



PAR COURRIEL

7 juin 2017

L'Honorable Jody Wilson-Raybould
Ministre de la Justice
Chambre des communes
Ottawa, Ontario
K1A 0A6

Re: Soumission pour les projets de loi C-39 et C-51

Chère Ministre,

La Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada (la « Fédération »), au nom de ses membres, les ordres professionnels de juristes, aimerait profiter de cette occasion pour formuler des commentaires au sujet du projet de loi C-39 du gouvernement fédéral, la « *Loi modifiant le Code criminel (dispositions inconstitutionnelles) et d'autres lois en conséquence* » et du projet de loi C-51, la « *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi* ».

La Fédération appuie la révision du système de justice pénale que mène actuellement le gouvernement, ainsi que l'engagement du gouvernement à mettre de l'ordre dans le *Code criminel du Canada* (le *Code criminel*) afin de s'assurer qu'il est juste et actuel. Il est essentiel de s'assurer que la loi actuelle reflète l'état réel du droit au Canada afin de pouvoir favoriser la bonne administration de la justice. Bien que la Fédération reconnaisse que ni le projet de loi C-39 ni le projet de loi C-51 dresse une liste complète de chaque disposition qui a besoin d'être abrogée ou modifiée, nous vous encourageons fortement à envisager d'ajouter l'article 488.1 (perquisitions dans les bureaux d'avocats). Sinon, comme mesure de rechange, nous demandons un engagement à inclure l'article 488.1 dans une loi modificative ultérieure.

La Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada

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 territoire, de réglementer les 117 000 avocats au pays, les 4 500 notaires au Québec et les quelques 8 000 parajuristes autorisés en Ontario dans l'intérêt du public. Parmi ses activités, la Fédération favorise l'élaboration de normes nationales, encourage l'harmonisation des règles et procédures des ordres professionnels de juristes et entreprend des projets à l'échelle nationale tels qu'ils lui sont confiés par ses membres. La Fédération se prononce également sur des dossiers essentiels à la préservation du droit du public à une profession juridique indépendante et à la

protection du privilège du secret professionnel du juriste, ainsi que sur d'autres questions qui se rapportent à l'administration de la justice et la primauté du droit.

Article 488.1 : Contexte

L'article 488.1 a été promulgué en 1985 dans le but d'établir une procédure pour régir les revendications de privilège du secret professionnel lors de l'exécution de mandats de perquisition dans des cabinets d'avocats ou de notaires du Québec (reportez-vous à l'**annexe A** pour lire le texte complet de l'article 488.1). La disposition fut officiellement annulée par la Cour suprême du Canada en 2002 dans l'arrêt *Lavallee, Rackel et Heinz c. Canada (Procureur général) (Lavallee)*¹. Après avoir déclaré l'article inconstitutionnel, le Cour a formulé dix principes pour régir les perquisitions dans les cabinets d'avocats, en common law, jusqu'à ce que le Parlement juge bon d'adopter de nouvelles dispositions législatives² (reportez-vous à l'**annexe B** pour lire la liste). Tel que la Cour l'a bien précisé, ces lignes directrices ne visent pas à remplacer un régime législatif soigneusement conçu, mais plutôt à servir de solution provisoire. Toutefois, au cours des 15 années depuis l'arrêt *Lavallee*, le gouvernement n'a fait aucune démarche pour prendre une mesure législative adéquate par suite de la décision de la Cour. La Fédération est d'avis qu'une modification législative permettrait de clarifier cette question importante.

Modifier l'article 488.1

Bien qu'il semble, de façon générale, que les tribunaux, après l'arrêt *Lavallee*, aient cité et appliqué les dix principes directeurs, le besoin pressant de protéger le privilège du secret professionnel demande une loi parfaitement claire. Puisque l'article 488.1 fait encore partie du *Code criminel*, il risque d'y avoir confusion et atteinte au privilège. Une modification législative permettrait de clarifier cette question davantage.

Le risque de confusion est évident dans l'affaire *R c. Stewart McKelvey and Dee*.³ Le cabinet d'avocats Stewart McKelvey Stirling and Scales a reçu signification d'une ordonnance de communication de la part de l'Agence du revenu du Canada (ARC), enjoignant le cabinet de produire des documents de succession appartenant à son client, John Dee. Le cabinet a fait parvenir des documents à l'ARC qui les a tout de suite remis à un shérif pour déterminer si le privilège du secret professionnel s'appliquait. Durant l'audience, l'avocat de l'exécuteur testamentaire de John Dee a soutenu que les documents étaient protégés par le privilège. Dans sa décision, le juge saisi de la requête a statué que, conformément à l'alinéa 488.1(4)(d)⁴, certains des documents devraient être fournis à l'intimé. Il n'a fait aucune référence à l'arrêt *Lavallee* ou aux principes directeurs. En appel,⁵ la Cour d'appel a précisé que même s'il semble que le juge se soit appuyé sur l'article 488.1, il ne l'a pas effectivement appliqué à son analyse. Au paragraphe 15, la Cour d'appel a déclaré ce qui suit :

¹ 2002 CSC 61 (CanLII)

² Au par. 49

³ 2007 NBQB 081 (CanLII)

⁴ Au par. 11

⁵ *Dee c. Sa Majesté la Reine du chef du Canada*, 2008 NBCA 10 (CanLII)

Bien que le juge saisi de la requête ait dit qu'il tranchait la question conformément aux sous-alinéas 488.1(4)d(i) et (ii), la requête du ministère public était en fait conforme aux lignes directrices que la juge Arbour a énoncées dans l'arrêt *Lavallee* et la décision du juge respectait les par. 9 et 10 de ces lignes directrices.

Ce fut en fait dans la requête du ministère public qu'on a soulevé l'inconstitutionnalité de la disposition et les principes que la Cour devait appliquer dans son analyse, ce que le libellé de la décision n'a pas établi clairement. N'eût été la décision de la Cour d'appel, cette affaire aurait pu créer un précédent pour une fausse interprétation de l'état du droit.

Dans *Lavallee*, la Cour a signalé qu'en élaborant de nouvelles dispositions législatives pour remplacer l'article 488.1, il serait bon de consulter « les personnes chargées de leur interprétation et de leur application ainsi que celles touchées par celles-ci ». Et c'est ce que nous conseillons vivement au gouvernement de faire au moment de rédiger les dispositions qui remplaceraient l'article 488.1. Suivant la décision de la Cour dans l'affaire *Lavallee*, la Fédération a élaboré un protocole pour les perquisitions dans les cabinets d'avocats et plusieurs ordres professionnels de juristes se sont inspirés de ce protocole en mettant au point des ressources pour apprendre aux membres de la profession juridique comment protéger les renseignements qu'ils possèdent et qui sont protégés par le privilège du secret professionnel au moment d'une perquisition dans leur cabinet. Bien qu'il revienne au ministre de formuler le texte d'une nouvelle disposition, nous serions heureux de présenter ce protocole au gouvernement dans le contexte d'une consultation sur la modification de l'article 488.1.

Recommandation

On ne sait pas vraiment quels critères le gouvernement a utilisés pour déterminer quelles dispositions devaient être abordées dans les projets de loi C-39 et C-51. Les tribunaux ont souligné à maintes reprises l'importance de protéger le privilège du secret professionnel, tant au nom de l'intérêt public que de l'administration de la justice. À ce titre, la Fédération recommande que le projet de loi C-39 ou C-51 soit modifié de façon à abroger ou modifier l'article 488.1. Sinon, comme mesure de rechange, la Fédération demande un engagement à inclure cet article dans une loi modificative ultérieure, de préférence dans le prochain regroupement de dispositions visées.

Si vous avez des questions concernant les commentaires de la Fédération, n'hésitez pas à me contacter. Je vous remercie.

Veuillez agréer l'expression de mes sentiments distingués,



Me Maurice Piette
Président

**ANNEXE A :
Disposition 488.1 du Code criminel**

488.1 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

avocat Dans la province de Québec, un avocat ou un notaire, et dans les autres provinces, un *barrister* ou un *solicitor*. (*lawyer*)

document Pour l'application du présent article, s'entend au sens de l'article 321. (*document*)

fonctionnaire Agent de la paix ou fonctionnaire public. (*officer*)

gardien Personne à qui la garde d'un paquet est confiée conformément au paragraphe (2). (*custodian*)

juge Juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle de la province où la saisie a été faite. (*judge*)

(2) Lorsqu'un fonctionnaire agissant sous le régime de la présente loi ou de toute autre loi fédérale est sur le point d'examiner, de copier ou de saisir un document en la possession d'un avocat qui prétend qu'un de ses clients, nommément désigné, jouit du privilège du secret professionnel en ce qui concerne ce document, le fonctionnaire doit, sans examiner le document ni le copier :

- a) le saisir et en faire un paquet qu'il doit convenablement sceller et identifier;
- b) confier le paquet à la garde du shérif du district ou du comté où la saisie a été effectuée ou, s'il existe une entente écrite désignant une personne qui agira en qualité de gardien, à la garde de cette dernière.

(3) Lorsqu'un document a été saisi et placé sous garde en vertu du paragraphe (2), le procureur général, le client ou l'avocat au nom de son client, peut :

- a) dans un délai de quatorze jours à compter de la date où le document a été placé sous garde, demander à un juge, moyennant un avis de présentation de deux jours adressé à toute autre personne qui pourrait faire une demande, de rendre une ordonnance :
 - (i) fixant une date, au plus tard vingt et un jours après la date de l'ordonnance, et un endroit, où sera décidée la question de savoir si le document doit être communiqué,
 - (ii) en outre, exigeant du gardien qu'il présente le document au juge au moment et au lieu fixés;
- b) faire signifier une copie de l'ordonnance à toute personne qui pourrait faire une demande et au gardien dans les six jours de la date où elle est rendue;
- c) s'il a procédé ainsi que l'alinéa b) l'autorise, demander, au moment et au lieu fixés, une ordonnance qui tranche la question.

(4) Suite à une demande prévue à l'alinéa (3)c), le juge :

- a) peut examiner le document, s'il l'estime nécessaire, pour établir si le document doit être communiqué;

- b) peut, s'il est d'avis que cela l'aidera à rendre sa décision sur le caractère privilégié du document, permettre au procureur général d'examiner le document;
- c) doit permettre au procureur général et à toute personne qui s'oppose à la communication du document de lui présenter leurs observations;
- d) doit trancher la question de façon sommaire et :
 - (i) s'il est d'avis que le document ne doit pas être communiqué, s'assurer que celui-ci est remballé et scellé à nouveau et ordonner au gardien de le remettre à l'avocat qui a allégué le privilège du secret professionnel ou à son client,
 - (ii) s'il est d'avis que le document doit être communiqué, ordonner au gardien de remettre celui-ci au fonctionnaire qui a fait la saisie ou à quelque autre personne désignée par le procureur général, sous réserve des restrictions et conditions qu'il estime appropriées.

Le juge motive brièvement sa décision en décrivant la nature du document sans toutefois en révéler les détails.

(5) Lorsque le juge décide, conformément à l'alinéa (4)d), qu'un privilège du secret professionnel existe en ce qui concerne un document, ce document demeure privilégié et inadmissible en preuve, que le juge ait permis ou non au procureur général de l'examiner, conformément à l'alinéa (4)b), à moins que le client n'y consente ou que le privilège ne soit autrement perdu.

(6) Lorsqu'un document a été saisi et placé sous garde, en vertu du paragraphe (2) et qu'un juge, sur la demande du procureur général, est convaincu qu'aucune demande prévue à l'alinéa (3)a) n'a été faite, ou, si elle l'a été, qu'elle n'a pas été suivie d'une autre demande prévue à l'alinéa (3)c), il doit ordonner au gardien de remettre le document au fonctionnaire qui a fait la saisie ou à quelque autre personne désignée par le procureur général.

(7) Lorsque, pour quelque motif, le juge à qui une demande a été faite selon l'alinéa (3)c) ne peut agir ni continuer d'agir en vertu du présent article, des demandes subséquentes faites en vertu de cet alinéa peuvent être faites à un autre juge.

(8) Aucun fonctionnaire ne doit examiner ni saisir un document ou en faire des copies sans donner aux intéressés une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège du secret professionnel en vertu du paragraphe (2).

(9) En tout temps, lorsqu'un document est entre les mains d'un gardien selon le présent article, un juge peut, sur une demande *ex parte* de la personne qui s'oppose à la divulgation du document alléguant le privilège du secret professionnel, autoriser cette dernière à examiner le document ou à en faire une copie en présence du gardien ou du juge; cependant une telle autorisation doit contenir les dispositions nécessaires pour que le document soit remballé et le paquet scellé à nouveau sans modification ni dommage.

(10) La demande visée à l'alinéa (3)c) est entendue à huis clos.

(11) Le présent article ne s'applique pas lorsque peut être invoqué le privilège du secret professionnel vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Annexe B :
Principes *Lavallee*

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.