

LE PRIVILÈGE DANS UN CONTEXTE D'APPLICATION DES LOIS ENVIRONNEMENTALES

Erin Eacott*

Symposium sur l'environnement au tribunal :
les questions de preuve dans les poursuites et les procès en matière d'environnement

6 et 7 mars 2015
Université de Calgary

This project was undertaken with the financial support of:



Environment Canada Environnement Canada

Ce projet a été réalisé avec l'appui financier de :



Environnement Canada Environment Canada



THE CANADIAN
BAR ASSOCIATION

L'ASSOCIATION DU
BARREAU CANADIEN

INFLUENCE. LEADERSHIP. PROTECTION.



Canadian Institute of Resources Law
Institut canadien du droit des ressources



UNIVERSITY OF CALGARY
FACULTY OF LAW

* Procureure de la Couronne, Service des poursuites pénales du Canada, équipe des Crimes économiques et réglementaires, Edmonton (Alberta). Toutes les opinions exprimées dans le présent article constituent uniquement l'opinion du présentateur; elles ne représentent en aucun cas le point de vue, la politique ou l'opinion du Procureur général du Canada, du directeur des poursuites pénales ou du Service des poursuites pénales du Canada.

L'Institut canadien du droit des ressources favorise l'accessibilité, la diffusion et l'échange des renseignements publics. Vous êtes autorisé à copier, à diffuser, à afficher, à télécharger et, par ailleurs, à traiter cet ouvrage librement, moyennant les conditions suivantes :

- (1) Vous devez mentionner la source de cet ouvrage;
- (2) Vous ne pouvez modifier cet ouvrage;
- (3) Vous ne pouvez en faire un usage commercial sans le consentement écrit préalable de l'Institut.

Tous droits réservés © 2015

PRIVILÈGE 101 — SON OBJET

Il existe une règle de base concernant la divulgation des preuves, tant dans les affaires pénales que civiles. Dans les affaires pénales, la règle veut qu'un accusé ait le droit de consulter tous les renseignements pertinents concernant la poursuite afin de bénéficier d'une défense pleine et entière. En matière civile, l'axiome veut que l'ensemble de la preuve soit mis à la disposition des parties au litige.

Le privilège constitue une exception à ces règles, car il empêche la communication d'éléments de preuve pertinents. Les tribunaux ont déjà appliqué la notion de privilège dans certaines situations où la divulgation d'information causerait un préjudice grave à quelqu'un, qu'elle nuirait à la saine administration de la justice ou qu'elle serait contraire à l'intérêt public. Du point de vue de la Couronne, ce sont des situations où le besoin de protéger l'information l'emporte sur les droits de l'accusé à une défense pleine et entière.

TYPES DE PRIVILÈGES DANS UN CONTEXTE D'APPLICATION DES LOIS ENVIRONNEMENTALES

Le présent article traite des principaux types de privilèges rencontrés dans l'application des lois environnementales, c'est-à-dire :

- le privilège de l'informateur;
- les techniques d'enquête;
- les enquêtes en cours;
- le droit à la vie privée de tiers (qui ne constitue pas un privilège);
- le privilège lié à l'intérêt national;
- les secrets du Cabinet;
- le secret professionnel de l'avocat;
- le privilège relatif aux travaux préparatoires et aux litiges.

Le privilège de l'informateur et le privilège du secret professionnel de l'avocat constituent les deux principaux types de privilèges génériques. Cela signifie qu'il existe une présomption *prima facie* d'inadmissibilité des renseignements pertinents.

Les autres types de privilèges énumérés ci-dessous sont des privilèges reconnus au cas par cas. Cela signifie qu'il existe présomption *prima facie* d'admissibilité. Pour que les renseignements d'une affaire en particulier soient déclarés inadmissibles, ils doivent réussir un test de *common law*, comme le test de Wigmore. Généralement le test rétablit

l'équilibre entre les deux intérêts opposés que sont la confidentialité des renseignements pertinents et le droit de l'accusé à une défense pleine et entière (ou, dans un contexte civil, l'intérêt d'une divulgation totale de la preuve).

Bon nombre des types de privilèges reconnus au cas par cas, comme le privilège lié aux enquêtes, tombent dans la catégorie du privilège lié à l'intérêt public, où il est dans l'intérêt public de garder les renseignements secrets. Le privilège lié à l'intérêt public est protégé à la fois par la *common law* et l'article 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Cet article survole brièvement chacun de ces types de privilèges, dans l'ordre dans lequel ils sont susceptibles d'apparaître, à partir d'une enquête environnementale jusqu'au procès.

Le privilège de l'informateur

Le privilège de l'informateur concerne une personne qui a fourni de l'information aux forces de police au sujet d'une enquête, et qui souhaite conserver l'anonymat.

L'objet du privilège de l'informateur se divise en deux volets. Tout d'abord, il protège les personnes qui ont fourni de l'information aux forces de police. Deuxièmement, il encourage la population à divulguer aux autorités des renseignements au sujet d'infractions¹.

Le privilège de l'informateur est octroyé uniquement par la Couronne. Elle n'attribue pas ce privilège à chaque témoin qui désire garder l'anonymat. Lorsqu'une personne se voit accorder le privilège de l'informateur, elle seule peut y renoncer.

Afin de protéger le privilège de l'informateur, les procureurs de la Couronne retranchent tous les renseignements de la preuve qui pourraient mener à l'identification d'un informateur. Dans certains cas, le simple fait de divulguer l'existence d'un informateur peut mener à son identification.

En ce qui concerne l'application de la loi en contexte environnemental, les enquêtes débutent souvent par une indication (par exemple, d'un déversement ou d'un acte illicite concernant la faune sauvage) venant d'un membre du public. Dans certains cas, l'indicateur souhaite demeurer anonyme. Cet anonymat peut être particulièrement important en région rurale, où le nombre de témoins potentiels d'un incident est limité. En d'autres cas, c'est l'employé d'une organisation fautive qui communique avec les autorités, et cette personne craint que cela lui coûte son emploi. Les dénonciations sont un exemple de situation où le fait de révéler l'existence d'un informateur pourrait mener à l'identification de celui-ci (l'organisation fautive est susceptible de chercher activement à découvrir le nom de l'employé en question).

¹ *R c Leipert*, [1997] 1 RCS 281 (CSC).

Il existe plusieurs façons pour les membres du public de dénoncer des infractions environnementales. Le programme Échec au crime en est un exemple. De plus, chaque province s'est dotée d'une ligne téléphonique où les gens peuvent dénoncer des infractions environnementales. Ces lignes sont anonymes, et constituent un type de privilège d'informateur. Le privilège de l'informateur s'étend même à la fiche sur laquelle la personne ayant répondu à l'appel a noté les renseignements².

Les techniques d'enquête

Lorsque la divulgation d'une technique d'enquête nuit à son utilisation dans des enquêtes en cours ou futures, cette technique peut faire l'objet d'un privilège.

La technique d'enquête constitue un exemple d'un privilège accordé au cas par cas. Le tribunal doit déterminer si le caractère secret de la technique d'enquête devrait l'emporter sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière.

Il arrive qu'on accorde le privilège relatif aux techniques d'enquête en matière environnementale, surtout lorsqu'il s'agit de trafic de produits d'espèces sauvages. Cela mène souvent à la mise sous scellé d'une dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition (c.-à-d. que le contenu de ce document demeure scellé au tribunal et que ni la population ni la personne visée par le mandat de perquisition ne peuvent le consulter). Un exemple de technique d'investigation susceptible d'être réputée privilégiée en matière de trafic de produits de la faune sauvage est le type de véhicule d'infiltration utilisé.

Les enquêtes en cours

Les renseignements relatifs à une enquête policière sont privilégiés lorsque leur divulgation minerait l'enquête. Il est possible, par exemple, que des personnes détruisent des éléments de preuve après avoir appris des renseignements sur l'enquête.

Une enquête en cours est un exemple de privilège accordé au cas par cas. Le tribunal doit déterminer si l'information légitime du public au sujet de l'enquête l'emporte sur l'importance de garder le secret sur les renseignements de l'enquête.

Il existe beaucoup de raisons de privilégier l'information sur une enquête en cours. Sa divulgation pourrait notamment :

- i) mener à la destruction de la preuve et (ou) au manque de collaboration de témoins;
- ii) porter atteinte aux droits de la personne faisant l'objet de l'enquête, puisqu'elle est innocente jusqu'à preuve du contraire;

² *Ibid.*

- iii) porter atteinte aux droits de tierces personnes;
- iv) influencer indûment l'opinion de témoins et (ou) de jurés potentiels.

(Il est déjà arrivé aux forces de police de révéler trop d'information à propos d'une enquête, ce qui a forcé les autorités à tenir le procès dans une autre région que celle où l'infraction a eu lieu³).

Les forces de police ont également été tenues responsables au civil après avoir fourni des renseignements d'enquête au public, surtout lorsque les poursuites pénales n'ont pas découlé de l'enquête. Les forces policières ont dû verser des dommages-intérêts pour mauvaise presse, perte de revenus et atteinte à la réputation⁴.

L'affaire *R. c. Trang*⁵ fait davantage la lumière sur le privilège relatif aux techniques d'enquête et aux enquêtes en cours.

Le droit à la vie privée de tiers

Le droit à la vie privée d'autrui n'est pas un type de privilège. Il revêt tout de même son importance dans toute poursuite, y compris en contexte environnemental, et remplit la même fonction.

La Couronne protège le droit à la vie privée de tiers en retranchant les renseignements personnels des éléments de preuve fournis à l'accusé. Ainsi, on retranchera des renseignements personnels comme les adresses, les numéros de téléphone, les numéros de permis de conduire, les dates de naissance et les numéros d'assurance sociale de tiers (p. ex., des témoins).

Cet article ne s'attarde pas sur les documents de tiers. Les arrêts *R. c. O'Connor*⁶, *R. c. Mills*⁷ et *R. c. McNeil*⁸ traitent plus amplement de la protection du droit à la vie privée de tiers et de la préservation de la confidentialité de leurs renseignements personnels.

Le privilège lié à l'intérêt national

Le privilège lié à l'intérêt national existe lorsque la divulgation de l'information pourrait nuire à la qualité des relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationale.

³ *R c Feeney*, 1998 CarswellBC 347 (CS).

⁴ Par exemple, se reporter à *Uni-Jet Industrial Pipe Ltd c. Canada (Attorney General)* (2001), 156 Man R (2d) 14; 2001 MBCA 40.

⁵ *R c Trang* (2002), 168 CCC (3d) 145 (ABQB).

⁶ [1995] SCJ No 98.

⁷ [1999] 3 RCS 668.

⁸ 2009 CSC 3.

Le privilège lié à l'intérêt national est protégé par l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* et vise les procès criminels et civils, de même que les tribunaux fédéraux. Le privilège lié à l'intérêt national est accordé au cas par cas. Le test d'inadmissibilité pertinent est prévu à l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* ainsi que dans l'arrêt *R. c. Ribic*⁹.

Il serait possible, dans d'éventuelles affaires traitant de matières radioactives susceptibles d'affecter l'environnement ou la santé humaine, que de l'information soit réputée privilégiée pour des motifs liés à la défense ou à la sécurité nationale.

Les secrets du Cabinet

Les documents du Conseil privé de la Reine pour le Canada (qui comprend les membres du Cabinet du premier ministre) sont privilégiés. Ces documents comprennent les mémoires de propositions ou de recommandations, les documents de travail contenant des renseignements contextuels, des analyses ou des options de politiques, les dossiers d'information à l'intention des ministres et les versions préliminaires de projets de loi.

L'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* protège les secrets du Cabinet. Cette même disposition stipule que le privilège s'applique de plein droit. Lorsqu'un ministre ou le greffier du Conseil privé atteste par écrit que l'information est considérée secrète par le Conseil privé, la divulgation de l'information est refusée, sans même qu'un tribunal ne se prononce sur la question. Il existe toutefois des exceptions au privilège visant les documents du Conseil privé. En effet, le privilège ne s'applique pas aux documents du Conseil privé qui remontent à plus de 20 ans.

On parle plus fréquemment des secrets du Cabinet dans des instances administratives et civiles, comme la révision judiciaire. Il arrive aussi qu'on les invoque dans des poursuites environnementales. Il m'est d'ailleurs arrivé, dans le cadre d'une instance environnementale, de demander des documents pour m'aider à mieux comprendre les raisons derrière la rédaction particulière d'une loi environnementale. Je désirais obtenir ces renseignements dans un intérêt phraséologique, afin de me permettre de mieux expliquer au tribunal les dommages derrière une infraction (celle de ne pas fournir de documents). On m'a indiqué que je ne pouvais obtenir certains documents, car ceux-ci contenaient des secrets du Cabinet.

⁹ *R c Ribic* (2003), 185 CCC (3d) 129, [2005] 1 RCF 33 (CAF), autorisation de pourvoi à la CSC refusée 185 CCC (3d) 129n. Les auteurs Robert W. Hubbard, Susan Magotiaux et Suzanne M. Duncan, résument bien ce test dans *The Law of Privilege in Canada* (Toronto, Canada Law Book, 2006) (2 volumes à feuilles mobiles), à la page 4.130.

Le secret professionnel de l'avocat

Le privilège lié au secret professionnel de l'avocat vise les communications entre un avocat et son client qui visent à demander ou à fournir des conseils juridiques en toute confidentialité. Ce privilège ne vise toutefois pas l'ensemble des communications entre l'avocat et son client : seules les communications liées aux conseils juridiques confidentiels sont privilégiées. Seul le client peut renoncer au privilège du secret professionnel entre un avocat et son client. Lorsque le client fait en sorte qu'un tiers divulgue un élément de ces communications, il est réputé avoir renoncé au privilège du secret professionnel¹⁰.

Le privilège lié au secret professionnel est sans doute celui qu'on invoque le plus fréquemment en matière d'application de la loi environnementale. Il vise aussi les communications entre les organismes d'enquête et le procureur de la Couronne (p. ex., un procureur de la Couronne du Service des poursuites pénales du Canada, un procureur de la Couronne d'un ministère provincial de la Justice ou un avocat des Services juridiques ministériels (SJM)).

Au cours d'une enquête sur des infractions environnementales, les forces de police interceptent souvent des communications intervenues entre le contrevenant et son avocat, ou entre un tiers (témoin) et son avocat, et qui visent à demander ou à donner des conseils juridiques confidentiels.

Qu'en est-il des documents privilégiés entre un avocat et son client et de l'exécution d'un mandat de perquisition?

Qu'arrive-t-il si on trouve des documents privilégiés entre un avocat et son client lors de l'exécution d'un mandat de perquisition? La loi ne prévoit pas ce qu'un policier devrait faire s'il tombe sur des documents privilégiés entre un avocat et son client lors de l'exécution d'un mandat de perquisition. La jurisprudence apporte toutefois quelques indications. Concrètement, voici ce qui se produit lorsqu'on trouve des documents privilégiés entre un avocat et son client (et que la perquisition n'a pas lieu dans un cabinet d'avocats¹¹) :

1. au moment de la perquisition, la personne visée par le mandat invoque le privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client à l'endroit d'un ou des documents; autrement, c'est le policier qui effectue la perquisition qui s'aperçoit qu'un ou plusieurs documents peuvent être protégés par le secret professionnel;

¹⁰ *R c Lavallee*, [2002] 3 RCS 209; *Canada c. Solosky* (1979), 50 CCC (2d) 495 (CSC).

¹¹ Concernant les perquisitions dans un cabinet d'avocats, les étapes sont clairement énumérées dans *R c Lavallee*, *ibid* et *Maranda c Richer*, [2003] 3 RCS 193 (CSC).

2. le policier dépose les documents en question dans une enveloppe et lui appose une étiquette;
3. après la perquisition, le policier présente l'enveloppe à un tribunal de la Cour supérieure ou de la Cour du Banc de la Reine;
4. l'avocat de la défense assiste à cette procédure devant la Cour supérieure ou la Cour du Banc de la Reine afin de prendre connaissance des documents en question et remet au policier tous les documents qui ne sont pas privilégiés; l'avocat de la défense divise habituellement les documents en trois catégories : les documents qui sont manifestement privilégiés, ceux qui ne le sont pas et ceux qui sont susceptibles de l'être;
5. l'avocat de la défense demande au tribunal d'examiner les documents restants et de déterminer s'ils sont privilégiés ou non; une demande devrait être présentée par l'avocat de la défense; il est toutefois arrivé à l'avocat de la Couronne de présenter cette requête lorsque l'avocat de la défense a tardé à le faire ou n'a pas semblé enclin à le faire; il revient à la partie qui invoque le privilège de remplir le fardeau de preuve selon la règle de la prépondérance des probabilités; le tribunal examine habituellement chacun des documents.

Ce processus diffère légèrement dans les cas de saisie de matériel informatique en vertu d'un mandat. Les policiers saisiront souvent un ordinateur ou créeront une image miroir d'un disque dur. Ils emporteront ensuite l'ordinateur ou l'image miroir en dehors du lieu de perquisition et y effectueront des recherches au moyen de mot-clés pertinents au mandat. Ils font des copies des documents pertinents (en format électronique ou papier) aux fins de l'enquête.

Il est possible de prétendre que des documents protégés par le secret professionnel existent dans l'ordinateur ou dans l'image miroir. Il existe plusieurs options pour gérer ces revendications de privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client. Les avocats de la défense et de la Couronne parviennent souvent à s'entendre sur l'option choisie.

Premièrement, il est possible d'apposer des scellés sur l'ordinateur ou sur le support de l'image miroir, puis de les déposer à la Cour supérieure ou à la Cour du Banc de la Reine afin que l'avocat de la défense les passe en revue (tout en étant accompagné d'un policier). Toutefois, la Cour supérieure et la Cour du Banc de la Reine ne disposent pas de grandes aires de stockage, alors ces tribunaux ne privilégient pas cette option.

La deuxième option n'implique pas de sceller l'ordinateur ou l'image miroir. L'enquêteur emporte l'ordinateur ou l'image miroir en dehors du lieu de perquisition et y cherche des documents pertinents au mandat. Un officier indépendant de l'enquête (qui provient d'un autre organisme gouvernemental comme la GRC, ou un agent de la GRC à la retraite)

peut mener la recherche. L'officier peut alors faire une copie des documents pertinents qui ne sont *pas* susceptibles d'être protégés par le secret professionnel, puis les retenir aux fins de l'enquête. Autrement, l'officier peut imprimer les documents pertinents, y compris ceux qui sont susceptibles d'être protégés par le secret professionnel, les sceller puis les déposer à la Cour supérieure ou la Cour du Banc de la Reine afin que l'avocat de la défense les passe en revue. L'ordinateur peut alors être remis à la personne visée par la saisie.

Revendiquer le privilège du secret professionnel entre un avocat et son client : choisir sa propre aventure

Imaginez que vous assumez la défense d'une société pétrolière qui fait l'objet d'une enquête concernant un déversement de pétrole en vertu de la *Loi sur les pêches* et de la législation environnementale en vigueur de votre province. Les enquêteurs vous informent qu'ils exécuteront une perquisition dans les locaux de l'entreprise au cours de la semaine. En tant qu'avocat(e) de la défense, vous croyez que certains des documents pertinents à la perquisition sont protégés par le secret professionnel. On en vient alors au moment où il vous faut « choisir votre aventure ». Lorsque les policiers arrivent pour effectuer la perquisition, à propos de quel(s) document(s) invoquez-vous le secret professionnel entre l'avocat et son client?

- a) L'ensemble des documents liés à l'incident de déversement pétrolier
- b) Plusieurs documents existants que vous aviez demandé au vice-président de la société de vous envoyer par courriel le jour précédent.
- c) Le rapport d'enquête interne de la société sur le déversement pétrolier
- d) Les documents renfermant des conseils juridiques confidentiels entre la société et son avocat
- e) Plusieurs des éléments ci-dessus

La prochaine partie de cet article explore chacune de ces options.

a) L'ensemble des documents liés à l'incident de déversement pétrolier

Il n'est pas approprié d'invoquer le privilège du secret professionnel sur tous les documents liés à un incident ou à une enquête. Des avocats de la défense ont déjà tenté de le faire dans des enquêtes environnementales. C'est comme si on se servait du privilège comme d'un rideau opaque pour cacher l'ensemble des documents. Or, un tel rideau n'existe pas. Le privilège du secret professionnel entre un avocat et son client ne vise que les documents utilisés pour demander et donner des conseils juridiques confidentiels. Il est contraire aux règles d'une saine administration de la justice d'utiliser le privilège du

secret professionnel comme un rideau opaque dans le but de cacher des documents. Ce procédé donne lieu à un empilage de boîtes de documents à la Cour supérieure ou à la Cour du Banc de la Reine. Il nécessite beaucoup de temps et d'argent, et la Cour ne dispose pas d'aires sécuritaires en quantité suffisante pour entreposer un si grand volume de documents.

Il est possible qu'au moment de la perquisition, le contrevenant allégué ou l'avocat de la défense n'ait pas eu le temps d'examiner un groupe ou une catégorie considérable de documents, et qu'il ignore donc si le privilège du secret professionnel s'y applique. Il est alors prudent d'invoquer ce privilège quant à ce groupe considérable de documents, puis de comparaître plus tard devant la Cour supérieure ou la Cour du Banc de la Reine afin de les passer en revue et tirer une conclusion. Une telle situation n'est pas rare, et c'est très différent de tenter de cacher l'ensemble des documents derrière un rideau.

b) Plusieurs documents existants que vous aviez demandé au vice-président de la société de vous envoyer par courriel le jour précédent

Des documents existants ne tombent pas sous la protection du secret professionnel simplement parce qu'on les a transmis à un avocat (*Kilbreath c. Saskatchewan (Attorney General)*¹²). J'ai déjà été témoin de telles tentatives dans des dossiers environnementaux. Il est possible que le privilège du secret professionnel s'applique légitimement à certains des documents qu'on vous envoie par courriel, mais le simple fait de vous les faire parvenir ne fait pas d'eux des documents privilégiés.

c) Le rapport d'enquête interne de la société sur le déversement pétrolier

Le privilège du secret professionnel peut s'appliquer à un rapport d'enquête interne de la société sur un incident, mais ce n'est pas toujours le cas. La question est de savoir pour quelle raison le rapport a été produit. Les rapports d'enquête internes, également connus sous le nom d'évaluation environnementale, sont effectués par une société à la suite d'un incident. Le rapport vise avant tout à déterminer ce qui s'est passé et les mesures à prendre afin d'éviter un autre incident. Les procédures écrites d'une société requièrent souvent un rapport d'enquête interne à la suite d'un incident. Un tel rapport ne devient pas privilégié du simple fait qu'on l'envoie à un avocat ou qu'on y inscrit une mention à cet effet. J'ai déjà été témoin de telles tentatives dans des dossiers environnementaux.

Pour bénéficier du privilège du secret professionnel entre l'avocat et son client, un rapport d'enquête interne doit être créé dans le but d'obtenir ou de donner des conseils juridiques. Ce but n'a pas à être exclusif; il doit seulement compter parmi les objectifs du rapport. Il ne suffit pas qu'un avocat donne la directive à la société de produire un rapport d'enquête interne. Ce n'est pas assez pour qu'il tombe sous la protection du secret

¹² *Kilbreath c Saskatchewan (Attorney General)*, 2004 SKQB 489.

professionnel. En fait, l'avocat doit faire usage du rapport ou en avoir l'intention dans le but de fournir des conseils juridiques confidentiels à la société. Si on transmet le rapport à un tiers, la société est réputée avoir renoncé au privilège du secret professionnel à l'égard de ce rapport.

d) Les documents qui renferment des conseils juridiques confidentiels entre la société et son avocat

Il s'agit de la seule option de a) à e) où la revendication d'un privilège du secret professionnel entre un avocat et son client est manifestement fondée : les documents sont privilégiés lorsqu'ils visent à obtenir ou à donner des conseils juridiques confidentiels.

Le privilège relatif aux travaux préparatoires et aux litiges

Le privilège relatif aux travaux préparatoires et aux litiges est lié aux travaux préparatoires du procureur de la Couronne dans les procès criminels et les procédures réglementaires (comme celles entourant l'application de la législation environnementale). Ce privilège englobe des documents tels que les entrevues, les notes de service, la correspondance, les brefs, les dossiers et les conversations téléphoniques du procureur de la Couronne. Lorsqu'il se prépare pour un procès, il est possible que le procureur de la Couronne découvre de nouveaux éléments de preuve, comme en parlant avec un témoin, et tous les nouveaux éléments de preuve doivent être divulgués. Une telle divulgation signifie que le privilège relatif aux travaux préparatoires se veut un peu plus restrictif que celui lié aux litiges.

Le privilège lié aux litiges et le privilège lié aux travaux préparatoires sont de même nature, excepté que le privilège lié aux litiges existe dans le domaine civil. Le privilège lié au litige vise les communications et les documents préparés par l'avocat (ou par son subalterne) au sujet d'un litige prévu¹³.

Les communications et les documents liés aux négociations d'une entente de règlement tombent sous le privilège lié aux travaux préparatoires et aux litiges.

Les communications entre l'avocat et le témoin expert

Le récent jugement de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Moore c. Getahun*¹⁴ établit que les communications entre un avocat et un expert, y compris les versions préliminaires de rapports, sont protégées par le privilège lié aux litiges, tant et aussi longtemps qu'elles n'affectent pas l'indépendance et l'objectivité de l'expert. Tous les « renseignements de base » sur lesquels l'expert s'est appuyé pour formuler son opinion

¹³ L'arrêt phare en matière de privilège lié aux litiges est *Blank c Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39.

¹⁴ *Moore c Getahun*, 2015 ONCA 55 (CanLII), aux paragr. 50 à 78.

doivent être divulgués. Je serais à l'aise d'affirmer que les principes de ce jugement s'appliquent de façon équivalente aux communications des procureurs de la Couronne avec les témoins experts dans les affaires criminelles et réglementaires, y compris en matière d'application des lois environnementales.

La Cour d'appel a expliqué que la communication entre les avocats et les experts dans les dossiers civils est vitale à l'élaboration de rapports d'experts [TRADUCTION] « compréhensibles et qui répondent aux questions juridiques pertinentes dans le dossier »¹⁵. Cette règle s'applique autant dans les enquêtes environnementales que dans les poursuites. Dans les enquêtes environnementales et les poursuites, les experts scientifiques ont pour habitude de transmettre des éléments de preuve complexes. Généralement, ces experts connaissent peu le système judiciaire et n'ont jamais rédigé de rapport d'expert ni livré de témoignage dans une instance. Les procureurs de la Couronne doivent discuter ouvertement avec l'expert de son rapport et le passer en revue afin de s'assurer que ses opinions sont claires, compréhensibles pour une personne ordinaire et qu'il sera utile au tribunal. Comme l'a décrit la Cour d'appel de l'Ontario, divulguer ces communications aurait comme conséquence [TRADUCTION] :

- « de gêner la préparation méticuleuse » des témoins experts et de leurs rapports;
- « de décourager les participants de réduire des points de vue préliminaires ou hésitants à l'écriture, une étape nécessaire dans l'élaboration d'une opinion fondée et approfondie¹⁶ »;
- « d'encourager le recours aux témoins experts dont la carrière consiste à livrer des témoignages en cour et qui sont souvent perçus comme des mercenaires offrant probablement des opinions partisans, alors que ces témoins experts nécessitent peut-être moins d'encadrement et de préparation¹⁷ ».

Rapports produits par le contrevenant ou en son nom

Dans les enquêtes environnementales, les policiers souhaitent souvent saisir des rapports, comme les rapports d'expert ou des rapports d'enquête internes, générés par une société ou en son nom à la suite d'un incident environnemental en raison duquel elle fait l'objet d'une enquête. De tels rapports ne sont pas protégés par le privilège lié aux litiges si la société les a obtenus afin de déterminer les faits entourant l'incident et pour améliorer ses pratiques. Les rapports *sont* protégés par le privilège lié aux litiges lorsque la société les a obtenus à titre d'éléments de preuve dont elle se prémunit en vue d'une instance criminelle ou civile raisonnablement prévisible¹⁸.

¹⁵ *Ibid*, para 62.

¹⁶ *Ibid*, para 71.

¹⁷ *Ibid*, para 65.

¹⁸ Il est recommandé de consulter le jugement dans l'affaire *R c Bidzinski et al*, 2007 MBQB 138. Il s'agit d'une affaire intéressante, selon laquelle des documents produits en prévision raisonnable d'un litige civil ne bénéficient pas du privilège lié aux litiges lorsqu'on parle de divulgation dans le cadre d'une enquête

Selon mon expérience en application de la loi en matière environnementale, lorsqu'un avocat de la défense invoquait le privilège lié aux litiges sur les rapports d'enquête interne saisis lors d'une perquisition, il s'agissait d'une tentative de faire appliquer rétroactivement le privilège en question à ces rapports. En vérité, ces rapports avaient été préparés en vertu de procédures internes qui l'exigeaient afin de déterminer les faits entourant l'incident et d'apporter des améliorations. Au départ, les rapports n'avaient pas été rédigés en prévision d'un litige éventuel.

Comme je l'ai mentionné, la jurisprudence établit clairement que les rapports d'enquête interne sont protégés par le privilège lié aux litiges lorsqu'une preuve démontre nettement que le rapport avait pour but de prémunir la société contre la probabilité raisonnable d'un litige. Cette preuve peut être une communication que l'avocat a envoyée à la société immédiatement après l'incident afin de lui indiquer de rédiger un rapport devant l'éventualité d'une instance civile ou criminelle. Les tribunaux se sont également penchés sur le dessein des gens au moment de commander le rapport, autrement dit, si la possibilité d'un litige était l'une des raisons derrière la rédaction du rapport¹⁹.

CONCLUSION

En conclusion, il existe plusieurs types de privilèges qui peuvent découler de l'application de la loi en contexte environnemental entre l'enquête et le procès. Cet article traite d'une partie de l'ensemble des types de privilèges possibles. Les types de privilèges les plus communs en matière d'application des lois environnementales sont l'enquête en cours, le secret professionnel entre l'avocat et son client ainsi que le privilège lié aux travaux préparatoires ou aux litiges. Pour une analyse exhaustive de la notion de privilège, reportez-vous au à la publication périodique *The Law of Privilege in Canada*, par R. Hubbard., S. Magotiaux S. Duncan (Canada Law Book), dont la dernière mise à jour remonte à décembre 2014.

criminelle. Dans *Bidzinski*, la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a conclu que des déclarations écrites de témoins qu'on a recueillies en vue d'un litige civil ne bénéficiaient pas du privilège lié aux litiges si on les saisisait dans le cadre d'une enquête criminelle, étant donné qu'aucun lien n'existait entre le litige civil et l'instance criminelle.

¹⁹ Se reporter à *R c Canadian National Railway*, 2008 BCSC 1677; *Ontario (Minister of Labour) c Bruce Power Inc*, 2007 CarswellOnt 9937 (Ont Ct J), appel autorisé dans 2008 CarswellOnt 8756 (CA), mais sur une autre question de droit que celle du privilège lié aux litiges.