

MÉMOIRE DU BARREAU DU QUÉBEC

Projet de loi S-231 intitulé *Loi modifiant la Loi sur la preuve au Canada et le Code criminel (protection des sources journalistiques)*

28 février 2017

Mission du Barreau du Québec

Afin d'assurer la protection du public, le Barreau du Québec surveille l'exercice de la profession, fait la promotion de la primauté du droit, valorise la profession et soutient ses membres dans l'exercice du droit.

Vue d'ensemble de la position du Barreau du Québec

- ✓ **Le Barreau du Québec soutient l'objectif du projet de loi qui vise à assurer une meilleure protection de la confidentialité des sources journalistiques**

Il est essentiel de favoriser la libre circulation de l'information tout en préservant le droit à un procès juste et équitable. L'enjeu du projet de loi d'établir un juste équilibre entre ces deux facettes parfois contradictoires de l'intérêt public est primordial.

Il est également primordial que les journalistes puissent recueillir librement tous les renseignements pertinents permettant de mieux informer le public. Dans cette optique, les sources journalistiques doivent pouvoir parler de manière confidentielle aux journalistes, sans craindre que leur identité soit révélée.

- ✓ **Le Barreau du Québec considère toutefois trop large la définition de « journaliste » proposée par le projet de loi**

La définition proposée regroupe beaucoup d'intervenants du milieu journalistique et des médias, y compris des personnes qui y interviennent de manière occasionnelle. Les protections offertes par le projet de loi s'étendront à des personnes qui n'ont contribué qu'à quelques reprises à la collecte, la rédaction ou la production d'informations. Les collaborateurs de ces personnes seront également protégés. Cette définition est large et risque d'être utilisée pour empêcher le témoignage de personnes qui seraient autrement contraignables.

- ✓ **Le Barreau du Québec s'interroge sur les appels interlocutoires en matière criminelle**

En matière criminelle, les appels interlocutoires sont pratiquement inexistants. Ainsi, une décision sur le fond de l'affaire est généralement exigée lors de l'appel pour éviter le morcellement et l'étalement d'un procès sur une longue période de temps. Ces considérations sont exacerbées depuis le récent arrêt *R. c. Jordan* de la Cour suprême du Canada. Nous sommes donc favorables à une procédure d'appel de la décision interlocutoire seulement lorsqu'elle n'aura pas pour effet de prolonger démesurément les instances.

- ✓ **Le Barreau du Québec s'interroge sur les juges pouvant émettre des mandats de perquisition visant des journalistes**

Le projet de loi exige que les mandats de perquisition concernant un journaliste ne puissent être décernés que par un juge de la Cour supérieure ou de la Cour du Québec. Ainsi, les juges de paix magistrats ne pourront octroyer ces mandats et autorisations. Les juges de paix magistrats sont déjà appelés à émettre des mandats de perquisition en évaluant des critères juridiques importants et nous voyons difficilement pourquoi le projet de loi limite l'émission de mandats visant des journalistes aux seuls juges de la Cour supérieure ou de la Cour du Québec.

Table des matières

INTRODUCTION.....	1
1. LE BARREAU DU QUÉBEC SOUTIENT L’OBJECTIF DU PROJET DE LOI QUI VISE À ASSURER UNE MEILLEURE PROTECTION DE LA CONFIDENTIALITÉ DES SOURCES JOURNALISTIQUES	1
2. LE BARREAU DU QUÉBEC CONSIDÈRE TOUTEFOIS TROP LARGE LA DÉFINITION DE « JOURNALISTE » PROPOSÉE PAR LE PROJET DE LOI	4
3. LE BARREAU DU QUÉBEC S’INTERROGE SUR LES APPELS INTERLOCUTOIRES EN MATIÈRE CRIMINELLE.....	6
4. LE BARREAU DU QUÉBEC S’INTERROGE SUR LES JUGES POUVANT ÉMETTRE DES MANDATS DE PERQUISITION VISANT DES JOURNALISTES	7
CONCLUSION.....	8

INTRODUCTION

Le Barreau du Québec a pris connaissance avec intérêt du projet de loi S-231 intitulé *Loi modifiant la Loi sur la preuve au Canada et le Code criminel (protection des sources journalistiques)* (ci-après « le projet de loi ») et vous soumet ses commentaires.

En modifiant la *Loi sur la preuve au Canada*¹, le projet de loi S-231 établit le principe selon lequel les journalistes ne peuvent être contraints de divulguer des renseignements ou des documents permettant l'identification d'une source journalistique, à moins que ces renseignements ou documents ne puissent être obtenus par un autre moyen raisonnable et que l'intérêt public dans l'administration de la justice l'emporte sur l'intérêt public à préserver la confidentialité de la source.

Également, il prévoit qu'un juge ne peut décerner un mandat, une autorisation ou une ordonnance concernant un journaliste, un document ou des données concernant un journaliste ou qu'il a en sa possession que s'il est convaincu qu'il n'existe aucun autre moyen raisonnable pour les obtenir et que l'intérêt public à faire des enquêtes et entreprendre des poursuites relatives à des infractions criminelles l'emporte sur le droit du journaliste à la confidentialité dans le processus de collecte et de diffusion d'informations.

1. LE BARREAU DU QUÉBEC SOUTIENT L'OBJECTIF DU PROJET DE LOI QUI VISE À ASSURER UNE MEILLEURE PROTECTION DE LA CONFIDENTIALITÉ DES SOURCES JOURNALISTIQUES

Il est essentiel de favoriser la libre circulation de l'information tout en préservant le droit à un procès juste et équitable. L'enjeu du projet de loi d'établir un juste équilibre entre ces deux facettes parfois contradictoires de l'intérêt public est primordial.

Il est également primordial que les journalistes puissent recueillir librement tous les renseignements pertinents permettant de mieux informer le public. Dans cette optique, les sources journalistiques doivent pouvoir parler de manière confidentielle aux journalistes, sans craindre que leur identité soit révélée.

Par contre, il est important de souligner que la protection de la confidentialité des sources journalistiques n'est pas un droit fondamental protégé par la constitution canadienne. Comme l'a rappelé la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. National Post*² :

« [...] la protection accordée à la liberté d'expression ne se limite pas aux “médias traditionnels”, mais elle est accordée à “chacun” (aux termes de l'al. 2b) de la *Charte*), soit à quiconque décide d'exercer sa liberté d'expression sur des questions d'intérêt public, que ce soit en bloguant ou en microbloguant, en criant les “nouvelles” aux passants ou en publiant un article dans un journal national. Conférer une immunité constitutionnelle aux interactions entre un groupe de rédacteurs et d'orateurs aussi hétérogène et mal défini et toute “source” que ces derniers estiment digne

¹ L.R.C. 1985, c. C-5.

² [2010] 1 R.C.S. 477.

d'une promesse de confidentialité, assortie des conditions qu'ils déterminent (ou, comme en l'espèce, modifient rétrospectivement), aurait pour effet de miner considérablement l'application de la loi et d'autres valeurs constitutionnelles, comme le respect de la vie privée.

Le droit doit offrir une solide protection contre la divulgation forcée de l'identité des sources secrètes dans les situations qui le requièrent, mais l'histoire du journalisme au pays démontre que l'objectif de l'al. 2b) peut être atteint sans qu'il soit nécessaire de reconnaître implicitement une immunité constitutionnelle. »³ (Nos soulignés)

Ainsi, bien qu'il soit primordial de protéger l'échange d'informations entre les journalistes et leurs sources, certaines exceptions doivent être mises en place pour favoriser l'intérêt public dans l'administration de la justice et la recherche de la vérité. En effet :

« L'intérêt public à la liberté d'expression est d'une importance considérable, mais il n'est pas absolu et, dans une situation comme celle-ci, il doit être mis en balance avec d'autres intérêts publics importants, comme la conduite d'enquêtes criminelles et la répression du crime. Les tribunaux reconnaissent la nécessité, dans certaines circonstances, de préserver l'anonymat des personnes qui fournissent des renseignements d'intérêt public aux médias à la condition d'être protégées par une entente de confidentialité. »⁴ (Nos soulignés)

Pour cette raison, la Cour suprême a établi dans l'arrêt *R. c. National Post* un test pour déterminer quelles sont les communications qui bénéficient d'une protection contre la divulgation. En effet, une promesse de confidentialité de la part d'un journaliste sera honorée si la communication a été transmise confidentiellement avec l'assurance que l'identité de l'informateur ne serait pas divulguée; le caractère confidentiel est essentiel aux rapports dans le cadre desquels la communication est transmise; ces rapports devraient, dans l'intérêt public, être entretenus assidûment; et l'intérêt public à protéger l'identité de l'informateur contre la divulgation l'emporte sur l'intérêt public à la découverte de la vérité.

Bien que les conclusions de cet arrêt découlent de la common law, la Cour suprême a énoncé dans l'arrêt *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*⁵ que des principes similaires trouvent application en droit civil québécois :

« Le droit du Québec peut servir de fondement à un privilège de protection du secret des sources des journalistes ou pour reconnaître une exception à l'obligation générale de fournir des éléments de preuve ou de témoigner dans une instance civile. Même s'il découle de la common law, le recours à un cadre d'analyse semblable au test de Wigmore – qui permet de reconnaître l'existence du privilège en droit criminel, comme il a été établi

³ *R. c. National Post*, préc., par. 40 et 41.

⁴ *Id.*, par. 5.

⁵ *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, [2010] 2 R.C.S. 592.

dans *National Post* – s'avère tout aussi valable dans le contexte d'un litige régi par le droit du Québec. »⁶ (Nos soulignés)

Ainsi, le test applicable en droit civil québécois a été résumé par le juge Lebel dans le même arrêt de la manière suivante :

« En résumé, pour exiger qu'un journaliste, dans une instance judiciaire, réponde à des questions susceptibles de permettre d'identifier une source confidentielle, la partie requérante doit démontrer leur pertinence. À défaut, l'enquête s'arrêtera là et il ne sera pas nécessaire d'examiner la question du privilège du secret des sources des journalistes. Toutefois, si les questions sont pertinentes, le tribunal examinera ensuite les quatre volets du test de Wigmore et déterminera si le privilège devrait être reconnu dans ce cas particulier. À l'importante quatrième étape de l'analyse, le tribunal mettra en balance (1) l'importance de la divulgation pour l'administration de la justice et (2) l'intérêt public à préserver la confidentialité de la source du journaliste. Cet exercice de mise en balance s'effectuera en fonction du contexte, compte tenu de la demande de divulgation particulière en cause. Il incombera à la partie qui invoque le privilège de démontrer que l'intérêt à préserver la confidentialité de la source du journaliste l'emporte sur l'intérêt public à la divulgation, que la loi impose normalement.

À cette étape de l'analyse, lorsque le privilège est invoqué dans le contexte d'une instance civile, il faut tenir compte notamment des facteurs suivants : le caractère essentiel de la question dans le cadre du litige, l'étape de l'instance, ensuite si le journaliste est partie à l'instance et, ce qui est le plus important peut-être, si les renseignements peuvent être obtenus par un autre moyen. [...] »⁷ (Nos soulignés)

⁶ *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, préc., par. 53.

⁷ *Id.*, par. 65.

2. LE BARREAU DU QUÉBEC CONSIDÈRE TOUTEFOIS TROP LARGE LA DÉFINITION DE « JOURNALISTE » PROPOSÉE PAR LE PROJET DE LOI

Article 2 du projet de loi ajoutant l'article 39.1(1) à la *Loi sur la preuve au Canada*

39.1(1) journaliste Personne qui contribue directement, soit régulièrement ou occasionnellement, à la collecte, la rédaction ou la production d'informations en vue de leur diffusion par les médias, ou tout collaborateur de cette personne.

Le Barreau du Québec salue l'introduction d'une définition du terme « journaliste » dans le projet de loi. Une définition de la notion de journaliste est essentielle afin de bien circonscrire le champ d'application du projet de loi. Cependant, nous nous interrogeons sur la portée de cette définition comme rédigée.

La définition proposée regroupe effectivement beaucoup d'intervenants du milieu journalistique et des médias, y compris des personnes qui y interviennent de manière occasionnelle. Les protections offertes par le projet de loi s'étendront à des personnes qui n'ont contribué qu'à quelques reprises à la collecte, la rédaction ou la production d'informations. Les collaborateurs de ces personnes seront également protégés. Cette définition est large et risque d'être utilisée pour empêcher le témoignage de personnes qui seraient autrement contraignables.

Il est important de mentionner que la contraignabilité des témoins est un principe essentiel au bon fonctionnement de l'administration de la justice. Pour cette raison, les exceptions à ce principe sont rares. En effet, le *Code de procédure civile*⁸ du Québec n'en prévoit que trois :

- ✓ les confidences faites au conjoint pendant la vie commune⁹;
- ✓ les renseignements obtenus par un fonctionnaire de l'État dans l'exercice de ses fonctions¹⁰;
- ✓ le secret professionnel¹¹.

La *Loi sur la preuve au Canada* prévoit quant à elle le privilège du conjoint quant aux confidences faites pendant le mariage¹² et la *Charte canadienne des droits et libertés* protège contre l'auto-incrimination¹³. La divulgation des renseignements protégés par le

⁸ RLRQ, c. C-25.01.

⁹ *Id.*, art. 282.

¹⁰ *Id.*, art. 283.

¹¹ *Id.*, art. 284.

¹² *Loi sur la preuve au Canada*, art. 4(3).

¹³ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], art. 11 (ci-après « Charte canadienne »).

secret professionnel de l'avocat, reconnu à titre de principe de justice fondamentale au sens de l'article 7 de la Charte canadienne¹⁴, est également protégée.

Le Barreau du Québec invite donc à la prudence lors de la mise en place d'une exception au principe de la contraignabilité des témoins devant les tribunaux ou aux privilèges qui leur sont accordés. Il est important que le législateur soupèse ces intérêts contradictoires afin d'établir une définition de « journaliste » qui n'est pas trop large, mais qui protège effectivement les journalistes et la confidentialité des sources.

Cette problématique est d'autant plus réelle de par le fait que le projet de loi ne comporte aucune définition de la notion de « média ». De plus, la protection proposée s'étend aux « collaborateurs » des journalistes, notion tout aussi difficile à cerner. En effet, comme l'affirme la Cour dans l'arrêt *R. c. National Post* :

« La Cour n'a jamais reconnu le privilège du secret des sources des journalistes comme un privilège générique (*Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572) et des tribunaux d'autres ressorts de common law avec lesquels nous avons de grandes affinités l'ont rejeté. Les raisons en sont simples. La première tient à l'immense diversité et au niveau variable de professionnalisme (ou de non-professionnalisme) des personnes qui, de nos jours, "recueillent" et "publient" des informations qu'elles disent avoir obtenues de sources secrètes. Contrairement aux avocats, les journalistes ne sont assujettis à aucun processus d'agrément officiel pour exercer leur profession et ils n'appartiennent à aucune organisation professionnelle (comme le barreau) ayant pour fonction de régir la conduite de ses membres et de veiller au respect de normes professionnelles. De plus, compte tenu de la fourchette d'activités définies dans l'arrêt *Grant c. Torstar* comme relevant du journalisme, une telle organisation pourrait difficilement voir le jour. »¹⁵ (Nos soulignés)

Dans les faits, il risque d'être difficile pour les différents acteurs impliqués, dont les policiers, les procureurs aux poursuites criminelles et pénales et les juges de déterminer si telle ou telle personne visée par un mandat est bel et bien un journaliste ou un collaborateur œuvrant pour un média.

¹⁴ Voir, à titre d'exemple, la décision récente *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, [2016] 1 R.C.S. 336.

¹⁵ *R. c. National Post*, préc., par. 43.

3. LE BARREAU DU QUÉBEC S'INTERROGE SUR LES APPELS INTERLOCUTOIRES EN MATIÈRE CRIMINELLE

Article 2 du projet de loi ajoutant les paragraphes 9 à 11 à l'article 39.1 de la *Loi sur la preuve au Canada*

39.1(9) L'appel d'une décision rendue en vertu du paragraphe (7) se fait :

- a) devant la Cour d'appel fédérale, s'agissant d'une décision de la Cour fédérale;
- b) devant la cour d'appel d'une province, s'agissant d'une décision d'une cour supérieure de la province;
- c) devant la Cour fédérale, s'agissant d'une décision d'un tribunal, d'un organisme ou d'une personne investi du pouvoir de contraindre à la production de renseignements sous le régime d'une loi fédérale qui ne constitue pas un tribunal, un organisme ou une personne régi par le droit d'une province;
- d) devant la division ou le tribunal de première instance de la cour supérieure de la province dans le ressort de laquelle le tribunal, l'organisme ou la personne a compétence, dans les autres cas.

(10) Le délai dans lequel l'appel prévu au paragraphe (9) peut être interjeté est de dix jours suivant la date de la décision frappée d'appel, mais le tribunal d'appel peut le proroger s'il l'estime indiqué dans les circonstances.

(11) L'appel interjeté en vertu du paragraphe (9) est entendu et tranché sans délai et selon une procédure sommaire.

Le projet de loi prévoit une procédure d'appel interlocutoire de la décision du tribunal ou de l'organisme quant à la divulgation de renseignements ou de documents susceptibles d'identifier une source journalistique. Le Barreau du Québec appuie cette mesure, mais s'interroge quant à sa portée en matière criminelle. En effet, la *Loi sur la preuve au Canada* s'applique à toutes les instances régies par une loi fédérale, y compris la procédure criminelle.

En matière criminelle, les appels interlocutoires sont pratiquement inexistant¹⁶. En effet, l'article 37.1 de la *Loi sur la preuve au Canada* prévoit le seul appel interlocutoire d'une décision en droit criminel. Celui-ci prévoit l'appel d'une décision quant à une opposition à la divulgation de renseignements auprès d'un tribunal, d'un organisme ou d'une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements pour des raisons d'intérêt public déterminées. Cependant, il appert de l'arrêt *R. c. Minisini*¹⁷, que les tribunaux d'appel préfèrent, lorsque possible, déférer ce type d'appel à la formation qui sera chargée d'entendre l'appel sur la culpabilité. Ainsi, une décision sur le fond de l'affaire est généralement exigée lors de l'appel pour éviter le morcellement et l'étalement d'un procès sur une longue période de temps¹⁸. Ces considérations sont exacerbées depuis le récent arrêt *R. c. Jordan* de la Cour suprême du Canada¹⁹. Nous sommes donc favorables à une procédure

¹⁶ Tristan DESJARDINS, *L'appel en droit criminel et pénal*, 2^e éd., Montréal, LexisNexis, 2012, p. 6.

¹⁷ 2008 QCCA 264.

¹⁸ *R. v. La Chapelle*, 1988 ABCA 263.

¹⁹ [2016] 1 R.C.S. 631.

d'appel de la décision interlocutoire seulement lorsqu'elle n'aura pas pour effet de prolonger démesurément les instances.

4. LE BARREAU DU QUÉBEC S'INTERROGE SUR LES JUGES POUVANT ÉMETTRE DES MANDATS DE PERQUISITION VISANT DES JOURNALISTES

Article 3 du projet de loi ajoutant l'article 488.01 au *Code criminel*

488.01 (2) Malgré les autres dispositions de la présente loi et toute autre loi fédérale, un mandat de perquisition prévu par la présente loi, notamment aux articles 487, 487.1, 492.1 ou 492.2, ou toute autre loi fédérale, une autorisation prévue aux articles 184.2, 184.3, 186 ou 188, ou une ordonnance prévue à l'un des articles 487.014 à 487.017, concernant un journaliste ou une chose, un document ou des données concernant un journaliste ou en sa possession, ne peut être décerné que par un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou un juge au sens de l'article 552.

Le projet de loi exige que les mandats de perquisition concernant un journaliste ou une chose, un document ou des données concernant un journaliste ou en sa possession, ne peuvent être décernés que par un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle²⁰ ou un juge au sens de l'article 552 du *Code criminel*²¹. Ainsi, au Québec, les juges de paix magistrats ne pourront octroyer les mandats et autorisations prévus à l'article 488.01 proposé par le projet de loi.

Cette particularité nous semble inusitée puisque la grande majorité des mandats de perquisition et autorisations prévus au *Code criminel* sont octroyés par des juges de paix magistrats²². En effet, une des seules autorisations qui ne peuvent être octroyées par les juges de paix magistrats est l'autorisation permettant d'intercepter des communications privées²³.

Pour cette raison, le Barreau du Québec s'interroge sur l'objectif de cette mesure et sur la nécessité de celle-ci. Les juges de paix magistrats sont déjà appelés à émettre des mandats de perquisition en évaluant des critères juridiques importants et nous voyons difficilement pourquoi le projet de loi limite l'émission de mandats visant des journalistes aux seuls juges de la Cour supérieure ou de la Cour du Québec.

²⁰ Au Québec, un juge de la Cour supérieure.

²¹ L.R.C. 1985, c. C-46. Au Québec, un juge de la Cour du Québec.

²² Art. 487.1 C.cr.

²³ Art. 185 C.cr.

CONCLUSION

Le Barreau du Québec réitère son appui à l'objectif du projet de loi d'assurer une meilleure protection de la confidentialité des sources journalistiques. Il est primordial de favoriser la libre circulation de l'information tout en préservant le droit à un procès juste et équitable.

Les commentaires et recommandations formulées par le Barreau du Québec dans le présent mémoire visent à bonifier le projet de loi afin qu'il puisse remplir pleinement son objectif.

En effet, selon les différentes décisions de la Cour suprême du Canada, l'intérêt public au respect de la confidentialité de sources journalistiques et de la liberté d'expression est primordial, mais doit également être mis en balance avec d'autres intérêts également importants, comme la conduite des enquêtes criminelles, la répression du crime et l'intérêt public dans l'administration de la justice.