

# Les privilèges en droit de la preuve : un nécessaire retour aux sources

*Julien FOURNIER\**

**Evidence Law Privileges : Back to the Sources**

**Los privilegios en derecho probatorio : un retorno necesario a la fuente**

**Os privilégios em direito da prova : um retorno necessário às fontes**

证据法上的特权：必要的法理溯源

---

## Résumé

Après une définition de l'institution du privilège en droit québécois de la preuve civile, cet article montre, en faisant les comparaisons qui s'imposent avec le droit fédéral de la preuve, l'importance de la source de common law en droit de la preuve civile, pour, ensuite, proposer une classification nouvelle des privilèges.

## Abstract

After a definition of the institution of privilege in Quebec civil law of evidence, this article shows, by making the appropriate comparisons with federal law of evidence, the importance of the common law source in civil law of evidence, to then propose a new classification of privileges.

## Resumen

Después de definir la institución del privilegio en el derecho probatorio civil de

## Resumo

Após uma definição do instituto do privilégio no direito quebequense da prova

---

\* L'auteur est avocat et doctorant à la Faculté de droit de l'Université Laval. Ses recherches sont financées par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada dans le cadre du Programme de bourses d'études supérieures du Canada Joseph-Armand-Bombardier (BESC D). Il tient à remercier les évaluateurs anonymes ainsi que M<sup>e</sup> Amélie Binette pour leurs commentaires.

Quebec, este artículo enseña, al hacer las comparaciones necesarias con el derecho probatorio federal, la importancia de la fuente de *common law* en el derecho probatorio civil, para proponer una nueva clasificación de privilegios.

civil, este artigo mostra, ao fazer as comparações que se impõem com o direito federal da prova, a importância da fonte de *common law* no direito da prova civil, para em seguida propor uma nova classificação dos privilégios.

## 摘要

本文首先对魁北克法民事证据的特权制度进行界定，然后通过与联邦证据法比较，指出民事证据法的普通法渊源，从而提出新的特权分类。

---

## Plan de l'article

<b>Introduction</b> .....	465
<b>I. La tension entre les privilèges et la recherche de la vérité</b> .....	468
<b>II. La reconnaissance de la mixité du droit de la preuve civile</b> .....	475
<b>III. Le passage à deux grandes classifications des privilèges</b> .....	486
A. Les privilèges selon leur objet .....	487
B. Les privilèges selon leurs conditions d'application .....	489
C. Une nouvelle classification : les privilèges selon leur caractère discrétionnaire.....	495
<b>Conclusion</b> .....	497



De nombreux arrêts des tribunaux d'appel ont posé, dans les dernières années, d'importants jalons visant à définir et à régir l'institution du *priviège* en droit de la preuve ainsi qu'à rappeler sa tension inhérente avec la recherche de la vérité. Que ce soit à l'occasion de demandes liées aux journalistes<sup>1</sup>, aux informateurs du Service canadien du renseignement de sécurité<sup>2</sup>, aux processus décisionnels des titulaires de pouvoirs discrétionnaires<sup>3</sup>, aux chercheurs universitaires<sup>4</sup> et au Parlement<sup>5</sup>, les privilèges ont soulevé, dans l'actualité judiciaire récente, des questions d'intérêt public cruciales. En plus des enjeux touchant l'existence d'un privilège pour une catégorie de personnes, ces problèmes affectent l'administration de la justice, notamment en ce qui concerne la compétence des enquêteurs<sup>6</sup> et des tribunaux administratifs<sup>7</sup>, la communication préalable de la preuve<sup>8</sup> ainsi que le partage de la compétence législative de créer des règles d'exclusion de la preuve<sup>9</sup>.

À ces occasions, les tribunaux d'appel ont élaboré ou réitéré plusieurs règles du droit de la preuve relatif aux privilèges qui mettent en jeu ses

---

<sup>1</sup> *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, [2010] 2 R.C.S. 592, 2010 CSC 41; *R. c. National Post*, [2010] 1 R.C.S. 477, 2010 CSC 16; *R. c. Média Vice Canada Inc.*, 2018 CSC 53; *Denis c. Côté*, 2019 CSC 44. Les parlements sont aussi intervenus sur cette question : *Loi sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques*, L.Q. 2018, c. 26; *Loi sur la protection des sources journalistiques*, L.C. 2017, c. 22.

<sup>2</sup> *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, [2014] 2 R.C.S. 33, 2014 CSC 37.

<sup>3</sup> *Fédération autonome de l'enseignement c. Commission scolaire de Laval*, 2014 QCCA 591, confirmé à [2016] 1 R.C.S. 29, 2016 CSC 8 (sauf sur la norme de contrôle).

<sup>4</sup> *Centre de lutte contre l'oppression des genres (Centre for Gender Advocacy) c. Québec (Procureure générale)*, 2016 QCCS 5161.

<sup>5</sup> *Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, 2019 QCCA 358, par. 1220 (*per curiam*). Voir aussi : *Ontario v. Rothmans*, 2014 ONSC 3382; *Les avocats et notaires de l'État québécois et Agence du revenu du Québec*, 2018 QCTAT 142; *Northwest Organics, Limited Partnership v. Roest*, 2017 BCSC 673.

<sup>6</sup> *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, [2008] 2 R.C.S. 574, 2008 CSC 44; *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, [2016] 2 R.C.S. 521, 2016 CSC 52; *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, [2016] 1 R.C.S. 336, 2016 CSC 20. Voir aussi : *Bilodeau c. Directeur des poursuites criminelles et pénales*, 2018 QCCS 5584.

<sup>7</sup> *Procureur général du Canada c. De l'Étoile*, 2019 QCCA 1178.

<sup>8</sup> *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 228 (ci-après «C.p.c.»); *Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada c. David S. Laflamme Construction inc.*, 2017 QCCA 96; *Procureure générale du Québec c. Groupe Hexagone*, 2018 QCCA 2129.

<sup>9</sup> *Pétrolière Impériale c. Jacques*, [2014] 3 R.C.S. 287, 2014 CSC 66.

sources et ses classifications, sans qu'une théorie générale ou une conceptualisation globale des différentes notions ait été avancée. C'est ce que nous allons tenter à partir de deux constats : la mixité des sources du droit québécois de la preuve civile et les limites aux classifications des privilèges utilisées actuellement.

D'abord, la mixité des sources du droit relatif aux privilèges, comme des autres pans du droit de la preuve civile, pose un problème. La volonté de codification des règles de preuve au *Code civil du Québec* de 1994 et au *Code de procédure civile* de 2014, dont témoignent leurs dispositions préliminaires, laisse dans une sorte de brouillard les règles de common law qui sont directement applicables ou qui sont des sources historiques et interprétatives des règles codifiées<sup>10</sup>. Le droit de la preuve est l'objet d'incompréhensions persistantes qui ne peuvent être appréhendées sans revenir à ses sources<sup>11</sup>.

Ensuite, les récents arrêts en matière d'immunités de divulgation montrent les limites des classifications entre privilèges « génériques » et « au cas par cas » ou entre « absolus » et « partiels » qui sont utilisées par la Cour suprême du Canada<sup>12</sup>. La doctrine contemporaine s'étant penchée sur certains des privilèges en particulier<sup>13</sup>, leur classification a été laissée pour

<sup>10</sup> *Infra*, section II. La doctrine s'est davantage intéressée à la disposition préliminaire du nouveau *Code de procédure civile* d'un point de vue général (et antérieur à son entrée en vigueur), plutôt que de celui, plus particulier, du droit de la preuve relatif aux privilèges (voir Catherine PICHÉ, « La disposition préliminaire du *Code de procédure civile* », (2014) 73 R. du B. 135; Rosalie JUKIER, « The Impact of Legal Traditions on Quebec Procedural Law: Lessons from Quebec's New Code of Civil Procedure », (2015) 93 *Can. B. Rev.* 211; François CÔTÉ, « Réforme de la procédure civile. Vers une réaffirmation des principes civilistes », dans Louise LALONDE et Stéphane BERNATCHEZ (dir.), *Le nouveau Code de procédure civile du Québec*. « Approche différente » et « accès à la justice civile »?, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2014, p. 153).

<sup>11</sup> *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, préc., note 1, par. 40 (le juge LeBel pour la Cour): « Comme le constate l'arrêt *Foster Wheeler*, “[c]ette mixité explique sans doute les difficultés sémantiques, sinon conceptuelles qui continuent de marquer la vie de ce secteur du droit” (par. 23) ».

<sup>12</sup> *Infra*, section III-B. De plus, le récent arrêt *Denis c. Côté* (préc., note 1) est symptomatique à cet égard. Alors que les tenants et aboutissants des privilèges « génériques » et « au cas par cas » ont été plaidés, notamment dans le *Mémoire de l'intervenante la Procureure générale du Québec* (C.S.C., n° 38114, par. 17 et suiv.), la Cour est restée silencieuse sur cette question de classification.

<sup>13</sup> Louis BELLEAU, « L'immunité de divulgation sous le régime de l'article 37 L.p.: des secrets bien gardés », (2008) 13 *Can. Crim. L. Rev.* 19; Benoît BELLEAU et Simon LAROSE,

compte, surtout en matière civile<sup>14</sup>. Ce vide théorique n'est pas sans lien avec le problème des sources. Comment appréhender les qualificatifs ou classifications donnés aux privilèges dans des arrêts rendus tantôt suivant le droit fédéral, tantôt celui des autres provinces, et qui font pourtant leur apparition dans des arrêts de droit québécois<sup>15</sup>, sans reconnaître le caractère commun de la source de common law à ces différents corps de règles?

Dans ce contexte, il nous est apparu opportun d'apporter une contribution théorique à la réflexion sur les principes fondamentaux de ce secteur du droit de la preuve, sans, toutefois, présenter de manière systématique les règles particulières à chacun des privilèges. Cette contribution tente de donner une certaine cohérence à la doctrine.

Après avoir approfondi la définition même du privilège (I), les problèmes des sources (II) et des classifications des divers privilèges seront abordés (III). Premièrement, la définition du privilège sera illustrée à partir de sa tension avec un principe fondamental du droit de la preuve civile et criminelle – souvent oublié par les plaideurs – qu'est la recherche de la vérité. Deuxièmement, les rapports entre la common law et la législation dans l'élaboration des privilèges seront analysés, afin de clarifier le rôle de ces sources. Troisièmement, ce retour sur les sources ouvrira la porte à un état des classifications des privilèges qui dépasse l'opposition entre le droit

---

« Le privilège du secret gouvernemental devant les tribunaux, un secret bien gardé? », dans *XVIII<sup>e</sup> Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 303; François DEMERS, « Commentaire sur la décision *Globe and Mail c. Canada* (Procureur général) – Une grande demi-victoire pour les journalistes? », *Repères*, novembre 2010, *La Référence*, EYB2010REP995; Kiel WALKER, « La protection contre l'auto-incrimination testimoniale au Canada et le droit québécois: quoi protège qui? », (2015) 46 *Ottawa L. Rev.* 315; Giuseppe BATTISTA et Ronald PRÉGENT, « L'apport du juge LeBel à l'évolution substantive et procédurale du secret professionnel de l'avocat », (2016) 94-3 *Can. B. Rev.* 593; Ted PALYS et David MACALISTER, « Protecting Research Confidentiality via the Wigmore Criteria: Some Implications of Parent and Bruckert v the Queen and Luka Rocco Magnotta », (2016) 31-3 *Can. J.L. & Soc.* 473; Yan CAMPAGNOLO, « The History, Law and Practice of Cabinet Immunity in Canada », (2017) 47-2 *R.G.D.* 239; Yan CAMPAGNOLO, « Cabinet Immunity in Canada: The Legal Black Hole », (2017) 63-2 *McGill L. J.* 315; Camille NADEAU, « La preuve extrinsèque et l'immunité d'intérêt public en droit québécois », (2018) 12 *J. Parliamentary & Pol. L.* 513.

<sup>14</sup> En matière criminelle, voir: Pierre LAPOINTE, « Privilèges et règles de la confidentialité », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit pénal – Preuve et procédure pénales », fasc. 25, à jour au 1<sup>er</sup> juin 2016 (LN/QL).

<sup>15</sup> *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, préc., note 6, par. 4 (le juge Gascon pour la Cour).

québécois et celui des autres provinces ou du fédéral et, finalement, à une proposition d'une nouvelle classification entre privilèges *discretionnaires* et *non discretionnaires*.

Bien que le droit québécois de la preuve civile soit notre objet principal, nous procéderons à des incursions en droit fédéral de la preuve. Cette comparaison est essentielle afin de mieux comprendre le rôle de la common law (y compris criminelle) dans l'élaboration et la classification des privilèges en matière civile.

## I. La tension entre les privilèges et la recherche de la vérité

Au cœur de la définition du privilège figure la tension entre le « principe cardinal »<sup>16</sup> de la procédure qu'est la recherche de la vérité, et d'autres valeurs que les parlements ou les tribunaux désirent protéger.

Tant en matière civile que criminelle, le but principal de l'instance, sur le plan probatoire, est la recherche de la vérité<sup>17</sup>. Découlent de cet objectif, premièrement, la recevabilité de principe de toute preuve pertinente et, deuxièmement, le droit de bénéficier de l'aide du tribunal pour en obtenir la communication. Dans l'arrêt *Gruenke*, qui portait sur l'existence du privilège religieux, la juge L'Heureux-Dubé écrivait que « [s]i l'objet d'un procès est la recherche de la vérité, le public et le système judiciaire ont droit à toute preuve pertinente afin que justice soit rendue. En conséquence, toute preuve pertinente est présumée recevable »<sup>18</sup>. Ce principe est enraciné dans

<sup>16</sup> *Pétrolière Impériale c. Jacques*, préc., note 9, par. 24 (les juges LeBel et Wagner pour la majorité); *N. Turenne Brique et pierre inc. c. FTQ-Construction*, 2019 QCCS 4002, par. 8.

<sup>17</sup> *Pétrolière Impériale c. Jacques*, préc., note 9, par. 24 (les juges LeBel et Wagner pour la majorité); *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, 483 (la juge L'Heureux-Dubé pour la Cour); John SOPINKA, Sidney N. LEDERMAN et Alan W. BRYANT, *The Law of Evidence in Canada*, 5<sup>e</sup> éd. par Sidney N. LEDERMAN, Alan W. BRYANT et Michelle K. FUERST, Markham, LexisNexis Canada, 2018, par. 1.38; France HOULE et Clayton PETERSON, *Hors de tout doute raisonnable. La méthodologie et l'adéquation empirique comme fondements de l'épistémologie du droit de la preuve*, Montréal, Éditions Thémis, 2018, p. 46. Bien que la recherche de la vérité soit l'objectif général, il est tempéré, en matière civile, par l'accessibilité à la justice et la proportionnalité: Frédéric BACHAND, « Les principes généraux de la justice civile et le nouveau *Code de procédure civile* », (2015) 61-2 *R. d. McGill* 447, 450.

<sup>18</sup> *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, 295 (la juge L'Heureux-Dubé, motifs concordants). Voir aussi: C.c.Q., art. 2857: « La preuve de tout fait pertinent au litige est recevable et peut être faite par tous moyens »; Pierre BÉLIVEAU et Martin VAUCLAIR, *Traité général*



notre droit. Dès 1742, le Lord chancelier Hardwicke employait ces mots aux parfums de la vieille Angleterre : « the public has a right to every man's evidence »<sup>19</sup>.

En plus du droit de « soumettre au tribunal toute preuve pertinente »<sup>20</sup>, une partie a le droit d'obtenir, du tribunal, la contrainte d'une personne à témoigner ou à communiquer des documents ou des éléments matériels de preuve pertinents<sup>21</sup>.

---

*de preuve et de procédure pénales*, 25<sup>e</sup> éd. par Martin VAUCLAIR et Tristan DESJARDINS, Montréal, Éditions Thémis et Yvon Blais, 2018, p. 305, par. 660.

<sup>19</sup> William COBBETT, *Cobbett's Parliamentary History of England*, vol. 12, Londres, Hansard, 1812, p. 693, cité dans *R. v. Snider*, [1954] S.C.R. 479, 482 (le juge Rand pour le juge en chef Rinfret) et dans *Smallwood c. Sparling*, [1982] 2 R.C.S. 686, 700 (la juge Wilson pour la Cour). Wigmore avait aussi repris l'expression : John H. WIGMORE, *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, 2<sup>e</sup> éd., vol. 4, Boston, Little, Brown & Co., 1905, p. 3323, § 2370. Voir, au même effet : P. BÉLIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 18, p. 354, par. 754 : « Le public a droit à la preuve émanant de toutes les sources. Voilà la règle générale » ; *R. c. National Post*, préc., note 1, par. 26 (le juge Binnie pour la majorité) ; Pierre TESSIER, « La vérité et la justice », (1988) 19 R.G.D. 29, 32.

<sup>20</sup> Léo DUCHARME et Charles-Maxime PANACCIO, *L'administration de la preuve*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 30, par. 71. Voir aussi : Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 327, par. 796 (ce dernier paragraphe ayant été cité par la Cour d'appel dans *Imperial Tobacco Canada Ltd. c. Létourneau*, 2014 QCCA 944, par. 65 (la juge Bich pour la Cour)) ; Claude MARSEILLE, « Les deux facettes de la règle de la pertinence », dans *Points de droit – La règle de la pertinence en droit de la preuve civile québécois*, 2004, *La Référence*, EYB2004PDD120, par. 4.

<sup>21</sup> C.p.c., art. 20, 169, 251, 270 et 286 ; *Pétrolière Impériale c. Jacques*, préc., note 9, par. 27 (les juges LeBel et Wagner pour la majorité) ; L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 20, par. 259 ; Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 5<sup>e</sup> éd. par Catherine PICHÉ, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, *La Référence*, EYB2016PRC60, par. 681 et suiv. ; P. TESSIER, préc., note 19, 32 et 72 ; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536, par. 66 (la juge L'Heureux-Dubé pour les juges La Forest et Gonthier, motifs concordants) :

Notre système judiciaire contradictoire a pour but principal la recherche de la vérité. Afin que justice soit rendue, le système judiciaire doit pouvoir disposer de toutes les informations pertinentes : voir Pierre Tessier, « La vérité et la justice » (1988), 19 R.G.D. 29, à la p. 32. C'est là le fondement de l'obligation voulant que tous doivent témoigner devant le tribunal s'ils y sont assignés par subpoena et, en matière civile, de la règle relative à la divulgation de documents au moment de la communication préalable de la preuve. En conséquence, l'information pertinente est présumée admissible et sujette à divulgation, alors que la reconnaissance d'un privilège est limitée à certaines communications restreintes. [Notre soulignement]

Les professeurs Ducharme et Panaccio sont même d'avis que le défaut d'une personne d'apporter un document faisant l'objet d'une citation à comparaître (*subpoena duces tecum*) peut entraîner une condamnation pour outrage au tribunal : *id.*, par. 266.

Le privilège est l'exception à ces principes<sup>22</sup>. Il s'agit d'une immunité de droit de la preuve, soit la non-contraignabilité<sup>23</sup>, qui permet d'empêcher la communication ou la divulgation en justice de faits. Selon le cas, une faculté ou une obligation « de ne pas divulguer en justice »<sup>24</sup> les informations privilégiées s'applique.

Contrairement aux règles de preuve qui visent à assurer la qualité de la preuve, et donc à tendre vers la vérité (prohibition du oui-dire, meilleure preuve, règles encadrant les expertises, etc.), le privilège amène le tribunal à s'en éloigner afin de protéger d'autres valeurs ou priorités. Si, par exemple, les tribunaux rejettent une preuve par oui-dire, c'est parce qu'ils considèrent que ce moyen n'offre pas de garanties suffisantes de fiabilité pour rendre compte de la vérité<sup>25</sup>. Néanmoins, la preuve de l'aveu écrit fait au conjoint, même s'il ne pose pas de problème de fiabilité, heurte certaines valeurs sociales protégées par le droit. Les juges John Sopinka, Sidney Lederman, Alan Bryant et Michelle Fuerst écrivent :

Hearsay, opinion and character evidence are barred generally because these types of evidence are inherently unreliable, lack probative worth or are susceptible to fabrication. These are all dangers related to the adversarial method of ascertaining the truth. In order to minimize the risk of the trier of fact relying on untested and untrustworthy proof, such evidence is excluded from the fact-finding process. The exclusionary rule of privilege, however, rests upon a different foundation. It is based upon social values, usually external to the trial process. Although such evidence is relevant, probative and trustworthy, and would thus advance the just resolution of disputes, it is excluded because of overriding societal interests<sup>26</sup>. [Notre soulignement]

<sup>22</sup> *R. c. National Post*, préc., note 1, par. 26 (le juge Binnie pour la majorité) ; *Fédération autonome de l'enseignement c. Commission scolaire de Laval*, préc., note 3, par. 70 (la juge Bich pour la majorité) : « le secret, parce qu'il fait obstacle à la recherche de la vérité, ne tient pas devant les tribunaux, sauf privilèges exceptionnels ». L'accessibilité à la justice (ou la proportionnalité) pose aussi une limite à la recherche de la vérité, mais dans un sens plus général que les privilèges (F. BACHAND, préc., note 22, 450).

<sup>23</sup> J.-C. ROYER, préc., note 21, EYB2016PRC49, par. 590 ; Sébastien GRAMMOND, « La justice secrète : information confidentielle et procès civil », (1996) 56 *R. du B.* 437, *La Référence*, EYB1996RDB37, p. 11.

<sup>24</sup> J.-C. ROYER, préc., note 21, EYB2016PRC117, par. 1176. Par exemple, le conjoint peut renoncer au privilège (*Rodrigue c. 9254-6209 Québec inc.*, 2017 QCCQ 7742, par. 55), tandis que le professionnel ne le peut pas (*Code des professions*, RLRQ, c. C-26, art. 60.4).

<sup>25</sup> C.c.Q., art. 2870.

<sup>26</sup> J. SOPINKA, S. N. LEDERMAN et A. W. BRYANT, préc., note 17, par. 14.1. Voir aussi : J.-C. ROYER, préc., note 21, EYB2016PRC117, par. 1177.

Comme le remarquent ces auteurs, ces valeurs ou intérêts protégés par les privilèges sont généralement extérieurs aux objectifs du système judiciaire en tant que tel<sup>27</sup>. Parmi ceux-ci, on retrouve, entre autres, l'intérêt public ou de l'État<sup>28</sup>, la relation de confiance entre une personne et un professionnel<sup>29</sup>, la dignité humaine<sup>30</sup>, l'efficacité de la répression du crime<sup>31</sup>, le succès des négociations extrajudiciaires de règlement<sup>32</sup> ou, même, la relation entre deux conjoints<sup>33</sup>.

En plus de jouer lors du procès, cette immunité de divulgation s'étend à la communication préalable de la preuve<sup>34</sup>. Dans *Procureure générale du Québec c. Groupe Hexagone*, une affaire où l'une des parties cherchait à obtenir des documents couverts par le privilège relatif aux négociations de règlement, la Cour d'appel du Québec a établi que plusieurs privilèges protègent des « intérêts légitimes et importants »<sup>35</sup> au sens de l'article 228 du *Code de procédure civile*. Ils permettent donc d'empêcher un témoin de répondre à une question formulée au moment d'un interrogatoire au préalable<sup>36</sup>. La juge Gagné y inclut le privilège relatif aux négociations de règlements, le devoir de discrétion du fonctionnaire de l'État (privilège de la

<sup>27</sup> Dans le cas du privilège relatif au litige, l'objectif protégé concerne le processus judiciaire lui-même. Cela a fait dire à la Cour d'appel du Québec que ce privilège protège, en définitive, la recherche de la vérité: *Procureur général du Canada c. De l'Étoile*, préc., note 7, par. 31 (*per curiam*).

<sup>28</sup> Le privilège ou immunité de la Couronne (immunité d'intérêt public): C.p.c., art. 283.

<sup>29</sup> Le secret professionnel: C.p.c., art. 284; *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 9 (ci-après « Charte québécoise »).

<sup>30</sup> La protection contre l'auto-incrimination: *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), art. 13.

<sup>31</sup> Le privilège de l'indicateur de police: J.-C. ROYER, préc., note 21, EYB2016PRC120, par. 1239 et suiv.

<sup>32</sup> Le privilège des négociations en vue d'un règlement: *id.*, EYB2016PRC122, par. 1257 et suiv.; *Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier Inc.*, [2014] 1 R.C.S. 800, 2014 CSC 35; C.p.c., art. 4.

<sup>33</sup> Le privilège conjugal: C.p.c., art. 282; *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5, art. 4.

<sup>34</sup> *Procureure générale du Québec c. Groupe Hexagone*, préc., note 8, par. 101 (la juge Gagné pour la majorité); *Société financière Manuvie c. D'Alessandro*, 2014 QCCA 2332, par. 23 (la juge Bélanger pour la majorité); *Pétrolière Impériale c. Jacques*, préc., note 9, par. 33 (les juges LeBel et Wagner pour la majorité).

<sup>35</sup> C.p.c., art. 228.

<sup>36</sup> *Procureure générale du Québec c. Groupe Hexagone*, préc., note 8, par. 82 (la juge Gagné pour la majorité).

Couronne)<sup>37</sup>, le secret professionnel<sup>38</sup> et la protection de la confidentialité d'une source journalistique. Le privilège relatif au litige est également protégé lors des interrogatoires au préalable<sup>39</sup>. De plus, selon nous, le secret du délibéré, le privilège conjugal<sup>40</sup> et le privilège de l'indicateur de police sont des cas de non-contraignabilité ou qui soulèvent des intérêts légitimes et importants. En appliquant ainsi les enseignements des tribunaux, l'essentiel, sinon l'ensemble des privilèges sont des motifs d'objection permettant d'empêcher le témoin de répondre suivant l'article 228 du *Code de procédure civile*<sup>41</sup>.

En outre, le privilège est opposable à une personne qui, sans être un juge, détient une partie de ses pouvoirs d'enquête (comme un commissaire nommé en vertu de la *Loi sur les commissions d'enquête*<sup>42</sup>). Sauf s'il existe un texte législatif exprès à l'effet contraire, un tel enquêteur n'a pas le pouvoir de passer outre à un privilège<sup>43</sup> et, devant une revendication de privilège, doit solliciter l'aide du tribunal. Ce dernier jugera de l'application du privilège soulevé<sup>44</sup>. Les tribunaux administratifs peuvent, quant à eux, juger eux-mêmes de l'application d'un privilège et disposent d'une certaine marge de manœuvre quant à l'application du droit, mais leur décision d'écarter

<sup>37</sup> C.p.c., art. 283.

<sup>38</sup> Dans ce texte, « secret professionnel » s'entend au sens de privilège ou d'immunité de divulgation en justice, et non d'obligation déontologique ou professionnelle. Sur la différence entre ces deux composantes du secret professionnel, voir : *Société d'énergie Foster Wheeler Itée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, [2004] 1 R.C.S. 456, 2004 CSC 18, par. 27 (le juge LeBel pour la Cour). Voir aussi : G. BATTISTA et R. PRÉSENT, préc., note 13.

<sup>39</sup> *Fermes San-Dan inc. c. Compagnie d'assurances AIG du Canada*, 2019 QCCS 991, par. 19 (la juge Bergeron).

<sup>40</sup> C.p.c., art. 282.

<sup>41</sup> Au passage, soulignons que l'« intérêt légitime et important » n'est pas un privilège en soi : *Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada c. David S. Laflamme Construction inc.*, préc., note 8, par. 6 (*per curiam*). Il permettra toutefois de demander diverses ordonnances de confidentialité : C.p.c., art. 12 ; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2002] 2 R.C.S. 522, 2002 CSC 41.

<sup>42</sup> *Loi sur les commissions d'enquête*, RLRQ, c. C-37, art. 9 ; *Procureur général du Canada c. De l'Étoile*, préc., note 7, par. 3 (*per curiam*).

<sup>43</sup> *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, préc., note 6, par. 5 (le juge Gascon pour la Cour). Voir aussi : *Bilodeau c. Directeur des poursuites criminelles et pénales*, préc., note 6 ; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, [2016] 2 R.C.S. 555, 2016 CSC 53.

<sup>44</sup> *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, préc., note 6, par. 2 (le juge Binnie pour la Cour) ; P. LAPOINTE, préc., note 14, par. 3.

purement et simplement un privilège reconnu sera déraisonnable, et, à terme, annulée par les tribunaux supérieurs<sup>45</sup>.

En plus de se distinguer des règles portant sur la qualité de la preuve, les privilèges se distinguent de la règle de la pertinence. Par définition, ils ne font obstacle qu'à une preuve pertinente. La règle de la pertinence<sup>46</sup> est donc appliquée en amont des règles portant sur les privilèges<sup>47</sup>. De même, le cadre d'analyse relatif à l'exclusion de la preuve pour violation des droits fondamentaux<sup>48</sup> n'est pas appliqué lorsqu'un privilège est invoqué<sup>49</sup>. Par exemple, les tribunaux ne se demandent pas si la contrainte du conjoint à témoigner sur des confidences reçues durant la vie commune déconsidère l'administration de la justice<sup>50</sup>, alors qu'il s'agit là d'un enjeu phare dans le contexte d'une violation de la vie privée<sup>51</sup>.

Il faut finalement préciser que les *privilèges au sens du droit de la preuve* n'ont pas les mêmes origines et fondements théoriques que les *privilèges parlementaires* ou que les *prérogatives, privilèges et immunités de la Couronne*, et ce, même s'ils en partagent l'appellation et le caractère d'exceptions au

<sup>45</sup> *Fédération autonome de l'enseignement c. Commission scolaire de Laval*, préc., note 3, par. 70 et 71 (la juge Bich pour la majorité); *Procureur général du Canada c. De l'Étoile*, préc., note 7, par. 32 (*per curiam*):

La règle de l'autonomie qui caractérise la justice administrative ne permet pas davantage d'écarter le privilège relatif au litige. Comme on l'a vu plus haut, il s'agit d'un privilège générique sujet à des exceptions clairement établies. Ainsi, bien que le TAT jouisse d'une grande autonomie en matière de preuve, il ne lui est pas loisible de trancher une revendication de privilège par une mise en balance au cas par cas. Il doit s'en tenir aux exceptions déjà reconnues ou à celles pouvant être reconnues, « mais toujours sur la base de catégories restreintes qui s'appliqueront dans des circonstances précises ».

<sup>46</sup> C.c.Q., art. 2857.

<sup>47</sup> *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, préc., note 1, par. 56 (le juge LeBel pour la Cour): « Par conséquent, il paraît évident que si la partie désirant obtenir la divulgation de l'identité de la source ne peut établir la pertinence de ce fait, il sera inutile d'examiner si le privilège existe. Comme dans beaucoup d'autres contextes, l'exigence minimale de pertinence joue un rôle important pour prévenir le recours à des interrogatoires menés à l'aveuglette ».

<sup>48</sup> C.c.Q., art. 2858; *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 30, par. 24(2). Voir aussi: Yves DE MONTIGNY, « Grandeur et misère du recours en exclusion de la preuve pour des motifs d'ordre constitutionnel » (1995) 40 *McGill L.J.* 103.

<sup>49</sup> Dans le cas du secret professionnel, cela est explicite: C.c.Q., art. 2858 al. 2.

<sup>50</sup> C.p.c., art. 282; *Loi sur la preuve au Canada*, préc., note 33, art. 4.

<sup>51</sup> *Bellefeuille c. Morisset*, 2007 QCCA 535.

droit commun. Dans le cas des privilèges parlementaires, il s'agit de moyens d'assurer l'autonomie d'organes parlementaires quant à certaines décisions ayant trait aux travaux des chambres<sup>52</sup> alors que, dans le cas des prérogatives, privilèges et immunités de la Couronne, il s'agit de pouvoirs ou de droits tirés de la prérogative royale qui « confèrent un statut particulier à la Couronne »<sup>53</sup>.

Cela dit, tant le privilège parlementaire que la prérogative royale comprennent un privilège au sens du droit de la preuve. Le privilège parlementaire protège les déclarations d'un témoin ou d'un député au Parlement<sup>54</sup>, et le privilège de la Couronne (aussi appelée immunité d'intérêt public) permet de s'opposer à la mise en preuve de faits préjudiciables à l'État<sup>55</sup>. Par ailleurs, la common law prévoit le privilège du secret du délibéré appartenant à la magistrature<sup>56</sup>, de sorte que chacun des trois pouvoirs de l'État bénéficie d'un privilège en droit de la preuve.

En définitive, un privilège au sens du droit de la preuve constitue une limite à la recherche de la vérité par les tribunaux ou par les parties. Il se distingue d'autres catégories d'objections fondées sur la qualité de la preuve, sur la pertinence ou sur les droits fondamentaux au sens où l'entendent les chartes des droits et libertés<sup>57</sup>. Il obéit donc à un cadre d'analyse différent des objections fondées, par exemple, sur le ouï-dire, sur la vie privée

<sup>52</sup> *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, [2005] 1 R.C.S. 667, 2005 CSC 30, par. 20 et 21 (le juge Binnie pour la Cour).

<sup>53</sup> Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 1363.

<sup>54</sup> *Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, préc., note 5, par. 1220 (*per curiam*). Voir aussi: *Ontario v. Rothmans*, préc., note 5; *Les avocats et notaires de l'État québécois et Agence du revenu du Québec*, préc., note 5; *Northwest Organics, Limited Partnership v. Roest*, préc., note 5; Joséane CHRÉTIEN, « Privilège parlementaire », dans Claude MARSEILLE (dir.), *Les objections à la preuve en droit civil*, Markham, LexisNexis, 2015, par. 10-14.

<sup>55</sup> C.p.c., art. 283; *R. v. Snider*, préc., note 19; *Smallwood c. Sparling*, préc., note 19; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637. Voir aussi: L. BELLEAU, préc., note 13; B. BELLEAU et S. LAROSE, préc., note 13; Y. CAMPAGNOLO, préc., note 13; C. NADEAU, préc., note 13.

<sup>56</sup> L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 20, par. 491. Selon eux, ce privilège s'applique dans une moindre mesure aux tribunaux administratifs.

<sup>57</sup> Cela ne veut toutefois pas dire que les chartes n'auront aucun rôle à jouer ou aucune interaction avec les privilèges: *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, préc., note 1, par. 28 et 48 (le juge LeBel pour la Cour). Des privilèges peuvent être constitutionnalisés: *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, préc., note 6.

ou sur le droit à l'avocat. À défaut de pouvoir invoquer avec succès un privilège, une personne devra révéler en justice les faits dont elle a connaissance et les éléments matériels ou documents en sa possession, comme l'a rappelé récemment la juge Bich de manière éloquente : « le secret, parce qu'il fait obstacle à la recherche de la vérité, ne tient pas devant les tribunaux, sauf privilèges exceptionnels »<sup>58</sup>. Ce sont ces privilèges que nous allons tenter de classer.

Une fois ces principes essentiels établis se pose la question des sources des privilèges. Doit-on, dans le contexte civiliste du Québec, procéder à une classification sur des bases différentes de celles du droit de tradition anglaise partagé par le fédéral et les autres provinces ?

## II. La reconnaissance de la mixité du droit de la preuve civile

Principalement en raison du partage fédératif des compétences législatives, les privilèges peuvent varier selon la nature de l'instance. C'est ainsi que les différents parlements peuvent créer de nouveaux privilèges ou changer les particularités des privilèges existants. Par exemple, le Parlement du Québec a donné une portée large et quasi constitutionnelle au secret professionnel<sup>59</sup>, mais ces caractéristiques s'ajoutant à la common law seront inapplicables aux instances criminelles<sup>60</sup>.

Cependant, la source prétorienne des privilèges, la common law, est commune au droit fédéral et au droit québécois. Dans chacun des cas, la

<sup>58</sup> *Fédération autonome de l'enseignement c. Commission scolaire de Laval*, préc., note 3, par. 70 (la juge Bich pour la majorité).

<sup>59</sup> Charte québécoise, art. 9; J.-C. ROYER, préc., note 21, EYB2016PRC124, par. 1278; *Glegg c. Smith & Nephew Inc.*, [2005] 1 R.C.S. 724, 2005 CSC 31, par. 24 (le juge LeBel pour la Cour).

<sup>60</sup> P. LAPOINTE, préc., note 14, par. 3. De plus, toute tentative d'invoquer, dans une instance criminelle, l'article 40 de la *Loi sur la preuve au Canada* (préc., note 33), qui permet d'appliquer le droit de la preuve d'une province dans une instance fédérale, est vaine, puisque le paragraphe 8(2) du *Code criminel*, en préservant la common law d'Angleterre, écarte le droit légiféré provincial sur les privilèges : *Marshall v. The Queen*, [1961] S.C.R. 123, 127 (le juge en chef Kerwin pour les juges Taschereau et Judson) et 129 (le juge Cartwright pour les juges Locke et Judson); *R. v. R.S.M.*, 1994 CanLII 10492 (NL SC), par. 30. Pour les autres domaines de droit fédéral, le droit provincial de la preuve a un rôle à jouer : *Montreuil c. Forces Canadiennes*, 2006 TCDP 42; *Commission scolaire de Victoriaville c. La Reine*, 2002 CanLII 61082 (CCI), par. 44.

législation se présente comme un complément ou comme une réponse à un état du droit préexistant en common law qui, parfois, laisse des règles non écrites demeurer directement applicables. Cela explique que l'on puisse traiter des classifications des privilèges de droit québécois et de droit fédéral (y compris en matière criminelle) en même temps, puisque leur fond conceptuel est commun. Cela n'exclut en rien que les différents parlements aient, dans le respect de la Constitution, pleine compétence pour écarter ou modifier ces règles non écrites.

En droit civil québécois, les privilèges sont donc tirés du droit légiféré<sup>61</sup> (notamment de la Charte québécoise<sup>62</sup>) et, accessoirement, de la common law, qui est généralement codifiée ou modifiée par le *Code de procédure civile*<sup>63</sup>.

Le Parlement fédéral peut également créer, à l'intérieur de ses champs de compétence, des privilèges qui s'appliqueront dans les instances civiles<sup>64</sup>. C'est du moins ce qu'a reconnu la Cour suprême du Canada dans *Pétrolière Impériale c. Jacques*<sup>65</sup>, alors que se posait, dans le contexte d'une instance civile gouvernée par le *Code de procédure civile*, la question du rôle du droit fédéral dans une demande de communiquer des éléments matériels de preuve (écoute électronique) détenus par le Bureau de la concurrence du Canada.

Après l'édiction du *Code civil du Québec*, un courant, représenté par l'opinion du professeur Léo Ducharme, affirmait que le droit de la preuve civile québécois s'était coupé de ses sources historiques, tant de la common law que de l'ancien droit français, au profit de l'exclusivité du droit

<sup>61</sup> J.-C. ROYER, préc., note 21, EYB2016PRC117, par. 1178, 1179 et 1181.

<sup>62</sup> Charte québécoise, art. 9 et 38.

<sup>63</sup> C.p.c., art. 4 et 282 à 285. Il est intéressant de noter qu'en reprenant ces droits en common law à la non-contrainabilité, le Parlement (et, dans le cas du droit à la non-incrimination, le constituant de 1982) les a parfois fait reculer. Ainsi, le conjoint n'est plus inhabile à témoigner contre son conjoint, mais seulement non contraignable sur les confidences faites par lui (C.p.c., art. 282; *Loi sur la preuve au Canada*, préc., note 33, art. 4). De même, une personne doit témoigner au civil même si ce qu'elle rapporte l'incrimine, contrairement à la situation qui prévalait auparavant (C.p.c., art. 285; *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 30, art. 13; K. WALKER, préc., note 13, 319 et suiv.)

<sup>64</sup> *Pétrolière Impériale c. Jacques*, préc., note 9, par. 80 (les juges LeBel et Wagner pour la majorité). Voir aussi: *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60.

<sup>65</sup> *Pétrolière Impériale c. Jacques*, préc., note 9, par. 80 (les juges LeBel et Wagner pour la majorité).



légiféré<sup>66</sup>, principalement compris dans le *Code civil du Québec*, dans le *Code de procédure civile*<sup>67</sup> et dans la Charte québécoise. En 2010, l'arrêt *Globe and Mail* (une affaire sur le privilège journalistique) a rappelé, en suivant l'opinion des professeurs Jean-Claude Royer et Sophie Lavallée<sup>68</sup> cette fois, l'importance des sources historiques du droit québécois de la preuve et de la procédure civile. Le juge LeBel écrit :

Toutefois, bon nombre de règles de procédure et de preuve – comme celles portant sur les témoignages, l'administration de la justice et l'exclusion de la preuve, par exemple – trouvent leur origine dans les règles anciennes de common law [...]. Si la mixité du droit de la procédure et de la preuve au Québec, et en particulier la source de common law de diverses règles d'exclusion de la preuve, est dûment reconnue, il est difficile d'admettre que les principes juridiques de common law ne sauraient jouer aucun rôle résiduel dans l'évolution de cet aspect du droit québécois. Après tout, le Québec est une province de droit mixte. Si une règle juridique découle en définitive de la common law, il demeure logique de recourir à celle-ci dans l'interprétation et l'élaboration de cette même règle en droit civil<sup>69</sup>. [Notre soulignement]

<sup>66</sup> L. DUCHARME, préc., note 20, p. 5; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, préc., note 1, par. 42 (le juge LeBel pour la Cour). La reconnaissance de la source de common law du droit de la preuve civile québécois a aussi été critiquée par F. DEMERS, préc., note 13.

<sup>67</sup> *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25 (ci-après « a.C.p.c. »).

<sup>68</sup> *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, préc., note 1, par. 42 (le juge LeBel pour la Cour); Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 4<sup>e</sup> éd. par Jean-Claude ROYER et Sophie LAVALLÉE, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 943, par. 1043 :

Par ailleurs, les règles concernant les communications privilégiées relèvent principalement du droit public et de l'administration de la preuve. Aussi, même dans les matières civiles de compétence provinciale, les tribunaux se sont appuyés sur la common law non seulement pour interpréter des règles ayant leur source dans le droit anglais, mais aussi pour reconnaître l'existence d'un privilège qui n'était pas formellement énoncé dans un texte législatif. [...] Aussi, en l'absence d'une disposition législative affirmant clairement l'impossibilité de le faire, il est possible que les tribunaux continuent parfois de se référer au droit français et au droit anglais pour compléter les règles énoncées dans le Code civil du Québec ou le Code de procédure civile. [Notre soulignement]

Voir cependant: J.-C. ROYER, préc., note 21, EYB2016PRC122, par. 1261.

<sup>69</sup> *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, préc., note 1, par. 40 à 45 (le juge LeBel pour la Cour). La porte vers cette « reconnexion » à la common law avait déjà été ouverte dans *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 743, 2001 CSC 51, par. 28 et suiv. (le juge LeBel pour la Cour). Voir aussi: *Pétrolière Impériale c. Jacques*, préc., note 9, par. 33 (les juges LeBel et Wagner pour la majorité); *Commission scolaire de Victoriaville c. Canada*, préc., note 60, par. 38 (le juge Archambault); *N. Turenne*

Ainsi, la common law demeure une source importante du droit des privilèges en droit québécois de la preuve civile, et c'est d'ailleurs aussi la source historique principale des règles du témoignage et de celles portant sur l'administration de la justice<sup>70</sup>.

La source anglaise des règles portant sur l'administration de la justice et le témoignage avait antérieurement déjà été reconnue. Par exemple, dans *Chaput c. Romain*, qui portait sur l'immunité de la Couronne en matière de responsabilité civile, le juge Kellock avait affirmé :

Lareau, in his « Histoire du Droit Canadien », says at p. 54 :

Le changement de domination, subi en 1760 par la conquête et en 1763 par la cession définitive du Canada à l'Angleterre, a introduit dans la colonie le droit public anglais. Le droit public et politique du vainqueur remplace le droit public de la nation conquise, quand bien même elle conserverait son droit privé.

Questions which concern the relation of the subject to the administration of justice in its broadest sense are part of the public law and, therefore, governed by the law of England and not by that of France.<sup>71</sup> [Notre soulignement]

Pour le juge Kellock, l'administration de la justice, dans son sens le plus large, appartient au droit public, et ses règles sont donc tirées du droit anglais<sup>72</sup>.

La question du départage de la filiation et des sources historiques du *Code de procédure civile* et du droit judiciaire entre les anciens droits français et anglais est évidemment complexe, comme l'a prouvé l'étude du professeur Jean-Maurice Brisson<sup>73</sup>. Cependant, ce dernier montre, à tout le moins, que le droit de la preuve a subi une influence plus forte et une « implantation » plus « massive » du droit anglais que d'autres domaines du

---

*Brique et pierre inc. c. FTQ-Construction*, préc., note 16, par. 9 et suiv.; Louis LEBEL et Pierre-Louis LE SAULNIER, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », (2006) 47 C. de D. 179, au titre 2.2.4.

<sup>70</sup> Le professeur Royer a eu tendance à parler d'administration *de la preuve* plutôt que *de la justice* lorsqu'il s'agissait de rappeler cette source historique. Voir par ex.: J.-C. ROYER, préc., note 68, p. 943, par. 1043, cité *supra*, note 68.

<sup>71</sup> *Chaput v. Romain*, [1955] S.C.R. 834, 854 (le juge Kellock pour le juge Rand).

<sup>72</sup> Voir, au même effet: J.-C. ROYER, préc., note 68, p. 943, par. 1043 cité *supra*, note 68.

<sup>73</sup> Jean-Maurice BRISSON, *La formation d'un droit mixte. L'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Éditions Thémis, 1986, p. 163.

droit judiciaire, notamment en raison de l'introduction du procès par jury en matière civile<sup>74</sup>.

Ainsi, pour ce qui est du témoignage, la Cour suprême a affirmé l'existence de la règle de la prohibition du ouï-dire au Québec, même si cette règle ainsi que ses exceptions, issues de la common law<sup>75</sup>, étaient implicites à l'ancien *Code de procédure civile*<sup>76</sup>. Le témoignage d'expert est également régi par des règles de common law<sup>77</sup>. Dans tous ces cas, il ne s'agit pas de « simples emprunts mal avisés à la common law »<sup>78</sup> qui s'incrument dans le droit civil, mais de règles dont les sources historiques et formelles sont véritablement la common law.

Ainsi, certains privilèges applicables en matière civile au Québec ont un fondement directement prétorien<sup>79</sup>, à l'exclusion de toute source législative. À l'heure actuelle, il s'agit principalement du privilège relatif au litige<sup>80</sup>, du secret du délibéré, du privilège de l'indicateur de police<sup>81</sup> et des privilèges au cas par cas suivant le test de Wigmore<sup>82</sup>. L'article 4 du *Code de procédure civile* semble maintenant faire référence de manière voilée au privilège

<sup>74</sup> *Id.*, p. 45 et 46. Même dans l'hypothèse où il aurait survécu à la réception du droit public anglais lors de la Conquête, l'ancien droit français de la procédure et de la preuve civiles a été passablement changé par des dispositions de la législature coloniale, des règles de pratique des tribunaux et des jugements : *id.*, p. 63.

<sup>75</sup> *Royal Victoria Hospital et al. c. Morrow*, [1974] R.C.S. 501, 508 et 509 (le juge Pigeon pour la Cour) ; J.-C. ROYER, préc., note 21, EYB2016PRC63, par. 726. Voir aussi, sur le rapport entre la common law sur l'indicateur de police et la codification de la procédure civile : *Bisaillon c. Keable*, préc., note 64, 98, 102 et 103 (le juge Beetz pour la Cour).

<sup>76</sup> Art. 294 a.C.p.c., maintenant à l'art. 279 C.p.c. Voir aussi l'art. 2843 C.c.Q.

<sup>77</sup> INSTITUT NATIONAL DE LA MAGISTRATURE, *Manuel scientifique à l'intention des juges canadiens*, 2018, en ligne : <<https://www.nji-inm.ca/index.cfm/publications/science-manual-for-canadian-judges/?langSwitch=fr>>, p. 20 (consulté le 4 mars 2020).

<sup>78</sup> Daniel JUTRAS, « Regard sur la common law au Québec : perspective et cadrage », (2008) 10 R.C.L.F. 311, 324. Voir aussi : Daniel JUTRAS, « Cartographie de la mixité : la common law et la complétude du droit civil au Québec », (2009) 88 *Revue du Barreau canadien* 247, 256.

<sup>79</sup> *Pétrolière Impériale c. Jacques*, préc., note 9, par. 33 (les juges LeBel et Wagner pour la majorité) ; S. GRAMMOND, préc., note 23, p. 11.

<sup>80</sup> *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, préc., note 6, par. 20 (le juge Gascon pour la Cour).

<sup>81</sup> *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, préc., note 1, par. 49 (le juge LeBel pour la Cour).

<sup>82</sup> *Id.*, par. 53 (le juge LeBel pour la Cour) (sources journalistiques) ; *Centre de lutte contre l'oppression des genres (Centre for Gender Advocacy) c. Québec (Procureure générale)*, préc., note 4 (sources du chercheur) ; *Lefrançois c. Garde côtière auxiliaire canadienne*

relatif aux négociations de règlement, alors qu'il était autrefois entièrement de common law<sup>83</sup>. Il faut toutefois connaître la common law pour savoir que la règle de confidentialité consacrée par cet article 4 est applicable même en justice<sup>84</sup>. D'ailleurs, la common law est pertinente pour interpréter les autres privilèges de droit anglais codifiés dans la législation<sup>85</sup>.

Ces règles non écrites ne sont applicables que si elles sont compatibles avec le droit légiféré québécois<sup>86</sup>, mais il faut des termes exprès pour écarter des privilèges de common law d'importance comme le privilège relatif au litige<sup>87</sup>. Cela détonne avec la méthode d'interprétation civiliste et codifiée, comme l'a montré le juge Granosik de la Cour supérieure<sup>88</sup>. Commentant l'arrêt *Lizotte*<sup>89</sup> de la Cour suprême du Canada dans le contexte d'une affaire où la Cour supérieure devait déterminer quelle était la priorité entre l'article 1621 C.c.Q sur les dommages punitifs et le privilège relatif aux négociations de règlement<sup>90</sup>, il écrit :

---

(*Québec inc.*, 2018 QCCS 228 (enquête menant à la suspension de bénévoles – refus de reconnaître un privilège).

<sup>83</sup> *Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier Inc.*, préc., note 32, par. 37 (le juge Wagner pour la Cour); L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 20, par. 496; J.-C. ROYER, préc., note 21, EYB2016PRC122, par. 1257.

<sup>84</sup> Si on faisait abstraction de la common law, qui consacre le privilège relatif aux négociations de règlement, l'article 4 du C.p.c. n'aurait pu consacrer un privilège, puisqu'il ne fait pas référence de manière expresse au contexte judiciaire: *infra*, p. 19 et suiv.; *Société financière Manuvie c. D'Alessandro*, préc., note 34, par. 46 et 47 (la juge Bélanger pour la majorité).

<sup>85</sup> *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, préc., note 1, par. 45 (le juge LeBel pour la Cour): « Si une règle juridique découle en définitive de la common law, il demeure logique de recourir à celle-ci dans l'interprétation et l'élaboration de cette même règle en droit civil ». Sur l'art. 283 C.p.c., voir: P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 53, p. 1387 et 1388.

<sup>86</sup> J.-C. ROYER, préc., note 21, EYB2016PRC63, par. 727: « Les principes dégagés par la doctrine et la jurisprudence canadiennes ou anglaises ne sont valables en droit civil québécois que dans la mesure où ils ne contredisent pas des dispositions formelles contenues dans le *Code civil du Québec* et dans le *Code de procédure civile* ».

<sup>87</sup> *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, préc., note 6, par. 5, 56 et 57 (le juge Gascon pour la Cour).

<sup>88</sup> Ce débat sur le rapport entre l'écrit et le non-écrit en matière de procédure et de preuve remonte, en définitive, à la Conquête: J.-M. BRISSON, préc., note 73, p. 77.

<sup>89</sup> *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, préc., note 6.

<sup>90</sup> *N. Turenne Brique et pierre inc. c. FTQ-Construction*, 2019 QCCS 4165, par. 9:

Il n'est pas nécessaire, car personne ne le conteste, de revenir sur l'importance de préserver la confidentialité de la négociation menant à une transaction entre deux parties à un litige réel ou éventuel ainsi que de la transaction elle-même. Il serait

De toute évidence, dans ce passage, la Cour suprême du Canada subordonne résolument le droit codifié à un processus de modification de règles de common law d'importance fondamentale, tel un privilège générique. Elle écarte ainsi l'application du *Code de procédure civile* en concluant que celui-ci aurait dû être amendé afin de se soustraire à l'application d'un privilège. On peut dire qu'ainsi, la Cour suprême du Canada sonne le glas de l'interprétation civiliste de notre droit de la procédure mais aussi, dans une certaine mesure, de celui de la preuve. Le Tribunal doit suivre ce précédent.<sup>91</sup>

Même s'il aurait préféré donner priorité à l'article 1621 C.c.Q., le juge Granosik s'est rangé derrière la règle exigeant la modification expresse des règles de preuve d'importance en common law.

De nouveaux appels à l'évacuation des règles de common law du droit de la preuve civile du Québec pourraient prendre appui sur la disposition préliminaire du *Code de procédure civile*, laquelle consacre que « le Code s'interprète et s'applique comme un ensemble, dans le respect de la tradition civiliste »<sup>92</sup>. Commentant ce passage, la professeure Catherine Piché affirme néanmoins que le droit judiciaire québécois déborde du droit légiféré. Elle écrit :

De plus, à travers les diverses codifications en procédure civile québécoise, de 1867 à aujourd'hui, il est devenu clair, et éventuellement reconnu par la majorité de la Cour suprême du Canada, que le droit judiciaire déborde du Code. Ce débordement est confirmé à la lecture des articles 25 et 49 du Nouveau Code, qui veulent que la procédure soit la servante du droit substantiel et que le tribunal puisse suppléer au Code. C'est donc dire qu'il existe en dehors du Code des règles de droit judiciaire qui le complètent.<sup>93</sup> [Notre soulignement]

---

aussi superflu de paraphraser le C.c.Q. pour réitérer l'évidence de devoir vérifier si la partie condamnée assumera réellement ou seule une condamnation à des dommages punitifs. Cela dit, deux visions s'affrontent et elles sont mutuellement exclusives. Aucune exception particulière au privilège ne s'applique ni n'est plaidée, sauf le principe codifié à l'article 1621 C.c.Q. Il est enfin manifeste que ce dernier ne traite pas d'un quelconque privilège générique ou encore des exceptions à un tel privilège. La véritable question est plutôt de savoir si cette disposition du Code civil du Québec doit ou devrait le faire de façon explicite. [Notre soulignement]

<sup>91</sup> *Id.*, par. 22.

<sup>92</sup> C.p.c., disposition préliminaire, al. 3. Voir : F. CÔTÉ, préc., note 10, p. 153, aux p. 183 et suiv. ; R. JUKIER, préc., note 10, 237 et suiv.

<sup>93</sup> C. PICHÉ, préc., note 10, 175.

Il faut voir<sup>94</sup>, dans « le respect de la tradition civiliste »<sup>95</sup>, le reflet de l'avertissement donné par le juge LeBel dans l'arrêt *Lac d'Amiante* (qui portait sur la confidentialité de l'interrogatoire au préalable), alors qu'il affirmait que « [l]a création des règles de droit [de la procédure civile] appartient [...] principalement au législateur »<sup>96</sup>. Cet avertissement n'a toutefois pas empêché la Cour, au même moment, d'intégrer au droit québécois une nouvelle règle de common law prévoyant la confidentialité des interrogatoires au préalable.

De même, les propos du professeur Pierre Lemieux sur la relation entre la disposition préliminaire et le pourvoi en contrôle judiciaire (un autre pan de la procédure civile québécoise de source anglaise) sont instructifs : la tradition d'interprétation civiliste impose un devoir de respect quant au droit écrit et codifié, sans toutefois commander l'aveuglement du juge face aux sources historiques d'une règle, d'une institution ou d'une disposition<sup>97</sup>. Pour prescrire un tel aveuglement, une disposition législative expresse aurait été nécessaire<sup>98</sup>. Ajoutons que le défaut de reconnaître la source de common law d'une partie des règles de la preuve civile québécoise empêche le juriste de comprendre et de résoudre les « difficultés sémantiques, sinon conceptuelles qui continuent de marquer la vie de ce secteur du droit »<sup>99</sup>, pour reprendre la formule du juge LeBel.

<sup>94</sup> *Id.*, 176 et 177.

<sup>95</sup> C.p.c., disposition préliminaire, al. 3.

<sup>96</sup> *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858 – 0702 Québec Inc.*, préc., note 69, par. 35 (le juge LeBel pour la Cour). Dans ce contexte, il faut admettre que la reconnaissance de privilèges de common law. au Québec fait preuve d'une plus grande déférence envers le Parlement que de reconnaître les mêmes privilèges sur la base des chartes. En effet, il ne faut pas oublier que le Parlement doit déroger aux chartes dans l'éventualité où il voudrait réaménager des privilèges que ces dernières consacraient, alors qu'il peut à tout moment écarter une règle de common law selon son bon plaisir.

<sup>97</sup> Pierre LEMIEUX, « Le pourvoi en contrôle judiciaire », dans Denis FERLAND et Benoît EMERY (dir.), *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, par. 2-1284 : « Même si le *Code de procédure civile* s'inscrit dans le droit écrit et codifié régi par une tradition d'interprétation civiliste, le recours mettant en œuvre le pouvoir de contrôle judiciaire, étant d'origine britannique, doit s'interpréter à la lumière de la common law ».

<sup>98</sup> *Id.*, par. 2-1285.

<sup>99</sup> *Société d'énergie Foster Wheeler Ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, préc., note 38, par. 23 (le juge LeBel pour la Cour) ; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, préc., note 1, par. 40 (le juge LeBel pour la Cour).

Cependant, tant du point de vue de la hiérarchie des sources (la souveraineté du Parlement du Québec sur les règles prétoriennes<sup>100</sup>) que du point de vue de l'importance numérique des privilèges légiférés (ou codifiés), la législation demeure la source première des privilèges en droit civil québécois. C'est d'ailleurs pourquoi le droit de la preuve civile du Québec contient beaucoup plus de privilèges que celui des autres provinces et du fédéral<sup>101</sup>.

Cette importance du droit légiféré résulte également de l'affirmation par les tribunaux de leur retenue à créer de nouveaux privilèges génériques de common law. Relativement aux journalistes, le juge Binnie écrivait qu'« [i] est probable qu'à l'avenir, tout nouveau privilège "générique" sera créé, le cas échéant, par une intervention législative »<sup>102</sup>. L'avenir lui a donné raison : pour reconnaître un tel privilège aux journalistes, il a fallu des lois du Parlement<sup>103</sup>. C'est la situation contraire qui prévaut en matière d'exceptions au ouï-dire, puisque la Cour suprême du Canada a affirmé, dès 1970, sa volonté d'en créer de nouvelles dans *Ares c. Venner*<sup>104</sup>. La Cour a alors permis le dépôt, à titre de preuve de leur contenu, des notes au dossier médical. Néanmoins, en Angleterre, la Chambre des Lords avait décidé, en 1964,

<sup>100</sup> Sur la souveraineté du Parlement sur les privilèges de common law, voir : *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, 2002 CSC 57, par. 54 à 57 (la juge en chef McLachlin pour la majorité). Cependant, certains privilèges, même de common law, visant à protéger la bonne application du droit criminel (comme le privilège de l'indicateur de police) pourront bénéficier de la prépondérance fédérale, laquelle empêchera que le même privilège de common law provinciale (régissant les instances civiles) soit modifié par le Parlement de la province concernée : *Bisaillon c. Keable*, préc., note 64, 107 à 109 (le juge Beetz pour la Cour).

<sup>101</sup> *Glegg c. Smith & Nephew Inc.*, préc., note 59, par. 24 (le juge LeBel pour la Cour).

<sup>102</sup> *R. c. National Post*, préc., note 1, par. 42 (le juge Binnie pour la majorité). Voir aussi : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, préc., note 2, par. 87 (juge en chef McLachlin pour la majorité) (sources humaines du SCRS).

<sup>103</sup> *Loi sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques*, préc., note 1 ; *Loi sur la protection des sources journalistiques*, préc., note 1. Voir aussi : *R. c. Média Vice Canada Inc.*, préc., note 1.

<sup>104</sup> *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608, 622 à 626 (le juge Hall pour la Cour). Sur l'approche raisonnée en matière de ouï-dire, voir notamment : *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531 ; Bruce P. ARCHIBALD, « The Canadian Hearsay Revolution : Is Half a Loaf Better Than No Loaf at All? », (1999) 25 *Queen's L.J.* 1 ; F. HOULE et C. PETERSON, préc., note 17, p. 19 ; Christine BOYLE, Marilyn T. MACCRIMMON et Dianne MARTIN, *The Law of Evidence. Fact Finding, Fairness, and Advocacy*, Toronto, Edmond Montgomery Publications Limited, 1999, p. 567.

que les nouvelles exceptions au ouï-dire devraient être créées par le Parlement et non par les tribunaux<sup>105</sup>. En somme, tant en ce qui concerne les privilèges que le ouï-dire, la Cour suprême du Canada semble limiter les règles *strictes* d'exclusion de la preuve au profit de la recherche de la vérité à travers l'octroi d'une *discretion* au juge de première instance d'admettre ou non la preuve<sup>106</sup>.

Cette interprétation restrictive des règles d'exclusion de la preuve se vit également, à certains égards, en matière légiférée. En effet, ce n'est pas toute obligation de confidentialité (par exemple, en droit professionnel ou déontologique<sup>107</sup>) prévue législativement qui consacrera une immunité de divulgation en justice. Autrement dit, même si le « droit de fond » exige qu'une personne garde des faits sous silence, elle pourra être contrainte à les révéler judiciairement s'ils sont pertinents. La professeure Catherine Piché écrit :

Un renseignement ou un document confidentiel n'est pas nécessairement privilégié. Plusieurs personnes accomplissant les tâches les plus diverses ne peuvent pas révéler volontairement à des tiers des renseignements confidentiels qui leur sont communiqués. Cependant, toutes ces personnes ne sont pas exemptées de divulguer devant les tribunaux les renseignements confidentiels qu'elles ont connus dans l'exercice de leurs fonctions.<sup>108</sup> [Notre soulignement]

La divulgation en justice est d'ailleurs la situation de principe découlant de la recherche de la vérité et du droit à la preuve<sup>109</sup>. Dans *Société*

<sup>105</sup> *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001, [1964] 2 All E.R. 881, [1964] 3 W.L.R. 145 (C.L.). Remarquons par ailleurs que cette décision a poussé le Parlement britannique à se pencher sur le ouï-dire, et cette règle a été presque entièrement écartée en matière civile en Angleterre : *Civil Evidence Act 1995*, 1995 c. 38 (R.-U.), art. 1.

<sup>106</sup> Sur cette montée de la discrétion judiciaire et l'abandon corrélatif des règles prévisibles de preuve, voir : David M. PACIOCCO et Lee STUESSER, *The Law of Evidence*, 7<sup>e</sup> éd., Toronto, Irwin Law, 2015, p. 596.

<sup>107</sup> *R. c. Robillard*, 2000 CanLII 6756 (QC CA), par. 30 et suiv. (le juge Proulx, avec l'accord de la juge Deschamps).

<sup>108</sup> J.-C. ROYER, préc., note 21, EYB2016PRC124, par. 1276.

<sup>109</sup> Marie-Louise DELISLE, « Divulgation prohibée par une disposition législative spécifique », dans Claude MARSEILLE (dir.), *Les objections à la preuve en droit civil*, Markham, LexisNexis, 2015, par. 14-12 :

Par ailleurs, conformément au principe du droit à la preuve, il faut présumer que le caractère confidentiel d'une information reconnu par voie législative se limite au contexte extrajudiciaire. Effectivement, la règle veut que « dans un procès civil, les



*financière Manuvie c. D'Alessandro*, qui portait sur une demande de communications de renseignements détenus par le Bureau du surintendant des institutions financières, la juge Bélanger écrit :

[46] En terminant sur ce point, je souligne l'opinion émise par les professeurs Ducharme et Panaccio qui estiment avec justesse que « [L]orsqu'une loi se limite à déclarer qu'un document est confidentiel, il faut [...] présumer que cette confidentialité s'applique uniquement dans un contexte extrajudiciaire comme devoir de discrétion, sauf s'il est manifeste que l'intention du législateur est de lui conférer une immunité de divulgation en justice ».

[47] J'estime ne pas être en présence de l'un de ces rares cas où il est manifeste que le législateur a voulu conférer une immunité de divulgation, même en justice.<sup>110</sup> [Notre soulignement]

Ainsi, on présume de la non-existence d'un privilège au sein d'une obligation de confidentialité légiférée, mais une telle obligation s'appliquant « même en justice » indique que le Parlement a voulu créer un privilège<sup>111</sup>. Dans ce dernier cas de figure, le tribunal est lié par cette immunité de la personne tenue au secret par la loi<sup>112</sup>.

---

parties aient droit à la communication de documents, même confidentiels, lorsque ceux-ci sont pertinents au litige. [Notre soulignement]

Voir aussi: Michel GAGNÉ et Nicolas MOISAN, « Les recours collectifs et l'environnement: que nous réserve la prochaine décennie? », dans *Développements récents en droit de l'environnement*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 2006, *La Référence*, EYB2006DEV1135, p. 73 et 74; C. MARSEILLE, préc., note 20, par. 5.

<sup>110</sup> *Société financière Manuvie c. D'Alessandro*, préc., note 34, par. 46 et 47 (la juge Bélanger pour la majorité).

<sup>111</sup> M.-L. DELISLE, préc., note 109, par. 14-14; *Société financière Manuvie c. D'Alessandro*, préc., note 34, par. 45 (la juge Bélanger pour la majorité) :

Or, si le législateur avait voulu mettre en place une interdiction absolue, il aurait spécifié que toute communication, « même en justice », est interdite. C'est d'ailleurs une technique rédactionnelle similaire qu'il a utilisée dans d'autres lois. Comme le souligne la juge Soldevila et à titre d'exemple, dans la Loi sur les statistiques, le législateur a prévu que certains documents « [...] sont protégés et ne peuvent servir de preuve dans aucune procédure quelle qu'elle soit ».

Le Parlement fédéral a répondu à cette décision pour conférer à cette disposition le statut de privilège: Loi n°1 sur le plan d'action économique de 2015, L.C. 2015, c. 36, art. 232 à 238.

<sup>112</sup> Par exemple, la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* (RLRQ, c. A-2.1, art. 171, par. 3) ne consacre aucun privilège: *Communauté urbaine de Montréal c. Chubb du Canada compagnie d'assurance*, 1998 CanLII 13290 (QC CA), p. 7 (le juge Brossard pour la Cour); *Autorité des marchés*

En définitive, le privilège au sens du droit de la preuve est soit légiféré, soit prétorien. Lorsqu'il est légiféré, il doit être créé de façon expresse<sup>113</sup>, et lorsque le Parlement veut écarter un privilège prétorien, il doit aussi le faire de manière expresse, même en droit civil<sup>114</sup>.

En reconnaissant la source de common law des privilèges et son rapport à la législation, il est possible de mieux comprendre les origines et les règles fondamentales applicables aux privilèges en général ou à l'un d'eux en particulier. Cette prise de conscience permet d'entamer une réflexion plus large sur la classification des privilèges qui dépasse l'opposition entre le droit québécois et celui des autres provinces et du fédéral.

### III. Le passage à deux grandes classifications des privilèges

Les classifications des privilèges, particulièrement celle entre *privilèges génériques* et *privilèges au cas par cas* souvent reprise par la Cour suprême du Canada<sup>115</sup>, sont à l'origine d'incompréhensions et de confusion. Si les qualificatifs *communicationnels* et *non communicationnels* sont utiles, le caractère *absolu* de certains privilèges renseigne mal le juriste quant à

---

*financiers c. Panju*, 2008 QCCA 832, par. 18 et 60 (le juge Hilton pour la Cour) ; *Agence du revenu du Québec c. Moussi*, 2014 QCCA 1832, par. 3 (*per curiam*). La *Loi sur l'accès* n'est donc pas un motif solide d'objection à une demande de communication de documents dans le contexte d'une instance judiciaire, à moins de convaincre le tribunal que les circonstances militent pour la reconnaissance du privilège de la Couronne. De plus, une obligation de confidentialité contractuelle n'est pas, en principe, un privilège, et ne peut donc pas être soulevée pour empêcher la communication ou la production d'une preuve : *Weinberg c. Ernst & Young, l.l.p.*, 2010 QCCA 1727, par. 49 et 50 (le juge Forget pour la Cour). Cependant, la Cour suprême du Canada a affirmé qu'une partie peut créer contractuellement, à condition de le faire de manière expresse, claire et sans équivoque, une règle d'exclusion de la preuve pouvant l'empêcher de faire la preuve d'un règlement survenu lors de l'utilisation d'un mode privé de règlement des différends : *Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier Inc.*, préc., note 32, par. 54 (le juge Wagner pour la Cour).

<sup>113</sup> *Société financière Manuvie c. D'Alessandro*, préc., note 34, par. 46 et 47 (la juge Bélanger pour la majorité).

<sup>114</sup> *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, préc., note 6, par. 5 (le juge Gascon pour la Cour).

<sup>115</sup> Voir notamment : *R. c. Durham Regional Crime Stoppers Inc.*, [2017] 2 R.C.S. 157, 2017 CSC 45 ; *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, préc., note 6 ; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, préc., note 1 ; *R. c. National Post*, préc., note 1 ; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, préc., note 21.

l'existence d'exceptions à leur application, et les mots *au cas par cas* sont insuffisants pour distinguer les différents privilèges dont la reconnaissance est discrétionnaire du véritable *privilège au cas par cas* qui est reconnu par l'application du test de Wigmore.

Après avoir développé sur les classifications des privilèges entre *communicationnels* ou *non communicationnels*, *absolus* ou *partiels* et *génériques* ou *au cas par cas*<sup>116</sup>, nous avancerons qu'une nouvelle approche en deux volets est susceptible à la fois de rendre justice aux règles posées par les tribunaux et de simplifier leur compréhension.

## A. Les privilèges selon leur objet

Une distinction fondamentale entre les privilèges doit d'abord être réalisée selon ce qu'ils couvrent. Alors que les communications privilégiées protègent des *relations*, d'autres privilèges couvrent plutôt des *contenus*.

Ainsi, un *privilège non communicationnel* protège un fait contre toute preuve qui pourrait en être donnée, tandis qu'un *privilège communicationnel* protège la seule communication d'un fait par une personne (ou l'identité de l'interlocuteur).

Un simple exemple permet de saisir cette distinction : avouer un meurtre à son avocat n'en prohibe pas la preuve devant le tribunal. Il n'interdit qu'à l'avocat et à ses collaborateurs de révéler cet aveu, tandis que, dans le contexte du procès civil, où le droit au silence n'existe pas, le meurtrier peut être contraint de témoigner lui-même sur ses gestes<sup>117</sup>. De même, un fait litigieux constaté par un professionnel n'est pas, en principe, protégé, puisque ce n'est pas une communication<sup>118</sup>. Cela veut dire que, en règle générale, un avocat ou un psychologue qui est présent par hasard sur les lieux d'un incident est compétent et contraignable à témoigner sur ces faits, même si une relation professionnelle s'établit avec l'une des parties. Il n'y a pas eu de confiance au professionnel dans le but d'obtenir de l'aide, alors que c'est un des éléments essentiels permettant de reconnaître le privilège<sup>119</sup>.

<sup>116</sup> M<sup>e</sup> Pierre Lapointe a aussi, dans le contexte criminel, analysé longuement ces classifications : P. LAPOINTE, préc., note 14, par. 4.

<sup>117</sup> J.-C. ROYER, préc., note 21, EYB2016PRC118, par. 1185, 1188 et 1189.

<sup>118</sup> *Id.*, EYB2016PRC130, par. 1324. On peut en dire autant du journaliste : *N. Turenne Brique et pierre inc. c. FTQ-Construction*, préc., note 16, par. 16.

<sup>119</sup> *R. c. Durham Regional Crime Stoppers Inc.*, préc., note 115, par. 24 (le juge Moldaver pour la Cour).

Toutefois, un fait protégé par le privilège de la Couronne ne pourra être prouvé d'aucune manière, puisque « la preuve secondaire d'une information confidentielle est irrecevable »<sup>120</sup>. De même, le processus de décision d'un juge est protégé par le secret du délibéré, même lorsque ce dernier ne communique avec personne.

Il faut donc distinguer le privilège qui protège entièrement le *fait* de celui qui ne protège que la *communication* d'un fait dont la preuve est autrement recevable. Par exemple, le secret professionnel<sup>121</sup>, le privilège relatif aux négociations de règlement<sup>122</sup> et le privilège conjugal<sup>123</sup> sont communicationnels, tandis que le privilège relatif au litige<sup>124</sup>, le secret du délibéré<sup>125</sup> et le privilège de la Couronne<sup>126</sup> ne le sont pas<sup>127</sup>. Par conséquent, ces derniers ont une étendue plus large que la couverture des seules communications.

La Cour suprême du Canada a cependant atténué la rigueur de cette séparation entre les privilèges communicationnels ou non. Dans les arrêts *Chambre des notaires* et *Thompson*, les juges Wagner et Gascon ont établi que les faits qui peuvent révéler la communication, ou qui sont liés à la relation, sont protégés par le secret professionnel<sup>128</sup>. Tout en étendant un peu la portée des privilèges communicationnels, ces arrêts ne font pas perdre à cette classification son utilité fondamentale.

Celle-ci permet de séparer les privilèges protégeant des *relations* entre des personnes de ceux protégeant des *faits* ou des *contenus* en eux-mêmes.

<sup>120</sup> J.-C. ROYER, préc., note 21, EYB2016PRC119, par. 1238.

<sup>121</sup> *Id.*, EYB2016PRC125, par. 1288.

<sup>122</sup> P. LAPOINTE, préc., note 14, par. 56.

<sup>123</sup> C.p.c., art. 282 : « Le témoin ne peut être contraint de divulguer une communication que son conjoint lui aurait faite au cours de leur vie commune ». [Notre soulignement]; *Loi sur la preuve au Canada*, préc., note 33, par. 4(3).

<sup>124</sup> *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, préc., note 6, par. 22 (le juge Gascon pour la Cour); *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2006] 2 R.C.S. 319, 2006 CSC 39, par. 27 (le juge Fish pour la majorité).

<sup>125</sup> L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 20, par. 491.

<sup>126</sup> P. LAPOINTE, préc., note 14, par. 57.

<sup>127</sup> Le privilège de l'indicateur de police est parfois présenté comme non communicationnel (*id.*, par. 36), bien qu'il résulte pourtant d'une communication : *R. c. Durham Regional Crime Stoppers Inc.*, préc., note 115, par. 16 (le juge Moldaver pour la Cour).

<sup>128</sup> *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, préc., note 6, par. 40 (les juges Wagner et Gascon pour la Cour); *Canada (Revenu national) c. Thompson*, [2016] 1 R.C.S. 381, 2016 CSC 21, par. 19 (les juges Wagner et Gascon pour la Cour).

D'un côté, les parlements et les tribunaux jugent dommageable que des personnes ne puissent se confier librement, par exemple, à des professionnels (secret professionnel), à des journalistes (privilège journalistique) ou à leur conjoint (privilège conjugal), tandis que, de l'autre, ils jugent dommageable que le fruit du travail d'une partie à un litige (privilège relatif au litige), d'un juge (secret du délibéré) ou du gouvernement (privilège de la Couronne) soit révélé.

## B. Les privilèges selon leurs conditions d'application

De leur côté, les qualificatifs « absolus » et « partiels » ainsi que « générique » et « au cas par cas » s'intéressent aux conditions d'application d'un privilège.

Un *privilège absolu* est présumé s'appliquer si les circonstances nécessaires sont établies, alors qu'une partie doit justifier l'application d'un *privilège partiel* dans une affaire donnée<sup>129</sup>.

Ainsi, le privilège relatif aux négociations de règlement est absolu, puisque c'est à la partie qui veut nier le privilège d'établir l'application d'une exception<sup>130</sup>. Au même titre, le secret professionnel<sup>131</sup>, le privilège relatif au litige<sup>132</sup>, le secret du délibéré<sup>133</sup> et le privilège de l'indicateur de police<sup>134</sup> sont également absolus.

<sup>129</sup> P. LAPOINTE, préc., note 14, par. 8: « [...] les renseignements tombant dans les catégories de privilège absolu sont présumés inadmissibles alors que les renseignements protégés par un privilège partiel sont présumés admissibles ».

<sup>130</sup> *Id.*, par. 56; *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, [2013] 2 R.C.S. 623, 2013 CSC 37, par. 19 (la juge Abella pour la Cour); *Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier Inc.*, préc., note 32, par. 37 (le juge Wagner pour la Cour).

<sup>131</sup> J.-C. ROYER, préc., note 21, EYB2016PRC126, par. 1303. Malgré tout, dans le cas du professionnel non-juriste, il existe des situations où « l'intérêt de la justice à la découverte de la vérité commande la "levée" du secret professionnel »: *Béton Laurentide inc. c. Lafarge Canada inc.* 2018 QCCA 2100, par. 28 (*per curiam*).

<sup>132</sup> *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, préc., note 6, par. 36 (le juge Gascon pour la Cour).

<sup>133</sup> L. DUCHARME et C.-M. PANACCIO, préc., note 20, par. 491.

<sup>134</sup> *R. c. Barros*, [2011] 3 R.C.S. 368, 2011 CSC 51, par. 1 (le juge Binnie pour la majorité).

Par opposition, le privilège de la Couronne<sup>135</sup> codifié à l'article 283 du *Code de procédure civile* est l'exemple type du privilège partiel, puisqu'il faut, pour l'invoquer avec succès, convaincre le tribunal que l'intérêt à ne pas divulguer les faits l'emporte sur les autres intérêts à protéger dans une mise en balance au cas par cas.

Le privilège journalistique se situe, en quelque sorte, à mi-chemin entre ces appellations : il se rapproche des privilèges absolus dans la mesure où le fardeau appartient à la personne voulant écarter le privilège<sup>136</sup>, mais la mise en balance des intérêts à effectuer lui donne un caractère partiel<sup>137</sup>. Ainsi, dans le récent arrêt *Denis c. Côté*<sup>138</sup> au sujet de la révélation d'une source journalistique afin d'étayer une requête en arrêt des procédures, la Cour suprême du Canada a peaufiné une série de critères à mettre en balance, dont « l'importance du renseignement recherché à l'égard d'une question essentielle dans le cadre de l'instance, la liberté de la presse et les conséquences de la divulgation sur la source journalistique et le journaliste »<sup>139</sup>. Même si la reconnaissance du privilège journalistique dans une affaire donnée est la règle, ces critères énumérés ne se présentent pas comme des catégories limitées faisant exception à l'application d'un privilège absolu, mais plutôt comme des éléments à prendre en compte dans l'exercice d'une discrétion assez large.

Par ailleurs, « absolu » ne signifie pas une absence d'exception possible<sup>140</sup> : même le privilège relatif à l'indicateur de police peut être levé pour prouver l'innocence de l'accusé<sup>141</sup>. Comme pour tous les privilèges absolus, il s'agit alors d'un cas de figure précis, d'une exception prédéterminée

<sup>135</sup> *Carey c. Ontario*, préc., note 55, par. 33 et 79 (le juge La Forest pour la Cour). Il y aurait certains cas rares, liés à la défense ou aux affaires étrangères, où le privilège de la Couronne pourrait être invoqué avec succès sur la seule base de la déclaration assermentée du fonctionnaire, mais, même dans ce cas, le fardeau appartient à la Couronne ou à celui qui soulève l'objection : *id.*, par. 43 et suiv. (le juge La Forest pour la Cour).

<sup>136</sup> *Loi sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques*, préc., note 1, art 7; *Loi sur la preuve au Canada*, préc., note 33, par. 39.1(9).

<sup>137</sup> *Loi sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques*, préc., note 1, art. 5; *Loi sur la preuve au Canada*, préc., note 33, par. 39.1(7).

<sup>138</sup> *Denis c. Côté*, préc., note 1, par. 41 et suiv. (le juge en chef Wagner pour la majorité).

<sup>139</sup> *Id.*, par. 52.

<sup>140</sup> P. LAPOINTE, préc., note 14, par. 10.

<sup>141</sup> *R. c. Durham Regional Crime Stoppers Inc.*, préc., note 115, par. 1 (le juge Moldaver pour la Cour).

dont il faut prouver les conditions d'application, et non d'un véritable pouvoir discrétionnaire.

En plus des appellations *privilège absolu et partiel*, existent celles de *privilège générique* et de *privilège au cas par cas*. Ces dernières posent aussi certains problèmes.

D'une part, l'appellation « générique » signifie bien souvent « communicationnel » et « absolu ». C'est cette définition qui a été employée dans l'arrêt *National Post*<sup>142</sup> portant sur le privilège journalistique. Le privilège en question est donc présumé s'appliquer si les circonstances nécessaires sont établies. La doctrine et la jurisprudence emploient alors souvent ce terme pour désigner les privilèges communicationnels et absolus de common law. En ce sens, le privilège avocat-client<sup>143</sup>, le privilège relatif aux négociations de règlement<sup>144</sup> et le privilège de l'indicateur de police sont génériques<sup>145</sup>. Malgré tout, le juge LeBel a déjà utilisé l'appellation « générique » pour faire référence à des privilèges de création législative<sup>146</sup>, ce qui étend cette catégorie au-delà des privilèges purement prétoriens.

De son côté, le privilège relatif au litige a été reconnu par la Cour suprême comme générique<sup>147</sup>, même s'il est non communicationnel<sup>148</sup>. En définitive, « générique » est maintenant, très souvent, synonyme d'« absolu »,

<sup>142</sup> R. c. *National Post*, préc., note 1, par. 42 (le juge Binnie pour la majorité) : « En principe, une fois que la relation nécessaire est établie entre la partie qui se confie et celle à qui elle se confie, les renseignements ainsi confiés sont présumés confidentiels par application du privilège, sans égard aux circonstances ». [Notre soulignement]. Voir aussi : *A. (L.L.) c. B. (A.)*, préc., note 21, par. 39 (la juge L'Heureux-Dubé pour les juges La Forest et Gonthier, motifs concordants) : « Un privilège générique comporte une présomption prima facie que ces communications sont inadmissibles ou non sujettes à divulgation dans le cadre de procédures criminelles ou civiles et la partie demandant la divulgation assume le fardeau d'établir qu'un intérêt prépondérant l'exige ».

<sup>143</sup> R. c. *National Post*, préc., note 1, par. 42 (le juge Binnie pour la majorité).

<sup>144</sup> *Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier Inc.*, préc., note 32, par. 34 (le juge Wagner pour la Cour) ; *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, préc., note 6, par. 34 (le juge Gascon pour la Cour).

<sup>145</sup> *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, préc., note 6, par. 34 (le juge Gascon pour la Cour).

<sup>146</sup> *Glegg c. Smith & Nephew Inc.*, préc., note 59, par. 24 (le juge LeBel pour la Cour).

<sup>147</sup> *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, préc., note 6, par. 4 et 33 (le juge Gascon pour la Cour).

<sup>148</sup> *Id.*, par. 22 (le juge Gascon pour la Cour) ; *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, préc., note 124, par. 27 (le juge Fish pour la majorité).

alors qu'« au cas par cas » est synonyme de « partiel »<sup>149</sup>. Toutefois, la Cour suprême a ouvert la porte à l'existence éventuelle d'un privilège au cas par cas et absolu<sup>150</sup>. En somme, ces appellations sont à la croisée des chemins. Polysémique, leur définition semble subir des changements subtils d'un arrêt à l'autre.

D'autre part, le véritable *privilège au cas par cas* ne couvre qu'une seule institution, plaidée à défaut de pouvoir invoquer un autre privilège dont l'existence est déjà reconnue en droit. C'est un privilège communicationnel qui pourra être reconnu en application de la common law suivant une pondération des quatre critères du test élaboré par le professeur Wigmore<sup>151</sup> à partir des faits de chaque espèce<sup>152</sup>. Il faut alors qu'une personne ait communiqué, sous le couvert de la confidentialité, avec une autre. Ensuite, ce caractère confidentiel doit être nécessaire à la relation entre les deux personnes. Cette relation fait partie de celles devant être encouragées par la société. Finalement, et c'est l'étape la plus importante, la mise en balance des intérêts doit favoriser la reconnaissance du privilège.

L'importance de ce privilège résiduel ne doit cependant pas être négligée, puisqu'il couvre, au criminel et dans les autres provinces, les ministres du culte<sup>153</sup> ainsi que tous les professionnels ne bénéficiant pas du privilège avocat-client de common law ou d'un privilège légiféré équivalant à celui

<sup>149</sup> *Contra*: P. LAPOINTE, préc., note 14, par. 9.

<sup>150</sup> *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, préc., note 6, par. 32 (le juge Gascon pour la Cour); *R. c. National Post*, préc., note 1, par. 52 (le juge Binnie pour la majorité).

<sup>151</sup> *R. c. Gruenke*, préc., note 18, 284 (le juge en chef Lamer pour la majorité):

(1) Les communications doivent avoir été transmises confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées.

(2) Le caractère confidentiel doit être un élément essentiel au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties.

(3) Les rapports doivent être de la nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment.

(4) Le préjudice permanent que subirait les rapports par la divulgation des communications doit être plus considérable que l'avantage à retirer d'une juste décision.

Voir aussi: *R. c. National Post*, préc., note 1, par. 53 (le juge Binnie pour la majorité).

<sup>152</sup> L'approche est « *ad hoc* », bien que Wigmore lui-même proposait son test pour la création de nouveaux privilèges génériques par les tribunaux: *R. c. Gruenke*, préc., note 18, 310 (la juge L'Heureux-Dubé, motifs concordants).

<sup>153</sup> *Id.*



de l'article 9 de la Charte québécoise<sup>154</sup>. Jusqu'à l'adoption des récentes lois du fédéral et du Québec en la matière<sup>155</sup>, il a aussi été utilisé pour protéger les sources journalistiques<sup>156</sup>. Il protège également des révélations confidentielles comme celles faites à un chercheur universitaire<sup>157</sup>.

Comme il est non communicationnel et qu'il ne faut pas appliquer les critères de Wigmore pour le reconnaître<sup>158</sup>, le privilège de la Couronne n'est, en ce sens, pas un privilège au cas par cas<sup>159</sup>. De plus, il protège habituellement l'État et les personnes morales de droit public, et non pas n'importe quel justiciable<sup>160</sup>.

Sans être un véritable privilège au cas par cas, le privilège de la Couronne n'est, pour autant, généralement pas inclus dans les privilèges génériques. M<sup>e</sup> Pierre Lapointe écrit :

**Privilèges d'intérêt public et privilèges génériques** – Lorsque les tribunaux affirment qu'il n'existe pas d'autres privilèges reconnus par la loi à l'exception des privilèges génériques de l'avocat-client ou de l'indicateur de police, il faut comprendre qu'ils réfèrent alors aux privilèges de nature communicationnelle. De fait, la loi reconnaît une catégorie de renseignements privilégiés, non communicationnelle, qui est désignée sous plusieurs appellations: le privilège de la couronne, de la police, partiels, *qualified privilege* ou privilège d'intérêt public. Les critères de Wigmore ne s'appliquent pas à l'égard de ces renseignements puisqu'ils ne découlent pas d'une communication. Le privilège de l'intérêt public protège notamment des renseignements relatifs aux enquêtes policières en cours, aux techniques d'enquête et à la protection des témoins.<sup>161</sup> [Notre soulignement]

<sup>154</sup> Pour d'autres applications du test de Wigmore, voir : J.-C. ROYER, préc., note 21, EYB-2016PRC124, par. 1278.

<sup>155</sup> *Loi sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques*, préc., note 1 ; *Loi sur la protection des sources journalistiques*, préc., note 1.

<sup>156</sup> Voir notamment : *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, préc., note 1 ; *R. c. National Post*, préc., note 1.

<sup>157</sup> *Centre de lutte contre l'oppression des genres (Centre for Gender Advocacy) c. Québec (Procureure générale)*, préc., note 4 ; T. PALYS et D. MACALISTER, préc., note 13.

<sup>158</sup> Voir *supra*, note 55 ; P. LAPOINTE, préc., note 14, par. 11.

<sup>159</sup> P. LAPOINTE, préc., note 14, par. 57.

<sup>160</sup> Cependant, cette immunité d'intérêt public a parfois été invoquée de manière résiduelle, autrement que comme un privilège gouvernemental, de façon à protéger le dossier d'une victime d'agression sexuelle : *A. (L.L.) c. B. (A.)*, préc., note 21, par. 48 et suiv. (la juge L'Heureux-Dubé pour les juges La Forest et Gonthier, motifs concordants).

<sup>161</sup> P. LAPOINTE, préc., note 14, par. 57.

Ce privilège tombe donc dans une zone grise. Même si la doctrine et la jurisprudence dominantes ne lui ont jamais appliqué les critères de Wigmore, la nature discrétionnaire du privilège de la Couronne a incité, par exemple, la Cour supérieure du Québec à appliquer ce cadre d'analyse du privilège au cas par cas à une demande touchant des informations policières<sup>162</sup>. Pourtant, comme le montre une décision de la Cour supérieure de l'Ontario dans un contexte factuel similaire, la protection dans l'intérêt public de renseignements touchant l'État vise d'abord à protéger les *contenus* de ces renseignements, et non pas nécessairement à protéger une *relation* de confiance. Le juge van Rensburg écrit :

I agree with the submission of the Crown that the “Wigmore test” is not applicable to the public interest immunity claims in this case. The privilege identified and applied in *Slavutych v. Baker* was in relation to confidential communications made by a faculty member to a university president in the course of proceedings involving a tenure application of another faculty member. It was not the content of the communications that grounded the privilege, but the need to preserve the confidential relationship in which the communications were made.<sup>163</sup> [Notre soulignement]

Le privilège de la Couronne, qualifié de non communicationnel, dispose d'une portée plus large que le privilège au cas par cas suivant le test de Wigmore<sup>164</sup>, et il est donc primordial de ne pas en confondre les règles.

En définitive, les appellations « absolu » et « partiel », d'une part, et « générique » et « au cas par cas », d'autre part, créent plus de confusion qu'elles n'ont d'avantages. D'abord, le caractère *absolu* de certains privilèges est largement atténué par la présence d'exceptions. Ensuite, les privilèges *partiels*, une fois reconnus, protègent entièrement les faits ou les communications pour lesquels le juge a reconnu un privilège. De plus, la liste usuelle des privilèges *généralistes* de common law omet les privilèges légiférés, qui sont pourtant essentiels, surtout en contexte québécois. Finalement, le qualificatif *au cas par cas*, utilisé pour le *privilège au cas par cas suivant le test de Wigmore*, ne permet pas de distinguer efficacement ce dernier du privilège de la Couronne. Une simplification apparaît nécessaire.

<sup>162</sup> *Sévigny c. Ville de Montréal*, 2019 QCCS 114, par. 10.

<sup>163</sup> *R. v. Western Taylor*, 2010 ONSC 5448, par. 43.

<sup>164</sup> Cela ne veut pas dire que le privilège de la Couronne ne pourra pas servir à assurer la franchise des délibérations du Cabinet: *Babcock c. Canada (Procureur général)*, préc., note 100, par. 18 (la juge en chef McLachlin pour la majorité).

### C. Une nouvelle classification : les privilèges selon leur caractère discrétionnaire

Cette simplification peut être réalisée par une distinction entre les *privilèges discrétionnaires* et *non discrétionnaires*. Cette classification inédite est complémentaire à celle sur le caractère communicationnel d'un privilège<sup>165</sup>.

Dans cette optique, le privilège relatif aux négociations de règlement, le secret professionnel de l'avocat et du notaire (privilège avocat-client), le privilège relatif au litige, le secret du délibéré, le privilège conjugal et le privilège de l'indicateur de police sont non discrétionnaires puisque, pour les raisons déjà mentionnées<sup>166</sup>, il ne faut pas pondérer les intérêts avant de les reconnaître. Dans tous les cas, le caractère non discrétionnaire d'un privilège n'empêche pas que des exceptions ou des limites à son application puissent être soulevées. Les exemples sont multiples : la mauvaise foi est une exception reconnue au privilège relatif aux négociations de règlement<sup>167</sup> tandis que les discussions criminelles ou la nécessité de démontrer l'innocence d'un accusé font obstacle au secret professionnel<sup>168</sup>. Il ne s'agit alors pas d'éléments entrant dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, mais d'exceptions définies<sup>169</sup>.

Les privilèges discrétionnaires, quant à eux, sont principalement le privilège de la Couronne<sup>170</sup>, le privilège au cas par cas suivant le test de Wigmore<sup>171</sup>, le privilège journalistique<sup>172</sup> et le secret professionnel du non-juriste<sup>173</sup>. Bien que les critères varient, il faut, pour chacun, pondérer les intérêts en présence.

<sup>165</sup> Voir : *Supra*, section III-A

<sup>166</sup> *Supra*, section III-B.

<sup>167</sup> *Terra Location inc. c. L'Unique assurances générales inc.*, 2018 QCCA 1009; *Simard c. Auberge des Cévennes inc.*, 1989 CanLII 1029 (QC CA).

<sup>168</sup> *Maranda c. Richer*, [2003] 3 R.C.S. 193, 2003 CSC 67, par. 52 (la juge Deschamps, motifs concordants). Ainsi en est-il pour l'indicateur de police : *R. c. Durham Regional Crime Stoppers Inc.*, préc., note 115, par. 1 et 16 (le juge Moldaver pour la Cour).

<sup>169</sup> Voir par exemple, pour le secret professionnel de l'avocat : *Maranda c. Richer*, préc., note 168, par. 12 (le juge LeBel pour la majorité).

<sup>170</sup> C.p.c., art. 283.

<sup>171</sup> *Supra*, section III-B.

<sup>172</sup> *Id.*

<sup>173</sup> *Béton Laurentide inc. c. Lafarge Canada inc.*, préc., note 131, par. 27 et 28 (*per curiam*).

Pour les privilèges discrétionnaires, la répartition du fardeau varie. Dans le cas du privilège journalistique<sup>174</sup> et du secret professionnel du non-juriste<sup>175</sup>, le fardeau appartient à celui qui veut les écarter, tandis que c'est à celui qui souhaite se prévaloir du privilège de la Couronne ou du privilège au cas par cas suivant le test de Wigmore de convaincre le tribunal.

**Tableau 1**  
**Classifications des principaux privilèges**

Privilège	Communicationnel	Discrétionnaire
<b>Secret professionnel – Privilège avocat-client</b> (Charte québécoise, art. 9)	Oui	Non
<b>Secret professionnel du non-juriste</b> (Charte québécoise, art. 9)	Oui	Oui <sup>176</sup>
<b>Privilège relatif aux négociations de règlement</b> (C.p.c., art. 4)	Oui	Non
<b>Privilège conjugal</b> (C.p.c., art. 282; L.R.C. [1985], c. C-5, art. 4)	Oui	Non
<b>Privilège relatif au litige</b>	Non	Non
<b>Secret du délibéré</b>	Non	Non
<b>Privilège de l'indicateur de police</b>	Oui <sup>177</sup>	Non
<b>Privilège de la Couronne</b> (C.p.c., art. 283; L.R.C. [1985], c. C-5, art. 37 <sup>178</sup> )	Non	Oui

<sup>174</sup> *Loi sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques*, préc., note 1, art 7; *Loi sur la preuve au Canada*, préc., note 33, par. 39.1(9); *Denis c. Côté*, préc., note 1, par. 33 et 34 (le juge en chef Wagner pour la majorité).

<sup>175</sup> *Béton Laurentide inc. c. Lafarge Canada inc.*, préc., note 131, par. 27 et 28 (*per curiam*).

<sup>176</sup> Le fardeau appartient alors à celui qui veut écarter le secret professionnel.

<sup>177</sup> Voir *supra*, note 127.

<sup>178</sup> Y compris le privilège de la Couronne en common law. Le caractère discrétionnaire des autres privilèges légiférés de la Couronne fédérale varie: *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5, art. 38 à 39. Par exemple, le privilège des « renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère » est non discrétionnaire (art. 38.13), tout comme celui des « renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada » (art. 39).

<b>Privilège au cas par cas suivant le test de Wigmore</b>	Oui	Oui
<b>Privilège journalistique</b> (L.Q. 2018, c. 26; L.R.C. [1985], c. C-5, art. 39.1)	Oui	Oui <sup>179</sup>

En classant un privilège selon son caractère communicationnel et discrétionnaire, il est possible d'avoir une idée générale de son cadre d'analyse. Il demeure cependant que chacun des privilèges bénéficie de ses propres règles et exceptions, et que les éléments à mettre en balance dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire peuvent varier selon le privilège invoqué.

\*  
\*   \*   \*

En tant que moyens de défense par excellence face aux intrusions des tribunaux ou des parties adverses dans les affaires d'une personne, les privilèges sont quotidiennement invoqués par les plaideurs. La conceptualisation de ce domaine du droit de la preuve pose toutefois des problèmes. Ces difficultés peuvent être, du moins en partie, résolues en montrant l'importance de la source de common law. Cela permet une compréhension plus fine des jugements des tribunaux sur les privilèges, et de mieux expliquer les grandes règles qui sont posées relativement à certaines catégories de privilèges. Ce retour aux sources permet d'analyser, en incluant les particularités du droit de la preuve civile du Québec, les classifications des privilèges. En insistant sur la nature discrétionnaire ou non des privilèges en plus de leur caractère communicationnel, ces classifications s'éclairent.

La recherche sur ce domaine de droit de la preuve aux incidences importantes demeure toutefois fragmentaire, surtout en français et en droit québécois. La constitutionnalisation du secret professionnel de l'avocat (privilège avocat-client<sup>180</sup>), les développements sur le privilège de la

<sup>179</sup> Le fardeau appartient à celui qui veut écarter le privilège: *Loi sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques*, préc., note 1, art 7; *Loi sur la preuve au Canada*, préc., note 33, par. 39.1(9). La règle est donc le non-dévoilement de la source: *Denis c. Côté*, préc., note 1, par. 34 (le juge en chef Wagner pour la majorité): «Alors que sous l'ancien régime [privilège résiduel suivant le test de Wigmore], l'applicabilité du privilège journalistique constituait l'exception, elle est maintenant devenue la règle».

<sup>180</sup> *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, préc., note 6.

Couronne<sup>181</sup> et le privilège parlementaire<sup>182</sup>, tout comme la création du privilège journalistique<sup>183</sup> et son éventuelle constitutionnalisation<sup>184</sup> sont autant de sujets particuliers sur lesquels des recherches subséquentes seraient nécessaires.

En ce qui concerne la « constitutionnalisation » du privilège avocat-client, la doctrine et les acteurs gouvernementaux seront appelés à prendre la mesure des limites qui pourront être imposées par les tribunaux aux pouvoirs des organismes lorsqu'ils sont utilisés pour enquêter auprès des juristes. L'exemple du contrôle douanier des appareils électroniques des juristes est l'un des cas problèmes, dans la mesure où l'Agence des services frontaliers du Canada prétend pouvoir juger elle-même de l'application du privilège<sup>185</sup>.

Les exemples du privilège de la Couronne et du privilège parlementaire soulèvent, quant à eux, des problèmes mettant en jeu les relations entre les différents pouvoirs de l'État. Les récentes décisions *Les avocats et notaires de l'État québécois*<sup>186</sup> et *Solkin*<sup>187</sup> montrent comment, à travers ce qui apparaît être une question de règles de preuve, l'étendue du contrôle judiciaire sur l'exécutif et sur ses déclarations aux chambres parlementaires est en jeu.

Finalement, le privilège journalistique pose la question du contournement des obligations de confidentialité par les fuites aux journalistes d'enquête et celle, plus large, de la liberté d'expression.

<sup>181</sup> Voir notamment : *Municipalité régionale de comté de Roussillon c. Procureure générale du Québec*, 2017 QCCS 2512; *Parisien c. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCS 1741; *Corporation des services d'ambulance du Québec c. Barette*, 2019 QCCS 2361; *Rivard c. Éoliennes de l'Érable*, 2019 QCCA 710, 2019 QCCS 2327.

<sup>182</sup> Voir *supra*, note 5; *Solkin c. Procureur général du Canada*, 2019 QCCS 4041.

<sup>183</sup> *Loi sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques*, préc., note 1; *Loi sur la protection des sources journalistiques*, préc., note 1; *Denis c. Côté*, préc., note 1.

<sup>184</sup> *R. c. Média Vice Canada Inc.*, préc., note 1.

<sup>185</sup> FÉDÉRATION DES ORDRES PROFESSIONNELS DE JURISTES DU CANADA, *Traverser la frontière avec des appareils électroniques: Ce que les juristes canadiens doivent savoir*, 2018, en ligne : <<https://flsc.ca/wp-content/uploads/2019/01/Traverser-la-frontiere%20avec-des-appareils-%20%C3%A9lectroniques-Ce-que-les-juristes-doivent-savoir.pdf>>, p. 2 (consulté le 4 mars 2020).

<sup>186</sup> *Les avocats et notaires de l'État québécois* et *Agence du revenu du Québec*, préc., note 5.

<sup>187</sup> *Solkin c. Procureur général du Canada*, préc., note 182.

---

Dans tous ces cas, le droit de la preuve se révèle fondamental dans le succès des recours, plutôt que comme un serviteur des autres domaines qu'il touche. Plus que des obstacles à la recherche de la vérité, les privilèges garantis par la common law, la législation ou la Constitution sont de véritables droits protégeant des valeurs importantes et concrètes.

