

Le secret professionnel de l'État

Judith Sauvé*

L'histoire du privilège du secret professionnel entre un conseiller juridique et son client remonte au règne d'Élisabeth I, en Angleterre. Au début, ce privilège était limité à une exemption de l'obligation de témoigner, c'est-à-dire que le conseiller juridique ne pouvait être forcé de révéler les secrets de son client dans le cadre d'un procès. Par la suite, le privilège du secret professionnel a été élargi aux communications faites au conseiller juridique par son client dans le cadre d'autres litiges, «à celles faites en vue d'un litige et enfin à toute consultation juridique sur une question litigieuse ou non»¹. Ce privilège n'existe qu'en regard des communications et documents qui s'inscrivent dans le cadre d'une relation professionnelle maintenue aux fins d'obtenir ou de fournir des services professionnels et lorsque les parties considèrent ces communications et documents comme étant de nature confidentielle. Les opinions juridiques sont donc en principe protégées par ce privilège du secret professionnel.

Droit pour le client et obligation pour le conseiller juridique, le respect du secret professionnel s'impose-t-il de la même façon selon que l'on soit, nous juristes, en pratique privée ou à l'emploi du gouvernement ou de l'un de ses organismes? Par ailleurs, qui peut avoir accès aux opinions juridiques quand et comment? À titre de juristes de l'État, nous sommes tous, un jour ou l'autre, confrontés à ces questions. Le texte qui suit se veut une amorce de réflexion, il n'est ni

* Direction du droit administratif, ministère de la Justice du Québec. L'auteure remercie M^{es} Dominique Rousseau et Angéline Thibault qui ont étroitement collaboré à la rédaction de certaines sections du présent texte.

1. *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, 834.

exhaustif ni dogmatique, il vise davantage à soulever les questions qu'à donner les réponses.

Dans un premier temps, nous verrons donc les aspects théoriques du secret professionnel de l'État concernant les opinions juridiques, c'est-à-dire les fondements de celui-ci ainsi que l'identité de ses détenteurs. Dans un deuxième temps, nous verrons jusqu'où le secret professionnel empêche ou permet l'accessibilité des opinions juridiques à certaines personnes (Protecteur du citoyen et Vérificateur général) ou dans certains contextes (*Loi sur l'accès* et *Loi sur les archives*).

I- Aspects théoriques

1. *Les fondements*

L'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*² (ci-après la Charte) garantit le droit au respect du secret professionnel dans les termes suivants:

9. 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.

Au sein du gouvernement et de ses organismes, les personnes tenues par la loi au respect du secret professionnel sont essentiellement les avocates et avocats et les notaires. C'est l'article 131 de la *Loi sur le Barreau*³ qui impose aux avocates et aux avocats le respect du secret professionnel. Cet article se lit ainsi:

131. 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.

2. L.R.Q., c. C-12.

3. L.R.Q., c. B-1.

Quant aux notaires, c'est l'article 15 paragraphe a) de la *Loi sur le notariat*⁴ qui leur impose cette obligation:

15. Les principaux devoirs d'un notaire, outre ceux qui lui sont imposés par la présente loi, sont:

a) de ne pas divulguer les faits confidentiels dont il a eu connaissance lors de l'exercice de sa profession, à moins qu'il n'ait été expressément ou implicitement autorisé à le faire par ceux qui lui ont fait ces confidences;

[...]

Le secret professionnel des avocates et avocats et des notaires est, selon la Cour suprême du Canada, un droit fondamental attaché à la personne qui consulte l'un ou l'autre de ces conseillers juridiques:

[...] le droit de communiquer en confidence avec son conseiller juridique est un droit civil fondamental, fondé sur la relation exceptionnelle de l'avocat avec son client [...].⁵

[...] il est incontestable que s'attache à la personne un droit de communiquer en toute confidence avec un conseiller juridique, droit qui est «fondé sur la relation exceptionnelle de l'avocat avec son client». C'est un droit personnel et extra-patrimonial qui accompagne le citoyen dans ses rapports avec les autres.⁶

Le secret professionnel liant un conseiller juridique revêt donc un caractère quasi absolu⁷.

Par ailleurs, le secret professionnel de l'avocat fonctionnaire est reconnu par la jurisprudence. Ainsi, un jugement de la Cour d'appel de l'Angleterre, sous la plume de Lord Denning, énonce:

Many barristers and solicitors are employed as legal advisers, whole time, by single employer. Sometimes the employer is a great commer-

4. L.R.Q., c. N-2.

5. *Solosky*, *supra*, note 1, p. 839.

6. *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, 871.

7. La Cour suprême du Canada a cependant tempéré la portée du secret professionnel prévu à l'article 9 de la *Charte* dans l'affaire *La Métropolitaine, compagnie d'assurance-vie c. Frenette*, [1992] 1 R.C.S. 647. En effet, dans cette affaire, tout en s'attardant très peu au texte de l'article 9, la Cour considère que l'immunité que peut revendiquer un médecin au nom de son patient lorsqu'il est appelé à rendre témoignage en justice n'est que relative. Il appartient au juge de soupeser les intérêts divergents qui peuvent parfois s'affronter, à savoir le respect de la confidentialité versus le droit à une défense pleine et entière.

cial concern. At other times it is a government department or a local authority. It may even be the government itself like the Treasury Solicitor and his staff. In every case these legal advisers do legal work for their employer and for no one else. There are paid, not by fees for each piece of work, but by fixed annual salary. They are, no doubt, servants or agents of the employer. For that reason the judge thought that they were in a different position from other legal advisers who are in private practice. I do not think this is correct. They are regarded by the law as in every respect in the same position as those who practice on their own account. The only difference is that they act for one client only, and not for several clients. They must uphold the same standards of honour and etiquette. They are subject to the same duties to their client and to the court. They must respect the same confidences. They and their clients have the same privileges.⁸

Ces propos rejoignent ceux de la division d'appel de la Cour fédérale qui déclarait récemment:

Les principes liés au privilège des communications entre avocat et client s'appliquent tant en matière civile qu'en matière criminelle et sans égard au fait que l'avocat exerce en cabinet privé, qu'il soit un avocat salarié, ou qu'il appartienne à la fonction publique.⁹

Il en est de même à l'égard du droit au secret professionnel revendiqué par une corporation municipale:

On voit mal pourquoi une municipalité ne jouirait pas du même privilège que tous les autres justiciables. En effet, l'une des justifications principales du secret professionnel est de permettre aux justiciables de s'adresser à un avocat en toute liberté et avec l'assurance de la confidentialité, de façon à s'assurer d'une défense pleine et entière de leurs droits. Sur ce point, la corporation municipale est sur le même pied que tous les autres justiciables et on voit mal en vertu de quel principe de droit on devrait lui nier le droit à la confidentialité des opinions juridiques qu'elle reçoit de ses avocats.¹⁰

8. *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd c. Commissioners of Customs and Excise (No. 2)*, [1972] 2 All E.R. 353, 376. Cette décision a été confirmée par la Chambre des Lords ([1974] A.C. 405) sans que celle-ci n'ait toutefois à se prononcer sur ce point particulier.

9. *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1995] 2 C.F. 762, 769 (C.A.).

10. *Gestion Lib Inc. c. Armand J.M. Guay*, [1985] C.S. 911, 917. Voir également *St-Alban (Municipalité de) c. Récupération Portneuf Inc.*, [1995] R.J.Q. 1712 (C.A.) où la juge Louise Mailhot, pour la Cour, déclare: «Une municipalité ne peut perdre le bénéfice du secret professionnel en adoptant une résolution qui mandate ses avocats» (p. 1716) indiquant clairement, bien que cela n'ait pas été discuté par la Cour d'appel, qu'une municipalité bénéficie du secret professionnel.

Le droit de recevoir des services professionnels en toute confidentialité ne saurait donc être nié au gouvernement¹¹ et à ses organismes¹². Cependant, conformément à l'article 9 de la *Charte* et à la jurisprudence, l'État, à titre de client, peut se voir contraint de renoncer au privilège du secret professionnel si la loi l'énonce clairement; il peut aussi renoncer à ce privilège soit expressément soit de façon implicite, par interprétation des actes qu'il pose. De plus, compte tenu de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Frenette*¹³ précité, un tribunal pourrait, après avoir soupesé les intérêts en cause, ordonner la divulgation d'informations ou de documents par ailleurs protégés par le privilège du secret professionnel. Hors ces situations, le secret professionnel est incontournable et le seul écoulement du temps ne suffit pas à en lever l'obligation: «If something falls under Article 9, it is protected by a privilege at all times»¹⁴.

11. Voir *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Fava*, [1984] R.D.J. 486 (Cour d'appel); *Eastern Auto Parts Ltd. c. Procureur général du Québec*, [1972] R.P. 97. À noter également que trois décisions de la Cour fédérale de première instance reconnaissent spécifiquement que les avis juridiques préparés par les avocats du ministère fédéral de la justice à l'intention du gouvernement ou d'un de ses ministères sont protégés par le secret professionnel: *Weiler c. Ministère de la Justice et ministère de l'Agriculture*, [1991] 3 C.F. 617; *Procureur général du Canada c. Central Cartage Co.*, (1987) 10 F.T.R. 225, confirmé en appel [1990] 35 F.T.R. 160, requête pour permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada rejetée; *Lapointe c. Ministre des Pêches et Océans*, [1987] 1 C.F. 455. Soulignons toutefois que la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Procureur général du Québec c. Louis Dorion et autres*, [1993] R.D.J. 88, a jugé que des avis préparés par des substituts du Procureur général relativement à l'opportunité d'engager des poursuites criminelles ou pénales n'étaient pas protégés par le secret professionnel, leur confidentialité étant plutôt assurée par l'immunité relative d'intérêt public lorsque la bonne administration de la justice ne requiert pas leur divulgation. Le cas des substituts du Procureur général demeure tout de même assez particulier puisque la décision de la Cour se fonde principalement sur les termes spécifiques de la *Loi sur les substituts du Procureur général* (L.R.Q., c. S-35) et sur l'institution même du Procureur général en matière de poursuites criminelles et pénales, lesquels amènent la Cour à conclure que le Procureur général n'est pas le client du substitut, le substitut étant lui-même partie de l'institution du Procureur général (absence de relation avocat-client). De plus, même si la Cour n'a pas reconnu l'application du secret professionnel, elle a quand même reconnu que ces opinions devaient en principe, dans l'intérêt public, demeurer confidentielles.
12. Un jugement de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a cependant déclaré qu'une opinion juridique donnée par un avocat d'un organisme et interprétant une disposition législative se rapportant à une réclamation dont doit décider le même organisme, n'est pas visée par le privilège avocat-client: *Melanson c. New Brunswick Workers' Compensation Board*, (1994) 114 D.L.R. (4th) 75, 83-84. Permission d'en appeler à la Cour suprême rejetée le 13 octobre 1994 (24193).
13. *Supra*, note 7.
14. *Ville de Montréal c. Cour provinciale*, C.S., n° 500-05-010038-865, 15 juillet 1991, par le juge James T. Kennedy, p. 3.

2. *Les détenteurs du droit*

Le secret professionnel, un droit pour le client, est qualifié, par la Cour suprême, de «droit civil fondamental»¹⁵ et de «droit personnel et extra-patrimonial»¹⁶. C'est donc un droit attaché à la personne qui consulte un conseiller juridique. Ainsi, les organismes, à l'instar du gouvernement lui-même, sont-ils les détenteurs du secret professionnel quand ils ont demandé une opinion juridique puisqu'ils jouissent de la personnalité juridique¹⁷. En conséquence, un organisme peut déterminer s'il renonce ou non au privilège du secret professionnel dans un cas particulier. Il en est certainement de même pour le gouvernement. Cependant, compte tenu de la décentralisation de l'appareil gouvernemental, on peut se demander qui gère réellement le privilège du secret professionnel, c'est-à-dire qui peut prendre la décision d'y renoncer ou non. Celui qui a demandé l'opinion juridique (c'est-à-dire le ministre demandeur) ou celui qui l'a produite (c'est-à-dire le ministre de la Justice)?

Les ministres agissent au nom du gouvernement lorsqu'ils agissent dans l'exercice de leurs fonctions. Ceci pourrait laisser croire que c'est aux ministres eux-mêmes de prendre les décisions relatives au secret professionnel. Par ailleurs, le ministre de la Justice pourrait avoir son mot à dire, soit parce qu'il est l'auteur des opinions juridiques¹⁸, par l'entremise des avocates et des avocats et des notaires qui relèvent de lui¹⁹, soit parce qu'il est le procureur général²⁰ chargé de régler et de diriger la demande ou la défense dans toutes les contestations formées pour ou contre la Couronne ou un ministère du Québec²¹.

15. *Solosky, supra*, note 1, p. 839.

16. *Descôteaux, supra*, note 6, p. 871.

17. Voir par exemple la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* (L.R.Q., c. S-2.1, art. 138) pour la Commission de la santé et de la sécurité du travail (C.S.S.T.), la *Loi sur les services de garde à l'enfance* (L.R.Q., c. S-4.1, art. 47) pour l'Office des services de garde à l'enfance, la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées* (L.R.Q., c. E-20.1, art. 3) pour l'Office des personnes handicapées du Québec, la *Loi sur la Régie de l'assurance-maladie du Québec* (L.R.Q., c. R-5, art. 3), la *Loi sur le Régime de rentes du Québec* (L.R.Q., c. R-9, art. 12) pour la Régie des rentes du Québec, la *Loi sur la Société de l'assurance automobile du Québec* (L.R.Q., c. S-11.011, art. 4), etc.

18. Voir la *Loi sur le ministère de la Justice* (L.R.Q., c. M-19) art. 3, par. a): «3. Le ministre de la Justice: a) est le juriconsulte du lieutenant-gouverneur et le membre juriconsulte du Conseil exécutif du Québec».

19. *Id.*, art. 3 par. d).

20. *Id.*, art. 2: «2. Le ministre de la Justice est d'office procureur général de Sa Majesté du chef du Québec [...]».

21. *Id.*, art. 4 par. b).

Ainsi, on peut se demander si la prépondérance, peut-être d'origine constitutionnelle²², s'attachant aux opinions juridiques émises par le juriconsulte est de nature à lui conférer, dans tous les cas, un pouvoir décisionnel quant à leur divulgation? On peut également penser, au contraire, qu'il faut faire une distinction entre le rôle de juriconsulte et le rôle de procureur général du ministre de la Justice. Dans le premier cas, il agirait comme conseiller juridique au même titre qu'un avocat et le ministère à qui l'opinion est donnée serait le «client» et donc le responsable quant à la divulgation ou non de l'opinion. Dans le second cas, le ministre de la Justice agirait comme partie à part entière lors d'un litige et à ce titre, il deviendrait lui-même «client» et donc, à tout le moins en partie, responsable de la décision de divulguer ou non l'opinion.

On peut également se demander si, outre la distinction juriconsulte/procureur général, il n'y aurait pas lieu de consulter le ministre de la Justice dans tous les cas où la question de renoncer ou non au privilège du secret professionnel se pose dans des contextes où il faut faire preuve de cohérence par rapport à d'autres dossiers et où une action coordonnée s'impose?

II. Accessibilité, quelques cas pratiques

Conformément au second alinéa de l'article 9 de la *Charte*, une disposition expresse de la loi peut permettre une dérogation à la règle du secret professionnel sans qu'il soit nécessaire de recourir à la clause nonobstant (art. 52 de la *Charte*)²³. Pour être qualifiée d'expresse, une telle disposition ne doit pas être trop générale, mais suffisamment spécifique et claire, bien qu'elle puisse n'être qu'implicite. Dans un jugement relativement récent, la Cour d'appel du Québec reconnaissait que l'article 192 du *Code des professions*²⁴ autorise implicitement le comité de discipline à prendre connaissance de documents privilégiés²⁵. Cet article énonce:

192. Un syndic, un syndic adjoint, un syndic correspondant, un comité d'inspection professionnelle ou un membre, un enquêteur ou un expert de ce comité, un comité de discipline, un tribunal ou un juge de ce tribu-

22. J. LI. J. EDWARDS, «The Attorney General and the Charter of Rights», dans *Charter Litigation*, 1987, Butterworths Toronto, p. 52 et *The Attorney General Politics and the Public Interest*, 1984, London, Sweet & Maxwell, p. 177 à 197.

23. Nicole VALLIÈRES, «Le secret professionnel inscrit dans la Charte des droits et libertés de la personne du Québec», (1985) 26 *C. de D.* 1019.

24. L.R.Q., c. C-26.

25. *Claude F. Archambault c. Le Comité de discipline du Barreau*, [1992] R.J.Q. 606 (C.A.).

nal siégeant en appel d'une décision d'un comité de discipline ou d'un Bureau ou tout comité d'enquête formé par un Bureau peut prendre connaissance d'un dossier tenu par un professionnel, requérir la remise de tout document relatif à une enquête qu'ils tiennent et prendre copie d'un tel dossier ou document. Dans le cadre de l'application du présent article, le professionnel doit sur demande, permettre l'examen d'un tel dossier ou document.

Par ailleurs, dans cette même affaire, la Cour a conclu que l'article 105 de la *Loi sur le Barreau*²⁶ ne constituait pas une exception à la règle du secret professionnel. Cette dernière disposition se lit comme suit:

105. 1. Le témoin ou l'intimé qui témoigne devant le Comité de discipline est tenu de répondre à toutes les questions. Son témoignage est privilégié et ne peut être retenu contre lui devant aucun tribunal, sauf en cas de parjure.

2. Lorsqu'il y a ordonnance de huis clos au cours d'une séance, toute personne au courant de ce témoignage est elle-même tenue au secret, sauf le droit des membres du tribunal d'appel et du bâtonnier du Québec d'en être informés dans l'exécution de leurs fonctions.

Il s'ensuit qu'une disposition générale édictant la capacité de contraindre à témoigner ne saurait en principe être interprétée comme suffisamment explicite pour mettre de côté l'application du privilège du secret professionnel à moins que le contexte et l'objet de la loi emportent par déduction nécessaire une telle dérogation²⁷.

1. Le Protecteur du citoyen

La *Loi sur le Protecteur du citoyen*²⁸ contient une disposition l'investissant, lui et certaines personnes, des pouvoirs et immunités des commissaires nommés en vertu de la *Loi sur les commissions d'enquête*²⁹. Cette disposition est-elle suffisamment claire et explicite pour mettre de côté le secret professionnel?

Cet article se lit ainsi:

25. Pour la conduite d'une enquête, le Protecteur du citoyen, son adjoint et ses fonctionnaires et employés qu'il désigne par écrit à cette

26. *Supra*, note 3.

27. *Re Director of Investigation and Research and Shell Canada Ltd.*, (1975) 55 D.L.R. 713 (Cour fédérale, division d'appel).

28. L.R.Q., c. P-32.

29. L.R.Q., c. C-37.

fin, sont investis des pouvoirs et de l'immunité des commissaires nommés en vertu de la *Loi sur les commissions d'enquête* (chapitre C-37), sauf du pouvoir d'imposer l'emprisonnement.

Les dispositions des articles 307, 308 et 309 du *Code de procédure civile* (chapitre C-25) s'appliquent compte tenu des adaptations nécessaires.

L'article 7 de la *Loi sur les commissions d'enquête*³⁰ confère aux commissaires, en ce qui regarde les procédures d'examen des témoins, les mêmes pouvoirs que ceux détenus par un juge de la Cour supérieure. L'article 9 dispose du pouvoir d'assignation et de production de documents dans les termes suivants:

9. Les commissaires, ou l'un d'eux, peuvent, par une assignation sous leur signature, requérir la comparution devant eux, aux lieu et place y spécifiés, de toute personne dont le témoignage peut se rapporter au sujet de l'enquête, et contraindre toute personne à déposer devant eux les livres, papiers, documents et écrits qu'ils jugent nécessaires pour découvrir la vérité.

Ces personnes doivent comparaître et répondre à toutes les questions qui leur sont posées par les commissaires sur les matières qui font le sujet de l'enquête, et produire devant les commissaires les livres, papiers, chèques, billets, documents et écrits qui leur sont demandés et qu'ils ont en leur possession ou sous leur contrôle, suivant la teneur des assignations.

Les commissaires ou l'un d'eux peuvent exiger et recevoir le serment ou affirmation ordinaire de toute personne qui rend ainsi témoignage.

Le libellé général de cette disposition ne saurait, compte tenu de la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Archambault*³¹ précitée, constituer une dérogation à la règle du secret professionnel. Pour ce faire, la disposition devrait être plus explicite.

De plus, la dérogation à la règle du secret professionnel peut difficilement découler du contexte et de l'objet de la *Loi sur le Protecteur du citoyen*³² puisque l'article 25 précité appelle au respect de cette règle. Il y est en effet souligné, et ce depuis 1968, que les articles 307, 308 et 309 du *Code de procédure civile*³³ s'appliquent compte tenu des

30. *Ibid.*

31. *Supra*, note 25.

32. *Supra*, note 28.

33. L.R.Q., c. C-25.

adaptations nécessaires. Or, c'est l'article 308 qui assurait, avant l'avènement de la *Charte*, le respect du secret professionnel de l'avocat et ce, dans les termes suivants:

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; [...].³⁴

Il s'ensuit donc que dans l'état actuel du droit, le gouvernement de même que les organismes publics assujettis à la compétence du Protecteur du citoyen pourraient en principe invoquer leur droit au secret professionnel et refuser de communiquer au Protecteur du citoyen les opinions juridiques préparées par les juristes pour leur compte de même que les renseignements confidentiels qui y sont relatifs, dans la mesure où ces documents et renseignements répondent justement aux critères requis pour la confidentialité.

2. *Le Vérificateur général*

Tout comme le Protecteur du citoyen, le Vérificateur général est nommé sur motion présentée par le Premier ministre et adoptée par au moins les deux tiers des membres de l'Assemblée nationale³⁵. Conformément à l'article 8 de sa loi constitutive, il relève de l'Assemblée nationale et n'exerce que les pouvoirs que la loi lui confie. Les articles 25 et 26 de cette loi font état de ses fonctions comme suit:

25. La vérification des livres et comptes du fonds consolidé du revenu, d'un organisme public et d'un organisme du gouvernement comporte, dans la mesure jugée appropriée par le vérificateur, la vérification financière, la vérification de la conformité de leurs opérations aux lois, règlements, politiques et directives et celle d'optimisation des ressources.

Cette vérification ne doit pas mettre en cause le bien-fondé des politiques et objectifs de programme de l'organisme public ou de l'organisme du gouvernement.

34. L.Q. (1965), c. 80.

35. *Loi sur le Vérificateur général*, L.R.Q., c. V-5.01, art. 7.

26. Cette vérification porte notamment, dans la mesure jugée appropriée par le vérificateur, sur les aspects qui suivent et permet de constater, le cas échéant, les déficiences importantes à leur égard:

- 1) le contrôle des revenus, y compris leur cotisation et leur perception;
- 2) le contrôle des dépenses, leur autorisation et leur conformité aux affectations de fonds du Parlement;
- 3) le contrôle des éléments d'actif et de passif et les autorisations afférentes;
- 4) la comptabilisation des opérations et leurs comptes rendus;
- 5) le contrôle et la protection des biens administrés ou détenus;
- 6) l'acquisition et l'utilisation des ressources sans égard suffisant à l'économie ou à l'efficacité;
- 7) la mise en oeuvre de procédés satisfaisants destinés à évaluer l'efficacité et à en rendre compte dans les cas où il est raisonnable de le faire.

Le rôle du Vérificateur général consiste donc en un contrôle de l'économie, de l'efficacité et de l'efficacité des fonds et autres biens publics des organismes publics, des organismes du gouvernement et des entreprises du gouvernement³⁶. Le second alinéa de l'article 25 signale clairement qu'il n'a pas le pouvoir de contrôler l'opportunité des dépenses gouvernementales ou la politique du gouvernement dans un domaine quelconque.

Outre un rapport sur les états financiers du gouvernement pour les fins des comptes publics, il adresse à l'Assemblée nationale un rapport annuel dans lequel il fait état de ses activités et exprime des commentaires découlant de ses travaux³⁷. Aux fins des vérifications et enquêtes nécessaires à l'exercice de ses fonctions, il bénéficie d'un droit d'accès aux renseignements que les articles 48 et 49 formulent ainsi:

48. Les organismes, entreprises, associations ou personnes visés à l'article 47 et leurs administrateurs, dirigeants et employés doivent, sur demande, permettre au vérificateur général de prendre communication et de tirer copie des registres, rapports, documents ou données,

^{36.} *Id.*, art. 1, 2 et 21.

^{37.} *Id.*, art. 41 et 42.

quelle qu'en soit la forme, relatifs aux travaux du vérificateur général en vertu de la loi, et lui fournir tout renseignement et explication s'y rapportant.

Le présent article s'applique malgré la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et la protection des renseignements personnels* (chapitre A-2.1).

Le présent article prévaut sur une disposition d'une loi générale ou spéciale postérieure qui lui serait contraire à moins que cette dernière loi n'énonce expressément s'appliquer malgré le présent article.

49. Le vérificateur général, ou le représentant qu'il désigne par écrit, peut, dans l'exercice de ses fonctions, interroger toute personne sous serment et l'obliger à produire tout document: il est investi, à cette fin, des pouvoirs et de l'immunité d'un commissaire nommé en vertu de la *Loi sur les commissions d'enquête* (chapitre C-37).

Le caractère prépondérant du droit d'accès énoncé au dernier alinéa de l'article 48 précité ne peut faire échec à l'article 9 de la *Charte* puisque cette dernière est antérieure à 1985, année d'adoption de la loi relative au Vérificateur général.

À la différence de la disposition analogue de la *Loi sur le Protecteur du citoyen*³⁸, l'article 49 précité, qui fait référence aux pouvoirs des commissaires-enquêteurs, ne comporte pas de renvoi à l'article 308 du *Code de procédure civile*³⁹. Toutefois, cette absence n'apparaît pas avoir de conséquence significative quant au respect du secret professionnel. La démonstration faite ci-dessus relativement à la revendication de cette immunité à l'égard du Protecteur du citoyen trouve probablement application à l'égard du Vérificateur général compte tenu des adaptations nécessaires. Le gouvernement et ses organismes pourraient donc lui opposer le droit au respect du secret professionnel et les avocates et les avocats et les notaires invoquer l'immunité correspondante.

3. La Commission d'accès à l'information

La *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*⁴⁰ (ci-après la *Loi sur l'accès*) permet aux organismes publics de refuser de communiquer une opinion juridique. C'est l'article 31 de cette loi qui énonce:

38. *Supra*, note 28.

39. *Supra*, note 33.

40. L.R.Q., c. A-2.1.

31. Un organisme public peut refuser de communiquer une opinion juridique portant sur l'application du droit à un cas particulier ou sur la constitutionnalité ou la validité d'un texte législatif ou réglementaire, d'une version préliminaire ou d'un projet de texte législatif ou réglementaire.

On aura remarqué que la *Loi sur l'accès* ne parle que des opinions juridiques qui portent sur un cas particulier ou sur la constitutionnalité ou la validité d'une loi ou d'un règlement. Le secret professionnel, pour sa part, est plus large. En effet, bien qu'il vise aussi les opinions juridiques portant sur un cas particulier, le secret professionnel s'applique, entre autres, à toutes les communications (qu'elles soient verbales ou écrites) entre un conseiller juridique et son client et qui visent l'obtention d'un avis juridique portant ou non sur un cas particulier. Il s'applique également à tous les documents remis à l'avocat dans ce cadre⁴¹.

La Commission d'accès à l'information reconnaît cependant le caractère prépondérant et quasi constitutionnel de l'article 9 de la *Charte*. Ainsi, dans l'affaire *Doyon-Pouliot c. Québec (ministère de l'Environnement)*⁴², l'arrêtiériste résume ainsi les propos du président de la Commission, M. Paul-André Comeau:

La Charte des droits et libertés de la personne a un caractère prépondérant et, en cas de conflit, elle prime sur la *Loi sur l'accès*. L'article 9 de la Charte consacre le droit au secret professionnel. Ce secret englobe les communications professionnelles dans le cadre d'une relation professionnelle entre un avocat et son client en vue de la défense des intérêts de ce dernier.

Dans l'affaire *Bayle c. Québec (ministre de l'Éducation)*⁴³, la commissaire Carole Wallace, après avoir cité la Cour suprême du Canada dans l'affaire précitée *Descôteaux c. Mierzwinski*⁴⁴, déclare:

41. *Rondeau c. Fafard*, [1976] C.S. 1148. Voir également la décision de la Commission d'accès à l'information dans *Parent c. Montréal (ville de)*, 94AC-13. Voir enfin Alain CARDINAL, «Quelques aspects modernes du secret professionnel de l'avocat», (1984) *R. du B.* 237, 264 à 270.

42. 94AC-3. Voir également les arrêts suivants: *Syndicat des employés de la Société du Palais des congrès de Montréal c. Société du Palais des congrès de Montréal*, [1987] C.A.I. 149, 153; *Boucher c. Office du crédit agricole du Québec*, (1984-86) 1 C.A.I. 372, 380; *Blikensdorfer-Baudin c. Office du crédit agricole du Québec*, [1986] C.A.I. 49, 58; *Ferahian c. Ville de Westmount*, [1986] C.A.I. 493, 498; *Carrier c. Office du crédit agricole du Québec*, [1987] C.A.I. 219, 230; *Église de scientologie de l'Annex (Montréal) c. Ministère de l'Éducation du Québec*, [1987] C.A.I. 404, 406.

43. [1990] C.A.I. 134, 135-136.

44. *Supra*, note 6.

Il s'agit, comme la Cour suprême nous le rappelle dans la même décision, d'un droit fondamental d'ordre public, enraciné dans la common law et faisant également partie du droit public québécois. [...].

Il s'agit donc d'un droit fondamental auquel on ne peut déroger à moins d'une disposition expresse.

Or, l'article 31 de la *Loi sur l'accès* ne déroge pas expressément de l'article 9 de la *Charte* et ne peut être interprété de manière à réduire le droit d'un organisme public de refuser l'accès à un document faisant état des communications privilégiées entre lui-même et son avocat.

En conséquence, même quand l'article 31 n'est pas invoqué, ou n'est pas applicable, la Commission d'accès à l'information refuse l'accès à des documents ou à des renseignements qui sont protégés par le secret professionnel en vertu de l'article 9 de la *Charte*⁴⁵.

Même quand l'article 31 est applicable, la Commission d'accès à l'information, dans plusieurs de ses décisions, tient également compte de l'article 9 de la *Charte*⁴⁶.

Par ailleurs, la Commission d'accès à l'information pourra, dans tous les cas, examiner les documents dont on refuse l'accès au motif qu'ils sont protégés par le secret professionnel pour s'assurer qu'il s'agit véritablement d'opinions juridiques.

4. Les Archives nationales

La *Loi sur les archives*⁴⁷ prévoit que chaque organisme public établit un calendrier de conservation de ses documents actifs et semi-actifs; ce calendrier indique également quels documents inactifs sont conservés de façon permanente et lesquels sont détruits (art. 7). Ces documents inactifs, dont le calendrier de conservation prévoit la conservation, sont versés annuellement au conservateur des Archives nationales du Québec (art. 15). Par ailleurs, le versement d'un document, contrairement à son dépôt, en transfère la propriété (art. 3).

45. Voir *Gaboriault c. Société québécoise de développement de la main-d'oeuvre*, A.I.E. 95-AC-58; *Boussetta c. Québec (ministère de l'Enseignement supérieur et de la Science)*, [1993] C.A.I. 205.

46. Voir entre autres les arrêts suivants: *Patch c. Municipality of the Township of Potton*, [1993] C.A.I. 293; *Longtin c. Ville de St-Jérôme*, [1993] C.A.I. 238; *Bayle c. Ministère de l'Éducation*, *supra*, note 43.

47. L.R.Q., c. A-21.1.

On peut donc se demander, quand un ministère ou un organisme verse des opinions juridiques aux Archives nationales du Québec, s'il y a renonciation implicite au secret professionnel.

La *Loi sur les archives* ne stipule pas que les archives sont accessibles et publiques. On pourrait donc penser que le fait de les verser auprès du conservateur ne sous-entend pas qu'il y a eu renonciation au secret professionnel. Cependant, sans déterminer quelles archives sont accessibles, certains articles de la loi indiquent que certaines archives sont effectivement accessibles, comme, par exemple, l'article 33 qui énonce que le conservateur peut délivrer des copies des archives accessibles. De plus, la *Loi sur l'accès* s'applique aux archives publiques⁴⁸, or cette loi énonce, à son article 9, le droit d'accès aux documents des organismes publics. Enfin, la *Politique de gestion des documents inactifs des organismes publics*, adoptée le 12 mars 1991 par la ministre de la Culture de l'époque, madame Liza Frulla-Hébert, indique clairement que les documents versés aux Archives nationales du Québec sont généralement accessibles.

Outre la section II du chapitre II de la *Loi sur les archives*, cette politique de gestion s'appuie aussi sur le principe de l'accessibilité des documents des organismes publics énoncé à l'article 9 de la *Loi sur l'accès* (art. 1.3 de la *Politique de gestion des documents inactifs des organismes publics*). L'un des principes archivistiques et administratifs de cette politique est donc le droit d'accessibilité qui s'énonce ainsi au paragraphe 3 de l'article 2.3:

2.3. La gestion des documents inactifs repose sur certains principes et concepts archivistiques ou administratifs généralement reconnus:

[...]

3. Droit d'accessibilité: sauf certaines exceptions (sauvegarde des intérêts de l'État et des tiers), toute personne a droit à la libre consultation des documents publics. Le Québec a légiféré dans ce sens avec sa *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* et sa *Loi sur les archives*.

Cette Politique a donc, entre autres objectifs, «d'assurer une accessibilité réelle et étendue aux archives publiques» (article 6.4):

C'est l'objectif ultime de tout système de gestion des archives. En effet, à quoi bon conserver des archives si personnes ne peut les consulter?

48. Voir la *Loi sur l'accès*, art. 2, par. 4. Voir également la *Loi sur les archives*, art. 19 et 20.

De fait, tout organisme public doit se faire un devoir de favoriser à tout citoyen l'accès à «ses» archives publiques.

Par ailleurs, si certaines archives sont accessibles, c'est que d'autres ne le sont pas, lesquelles? L'article 19 de la *Loi sur les archives* stipule que les restrictions au droit d'accès prévues à la *Loi sur l'accès* cessent de s'appliquer au plus tard 150 ans après leur date. On sait qu'il y a deux types de restrictions, celles qui sont facultatives et celles qui sont d'ordre public. Le délai de 150 ans s'applique certainement aux archives visées par une restriction d'accès d'ordre public. La restriction prévue à l'article 31 de la *Loi sur l'accès*, pour sa part, est facultative et nous avons vu plus haut qu'elle ne vise pas toutes les opinions juridiques, ce qui veut dire que rien n'empêche les Archives nationales de les rendre accessibles dès leur dépôt. Cela est d'autant plus vrai que, compte tenu des buts visés par les Archives nationales, le versement d'opinions juridiques pourrait être interprété comme une renonciation implicite au secret professionnel.

CONCLUSION

L'opinion juridique, en règle générale, correspond aux critères développés par la doctrine et la jurisprudence et est protégée par le privilège du secret professionnel, lequel est enchâssé à l'article 9 de la *Charte*. Obligation pour le conseiller juridique, droit pour le client, le privilège du secret professionnel bénéficie au gouvernement et à ses organismes qui peuvent l'invoquer au même titre que toute personne ayant recours aux services d'un conseiller juridique et cela même si celui-ci est salarié ou qu'il appartient à la fonction publique. À l'intérieur du gouvernement, il est cependant plus difficile de déterminer qui peut revendiquer le droit et, éventuellement, prendre la décision d'y renoncer.

Par ailleurs, le privilège du secret professionnel peut être opposé tant au Protecteur du citoyen, au Vérificateur général qu'à la Commission d'accès à l'information. Cependant, quand une opinion juridique est versée aux Archives nationales, il se peut que cela soit interprété comme une renonciation implicite à ce privilège.

L'application de la notion de secret professionnel à l'État soulève un grand nombre de questions auxquelles la jurisprudence n'a pas donné toutes les réponses et qui n'ont pas été beaucoup explorées par la doctrine. On ne peut transposer sans nuance les solutions énoncées pour les particuliers mais, d'un autre côté, on peut s'en inspirer.