

Barreau de l'Ontario

Lignes directrices concernant les perquisitions dans les cabinets d'avocats

Résumé des lignes directrices

Que faire quand la police arrive à un cabinet

Examiner de près le mandat de perquisition

- s'assurer que le nom du cabinet figurant sur le mandat correspond bien au lieu à perquisitionner ;
- s'assurer que la date à laquelle les policiers se présentent au cabinet correspond à la date autorisée ;
- s'assurer que les documents recherchés sont bien précisés ;
- s'assurer que le bureau visé par l'enquête est bien précisé ;
- s'assurer que l'officier de justice compétent a signé et daté le mandat ;
- signaler au policier toute lacune ou erreur évidente au vu du mandat et insister pour que les policiers obtiennent un mandat en bonne et due forme.

Ne pas entraver le travail des policiers, et ce, même si vous croyez que le mandat de perquisition ou la façon dont il est exécuté n'est pas valide.

Revendiquer le secret professionnel sur tous les documents à saisir en vertu du mandat de perquisition.

Un arbitre est-il nécessaire?

Lorsque l'avocat peut être visé par l'enquête, que l'avocat se trouve en situation de conflit d'intérêts ou qu'aucun avocat n'est présent, la situation doit être portée à l'attention des policiers et les policiers ou l'avocat doivent demander au tribunal de désigner un arbitre.

Un expert indépendant en informatique judiciaire est-il nécessaire?

Si les documents recherchés se trouvent dans un ordinateur ou sur un dispositif/support électronique, il peut être nécessaire de recourir aux services d'un expert indépendant en informatique judiciaire nommé par le tribunal.

Ai-je besoin d'un avocat?

Vous seul pouvez répondre à cette question. Vous pouvez toutefois communiquer avec un avocat et trouverez peut-être utile de lui en parler.

Les avocats sont invités à communiquer avec le Barreau au 416 947-3963 pour obtenir de l'aide lorsqu'ils font l'objet d'une perquisition à leur cabinet.

Autres mesures à prendre par l'arbitre ou l'avocat sans conflit d'intérêts

- noter le nom des personnes en cause et des personnes-ressources, ainsi que les faits et les dates et heures ;
- identifier et **revendiquer le secret professionnel** sur tous les documents ;
- offrir votre aide pour **repérer les documents** ou les repérer sur demande des policiers et, dans la mesure du possible, en faire des copies et les conserver ;
- se conformer aux modalités du mandat de perquisition et ne remettre que ce qui est exigé par le mandat ;
- conserver des copies de tous les documents, dans la mesure du possible, si le temps le permet ;
- offrir de mettre les **documents dans des paquets scellés** ou le faire à la demande des policiers et identifier les paquets, parafés par vous et par les policiers ; s'assurer que les policiers ne prennent pas connaissance des documents ou du nom des clients ;
- s'assurer que les paquets scellés **sont confiés à la garde du tribunal ou d'un tiers indépendant** désigné par le tribunal conformément à une ordonnance judiciaire ;
- faire des efforts raisonnables pour communiquer avec les clients dont les documents font l'objet d'une saisie afin de les informer de cette mesure et de leur expliquer qu'ils peuvent consulter un avocat indépendant.

Mesures à prendre une fois le mandat de perquisition exécuté

Au besoin, saisir le tribunal d'une demande ou répondre aux demandes présentées au tribunal en vue notamment d'obtenir :

- une ordonnance prescrivant l'ouverture des paquets scellés et la divulgation de leur contenu ;
- la désignation d'un arbitre ou d'un expert indépendant en informatique judiciaire ;
- une décision au sujet des objections formulées au sujet de la validité du mandat de perquisition ou de la façon dont il est exécuté ;
- une décision portant sur toute question relative au secret professionnel de l'avocat ;
- l'autorisation de procéder à d'autres perquisitions et notamment à une perquisition électronique approfondie d'un dispositif/support électronique ou d'une image numérique judiciaire ;
- des directives au sujet des avis à donner aux clients relativement à la perquisition et à la saisie de documents protégés par le secret professionnel de l'avocat.

Le présent résumé a pour objet de faciliter la consultation. Il doit être lu de concert avec les **Lignes directrices concernant les perquisitions dans les cabinets d'avocats.**

Lignes directrices concernant les perquisitions dans les cabinets d'avocats du Barreau de l'Ontario

Le secret professionnel de l'avocat

Le secret professionnel de l'avocat est un principe de justice fondamentale consacré à l'article 7 de la *Charte des droits et libertés*¹. Ce principe revêt une importance capitale en droit canadien. Bien compris, le secret professionnel de l'avocat constitue un aspect positif de l'application de la loi et non pas un obstacle à celle-ci². En conséquence, l'État ne peut avoir accès aux renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat³ et l'État ne peut invoquer les nécessités de l'enquête pour prétendre y avoir accès⁴.

La Cour suprême du Canada a jugé que le secret professionnel de l'avocat est presque absolu⁵ en raison de l'importance de l'intérêt qu'a le public à protéger le caractère confidentiel des rapports entre l'avocat et son client⁶.

Le client est le seul détenteur du droit au secret professionnel ; l'avocat en est l'administrateur. Les avocats sont tenus par la loi de protéger les renseignements privilégiés de leurs clients et ils ont l'obligation d'agir uniquement dans l'intérêt de leur

¹ *Lavallee, Rackel et Heintz c. Canada (Procureur général)* [2002] 3 R.C.S. 209, au paragraphe 16, la juge Arbour, s'exprimant au nom de la Cour : « Le privilège entre avocat et client est un "droit civil fondamental" [et] "un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la Charte" ».

² *Lavallee* au paragraphe 36 : « En d'autres termes, bien compris, le privilège est une caractéristique positive de l'application de la loi, et non pas un obstacle à celle-ci ».

³ *Lavallee*, au paragraphe 24 : « [...] l'État ne peut avoir accès aux renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat ».

⁴ *Lavallee*, au paragraphe 36, « Il arrive cependant parfois que l'évaluation traditionnelle des intérêts en jeu dans une analyse relative à l'art. 8 soit inappropriée [...] lorsque l'intérêt en jeu est le secret professionnel de l'avocat – principe de justice fondamentale et de droit civil de la plus haute importance en droit canadien – l'exercice d'évaluation habituel susmentionné n'est pas particulièrement utile. En effet, le privilège favorise non seulement le droit à la vie privée d'une personne susceptible d'être accusée, mais aussi le droit à ce que le processus d'application de la loi soit équitable et efficace ».

⁵ Le tribunal peut en effet conclure que le secret professionnel de l'avocat doit céder le pas ou n'existe pas dans les cas où le tribunal conclut à l'existence d'un « objectif criminel ». Le tribunal peut conclure que le secret professionnel doit céder le pas lorsqu'il estime que « l'innocence » ou « la sécurité publique » sont en jeu.

⁶ *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association* [2010] 1 R.C.S. 815, au paragraphe 53, la juge en chef McLachlin et la juge Abella : « Cette exception vise clairement à protéger le secret professionnel de l'avocat, qui a été jugé presque absolu puisqu'il est fortement dans l'intérêt public de maintenir la confidentialité de la relation entre un avocat et son client ». Voir également l'arrêt *Lavallee*, au paragraphe 36 : « En effet, le secret professionnel de l'avocat doit demeurer aussi absolu que possible pour conserver sa pertinence. Par conséquent, je suis d'avis que la Cour est tenue d'adopter des normes rigoureuses pour assurer sa protection [...] » et au paragraphe 49 : « Lorsqu'il permet la perquisition dans un bureau d'avocat, le juge saisi de la demande de mandat doit être rigoureusement exigeant, de manière à conférer la plus grande protection possible à la confidentialité des communications entre client et avocat ».

client d'une manière compatible avec les obligations que leur profession leur impose en leur qualité d'officiers de justice⁷.

L'avocat ne peut divulguer les documents qui sont protégés par le secret professionnel ; seul le client peut, par un consentement éclairé, consentir à la communication de ses renseignements protégés⁸.

Tout comme le secret professionnel de l'avocat a évolué pour être consacré par la Constitution, son contenu s'est également vu accorder au fil du temps une plus grande portée. La protection vise les documents et les communications de nature confidentielle entre un avocat et son client qui se rapportent à l'obtention de conseils juridiques de l'avocat. Cette protection peut viser le nom du client⁹, les comptes des avocats sont présumés être protégés¹⁰ et les renseignements d'ordre factuel peuvent également être protégés¹¹.

Le déroulement de la perquisition et de la saisie, de même que les mesures postérieures à l'exécution du mandat relèvent du contrôle exclusif du tribunal, qui tranche toutes les questions de privilège

Seul le tribunal est compétent pour trancher les questions relatives au secret professionnel. Le tribunal contrôle tout le déroulement du processus de perquisition et de saisie de même que les mesures prises après l'exécution du mandat et notamment

⁷ *Lavallee*, au paragraphe 24, la juge Arbour, s'exprimant au nom de la Cour : « Il est essentiel de souligner ici que l'État ne peut avoir accès aux renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat [...] Il s'agit du privilège du client, et l'avocat agit comme gardien, tenu par l'éthique de protéger les renseignements privilégiés appartenant à son client ».

⁸ Il importe de souligner que l'on présume que le client a subi un préjudice si des documents ou des renseignements protégés par le secret professionnel se retrouvent entre les mains de l'État (*Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 189, au paragraphe 3, le juge Binnie. Voir également *Succession MacDonald c. Martin* [1990] 3 R.C.S. 1235 et *R. c. Bruce Power Inc.*, 2009 ONCA 573.

⁹ *Lavallee*, au paragraphe 28, la juge Arbour : « Le nom [du client] peut fort bien être protégé par le secret professionnel de l'avocat, bien que cela ne soit pas toujours le cas ».

¹⁰ *Maranda c Richer* [2003] 3 R.C.S. 193, au paragraphe 33, le juge LeBel, s'exprimant au nom de la Cour : « En droit, lorsqu'il s'agit d'autoriser une perquisition dans un cabinet d'avocats, le fait même du montant des honoraires doit être considéré comme un élément d'information protégé, en règle générale, par le privilège avocat-client ».

¹¹ *Maranda*, au paragraphe 31, le juge LeBel (citant et approuvant les propos des auteurs Sopinka, Lederman et Bryant dans leur ouvrage *The Law of Evidence in Canada*, 2e éd. (Toronto, Butterworths, 1999) : « Il est souvent difficile de distinguer les faits des actes de communication et les tribunaux doivent se garder d'établir une distinction trop subtile de crainte que le privilège ne s'en trouve grandement affaibli ». Voir également l'arrêt *Wyoming Machinery Company c. Roch*, 2008 ABCA 433, le juge Côté, s'exprimant au nom de la Cour, au paragraphe 19 : [traduction] « Personne ne peut faire l'économie de tout le débat qui doit se tenir au sujet du privilège en affirmant que ce dernier ne s'applique qu'aux communications et qu'il ne s'appliquerait donc pas à la comptabilité ou aux échanges d'argent de l'avocat sous prétexte qu'il s'agit : a) de renseignements et non de communications ou b) qu'il s'agit d'actes et non de communications ».

l'ouverture des documents saisis dans un cabinet d'avocats et la procédure suivie pour déterminer si les documents saisis sont protégés ou non par le secret professionnel¹².

Il y a lieu de demander au tribunal de trancher la question en cas de litige ou de réserve concernant le mandat de perquisition, la façon dont il a été exécuté ou l'opportunité de nommer un arbitre ou un expert indépendant en informatique judiciaire.

Objet et portée

L'article 488.1 du *Code criminel* définit la procédure à suivre en cas de perquisition dans un cabinet d'avocats. La Cour suprême du Canada a déclaré inconstitutionnelle cette disposition dans l'arrêt *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209. C'est donc la common law qui s'applique aux perquisitions pratiquées dans les cabinets d'avocats, de même que chaque fois que la protection accordée par le secret professionnel de l'avocat est en litige¹³.

Dans l'arrêt *Lavallee*, la Cour suprême du Canada a articulé dix principes qui régissent la légalité des perquisitions effectuées dans les cabinets d'avocats. Ces principes sont reproduits à l'annexe jointe aux présentes lignes directrices. La juge Arbour, qui s'exprimait au nom de la Cour, a également déclaré, dans le même paragraphe, que ces principes « ne visent pas à privilégier une méthode procédurale particulière en vue de respecter ces normes ». Les présentes lignes directrices se veulent un guide proposant les meilleures méthodes que les avocats peuvent adopter lorsque leur cabinet fait l'objet d'une perquisition et d'une saisie.

Les agents chargés d'appliquer la loi ont l'obligation d'assurer l'intégrité de leurs enquêtes et d'exercer leur propre jugement au sujet de la façon pour eux de s'acquitter de leurs fonctions lorsqu'ils effectuent une perquisition dans un cabinet d'avocats, sous réserve des lois applicables, de la *Charte*, des normes policières applicables et des directives du tribunal qui décerne le mandat et du tribunal chargé de surveiller les mesures prises à la suite de l'exécution du mandat.

Après que le mandat a été exécuté au cabinet d'avocats, l'État devient partie à l'instance et le tribunal tranche la question du secret professionnel. Le tribunal est le seul à pouvoir se prononcer sur l'opportunité de nommer un arbitre, un expert indépendant en informatique judiciaire ou toute autre personne pouvant l'aider dans l'accomplissement de sa tâche. Le tribunal est également le seul à pouvoir définir le rôle et les attributions exacts de la personne qu'il nomme. Il peut notamment préciser qui

¹² *Attorney General c. Law Society*, 2010 ONSC 2150, le juge Hennessy de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, au paragraphe 27 :[traduction] « [...] le tribunal conserve le contrôle sur tout le processus de dévoilement des documents et renseignements saisis dans un cabinet d'avocats ou protégés par le secret professionnel » [...] « [...] le tribunal contrôle également l'étape au cours de laquelle il faut examiner les renseignements et les documents pour déterminer s'ils sont protégés par le secret professionnel ».

¹³ *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, à la page 875, le juge Lamer : « Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante ».

doit aviser les clients éventuellement visés ainsi que la nature des renseignements à communiquer aux clients en question.

Étant donné l'importance capitale que revêt, en droit canadien, le secret professionnel de l'avocat qui est consacré par l'article 7 de la *Charte*, les avocats de la Couronne sont, en leur qualité de représentant de l'État, conscients de la nécessité de protéger le secret professionnel. Ils jouent, à ce titre, un rôle important en ce qui concerne la protection du secret professionnel.

Les procureurs de la Couronne ont l'obligation de s'assurer que la justice est appliquée de façon équitable pour tous : pour les individus accusés d'avoir contrevenu à la loi, pour les plaignants, les victimes, les témoins et le public. Le dénouement équitable de l'enquête dépend souvent des décisions qui sont rendues au sujet des questions de secret professionnel se rapportant aux documents saisis. En conséquence, le procureur de la Couronne joue un rôle pour protéger l'intégrité de l'enquête ; il peut ainsi porter à l'attention du tribunal des questions de secret professionnel pour que le tribunal les examine et les tranche en temps opportun et de manière équitable.

Les corps policiers offrent, en Ontario, des services d'application de la loi d'une manière qui reconnaît les droits fondamentaux garantis à chacun par la *Charte*¹⁴ et ils jouent également un rôle important en ce qui concerne la protection du secret professionnel de l'avocat. Ils peuvent consulter les procureurs de la Couronne au sujet de l'obtention d'un mandat de perquisition visant un cabinet d'avocats en leur demandant notamment des conseils au sujet de la façon de protéger le secret professionnel. De tels conseils pourraient s'avérer avantageux étant donné que la perquisition est régie par le mandat de perquisition et par toute mesure accessoire que le tribunal peut ordonner.

Les présentes lignes directrices portent sur les mandats de perquisition. Les autorités réglementaires et notamment celles qui veillent à l'application de la loi disposent d'autres outils d'enquête. Par exemple, l'Agence du revenu du Canada a le pouvoir d'exiger ou de réclamer certains renseignements. Des ordonnances de communication peuvent être prononcées en vertu de l'article 487.012 du *Code criminel*. Ces demandes peuvent être formulées par lettre. Bon nombre des lignes directrices et des principes se rapportant aux mandats de perquisition s'appliquent également à ces autres outils d'enquête.

L'avocat dont le cabinet a fait l'objet d'une perquisition pourra trouver avantageux de consulter un de ses collègues.

Les avocats sont invités à communiquer avec le Barreau au 416 947-3963 pour obtenir de l'aide lorsqu'ils font l'objet d'une perquisition à leur cabinet.

Définitions

« client » S'entend en outre de tout client actuel ou ancien client d'un avocat dont le cabinet fait l'objet d'un mandat de perquisition et de tout client actuel ou ancien client de ce cabinet. Le client est le seul détenteur du secret professionnel.

¹⁴ Paragraphe 1 (2) de la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990 chapitre P. 15.

« perquisition électronique approfondie » Perquisition d'un dispositif/support électronique en vue d'y trouver un ou plusieurs des éléments suivants : données actives, données d'artéfacts du système d'exploitation et données d'archives. Les données actives sont les fichiers actuels qui sont visibles dans des répertoires et auxquels l'utilisateur, le système d'exploitation ou des applications peuvent avoir accès. Les données d'artéfacts du système d'exploitation sont les fichiers supprimés (y compris les clichages mémoire) qui peuvent être récupérés. Les données d'archives sont les données qui ont été transférées ou récupérées sur des supports périphériques tels que des CD, DVD, disquettes, fichiers compressés, serveurs de réseau ou encore sur Internet.

Une perquisition approfondie se définit comme une perquisition portant sur les données se trouvant dans tous les dispositifs/supports électroniques susmentionnés et notamment, les fichiers actifs, les fichiers supprimés, les espaces vides, espaces non attribués, clichages de zone disque en mémoire, corbeille, fichiers historiques, répertoires Internet temporaires, grappes non attribuées, copies sur disques, fichiers temporaires, fichiers d'impression différée, métadonnées, données fantômes et serveurs de réseau, ou encore Internet.

« Conflit d'intérêts » Situation dans laquelle les intérêts en présence sont susceptibles d'affecter le jugement ou la loyauté de l'avocat envers son client¹⁵.

« Couronne » Autorité publique ayant le pouvoir de faire enquête, d'intenter des poursuites ou les deux.

« Document » Tout support sur lequel sont enregistrées ou inscrites des données susceptibles d'être lues ou comprises par une personne humaine ou un ordinateur ou par tout autre dispositif/support électronique.

« dispositif/support électronique » Ordinateurs, portables, serveurs, serveurs utilisés en informatique dématérialisée et pour tout autre mode de traitement de données semblables ainsi que les supports périphériques sur lesquels des données peuvent être stockées, et notamment photocopieurs, télécopieurs, ordinateurs de poche BlackBerry ou Palm Pilots, téléphones intelligents, périphériques de stockage « Memory Stick », téléphones cellulaires, téléphones mobiles, dispositifs GPS, iPhones, iPods, clés USB, CD, DVD, disques Zip, disquettes, bandes de sauvegarde et images numériques judiciaires de tout dispositif ou support électronique.

« image numérique judiciaire » Copie acceptable à des fins judiciaires des données stockées sur un lecteur de disque dur ou sur tout autre support informatique, créée au moyen d'une méthode qui ne modifie pas les données stockées sur le support faisant l'objet de la copie et dont l'authenticité peut être établie par suite d'une vérification. Cette copie reproduit chaque bit, octet et secteur du lecteur source, y compris tout espace non attribué et espace vide de manière rigoureusement identique à celle dont les données figurent sur le support d'origine.

« expert indépendant en informatique judiciaire » Personne indépendante du ministère public, de la police et de tout avocat en situation de conflit d'intérêts. L'expert

¹⁵ Paragraphe 2.04 (1) du *Code de déontologie*.

indépendant en informatique judiciaire est désigné par le tribunal pour le représenter et pour aider l'arbitre ou l'avocat sans conflit d'intérêts et travailler en collaboration avec eux afin de s'assurer que le mandat de perquisition et les mesures postérieures à l'exécution sont exécutés de manière à protéger le privilège des communications entre client et avocat et à s'assurer que le mandat donné par le tribunal est exécuté conformément aux conditions imposées par le tribunal pour assurer cette protection¹⁶.

« tiers indépendant » Personne physique ou personne morale indépendante du ministère public, de la police et de l'avocat se trouvant en situation de conflit d'intérêts.

« cabinet d'avocats » Lieu, local ou immeuble où l'on peut raisonnablement s'attendre à trouver des documents protégés par le secret professionnel et notamment, toute résidence personnelle ou lieu d'entreposage où sont conservés des documents protégés par le secret professionnel.

« police » Toute autorité publique investie de pouvoirs d'enquête, de pouvoirs de contrainte ou des deux.

« arbitre » Avocat autorisé à exercer le droit et qui est indépendant du ministère public, de la police et de tout avocat se trouvant en situation de conflit d'intérêts. L'arbitre est désigné par le tribunal pour agir comme son représentant lorsqu'il décerne un mandat de perquisition. Le rôle de l'arbitre consiste à s'assurer que le mandat de perquisition et les mesures postérieures à l'exécution sont exécutés de manière à protéger le privilège des communications entre client et avocat et à s'assurer que le mandat donné par le tribunal est exécuté conformément aux conditions imposées par le tribunal pour assurer cette protection¹⁷.

« mandat de perquisition » Autorisation écrite donnée par un juge sur la foi de renseignements reçus sous serment et permettant à un agent de la paix de pénétrer dans un immeuble, local ou lieu déterminé pour y saisir des documents ou objets spécifiques ou des catégories précises de documents ou d'objets.

« vérification » Méthode employée pour comparer une image numérique judiciaire aux données stockées sur le dispositif électronique ou le support informatique d'origine par l'analyse des empreintes digitales telle que des valeurs de hachage MD5 (une valeur de 128 octets générée au moyen d'un algorithme généralement accepté) en vue de confirmer l'exhaustivité de l'image numérique judiciaire.

Mesures à prendre en cas de présentation d'un mandat de perquisition

Déterminer la validité du mandat de perquisition au vu de celui-ci

Lorsqu'un policier lui présente un mandat de perquisition, l'avocat devrait examiner de près le mandat pour s'assurer de sa validité et pour s'assurer que :

¹⁶ *R. c. Tarrabain, O'Byrne & Company*, 2006 ABQB 14, au paragraphe 22

¹⁷ *Tarrabain*, au paragraphe 22

- le nom du cabinet qui est indiqué sur le mandat correspond bien au lieu à perquisitionner ;
- la date à laquelle les policiers se présentent au cabinet correspond à la date autorisée ;
- les documents recherchés sont bien précisés ;
- l'infraction visée par l'enquête est bien précisée ;
- le mandat de perquisition a été décerné ou visé par un tribunal ontarien ou par la Cour fédérale du Canada.

L'avocat doit signaler au policier les lacunes qu'il a relevées dans le mandat et suggérer au policier d'obtenir un mandat en bonne et due forme. Si le policier refuse de chercher à obtenir un autre mandat de perquisition, l'avocat ne doit pas entraver le travail des policiers et les empêcher d'exécuter le mandat, mais il devrait noter son opposition.

Examen par le tribunal des réserves exprimées au sujet du mandat de perquisition

Lorsque des réserves sont exprimées au sujet du mandat de perquisition ou qu'il existe un différend à son sujet ou sur la nécessité de désigner un arbitre ou un expert indépendant en informatique judiciaire, la question doit être signalée au policier et soumise au tribunal pour examen. Si la police refuse de soumettre la question au tribunal pour examen ou refuse d'abandonner la perquisition, l'avocat ne doit pas entraver le travail des policiers et les empêcher d'exécuter le mandat, mais il devrait noter son opposition. L'avocat devrait par la suite soumettre la question au tribunal pour examen.

Revendication du secret professionnel

L'avocat doit expliquer clairement et sans équivoque qu'il revendique le secret professionnel sur les documents réclamés en vertu du mandat et expliquer aux policiers qu'ils ne sont pas autorisés à prendre connaissance des documents en question. L'avocat ne doit pas entraver le travail des policiers, mais doit signaler son opposition s'il estime que le mandat de perquisition ou la façon dont il est exécuté sont invalides ou inappropriés.

Les avocats sont strictement tenus de protéger le secret professionnel¹⁸. Lorsque des policiers se présentent au cabinet de l'avocat munis d'un mandat de perquisition ou de tout autre ordre émanant du tribunal, l'avocat doit présumer que les documents sont protégés par le secret professionnel et revendiquer ce privilège au nom de son client¹⁹.

¹⁸ *Lavallee*, au paragraphe 24, la juge Arbour, s'exprimant au nom de la Cour : « Il est essentiel de souligner ici que l'État ne peut avoir accès aux renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat [...] Il s'agit du privilège du client, et **l'avocat agit comme gardien, tenu par l'éthique de protéger** les renseignements privilégiés appartenant à son client ».

¹⁹ *Lavallee*, au paragraphe 49, principe 4 : « Sauf lorsque le mandat autorise expressément l'analyse, la copie et la saisie immédiates d'un document précis, tous les documents **en la possession d'un avocat doivent être scellés avant d'être examinés** ou de lui être enlevés ».

C'est au tribunal, et non à l'avocat ou à la police, qu'il revient de décider si un document est protégé ou non par le secret professionnel.

Évaluation des risques de conflit d'intérêts et opportunité de nommer un arbitre

Lorsque les policiers lui présentent un mandat de perquisition, l'avocat devrait d'abord vérifier s'il est visé par l'enquête ou pourrait l'être.

Il arrive souvent que la police ou le tribunal qui a décerné le mandat de perquisition ait examiné la nécessité de nommer un arbitre et qu'un arbitre ait été nommé à titre de condition assortissant le mandat de perquisition ou une ordonnance d'assistance. En pareil cas, l'arbitre agit de manière à protéger le secret professionnel.

Il est nécessaire de nommer un arbitre dans les cas suivants :

- L'avocat se trouve en situation de conflit d'intérêts par rapport à son client ;
- L'avocat est visé par l'enquête ou pourrait l'être, auquel cas l'avocat se trouve en situation de conflit d'intérêts par rapport à son client ;
- L'avocat n'est pas disponible ou n'est pas en mesure d'agir et aucun autre avocat de son cabinet n'est disponible pour assurer la protection du secret professionnel²⁰.

Il peut être nécessaire que le tribunal nomme un arbitre selon la nature du mandat que le tribunal donne à l'expert judiciaire indépendant en informatique, si le tribunal a nommé un expert indépendant en informatique et que l'avocat :

- se trouve en situation de conflit d'intérêts par rapport au client ;
- est visé par l'enquête ou pourrait l'être ;
- n'est pas disponible ou n'est pas en mesure d'agir et aucun autre avocat de son cabinet n'est disponible pour assurer la protection du secret professionnel.

Un arbitre est nécessaire, mais n'a pas été nommé

Il arrive souvent que la police et le tribunal estiment qu'il est nécessaire de nommer un arbitre et que le tribunal ait assorti le mandat de perquisition ou l'ordonnance d'assistance d'une condition prévoyant la nomination d'un arbitre.

S'il est nécessaire de nommer un arbitre, mais qu'aucun n'a encore été nommé, l'avocat devrait expliquer aux policiers qu'il est nécessaire de faire nommer un arbitre par le tribunal et demander aux policiers de s'adresser à nouveau au tribunal pour réclamer la désignation d'un arbitre avant de poursuivre ou de reprendre l'exécution du mandat de perquisition.

Si les policiers refusent de demander la nomination d'un arbitre ou refusent de suspendre la perquisition, l'avocat ne doit pas entraver leur travail et les empêcher d'exécuter le mandat et il ne peut arrêter la perquisition, mais il devrait noter son opposition.

²⁰ Voir, par exemple, *Tarrabain, O'Bryne & Company*, 2006 ABQB 14

Dans l'intervalle, l'avocat continue d'avoir l'obligation de protéger le secret professionnel et il devrait communiquer avec le Barreau pour obtenir de l'aide.

Rôle de l'arbitre

L'arbitre est un avocat qui est autorisé à exercer le droit et qui est indépendant du ministère public, de la police et de tout avocat se trouvant en situation de conflit d'intérêts. L'arbitre est désigné par le tribunal pour s'assurer que le mandat de perquisition et les mesures postérieures à l'exécution sont exécutés de manière à protéger le privilège des communications entre client et avocat et à s'assurer que le mandat donné par le tribunal est exécuté conformément aux conditions imposées par le tribunal pour assurer cette protection²¹. Le mandat de perquisition ou l'ordonnance d'assistance doit préciser les obligations de l'arbitre. L'arbitre relève du tribunal et reçoit ses instructions de lui.

L'arbitre prend toutes les mesures nécessaires pour protéger le secret professionnel et pour s'assurer que les directives données par le tribunal et les ordonnances rendues par celui-ci au sujet de la perquisition et des mesures postérieures à la perquisition sont respectées. L'arbitre est chargé d'aviser les clients (qui sont les détenteurs des documents protégés par le secret professionnel) de la tenue de la perquisition au cabinet d'avocats.

Si le tribunal nomme un expert judiciaire indépendant en informatique, l'arbitre doit, conformément à l'ordonnance du tribunal, informer au besoin l'expert indépendant en informatique judiciaire et saisir le tribunal de toute requête nécessaire pour rendre des comptes au nom de l'expert indépendant en informatique judiciaire ou pour obtenir des directives du tribunal.

Aide à la police en ce qui concerne la perquisition, la saisie et la mise sous scellés des documents

L'arbitre ou l'avocat sans conflit d'intérêts devrait offrir son aide à la police de son plein gré ou à la demande de celle-ci pour repérer les documents visés par le mandat de perquisition, notamment pour repérer les documents électroniques et les dispositifs ou supports électroniques, les mettre dans des paquets, sceller les paquets, parafer les paquets en question ou faire le nécessaire pour que la police les parafe. Le fait de fournir ainsi son aide aux policiers protège le secret professionnel de l'avocat.

Présentation des documents scellés au tribunal ou à un tiers indépendant désigné par le tribunal

Conformément à l'ordonnance du tribunal, les policiers, l'arbitre ou l'avocat sans conflit d'intérêts devraient confier le paquet scellé contenant les documents saisis (y compris

²¹ *Tarrabain*, au paragraphe 22. Voir, par exemple, *R. c. Law Office of Simon Rosenfeld* [2003] O.J. n° 834 (C.S.J.), le juge Nordheimer, au paragraphe 15 : [traduction] « La Cour a nommé un arbitre pour examiner les documents et pour aviser tous les clients qui peuvent être identifiés de la procédure qui sera suivie au sujet des documents de manière à ce que les clients en question puissent, s'ils le désirent, participer au processus en vue de protéger le secret professionnel visant les documents en question ».

tout dispositif/support électronique) à la garde du tribunal ou de la personne désignée par le tribunal de manière à protéger le secret professionnel de l'avocat.

Si le mandat de perquisition n'ordonne pas la garde des paquets scellés saisis par le tribunal ou par un tiers indépendant, il convient de demander au tribunal d'ordonner que la garde en soit confiée au tribunal ou à un tiers indépendant désigné par le tribunal.

Les paquets scellés devraient être conservés par le tribunal ou par le tiers indépendant désigné par le tribunal jusqu'à ce que le tribunal en ordonne la remise au client ou à l'avocat chez qui ils ont été saisis ou ordonne qu'ils soient remis à la police ou au la Couronne.

Aide de l'avocat se trouvant en situation de conflit d'intérêts

Si l'avocat dont les documents font l'objet de la perquisition est visé par l'enquête ou se trouve autrement en situation de conflit d'intérêts, le tribunal peut lui ordonner d'aider l'arbitre ou l'expert indépendant en informatique judiciaire²².

Les mandats de perquisition et les dispositifs et supports électroniques

Perquisition et saisie de documents facilement identifiables dans un cabinet d'avocats

Sous réserve des conditions prévues dans le mandat de perquisition, si des documents susceptibles d'être protégés par le secret professionnel sont stockés sur un support électronique ou un dispositif électronique et sont facilement identifiables²³, après avoir revendiqué le secret professionnel sur ces documents, l'arbitre ou l'avocat sans conflit d'intérêts devrait offrir son aide aux policiers de son plein gré ou à la demande de ceux-ci pour repérer les documents stockés sur le dispositif électronique ou le support électronique, pour imprimer ou sauvegarder une copie électronique des documents sur un dispositif électronique ou un support électronique fourni par la police et pour emballer la copie matérielle ou la copie électronique des documents saisis, sceller les paquets et s'assurer que ceux-ci sont confiés à la garde du tribunal ou d'un tiers indépendant désigné par le tribunal conformément à toute ordonnance du tribunal.

Perquisition et saisie de dispositifs/supports électroniques dans un cabinet d'avocats

Le mandat de perquisition peut autoriser la perquisition et la saisie d'un ou de plusieurs dispositifs/supports électroniques se trouvant dans un cabinet d'avocats. L'arbitre ou l'avocat sans conflit d'intérêts devrait revendiquer le secret professionnel sur tous les

²² *Law Office of Simon Rosenfeld*, au paragraphe 17

²³ « Documents facilement identifiables » : tout document stocké sur un dispositif électronique ou un support électronique qu'on peut facilement repérer, récupérer, identifier de manière à le télécharger et à l'imprimer sans posséder de compétences particulières en informatique. Il arrive souvent que ces documents soient stockés sur les fichiers actifs d'un dispositif ou d'un support électronique.

dispositifs/supports électroniques qui sont visés par le mandat de perquisition et qui sont susceptibles de contenir des documents protégés par le secret professionnel.

L'arbitre ou l'avocat sans conflit d'intérêts devrait offrir son aide aux policiers de son plein gré ou à la demande de ceux-ci pour repérer les dispositifs électroniques ou les supports électroniques visés par le mandat et pour emballer les dispositifs électroniques ou les supports électroniques²⁴ saisis, sceller les paquets et s'assurer que les paquets scellés sont confiés à la garde du tribunal ou d'un tiers indépendant désigné par le tribunal conformément à toute ordonnance du tribunal.

Création d'une image numérique judiciaire d'un dispositif/support électronique d'un cabinet d'avocats

Le mandat de perquisition peut autoriser la création d'une ou de plusieurs images numériques judiciaires d'un dispositif/support électronique sans avoir à sortir le dispositif ou le support en question du cabinet d'avocats.

Si le mandat de perquisition autorise les policiers à créer une ou plusieurs images numériques judiciaires d'un dispositif/support électronique dans un cabinet d'avocats, l'arbitre ou l'avocat sans conflit d'intérêts devrait revendiquer le secret professionnel sur tous les dispositifs/supports électroniques qui sont susceptibles de contenir des documents protégés par le secret professionnel et il devrait revendiquer le secret professionnel sur toutes les images numériques judiciaires ainsi créées.

L'arbitre ou l'avocat sans conflit d'intérêts devrait demander au policier si le dispositif électronique ou l'application que les policiers utilisent pour créer les images numériques judiciaires auront pour effet de stocker d'autres images numériques du dispositif électronique sur le dispositif électronique ou le support électronique de la police.

Si les policiers répondent que le dispositif électronique ou l'application qu'ils utilisent pour créer les images numériques judiciaires auront pour effet de stocker des images numériques dans un dispositif électronique ou un support électronique de la police, l'arbitre ou l'avocat sans conflit d'intérêts devrait demander aux policiers de refuser de procéder au processus d'imagerie ou leur demander de l'abandonner tant qu'ils ne disposeront pas d'un dispositif électronique ou d'une application qui n'auront pas pour effet de stocker des images numériques sur le dispositif électronique ou le support électronique de la police.

Il se peut que l'arbitre ou l'avocat sans conflit d'intérêts ait à expliquer aux policiers qu'il est nécessaire que le tribunal nomme un expert indépendant en informatique judiciaire et qu'ils demandent aux policiers de s'adresser à nouveau au tribunal pour demander la nomination de cette personne avant de poursuivre ou de reprendre le processus d'imagerie du dispositif/support électronique.

Au cours de la création des images numériques judiciaires, l'arbitre ou l'avocat sans conflit d'intérêts devrait prendre des mesures pour éviter que les écrans, les documents

²⁴ Il convient de prendre les mesures nécessaires pour s'assurer d'emballer convenablement les dispositifs/supports électroniques saisis.

et les données stockées sur le dispositif électronique ou le support électronique soient visibles par les policiers.

Le processus de vérification judiciaire des images numériques est susceptible de révéler aux policiers des documents protégés par le secret professionnel. Si les policiers souhaitent vérifier les images numériques judiciaires d'un dispositif/support électronique, il est nécessaire que le tribunal nomme un expert judiciaire indépendant en informatique judiciaire. Si un expert indépendant en informatique judiciaire n'a pas été nommé, l'arbitre ou l'avocat sans conflit d'intérêts pourra expliquer aux policiers qu'il est nécessaire que le tribunal nomme un expert indépendant en informatique judiciaire et qu'il demande aux policiers de s'adresser à nouveau au tribunal pour demander la désignation d'une telle personne avant de procéder à la vérification des images numériques judiciaires.

L'arbitre ou l'avocat sans conflit d'intérêts devrait offrir son aide aux policiers de son plein gré ou à la demande de ceux-ci pour insérer les images numériques judiciaires dans des paquets, sceller les paquets, les parapher et pour s'assurer que les paquets scellés sont confiés à la garde du tribunal ou d'un tiers indépendant désigné par le tribunal conformément à toute ordonnance du tribunal.

Si l'arbitre ou l'avocat sans conflit d'intérêts demande aux policiers d'abandonner un processus d'imagerie qui aurait pour effet de stocker des images numériques judiciaires sur un dispositif électronique ou un support électronique de la police et que les policiers refusent d'abandonner le processus d'imagerie, de procéder à la vérification des images numériques judiciaires ou de s'adresser à nouveau au tribunal pour demander la désignation d'un expert judiciaire indépendant en informatique, l'arbitre ou l'avocat sans conflit d'intérêts ne devrait pas entraver le travail des policiers et les empêcher d'exécuter le mandat, mais il devrait noter son opposition. Par la suite, l'arbitre ou l'avocat sans conflit d'intérêts devrait demander au tribunal de trancher la question.

Conservation des dispositifs/supports électroniques et des images numériques judiciaires saisis

Les dispositifs/supports électroniques et les images numériques judiciaires qui ont été saisis doivent être emballés, scellés, paraphés et confiés à la garde du tribunal ou d'un tiers indépendant désigné par le tribunal.

Cas où un expert indépendant en informatique judiciaire est nécessaire, mais n'a pas été nommé

Si la présence d'un expert indépendant en informatique judiciaire est nécessaire, mais que cet expert n'a pas été nommé, l'arbitre ou l'avocat sans conflit d'intérêts devrait demander aux policiers de s'adresser à nouveau au tribunal pour demander la désignation d'un expert indépendant en informatique judiciaire avant de poursuivre la perquisition. Si les policiers refusent de le faire, l'arbitre ou l'avocat sans conflit d'intérêts ne devrait pas entraver le travail des policiers et les empêcher d'exécuter le mandat, mais il devrait signaler son opposition et demander au tribunal de trancher la question.

Nécessité d'un arbitre pour aider l'expert indépendant en informatique judiciaire

Il convient de demander au tribunal de nommer un arbitre pour assurer l'indépendance du processus d'examen judiciaire sous réserve de toute directive du tribunal, lorsqu'un expert indépendant en informatique judiciaire a été nommé et que l'avocat :

- se trouve en situation de conflit d'intérêts par rapport à son client ;
- est visé par l'enquête ou pourrait l'être ;
- n'est pas disponible ou n'est pas en mesure d'agir et aucun autre avocat de son cabinet n'est disponible pour assurer la protection du secret professionnel.

Rôle de l'expert indépendant en informatique judiciaire

L'expert indépendant en informatique judiciaire est une personne indépendante du ministère public, de la police et de tout avocat en situation de conflit d'intérêts. L'expert indépendant en informatique judiciaire aide l'arbitre ou l'avocat sans conflit d'intérêts et travaille en collaboration avec eux afin de s'assurer que le mandat de perquisition et les mesures postérieures à l'exécution sont exécutés de manière à protéger le privilège des communications entre client et avocat et à s'assurer que le mandat donné par le tribunal est exécuté conformément aux conditions imposées par le tribunal pour assurer cette protection²⁵.

Selon ce que le tribunal ordonne, l'expert indépendant en informatique judiciaire peut être appelé :

- à créer des images numériques judiciaires des dispositifs/supports électroniques visés par le mandat de perquisition ou autrement conserver les dispositifs/supports électroniques en question ;
- à vérifier les images numériques judiciaires se trouvant sur un dispositif électronique ou un support électronique ;
- à procéder à la perquisition, et notamment à une perquisition électronique approfondie des dispositifs/supports électroniques et des images numériques judiciaires et à leur saisie ;
- avec l'aide de l'arbitre ou de l'avocat sans conflit d'intérêts, à rendre des comptes au tribunal et en recevoir des directives.

Mesures à suivre une fois le mandat exécuté

Perquisition électronique approfondie, demandes de levée des scellés et autres procédures

Perquisition électronique approfondie des images numériques judiciaires

Une fois que le mandat de perquisition a été exécuté au cabinet d'avocats, le tribunal peut ordonner la tenue d'une perquisition électronique approfondie des images numériques se trouvant sur un dispositif électronique ou un support électronique. Il y a

²⁵ *Tarrabain*, au paragraphe 22

lieu de demander au tribunal de nommer un expert indépendant en informatique judiciaire pour procéder à toutes les perquisitions électroniques approfondies et à toutes les saisies d'images numériques judiciaires ou de tout dispositif/support électronique susceptible de contenir des documents protégés par le secret professionnel.

Présentation de demandes et réponse à des demandes ; participation aux audiences du tribunal

La Couronne, l'arbitre ou l'avocat sans conflit d'intérêts peut demander au tribunal de trancher une question, de donner des directives ou d'ordonner des mesures ou de répondre à pareilles demandes ou rendre des comptes au tribunal relativement aux questions suivantes :

- réserves exprimées au sujet du mandat de perquisition, y compris la façon dont il a été exécuté ;
- désignation d'un arbitre ou d'un expert indépendant en informatique judiciaire ;
- garde des paquets scellés par le tribunal ou par un tiers indépendant ;
- toute question portant sur les avis à donner au client,
- toute question relative au secret professionnel de l'avocat ;
- levée des scellés des documents saisis ou des documents ou des dispositifs/supports électroniques saisis ;
- accès aux documents, images numériques judiciaires et dispositifs/supports électroniques saisis ;
- examen ou perquisition des documents, images numériques judiciaires et dispositifs/supports électroniques saisis ;
- remise des documents, images numériques judiciaires et dispositifs/supports électroniques saisis ;
- perquisition, mesures postérieures à la perquisition et à la saisie, y compris l'échéancier relatif à la gestion du processus ;
- toute préoccupation concernant le non-respect des ordonnances du tribunal.

Avis aux clients au sujet de l'exécution du mandat de perquisition

Sous réserve de toute ordonnance du tribunal, l'arbitre ou l'avocat sans conflit d'intérêts est chargé d'aviser les clients qui sont susceptibles d'être visés par l'exécution du mandat de perquisition ou dont les documents ont été saisis en vertu du mandat de perquisition.

L'arbitre ou l'avocat sans conflit d'intérêts doit, sous réserve de toute ordonnance du tribunal, aviser les clients :

- de la saisie de l'un de leurs documents ;
- du risque auquel les autorités chargées d'enquêter ou d'intenter des poursuites peuvent exposer leurs privilèges et leurs intérêts ;
- de l'existence d'un conflit d'intérêts, le cas échéant ;
- du droit de consulter un avocat et d'être représenté par un avocat ;
- de la façon de revendiquer le secret professionnel de l'avocat ;
- de la procédure à suivre pour demander la tenue d'une audience en vue de faire trancher une question de privilège par le tribunal ;

- de tout autre renseignement susceptible de les aider à protéger leurs intérêts par suite de la perquisition et de la saisie de leurs documents.

Difficulté à aviser les clients

L'arbitre ou l'avocat sans conflit d'intérêts devrait demander au tribunal de lui donner des directives au sujet des personnes qui doivent être avisées et sur la façon de les aviser lorsqu'il est difficile de savoir quels sont les clients qui doivent être avisés ou comment ils doivent l'être. L'arbitre ou l'avocat sans conflit d'intérêts peut également demander au tribunal de lui donner des directives au sujet des renseignements à communiquer.

Impossibilité d'aviser un client

Si les tentatives faites pour communiquer avec le client échouent, l'arbitre ou l'avocat sans conflit d'intérêts doit prendre des mesures visant à assurer la protection du secret professionnel du client, notamment en répondant à la demande présentée par le ministère public en vue d'avoir accès aux documents saisis ou en présentant une requête pour faire trancher par le tribunal toute question de privilège.

Frais et débours

Le tribunal décide qui doit assumer les frais et les débours de l'arbitre et de l'expert indépendant en informatique judiciaire nommés par le tribunal. La position du Barreau du Haut-Canada est que ces frais et débours devraient être assumés par le Procureur général ou par l'organisme d'enquête²⁶.

²⁶ *Law Office of Simon Rosenfeld*, le juge Nordheimer, aux paragraphes 18 et 20 : [traduction] « Il est évident à mes yeux que la personne à qui il convient d'imposer le fardeau des frais afférents à ce processus est celle qui l'a rendu nécessaire au départ, c'est-à-dire, le ministère public. C'est en effet le ministère public qui a déposé les accusations et qui a demandé et obtenu le mandat de perquisition lui permettant de saisir les documents » [...] « L'administration de la justice est une question d'intérêt public et les frais afférents à l'administration de la justice constituent une dépense publique. Le ministère public représente le public lorsqu'il s'agit de faire appliquer le droit criminel et c'est donc le ministère public qui devrait assumer les frais afférents à la protection de ce principe fondamental ». Voir également *R. c. Harrington*, 2006 ABQB 378, le juge Veit, aux paragraphes 25 à 28.

Annexe

Principes généraux régissant la légalité des perquisitions effectuées dans les cabinets d'avocats énoncés par la juge Arbour dans l'arrêt *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)* [2002] 3 R.C.S. 209

1. Aucun mandat de perquisition ne peut être décerné relativement à des documents reconnus comme étant protégés par le secret professionnel de l'avocat.
2. Avant de perquisitionner dans un bureau d'avocats, les autorités chargées de l'enquête doivent convaincre le juge saisi de la demande de mandat qu'il n'existe aucune solution de rechange raisonnable.
3. Lorsqu'il permet la perquisition dans un bureau d'avocats, le juge saisi de la demande de mandat doit être rigoureusement exigeant, de manière à conférer la plus grande protection possible à la confidentialité des communications entre client et avocat.
4. Sauf lorsque le mandat autorise expressément l'analyse, la copie et la saisie immédiates d'un document précis, tous les documents en la possession d'un avocat doivent être scellés avant d'être examinés ou de lui être enlevés.
5. Il faut faire tous les efforts possibles pour communiquer avec l'avocat et le client au moment de l'exécution du mandat de perquisition. Lorsque l'avocat ou le client ne peut être joint, on devrait permettre à un représentant du Barreau de superviser la mise sous scellés et la saisie des documents.
6. L'enquêteur qui exécute le mandat doit rendre compte au juge de paix des efforts faits pour joindre tous les détenteurs potentiels du privilège, lesquels devraient ensuite avoir une occasion raisonnable de formuler une objection fondée sur le privilège et, si cette objection est contestée, de faire trancher la question par les tribunaux.
7. S'il est impossible d'aviser les détenteurs potentiels du privilège, l'avocat qui a la garde des documents saisis, ou un autre avocat nommé par le Barreau ou par la cour, doit examiner les documents pour déterminer si le privilège devrait être invoqué et doit avoir une occasion raisonnable de faire valoir ce privilège.
8. Le procureur général peut présenter des arguments sur la question du privilège, mais on ne devrait pas lui permettre d'examiner les documents à l'avance. L'autorité poursuivante peut examiner les documents uniquement lorsqu'un juge conclut qu'ils ne sont pas privilégiés.
9. Si les documents scellés sont jugés non privilégiés, ils peuvent être utilisés dans le cours normal de l'enquête.

10. Si les documents sont jugés privilégiés, ils doivent être retournés immédiatement au détenteur du privilège ou à une personne désignée par la cour.