



**Observations de la
Fédération des ordres professionnels de
juristes du Canada
au Comité sénatorial permanent
des affaires juridiques et constitutionnelles**

***Loi modifiant la Loi sur l'accès à
l'information, la Loi sur la protection des
renseignements personnels et d'autres lois en
conséquence***

Le 19 juillet 2018

Introduction

1. La Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada (la « Fédération ») est reconnaissante d'avoir l'occasion de faire des commentaires au Comité dans le cadre de son examen du projet de loi C-58, *Loi modifiant la Loi sur l'accès à l'information, la Loi sur la protection des renseignements personnels et d'autres lois en conséquence* (la « Loi »).
2. La Fédération est l'organisme coordonnateur des 14 instances dirigeantes de la profession juridique au Canada. Nos membres, les ordres professionnels de juristes, sont chargés, en vertu de la loi de leur province ou territoire, de réglementer plus de 120 000 avocats, 3 800 notaires au Québec et près de 9 000 parajuristes autorisés en Ontario dans l'intérêt du public. Un rôle important de la Fédération est de faire connaître l'opinion des instances dirigeantes de la profession juridique sur des questions d'intérêt national et international qui concernent l'administration de la justice et la primauté du droit. C'est ainsi que la Fédération a maintenant des antécédents établis de contestation des pouvoirs envisagés des Commissaires à la protection de la vie privée d'avoir accès à des documents protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat et du notaire.
3. La Fédération appuie la volonté du gouvernement d'être encore plus transparent et d'assurer la confiance du public au moyen d'un régime modernisé d'accès à l'information. Toutefois, en attribuant explicitement aux Commissaires le pouvoir d'examiner des documents protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat et du notaire, le projet de loi C-58 ne tient aucun compte de l'importance fondamentale du secret professionnel de l'avocat et du notaire qui, tel qu'affirmé par le Cour suprême, doit être aussi absolu que possible pour s'assurer que les clients peuvent communiquer ouvertement et confidentiellement avec leur conseiller juridique. En vertu du caractère sacré du privilège du secret professionnel de l'avocat et du notaire, toute ingérence doit porter atteinte le moins possible au privilège et doit être justifiée par une nécessité absolue, ce que le projet de loi C-58 ne parvient pas à démontrer en raison des droits d'examen considérables qui sont accordés aux deux Commissaires.
4. De plus, la Fédération craint que le régime législatif prévu dans le cadre du projet de loi C-58 diminue le sens et l'application du privilège du secret professionnel de l'avocat et du notaire dans le contexte du gouvernement fédéral et ne porte ainsi atteinte à l'aptitude des institutions du gouvernement fédéral à donner et recevoir un avis juridique efficace.
5. La Fédération a abordé ces préoccupations lors d'une réunion avec des représentants du ministère de la Justice le 21 novembre 2017 et de nouveau dans une lettre à la ministre de la Justice le 11 décembre 2017. N'ayant reçu aucune réponse à ces interventions de la Fédération, nous espérons que ce Comité accueillera favorablement les questions soulevées ci-dessous.
6. **La loi sur le privilège du secret professionnel de l'avocat et du notaire au Canada**
7. La Cour suprême est demeurée vigilante en ce qui concerne la protection du privilège du secret professionnel de l'avocat et du notaire dans ses décisions sur les pouvoirs conférés par la loi aux Commissaires à la protection de la vie privée. La Fédération est intervenue devant la Cour suprême dans les deux affaires qui ont fait jurisprudence et qui sont décrites ci-dessous. Dans les deux cas, la Cour suprême a appuyé la position de la Fédération sur

le caractère sacré des documents protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat et du notaire.

8. Dans l'affaire *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health* (« Blood Tribe »),¹ une ancienne employée du Blood Tribe Department of Health a déposé une plainte auprès de la Commissaire à la protection de la vie privée au fédéral en vue de pouvoir avoir accès à son dossier personnel. Par suite de cette plainte, l'employeur a fourni les documents à l'exception de ceux à l'égard desquels il invoquait le privilège du secret professionnel de l'avocat et du notaire. La Commissaire à la protection de la vie privée était d'avis que son bureau pouvait ordonner la production des documents protégés par le privilège du secret professionnel puisque la LPRPDE l'autorisait à exercer ses pouvoirs d'enquête « de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure d'archives » et à « recevoir les éléments de preuve ou les renseignements [. . .] qu'il estime indiqués, indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux ».²
9. Dans l'affaire *Blood Tribe*, le juge Binnie, au nom de la Cour, a rejeté les arguments de la Commissaire à la protection de la vie privée en concluant que la loi ne comporte aucune disposition claire et explicite lui permettant de passer outre au privilège du secret professionnel de l'avocat et du notaire. Il a jugé que la Commissaire à la protection de la vie privée ne disposait pas de la même indépendance et la même autorité qu'un tribunal judiciaire, ajoutant que le pouvoir d'un tribunal judiciaire d'examiner un document protégé par le privilège du secret professionnel découle de son pouvoir de statuer sur des demandes portant sur des droits. Le juge Binnie est d'avis que l'autorité de la Commissaire à la protection de la vie privée en vertu de la loi n'était d'aucune façon parallèle aux pouvoirs inhérents de la cour.
10. La Commissaire à la protection de la vie privée avait soutenu dans l'affaire *Blood Tribe* qu'elle doit systématiquement examiner des documents protégés par le privilège du secret professionnel dans tous les cas où ce privilège est revendiqué. L'argument n'a pas été retenu par le juge Binnie, lequel a réaffirmé qu'on ne peut porter atteinte au privilège du secret professionnel que lorsqu'il est absolument nécessaire de le faire. La Commissaire à la protection de la vie privée disposait d'autres moyens moins attentatoires. Elle aurait pu renvoyer à la Cour fédérale toute question relative au privilège du secret professionnel de l'avocat et du notaire ou une demande de redressement. Le juge Binnie a statué que la communication sous la contrainte à un fonctionnaire constituerait, aux yeux d'un client, une violation de la confidentialité et l'objection est d'autant plus sérieuse lorsqu'il existe une possibilité que les renseignements visés par le privilège soient rendus publics ou utilisés contre la personne qui a droit au privilège.³
11. La Cour suprême du Canada a été saisie de questions similaires dans l'affaire *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary* (« University of Calgary »),⁴ où le dossier personnel d'une employée lui a été refusé en raison du privilège du secret professionnel de l'avocat et du notaire. La Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de la province demandait la production des documents en vertu d'un pouvoir légal d'exiger la divulgation malgré « tout privilège que reconnaît le droit de la preuve ».

¹ 2008 CSC 44 (CanLII).

² *Ibid*, aux par. 7, 12 et 19.

³ *Blood Tribe*, *supra* note 9 aux par. 2, 21-22.

⁴ 2016 CSC 53 (CanLII).

12. La juge Côté, auteure de la décision de la majorité dans l'affaire *University of Calgary*, a refusé d'interpréter le privilège du secret professionnel de l'avocat et du notaire comme faisant partie de la catégorie du « privilège que reconnaît le droit de la preuve » parce que l'expression n'est pas suffisamment claire et précise pour permettre qu'on porte atteinte à un droit substantiel et fondamental. La juge Côté a également souligné le rôle possiblement opposé de la Commissaire à l'information si elle devenait partie à une instance engagée contre un organisme public qui refuse de communiquer de l'information, ce qui indique, selon elle, que la communication de l'information à la Commissaire constitue en soi une atteinte au secret professionnel. La juge Côté a conclu que même s'il y a une intention claire et non équivoque de la part du législateur, il n'était pas opportun dans ce cas-ci d'ordonner la communication puisque la Commissaire à l'information n'avait pas réussi à démontrer la nécessité d'examiner les documents pour décider en toute justice si le privilège du secret professionnel avait été invoqué à bon droit.⁵
13. La Cour suprême du Canada a donc clairement statué dans deux circonstances qu'en raison du caractère sacré du privilège du secret professionnel de l'avocat et du notaire, en tant que principe de justice fondamentale, un libellé ambigu ne peut venir porter atteinte à ce privilège. Même si le libellé de la loi est clair, le caractère quasi absolu du privilège du secret professionnel de l'avocat et du notaire signifie que toute atteinte au droit ne doit être que minimale et être justifiée par une nécessité absolue. En dernier lieu, la nécessité absolue d'un examen est peu probable lorsque le recours aux tribunaux est possible.

Pouvoirs d'enquête proposés pour les institutions fédérales dans le projet de loi C-58

14. Le projet de loi C-58 vise à élargir les pouvoirs d'enquête des Commissaires à l'information et à la protection de la vie privée en leur permettant d'examiner tout document de l'administration fédérale malgré le privilège du secret professionnel de l'avocat ou du notaire et le privilège relatif au litige. Ces pouvoirs d'examen sont exercés lorsqu'une institution fédérale refuse de divulguer des documents et sont attribués aux Commissaires même si ces derniers sont toujours en mesure de renvoyer un tel refus à la Cour fédérale.
15. La loi proposée élargit les pouvoirs d'enquête du Commissaire à l'information en modifiant l'article 36 de la *Loi sur l'accès à l'information* actuellement en vigueur, là où le texte est souligné :

(2) Malgré toute autre loi fédérale, toute immunité reconnue par le droit de la preuve, le secret professionnel de l'avocat ou du notaire et le privilège relatif au litige, mais sous réserve du paragraphe (2.1), le Commissaire à l'information a, pour les enquêtes qu'il mène en vertu de la présente partie, accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la présente partie s'applique; aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.
16. Le pouvoir du Commissaire d'examiner de l'information protégée par le privilège du secret professionnel de l'avocat et du notaire serait exercé s'il y a refus de divulguer des documents, tel que le stipule le texte suivant qui est ajouté à l'article 36 de la *Loi sur l'accès à l'information* :

⁵ *University of Calgary*, supra note 16 aux par. 36 et 68.

(2.1) Le Commissaire à l'information n'a accès qu'aux documents contenant des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat ou du notaire ou par le privilège relatif au litige dont le responsable d'une institution fédérale refuse la communication au titre de l'article 23.

17. La loi proposée aborde également la question de renonciation au privilège en ajoutant aussi ce qui suit à l'article 36 de la *Loi sur l'accès à l'information* :

(2.2) Il est entendu que la communication, au Commissaire à l'information, par le responsable d'une institution fédérale, de documents contenant des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat ou du notaire ou par le privilège relatif au litige ne constitue pas une renonciation au secret professionnel ou au privilège.

18. Le projet de loi C-58 modifie également les processus de renvoi des plaintes à la Cour fédérale pour une révision, en précisant qui peut comparaître devant la Cour, quelles échéances doivent être respectées et comment traiter les ordonnances du Commissaire à l'information en attendant la révision de la Cour. L'accès de la Cour aux documents, tel que prévu à l'article 46 de la *Loi sur l'accès à l'information*, est modifié comme suit :

46 Malgré toute autre loi fédérale, toute immunité reconnue par le droit de la preuve, le secret professionnel de l'avocat ou du notaire et le privilège relatif au litige, la Cour a, pour les recours prévus aux articles 41, 42 et 44, accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la présente partie s'applique; aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.

19. Les mêmes modifications sont proposées pour le Commissariat à la protection de la vie privée, lesquelles lui autorisent les pouvoirs d'examiner les documents assujettis au privilège du secret professionnel de l'avocat et du notaire et au privilège relatif au litige, qualifiant un tel examen d'extension du privilège et clarifiant l'habileté de la Cour à examiner ces mêmes documents.⁶
20. Le projet de loi C-58 semble être une réponse législative à la jurisprudence de la Cour suprême dans *Blood Tribe* et *University of Calgary*, indiquant expressément que les Commissaires à l'information et à la protection de la vie privée sont autorisés à ordonner et examiner de l'information visée par le privilège du secret professionnel de l'avocat et du notaire dans leurs enquêtes initiales sans faire appel à un tribunal. Une formulation expresse n'est toutefois pas une solution aux lacunes constitutionnelles dans le projet de loi.
21. La Fédération considère que le projet de loi ne protège pas suffisamment le privilège du secret professionnel de l'avocat et du notaire. Il ne reconnaît pas non plus que ce privilège, comme l'a confirmé la Cour suprême du Canada, doit être aussi absolu que possible, que toute mesure législative qui porterait atteinte au privilège doit l'affaiblir le moins possible et que toute atteinte doit être absolument nécessaire pour en arriver aux objectifs législatifs.

⁶ Projet de loi C-58, *Loi modifiant la Loi sur l'accès à l'information, la Loi sur la protection des renseignements personnels et d'autres lois en conséquence*, 1^{re} session, 42^e législature, 2017 aux articles 49 – 51.

22. En accordant automatiquement aux Commissaires à l'information et à la protection de la vie privée le droit d'examiner de l'information protégée par le privilège du secret professionnel de l'avocat et du notaire, le gouvernement n'arrive pas à démontrer la nécessité d'un examen de l'un ou de l'autre individuellement ou de l'octroi du pouvoir d'examen de façon plus générale. La nécessité d'examiner des communications protégées par le privilège du secret professionnel doit être démontrée en fonction de chaque document particulier, mais les pouvoirs considérables envisagés par le projet de loi C-58 ne tiennent pas compte d'une telle détermination. De plus, la Fédération doute que la nécessité puisse être établie dans n'importe quelle circonstance compte tenu du fait que les Commissaires peuvent avoir recours aux tribunaux tel que prescrit par la loi.
23. Le pouvoir considérable d'exiger la production de documents et d'examiner des documents à l'égard desquels on invoque le privilège est en plus incompatible avec la démarche qu'utilisent les tribunaux pour déterminer si le privilège a été invoqué à bon droit. Dans la mesure du possible, les tribunaux s'abstiennent généralement d'examiner des documents qui pourraient être protégés par le privilège du secret professionnel.
24. Dans *Blood Tribe* et *University of Calgary*, la Cour suprême n'était pas d'accord à propos du fait qu'un titulaire d'une fonction administrative puisse déterminer si le privilège du secret professionnel de l'avocat et du notaire s'applique, surtout s'il peut avoir des intérêts opposés à ceux de l'entité à qui il demande initialement une divulgation. C'est exactement la situation que créerait la loi proposée : une partie en litige avec le Commissaire à la protection de la vie privée ou à l'information pourrait être contrainte de communiquer un avis juridique qui concerne ce litige même.
25. La Fédération est convaincue que la confiance du client constitue le fondement du privilège du secret professionnel de l'avocat et du notaire et toute atteinte doit être évaluée du point de vue du client. Pour le client, la communication sous la contrainte à un arbitre porte atteinte au privilège même si elle ne va pas plus loin.

Mise en péril de l'avis juridique au sein du gouvernement fédéral

26. Compte tenu de la primauté de la confiance du client, la Fédération considère également que le régime envisagé par le projet de loi C-58 pourrait nuire à l'avis juridique au sein du gouvernement fédéral.
27. La Cour suprême a déclaré que de passer outre au privilège du secret professionnel de l'avocat ou du notaire, comme l'envisagent ces modifications, risque d'avoir un effet d'intimidation, ce qui amènerait les clients et les avocats ou notaires à agir avec circonspection avant de décider de demander ou d'obtenir un avis juridique par écrit. Cette préoccupation est tout aussi applicable au gouvernement en tant que client qu'aux clients du secteur privé.
27. Nous présumons que le gouvernement fédéral tient toujours à obtenir des avis juridiques exhaustifs et francs malgré un régime modernisé d'accès à l'information. En qualifiant les agents administratifs d'arbitres de conflits relatifs au privilège du secret professionnel de l'avocat et du notaire, la protection du privilège de façon plus générale pourrait se retrouver sur un terrain glissant. Sans une façon raisonnée d'aborder le privilège du secret professionnel de l'avocat et du notaire, il est à prévoir que ces pouvoirs d'examen



pourraient s'étendre et être accordés à des postes administratifs autres que ceux des Commissaires à l'information et à la protection de la vie privée, ce qui mettrait en cause l'intérêt des citoyens canadiens à recevoir un avis juridique confidentiel d'un avocat ou d'un notaire.

Conclusion

28. Telle que soutenue avec succès devant la Cour suprême du Canada, la position de la Fédération est que les entités administratives doivent être limitées dans leurs pouvoirs d'ordonner la production de communications protégées par le privilège du secret professionnel. Bien qu'elles ne soient pas monolithiques dans leur ensemble, aucune d'entre elles ne peut prétendre avoir comme grande responsabilité la préservation de la primauté du droit et l'administration indépendante, juste et efficace de la justice.
29. Il y a une différence manifeste entre les pouvoirs d'enquête des Commissaires à l'information et à la protection de la vie privée et les pouvoirs inhérents des tribunaux de statuer sur des demandes contestées portant sur des droits. La Cour suprême a clairement affirmé à plusieurs reprises que la voie institutionnelle la moins attentatoire pour examiner des communications protégées par le privilège du secret professionnel est celle d'une magistrature indépendante en vertu de la constitution. Dans la mesure où le privilège du secret professionnel de l'avocat et du notaire est un droit fondamental qui est essentiel à la primauté du droit, la Fédération recommande vivement à ce Comité de laisser à nos tribunaux le soin d'examiner les documents confidentiels et de statuer sur le privilège.
30. Nous serions heureux d'avoir l'occasion de discuter plus en détail de ces questions et de pouvoir aider le Comité autrement dans le cadre de son examen de la Loi.

