

## Secret professionnel de l'avocat

Le présent bulletin d'interprétation porte sur l'exception fondée sur le secret professionnel de l'avocat, énoncée à l'**article 19** de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* (LAIPVP) et à l'**article 12** de la *Loi sur l'accès à l'information municipale et la protection de la vie privée* (LAIMPVP). Il décrit les types de documents qui sont visés par cette exception, c'est-à-dire les documents visés par le privilège des communications entre client et avocat prévu en common law (premier volet) et par un privilège prévu par la loi (second volet).

### Avertissement

Le présent bulletin d'information contient des renseignements généraux qui ne représentent pas des conseils juridiques.

#### L'article 19 de la LAIPVP est libellé ainsi :

La personne responsable peut refuser de divulguer un document qui, selon le cas :

- (a) est protégé par le secret professionnel de l'avocat;
- (b) a été élaboré par l'avocat-conseil de la Couronne, ou pour le compte de celui-ci, qui l'utilise soit dans la communication de conseils juridiques, soit à l'occasion ou en prévision d'une instance;
- (c) a été élaboré par l'avocat-conseil employé ou engagé par un établissement d'enseignement ou un hôpital, ou pour le



compte de cet avocat-conseil, qui l'utilise soit dans la communication de conseils juridiques, soit à l'occasion ou en prévision d'une instance.

#### L'article 12 de la LAIMPVP est libellé ainsi :

La personne responsable peut refuser de divulguer un document protégé par le secret professionnel de l'avocat. Il en est de même d'un document élaboré par l'avocat-conseil employé ou engagé par une institution, ou pour le compte de celui-ci, qui l'utilise soit dans la communication de conseils juridiques, soit à l'occasion ou en prévision d'une instance.

## Les deux volets de l'article 19 de la LAIPVP et de l'article 12 de la LAIMPVP

L'article 19 de la LAIPVP et l'article 12 de la LAIMPVP permettent à l'institution de soustraire à la divulgation des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat ou par le privilège relatif au litige<sup>1</sup>. Cette exception comporte deux volets :

- Le premier volet comprend le privilège des communications entre client et avocat, et le privilège relatif au litige en common law.
- Le second volet énonce des privilèges prévus par les lois.

Pour qu'un document fasse l'objet d'une exception à la divulgation en raison d'un privilège, l'institution doit démontrer qu'au moins un de ces volets s'y applique.

### Premier volet : privilèges prévus en common law

En common law, le secret professionnel de l'avocat comprend deux types de privilèges :

- le privilège des communications entre client et avocat;
- le privilège relatif au litige.

### Privilège des communications entre client et avocat en common law

Le privilège des communications entre client et avocat en common law a pour objet de faire en sorte qu'un client puisse se confier sans réserve à son avocat sur une question juridique<sup>2</sup>. La Cour suprême du Canada a reconnu que le bon fonctionnement du système de justice « dépend d'une communication complète, libre et franche entre ceux qui ont besoin de conseils juridiques et ceux qui sont les plus aptes à les fournir<sup>3</sup> ». Le client

<sup>1</sup> Il existe des exceptions limitées à cette exception en common law. Voir *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, 2016 CSC 52 (CanLII).

<sup>2</sup> Ordonnances PO-2441, MO-2166 et MO-1925.

<sup>3</sup> *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39 (CanLII).

doit avoir une garantie de confidentialité afin de pouvoir dévoiler « la totalité des faits » à son avocat<sup>4</sup>. « Il est dans l'intérêt public que la libre circulation des conseils juridiques soit favorisée. Autrement, l'accès à la justice et la qualité de la justice dans notre pays seraient sérieusement compromis<sup>5</sup>. » Par conséquent, la relation de confiance qui s'établit entre l'avocat et son client est nécessaire à l'administration efficace de la justice<sup>6</sup>.

Pour être protégée par le privilège des communications entre client et avocat, une communication, qu'elle soit écrite ou orale, doit :

1. avoir lieu entre le client et l'avocat à titre professionnel;
2. consister pour le client à consulter son avocat ou ce dernier à donner son avis au client;
3. être considérée comme confidentielle par les parties<sup>7</sup>.

Le privilège des communications entre client et avocat s'applique ou non aux documents « [...] selon la nature de la relation, l'objet de l'avis et les circonstances dans lesquelles il est demandé et fourni<sup>8</sup> ».

Ce privilège protège les communications directes de nature confidentielle entre un avocat et son client (ou leurs mandataires ou employés), faites dans le but de demander, d'obtenir ou de donner des conseils juridiques. Il s'applique non seulement aux conseils juridiques et à la demande de tels conseils, mais aussi à l'ensemble des renseignements que se communiquent l'avocat et le client pour se tenir informés afin de pouvoir demander et fournir de tels conseils<sup>9</sup>.

Ce privilège peut également s'appliquer aux documents de travail d'un avocat qui ont trait directement à la recherche, à la formulation ou à la fourniture de conseils juridiques, et dans des circonstances limitées, aux rapports de tiers<sup>10</sup> établis dans le but de fournir ces conseils<sup>11</sup>.

Le privilège ne s'applique généralement pas à des faits qui existent de façon autonome hors des communications privilégiées<sup>12</sup>.

Le privilège ne s'applique pas lorsque les documents ont été simplement examinés par l'avocat, qui a formulé des commentaires et suggéré des changements<sup>13</sup>.

4 *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44 (CanLII).

5 *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44 (CanLII).

6 *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39 (CanLII).

7 *Solosky c. La Reine*, 1979 CanLII 9 (CSC).

8 *R. c. Campbell*, 1999 CanLII 676 (CSC).

9 *Balabel v. Air India*, [1988] 2 W.L.R. 1036 at 1046 (Eng. C.A.); *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Canada (Commissaire à l'information)*, 2013 CAF 104 (CanLII) et ordonnance MO-4371.

10 *General Accident Assurance Co. v. Chrusz*, 1999 CanLII 7320 (ON CA).

11 *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, 1969 CanLII 1540 (CA EXC), 2 Ex CR 27; ordonnances PO-4406 et PO-4267.

12 *Canada (Commissariat à l'information) c. Canada (Premier ministre)*, 2019 CAF 95 (CanLII) et *Keefer Laundry Ltd. v. Pellerin Milnor Corp. et al.*, 2006 BCSC 1180 (CanLII).

13 Ordonnance PO-2765.

Lorsque le procureur de la Couronne n'agit pas en qualité de juriste, par exemple pour donner des conseils juridiques, le privilège ne s'applique pas<sup>14</sup>.

L'institution doit démontrer que les communications ont été faites à titre confidentiel, expressément ou implicitement<sup>15</sup>. Par exemple, le privilège ne s'applique pas aux communications entre un avocat et une partie adverse<sup>16</sup>.

Les renseignements sur les honoraires juridiques sont présumés être protégés par le privilège des communications entre client et avocat à moins qu'ils ne soient « neutres » et ne révèlent pas directement ou indirectement des communications privilégiées<sup>17</sup>. Pour déterminer s'il y a lieu de réfuter la présomption voulant que les renseignements sur les honoraires juridiques soient privilégiés, le CIPVP tient compte des circonstances de l'espèce et pose les questions suivantes :

1. Est-il raisonnablement possible que la divulgation du montant des honoraires versés révèle directement ou indirectement des communications privilégiées<sup>18</sup>?
2. Un « observateur averti » (une personne qui connaît les faits de base et adopte une démarche très méthodique et persévérante pour analyser les renseignements sur les honoraires juridiques dans le contexte de ces faits) pourrait-il utiliser les renseignements demandés pour déduire ou obtenir des communications privilégiées<sup>19</sup>?

Dans plusieurs affaires, le Bureau du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario (CIPVP) a conclu que la divulgation du montant total des honoraires pour une affaire particulière ne révélerait pas directement ou indirectement des communications privilégiées ni ne permettrait à un observateur averti de déduire la teneur de ces communications<sup>20</sup>.

Dans d'autres cas, cependant, lorsque les notes d'honoraires juridiques contiennent des renseignements plus détaillés sur la nature des services rendus, y compris les dates ou le temps consacré à chacun d'entre eux, le CIPVP a conclu qu'un auteur de demande averti pourrait déduire le contenu des communications privilégiées, et a confirmé la décision de l'institution d'invoquer l'exception<sup>21</sup>.

14 Ordonnance PO-3372.

15 *General Accident Assurance Company v. Chrusz*, 1999 CanLII 7320 (ON CA) et ordonnance MO-2936.

16 *Corporation of the City of Kitchener v. Information and Privacy Commissioner of Ontario*, 2012 ONSC 3496 (CanLII).

17 *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67 (CanLII); ordonnance PO-2484, confirmée en révision judiciaire dans *Ontario (Ministry of the Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, 2007 CanLII 65615 (ON SCDC); voir également *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, 2005 CanLII 6045 (ON CA).

18 Voir l'ordonnance PO-2484, précitée; voir également *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, 2005 CanLII 6045 (ON CA).

19 Voir l'ordonnance PO-2484, précitée; voir également *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, 2005 CanLII 6045 (ON CA).

20 Ordonnances PO-2548, PO-2484 et PO-4285.

21 Ordonnances PO-4166 et MO-4332.

Quiconque est un client a le droit d'avoir des communications et des entretiens confidentiels avec son avocat. Ce droit s'étend aux institutions, lesquelles pouvant également être des clients. En outre, les fonctionnaires peuvent aussi être considérés comme des clients, séparément du public, malgré les fonctions et responsabilités particulières de ces fonctionnaires à l'égard du public<sup>22</sup>.

Le privilège des communications entre client et avocat en common law n'est pas limité dans le temps; il est permanent à moins que le client n'y renonce.

## Privilège relatif au litige en common law

Le volet des privilèges en common law de l'article 19 de la LAIPVP et de l'article 12 de la LAIMPVP comprend également le privilège relatif au litige.

Le privilège relatif au litige en common law s'appuie sur la nécessité de protéger le processus contradictoire en s'assurant que l'avocat d'une partie dispose d'une « zone protégée » dans laquelle il peut enquêter et préparer le dossier en vue de l'instruction<sup>23</sup>. Il vise à protéger contre la partie adverse le travail d'un avocat en prévision d'une instance.

Le litige doit être en cours ou raisonnablement attendu pour que ce privilège s'applique<sup>24</sup>.

Est visé par le privilège relatif au litige un document :

1. préparé ou recueilli par un avocat (ou sous sa direction);
2. préparé ou recueilli en vue d'un litige;
3. créé principalement pour préparer un litige<sup>25</sup>.

Le privilège relatif au litige ne s'applique pas aux documents créés hors de la « zone protégée », comme les communications entre avocats adverses<sup>26</sup>.

La Cour suprême du Canada a distingué le privilège relatif au litige du privilège des communications entre client et avocat sous trois aspects<sup>27</sup> :

1. Le privilège relatif au litige ne se limite pas aux communications entre un avocat et son client (ou leurs mandataires et employés). Il s'applique aussi aux communications avec des tiers<sup>28</sup>.
2. Contrairement au privilège des communications entre client et avocat, qui protège le fait de demander et de fournir des conseils juridiques de façon générale, le privilège relatif au litige protège les documents dont l'objet principal est la préparation du litige.

22 Ordonnances [MO-1172](#) et [MO-2222](#).

23 *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39 (CanLII).

24 Ordonnance [MO-1337-I](#) et *General Accident Assurance Company v. Chrusz*, 1999 CanLII 7320 (ON CA); voir également *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39 (CanLII).

25 *General Accident Assurance Company v. Chrusz*, 1999 CanLII 7320 (ON CA) et *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39 (CanLII).

26 *Ontario (Correctional Services) v. Goodis*, 2008 CanLII 2603 (ON SCDC).

27 *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39 (CanLII).

28 *Ontario (Attorney General) v. Holly Big Canoe*, 2002 CanLII 18055 (ON CA).

3. Contrairement au privilège des communications entre client et avocat, le privilège relatif au litige est limité dans le temps. En général, il prend fin lorsque le litige et les instances judiciaires qui y sont directement liées sont terminés.

## Perte du privilège en common law

### Renonciation

Une renonciation consiste à abandonner un droit que confère une loi. Dans le contexte de la divulgation de documents, le client qui renonce au privilège des communications entre client et avocat ou au privilège relatif au litige renonce au droit d'assurer la confidentialité des documents.

En common law, seul le client peut renoncer au privilège des communications entre client et avocat ou au privilège relatif au litige. Il y a renonciation expresse au privilège lorsque le client connaît l'existence du privilège et manifeste volontairement son intention d'y renoncer<sup>29</sup>.

Il peut également y avoir une renonciation tacite au privilège des communications entre client et avocat ou au privilège relatif au litige par souci d'équité et lorsque le client pose une action volontaire qui permet de conclure à son intention tacite ou objective d'y renoncer<sup>30</sup>.

Il a été établi que la renonciation s'appliquait aux situations suivantes<sup>31</sup> :

- le document a été divulgué à une tierce partie de l'extérieur;
- le document est communiqué à la partie adverse au litige;
- le document fait état d'une communication faite en cour.

En général, la divulgation à des parties de l'extérieur de renseignements privilégiés constitue une renonciation au privilège<sup>32</sup>. Cependant, il n'y a pas nécessairement de renonciation lorsque :

- des renseignements privilégiés sont communiqués à l'interne entre différents services ou ministères du gouvernement<sup>33</sup>;
- une loi oblige explicitement la divulgation de renseignements privilégiés<sup>34</sup>;
- des conseils ont été fournis par le même avocat à plusieurs clients<sup>35</sup>;

29 *S. & K. Processors Ltd. v. Campbell Ave. Herring Producers Ltd.*, 1983 CanLII 407 (BC SC).

30 *R. v. Youvarajah*, 2011 ONCA 654 (CanLII) et ordonnance MO-2945-I.

31 Ordonnances PO-2323, PO-2509, MO-2006-F et PO-4226.

32 J. Sopinka et coll., *The Law of Evidence in Canada*, p. 669; ordonnance P-1342, confirmée en révision judiciaire dans *Ontario (Attorney General) v. Big Canoe*, [1997] O.J. No. 4495 (Div. Ct.).

33 Ordonnance PO-2995.

34 *Ontario (Attorney General) v. Holly Big Canoe*, 2006 CanLII 14965 (ON SCDC).

35 *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31 (CanLII).

- le document est divulgué à une autre partie qui a un intérêt commun avec la partie qui divulgue le document<sup>36</sup>;
- le document est divulgué par inadvertance ou involontairement<sup>37</sup>.

Le fait que des parties aient un intérêt commun ne signifie pas nécessairement que cet intérêt est identique, et les parties qui échangent des documents privilégiés n'ont pas à être parties conjointes à un litige. [Traduction] « Dans la mesure où elles comptent entamer un litige contre un adversaire commun relativement aux mêmes enjeux, il est dans leur intérêt commun de partager le fruit de leurs préparatifs en vue de l'instance<sup>38</sup>. »

## Second volet : privilège prévu par la loi

L'exception du second volet de l'article 19 de la LAIPVP et de l'article 12 de la LAIMPVP est un privilège prévu par la loi qui s'applique aux documents utilisés dans la communication de conseils juridiques ou à l'occasion ou en prévision d'une instance.

En vertu de l'article 19 de la LAIPVP, ce privilège s'applique aux documents élaborés par l'avocat-conseil de la Couronne [alinéa 19 b)] ou pour le compte de celui-ci, ou par l'avocat-conseil employé ou engagé par un établissement d'enseignement ou un hôpital [alinéa 19 c)], qui les utilise « soit dans la communication de conseils juridiques, soit à l'occasion ou en prévision d'une instance ».

L'avocat-conseil de la Couronne est défini comme étant un « conseiller juridique »; il peut être un avocat interne ou de l'extérieur<sup>39</sup>, dans un contexte de droit criminel ou civil<sup>40</sup>. De plus, l'avocat-conseil de la Couronne doit agir en tant que conseiller juridique pour la Couronne<sup>41</sup>.

L'article 12 de la LAIMPVP mentionne simplement « l'avocat-conseil employé ou engagé par une institution ».

Le privilège relatif au litige prévu par la loi ne se limite pas aux documents visés par le privilège relatif au litige prévu en common law<sup>42</sup>. Il protège les documents préparés en vue de leur utilisation aux fins de la médiation ou du règlement d'un litige<sup>43</sup>. En outre, contrairement au privilège relatif au litige prévu en common law, il ne prend pas fin lorsque l'instance et les instances qui y sont directement reliées sont terminées; il protège les documents en permanence<sup>44</sup>.

36 *General Accident Assurance Company v. Chrusz*, 1999 CanLII 7320 (ON CA); ordonnances MO-1678 et PO-3167.

37 *R. v. Ward*, 2016 ONCA 568 (CanLII).

38 *General Accident Assurance Company v. Chrusz*, 1999 CanLII 7320 (ON CA) appliquée dans les ordonnances PO-3154 et PO-3167.

39 Ordonnance PO-3238.

40 *Ontario (Correctional Services) v. Goodis*, 2008 CanLII 2603 (ON SCDC).

41 *Ontario (Children's Lawyer) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, 2003 CanLII 72347 (ON SCDC).

42 *Liquor Control Board of Ontario v. Magnotta Winery Corporation*, 2010 ONCA 681 (CanLII).

43 *Liquor Control Board of Ontario v. Magnotta Winery Corporation*, 2010 ONCA 681 (CanLII).

44 *Ontario (Correctional Services) v. Goodis*, 2008 CanLII 2603 (ON SCDC).

Comme en common law, le privilège relatif au litige prévu par la loi ne s'applique pas aux documents créés hors de la « zone protégée » par ce privilège, comme les communications entre avocats adverses<sup>45</sup>.

Les documents qui font partie du dossier de la Couronne, y compris les copies de documents que la police remet aux procureurs et d'autres documents créés par l'avocat-conseil ou pour son compte, font l'objet d'une exception à la divulgation en raison du privilège relatif au litige prévu par la loi<sup>46</sup>. Les documents qui n'ont pas été élaborés en vue de leur utilisation à l'occasion d'une instance, que l'avocat-conseil copie pour le dossier de la Couronne en se fondant sur ses compétences et ses connaissances, sont également visés par ce privilège<sup>47</sup>. Cependant, ce privilège ne s'applique pas aux documents que possède la police et qui ont été créés durant une enquête policière uniquement parce que des copies de ces documents ont été versées plus tard dans le dossier de la Couronne<sup>48</sup>.

En cas de renonciation, le CIPVP détermine si le privilège prévu par la loi à l'article 19 de la LAIPVP ou à l'article 12 de la LAIMPVP a été perdu en raison de cette renonciation<sup>49</sup>.

## Secret professionnel de l'avocat et extraits

La cour a conclu que [traduction] « lorsqu'il est établi qu'un document représente une communication destinée à un avocat en vue d'obtenir des conseils, l'ensemble de cette communication, à mon avis, est privilégiée<sup>50</sup> ». Cependant, cela n'empêche pas l'application des dispositions sur les extraits du paragraphe 10(2) de la LAIPVP et du paragraphe 4(2) de la LAIMPVP aux documents qui contiennent des renseignements non privilégiés en plus de renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat.

## Le privilège en tant qu'exception discrétionnaire

L'article 19 de la LAIPVP et l'article 12 de la LAIMPVP sont des exceptions discrétionnaires. L'institution peut divulguer des renseignements même si un privilège s'applique, et elle doit exercer ce pouvoir discrétionnaire<sup>51</sup>. En appel, un arbitre pourrait conclure que l'institution a omis d'exercer son pouvoir discrétionnaire ou ne l'a pas exercé correctement, c'est-à-dire qu'elle<sup>52</sup> :

---

45 Voir *Ontario (Attorney General) v. Holly Big Canoe*, 2006 CanLII 14965 (ON SCDC); *Ontario (Correctional Services) v. Goodis*, précitée.

46 Ordonnance PO-2733.

47 *Ontario (Correctional Services) v. Goodis*, précitée, et ordonnance PO-2733.

48 Ordonnances PO-2494, PO-2532-R et PO-2498, confirmées en révision judiciaire dans *Ontario (Attorney General) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, [2009] O.J. No. 952.

49 Voir l'exposé plus haut sur le premier volet, « Perte du privilège en common law ». Voir également l'ordonnance PO-3627 et *Ontario (Attorney General) v. Holly Big Canoe*, 2006 CanLII 14965 (ON SCDC).

50 Ordonnances PO-1663 et MO-4413.

51 Ordonnances PO-2475 et PO-3949.

52 Ordonnances PO-2475 et PO-3949.



- a exercé son pouvoir discrétionnaire de mauvaise foi ou à des fins inappropriées;
- a pris en compte des facteurs non pertinents;
- a omis de prendre en compte des facteurs pertinents.

Dans un tel cas, le CIPVP renvoie l'affaire à la personne responsable de l'institution afin qu'elle exerce son pouvoir discrétionnaire ou qu'elle l'exerce à nouveau de façon appropriée.