

Le secret professionnel empêche-t-il l'État d'obtenir des renseignements?

Benoît Lauzon¹

INTRODUCTION

Le secret professionnel est à la mode. Il reçoit, ces dernières années, une grande attention judiciaire. Au cours des dernières années, la Cour suprême du Canada a dû, entre autres, définir les circonstances justifiant la levée du secret lorsque la sécurité publique est en jeu², développer la procédure pour déterminer quand celui-ci doit céder le pas à la défense pleine et entière d'un accusé³ et statuer sur l'existence d'une relation avocat-client entre des agents de la Gendarmerie royale du Canada et des avocats du ministère fédéral de la Justice⁴. Les limites de ce privilège ancien se précisent mais les enseignements du plus haut tribunal du pays ont un point de convergence: le respect du secret professionnel de l'avocat – nous verrons plus loin ce qu'il advient des autres professionnels – est un principe essentiel à l'administration de la justice.

Un autre sujet est en vogue dans l'actualité politique et judiciaire: la criminalité organisée. Force est de constater que l'État coordonne, à l'heure actuelle, plus efficacement sa lutte contre ces organisations sophistiquées aux activités illégales variées et lucratives.

1. Avocat. Substitut du procureur général, Bureau des affaires criminelles, Direction générale des poursuites publiques, ministère de la Justice du Québec. Les opinions émises dans le présent document n'engagent que leur auteur et ne représentent pas nécessairement celles du ministère de la Justice du Québec.
2. *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455.
3. *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445; *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185.
4. *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565.

Ainsi, alors que de plus en plus ces groupes tentent de cacher la provenance de leurs profits astronomiques en ayant recours, souvent à l'insu de ceux-ci, à une panoplie d'experts et de professionnels, les gouvernements adoptent, pour leur part, différentes initiatives pour contrer le recyclage et le blanchiment d'argent et les forces policières démontrent davantage de combativité et d'ingéniosité pour débusquer cette forme de criminalité occulte.

Dans ce contexte, émergent certaines interrogations qui nous semble pertinentes et légitimes. Le secret professionnel – de l'avocat certes, mais aussi d'autres professionnels – empêche-t-il l'État d'obtenir des renseignements? Les enquêtes policières subissent-elles des contraintes indues en raison du respect qui lui est accordé? Devrait-on au contraire s'inquiéter des pratiques investigatrices qui mènent de plus en plus souvent ceux chargés d'appliquer la loi dans le cabinet de l'avocat, du notaire et d'autres professionnels? Des efforts suffisants sont-ils faits pour bien circonscrire la sphère du secret professionnel et s'assurer de sa protection adéquate?

Dans les prochaines pages, nous tenterons de trouver réponse à ces questions par l'analyse de deux récentes affaires à l'occasion desquelles la Cour suprême du Canada a précisé d'une part le contenu du secret professionnel en statuant sur le caractère privilégié des documents constatant le paiement d'honoraires (Partie I) et, d'autre part, le droit relatif aux perquisitions conduites dans un cabinet d'avocat ou de notaire (Partie II). L'examen de ces sujets permettra d'exposer les relations quelquefois tendues entre les exigences en vue de l'application régulière de la loi et celles entourant son application équitable.

Nous jaugerons ensuite l'impact de ces arrêts sur les pratiques et les textes législatifs québécois. Nous verrons notamment si les principes relatifs au respect du secret professionnel développés dans le cadre de l'application du droit criminel peuvent trouver application dans l'interprétation d'un document comme la *Charte des droits et libertés de la personne*⁵. Nous nous efforcerons alors d'identifier quelles adaptations sont devenues nécessaires, le cas échéant, en droit québécois (Partie III).

5. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12. Ci-après la *Charte québécoise*.

PARTIE I- LE CONTENU DU SECRET PROFESSIONNEL ET LES HONORAIRES PROFESSIONNELS

Le contenu du secret professionnel n'est pas infini. Tout ce qui est dit ou fait par un avocat n'est évidemment pas privilégié. Nous tenterons donc en premier lieu d'établir ce qui fait ou non l'objet de la protection du secret. Celle-ci dépendra de la raison d'être de cette règle développée par la common law et raffinée au fil des ans (Section I).

Fort de cette revue des principes jurisprudentiels, nous verrons que la question particulière des honoraires professionnels reçoit un traitement équivoque chez les juristes. En effet, pour les uns, les documents constatant le paiement de services professionnels font partie intégrante de la relation avec un client et doivent être protégés; pour les autres, ce raisonnement ne sera pas systématique mais l'approche retenue pourra conduire à la même conclusion lorsque certaines conditions seront réunies (Section II).

Nul doute que ses positions laissent entrevoir des tensions susceptibles de se refléter lors de toute analyse future touchant la sphère du secret professionnel. C'est pourquoi la méthode analytique adoptée par la Cour suprême, au-delà de son application aux honoraires, présente un intérêt tant pour ceux chargés de l'application de la loi que pour les avocats eux-mêmes.

Section I- La nature du secret professionnel de l'avocat

Il apparaît utile d'effectuer un survol des principes régissant le secret professionnel. En effet, quoique ancienne⁶, la théorie du secret professionnel de l'avocat s'est considérablement développée. Initialement fondée sur le serment et l'honneur de l'avocat, elle est devenue une règle de preuve, puis un droit civil fondamental et elle est maintenant élevée au rang de principe de justice fondamentale. Cette évolution, à notre avis, n'est pas sans influencer sur les limites de son contenu.

6. Son origine remonterait au règne d'Élisabeth I. Le juge Dickson (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Solosky c. R.*, [1980] 1 R.C.S. 821, réfère aux causes de *Berd c. Lovelace*, (1577) 21 E.R. 33 et *Dennis c. Codrington*, (1580) 21 E.R. 53 comme étant les premières où l'on traite du respect des communications avocat-client.

Sous-section 1- La raison d'être du secret professionnel de l'avocat

La nécessité de protéger la confidentialité des échanges intervenus entre un avocat et son client est apparue très tôt dans le développement de la common law. L'énoncé classique de la raison d'être du secret professionnel, cristallisée dans la jurisprudence depuis des décennies et maintes fois réaffirmée, remonte à l'affaire *Greenough c. Gaskell* à l'occasion de laquelle le lord chancelier Brougham écrivait:

But it is out of regard to the interest of justice, which cannot be upheld, and to the administration of justice, which cannot go on, without the aid of men skilled in jurisprudence, in the practice of the Courts, and in those matters affecting rights and obligations which form the subject of all judicial proceedings. If the privilege did not exist at all, every one would be thrown upon his own legal resources; deprived of all professional assistance, a man would not venture to consult any skilful person, or would only dare to tell his counsellor half his case.⁷

Ainsi, une personne doit-elle avoir la faculté de se confier librement à son avocat sous peine de ne pouvoir faire valoir ses droits. Si une relation de confiance doit s'établir, le secret est à sa base. Il s'agit dès lors d'une règle avec un fondement utilitaire ou fonctionnel: mieux vaut protéger le secret car les avantages qu'il procure pour la société surpassent l'objectif de recherche de la vérité. Cette vision du secret est par ailleurs prospective en ce qu'elle favorise la création de relations futures.

Dans la foulée de l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* [ci-après la Charte] une justification plus abstraite s'est développée autour de la notion de la protection de la vie privée. Dans cette perspective, la protection de valeurs individuelles fondamentales – dont un aspect est le fait de pouvoir se confier en toute quiétude à son avocat – constitue, en soi et indépendamment de l'administration de la justice, une considération qui l'emporte sur la recherche complète de la vérité⁸. Cette façon d'aborder la question est ainsi davan-

7. *Greenough c. Gaskell*, (1833) 39 E.R. 618, 620. La Cour suprême du Canada a adopté cet énoncé dans l'arrêt *Solosky c. R.*, précité, note 6, 834 (j. Dickson) et *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353, 383 (j. Wilson). Voir au même effet *R. c. McClure*, précité, note 3, par. 2 (j. Major); *R. c. Campbell*, précité, note 4, par. 49 (j. Binnie); *Smith c. Jones*, précité, note 2, par. 45-46 (j. Cory); *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235, 1244 (j. Sopinka); *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, 289 (j. en chef Lamer).

8. Voir *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536, par. 35 (j. L'Heureux-Dubé), où cette approche est discutée dans le cadre de la production de dossiers médicaux en la

tage centrée sur les droits particuliers d'une personne et non sur la protection plus générale de l'appareil de la justice.

Sous-section 2- La règle de preuve, la règle de fond, le principe de justice fondamentale

Nous l'avons évoqué, le respect manifesté à l'égard du secret professionnel s'est d'abord traduit au Canada par une règle de preuve voulant qu'on ne peut forcer la divulgation judiciaire des échanges intervenus entre un client et son avocat⁹. Les facteurs suivants, développés par Wigmore et entérinés par la Cour suprême¹⁰, doivent être réunis pour conclure à l'existence d'une relation professionnelle:

(1) Where legal advice of any kind is sought (2) from a professional legal adviser in his capacity as such, (3) the communications relating to that purpose, (4) made in confidence (5) by the client, (6) are at his instance permanently protected (7) from disclosure by himself or by the legal adviser, (8) except the protection be waived.¹¹

Nous reviendrons sur certaines de ces conditions plus loin; pour l'instant soulignons qu'elles ont servi de tremplin pour étendre la portée du secret professionnel à l'extérieur du strict cadre judiciaire. Dès la cause *Soloski* en 1980, la Cour suprême élargissait l'application de la doctrine en décidant des règles qui devaient entourer le traitement du courrier entre un avocat et un détenu par les autorités carcérales. Ainsi, même en l'absence d'un litige porté devant les tribunaux, le secret professionnel, qualifié alors de droit civil fondamental, doit être respecté autant que possible¹². La voie était tracée: deux ans plus tard, à l'occasion d'une affaire où la légalité d'une perquisition dans un bureau d'aide juridique était soulevée, la règle de fond était définitivement cristallisée:

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;

possession de tiers. La Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *R. c. Robillard*, REJB 2000-21247, a repris à son compte cette justification du privilège lors d'un débat entourant la recevabilité en preuve de communications interceptées électroniquement entre un accusé et son avocat.

9. La première cause canadienne où ce principe fut reconnu semble être *R. c. Colvin*, (1970) 1 C.C.C. (2d) 8 (H.C. Ont.).
10. L'énoncé de ces facteurs a été approuvé dans *Solosky c. R.*, précité, note 6, p. 835 (j. Dickson) et *Descôteaux c. Mierzwinsky*, [1982] 1 R.C.S. 860, 872-3 (j. Lamer).
11. 8 Wigmore, *Evidence*, § 2292 (McNaughton rev. 1961), Little Brown and Co., Boston.
12. *Solosky c. R.*, précité, note 6, p. 839 (j. Dickson).

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 au deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement.¹³

Enfin, le dernier volet dans l'évolution de la doctrine du secret professionnel de l'avocat découle de l'adoption de la Charte. En effet, les préceptes à la base du privilège sont renforcés par le droit à une défense pleine et entière (art. 7), le droit au recours à un avocat (art. 10b)), le droit de ne pas s'incriminer (art. 11c)) et par le droit d'être présumé innocent (art. 11 d)). Sans privilège de l'avocat, ces droits perdraient leur substance. Ainsi, à tout le moins en matière criminelle, le secret professionnel de l'avocat a été élevé au rang de principe de justice fondamentale au sens de l'article 7 de la Charte¹⁴.

Sous-section 3- Les limites du secret professionnel

Malgré cette très haute considération accordée au privilège de l'avocat, ce dernier n'est pas absolu. Diverses limites et exceptions ont en effet été reconnues par les tribunaux.

Au premier chef, les critères précités du professeur Wigmore doivent être réunis pour conclure à l'application du secret. Avant d'exposer les exceptions au secret professionnel, encore faut-il réunir les conditions nécessaires à sa création.

Ainsi, l'avis sollicité à l'avocat doit être de nature juridique; les conseils qui portent sur des sujets n'ayant aucun rapport avec la relation avocat-client ne seront pas protégés. Par exemple, les avis don-

13. *Descôteaux c. Mierzwinsky*, précité, note 10, p. 875 (j. Lamer).

14. *R. c. McClure*, précité, note 3; *Lavallée, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, [2002] 3 R.C.S. 209.

nés sur des questions d'affaires¹⁵, sur des stratégies politiques ou sur des tactiques administratives ne bénéficieront pas de la protection.

Les échanges entre l'avocat et son client doivent également être voulus confidentiels. Par conséquent, des discussions intervenues au vu et au su de tous ne sauraient être protégées si elles ont été interceptées par des tiers¹⁶. Précisons toutefois que les communications effectuées en présence de ceux qui collaborent étroitement avec l'avocat – son stagiaire, technicien juridique ou adjoint administratif – demeureront couvertes par le privilège¹⁷. Il en sera de même de celles qu'un avocat sollicitera auprès d'experts pour la défense de son client¹⁸.

Par ailleurs, le courant jurisprudentiel classique opère une distinction entre, d'une part, les communications, renseignements, conversations ou confidences et, d'autre part, les faits, gestes et actions¹⁹. Alors que la première catégorie est couverte par le secret, la seconde ne fait pas l'objet du privilège. Ainsi, la connaissance d'un fait acquise indépendamment d'une communication avocat-client ne bénéficie d'aucune protection contre sa divulgation: la personne qui doit témoigner à propos d'un accident d'automobile ne peut invoquer le secret pour ne pas répondre quant à la couleur du feu de circulation mais il n'aura pas à divulguer ce qu'il aura confié à ce sujet à son avocat²⁰. De même, n'est pas une action pour laquelle le privilège peut être revendiqué, le fait pour un client de laisser à son avocat des som-

15. *R. c. Campbell*, précité, note 4, par. 50 (j. Binnie).

16. Voir la discussion à ce sujet des auteurs Ronald D. MANES et Michael P. SILVER, *Solicitor-Client Privilege in Canadian Law*, Toronto, Butterworths, 1993, chap. 2, section 6.01.

17. *Descôteaux c. Mierzwinsky*, précité, note 10, p. 873 (j. Lamer).

18. *Smith c. Jones*, précité, note 2, par. 9-18 (j. Cory).

19. *Re United States of America c. Mammoth Oil Co.*, [1925] 2 D.L.R. 66, 76-77 (Ont. Sup. Ct.); *Susan Hosiery Ltd. c. Minister of National Revenue*, (1969) 69 D.T.C. 5278, 5282 (Ex. Ct.); *Singcorp Investments Ltd. c. Cairns Homes Ltd.*, [1988] S.J. No. 42, p. 5 (Sask. Q.B.); *Organic Research Inc. c. M.N.R.*, [1990] A.J. No. 1026, p. 8 (Alb. Q.B.); *Eastwood & Company c. Minister of National Revenue*, (1993) 94 D.T.C. 6411, 6412 (B.C.S.C.); *Stevens c. Canada*, [1998] 4 C.F. 89, par. 25-27 (C.A.F.); *Law Society of Prince Edward Island c. Prince Edward Island (Attorney General)*, [1994] P.E.I.J. No. 85, p. 4-5 (P.E.I. S.C.); *Re Russell & DuMoulin*, [1986] B.C.J. No. 1717, p. 3 (B.C.S.C.); *Trempe c. Dow Chemicals of Canada*, [1980] C.A. 571, 581-582; *Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc. c. Société d'énergie Foster Wheeler ltée*, [2001] R.J.Q. 2461, par. 36 (C.A.Q.). Voir également Ronald D. MANES et Michael P. SILVER, *op. cit.*, note 16, p. 30-34 et 127-134; John SOPINKA, Sidney N. LEDERMAN et Alan W. BRYANT, *The Law of Evidence in Canada*, Toronto, Butterworths, 1999, § 14.52.

20. *Leblanc c. Maranda*, [2001] R.J.Q. 2490, par. 58 (C.A.).

mes en fidéicommiss²¹. Quoique fine, la distinction se veut fondamentale car la divulgation d'un fait dont la révélation ne dépend pas d'une communication privilégiée ne remet pas en cause le libre et franc échange d'informations entre le client et son conseiller juridique²².

Une fois réunies les conditions d'existence du secret, rares sont les exceptions. Néanmoins, en certaines circonstances bien définies, le privilège de l'avocat peut être levé afin de donner préséance à d'autres valeurs sociales.

Il en sera ainsi afin de permettre à un accusé de présenter une défense pleine et entière. Si des questions fondamentales touchant la culpabilité ou l'innocence de la personne accusée sont soulevées, c'est-à-dire s'il existe un risque qu'une personne soit condamnée à tort, le secret professionnel peut céder le pas. Mais compte tenu de la valeur fondamentale des deux principes en cause, la procédure menant à la divulgation des communications sera appliquée de façon rigoureuse²³.

Une autre exception a trait à la protection de la sécurité publique, individuelle ou collective. Que l'on traite de la sûreté des membres d'une institution carcérale²⁴ ou d'un groupe de personnes clairement exposées à un risque imminent de blessures ou de mort, le privilège devra être mis de côté mais, ici encore, dans la seule mesure nécessaire à la préservation de la sécurité publique²⁵. De plus, bien qu'elle ne se soit pas à ce jour prononcée sur la question, la Cour suprême a également laissé la porte ouverte à la reconnaissance d'une exception fondée sur la protection de la sécurité nationale²⁶.

Finalement, le secret professionnel ne peut être revendiqué pour empêcher la divulgation de communications qui sont en elles-mêmes criminelles ou qui sont faites dans le but d'obtenir des conseils juridiques pour faciliter la perpétration d'un crime²⁷. Le principe vou-

21. *Re Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp.*, (1983)146 D.L.R. (3d) 73, 83 (Ont. H. Ct.);

22. *Leblanc c. Maranda*, précité, note 20, par. 68 (C.A.Q.). Certains auteurs formulent une mise en garde quant à l'application trop rigide de la distinction fait/communication qui pourrait conduire à un affaiblissement du secret professionnel. Voir Ronald D. MANES et Michael P. SILVER, *op. cit.*, note 16; John SOPINKA, Sidney N. LEDERMAN et Alan W. BRYANT, *op. cit.*, note 19, § 14.53.

23. *R. c. McClure*, précité, note 3, par. 46-51 (j. Major); *R. c. Brown*, précité, note 3.

24. *Solosky c. R.*, précité, note 6.

25. *Smith c. Jones*, précité, note 2.

26. *Ibid.*, par. 53.

27. *Descôteaux c. Mierzwinsky*, précité, note 10, p. 881 (j. Lamer).

lant que le privilège de l'avocat ne soit pas perverti de sa finalité en servant d'abri au crime trouve application, que l'avocat soit dupe ou participant²⁸.

En résumé, le secret professionnel de l'avocat, devenu indispensable devant la complexité du système juridique, existe afin qu'une personne puisse se confier franchement à son conseiller et ce, dans le but ultime que la justice atteigne ses fins. Systématiquement, les tribunaux supérieurs ont eu le réflexe de rappeler son importance, voire de l'accentuer notamment à l'occasion de l'avènement de la Charte. Quoique sujet à quelques rares exceptions bien encadrées qui permettent une divulgation strictement dans la mesure du nécessaire, ce privilège est celui que les juges ont protégé avec le plus d'acharnement. C'est avec cette trame de fond à l'esprit que la question des honoraires professionnels doit être abordée.

Section II- Les honoraires professionnels

Le blanchiment d'argent, technique visant à cacher la provenance illégitime de fonds, implique généralement différentes personnes. Comptables, avocats, notaires et autres professionnels des secteurs de la finance, de l'immobilier, des valeurs mobilières ou des assurances sont – souvent à leur insu – ceux dont les services sont recherchés afin de recycler des sommes parfois monumentales découlant d'activités criminelles.

Or, ces dernières années, les forces policières, appuyées par des initiatives législatives plus audacieuses, ont développé des moyens d'enquête novateurs pour lutter contre ce fléau. Parmi ceux-ci, se retrouvent la technique visant à déterminer le *rythme de vie* d'un suspect de façon à établir devant les tribunaux que ses revenus légitimes dépassent largement le niveau de ses dépenses de telle sorte qu'une seule explication est possible: les revenus de l'accusé constituent des produits de la criminalité²⁹.

Envisagés sous cet angle, les montants que verse un suspect pour la fourniture de services professionnels s'avèrent tout aussi pro-

28. *Solosky c. R.*, précité, note 6, p. 835 (j. Dickson).

29. Le *Code criminel* prévoit d'ailleurs en son article 462.39 qu'une déduction peut être tirée par le tribunal voulant que des biens proviennent de la perpétration d'une infraction si la preuve démontre que la valeur du patrimoine de l'accusé après le crime dépasse la valeur du patrimoine avant celui-ci. Le tribunal devra être convaincu que des revenus légitimes ne peuvent expliquer cet accroissement.

bants que n'importe quelle autre dépense significative qu'il peut faire. Les documents constatant le paiement d'honoraires seront tout aussi utiles à une enquête que la preuve d'achat d'une luxueuse demeure ou de tout autre objet ou service de valeur. La pertinence pour la police d'obtenir cet élément d'information pour dresser un bilan le plus complet possible de la situation financière d'une personne sous enquête ne fait aucun doute. Ajoutons que le recours par certains criminels bien en vue à des avocats renommés (lire dispendieux) agissant dans des procédures publiques, représente, en tant que piste d'investigation, une avenue aussi évidente que la possession de voitures de luxe ou d'une résidence majestueuse dans un quartier fortuné. Il devient dès lors fort tentant de perquisitionner le cabinet de l'avocat pour obtenir cette information.

Toutefois, certains prétendront qu'il s'agit d'une ingérence inacceptable dans la sphère du secret professionnel de l'avocat. Dans la perspective du client, seul bénéficiaire du privilège, force est de reconnaître qu'au-delà du montant, quelquefois la simple divulgation de l'existence d'un compte d'honoraires pourra trahir le secret en révélant l'objet de la relation professionnelle avec son conseiller juridique. Qu'il suffise d'évoquer une note d'honoraires d'un spécialiste en divorce divulguée au conjoint qui ignore les intentions de sa femme ou de celle de l'entrepreneur qui souhaite envahir le marché de son concurrent: pour eux, le seul fait que soit rendue publique leur consultation les exposera à un préjudice. Dans un contexte criminel, le principe de la non auto-incrimination sera invoqué à l'encontre de l'utilisation de ce genre de renseignements.

Se profile donc le débat: les documents constatant le paiement de services professionnels sont-ils protégés par le privilège de l'avocat? Dans la négative, l'obtention de ce type d'informations ne sera subordonnée qu'aux règles habituelles régissant les enquêtes criminelles; dans l'affirmative, l'État devra invoquer l'une des exceptions précédemment exposées ou faire son deuil de cette preuve potentielle.

Nous verrons que deux écoles jurisprudentielles s'affrontent (comme c'est d'ailleurs souvent le cas). L'une, adoptant une position de principe, prône que les honoraires méritent la protection du secret; l'autre, plus pragmatique, suggère que si protection il y a, elle demeure relative.

***Sous-section 1- L'approche absolue et abstraite:
Stevens c. Canada***³⁰

L'arrêt *Descôteaux*³¹ fut le premier à poser le principe que tous les renseignements qu'un avocat peut raisonnablement exiger avant d'accepter un mandat font l'objet du privilège. Dans cette affaire, des agents de la paix avaient saisi un formulaire de demande d'aide juridique d'une personne soupçonnée de fraude. Ce formulaire contenait une section sur l'état financier du demandeur et une seconde portant sur le fondement de son droit. Or, le requérant qui ne remplirait pas le document se verrait tout simplement refuser l'aide juridique sollicitée. Pour le juge Lamer (tel était alors son titre), il n'est pas indiqué d'établir une distinction entre les renseignements fournis quant à la vraisemblance du droit du demandeur et les informations d'ordre financier: ces deux catégories d'informations méritent égale protection car elles représentent des communications faites dans le but d'obtenir un avis juridique³².

Cette décision ne règle cependant pas le problème des documents constatant le paiement d'honoraires, lesquels, pourrait-on arguer, ne sont pas obligatoires à la création d'une relation avocat-client. En outre, dans la mesure où ces documents ne constitueraient pas un compte rendu descriptif des services prodigués, ils ne seraient plus considérés comme des communications mais plutôt comme des faits.

Diverses décisions se sont néanmoins appuyées sur le raisonnement de la Cour suprême pour conclure que le montant des honoraires versés par un client est, en soi, un renseignement protégé par le secret³³. De façon similaire, une certaine jurisprudence développée

30. Précité, note 19.

31. *Descôteaux c. Mierzwinsky*, précité, note 10.

32. *Ibid.*, p. 876-878.

33. *Mutual Life Assurance Co. of Canada c. Deputy Attorney General of Canada*, (1984) 84 D.T.C. 6177; *Nathawad c. Canada (Minister of National Revenue)*, [1988] B.C.J. No. 3283 (B.C. Sup. Ct.); *R.M. c. C.M.*, [1997] B.C.J. No. 1666 (B.C. Sup. Ct.); *R. c. Brun*, [2001] N.B.J. No. 228 (N.B.Q.B.); *Municipal Insurance Assn. of British Columbia c. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, (1996) 143 D.L.R. (4th) 134 (B.C. Sup. Ct.); *British Columbia c. British Columbia (Information Privacy Commissioner)*, [1996] B.C.J. No. 2534 (B.C. Sup. Ct.). Il importe de préciser que dans les deux dernières affaires, la demande de divulgation des honoraires avait été faite alors que les poursuites judiciaires pour lesquelles ces honoraires étaient versés étaient toujours en cours.

en matière fiscale estime que les documents relatifs aux mouvements de fonds dans le compte en fidéicomis de l'avocat sont privilégiés³⁴.

Le jugement selon nous le plus intéressant et certainement le plus étoffé en la matière est la cause *Stevens*³⁵ rendu par la Cour d'appel fédérale. Cette affaire concernait une demande d'accès à l'information visant tous les relevés de services d'avocats qui avaient œuvré au sein d'une commission d'enquête relative à des allégations de conflit d'intérêts d'un ancien ministre fédéral. Ce dernier, voulant contester les conclusions du commissaire, tentait, par sa demande de divulgation, d'établir que c'étaient les conseillers juridiques qui avaient, dans les faits, rédigé le rapport. Le juge Linden, après une revue fouillée de la jurisprudence, conclut que les documents constatant le paiement d'honoraires jouissent d'une protection de principe:

[TRADUCTION] Psychologiquement parlant, en créant une atmosphère dans laquelle le client peut être honnête et à l'aise, le secret protège la relation entre lui et son client contre les yeux intrusifs de l'État ou d'autres parties. Le relevé de services d'un avocat est au cœur de cette relation.

[...]

Tout comme l'obtention de l'aide juridique fait partie de l'obtention de conseils juridiques, ainsi en est-il de la négociation des modalités financières de la relation avec un avocat. Les mémoires de frais présentés dans le cadre de cet arrangement constituent simplement une extension nécessaire de ces négociations.³⁶

Dans la perspective de la cour, il est ni possible, ni pratique de dissocier le fait du paiement de la communication privilégiée:

[TRADUCTION] En accordant le bénéfice d'une protection générale aux relevés de service, le tribunal évite les difficultés procédurales qui se produiraient autrement. Dans chaque cas, il serait nécessaire que le juge examine les comptes et nul doute que les avocats des parties vou-

34. *Re A Solicitor*, (1962) 36 D.L.R. (2d) 594 (B.C. Sup. Ct.); *Cox, Taylor Bryant c. Canada (Attorney General)*, [1988] B.C.J. No. 1835 (B.C. Sup. Ct.); *Léonard c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1981] C.S. 153; *Madge c. Thunder Bay (City)*, (1990) 72 O.R. (2d) 41 (Ont. Sup. Ct.); *Re Helman and Minister of National Revenue (no. 1)*, (1968) 68 D.T.C. 5288 (Ont. Sup. Ct.); *Wardell et al. c. Lutz et al.*, (1978) 82 D.L.R. (3d) 478 (Sask. Q.B.); *Re Romeo's Place Victoria Ltd. and the Queen*, (1981) 128 D.L.R. (3d) 279 (C.F.); *Organic Research Inc. c. M.N.R.*, précité, note 19.

35. *Stevens c. Canada*, précité, note 19.

36. *Ibid.*, par. 30 et 31 (j. Linden).

draient les consulter également. Cela pourrait mettre l'avocat dans une situation embarrassante car il serait au courant de renseignements qui pourraient faire l'objet d'une ordonnance de non-divulgateion à son client, – situation qu'il vaut mieux éviter. Il vaudrait mieux l'éviter non seulement parce qu'elle peut ne pas être pratique, mais parce que le fait même que l'avocat de la partie adverse puisse être au courant de la communication privilégiée pourrait nuire à la liberté de communication entre l'avocat et son client. Au surplus, la protection générale accordée aux relevés de services d'avocat empêche une ingérence pernicieuse des avocats qui pourraient insister pour que chaque relevé soit examiné et jugé individuellement en vue de déterminer si tout élément qui y est consigné pourrait être divulgué. Cela pourrait encourager une situation où sur le plan tactique, il pourrait être avantageux pour l'avocat de persister dans ses efforts pour obtenir la communication des comptes dans l'espoir que, en raison de quelque erreur résultant uniquement du volume de documents, certains renseignements protégés se retrouvent entre ses mains. Je ne pense pas qu'un tel état de choses favoriserait le libre échange de communications entre client et avocat, que cette protection vise à susciter.³⁷

En somme, pour cette école de pensée, l'assiette du secret professionnel non seulement s'étend mais se consolide. Un document constatant le paiement d'honoraires professionnels sera donc sur le même pied que l'avis juridique de l'avocat, c'est-à-dire protégé en toutes circonstances.

***Sous-section 2- L'approche relative et concrète:
Kruger c. Kruco***³⁸

Plusieurs juges, insistant sur le fait que le secret professionnel de l'avocat constitue un obstacle – aussi utile soit-il – à la recherche de la vérité, estiment que la protection accordée aux communications avocat-client doit se limiter à ce qui est nécessaire à la réalisation de son objet. Ainsi, les documents consignants le paiement d'honoraires ne seront pas automatiquement protégés mais ne bénéficieront que d'une protection relative. Ils ne seront privilégiés que s'ils sont de nature à révéler la teneur des services juridiques rendus.

Cette conclusion est celle de la Cour d'appel du Québec dans la cause *Kruger c. Kruco*³⁹ décidée sous l'égide de l'article 9 de la *Charte québécoise*. À cette occasion, la cour devait décider si certaines ques-

37. *Ibid.*, par. 46 (j. Linden).

38. *Kruger c. Kruco*, [1988] R.J.Q. 2323 (C.A.).

39. *Ibid.*

tions posées lors de l'interrogatoire d'un dirigeant d'entreprise violaient le secret professionnel de l'avocat. En substance, les questions cherchaient à démontrer que la compagnie appelante avait déboursé abusivement des honoraires pour des services qui auraient été rendus au détriment de certains actionnaires, dont l'intimée. En l'espèce, précisons que les relevés d'honoraires recherchés ne renfermaient aucun détail quant aux services rendus. Le juge LeBel, rédigeant les motifs de la Cour, pose en ces termes le cadre analytique propre aux tenants de l'approche relative:

Avant même de regarder si des exceptions à la règle du secret professionnel s'appliquent, il faut examiner si l'on est entré ici dans la sphère du secret professionnel. Pour cette étude, l'on doit retenir la fonction propre au secret professionnel qui veut préserver la liberté et l'efficacité de la relation entre le client et son avocat pour permettre à celui-ci de connaître tout le dossier et de représenter adéquatement son mandant. Son objet essentiel est de préserver d'une part la liberté et la qualité de l'information transmise par le client au procureur et d'autre part d'assurer la liberté et l'objectivité des conseils que l'avocat donnera et celle des actes de représentation qu'il posera. Dans certains cas, l'information sur la nature même des services posés conduirait à violer le secret professionnel. Ce pourrait être le cas par exemple au moment de la production d'un compte relatant en détail la nature et la date des services rendus.⁴⁰

Ainsi, à tout le moins dans le cadre d'un litige commercial, l'on doit éviter d'étendre les limites du secret professionnel au-delà de ce qui est «nécessaire à la préservation de la confidentialité et de la confiance nécessaires à l'établissement et au maintien de la relation entre l'avocat et son client»⁴¹.

Cette vision contextuelle – où les éléments de la relation avocat-client seront ou non protégés en fonction de leur lien avec la raison d'être du secret – est adoptée dans de nombreuses décisions portant sur différents volets de la relation avocat-client. Outre les notes d'honoraires⁴², les entrées décrivant les mouvements de fonds

40. *Ibid.*, p. 2325-2326.

41. *Ibid.*, p. 2327 (j. LeBel).

42. *Canadian Pacific Ltd. c. Canada*, [1995] O.J. No. 4148 (Ont. C. G.D.); *Droit de la famille – 2439*, [1996] A.Q. No. 1219 (C.S.); *General Accident Assurance Company et al. c. Chrusz et al.*, (1999) 45 O.R. (3d) 321 (C.A. Ont.); *Mintz c. Mintz*, (1983) 43 O.R. (2d) 789 (Ont. H.C.); *Re Evans and Banffshire Apartments Ltd.*, (1968) 70 D.L.R. (2d) 226 (B.C.S.C.); *Rieger c. Burgess*, [1989] S.J. No. 240 (Sask. Q.B.); *Re Russell & DuMoulin*, [1986] B.C.J. No. 1717 (B.C.S.C.); *Southern Railway of British Columbia Ltd. et al. c. Deputy Minister of National Revenue*, (1990) 91 D.T.C. 5081 (B.C.S.C.); *Taves c. Canada*, [1993] B.C.J.

dans le compte en fidéicommiss de l'avocat⁴³ de même que l'identité du client⁴⁴ sont parmi les autres informations qui pourront, selon les cas, bénéficier de la protection du privilège. Les tenants de cette doctrine prennent généralement appui sur la distinction précitée relative aux faits non privilégiés et aux communications protégées pour asseoir cette approche que nous qualifions de relative.

Précisons que plusieurs estiment possible, sinon souhaitable pour le juge saisi d'une objection fondée sur le privilège, d'ordonner le caviardage des documents constatant le paiement d'honoraires et de débours pour s'assurer que seuls les montants globaux soient effectivement accessibles et que toute inscription pouvant entraîner la divulgation de la nature des services rendus soit oblitérée⁴⁵.

Sous-section 3- L'arrêt *Maranda c. Richer*⁴⁶

La Cour suprême a finalement eu l'occasion de trancher la question dans l'affaire *Maranda c. Richer*. Les faits de cette cause sont simples: dans le cadre d'une enquête en matière de blanchiment d'argent visant un dénommé Charron, la GRC obtient un mandat de perquisition pour investir le cabinet de son avocat, M^e Léo-René Maranda, afin d'y saisir tous les documents relatifs aux honoraires et débours que ce dernier lui aurait facturés. Les documents concernant la propriété d'une automobile qui aurait été cédée en paiement de services professionnels étaient également dans la mire des agents de la paix.

No. 1713 (B.C. S.C.); *Zein c. Canada (Deputy Minister of National Revenue)*, [1990] B.C.J. No. 2843 (B.C.S.C.).

43. *164461 Canada Inc. (Syndic de)*, [1997] R.J.Q. 529 (C.S.); *Law Society of Prince Edward Island c. Prince Edward Island (Attorney General)*, [1994] P.E.I.J. No. 85 (P.E.I. S.C.); *R. c. B.*, [1995] B.C.J. No. 41 (B.C. S.C.); *R. c. Joubert*, (1992) 69 C.C.C. (3d) 553 (C.A.C.-B.); *R. c. Radok*, [1990] B.C.J. No. 688 (B.C.P.C.); *R. c. Tysowski*, [1997] M.J. No. 359 (Man. Q.B.); *Re Borden & Elliot and the Queen*, (1975) 30 C.C.C. (2d) 337 (C.A. Ont.); *Re Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp.*, (1983) 146 D.L.R. (3d) 73 (Ont. H.C.); *Re United States of America c. Mammoth Oil Co.*, [1925] 2 D.L.R. 66 (Ont. S.C.).
44. *Belley c. Cité de Québec*, (1926) 42 B.R. 263; *Legal Services Society c. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, [2001] B.C.J. No. 201 (B.C.S.C.); *Pearl c. Bissegger*, [1985] C.A. 695; *Re Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp.*, (1983) 146 D.L.R. (3d) 73 (Ont. H.C.); *Re United States of America c. Mammoth Oil Co.*, précité, note 42; *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Legault*, [1989] R.J.Q. 229 (C.A.).
45. *Canadian Pacific Ltd. c. Canada*, précité, note 41; *D.A.K. c. D.I.S.*, [1996] A.Q. n° 1219 (C.S.); *Mintz c. Mintz*, précité, note 41; *Re David Solokov*, (1968) 68 D.T.C. 5266 (Man. Q.B.); *Re Wirick*, [2002] B.C.J. No. 2160 (B.C.S.C.); *Simard-Vincent-Tremblay c. La Reine*, (1997) AZ-97026134 (C.S. Qué.).
46. *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67.

Quoique n'ayant pas avisé M^e Maranda avant de procéder à la perquisition, les membres de la GRC étaient toutefois accompagnés d'un représentant du syndic du Barreau qui supervisa la perquisition d'une durée de quelque treize heures. Précisons que près de la moitié des très nombreux documents saisis auraient pu l'être ailleurs que dans le cabinet de l'avocat.

La perquisition sera alors contestée au moyen d'une requête en *certiorari* devant la Cour supérieure qui l'accueillera⁴⁷. La perquisition est jugée illégale aux motifs que la démonstration n'avait pas été faite que les documents n'auraient pas pu être obtenus autrement; que le montant d'honoraires est en soi privilégié et enfin, que le juge qui avait autorisé la saisie n'avait pas assorti le mandat d'une clause de minimisation, c'est-à-dire de modalités d'exécution visant à préserver au maximum le secret professionnel.

La Cour d'appel, sous la plume du juge Proulx, casse à l'unanimité cette décision⁴⁸. En premier lieu, les magistrats sont d'avis que bien que la moitié des documents visés aurait pu être obtenue ailleurs, le juge ayant délivré le mandat conservait compétence puisque, précisément, la moitié n'aurait pas pu être recueillie autrement et que tous les documents possédaient un lien entre eux. Ensuite, s'appuyant sur la distinction entre le fait et la communication dans la relation avocat-client, le juge Proulx adopte l'approche contextuelle pour conclure qu'en l'espèce, la divulgation du paiement n'emporterait pas la révélation d'éléments confidentiels protégés par le secret. Enfin, de son propre chef, la Cour d'appel considère qu'à tout événement l'exception fondée sur le crime devait trouver application compte tenu des allégations du dénonciateur dans l'affidavit produit au soutien de la délivrance du mandat. La perquisition était donc valide.

La Cour suprême sera saisie de trois questions: l'obligation de minimisation, la nature des documents constatant le paiement d'honoraires et de débours et l'applicabilité de l'exception de crime.

Nous traiterons, dans la deuxième partie de cette analyse, de la question relative à l'obligation de minimisation. Quant à l'exception de crime, le dénonciateur ne l'ayant pas alléguée dans son affidavit et le ministère public ne l'ayant pas invoquée en Cour supérieure, elle n'aurait pas dû être considérée pour la première fois par la Cour

47. *Maranda c. Richer*, [1998] R.J.Q. 481 (j. Béliveau).

48. *Leblanc c. Maranda*, précité, note 20.

d'appel⁴⁹. Par conséquent, nous concentrerons notre examen sur le débat entourant le caractère privilégié des comptes d'honoraires et de débours.

Ainsi, après avoir circonscrit le problème aux documents constatant uniquement le montant global d'honoraires et ne comportant aucune description des services professionnels rendus, le juge LeBel (rédigeant les motifs au soutien du jugement de la majorité (8:1)) rappelle la division des tribunaux canadiens sur le sujet. Il précise ensuite la portée limitée que doit recevoir la décision *Kruger* qui portait sur une affaire de droit commercial et qui ne doit donc pas être surestimée dans un contexte criminel: «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»⁵⁰.

Le juge poursuit par un enseignement étonnant en remettant en cause l'utilité de la distinction traditionnelle entre le fait non protégé et la communication privilégiée, laquelle ne reflèterait pas de la nature exceptionnelle de la relation en cause⁵¹. Ainsi, puisque l'existence du fait que représente le relevé d'honoraires est tributaire de la relation avocat-client et de son évolution, il reste lié à cette relation et doit donc, en principe, être tenu comme l'une de ses composantes.

En conséquence, le juge LeBel conclut:

En droit, lorsqu'il s'agit d'autoriser une perquisition dans un cabinet d'avocats, le fait même du montant des honoraires doit être considéré comme un élément d'information protégé, en règle générale, par le privilège avocat-client. Sans pour autant entraîner la création d'une catégorie nouvelle d'informations privilégiées, une telle présomption apportera une précision nécessaire aux méthodes de mise en application du privilège avocat-client, qui se situe dans les privilèges génériques comme on se rappellera. 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

49. *Maranda c. Richer*, précité, note 46, par. 35 (j. LeBel).

50. *Ibid.*, par. 29.

51. *Ibid.*, par. 32.

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, que notre Cour exprimait encore récemment avec force...⁵²

La cour précise que cette présomption est réfutable. Si le dénonciateur convainc le juge responsable de l'émission du mandat que la divulgation de l'information ne portera aucunement atteinte à la confidentialité de la relation, alors la saisie pourra être raisonnable⁵³.

À la suite de cette décision, nous pouvons conclure que le secret professionnel de l'avocat gagne en force. L'assiette de celui-ci s'agrandit et se raffermi. En délaissant la subtile distinction fait/communication, nous sommes d'avis que la plus haute Cour du pays ne voulait pas sacrifier un droit fondamental comme celui à l'avocat (et la nécessaire confidentialité qui s'y rattache) à partir de critères quelque peu artificiels. L'arrêt de la Cour suprême possède le mérite d'avoir éclairé et simplifié cet aspect du droit.

PARTIE II- LES PERQUISITIONS DANS LES CABINETS D'AVOCATS

Même si le secret professionnel de l'avocat représente un des privilèges les plus respectés par les tribunaux, il ne fait pas, soulignons-le, obstacle absolu aux perquisitions dans les cabinets de conseillers juridiques. En effet, le législateur n'a jamais prescrit que le bureau d'un avocat est inviolable. Par exemple, l'article 487 du *Code criminel*, qui prévoit les conditions d'émission d'un mandat de perquisition, n'opère aucune qualification des endroits qui pourront être visés⁵⁴. Néanmoins, à l'instar des perquisitions menées dans les locaux d'un média⁵⁵, l'on ne pénètre pas chez l'avocat comme dans un entrepôt. Nous verrons dans la section suivante le régime particulier entourant ces perquisitions tel qu'il était avant l'arrêt *Lavallée* rendu récemment par la Cour suprême (section I). Suivra un exposé sur l'état du droit à la suite de cette décision (section II).

52. *Ibid.*, par. 33.

53. *Ibid.*, par. 34.

54. L'article 487 C.cr. réfère à tout bâtiment, contenant ou lieu.

55. *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, 444 (j. Cory).

Section I- Le régime juridique entourant les perquisitions dans les cabinets d'avocats avant l'arrêt Lavallée⁵⁶

On peut le soupçonner, compte tenu de l'importance du secret professionnel de l'avocat, ce type de perquisitions présente des caractéristiques particulières tant au niveau de l'émission du mandat qu'au stade de son exécution. Bien que les développements jurisprudentiels récents touchent ce dernier volet, l'analyse de la question serait incomplète sans un rappel des règles jurisprudentielles touchant les exigences entourant la demande d'autorisation.

Sous-section 1- Les conditions d'émission du mandat

Depuis le jugement *Descôteaux*⁵⁷, une conciliation s'est effectuée entre la nécessité de pouvoir recueillir des éléments de preuve et la nécessité de protéger le plus possible le secret professionnel. Le fruit de cet aménagement s'est traduit par l'adoption de diverses exigences préalables à l'émission d'un mandat de perquisition visant un cabinet d'avocats. S'ajoutent bien sûr à celles-ci, les conditions constitutionnelles minimales posées par la Cour suprême pour tout mandat de perquisition de sorte que le régime entourant l'émission d'un mandat pour ce type de perquisition peut se résumer ainsi:

- Un juge de paix doit être convaincu qu'il existe des motifs raisonnables, établis sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et qu'un élément de preuve s'y rapportant se trouve au cabinet de l'avocat⁵⁸;
- La demande au soutien de l'émission du mandat doit particulariser suffisamment les pièces faisant l'objet de la saisie projetée de façon à ce que le juge, sous peine de perdre compétence, puisse être en mesure d'apprécier si, à leur face même, elles sont reconnues comme faisant l'objet du privilège⁵⁹;
- Le juge de paix doit être convaincu qu'il n'existe pas de solution de rechange raisonnable à la perquisition⁶⁰;

56. *Lavallée, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général); White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général); R. c. Fink*, précité, note 14.

57. *Descôteaux c. Mierzwinsky*, précité, note 10.

58. Art. 487 C.cr.; *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145.

59. *R. c. Yorke*, [1992] N.S.J. No. 474 (C.A.N.-É.), p. 5-7, confirmé à [1993] 3 R.C.S. 647; *Descôteaux c. Mierzwinsky*, précité, note 10, p. 887 (j. Lamer).

60. *Descôteaux c. Mierzwinsky*, précité, note 10, p. 890-891 (j. Lamer).

- Le juge de paix doit, si nécessaire, assortir le mandat de modalités d'exécution destinées à assurer la protection du secret professionnel⁶¹;
- Le juge de paix conserve toujours le pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser l'émission du mandat même lorsque tous les préalables prévus par la Loi ont été établis⁶².

Ces exigences font ressortir clairement que la perquisition dans un cabinet d'avocats se distingue des saisies *classiques*. La déférence particulière vouée à ce régime d'autorisation est également complétée par des règles particulières quant à l'exécution du mandat.

Sous-section 2- Les conditions d'exécution du mandat

Antérieurement à l'affaire *Lavallée* qui l'a déclaré inconstitutionnel, c'est l'article 488.1 C.cr. qui fixait le régime d'exécution d'une perquisition conduite dans un cabinet d'avocats. Inscrit dans le *Code criminel*, vraisemblablement en réponse à un *obiter* du juge Lamer dans l'arrêt *Descôteaux* qui suggérait cette voie⁶³, le mécanisme est calqué sur celui qui existe dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* et vise à encadrer le processus par lequel un avocat qui fait l'objet d'une perquisition peut s'y objecter et faire valoir le privilège.

Ainsi, la disposition prévoit qu'un agent sur le point d'examiner un document en la possession d'un avocat ou d'un notaire qui invoque le secret professionnel, doit mettre celui-ci dans un paquet scellé et en confier la garde au shérif (art. 488.1(2) C.cr.). Par la suite, dans un délai de quatorze jours, le procureur général, le client ou l'avocat au nom du client peut formuler une demande au tribunal (au Québec, à la Cour supérieure) pour que soit tranchée, au plus tard dans les 21 jours suivants, la question du privilège (art. 488.1(3) C.cr.). En tout temps, la personne s'opposant à la divulgation peut obtenir copie des documents saisis (art. 488.1(9) C.cr.). Lors de l'audition, tenue à huis clos, le juge peut examiner le document et il peut permettre que le représentant du ministère public en fasse autant s'il est d'avis que cela l'aidera à statuer sur la nature du document. Il doit par ailleurs entendre les représentations des parties et ensuite trancher sommairement la question et motiver sa décision (art. 488.1(4) et (10) C.cr.). Le mécanisme prévoit expressément que les autorités saisissantes ne

61. *Ibid.*, p. 891 (j. Lamer).

62. *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, 438.

63. *Descôteaux c. Mierzwinsky*, précité, note 10, p. 892.

peuvent examiner les documents sans donner aux intéressés une occasion raisonnable de formuler une objection (art. 488.1(8) C.cr.). Toutefois, si aucune opposition n'est présentée dans le délai prévu, ou si celle-ci n'est pas suivie d'une demande d'ordonnance pour décider de l'application du privilège, le ministère public peut s'adresser à la Cour pour que soient remis les documents saisis aux autorités policières sans autre cérémonie (art. 488.1(7) C.cr.).

Au passage, soulignons qu'une certaine jurisprudence a considéré que l'adoption de la procédure détaillée d'exécution et de post-exécution contenue à l'article 488.1 C.cr. se substituait aux conditions déjà posées en common law entourant les exigences relatives à l'émission du mandat⁶⁴; ainsi, puisque cette disposition constituerait un code législatif complet et exhaustif, la condition voulant qu'il n'y ait pas d'alternative à la perquisition avant de l'autoriser aurait, selon ce courant minoritaire, été abrogée. La Cour suprême rejettera du revers de la main cette prétention dans *Lavallée*⁶⁵.

Le mécanisme prévu à l'article 488.1 C.cr., malgré ses objectifs louables, a fait l'objet d'attaques constitutionnelles dans plusieurs provinces canadiennes. Les cours d'appel de l'Alberta⁶⁶, de l'Ontario⁶⁷, de Terre-Neuve et du Labrador⁶⁸ et de la Colombie-Britannique⁶⁹ de même que la Cour supérieure de la Nouvelle-Écosse⁷⁰ ont invalidé la disposition pour différents motifs. Les faits de ces affaires ne sont pas d'une grande importance: qu'il suffise de dire que des perquisitions ont été effectuées dans des cabinets d'avocats et que le privilège a été invoqué de telle sorte que les saisies ont été menées conformément à la procédure prévue à l'article 488.1 C.cr. L'intérêt

64. *R. c. Bloski*, (1987) 39 C.C.C. (3d) 248 (Sask. Q.B.); *Joly c. Bourdeau*, (1989) 51 C.C.C. (3d) 394 (C.S. Qué.); *R. c. Schafer*, [1993] S.J. No. 136 (Sask. Q.B.).

65. *Lavallée, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, précité, note 14, par. 22 (j. Arbour): «[...] il est clair que la disposition n'a jamais eu pour objet de remplacer les principes de common law concernant la délivrance des mandats [...] L'article 488.1 ne tente pas de réglementer l'autorisation de la perquisition dans les bureaux d'avocats, mais simplement la façon dont s'effectue la perquisition.» Voir aussi le paragraphe 60 (j. LeBel, dissident sur un autre point).

66. *Lavallée, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, (2000) 143 C.C.C. (3d) 187.

67. *R. c. Fink*, (2000) 149 C.C.C. (3d) 321. Voir aussi *R. c. Claus*, (2000) 149 C.C.C. (3d) 336; *R. c. Piersanti & Co.*, [2001] G.S.T.C. 3.

68. *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*, (2000) 146 C.C.C. (3d) 28.

69. *Festing c. Canada (Attorney general)*, (2001) 206 D.L.R. (4th) 98.

70. *Canada (Attorney General) c. Several Clients and Several Solicitors*, (2000) 189 N.S.R. (2d) 313.

de ces affaires réside plutôt dans les nombreuses lacunes identifiées par les juges: (1) l'article 488.1 C.cr. peut entraîner la perte du privilège par la simple absence ou l'inaction de l'avocat; (2) lors de la perquisition, l'avocat doit révéler le nom du client pour lequel il revendique le privilège et cet élément peut être privilégié; (3) le régime ne garantit pas que tous les intéressés seront avisés lors de la perquisition; (4) le mécanisme prévoit des délais trop stricts qui peuvent mener à la perte du privilège; (5) le juge n'a aucun pouvoir discrétionnaire pour sauvegarder le privilège si les strictes procédures de l'article 488.1 C.cr. ne sont pas respectées, et (6) le ministère public peut consulter les documents au cours de l'audition visant à déterminer si le privilège existe, supprimant ainsi la protection avant même de savoir si elle trouvait application.

Pour les différentes cours d'appel, l'article 488.1 C.cr. viole l'article 8 de la Charte et comporte tant de lacunes qu'il doit tout simplement être annulé. Seule la Cour d'appel de Terre-Neuve a conclu qu'il était possible d'y remédier en recourant aux techniques d'interprétation comme celles de la dissociation et de l'interprétation large⁷¹.

Section II- L'arrêt *Lavallée*⁷²

La Cour suprême s'est penchée sur les jugements des cours d'appel de l'Alberta, de Terre-Neuve ainsi que de la Colombie-Britannique. Quoique la Cour ait confirmé l'invalidité de l'article 488.1 C.cr., deux tendances bien distinctes se dégagent de la décision partagée (6:3) des plus hauts magistrats du pays. Nous examinerons tour à tour les motifs au soutien du raisonnement des juges formant la minorité et la majorité avant d'exposer les nouvelles règles de l'exécution des perquisitions dans les cabinets d'avocats.

Sous-section 1- La position des juges minoritaires: l'avocat, officier de justice responsable

Sous la plume du juge LeBel, à l'opinion duquel souscrivent les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier, les juges formant la minorité rappellent d'abord le principe d'interprétation maintes fois exprimé selon lequel, lorsqu'une loi est susceptible de plusieurs interprétations, il faut favoriser celle qui permet de justifier la loi plutôt que

71. *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*, précité, note 68.

72. *Lavallée, Rachel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, précité, note 14.

celle qui mène à la conclusion qu'elle est inopérante. L'analyse de l'article 488.1 C.cr. doit être nuancée à la lumière de la présomption voulant que le législateur adopte des lois conformes à la Charte⁷³.

De même, l'analyse ne doit pas être conduite dans l'abstrait mais dans le contexte législatif dans lequel s'insère l'article 488.1 C.cr.⁷⁴.

Ainsi, après avoir rappelé que la disposition litigieuse ne concerne que l'exécution de la perquisition et qu'elle est complétée par les exigences entourant son autorisation préalable, le juge LeBel formule certaines affirmations révélatrices de la conclusion à laquelle il parviendra:

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. [...] L'argument présenté maintenant exigerait en réalité que le législateur prévoit dans la législation pénale elle-même des garanties contre la négligence, l'inattention, la lenteur à agir et le laisser-aller dans la gestion et l'organisation. [...]

Une conclusion d'inconstitutionnalité fondée sur l'hypothèse selon laquelle les avocats ne rempliront pas leurs devoirs avec diligence et compétence ne reflète pas l'importance que la jurisprudence de la Cour attache à la profession d'avocat et au rôle essentiel que ses membres sont censés jouer dans l'administration de la justice...⁷⁵

Par conséquent et sans surprise, les juges minoritaires estimeront que l'article 488.1 C.cr. accorde une protection qui, sans être parfaite, est adéquate. Pour ceux-ci, le juge responsable de déterminer si le privilège trouve application possède un pouvoir discrétionnaire susceptible de pallier l'absence d'avis aux détenteurs du privilège et les délais à l'intérieur desquels l'avocat doit faire valoir son opposition. En outre, les juges dissidents considèrent que l'avocat dont le cabinet fait l'objet d'une perquisition peut, s'il l'estime nécessaire, taire le nom de son client et le décrire sous un pseudonyme jusqu'au moment où la question du privilège sera tranchée.

73. *Ibid.*, par. 54-57.

74. *Ibid.*, par. 58.

75. *Ibid.*, par. 63-64.

Seul le paragraphe (4) de l'article 488.1 C.cr. pose problème aux yeux des juges minoritaires. En effet, permettre au procureur de la couronne d'examiner le document si cela peut être utile au juge pour statuer sur son caractère privilégié peut engendrer la divulgation prématurée de communications privilégiées. Ce paragraphe doit être déclaré inopérant mais le reste de la disposition demeure valide.

L'unique commentaire que nous avons, en toute déférence, eu égard à la position adoptée par les juges formant la minorité est le suivant: plutôt que de considérer les éléments du mécanisme prévu à l'article 488.1 C.cr. comme autant d'occasions pour nuire au respect du secret professionnel, ceux-ci y ont plutôt vu une façon intelligente de le protéger en s'appuyant sur la conscience professionnelle des avocats. En termes populaires, nous croyons que cette approche est celle du *verre à moitié plein* plutôt qu'à *moitié vide*...

Sous-section 2- La position des juges majoritaires: la perte du privilège par négligence

Madame la juge Arbour, au nom des six juges formant la majorité, emprunte une tout autre tangente. Après avoir dressé l'historique jurisprudentiel du secret professionnel de l'avocat, elle pose le principe selon lequel il existe «une règle de justice fondamentale voulant que tout renseignement privilégié obtenu par l'État sans le consentement de son détenteur est un renseignement auquel l'État n'a pas droit»⁷⁶. Ainsi, puisqu'il ne faut porter atteinte au privilège que si cela est nécessaire et, même alors, l'atteinte doit être la plus minimale possible, la juge reformule en quelque sorte le problème sous étude: l'article 488.1 C.cr. garantit-il que l'État ne puisse obtenir volontairement ou involontairement des informations auxquelles il n'a pas droit?

La juge procède dès lors à l'examen des défaillances relevées par les instances inférieures et elle retient trois défauts fatals. Premièrement, l'absence d'avis au détenteur du privilège, c'est-à-dire le client. En obligeant l'avocat, gardien du privilège, à faire valoir le droit de son client, le régime législatif lui transfère la responsabilité du respect des droits constitutionnels garantis par la Charte. Le client concerné pourrait même ne pas savoir que ses droits sont menacés et de fait, après l'écoulement des délais, son privilège pourrait être

76. *Ibid.*, par. 24.

perdu. En l'absence d'avis à son endroit, la disposition ne peut pas être conforme à l'article 8 de la Charte⁷⁷.

Deuxièmement, l'article 488.1(6) C.cr., qui prévoit que le juge doit ordonner la livraison des documents scellés au procureur général lorsque aucune opposition n'est formulée dans les délais requis, ne renferme aucun pouvoir discrétionnaire qui permettrait au juge saisi de protéger malgré tout le privilège. Dans sa forme actuelle, la disposition subordonne le fond à la forme, ce qui accentue son caractère déraisonnable⁷⁸.

Enfin, la possibilité que le ministère public examine les documents litigieux pour aider le juge à statuer sur leur caractère privilégié risque de saper la confiance du public dans l'administration de la justice. Même si les renseignements s'avèrent ultérieurement protégés et inadmissibles en preuve, la juge estime qu'il sera néanmoins illogique de s'attendre à ce que le ministère public n'en fasse pas usage puisqu'il aura acquis les informations de façon légale⁷⁹.

En résumé, le passage suivant reflète bien, à notre avis, la vision des juges formant la majorité pour qui, loin d'apporter les solutions promises, le mécanisme prévu à l'article 488.1 C.cr. porte atteinte de façon inacceptable au secret professionnel de l'avocat:

[...] les lacunes de l'art. 488.1, mentionnées dans de nombreuses décisions judiciaires et décrites précédemment, ont toutes en commun une caractéristique dominante fatale, à savoir la violation potentielle du secret professionnel de l'avocat sans que le client n'en ait connaissance et encore moins qu'il y ait consenti. Même si l'avocat compétent essaiera de joindre son client et qu'il invoquera vraisemblablement le privilège général dès le départ, l'État a l'obligation de veiller à ce que les droits du détenteur du privilège demeurent suffisamment protégés. Le privilège ne prend pas effet seulement au moment où il est invoqué; il existe indépendamment de sa revendication. Toutefois, selon l'art. 488.1, ce droit constitutionnel peut être violé du simple fait que l'avocat n'a pas agi, sans instructions en ce sens de la part de son client ou sans même qu'il y ait de communication avec lui.⁸⁰

77. *Ibid.*, par. 40.

78. *Ibid.*, par. 43.

79. *Ibid.*, par. 44.

80. *Ibid.*, par. 39.

Sous-section 3- Les règles remodelées régissant les perquisitions dans les cabinets d'avocats

L'article 488.1 C.cr. viole donc la Charte et ne peut pas être sauvegardé par l'article premier. Au chapitre de la réparation, la Cour suprême n'a pas voulu se substituer au législateur en tentant de remédier aux lacunes identifiées. Plutôt, dans l'attente d'une intervention législative, elle a posé les dix règles suivantes, lesquelles regroupent les exigences relatives à l'émission du mandat de perquisition visant un cabinet d'avocats et à son exécution:

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 devrait permettre à un représentant du Barreau de superviser la mise sous scellés et la saisie des documents.
6. L'enquêteur qui exécute le mandat doit rendre compte au juge de paix des efforts faits pour joindre tous les détenteurs potentiels du privilège, lesquels devraient ensuite avoir une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège et, si cette objection est contestée, de faire trancher la question par les tribunaux.
7. S'il est impossible d'aviser les détenteurs potentiels du privilège, l'avocat qui a la garde des documents saisis, ou un autre avocat nommé par le Barreau ou par la cour, doit examiner les documents pour déterminer si le privilège devrait être invoqué et doit avoir une occasion raisonnable de faire valoir ce privilège.

8. Le procureur général peut présenter des arguments sur la question du privilège, mais on ne devrait pas lui permettre d'examiner les documents à l'avance. L'autorité poursuivante peut examiner les documents uniquement lorsqu'un juge conclut qu'ils ne sont pas privilégiés.

9. Si les documents scellés sont jugés non privilégiés, ils peuvent être utilisés dans le cours normal de l'enquête.

10. Si les documents sont jugés privilégiés, ils doivent être retournés immédiatement au détenteur du privilège ou à une personne désignée par la cour.⁸¹

En conclusion, cette décision ne révolutionnera pas, selon nous, les façons de faire au Québec. Nous verrons plus loin qu'en pratique, les nouvelles règles posées sont déjà, en substance, celles qui régissent les perquisitions dans les cabinets d'avocats. Toutefois, il ressort de la décision des juges formant la majorité une certaine méfiance ou un certain scepticisme à l'endroit des avocats. Même si la Cour prend le soin de spécifier que tel n'est pas le cas, nous demeurons, en toute déférence, quelque peu perplexe devant la réaction des magistrats. Nous sommes humblement d'avis que les juges dissidents ont interprété comme il se devait un ensemble de dispositions conçues pour mieux respecter le secret professionnel de l'avocat et non pour lui porter atteinte.

PARTIE III- L'IMPACT EN DROIT QUÉBÉCOIS

Dans cette dernière partie, nous offrirons quelques réflexions, que nous espérons pas trop imaginatives, quant à l'impact éventuel des enseignements précédemment évoqués de la Cour suprême sur les lois et pratiques québécoises. Deux aspects méritent d'être brièvement explorés. D'abord, la sphère du secret et son contenu, tels que précisés dans l'arrêt *Maranda*, mèneront-ils à des bouleversements dans l'économie du droit québécois (Section I)? Ensuite, qu'advient-il des perquisitions dans les cabinets des professionnels du Québec, lesquels, nous le verrons, sont tous tenus au secret (Section II)?

Section I- La délimitation du contenu du secret professionnel

Avant de jauger l'effet des enseignements de la Cour suprême, il nous apparaît opportun de rappeler une spécificité québécoise décou-

81. *Ibid.*, par. 49 (j. Arbour).

lant de la *Charte québécoise*. Ensuite, nous regarderons de plus près les conséquences liées au fait que, dorénavant, les honoraires professionnels doivent être en principe considérés comme étant privilégiés.

Sous-section 1- La Charte québécoise et les professionnels

L'article 9 de la *Charte québécoise* étend le privilège à tous les professionnels⁸². Le *Code des professions*⁸³ complété par diverses lois professionnelles, la *Loi sur le Barreau*⁸⁴ ainsi que la *Loi sur le notariat*⁸⁵ précise, pour chaque profession, l'étendue de cette notion.

Ces dispositions laissent entendre que tous les professionnels sont sur un pied d'égalité. En effet, il ne semble pas y avoir, au Québec, une hiérarchie entre, d'une part, le secret professionnel de l'avocat et d'autre part, le secret des autres professionnels. Le *Code de procédure pénale*⁸⁶ renforce d'ailleurs cette prétention: les articles 115 à 121, qui traitent des perquisitions à l'égard de renseignements confidentiels, reproduisent en substance les prescriptions contenues à l'article 488.1 C.cr. avec la particularité que tous les professionnels (ou plutôt leurs clients) bénéficient des mêmes garanties procédurales.

L'on sait en outre que les règles entourant le secret professionnel de l'avocat, étant intimement liées à la personne dans ses relations avec tous, incluant l'État, font partie du droit public québécois⁸⁷. Peut-on dès lors conclure qu'en raison de la *Charte québécoise*, ces règles sont également celles qui s'appliquent pour tous les professionnels du Québec?

Pour sa part, sur le plan de l'admissibilité de la preuve, la common law distingue entre deux classes de privilèges. Dans l'arrêt *Gruenke*⁸⁸, la Cour suprême a effectivement reconnu les privilèges

82. L'article 9 se lit ainsi: «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.»

83. *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26, art. 60.4.

84. *Loi sur le Barreau*, L.R.Q., c. B-1, art. 131.

85. *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-2, art. 15.

86. *Code de procédure pénale*, L.R.Q., c. C-25.1, art. 115 à 121.

87. *Descoteaux c Mierzwinski*, précité, note 10, p. 872 (J. Lamer).

88. *R. c. Gruenke*, précité, note 7.

dits génériques et ceux qui doivent être déterminés de façon ponctuelle. Alors que les premiers emportent une présomption d'inadmissibilité des communications qui sont couvertes par le privilège, les seconds, à l'opposé, ne bénéficieront pas à première vue de cette présomption mais une démonstration devra être faite pour déterminer si les circonstances justifient la protection des renseignements⁸⁹. En effet, les communications protégées par les privilèges génériques – celui de l'avocat ou de l'informateur en sont les principaux exemples – ne peuvent être divulguées non pas parce qu'elles sont non pertinentes mais bien parce qu'elles mettent en jeu des considérations de principe qui, peu importe les circonstances, doivent l'emporter sur la divulgation⁹⁰. Pour les autres privilèges, incluant ceux qui pourraient être revendiqués par les autres professionnels, il faudra établir que les informations visées répondent à un ensemble de critères permettant de conclure qu'elles méritent d'être protégées. Ainsi, dans l'affaire *Gruenke*, les communications religieuses dont on cherchait à justifier la protection n'ont pas passé le test de sorte qu'elles avaient été divulguées et admises en preuve à bon droit.

Le droit québécois devrait-il opérer cette distinction entre les deux classes de privilèges? Doit-on au contraire, compte tenu du choix fondamental inscrit dans ce document quasi constitutionnel qu'est la *Charte québécoise*, considérer que tous les clients des professionnels du Québec bénéficient d'un privilège générique et donc de la présomption que leurs communications seront inadmissibles en preuve contre eux? L'analyse de ces interrogations dépasse largement le cadre de la présente étude mais elle devient selon nous plus pressante devant les développements jurisprudentiels récents.

Pour nos fins, nous considérerons que tous sont sur le même pied. En conséquence, nous prendrons l'hypothèse que quelque 45 types de professionnels de même que les prêtres et ministres du culte sont visés par les derniers enseignements de la Cour suprême. Voyons maintenant quels pourraient être alors leurs impacts chez nous.

Sous-section 2- Les honoraires professionnels

L'arrêt *Maranda* pose la règle voulant qu'en principe les documents constatant le paiement d'honoraires sont privilégiés. L'impact concret sera donc, selon le scénario que nous avons retenu, de soustraire tous les professionnels québécois à une éventuelle perquisition

89. *Ibid.*, p. 286 (j. en chef Lamer).

90. *Ibid.*

touchant cet élément d'information à moins que les autorités ne puissent invoquer l'une des exceptions au secret.

Les effets, en matière d'avancement des enquêtes criminelles ou pénales, pourraient s'avérer sérieux. La personne vivant des fruits d'activités illégales qui a recours aux services d'un architecte renommé pour se faire dresser les plans d'une luxueuse résidence pourra lui verser des sommes considérables en toute quiétude: hormis l'application d'une exception, ces plans, tout comme leur coût, demeureront privilégiés. Il en sera de même pour les services du comptable, pour les frais du dentiste ou du médecin, etc. Cette personne agit-elle comme administrateur agréé au sein d'une compagnie? Si oui, ses revenus seront également privilégiés. Si la difficulté se pose avec moins d'acuité pour certaines professions (pensons, avec respect, aux sages-femmes ou aux inhalothérapeutes), force est néanmoins de constater que la preuve d'achat de plusieurs services professionnels dispendieux ne pourrait plus être aussi facilement accessible dans le cadre d'une enquête pénale ou visant le recyclage des produits de la criminalité⁹¹.

Les suites de l'arrêt *Maranda* en matière fiscale sont moins évidentes. En effet, la *Loi sur le ministère du Revenu*⁹² prévoit en son article 47 que les livres et relevés de compte d'un avocat ou d'un notaire, les pièces justificatives à l'appui ainsi que les reçus ou preuve de paiement ne sont pas protégés par le secret professionnel. Nul doute que cette disposition est sujette à contestation quant à sa validité compte tenu de son apparente incompatibilité avec le principe voulant que ces éléments soient privilégiés.

Mais au-delà de ses impacts sur les professionnels, il est également possible d'avancer que la décision *Maranda* pourrait avoir certaines répercussions sur le régime de l'aide juridique ou d'autres services publics. Certains pourraient arguer qu'il n'est maintenant plus possible pour l'État d'administrer certains systèmes de la même façon.

En effet, l'on peut se demander si la publication d'un tarif de l'aide juridique viole le secret professionnel parce qu'il précise, du

91. La difficulté, en matière criminelle, se limitera aux avocats et notaires. En effet, dans la mesure où le droit fédéral a préséance sur la loi provinciale en cas d'incompatibilité, il nous semble douteux que la *Charte québécoise* puisse faire obstacle à l'application du *Code criminel* pour les professionnels autres que les avocats.

92. *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., c. M-31, art. 46 à 53.1.

moins au Québec⁹³, combien sera versé en honoraires pour tel et tel geste, conseil ou avis? Si les montants payés aux avocats font l'objet d'un privilège, ne doit-on pas tirer les conclusions logiques de cet argument et ainsi affirmer qu'ils jouissent d'une protection permanente comme les autres facettes de la relation? Un relevé d'honoraires qui doit être transmis à l'organisme d'aide juridique qui a confié le mandat à l'avocat ne permet-il pas à l'État d'entrer en possession d'éléments privilégiés? N'est-ce pas là une violation flagrante de la «règle de justice fondamentale voulant que tout renseignement privilégié obtenu par l'État sans le consentement de son détenteur est un renseignement auquel l'État n'a pas droit»⁹⁴? Et, poussant l'argument jusqu'au bout, les professionnels de la santé œuvrant dans le système public doivent également rendre compte à l'État des gestes faits. Dans ces cas, l'État – puisqu'il est payeur – saura précisément à combien s'élève la note. Cela est-il réconciliable avec l'arrêt *Maranda*? Nous le croyons, car l'objectif recherché par l'État dans ces exemples n'est clairement pas la cueillette de preuve qui pourra éventuellement servir à incriminer le client. L'on pourrait plutôt répondre que les services pour lesquels l'État connaît les coûts sont prodigués en faveur de la personne. La théorie du consentement implicite à la divulgation par le bénéficiaire pourrait être invoquée. De plus, ces systèmes ne sont pas administrés par des agents de la paix mais par des agences jouissant, à tout le moins dans le cas de la Commission des services juridiques, d'une certaine indépendance face à la branche policière de l'État. Dans cette optique, la connaissance par l'État, dans son sens général, des émoluments versés à un professionnel passe le test de l'atteinte minimale au secret professionnel, si atteinte il y a.

Cette conclusion pourrait être différente dans le cas du régime permettant à un accusé dont les biens sont saisis ou bloqués en vertu des articles 462.32 ou 462.33 C.cr. de s'adresser au tribunal pour obtenir une ordonnance de façon à soustraire, en totalité ou en partie, le bien de la saisie ou du blocage afin, notamment, de payer ses frais juridiques. Or, en pratique, l'État prend souvent en charge l'administration du bien saisi ou bloqué durant les poursuites engagées à son égard. Si l'État ne le prend pas en charge et laisse l'administration du bien à son possesseur, il sera toutefois informé des transactions

93. *Règlement ratifiant l'entente entre le ministre de la Justice et le Barreau du Québec intervenue le 14 décembre 2000 sur les conditions d'exercice, la procédure de règlement des différends et le tarif des honoraires des avocats dans le cadre du régime d'aide juridique*, R.R.Q., 1981, c. A-14, r. 1.3, annexe II.

94. *Lavallée, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, précité, note 14.

l'affectant puisque la loi prévoit que le Procureur général doit prendre un engagement à l'égard des dommages que pourrait occasionner la saisie ou le blocage (art. 462.32(6) ou 462.33(7) C.cr.). Ainsi, lorsqu'une demande de frais juridiques présentée en vertu de l'article 462.34(4)c) C.cr. est accordée par un juge, il y aura des cas où, forcément, l'État prendra connaissance du montant des honoraires versés à un avocat. Ces dispositions législatives enfreignent-elles pour autant le secret professionnel de l'avocat? La situation est délicate dans la mesure où le Procureur général, également responsable de la poursuite, pourrait déduire, en raison du montant accordé par la Cour, quels moyens ou stratégies pourraient être déployés par l'avocat de la défense. Une nouvelle pratique doit-elle être adoptée? La question, quoique pointue, nous semble légitime.

Section II- Les perquisitions chez les professionnels

Nous avons évoqué que la législation québécoise comporte des dispositions procédurales analogues à celles contenues au *Code criminel* et désormais invalidées par l'arrêt *Lavallée*. Nous traiterons d'abord de celles-ci pour ensuite examiner l'impact pratique de ce jugement sur la conduite des perquisitions chez les professionnels du Québec.

Sous-section 1- La législation québécoise

Deux législations importantes encadrent l'exécution d'un mandat de perquisition visant une personne tenue par la loi au secret professionnel. Il s'agit de la *Loi sur le ministère du Revenu*⁹⁵ et du *Code de procédure pénale*⁹⁶. Ces lois prévoient un mécanisme similaire à celui de l'article 488.1 C.cr. et elles présentent les mêmes lacunes que celles identifiées par la Cour suprême. L'absence d'avis au bénéficiaire du secret, les délais stricts pour formuler l'opposition conjugués à l'absence de pouvoir discrétionnaire curatif du juge et, dans le cas du *Code de procédure pénale*, la possibilité pour le procureur de la couronne d'examiner le document lors de la détermination de l'applicabilité du privilège, sont au nombre des défauts qui rendent ces dispositions vraisemblablement inconstitutionnelles.

Notons que la *Loi sur le ministère du Revenu* présente une particularité intéressante. Elle prévoit expressément que seul un avocat

95. *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., c. M-31, art. 46 à 53.1.

96. *Code de procédure pénale*, L.R.Q., c. C-25.1, art. 115 à 121.

ou un notaire peut s'opposer à la saisie des documents à l'exclusion de toute autre personne tenue par la loi au secret professionnel. C'est dire que les clients de professionnels visés par une enquête pénale bénéficient d'une plus grande protection que ceux qui sont l'objet d'une enquête fiscale.

Nous sommes d'avis qu'à tout le moins en ce qui concerne les avocats et notaires, les mécanismes prévus aux deux lois précitées devront être revus et faire l'objet d'amendements sous peine de prêter à contestation.

Sous-section 2- La pratique québécoise

Depuis plusieurs années, une pratique particulière au Québec s'est développée lors de perquisitions dans les cabinets d'avocats. Les juges de paix exigent qu'un représentant du syndic du Barreau soit sur place lors de la fouille et qu'il procède, dans les faits, à l'examen des documents recherchés en lieu et place des agents de la paix; de plus, l'usage veut que toutes les pièces visées par le mandat soient automatiquement placées sous scellés par le représentant du syndic jusqu'au moment de la détermination par un juge, en vertu de la procédure prévue à l'article 488.1 C.cr., du caractère privilégié ou non des documents.

Pour la Cour d'appel du Québec, qui a commenté cette façon de faire dans la décision *Maranda*⁹⁷, l'intervention du syndic du Barreau est garante d'une part du fait que les éléments décrits au mandat de perquisition seront bel et bien obtenus. En effet, le représentant désigné n'a pas d'intérêt dans l'enquête de sorte que l'on peut s'attendre qu'il effectue la fouille adéquatement. D'autre part, étant lui-même lié par le secret professionnel, le syndic qui examine seul les documents offre une protection contre toute violation prématurée du secret de l'avocat faisant l'objet de la saisie. En somme, le *modus operandi* répond à des exigences qui vont bien au-delà des prescriptions de l'article 488.1 C.cr.⁹⁸.

Or, l'arrêt *Lavallée* a reconnu le bien-fondé de l'intervention d'un tiers neutre dans la procédure d'exécution du mandat visant le cabinet d'avocat⁹⁹. Sans exiger systématiquement la présence d'un

97. *Leblanc c. Maranda*, précité, note 20, par. 34-42 (j. Proulx).

98. *Ibid.*, par. 42 (j. Proulx).

99. *Lavallée, Rachel & Heintz c. Canada (Procureur général); White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général); R. c. Fink*, précité, note 14, par. 41 (j. Arbour).

représentant du Barreau, la Cour suprême estime que lorsque l'avocat ou le client ne peut être avisé lors de la perquisition, celui-là devrait superviser la saisie des documents¹⁰⁰.

Le modèle précurseur qui s'est développé au Québec explique le fait que le jugement *Lavallée* ne fera pas grands remous dans la pratique quotidienne des corps policiers. Précisons toutefois qu'il serait judicieux de procéder de façon similaire dans toutes les perquisitions visant un professionnel dans le cadre d'une enquête pénale. Comme nous l'avons vu, la procédure établie par le *Code de procédure pénale* vise tous les professionnels. Étant pratiquement la même que celle de l'article 488.1 C.cr. (maintenant remplacée par les dix règles précédemment citées), il nous apparaît sage d'adopter cette ligne de conduite. En somme, la prudence commande que les règles de l'arrêt *Lavallée* servent de guide pour l'exécution de toutes ces perquisitions.

CONCLUSION

Le secret professionnel empêche-t-il l'État d'obtenir des renseignements? Forcément. Mais la question, telle que formulée, fait abstraction de l'importance fondamentale du secret professionnel de l'avocat dans l'administration de la justice et son accessibilité.

Le secret professionnel empêche-t-il *indûment* l'État d'obtenir des renseignements? Non. Car si l'État doit s'assurer du respect de l'application des lois, il a tout intérêt à conserver un système judiciaire crédible et équitable. Ces deux considérations ne sont pas antinomiques, au contraire, elles contribuent plutôt à un État de droit civilisé. Les récents développements en matière de secret professionnel de l'avocat ne font que rappeler cette importante réalité.

100. *Ibid.*, par. 49 (j. Arbour).