



**Observations de la  
Fédération des ordres professionnels de juristes  
du Canada  
au Comité sénatorial permanent de la sécurité  
nationale et de la défense**

***Loi concernant des questions de sécurité  
nationale***

**Ottawa, le 17 janvier 2019**

## Introduction

1. La Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada (« la Fédération ») se réjouit de l'occasion qui lui est offerte de présenter des commentaires au Comité dans le cadre de l'examen par ce dernier du projet de loi C-59, *Loi concernant des questions de sécurité nationale* (« la Loi »)<sup>1</sup>.
2. La Fédération est l'organisme coordonnateur national des 14 ordres professionnels de juristes du Canada, qui ont le mandat, en vertu de la loi de leur province ou de leur territoire, de réglementer les plus de 120 000 avocats du Canada, de 3 800 notaires du Québec et de 9 000 parajuristes indépendants de l'Ontario dans l'intérêt du public. Un des rôles importants que joue la Fédération consiste à exprimer l'avis de ces ordres professionnels sur les enjeux nationaux et internationaux concernant l'administration de la justice et la primauté du droit. La Fédération a soulevé à maintes reprises dans le passé des préoccupations concernant les dispositions législatives qui visent à affaiblir la portée du privilège du secret professionnel de l'avocat ou du notaire.
3. La Fédération appuie l'engagement du gouvernement en ce qui concerne la sécurité nationale et celle des Canadiennes et des Canadiens. Cependant, en accordant explicitement aux nouveaux organismes de surveillance de la sécurité nationale dont la création est proposée le pouvoir d'examiner les documents protégés par le secret professionnel de l'avocat ou du notaire, le projet de loi C-59 ne tient pas compte de l'importance fondamentale du privilège qui, selon la Cour suprême du Canada, doit demeurer aussi absolu que possible afin que les clients puissent communiquer de façon ouverte et confiante avec leur conseiller juridique. En raison du caractère sacré du privilège du secret professionnel de l'avocat ou du notaire, il est impératif que tout empiètement porte le moins possible atteinte au privilège et qu'il soit absolument nécessaire. Or, le projet de loi C-59 ne respecte pas le critère de la nécessité absolue, eu égard aux vastes droits d'examen qu'il prévoit.
4. La Fédération craint également fortement que le régime législatif envisagé par le projet de loi C-59 ne dilue la portée et l'effet du privilège du secret professionnel de l'avocat ou du notaire dans le contexte gouvernemental, ce qui pourrait compromettre la capacité des institutions fédérales de donner et de recevoir des avis juridiques efficaces. Cette question revêt une importance vitale dans le cadre des décisions à prendre en matière de sécurité nationale.
5. La Fédération a soulevé ces préoccupations dans une lettre adressée au ministre de la Sécurité publique le 20 avril 2018. Jusqu'à maintenant, nos préoccupations sont demeurées sans réponse et nous espérons donc que le Comité se penchera sur les questions soulevées ci-dessous.

---

<sup>1</sup> Document consultable en ligne à l'adresse suivante : <http://www.parl.ca/DocumentViewer/fr/42-1/projet-loi/C-59/troisieme-lecture>.

## Le droit régissant le secret professionnel de l'avocat et du notaire au Canada

6. La Cour suprême du Canada s'est montrée vigilante dans le passé pour protéger le privilège du secret professionnel de l'avocat ou du notaire dans les décisions qu'elle a rendues au sujet des pouvoirs prévus par la loi des acteurs gouvernementaux, notamment ceux des commissaires à la protection de la vie privée. La Fédération est intervenue devant la Cour suprême du Canada dans les deux affaires faisant autorité qui sont décrites ci-dessous et, dans les deux cas, la Cour a approuvé la position de la Fédération au sujet du caractère sacré du privilège du secret professionnel de l'avocat ou du notaire.
7. Dans l'arrêt *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department* (« *Blood Tribe* »)<sup>2</sup>, la commissaire fédérale à la protection de la vie privée a invoqué le pouvoir d'exiger la production de documents privilégiés détenus par une tierce partie, étant donné que sa loi habilitante 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 [...], indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux »<sup>3</sup>.
8. Dans une décision unanime, la Cour a rejeté la position de la commissaire, concluant que celle-ci n'était pas dans la même situation d'indépendance et d'autorité qu'un tribunal judiciaire, dont le pouvoir d'examiner un document privilégié découle de celui de statuer sur des demandes portant sur des droits. La Cour a jugé que le pouvoir conféré par la loi au commissaire à l'information ne s'apparentait nullement aux pouvoirs inhérents du tribunal judiciaire. De plus, il n'y avait aucune disposition législative claire permettant explicitement de passer outre au privilège du secret professionnel de l'avocat ou du notaire.
9. Dans l'affaire *Blood Tribe*, le commissaire à la protection de la vie privée avait soutenu qu'il lui fallait « systématiquement » examiner les documents protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat ou du notaire lorsque ce privilège était revendiqué. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Binnie a rejeté cet argument, rappelant qu'il ne peut être porté atteinte au privilège que lorsque cette atteinte est « absolument nécessaire ». La commissaire à la protection de la vie privée pouvait prendre des mesures moins attentatoires, par exemple renvoyer une question relative au privilège à la Cour fédérale ou exercer un recours devant celle-ci. De l'avis du juge Binnie, pour un client, la communication, sous la contrainte, de renseignements confidentiels à un fonctionnaire constituerait une violation de la confidentialité, et l'objection est encore plus sérieuse lorsqu'il existe une possibilité que les renseignements visés par le privilège soient rendus publics ou qu'ils soient utilisés contre la personne qui a droit au privilège<sup>4</sup>.
10. Des questions similaires ont à nouveau été portées à l'attention de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary* (« *University of Calgary* »)<sup>5</sup>, dans laquelle le commissaire provincial à l'information et à la protection de la vie privée sollicitait, en vertu de ses

<sup>2</sup> 2008 CSC 44 (CanLII).

<sup>3</sup> *Ibid.*, par. 7, 12 et 19.

<sup>4</sup> *Ibid.*, par. 2, 21-22.

<sup>5</sup> 2016 CSC 53 (CanLII).

pouvoirs prévus par la loi, la production de documents détenus par une tierce partie et protégés par le privilège du secret professionnel, malgré « tout privilège que reconnaît le droit de la preuve ».

11. La juge Côté, qui a rédigé le jugement majoritaire rendu dans cette affaire-là, a souligné que le commissaire à l'information pourrait avoir des intérêts opposés à ceux de l'organisme public s'il devenait partie à l'instance engagée contre celui-ci lorsqu'il refuse de communiquer de l'information, ce qui montrait bien que la communication de l'information au commissaire constituait en soi une atteinte au secret professionnel. La juge Côté a ajouté que, malgré l'existence d'une disposition législative traduisant plus clairement l'intention du législateur d'affaiblir la portée du privilège du secret professionnel, l'affaire ne se prêtait pas à une ordonnance de communication, étant donné que le commissaire à l'information n'avait pas réussi à prouver qu'il était nécessaire pour la Cour d'examiner les documents pour trancher en toute justice la question de l'existence du privilège<sup>6</sup>.
12. Les décisions que la Cour suprême du Canada a rendues dans ces deux affaires-là montrent indéniablement que, même si le texte législatif semble permettre l'accès aux renseignements protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat ou du notaire, ce privilège confère une protection quasi absolue, de sorte que tout empiètement doit porter le moins possible atteinte au droit et doit être absolument nécessaire, lequel critère ne sera vraisemblablement pas respecté en cas de recours devant les tribunaux.

### **Pouvoirs d'enquête que le projet de loi C-59 accorderait aux institutions fédérales**

13. Le projet de loi C-59 prévoit la création d'un organisme de surveillance globale, l'Office de surveillance des activités en matière de sécurité nationale et de renseignement (OSASNR), qui serait chargé de surveiller les activités antiterroristes de différents organismes gouvernementaux. L'OSASNR est investi d'un large mandat qui consiste à examiner toute activité exercée par le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) ou par le Centre de la sécurité des télécommunications (CST), à examiner l'exercice par les ministères de leurs activités liées à la sécurité nationale ou au renseignement, à examiner les questions liées à la sécurité nationale ou au renseignement dont il est saisi par un ministre, ainsi qu'à faire enquête sur les plaintes portant sur des activités du SCRS et sur les plaintes formulées au titre de dispositions particulières de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, de la *Loi sur la citoyenneté* et de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>7</sup>.
14. Le projet de loi C-59 autorise explicitement l'OSASNR à obtenir l'accès aux renseignements qui relèvent de tout ministère ou qui sont en possession de tout ministère et qui sont protégés par toute immunité reconnue par le droit de la preuve, par le secret professionnel de l'avocat ou du notaire ou par le privilège relatif au litige<sup>8</sup>. Selon le projet de loi C-59, la communication à l'OSASNR d'informations

<sup>6</sup> *University of Calgary, ibid.*, par. 36 et 68.

<sup>7</sup> *Loi concernant des questions de sécurité*, précitée, note 1, art. 8 et 1.

<sup>8</sup> *Ibid.*, par. 9(2).

protégées par le secret professionnel de l'avocat ou par le privilège relatif au litige ne constitue pas une renonciation au secret professionnel ou au privilège.

15. Le projet de loi C-59 renforce de la même manière le pouvoir de surveillance à l'endroit du SCRS et du CST en créant le poste de commissaire au renseignement, lequel serait chargé d'examiner les autorisations accordées ou modifiées par ces organismes au titre de la Loi. Le commissaire serait un juge à la retraite d'une juridiction supérieure qui serait nommé pour une période de cinq ans et qui aurait pour mandat d'examiner les conclusions sur lesquelles reposent certaines autorisations accordées ou modifiées et certaines déterminations effectuées au titre de la *Loi sur le Centre de la sécurité des télécommunications* et de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, et d'approuver ces autorisations, modifications et déterminations, si elles reposent sur des conclusions raisonnables<sup>9</sup>.
16. Encore là, le projet de loi C-59 confère explicitement au commissaire le droit d'accès aux informations qui relèvent de tout ministère ou qui sont en la possession de tout ministère et qui sont protégées par toute immunité reconnue par le droit de la preuve, par le secret professionnel de l'avocat ou du notaire ou par le privilège relatif au litige, et précise que la communication d'informations de cette nature au commissaire ne constitue pas une renonciation au secret professionnel ou au privilège<sup>10</sup>.
17. De l'avis de la Fédération, le projet de loi C-59 ne protège pas suffisamment le privilège du secret professionnel de l'avocat ou du notaire. De plus, contrairement à ce qu'a décidé la Cour suprême du Canada, il ne reconnaît pas que la protection accordée par le privilège du secret professionnel de l'avocat ou du notaire doit demeurer aussi absolue que possible, que toute disposition législative visant à affaiblir la portée du privilège doit porter le moins possible atteinte à celui-ci, et que l'atteinte doit absolument être nécessaire pour la réalisation des objectifs législatifs.
18. En accordant à l'OSASNR et au commissaire au renseignement le droit automatique d'examiner les renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat ou du notaire, le gouvernement n'établit pas pour autant que les examens individuels ou l'octroi d'un pouvoir d'examen plus vaste sont nécessaires. La nécessité d'examiner les communications protégées doit être établie pour chaque document; or, les vastes pouvoirs prévus par le projet de loi C-59 ne sont pas assujettis à cette exigence.
19. Le pouvoir d'exiger la production de documents à l'égard desquels le secret professionnel de l'avocat ou du notaire est invoqué, et d'examiner les documents en question, est également incompatible avec l'approche que suivent les tribunaux pour déterminer si le privilège a été revendiqué à bon droit. Les tribunaux s'abstiennent dans la mesure du possible d'examiner des documents susceptibles d'être privilégiés.
20. Le projet de loi C-59 prévoit que la communication aux commissaires de renseignements de cette nature par une institution fédérale ne constitue pas une renonciation au privilège. Ainsi que la Fédération l'a souligné à d'autres occasions, toute atteinte doit être examinée du point de vue du client. Aux yeux du client, qu'il

<sup>9</sup> *Loi concernant des questions de sécurité nationale*, précitée, note 1, art. 4 et 13.

<sup>10</sup> *Ibid.*, par. 23(2) et art. 25.

s'agisse d'une institution publique ou privée, la communication, sous la contrainte, de renseignements à une partie extérieure à la relation privilégiée compromet ce privilège, même si la communication s'arrête là. Les décisions de la Cour suprême du Canada appuient fermement cette position.

### **Répercussions sur la communication d'avis juridiques au sein du gouvernement fédéral**

21. Étant donné qu'il est impératif de préserver la confiance des clients, la Fédération croit également que le régime proposé par le projet de loi C-59 peut nuire à la communication d'avis juridiques au sein du gouvernement fédéral.
22. La Cour suprême du Canada a jugé que le fait de passer outre au privilège du secret professionnel prévue dans le projet de loi C-59 aura vraisemblablement un effet dissuasif, c'est-à-dire qu'il incitera les clients et les avocats à hésiter à solliciter et à obtenir des avis juridiques par écrit. Cette préoccupation vaut pour tous les clients, qu'ils fassent partie du gouvernement ou du secteur privé.
23. Le projet de loi C-59 inciterait vraisemblablement les clients faisant partie du gouvernement, ainsi que les avocats et les notaires du gouvernement qui travaillent dans le domaine de la sécurité nationale, à se garder de solliciter et de donner des avis juridiques par écrit. Nous souscrivons au témoignage que Peter Edelmann a présenté le 1<sup>er</sup> février 2018 lorsqu'il a comparu au nom de l'Association du Barreau canadien devant le Comité permanent de la Chambre des communes sur la sécurité publique et nationale, et au cours duquel il a décrit la consultation juridique comme un dialogue franc et ouvert entre le conseiller juridique et son client sur l'éventail des mesures possibles et sur les différents risques qu'elles comportent<sup>11</sup>.
24. Il est important, surtout en matière de sécurité nationale, que les représentants du gouvernement obtiennent des avis transparents et fiables au sujet des incidences de différentes mesures dont certaines comportent des risques plus élevés que d'autres. L'effet dissuasif susceptible de découler, ainsi que l'a expliqué la Cour suprême du Canada, du fait de passer outre au privilège du secret professionnel de l'avocat ou notaire de la manière envisagée par le projet de loi C-59 pourrait sérieusement compromettre le processus décisionnel gouvernemental.

### **Conclusion**

25. Ainsi qu'elle l'a fait valoir avec succès devant la Cour suprême du Canada, la Fédération soutient qu'il est nécessaire d'empêcher les entités administratives d'exiger la production de communications protégées. Si louable que soit la mission de l'OSASNR et du commissaire au renseignement, aucun d'eux ne peut soutenir que la primauté du droit et l'administration équitable et efficace de la justice constituent une responsabilité qui l'emporte sur la protection de ces communications.

<sup>11</sup> Témoignage de Peter Edelmann, Association du Barreau canadien, devant le Comité permanent de la sécurité publique et nationale, 1<sup>er</sup> février 2018, consultable en ligne à l'adresse suivante : <https://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/42-1/SECU/reunion-94/temoignages>.

26. Le privilège du secret professionnel de l'avocat ou du notaire constitue un droit fondamental qui est essentiel à la primauté du droit et qu'il faut préserver dans un vaste éventail de circonstances. En ce qui concerne le projet de loi C-59, la Fédération demande au législateur de continuer à laisser aux tribunaux le soin de se prononcer sur l'accès aux documents à l'égard desquels ce privilège est revendiqué.
27. Nous sommes tout à fait disposés à discuter plus à fond de ces questions avec le Comité et à lui apporter notre aide dans le cadre de son examen du projet de loi.

