent compte de la nécessité de préserver dans toute la mesure du possible le secret professionnel, tant celui du client qui est directement visé par la perquisition que celui de tous les autres clients du cabinet.

B) L'étendue du secret professionnel

L'affaire *Maranda* a aussi contribué à raffiner l'analyse visant à déterminer ce qui est protégé par le secret professionnel de l'avocat et ce que cette protection englobe.

Dans cette affaire, les policiers cherchaient à connaître le montant des honoraires et débours que le client avait payé à son avocat. L'objectif était de préparer un bilan financier du client afin de démontrer qu'il était impliqué dans le blanchiment d'argent. Les policiers voulaient donc incriminer le client à l'aide de l'information que son avocat était tenu de conserver pour respecter la réglementation professionnelle. Il s'agissait de décider si le ministère public pouvait forcer l'avocat à dévoiler le montant des honoraires et débours payés par son client.

Le débat ne remettait pas en cause les principes de l'arrêt *Mierzwinski* selon lesquels les comptes d'avocats demeurent protégés par le privilège lorsqu'ils contiennent des informations sur le contenu des communications entre l'avocat et son client, tant à l'égard des conseils juridiques donnés que des modalités de la rémunération de l'avocat ou de la situation financière du client. Toutefois, l'argument retenu par la Cour d'appel du Québec dans *Maranda*⁴⁴ soutenait que la demande ne visait qu'une information neutre, à savoir le montant des honoraires et débours payés, sans autres détails. Selon la Cour d'appel, cette information se situait hors du cadre de la communication entre l'avocat et le client, que protège le privilège de *common law*, et pouvait être assimilée à un pur fait n'étant pas de nature à renseigner les tiers sur le contenu de la communication entre le client et l'avocat.

Notant que la question n'avait jamais été posée dans ces termes à la Cour suprême, le juge LeBel constate qu'elle a divisé les tribunaux canadiens, un courant de jurisprudence ayant effectivement distingué entre fait et communication pour déterminer que le privilège de *common law* ne s'appliquait pas dans un tel cas.

Au terme de son analyse, le juge LeBel conclut que « [l]a distinction ne justifie pas toutefois une dissociation totale du fait que serait le paiement

⁴⁴ *Le Caporal Normand Leblanc c Maranda*, [2001] JQ no 4826 (CA).

d'un compte d'honoraires d'avocats et des actes de communication, qui constitueraient le seul objet véritable du privilège »⁴⁵. Il poursuit :

Attrayante peut-être en pure logique, cette distinction quant aux honoraires d'avocats rend mal compte de la nature de la relation en cause. Comme notre Cour le constatait dans l'arrêt *Mierzwinski*, une relation professionnelle entre un client et un avocat peut présenter des aspects très divers. Les questions de calcul et de paiement des honoraires en constituent un élément important pour les deux parties. Leur présence impose fréquemment une discussion de la nature et des modalités d'exécution des services. Les lois professionnelles et les codes de déontologie régissant les membres des barreaux au Canada comportent des mécanismes souvent complexes pour définir les obligations et les droits des parties en cette matière. Ces mesures législatives et réglementaires prévoient des normes strictes de tenue de la comptabilité et des dossiers, l'obligation de rendre compte en détail au client et des mécanismes de règlement des différends survenus à leur propos (...). La constitution du fait que seraient le compte d'honoraires et son acquittement découle de la relation avocat-client et de son évolution. Ce fait demeure rattaché à cette relation et doit être considéré en principe comme l'un de ses éléments.⁴⁶

Par conséquent, lorsqu'il s'agit d'autoriser une perquisition dans un cabinet d'avocats, le fait même du montant des honoraires doit être considéré, en règle générale, comme un élément d'information protégé par le privilège avocat-client. En raison des difficultés inhérentes à l'appréciation de la neutralité des informations contenues dans les comptes d'avocats et de l'importance des valeurs constitutionnelles que mettrait en danger leur communication, la reconnaissance d'une présomption voulant que ces informations se situent *prima facie* dans la catégorie privilégiée assure mieux la réalisation des objectifs de ce privilège établi de longue date. Elle respecte aussi cette volonté de réduire au minimum les atteintes au privilège avocat-client, En conséquence :

... lorsque le ministère public estimera que la communication de cette information ne porterait aucune atteinte à la confidentialité de la relation, il lui appartiendra de l'alléguer de manière suffisante dans sa demande d'autorisation d'un mandat de saisie et de perquisition. Le juge devra s'en assurer par un examen attentif de la demande, sous réserve de la révision éventuelle de sa décision.⁴⁷

En conclusion de ses motifs, le juge LeBel rappelle que l'orientation générale de la jurisprudence de la Cour suprême demeure soucieuse de protéger le secret professionnel de l'avocat, qui joue un rôle fondamental dans la conduite de la justice pénale. Il écrit :

⁴⁵ *Maranda*, *supra* note 1 au para 31.

⁴⁶ *Ibid* au para 32.

⁴⁷ *Ibid* au para 34.

La confidentialité des rapports entre l'avocat et son client demeure essentielle à la conduite de la justice pénale et à la protection des droits constitutionnels des accusés. Il importe d'éviter que le cabinet de l'avocat, tenu conformément à des normes déontologiques strictes, devienne un dépôt d'archives au service de la poursuite.⁴⁸

6. Le secret professionnel en droit civil québécois—L'arrêt Foster Wheeler

Dans *Maranda*, le juge LeBel avait pris soin de souligner que la portée du secret professionnel pouvait varier selon qu'il s'agissait d'une affaire civile ou d'une affaire criminelle :

Puisque notre Cour examine ici une affaire criminelle, il ne faut pas surestimer la valeur de précédent de l'arrêt *Kruco* comme d'autres jugements qui ont pu être rendus dans des affaires civiles ou commerciales. *Kruco*, par exemple, portait sur une affaire complètement différente de droit commercial, régie par le droit de la preuve et la procédure civile du Québec. S'y affrontaient deux groupes d'actionnaires qui prétendaient avoir un droit à des informations financières complètes sur les affaires de l'entreprise, y compris quant aux honoraires d'avocats que certains d'entre eux auraient fait acquitter par la société dans laquelle ils détenaient tous des intérêts. Une demande d'information sur les honoraires de l'avocat de la défense, par le ministère public, rattachée à une poursuite criminelle remet en cause les valeurs et les institutions fondamentales de la procédure pénale et du droit criminel. La solution de principe retenue doit assurer la préservation de celles-ci.⁴⁹

Environ deux ans plus tard, dans l'arrêt *Foster Wheeler*, le juge LeBel allait avoir l'occasion d'examiner le secret professionnel dans un contexte de droit civil québécois. Dans le cadre d'une poursuite en dommages-intérêts contre les autorités municipales, il s'agissait de décider si les demandeurs pouvaient poser certaines questions sur des informations obtenues d'avocats mandatés par les autorités municipales. Selon ces dernières, les informations recherchées tombaient sous le sceau du secret professionnel et ne pouvaient être divulguées dans une instance judiciaire.

Dans un premier temps, le juge LeBel s'attarde à examiner l'encadrement juridique du secret professionnel dans la législation québécoise. Il constate que malgré la diversité de ses sources, le secret professionnel en droit québécois se trouve maintenant régi par un ensemble de législations superposées, mais convergentes dans leur objectif de reconnaître et de protéger le secret professionnel : l'article 9 de la *Charte des droits et*

⁴⁸ *Ibid* au para 37.

⁴⁹ *Ibid* au para 29.

*libertés de la personne*⁵⁰; l'article 60.4 du *Code des professions*⁵¹; l'article 131 de la *Loi sur le Barreau*⁵²; et l'article 2858 du *Code civil du Québec*. Le juge LeBel écrit :

Cet encadrement législatif tente d'organiser un domaine de la procédure et du droit civil québécois qui s'est développé à partir de sources diverses, législatives ou jurisprudentielles, relevant tantôt du droit civil d'origine française, tantôt de la *common law*. Cette mixité explique sans doute les difficultés sémantiques, sinon conceptuelles qui continuent de marquer la vie de ce secteur du droit.⁵³

Il en résulte un cadre juridique complexe qui entend étendre et régir le secret professionnel comme un droit substantiel fondamental destiné à la protection du client. Ce secret comporte deux composantes : la confidentialité des informations qui naissent de la relation entre l'avocat et son client, ce dernier ayant droit au silence de son conseiller juridique; et, découlant de cette obligation de confidentialité, une immunité de divulgation qui, sauf exceptions en principe limitées, protège le client contre la divulgation de ces informations, particulièrement à l'occasion des instances judiciaires⁵⁴.

Selon le juge LeBel, la dualité des origines du principe du secret professionnel en droit québécois et la technique législative employée expliquent parfois les difficultés sémantiques que l'on retrouve dans la jurisprudence, un problème accentué du fait que, dans des domaines fort importants comme le droit criminel, la *common law* continue à s'appliquer et à employer les catégories traditionnelles des privilèges. Il en résulte parfois des incertitudes terminologiques dont témoignent ces confusions entre privilège avocat-client, secret professionnel, confidentialité ou immunité de divulgation⁵⁵.

Pour éviter ce type de problème, le juge LeBel propose l'approche suivante :

Plutôt que de parler indistinctement et sans précautions de secret professionnel, il importe de déterminer si l'on traite d'abord de l'obligation de confidentialité ou du droit au silence ou encore de l'immunité de divulgation à l'égard d'informations confidentielles ou d'abord de l'une, puis de l'autre. Dans le cadre législatif québécois, on constate donc que l'expression « secret professionnel » vise l'institution dans son ensemble. Cette dernière inclut une obligation de confidentialité qui, dans les domaines où elle s'applique, impose à l'avocat un

⁵⁰ RLRQ c C-12.

⁵¹ RLRQ c C-26.

⁵² RLRQ c B-1.

⁵³ *Foster Wheeler*, supra note 2 au para 23.

⁵⁴ *Ibid* au para 27.

⁵⁵ *Ibid* au para 28.

devoir de discrétion et crée un droit corrélatif à son silence en faveur de son client. Ensuite, à l'égard des tiers, le secret professionnel comprend une immunité de divulgation qui protège le contenu de l'information contre sa communication forcée, même dans les instances judiciaires, sous les réserves et les limites prévues par les règles et principes juridiques applicables. Ainsi, dans le présent appel, il faudra examiner successivement les deux volets du secret professionnel, soit d'abord la portée de l'obligation de confidentialité de l'avocat, puis la mise en application de l'immunité de divulgation destinée à protéger cette confidentialité, pour statuer sur la recevabilité des questions posées aux témoins assignés par Foster.⁵⁶

Le juge LeBel souligne que la durée et la complexité des mandats exécutés par les avocats rendent délicate la définition des informations effectivement protégées par l'obligation de confidentialité et, par la suite, par l'immunité de divulgation judiciaire. Il en résulte que, dans de tels cas, la délimitation de l'aire d'application de l'obligation de confidentialité exige du tribunal une analyse parfois poussée des rapports entre les parties, comme de la nature et du contexte des services professionnels rendus. Par ailleurs, il faut se rappeler qu'en dépit de l'intensité de l'obligation de confidentialité et de l'importance du secret professionnel, celui-ci ne couvre pas nécessairement tous les faits ou tous les événements que constate l'avocat au cours de l'exécution de son mandat.

Le juge LeBel propose donc deux approches différentes pour trancher la question, selon les caractéristiques du mandat exercé par l'avocat :

Ainsi, dans le cas d'un acte professionnel ponctuel, une preuve simple ou sommaire suffirait sans doute au titulaire du secret professionnel pour établir la confidentialité des informations recherchées et son droit à une immunité de divulgation. La charge de la preuve paraît alors pouvoir lui être imposée sans compromettre le fonctionnement et l'intégrité de l'institution.

Dans le cas des mandats complexes et à exécution prolongée, l'imposition d'une obligation de justifier de chaque cas d'application de la confidentialité, puis de l'application de l'immunité de divulgation judiciaire paraît mal adaptée à la fois à la nature des rapports professionnels et aux exigences d'une protection efficace du secret. (...)

En pareil cas, une méthode différente paraît préférable. Il suffirait d'exiger de la partie désireuse d'invoquer le secret professionnel qu'elle établisse qu'un mandat général a été confié à un avocat pour rendre une gamme de services que l'on attend en général de lui, en sa qualité professionnelle. À cette étape, s'appliquerait une présomption de fait, réfragable toutefois, selon laquelle l'ensemble des

⁵⁶ *Ibid* au para 29.

communications entre le client et l'avocat et des informations seraient considérées *prima facie* de nature confidentielle.⁵⁷

7. Conclusion

L'apport du juge LeBel à l'évolution substantive et procédurale en matière de protection du secret professionnel de l'avocat est important, non seulement dans le domaine du droit criminel canadien, mais également dans les sphères du droit civil québécois et du droit administratif⁵⁸.

Le secret professionnel de l'avocat est maintenant reconnu comme un principe de justice fondamentale. À ce titre, il englobe non seulement les règles relatives à l'immunité de divulgation des éléments de preuve au procès dans tous les domaines du droit, mais il encadre la manière dont les enquêtes criminelles sont menées de même que les procédures devant les instances civiles et administratives.

Le juge LeBel a contribué à préserver le caractère quasi absolu du secret professionnel de l'avocat, entre autres en rédigeant les motifs dans les arrêts *Maranda* et *Foster Wheeler*. En particulier, l'arrêt *Maranda* établit que des faits en apparence « neutres » peuvent, en réalité, révéler des informations confidentielles et que le secret professionnel doit permettre aux clients d'avoir confiance que les avocats qu'ils consultent ne deviendront pas des témoins à charge contre eux. Il rappelle qu'en matière d'enquêtes criminelles, il faut éviter qu'un cabinet d'avocats ne « devienne un dépôt d'archives au service de la poursuite ».

Quant à la dissidence du juge LeBel dans l'affaire *Lavallee*, elle met en évidence le rôle crucial que doivent jouer les avocats pour maintenir le respect du secret professionnel, elle témoigne de la haute estime qu'il leur porte dans l'exercice de cette responsabilité et constitue pour eux à la fois un rappel et une source d'inspiration.

⁵⁷ *Ibid* aux para 40–42.

⁵⁸ Le juge LeBel a participé à plusieurs décisions de la Cour suprême dans lesquelles le secret professionnel de l'avocat a été maintenu dans le cadre de litiges devant des instances administratives, par exemple : *Pritchard c Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 RCS 809; *Goodis c Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, 2006 CSC 31, [2006] 2 RCS 32; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 RCS 815.