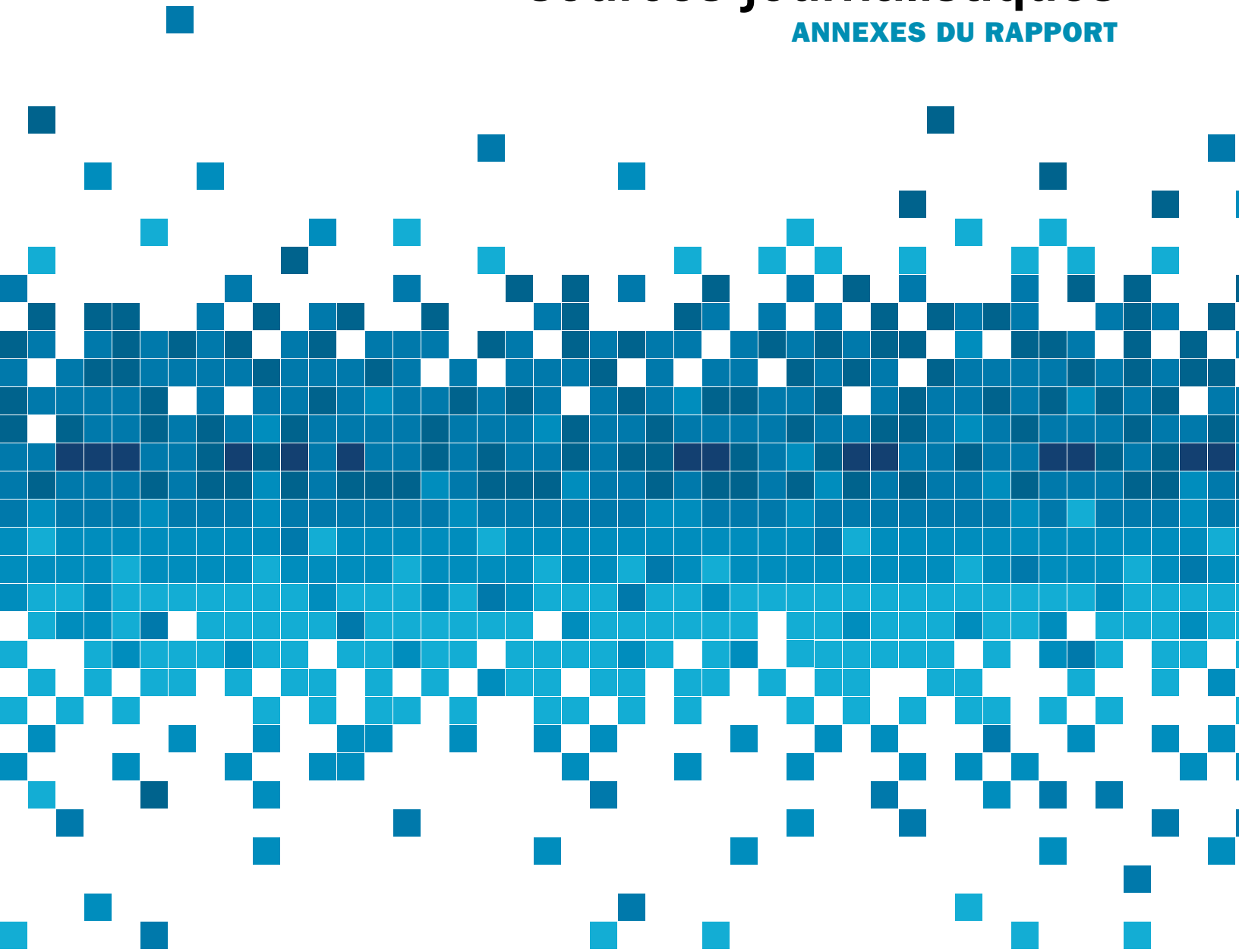


Commission d'enquête sur

la protection de la confidentialité des sources journalistiques

ANNEXES DU RAPPORT



Commission d'enquête sur

la protection de la confidentialité des sources journalistiques

ANNEXES DU RAPPORT

Cette publication a été rédigée à la suite des travaux de la Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques.

Coordination avec Les Publications du Québec

Johanne Dumont
Secrétaire et administratrice générale

Cette édition a été produite par
Les Publications du Québec
1000, route de l'Église, bureau 500
Québec (Québec) G1V 3V9
www.publicationsduquebec.gouv.qc.ca

Conception graphique et mise en page
Marquis Interscript

Dépôt légal – 2017
Bibliothèque et Archives nationales du Québec
Bibliothèque et Archives Canada
ISBN 978-2-550-80025-5 (version imprimée)
ISBN 978-2-550-80021-7 (PDF)
ISBN 978-2-550-80023-1 (ensemble)
© Gouvernement du Québec, 2017

Cette publication est également disponible sur le site Web de la Commission : www.cepcsj.gouv.qc.ca

Tous droits réservés pour tous pays. La reproduction par quelque procédé que ce soit et la traduction, même partielles, sont interdites sans l'autorisation des Publications du Québec.

TABLE DES MATIÈRES

ANNEXE I

Décret de constitution de la Commission.	3

ANNEXE II

Équipe de la Commission	7

ANNEXE III

Rapport d'expertise – M ^e Vincent Riendeau	9

ANNEXE IV

Rapport d'expertise – M. Kent Roach	141

ANNEXE V

Rapport d'expertise – M. Pierre Trudel	187

ANNEXE VI

Exposé prononcé par M ^{me} Lise Bissonnette – 3 avril 2017	199

ANNEXE VII

Exposé prononcé par M ^e Jean-Claude Hébert – 3 avril 2017	223

ANNEXE VIII

Liste des témoins entendus dans le cadre des travaux de la Commission	241

ANNEXE IX

Liste des pièces déposées devant la Commission	247

ANNEXE X

Liste des participants aux consultations publiques.	259

ANNEXE XI

Comparaison entre les procédures et directives internes d'organisations policières canadiennes pour l'obtention de mandats judiciaires visant directement ou indirectement des journalistes dans le cours d'enquêtes	261

ANNEXE XII

Recension des changements apportés au Code criminel par la <i>Loi sur la protection des Canadiens contre la cybercriminalité</i> (C-13).	329

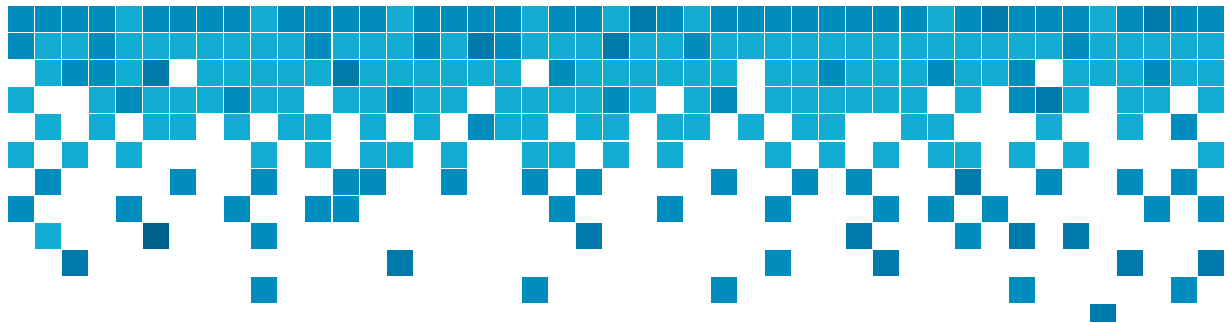
ANNEXE XIII

Pouvoir des juges de paix magistrats au Canada	339

ANNEXE XIV

Statut et profil des juges de paix magistrats au Canada (ou équivalence d'une cour provinciale) . . .	341

ANNEXE I **Décret de constitution
de la Commission**



DÉCRET DE CONSTITUTION DE LA COMMISSION

GAZETTE OFFICIELLE DU QUÉBEC, 30 novembre 2016, 148^e année, n° 48

Décret 1000-2016, 11 novembre 2016

CONCERNANT la constitution de la Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques

ATTENDU QUE les cas particuliers révélés dans les médias, selon lesquels des journalistes auraient fait l'objet d'autorisations judiciaires de surveillance et de perquisition, pourraient miner la confiance du public dans la capacité pour les journalistes de protéger la confidentialité de leurs sources, dans les services policiers et l'administration de la justice ;

ATTENDU QUE cette situation appelle à une enquête sur le respect de la protection accordée à la confidentialité des sources journalistiques, telle qu'elle est reconnue par les tribunaux, lors d'enquêtes policières ;

ATTENDU QUE l'Assemblée nationale a adopté à l'unanimité le 22 septembre 2016 une motion pour rappeler l'importance du principe de protection des sources journalistiques ;

ATTENDU QU'il est de la volonté du gouvernement de faire en sorte que toute la lumière soit faite sur ces cas particuliers, et ce, en toute indépendance et transparence ;

ATTENDU QUE la commission ne pourra se prononcer sur la légalité des autorisations judiciaires émises, cette question relevant des tribunaux ;

ATTENDU QU'en vertu de l'article 1 de la Loi sur les commissions d'enquête (chapitre C-37), lorsque le gouvernement juge à propos de faire faire une enquête sur quelque objet qui a trait au bon gouvernement du Québec, sur la gestion de quelque partie des affaires publiques, sur l'administration de la justice ou sur quelque matière importante se rattachant à la santé publique ou au bien-être de la population, il peut, par une commission émise à cette fin, nommer un ou plusieurs commissaires pour conduire cette enquête ;

ATTENDU QU'en vertu de l'article 4 de cette loi, la rémunération des commissaires doit être fixée par le gouvernement ;

ATTENDU QU'il est opportun que soit décrétée la tenue d'une enquête publique et que trois commissaires soient nommés pour conduire celle-ci, possédant une expertise du milieu judiciaire, du milieu policier et du milieu journalistique ;

IL EST ORDONNÉ, en conséquence, sur la recommandation de la ministre de la Justice :

QUE, conformément à l'article 1 de la Loi sur les commissions d'enquête (chapitre C-37), soit constituée la Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques, dont le mandat est le suivant :

- 1.** Enquêter, faire rapport et formuler des recommandations sur les pratiques policières en matière d'enquête susceptibles de porter atteinte au privilège protégeant l'identité des sources journalistiques, y compris sur les allégations d'interventions politiques auprès des corps de police de nature à compromettre ce privilège et qui ont pu mener au déclenchement d'enquêtes policières ;
- 2.** Enquêter, faire rapport et formuler des recommandations sur les pratiques relatives à l'obtention et à l'exécution d'autorisations judiciaires susceptibles de porter atteinte au privilège protégeant l'identité des sources journalistiques ;
- 3.** Formuler des recommandations au gouvernement quant aux meilleures pratiques et aux actions concrètes à mettre en œuvre afin d'assurer le respect du privilège protégeant l'identité des sources journalistiques. Ces recommandations pourront aussi porter sur les pratiques du Directeur des poursuites criminelles et pénales, les balises entourant les autorisations judiciaires et l'opportunité de modifier les cadres législatif et administratif pertinents ;

QUE monsieur Jacques Chamberland, juge de la Cour d'appel du Québec, soit nommé commissaire et président de cette commission d'enquête à compter du 16 novembre 2016 ;

QUE monsieur Alexandre Matte, coordonnateur et enseignant au programme de Techniques policières du Campus Notre-Dame-de-Foy, soit nommé commissaire de cette commission à compter du 16 novembre 2016, et qu'il reçoive des honoraires de 800 \$ par jour desquels sera déduit l'équivalent de la moitié de la rente qu'il reçoit pour ses années de service dans le secteur public québécois ;

QUE madame Guylaine Bachand, avocate spécialisée dans le droit des médias, soit nommée commissaire de cette commission à compter du 16 novembre 2016, et qu'elle reçoive des honoraires de 800 \$ par jour ;

QUE les travaux d'enquête de cette commission portent sur la période débutant le 7 mai 2010, soit le jour où la Cour suprême du Canada a rendu la décision R. c. National Post, 2010 CSC 16 portant, entre autres, sur la protection des sources journalistiques en matière criminelle ;

QUE la commission d'enquête tienne des audiences publiques, à l'exception des cas où une audience à huis clos serait requise ;

QUE les mesures nécessaires soient prises par la commission d'enquête pour ne pas nuire aux enquêtes en cours ou à venir, notamment une enquête de nature criminelle, déontologique ou disciplinaire, ainsi qu'aux poursuites judiciaires qui peuvent en découler. À ce titre, la commission ne devra pas émettre de conclusions quant à la légalité des autorisations judiciaires émises considérant que cette question relève des tribunaux ;

QUE les questions juridiques soient décidées par le président ;

QUE cette commission décide de ses règles de fonctionnement, établisse ses priorités d'action ainsi que toute autre règle qu'elle estimera utile à son fonctionnement ;

QUE cette commission recoure à tout expert utile à la réalisation de ses travaux ;

QUE cette commission dispose du budget nécessaire pour couvrir les coûts associés à son fonctionnement ;

QUE les frais relatifs à la rémunération du personnel de cette commission d'enquête ainsi qu'au paiement des honoraires professionnels grèvent le Fonds général du Fonds consolidé du revenu et que les autres frais émanent du budget du Secrétariat du Conseil du trésor ;

QUE les personnes nommées commissaires en vertu du présent décret soient remboursées des frais de voyage et de séjour occasionnés par l'exercice de leurs fonctions conformément aux Règles sur les frais de déplacement des présidents, vice-présidents et membres d'organismes gouvernementaux adoptées par le gouvernement par le décret numéro 2500-83 du 30 novembre 1983 ;

QUE cette commission soit tenue de compléter ses travaux et soumettre au gouvernement son rapport final et ses recommandations dans les meilleurs délais et au plus tard le 1^{er} mars 2018 ;

QUE le rapport de la commission ne comporte aucun blâme et ne formule aucune conclusion ou recommandation à l'égard de la responsabilité civile, pénale ou criminelle de personnes ou d'organisations ;

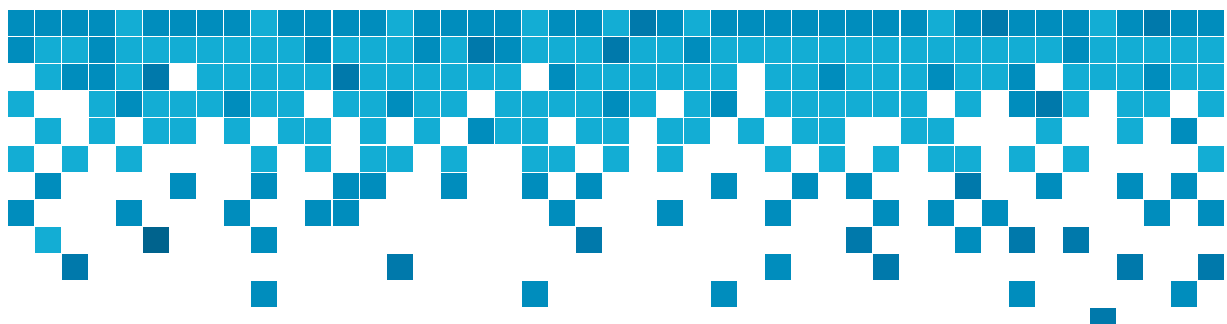
QUE le présent décret prenne effet à compter des présentes.

Le greffier du Conseil exécutif,

JUAN ROBERTO IGLESIAS

65797

ANNEXE II Équipe de la Commission



Commissaires

- M. le juge Jacques Chamberland, président
- M. Alexandre Matte, commissaire
- M^e Guylaine Bachand, commissaire
- M^{me} Dominique Girard, adjointe administrative

Service juridique

- M^e Lucie Joncas, avocate en chef
- M^e Charles Levasseur, avocat en chef adjoint
- M^e Alexandra Marcil, avocate
- M^e François Grondin, avocat
- M^e Christine Renaud, avocate
- M^{me} Sylvie Chamberland, adjointe administrative
- M. Michel Doyon, enquêteur
- M. Luc Gadoury, enquêteur
- M. Richard Nardoza, enquêteur
- M^{me} Maroussia Lévesque, analyste
- M^{me} Myriem El Hakkaoui, adjointe administrative

Service de la recherche

- M^{me} Guylaine Boucher, directrice
- M^{me} Anne-Marie Côté, recherchiste
- M. Philippe Lopez-Houle, recherchiste
- M. Vincent Riendeau, recherchiste¹

Secrétariat général et administration

M^{me} Johanne Dumont,

secrétaire et administratrice générale

- Gestion des ressources humaines, matérielles et financières
 - M. Jacques Guérin, adjoint exécutif et responsable administratif
 - M^{me} Cynthia Lacasse, adjointe exécutive et responsable administrative²
- Accueil, réception physique et téléphonique, soutien administratif
 - M^{me} Xiomara Barbareno
 - M^{me} Louise Gaulin
- Greffe
 - M^{me} Lysanne Pariseau, coordonnatrice à l'audience
 - M^{me} Louise Laforce, greffière audiencière
 - M^{me} Madeleine Girouard, greffière³
- Gestion documentaire
 - M^{me} Imane Chemalli, archiviste
- Service des communications
 - M^{me} Anne Dongois, responsable des relations avec les médias
 - M. Simon Charest, webmestre
 - M. Denys Lessard, édimestre

Ces personnes constituent l'équipe de base de la Commission. D'autres se sont jointes à elles de façon ponctuelle, à un moment ou à un autre des travaux.

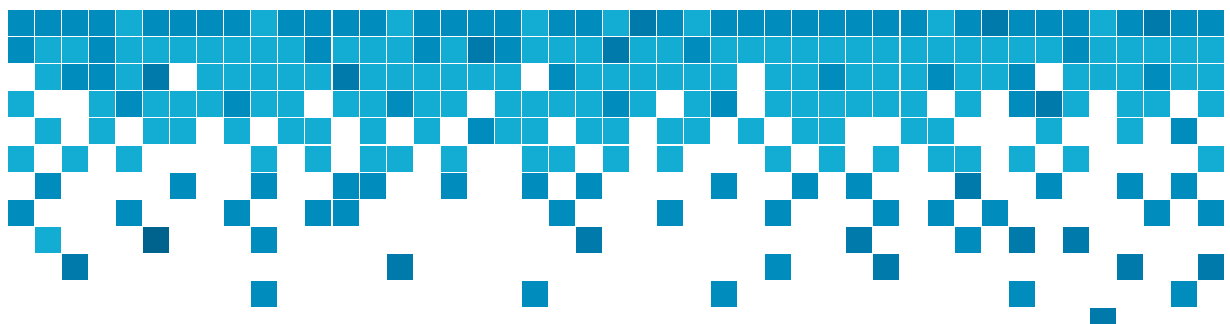
1 Jusqu'au 28 avril 2017.

2 À compter du 5 juin 2017.

3 Jusqu'au 27 avril 2017.

ANNEXE III

Rapport d'expertise – M^e Vincent Riendeau



LA PROTECTION DES SOURCES JOURNALISTIQUES À L'ÉTRANGER

Rapport sur les instruments législatifs et administratifs privilégiés
en Europe et dans les ressorts de common law

M^e Vincent Riendeau, avocat

Rapport complété pour le compte de la
Commission d'enquête sur la protection de la
confidentialité des sources journalistiques

Montréal, 5 juin 2017

Les opinions exprimées dans ces pages sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celle de la Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques.

RÉSUMÉ

Ce rapport dresse un portrait des régimes de protection des sources journalistiques en vigueur en Belgique, en Suède, en Norvège, en Allemagne, au Royaume-Uni, en Nouvelle-Zélande et dans une sélection d'États américains (Californie, Vermont et Massachusetts). Les sources journalistiques y jouissent d'une protection le plus souvent relative, qui dépend en grande partie des règles de contraignabilité testimoniale ou de production de documents, interprétées à l'aune de dispositions constitutionnelles et incorporées, le plus souvent par renvoi, dans les régimes d'autorisations judiciaires.

Pour chacune des juridictions, je présente d'abord les garanties constitutionnelles de liberté d'expression, de presse et d'information. J'aborde ensuite les principales dispositions qui créent une immunité testimoniale, leurs exceptions, leur encadrement ainsi qu'un distillat de la jurisprudence canonique des tribunaux supérieurs et suprêmes. Je m'intéresse enfin aux limites imposées dans chacun des régimes aux autorisations judiciaires, dont les perquisitions et la surveillance des télécommunications. Dans certains cas, j'esquisse le portrait des dispositions propres aux agences de renseignement.

Je conclus en extirpant les principales tendances, tensions et réussites et les principaux écueils qui ont ponctué la mise en pratique des dispositions adoptées depuis plus d'un demi-siècle pour protéger l'identité des sources. Dans la majorité des systèmes, la protection des sources prend la forme d'une *faculté* du journaliste de refuser de dévoiler sa source et non pas d'un *droit subjectif* de la source de demeurer anonyme. Le plus souvent, les normes juridiques se retrouvent dans les codes de procédure judiciaire et dans les lois sur la preuve.

Si la protection des sources, dans sa dimension juridique formelle, semble avoir trouvé une certaine stabilité dans la plupart des juridictions analysées; si les principes-clefs et valeurs qui justifient la protection des sources dans des sociétés démocratiques qui valorisent la liberté d'expression ne sont guère remis en question directement; il n'en demeure pas moins que les nouvelles méthodes de surveillance mettent généralement à mal les systèmes de protection des sources, particulièrement en matière de renseignement. La culture du secret qui entoure leur mise en place et leur adjudication y est pour beaucoup.

TABLE DES MATIÈRES

Résumé	i
Table des matières	ii
Abréviations, sigles et symboles	v
Introduction	1
0.1. Mandat	1
0.2. Juridictions à l'étude	2
0.3. Paramètres de la protection des sources	3
0.4. Droit en vigueur et jurisprudence	6
0.5. Uniformisation terminologique et traductions	7
Partie I : Droit international	8
1. <i>CONVENTION EUROPÉENNE</i>	9
1.1. Article 10	9
1.2. Critère développé par la CEDH	10
1.3. Illustrations	12
2. AUTRES SOURCES DE DROIT INTERNATIONAL	15
2.1. <i>Pacte international relatif aux droits civils et politiques</i>	15
2.2. Droit pénal et correspondants de guerre	16
2.3. Union européenne	16
Partie II : Juridictions européennes	19
3. BELGIQUE	20
3.1. Contexte constitutionnel	20
3.2. <i>Loi relative à la protection des sources journalistes</i>	21
3.2.1. Champ d'application personnel	21
3.2.2. Droit de taire les sources d'information	23
3.2.3. Limites aux mesures d'instruction ou d'information	24
3.2.4. Immunité criminelle du personnel rédactionnel	26
3.2.5. Lacunes de la loi-bouclier	27
3.3. Lacunes du régime de renseignement	27
4. SUÈDE	30
4.1. Contexte constitutionnel	30
4.2. <i>Loi sur la liberté de la presse (1949)</i>	31
4.2.1. Champ d'application matériel : l'imprimé	32

4.2.2. Principes fondamentaux	33
4.2.3. Droit à la liberté d'expression en général	34
4.2.4. Droit de communiquer une information	35
4.2.5. Droit à l'anonymat de l'informateur	36
4.2.6. Procédure de liberté de presse.....	44
4.3. Loi fondamentale sur la liberté d'expression (1991)	46
5. NORVÈGE.....	48
5.1. Contexte constitutionnel	48
5.2. Matières civiles.....	49
5.3. Matières criminelles.....	50
5.4. Protection contre les moyens coercitifs	55
5.4.1. Mandats de perquisition et fouilles.....	56
5.4.2. Surveillance par caméra	57
5.4.3. Ordonnances de saisie et de divulgation	57
5.5. Surveillance des communications.....	58
5.5.1. Encadrement à l'égard des rédacteurs ou journalistes	58
5.5.2. Contrôle administratif et reddition de compte	59
5.5.3. Commission de vérification de la surveillance	61
5.5.4. Représentation par des <i>amici curiae</i>	62
6. ALLEMAGNE	64
6.1. Contexte constitutionnel	65
6.1.1. Liberté de presse en Allemagne	65
6.1.2. Jurisprudence de la Cour constitutionnelle	65
6.2. Matières civiles.....	68
6.3. Matières fiscales.....	69
6.4. Matières criminelles.....	70
6.5. Mandats de perquisition	72
6.6. Autres mesures d'enquête	73
6.7. Agences de renseignement.....	74
Partie III : Juridictions de common law	76
7. PRIVILÈGE ET NEWSPAPER RULE.....	77
7.1. Notion de privilège	77
7.2. Absence de privilège et <i>newspaper rule</i>	77
7.3. Balbutiements de la protection des sources.....	79
7.3.1. <i>Attorney-General v. Mulholland</i> (R.-U., 1963)	79
7.3.2. <i>British Steel Corporation v. Granada Television</i> (R.-U., 1980)	79
7.3.3. <i>Alex Harvey Industries</i> (N.-Z., 1980)	81
7.4. Conclusion partielle	81
8. ROYAUME-UNI	82
8.1. Droit à la liberté d'expression	82
8.2. <i>Contempt of Court Act 1981</i>	83
8.2.1. <i>Secretary of State for Defence v. Guardian</i> (1984)	84
8.2.2. <i>Company Securities (Insider Dealing) Act 1985</i> (1987)	85
8.2.3. <i>X. Ltd. v. Morgan-Grampian (Publishers) Ltd.</i> (1990)	85
8.2.4. <i>Ashworth Security Hospital v. MGN Ltd.</i> (2002)	86

8.3. Mandats de perquisition et de communication.....	86
8.3.1. Mandats de perquisition	87
8.3.2. Ordonnances de communication de documents	87
8.4. Autorisations d'interception et de surveillance	88
9. NOUVELLE-ZÉLANDE	91
9.1. Droit fondamental à la liberté d'expression.....	91
9.2. Réforme du droit de la preuve de 2006	92
9.2.1. À l'origine : la <i>newspaper rule</i>	92
9.2.2. <i>Evidence Amendment Act 1980</i>	92
9.2.3. Réforme du droit de la preuve de 2006	93
9.3. Autorisations judiciaires	97
9.3.1. Mandats de perquisition	98
9.3.2. Autorisations de surveillance	100
9.3.3. Ordonnances d'interrogatoire et de communication.....	101
10. ÉTATS-UNIS.....	102
10.1. Droit fédéral	102
10.1.1. Premier amendement et <i>Branzburg v. Hayes</i> (1972)	103
10.1.2. Jurisprudence du 9 ^e circuit	104
10.1.3. <i>Privacy Protection Act</i> (1980) et <i>subpoenas</i>	106
10.1.4. Un privilège reconnu par la common law?	107
10.1.5. Directives fédérales	108
10.2. Californie.....	109
10.2.1. Historique.....	109
10.2.2. Constitution de la Californie	109
10.2.3. <i>Code of Civil Procedure</i>	110
10.3. Vermont	111
10.3.1. Loi-bouclier de mai 2017	111
10.3.2. Protection constitutionnelle.....	112
10.4. Massachusetts	113
Conclusion	115
Lexique	119
Note biographique	122

ABRÉVIATIONS, SIGLES ET SYMBOLES

§	paragraphe
±	équivalent fonctionnel
=	traduction
al.	alinéa
amend.	amendement
ann.	annexe
<i>Årsrapport</i>	Rapport annuel [Norvège]
BGBI.	<i>Bundesgesetzblatt</i> (±gazette officielle) [Allemagne]
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (=Cour de justice fédérale) [Allemagne]
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i> (=Cour constitutionnelle) [Allemagne]
BVerfGE	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i> (=Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle) [Allemagne]
BvR	Numéro de dossier de la Cour constitutionnelle [Allemagne]
c.	chapitre
C.A.	Cour d'appel [toutes juridictions]
Cal. Stat.	<i>California Statutes</i> [Californie]
C.Arb.	Cour d'arbitrage (désormais : Cour constitutionnelle) [Belgique]
Cass.	Cour de cassation [Belgique]
C.E.	Communautés européennes
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
C.F.R.	<i>Code of Federal Regulations</i> [États-Unis]
ch.	chapitre
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Fed. R. Civ. P.	<i>Federal Rules of Civil Procedure</i> [États-Unis]
Fed. R. Evid.	<i>Federal Rules of Evidence</i> [États-Unis]
FOR	<i>Forskrift</i> (=règlement) [Norvège]
GVBl.	<i>Gesetz- und Verordnungsblatt</i> (=gazette officielle d'un land) [Allemagne]
H.C.	High Court [Royaume-Uni et Nouvelle-Zélande]
H.L.	House of Lords [Royaume-Uni]

Innst.	<i>Innstilling</i> (=rapport d'une commission parlementaire) [Norvège]
IPC	Investigatory Powers Commissioner [Royaume-Uni]
J.O.	Journal officiel [Communautés européennes / Union européenne]
<i>Lag</i>	Loi [Suède]
lég.	législature
L.J.	Lord Justice [Royaume-Uni]
LOV	Loi [Norvège]
Mass.	Massachusetts
<i>M.B.</i>	Moniteur belge (±gazette officielle) [Belgique]
Meld. St.	<i>Melding til Stortinget</i> (±livre blanc) [Norvège]
NJA	<i>Nytt Juridiskt Arkiv</i> (Recueil des arrêts de la Cour suprême) [Suède]
NOU-er	<i>Norges offentlige utredninger</i> (=Rapports publics de la Norvège; ±travaux préparatoires) [Norvège]
N.-Z.	Nouvelle-Zélande
N.Z.L.R.	<i>New Zealand Law Reports</i>
Ot.prp.	<i>Odelstingsproposisjon</i> (=projet de loi présenté au <i>Odelsting</i> ; jusqu'en 2009, le parlement norvégien (<i>Storting</i>) siégeait en plénière ou en deux chambres, l' <i>Odelsting</i> et le <i>Lagting</i> , chacune comptant trois quarts et un quart des députés) [Norvège]
par.	paragraphe
Prop. L.	<i>Proposisjon til Stortinget</i> (=projet de loi) [Norvège]
Q.B.D.	<i>Queen's Bench Division</i> [Royaume-Uni]
Rt.	<i>Norsk Retstidende</i> (±Recueil des arrêts de la Cour suprême) [Norvège]
R.T.N.U.	Recueil des Traités des Nations Unies
R.-U.	Royaume-Uni
sec.	<i>Section</i> d'une loi au sens anglais, lorsque cette loi est divisée en <i>Articles</i> qui sont eux subdivisés en <i>Sections</i> .
sess.	session d'une législature
SFS	<i>Svensk författningssamling</i> (=Recueil des lois) [Suède]
SOU	<i>Statens offentliga utredningar</i> (=Rapports publics de l'État; ±travaux préparatoires) [Suède]
trad.	traduit ou traduction
U.S.C.	<i>United States Code</i>
V.S.A.	<i>Vermont Statutes Annotated</i>

INTRODUCTION

[1] Généralement conceptualisée comme un attribut du droit à l'information et corollaire du droit fondamental à la liberté d'expression, la protection des sources journalistiques opère une valse-hésitation entre le renforcement des protections accordées aux journalistes depuis l'après-guerre et l'impératif sécuritaire versatile, qui s'accompagne d'une évolution rapide des dispositifs de surveillance. Si l'incertitude a longtemps présidé aux contours exacts de la nature d'un « droit » à la protection des sources, l'on remarquera généralement, dans les juridictions européennes et en common law, une codification de ce droit au cours des dernières décennies, laissant place à l'abdication graduelle de la discrétion judiciaire. Ce rapport vise à tracer le portrait de quelques régimes de protection des sources journalistiques en Europe ainsi qu'en common law.

[2] La récurrence de certaines questions devant la plupart des juridictions étudiées est évidente. Qui est un journaliste? *Quid* des nouveaux médias, blogueurs et consorts? Qui est titulaire de ce « droit » à la protection des sources? La protection accordée prend-elle fin avec la divulgation de la source? Une renonciation par la source est-elle opposable au journaliste? La protection équivaut-elle à un privilège?

0.1. Mandat

[3] J'ai reçu le mandat de la Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques de dresser un inventaire des principales normes juridiques qui protègent l'identité des sources confidentielles en Europe et dans les juridictions de common law. Il fut convenu de porter mon attention sur la Belgique, la Suède, la Norvège et l'Allemagne ainsi que sur trois juridictions de common law (Royaume-Uni, Nouvelle-Zélande et États-Unis) afin de dresser un portrait qui reflète le plus possible la diversité des instruments législatifs, des contrôles administratifs et de l'encadrement judiciaire.

[4] Ce rapport ne dresse pas d'inventaire exhaustif des sources de droit des juridictions étudiées. D'une part, j'ai sélectionné (i) les principaux régimes qui encadrent la contraignabilité des journalistes devant les instances civiles, criminelles ou administratives. D'autre part, je présente (ii) les limites à l'obtention d'autorisations judiciaires telles que les mandats de perquisition, de communication et de surveillance à l'égard de journalistes ou de locaux

rédaotionnels. Je ne m'intéresse pas aux conditions générales qui encadrent la délivrance d'autorisations judiciaires, mais bien et seulement aux conditions spécifiques de leur délivrance à l'égard de journalistes ou de locaux rédactionnels. Il sera toutefois indispensable, dans certains cas, que j'effleure ces conditions générales. Finalement, ce rapport ne porte pas sur l'encadrement des agences de renseignement, qui sont le plus souvent en marge des protections usuelles, bien que je les effleure aussi à certaines occasions.

[5] Ce rapport présente les régimes de protection, sans nécessairement aborder toutes les exceptions qui y sont prévues. Il ne peut considérer leur application concrète dans le plus fin détail. La jurisprudence présentée est une sélection des décisions-clefs et vise à illustrer les contours de la protection des sources. Elle ne saurait être interprétée comme établissant un portrait exhaustif de tous ses paramètres.

0.2. Juridictions à l'étude

[6] La première partie du rapport s'intéresse au droit international, en particulier à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui exerce une forte influence sur les tribunaux européens et qui a développé un critère assez souple afin de déterminer si l'ingérence d'un État dans le droit à la liberté d'expression d'une personne est justifiable dans une société démocratique.

[7] La seconde partie porte sur quatre juridictions européennes. La Belgique est connue pour avoir adopté une loi-bouclier ayant un champ d'application fort étendu et présentant des exceptions exigeantes, mais le spectre du renseignement secret la menace sur le flanc. La Suède protège les sources journalistiques au cœur même de sa constitution en optant pour une protection du droit des citoyens de partager toute information et une obligation des journalistes de ne pas révéler leur identité, sous peine d'amende. La Norvège présente un régime moins centralisé que la Suède, prévoit la non-contrainabilité des journalistes et encadre l'octroi d'autorisations judiciaires à leur égard, notamment par l'exigence de la présence d'un *amicus curiae* devant les instances autorisatrices. Enfin, l'Allemagne prévoit des règles de non-contrainabilité ainsi qu'un encadrement des autorisations judiciaires. Sa constitution forte offre une protection directe et résiduelle du secret rédactionnel et du secret des sources, ce qui signifie que les sources pourraient, en principe, être protégées directement par la constitution si les dispositions législatives spécifiques s'avéraient insuffisantes ou inapplicables.

[8] La troisième partie s'intéresse à trois juridictions de common law, choisies en raison de leur proximité avec la tradition juridique canadienne et de la diversité de leurs approches : le Royaume-Uni, la Nouvelle-Zélande et les États-Unis. Si la common law n'a pas reconnu, historiquement, de privilège journalistique générique, ces États ont adopté des règles qui y remédient.

[9] Le Royaume-Uni protège les sources par une non-contrainabilité limitée des journalistes, mais présente un régime de surveillance qui met potentiellement en danger la confidentialité des sources.

[10] La Nouvelle-Zélande a abrogé la discrétion de la common law en créant une présomption de non-contrainabilité et, ce faisant, un privilège journalistique limité. Son régime d'autorisations judiciaires cohérent intègre ce privilège.

[11] Enfin, les États-Unis présentent un portrait bigarré où la dualité des ordres législatifs a donné naissance à autant de règles qu'il y a d'États. La plupart des États protègent désormais les sources par une loi-bouclier ou, moins souvent, par une interprétation de la constitution ou par une évolution de la common law. Quant au droit fédéral, la Cour suprême a omis de se prononcer sur la question depuis *Branzburg v. Hayes*¹ en 1972, où elle avait – non sans multiples dissidences, dissonances et concordances – refusé de reconnaître un privilège constitutionnel en matière de citations à comparaître décernées par un grand jury. Le Congrès n'étant pas parvenu à un consensus, les cours d'appel fédérales, de circuit en circuit, se prononcent sur la question et plusieurs ont interprété le premier amendement de la Constitution des États-Unis de manière à conférer un privilège journalistique.

0.3. Paramètres de la protection des sources

A. Nature de la protection

[12] La protection des sources prend le plus souvent la forme d'un droit de refuser de témoigner, synonyme d'immunité relative ou de non-contrainabilité devant un tribunal. Par non-contrainabilité, j'entendrai dans ce rapport une exception partielle à l'obligation de témoigner lorsqu'une citation à comparaître a été délivrée, et non à une inaptitude², inhabilité³ ou exemption de se présenter devant le tribunal.

[13] Ce droit connaît plusieurs variations d'appellation sur un même thème : droit de *taire* (Belgique), droit à l'*anonymat* d'une source (Suède), *exemption* de preuve (Norvège), droit de *refuser* de témoigner (Allemagne) ou encore *privilège limité* (common law). Seule la Suède érige cette faculté en véritable obligation. Ce droit appartient le plus souvent au journaliste ou au personnel rédactionnel et il apparaît plus exact de parler d'une *faculté* plutôt que d'un *droit subjectif*⁴. En effet, un droit subjectif est une « [p]rérogative reconnue à une personne [...], dont celle-ci peut se prévaloir pour faire, exiger ou interdire quelque chose dans son

¹ *Branzburg v. Hayes* (1972), 408 U.S. 665 (Cour suprême, É.-U.).

² *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 276.

³ *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 3, 4 et 16.1(1).

⁴ Je m'inspire ici de Koen Lemmens, « La protection des sources journalistiques : un commentaire de la loi du 7 avril 2005 », (2005) 124 *Journal des tribunaux* 669, p. 676, n° 44.

propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui. »⁵ Or, j'émetts l'hypothèse que la faculté dont il est ici question ne relève justement pas d'un intérêt propre ou de l'intérêt d'autrui, mais d'un intérêt public diffus, qui est étranger à la notion de droit subjectif.

B. Instruments législatifs utilisés

[14] Les instruments utilisés pour codifier cette faculté sont le plus souvent les codes ou règles de procédure judiciaire en matière civile et criminelle et les règles de preuve (Norvège, Allemagne, Royaume-Uni, Nouvelle-Zélande) ou des lois-boucliers (Belgique, Vermont). Les constitutions n'incluent le plus souvent qu'une énonciation générale du droit à la liberté de presse ou d'expression, sauf exception (Suède, Californie). Enfin, certains des régimes font appel à l'interprétation de l'énonciation générale d'un droit constitutionnel pour protéger les sources (États-Unis) ou recourent à la malléabilité de la common law (Massachusetts). Quoique les constitutions nationales soient souvent complétées par des règles particulières, leur énonciation du droit à la liberté d'expression permet parfois une protection résiduelle complétive (Allemagne). Enfin, ces protections sont interprétées à l'aune du droit international (Europe). Des règlements (Norvège) ou des directives ministérielles (États-Unis) encadrent l'action des autorités.

C. Personnes protégées

[15] Le champ d'application personnel (*ratione personæ*) des dispositions protectrices des sources se conceptualise en deux grands ensembles : les journalistes et le personnel rédactionnel.

[16] Il est rare que le journaliste au sens strict soit le seul à être protégé. La plupart du temps, la profession de journaliste, rémunéré ou non, occasionnel ou régulier, a été élargie aux personnes qui mènent une activité journalistique le moins régulièrement. Dans de rares cas, seuls les journalistes titulaires d'une agrégation sont protégés (Belgique, seulement en matière de renseignement).

[17] L'ensemble du personnel rédactionnel est généralement protégé, car les dispositions législatives reconnaissent la possibilité que les collaborateurs des journalistes soient en contact avec des informations sensibles ou confidentielles en lien avec les sources. Les départements publicitaires sont généralement exclus, bien que la publicité fasse partie du droit à la liberté d'expression.

D. Informations et matériel protégés

[18] Le champ d'application matériel (*ratione materiæ*) peut être analysé sous l'angle de la nature de l'information protégée ou du support sur lequel elle se trouve. L'information protégée est le plus souvent l'identité de la source elle-même ainsi que les circonstances ou éléments qui sont susceptibles de permettre son

⁵ Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, « droit subjectif ».

identification, peu importe leur support (document, fichier, photo, disque dur, etc.). La protection couvre généralement le matériel journalistique et parfois le matériel non publié. La plupart des juridictions définissent les types de matériel protégé par une description ou par voie d'énumération des éléments protégés.

[19] Le champ d'application matériel peut également être analysé sous l'angle du caractère de l'information protégée. Dans certains cas, seul le matériel confidentiel est protégé : l'identité de la source, les informations qui permettraient de la découvrir et les documents qui font l'objet d'une entente de confidentialité. Dans d'autres, tout le matériel journalistique peut être protégé, qu'il permette ou non l'identification de la source, qu'il soit confidentiel ou non.

E. Lieux et moyens de communication protégés

[20] La notion de lieux protégés est capitale pour appliquer les critères de délivrance d'autorisations judiciaires. J'utiliserai le plus souvent l'expression « locaux rédactionnels » pour référer à la rédaction et aux lieux connexes. Les lieux protégés incluent souvent le domicile du journaliste. Certaines juridictions préféreront opter pour le critère de possession réelle ou de contrôle : un document sera protégé selon qu'il est en possession du personnel rédactionnel ou du journaliste (Royaume-Uni). La propriété des moyens surveillés est parfois également pertinente : l'écoute électronique sera balisée en amont dans certains cas à l'égard des téléphones qui appartiennent, formellement ou non, à un journaliste (Norvège).

F. Critères d'application de la protection et des exceptions

[21] Trois conditions cumulatives sont généralement nécessaires pour activer toute forme de protection : (i) la qualification d'une personne à titre de journaliste ou de membre du personnel rédactionnel, qui est souvent tributaire d'un lien d'emploi ou similaire pour une entreprise ou d'une activité journalistique, (ii) l'intention de la source de voir son information publiée par le journaliste, qu'il y ait ou non publication, et (iii) la confidentialité de la source, à l'origine et au moment de la requête en divulgation.

[22] Les exceptions à la non-contrainabilité sont formulées autour de thèmes récurrents requérant la preuve de la *nécessité* de la divulgation. Cette nécessité de divulguer la source se décline en diverses variations, auxquelles appartiennent (i) la gravité du crime qui fait l'objet d'une enquête, (ii) la prévention d'un préjudice physique grave, (iii) les droits de l'accusé ou du justiciable, (iv) le principe de recherche de la vérité judiciaire, (v) les intérêts de la justice, (vi) le principe de subsidiarité des moyens raisonnables, (vii) l'importance de la preuve ou encore (viii) des « raisons spéciales ».

[23] Le principe de *subsidiarité* des moyens raisonnables requiert de la partie qui demande la divulgation de faire la preuve qu'il n'existe pas d'autres moyens raisonnables d'obtenir l'information – ou qu'ils ont été épuisés.

[24] La plupart des régimes opèrent ensuite une opération de *pondération* entre les intérêts en jeu : l'intérêt public à la divulgation – souvent lié au principe de nécessité – et l'intérêt public à la confidentialité de la source. Ce dernier découle de l'*a priori* qu'il est impératif de protéger la source confidentielle comme attribut du droit à l'information et du droit à la liberté d'expression dans une société démocratique. À ce stade, l'effet dissuasif de la divulgation d'une source sur la disponibilité future des sources – *the chilling effect* – est considéré.

[25] Enfin, la *proportionnalité* de l'atteinte au droit fondamental avec la finalité de la fouille, saisie ou divulgation constitue un dernier rempart.

[26] Si la discrétion judiciaire a généralement cédé le pas à une plus grande formalisation des règles qui encadrent les exceptions, il n'en demeure pas moins qu'elle persiste, dans une moindre mesure, au stade de la pondération des intérêts en présence et, le cas échéant, de la détermination du contenu d'une ordonnance de divulgation.

G. Régimes pénaux et sanctions possibles

[27] Au-delà de l'annulation des citations à comparaître ou des autorisations judiciaires à l'égard de journalistes qui se prévalent d'une protection, les autorisations judiciaires injustifiées à l'égard de journalistes mènent à un faisceau de conséquences potentielles : l'interdiction d'utiliser les informations obtenues (Belgique, en matière de renseignement), l'inadmissibilité de la preuve obtenue (Nouvelle-Zélande), le recours civil contre l'État (États-Unis) ou encore le recours pénal contre le représentant de l'État (Suède).

0.4. Droit en vigueur et jurisprudence

[28] Les dispositions législatives auxquelles il est fait référence dans ce rapport étaient en vigueur au printemps 2017, à moins d'indication contraire. Vu la récence et l'imminence de modifications législatives importantes dans certaines juridictions, une date précise est indiquée au début de chaque section juridictionnelle.

[29] Vu l'absence de refonte constante des lois dans plusieurs juridictions, les dispositions législatives citées réfèrent le plus souvent à la loi d'origine, sans mention des lois modificatives qui se sont succédé. Il est entendu que ces lois citées sans autre précision incluent les amendements jusqu'à ce jour.

[30] Dans les juridictions européennes, à l'exception du Royaume-Uni, il n'est pas coutume de référer à la jurisprudence par un intitulé. Par souci de lisibilité, j'ai parfois ajouté un intitulé, qui ne contient pas le nom des parties, dans la mesure où les décisions sont souvent dépersonnalisées par souci de protection de la vie privée.

0.5. Uniformisation terminologique et traductions

[31] Le droit comparé comporte les dangers de ses ambitions. Aussi est-il périlleux de comparer des intraduisibles ou de trouver des points communs à des équivalents fonctionnels. Une uniformisation terminologique fut nécessaire afin de refléter l'équivalence des concepts et des normes. Certains termes tels que « journaliste » ou encore « non-contrainabilité » et « subsidiarité » seront utilisés de manière générique, étant entendu qu'ils doivent être nuancés au gré des contextes juridictionnels. Dans certains cas, des traductions littérales sont utilisées pour refléter le particularisme de concepts étrangers au droit québécois. Le lecteur est invité à consulter le lexique (voir *infra*, p. 119).

[32] L'architecture des lois étrangères et la nomenclature de leurs divisions et subdivisions ont été adaptées autant que possible à la terminologie juridique québécoise afin de faciliter la compréhension. Les équivalents fonctionnels sont identifiés par le symbole [±].

[33] Les traductions des textes législatifs dont la version officielle en vigueur est indisponible en français ou en anglais ont été réalisées par l'auteur, à moins d'une mention contraire. Les titres originaux des lois ou règlements ont été conservés et sont suivis du symbole [=] et de leur traduction.

PARTIE I : DROIT INTERNATIONAL

1. *Convention européenne*

[34] La *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*⁶ (« *Convention européenne* ») est entrée en vigueur le 3 septembre 1953. Elle a été signée à ce jour par 47 États. Une série de protocoles la complètent. Son article 10 protège la liberté d'expression.

[35] Elle institue la Cour européenne des droits de l'homme (« CEDH ») (art. 19), qui peut être saisie par un État signataire, une personne physique, un organisme ou un groupe de personnes (art. 33-34). Une requête n'est recevable qu'en cas d'épuisement des recours en droit interne (art. 35(1)). La CEDH peut accorder à une partie lésée une satisfaction équitable (art. 41) et rendre des avis interprétatifs sur la *Convention européenne* (art. 47). Ses arrêts ont force obligatoire et les parties contractantes s'engagent à s'y conformer. En cas d'omission de se conformer à un arrêt, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe peut être saisi et mettre en demeure une partie contractante, puis saisir la Cour de cette allégation. La CEDH examine alors les mesures à prendre si elle constate une violation de l'engagement de se conformer à un arrêt (art. 46).

1.1. Article 10

[36] L'article 10 de la *Convention européenne* consacre à son premier paragraphe le droit de toute personne à la liberté d'expression, dans lequel est enchâssé le droit de communiquer et recevoir des informations. Le deuxième paragraphe prévoit les limites qui peuvent être imposées par les signataires, pourvu que ces restrictions soient (i) prévues par la loi et (ii) nécessaires dans une société démocratique :

Article 10 – Liberté d'expression

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

[Soulignement ajouté]

⁶ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Conseil de l'Europe, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, entrée en vigueur le 3 septembre 1953 en Suède, en Norvège, en Allemagne et au Royaume-Uni et le 14 juin 1955 en Belgique [*Convention européenne*].

[37] La Recommandation du 8 mars 2000 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe définit le journaliste comme « toute personne physique ou morale pratiquant à titre régulier ou professionnel la collecte et la diffusion d'informations au public par l'intermédiaire de tout moyen de communication de masse »⁷. Par source, il entend « toute personne qui fournit des informations à un journaliste ».

[38] Dans cette recommandation, le Comité des ministres réitère l'importance que la législation des États signataires ne prévoie pas d'autres restrictions à la protection des sources que celles qui sont énoncées au paragraphe 2 de l'article 10. Il souligne que l'ingérence de l'État doit répondre à des circonstances vitales et graves et insiste sur le principe de subsidiarité et l'importance des garanties procédurales, dont le droit d'être entendu lorsque des sanctions sont imposées au journaliste. Enfin, il réaffirme la nécessité de voies de recours et la limitation de l'étendue de la divulgation, le cas échéant.

[39] Dans une recommandation de 2011, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe soulignait l'importance que l'évolution technologique ne se fasse pas au détriment de la protection des sources, en raison notamment des capacités croissantes de surveillance des autorités publiques. Elle estimait que seuls les journalistes sont protégés par le « privilège professionnel » et que les « personnes qui disposent d'un site internet ou d'un blog » ne sont pas ceintes par la protection⁸.

1.2. Critère développé par la CEDH

[40] La jurisprudence de la CEDH sur la liberté d'expression est légion. Aussi me limiterai-je dans son étude à la présentation du critère qu'elle a développé pour déterminer la conformité de l'ingérence des États signataires avec l'article 10. Puis je présenterai un distillat de ses décisions phares⁹ sur la protection des sources.

[41] À titre général, la jurisprudence de la CEDH conçoit une source comme « toute personne qui fournit une information à un journaliste [traduction] »¹⁰. Les circonstances dans lesquelles l'information a été transmise et le matériel non publié transmis par la source font partie des informations susceptibles d'identifier une source¹¹. Le fait qu'une source soit connue n'anéantit pas le droit protégé par

⁷ Conseil de l'Europe, Comité des ministres, *Recommandation n° R (2000) 7 sur le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources d'information*, définitions et principes 3-5; voir aussi Conseil de l'Europe, Comité des ministres, *Exposé des motifs de la Recommandation n° R (2000) 7*; Conseil de l'Europe, Conférence ministérielle européenne, *Résolution n° 2: Les libertés journalistiques et les droits de l'homme*, adoptée lors de la 4^e Conférence ministérielle européenne sur la politique des communications de masse, Prague, 7 et 8 décembre 1994.

⁸ Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, *Recommandation 1950 (2011) sur la protection des sources d'information des journalistes*, par. 12 et 15.

⁹ Pour un aperçu des décisions sur la liberté d'expression, voir Dirk Voorhoof et al., *La liberté d'expression, les médias et les journalistes : La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, coll. « IRIS Thèmes », vol. III, Strasbourg, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2015.

¹⁰ *Nagla c. Latvia*, n° 73469/10, 16 juillet 2013 (CEDH), par. 81.

¹¹ *Ibid.*, par. 81.

l'article 10¹². La Cour souligne que la protection des sources n'est pas un apanage ou un privilège du journaliste, mais un attribut du droit à l'information¹³. Elle accepte le principe de l'effet dissuasif d'une divulgation sur les sources et rappelle l'importance du proverbial rôle de « chien de garde » que tient le journalisme dans la vie démocratique¹⁴.

[42] La CEDH traite de manière constante la question de la violation de l'article 10. Le critère en quatre étapes requiert (i) de constater l'existence d'une ingérence par un État dans un droit protégé par la *Convention européenne* et de vérifier si (ii) l'ingérence est prévue par la loi, si (iii) cette ingérence poursuit un but légitime et si (iv) elle est nécessaire dans une société démocratique.

[43] La question de l'existence d'une *ingérence* par l'État n'est généralement pas particulièrement contentieuse.

[44] Le critère de *légalité* ne se borne pas à déterminer si l'ingérence a une assise dans une norme juridique interne. On exige au demeurant que cette norme soit raisonnablement intelligible et que son application soit raisonnablement prévisible et non arbitraire¹⁵. Bref, une qualité législative est exigée¹⁶. Il est tenu compte des garanties procédurales¹⁷. L'exigence que l'ingérence soit « prévue par la loi » entend le mot « loi » au sens matériel et non formel¹⁸.

[45] La question de l'*objectif légitime* que vise l'atteinte au droit inclut la prévention de la criminalité et du désordre¹⁹, la protection de la réputation d'autrui²⁰, la protection d'informations confidentielles²¹ ou encore la protection d'intérêts économiques privés²² tout comme la protection du secret de l'instruction pour garantir l'impartialité du pouvoir judiciaire²³.

[46] Le critère de *nécessité* dans une société démocratique est particulièrement protéiforme. Généralement, la Cour souligne que la nécessité requiert de déterminer si l'ingérence répond à un besoin social impérieux, dans l'appréciation duquel il convient de laisser une marge de manœuvre à l'État²⁴. Pour qualifier la mesure de

¹² *Ibid.*, par. 95.

¹³ *Ibid.*, par. 97.

¹⁴ *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 17488/90, 27 mars 1996 (CEDH), par. 39.

¹⁵ *Ibid.*, par. 31.

¹⁶ *Delfi AS c. Estonie*, n° 64569/09, 16 juin 2015 (CEDH), par. 120-121.

¹⁷ *Nagla c. Latvia*, n° 73469/10, 16 juillet 2013 (CEDH), par. 87-90.

¹⁸ *Ernst c. Belgique*, n° 33400/96, 15 juillet 2003 (CEDH), par. 96.

¹⁹ *Nagla c. Latvia*, n° 73469/10, 16 juillet 2013 (CEDH), par. 92; *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, n° 51772/99, 25 février 2003 (CEDH), par. 50.

²⁰ *Tillack c. Belgique*, n° 20477/05, 27 novembre 2007 (CEDH), par. 59. Voir aussi, en général, *Delfi AS c. Estonie*, n° 64569/09, 16 juin 2015 (CEDH), par. 130.

²¹ *Tillack c. Belgique*, n° 20477/05, 27 novembre 2007 (CEDH), par. 59.

²² *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 17488/90, 27 mars 1996 (CEDH), par. 35.

²³ *Ernst c. Belgique*, n° 33400/96, 15 juillet 2003 (CEDH), par. 98.

²⁴ *Tillack c. Belgique*, n° 20477/05, 27 novembre 2007 (CEDH), par. 55; *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, n° 51772/99, 25 février 2003 (CEDH), par. 51; *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 17488/90, 27 mars 1996 (CEDH), par. 40.

nécessaire, la CEDH étudie les motifs soumis par les autorités pour justifier l'ingérence et exige qu'ils soient pertinents et suffisants²⁵. À partir de cette analyse, la CEDH détermine si l'ingérence est proportionnée au but légitime qu'elle vise²⁶. Dans l'analyse de la proportionnalité, la CEDH souligne qu'une perquisition est plus intrusive qu'une ordonnance de divulgation²⁷. Pour déroger à la protection, la CEDH exige un impératif prépondérant d'intérêt public²⁸. La subsidiarité des moyens constitue ici également un critère d'appréciation²⁹. L'illégalité du comportement de la source ne prive pas le journaliste de son droit à la liberté d'expression³⁰.

1.3. Illustrations

[47] Dans la notoire affaire *Goodwin c. Royaume-Uni* (1996)³¹ – dont je traite aux paragraphes [288] à [291] –, un journaliste recevait d'une source une information confidentielle sur une compagnie en difficulté financière. La compagnie obtenait une ordonnance de divulgation à l'égard du journaliste, mais ce dernier refusait de divulguer sa source et se rendait coupable d'outrage. La CEDH accueillait la requête du journaliste et la majorité des juges constatait une violation de l'article 10 au motif que l'ordonnance de divulgation n'était pas proportionnée et ne pouvait être considérée comme nécessaire dans une société démocratique³². Elle estimait que même si la protection d'un intérêt économique privé était pertinente à l'analyse, elle ne l'emportait pas sur l'intérêt public à la protection des sources ici, d'autant plus qu'une ordonnance enjoignant le journaliste à ne pas publier sur le sujet avait déjà, en partie, jugulé l'épée de Damoclès qui planait sur le sort de la compagnie³³.

[48] Dans *Roemen et Schmit c. Luxembourg*³⁴ (2003), un journaliste avait écrit un article sur les infractions fiscales commises par un ministre. Des saisies avaient lieu au domicile du journaliste et sur son lieu de travail, car on le suspectait d'avoir pour sources des fonctionnaires qui avaient enfreint leur devoir de confidentialité. La CEDH concluait que d'autres méthodes auraient pu être employées. Les mesures utilisées étaient disproportionnées et, si les motifs des autorités étaient pertinents,

²⁵ *Nagla c. Latvia*, n° 73469/10, 16 juillet 2013 (CEDH), par. 94; *Tillack c. Belgique*, n° 20477/05, 27 novembre 2007 (CEDH), par. 60; *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, n° 51772/99, 25 février 2003 (CEDH), par. 51.

²⁶ *Nagla c. Latvia*, n° 73469/10, 16 juillet 2013 (CEDH), par. 94; *Nordisk Film & TV A/S c. Danemark*, n° 40485/02, 8 décembre 2005, CEDH 2005-XIII 269, p. 285.

²⁷ *Nagla c. Latvia*, n° 73469/10, 16 juillet 2013 (CEDH), par. 95.

²⁸ *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, n° 51772/99, 25 février 2003 (CEDH), par. 54.

²⁹ *Ibid.*, par. 56.

³⁰ *Nagla c. Latvia*, n° 73469/10, 16 juillet 2013 (CEDH), par. 97; *Tillack c. Belgique*, n° 20477/05, 27 novembre 2007 (CEDH), par. 65.

³¹ *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 17488/90, 27 mars 1996 (CEDH).

³² *Ibid.*, par. 46.

³³ *Ibid.*, par. 42.

³⁴ *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, n° 51772/99, 25 février 2003 (CEDH).

ils n'étaient guère suffisants³⁵. La Cour notait qu'une saisie est une mesure plus attentatoire qu'une ordonnance de divulgation.

[49] Dans *Ernst c. Belgique*³⁶ (2003), des saisies avaient eu lieu dans des locaux rédactionnels, les voitures de journalistes et leur domicile. Ces perquisitions étaient faites dans un contexte où des magistrats étaient soupçonnés d'avoir enfreint leur serment de confidentialité relativement à des fuites médiatiques sur plusieurs affaires impliquant, notamment, l'assassinat d'un ministre d'État. La CEDH critiquait le fait qu'à aucun moment il ne fut allégué que les articles publiés contenaient des informations confidentielles. La CEDH soulignait l'ampleur des perquisitions, mesurées à l'absence de tentative d'obtenir les informations par d'autres moyens. Jugeant les mesures disproportionnées, elle concluait à l'existence d'une violation de l'article 10³⁷.

[50] Dans *Nordisk Film & TV A/S c. Danemark* (2005)³⁸, un journaliste avait infiltré un réseau de pédophiles et filmé leurs rencontres. La Cour estimait que les personnes filmées, n'en ayant pas connaissance, n'avaient pas consenti à fournir des informations et ne pouvaient pas être qualifiées de sources³⁹. Le média qui employait le journaliste avait reçu une ordonnance de divulgation des séquences du reportage qui avaient été coupées au montage. Puisque la Cour suprême du Danemark avait restreint l'ordonnance à certaines parties seulement des séquences et que la protection des enfants et la prévention des crimes graves étaient des objectifs importants, la CEDH concluait que l'ingérence était proportionnée et les motifs, pertinents et suffisants⁴⁰.

[51] Dans *Tillack c. Belgique*⁴¹ (2007), un journaliste allemand couvrant les activités parlementaires européennes à Bruxelles avait publié deux articles sur certaines irrégularités institutionnelles. Après que l'organisme concerné eut enquêté, une instruction avait été ouverte et la police belge perquisitionnait une quinzaine de caisses, des téléphones et ordinateurs à son domicile. Concluant à l'existence d'une ingérence prévue par la loi, la Cour estimait que les autorités avaient des motifs pertinents, mais non suffisants – leurs soupçons étaient fondés sur quelque rumeur. La CEDH concluait que la perquisition était disproportionnée et constituait une violation de l'article 10⁴².

[52] Enfin, dans *Nagla c. Lettonie*⁴³ (2013), une journaliste avait vu son domicile perquisitionné en vertu d'un mandat dans le cadre d'une enquête sur une de ses sources qui lui avait fourni des informations sur les défaillances du système

³⁵ *Ibid.*, par. 59-60.

³⁶ *Ernst c. Belgique*, n° 33400/96, 15 juillet 2003 (CEDH).

³⁷ *Ibid.*, par. 99-105.

³⁸ *Nordisk Film & TV A/S c. Danemark*, n° 40485/02, 8 décembre 2005, CEDH 2005-XIII, 269.

³⁹ *Ibid.*, p. 284.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 286-287.

⁴¹ *Tillack c. Belgique*, n° 20477/05, 27 novembre 2007 (CEDH).

⁴² *Ibid.*, par. 68.

⁴³ *Nagla c. Lettonie*, n° 73469/10, 16 juillet 2013 (CEDH).

informatique des autorités fiscales lettones. Le matériel saisi contenait des informations sur d'autres sources de la journaliste. Concluant à l'existence d'une ingérence prévue par la loi visant un objectif légitime, la Cour estimait que les autorités n'avaient pas fourni de motifs pertinents et suffisants pour justifier la nécessité de la fouille. Elles avaient attendu un long moment avant d'effectuer la perquisition tout en procédant par voie d'urgence, au motif que les données informatiques auraient pu être détruites ou se dégrader. Ce dernier argument ne convainquait pas la Cour que l'intérêt public à la confidentialité des sources devait abdiquer devant l'intérêt de l'enquête et de l'obtention de preuve pertinente⁴⁴.

[53] Il est intéressant de noter, en somme, que la CEDH s'intéresse souvent, du bout des doigts, aux faits postérieurs aux décisions judiciaires critiquées, par exemple à l'absence de dépôt d'accusation en lien avec une enquête qui vise du matériel journalistique. Il ressort généralement de la jurisprudence étudiée que la CEDH adopte un critère relativement flexible, mais constant relativement à la détermination de l'existence d'une violation de l'article 10. Le critère de nécessité de l'ingérence est polyvalent et fait intervenir la plupart des enjeux qui, d'une manière ou d'une autre, font partie des systèmes de protection des sources nationaux.

⁴⁴ *Ibid.*, par. 101.

2. Autres sources de droit international

[54] Outre la *Convention européenne*, dont l'influence auprès des tribunaux des juridictions européennes recensées dans ce rapport est indéniable, je ne mentionnerai ici que sommairement certaines sources de droit international relatives à la protection des sources et à la liberté d'expression.

2.1. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*

[55] Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁴⁵ (« *Pacte* »), adopté le 16 décembre 1966 et entré en vigueur le 23 mars 1976, a été ratifié par le Canada et les juridictions qui font l'objet de ce rapport. Il protège la liberté d'expression tout en prévoyant la possibilité de restrictions qui doivent être (i) prévues par la loi et (ii) nécessaires, notamment pour la protection de l'ordre public :

Article 19

1. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions.
2. Toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.
3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires :
 - a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui;
 - b) A la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.

[56] Le *Pacte* prévoit la création d'un Comité des droits de l'homme, composé de 18 membres élus par les parties contractantes (art. 28-29), qui a pour tâche d'étudier les rapports périodiques soumis par les États sur la situation des droits protégés par le *Pacte* (art. 40). Le Comité fait rapport à l'Assemblée générale des Nations Unies annuellement (art. 45). Il peut recevoir les « communications » des États qui prétendent qu'un autre État ne s'acquitte pas de ses obligations, et ce, en cas de réciprocité de la reconnaissance de cette compétence (art. 41). En 2011, dans un de ses commentaires, le Comité soulignait que les États signataires devraient prévoir des régimes pour la protection des sources journalistiques⁴⁶.

⁴⁵ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 187, entré en vigueur le 23 mars 1976 [*Pacte*].

⁴⁶ Comité des droits de l'homme, *General Comment No 34*, 12 septembre 2011, n° CCPR/C/GC/34, par. 45.

2.2. Droit pénal et correspondants de guerre

[57] La Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a reconnu un privilège pour les correspondants de guerre. Dans *Procureur c. Brdjanin et Talic*⁴⁷, elle s'interrogeait d'abord sur l'existence même d'un tel privilège. À titre de question préalable, elle estimait qu'il était évident que le travail de correspondant de guerre est d'intérêt général pour justifier une non-contrainabilité et que contraindre des correspondants de guerre nuirait à leur sécurité sur le terrain, car ils seraient perçus comme de potentiels témoins à charge⁴⁸. Elle concluait à l'application de deux conditions cumulatives pour contraindre un correspondant : (i) l'importance de la preuve pour une question fondamentale et (ii) le principe de subsidiarité⁴⁹. Le juge Shahabuddeen, tout en souscrivant au résultat, émettait une réserve sur la première condition, en soulignant qu'elle semblait relever du critère de pertinence, applicable à toute preuve⁵⁰.

[58] La reconnaissance du privilège a ici un champ d'application personnel restreint – les correspondants de guerre et non les journalistes –, mais sa portée matérielle est large : il n'était pas question d'une source confidentielle.

[59] La Chambre de première instance fut appelée à se prononcer à nouveau dans la même cause, car la Chambre d'appel avait annulé l'assignation et une nouvelle requête avait été faite. Elle décida que la première condition n'était pas remplie : le témoignage du correspondant n'avait « aucun intérêt direct pour une question fondamentale »⁵¹.

2.3. Union européenne

[60] En 1994, le Parlement européen formulait dans sa *Résolution sur le secret des sources d'information des journalistes*⁵² le souhait que les États membres qui ne l'avaient pas encore fait incorporent à leur droit interne une protection des sources journalistiques. Elle relevait l'absence de protection au niveau de la Communauté

⁴⁷ *Procureur c. Brdjanin et Talic*, n° IT-99-36-AR73.9, décision relative à l'appel interlocutoire, 11 décembre 2002 (TPI-Y, Chambre d'appel). Sur le sujet, voir Kelly Buchanan, « Freedom of Expression and International Criminal Law: An Analysis of the Decision to Create a Testimonial Privilege for Journalists », (2004) 35 *Victoria University Wellington Law Review* 609.

⁴⁸ *Procureur c. Brdjanin et Talic*, n° IT-99-36-AR73.9, décision relative à l'appel interlocutoire, 11 décembre 2002 (TPI-Y, Chambre d'appel), par. 35-38 et 42.

⁴⁹ *Ibid.*, par. 50.

⁵⁰ *Procureur c. Brdjanin et Talic*, n° IT-99-36-AR73.9, opinion du juge Shahabuddeen, 11 décembre 2002 (TPI-Y, Chambre d'appel), par. 35.

⁵¹ *Procureur c. Brdjanin*, n° IT-99-36-T, décision sur la deuxième requête de l'accusation aux fins d'enjoindre à Jonathan Randal de comparaître, 30 juin 2003 (TPI-Y, Chambre de 1^{re} instance II), par. 33.

⁵² C.E., Parlement européen, *Résolution sur le secret des sources d'information des journalistes et le droit des fonctionnaires à divulguer les informations dont ils disposent*, n° A3-0434/93, 18 janvier 1994, [1994] J.O. C 44/34, par. 3, 5 et 6.

européenne et exprimait le souhait que ce droit soit enchâssé dans une éventuelle charte européenne des droits.

[61] La *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*⁵³ (« Charte »), proclamée quelques années plus tard, protège le droit à la liberté d'expression et d'information :

Article 11

Liberté d'expression et d'information

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières.

2. La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés.

[62] La *Charte* est applicable aux institutions de l'Union européenne – dont sont pour l'instant membres trois⁵⁴ des quatre juridictions européennes étudiées – ainsi qu'à la transposition du droit européen en droit interne par les États membres⁵⁵. Les tensions qui se dessinent autour du droit à la liberté d'expression reconnu dans la *Charte* et les instruments législatifs de l'Union européenne ont opposé ce droit et la protection des renseignements personnels. En 2014, la Cour de justice de l'Union européenne invalidait la *Directive 2006/24/CE sur la conservation de données*⁵⁶ dans *Digital Rights Ireland c. Minister for Communications et al.*⁵⁷. Bien que la Cour n'estimât pas nécessaire de répondre à la question de savoir si la directive enfreignait le droit à la liberté d'expression protégé par l'article 11, elle soulignait qu'« il n'[était] pas exclu » que ce soit le cas. Elle invalidait la directive pour d'autres motifs.

[63] La décision de la Cour de justice de l'Union européenne dans *Tietosuojavaltuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi*⁵⁸ revêt également un intérêt particulier. Dans cette affaire, où il n'était pas question de la *Charte*, un média finlandais s'était vu interdire de publier les données fiscales – par ailleurs publiques – de centaines de milliers de Finlandais. La Cour administrative suprême de la Finlande avait alors demandé à la Cour de justice de l'Union européenne de se prononcer sur

⁵³ C.E., *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, [2012] J.O. C 326/391. La *Charte* est proclamée dès 2000 ([2000] J.O. C 364/1), mais elle entrera en vigueur en même temps que le *Traité de Lisbonne*.

⁵⁴ Bien qu'elle n'en soit pas membre, la Norvège incorpore bon nombre de directives européennes en droit interne en vertu de son statut de membre de l'Association européenne de libre-échange et de partie à l'Espace économique européen.

⁵⁵ C.E., *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, [2012] J.O. C 326/391, art. 51.

⁵⁶ C.E., *Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications*, [2006] J.O. L 105/54.

⁵⁷ *Digital Rights Ireland c. Minister for Communications et al.*, C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238 (CJUE), par. 28 et 70.

⁵⁸ *Tietosuojavaltuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi*, C-73/07, [2008] E.C.R. I-09831 (CJUE).

différentes questions d'interprétation de la *Directive 95/46/CE*⁵⁹ portant sur la protection des données personnelles. Cette directive énonce des règles de traitement de renseignements personnels et prévoit à l'article 9 que les États membres doivent prévoir des exemptions pour le traitement effectué «aux seules fins de journalisme». La Cour soulignait :

61 Il découle de tout ce qui précède que des activités telles que celles de l'affaire au principal, concernant des données provenant de documents publics selon la législation nationale, peuvent être qualifiées d'«activités de journalisme», si elles ont pour finalité la divulgation au public d'informations, d'opinions ou d'idées, sous quelque moyen de transmission que ce soit. Elles ne sont pas réservées aux entreprises de média et peuvent être liées à un but lucratif.

[64] Après l'épuisement des recours en droit interne, une chambre de la CEDH conclura que l'ingérence de l'État finlandais, qui voulait interdire cette publication de données fiscales personnelles en masse, ne constituait pas une violation de l'article 10 de la *Convention européenne*. Elle était nécessaire et ménageait l'équilibre approprié entre la liberté d'expression et la protection de la vie privée. L'affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre de la CEDH et est pendante⁶⁰.

⁵⁹ C.E., *Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, [1995] J.O. L 281/31, art. 9.

⁶⁰ *Satakunnan markkinapörssi oy et al. c. Finlande*, n° 931/13, 21 juillet 2015 (CEDH), par. 74, renvoi devant la Grande Chambre pendant (une audience a eu lieu le 14 septembre 2016).

PARTIE II : JURIDICTIONS EUROPÉENNES

3. Belgique⁶¹

[65] En Belgique, la loi-bouclier de 2005 blinde la protection de l'identité des sources journalistiques. Elle crée trois protections : (i) le personnel rédactionnel ne peut être contraint de révéler des informations qui identifieraient une source en toutes matières; (ii) il ne peut faire l'objet de mesures d'information ou d'instruction (±autorisations judiciaires). Dans ces deux cas, sous réserve de l'importance de l'information et du principe de subsidiarité, il peut être fait exception à la protection si l'information peut aider à prévenir la commission d'une infraction qui constitue une menace grave à l'intégrité physique. Enfin, (iii) le personnel rédactionnel bénéficie d'une immunité contre les inculpations de participation à la violation du secret professionnel ou de recel d'un document.

[66] Une loi sur les méthodes de renseignement adoptée en 2010 tempère cette protection. Dans ce cas, seuls les journalistes professionnels bénéficient d'une protection et cette protection est nettement moindre.

3.1. Contexte constitutionnel

[67] La Constitution de la Belgique⁶² prévoit la liberté d'opinion et la liberté de presse en ces termes :

Article 19

La liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés.

Article 25

La presse est libre; la censure ne pourra jamais être établie; il ne peut être exigé de cautionnement des écrivains, éditeurs ou imprimeurs.

[...]

[68] La Belgique est signataire de la *Convention européenne*⁶³. Je souligne les deux décisions⁶⁴ rendues en 2003 et 2007 contre la Belgique par la CEDH, que j'ai résumées ci-dessus.

⁶¹ La législation citée dans cette section est en vigueur au 7 mai 2017, sous réserve de la note 97.

⁶² *Constitution du 17 février 1994* (Belgique), *M.B.*, 17 février 1994, art. 19 et 25.

⁶³ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Conseil de l'Europe, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, entrée en vigueur le 14 juin 1955 en Belgique.

⁶⁴ Soit *Ernst c. Belgique*, n° 33400/96, 15 juillet 2003 (CEDH) et *Tillack c. Belgique*, n° 20477/05, 27 novembre 2007 (CEDH). Pour un résumé, voir *supra*, par. [49] et [51].

3.2. *Loi relative à la protection des sources journalistes*

[69] La *Loi du 7 avril 2005 relative à la protection des sources journalistes*⁶⁵ (la « loi-bouclier ») vise une protection étendue des sources et prévoit trois protections dont je traiterai après avoir établi l'étendue du personnel rédactionnel protégé.

3.2.1. **Champ d'application personnel**

[70] En Belgique, une loi adoptée en 1963 prévoit une définition excessivement restrictive du journaliste professionnel, qui doit faire l'objet d'une agrégation par une commission⁶⁶.

[71] En ce qui concerne la définition du journaliste, l'adoption de la loi-bouclier en 2005 est qualifiée de « cacophonique » par Van Enis, qui relève exhaustivement les pierres d'achoppement dans la définition⁶⁷ de même que l'empressement de certains parlementaires et leur désir de ne pas rouvrir le débat sur le champ d'application personnel afin de ne pas manquer l'occasion d'adopter la loi⁶⁸.

[72] Le législateur a choisi de ne pas référer au journaliste professionnel dans la loi-bouclier. À l'origine, l'article 2 étendait les garanties à tout le personnel rédactionnel, mais énonçait une exigence de régularité des contributions :

Art. 2. Bénéficient de la protection des sources telle que définie à l'article 3, les personnes suivantes :

1° les journalistes, soit toute personne qui, dans le cadre d'un travail indépendant ou salarié, ainsi que toute personne morale, contribue régulièrement et directement à la collecte, la rédaction, la production ou la diffusion d'informations, par le biais d'un média, au profit du public;

2° les collaborateurs de la rédaction, soit toute personne qui, par l'exercice de sa fonction, est amenée à prendre connaissance d'informations permettant d'identifier une source et ce, à travers la collecte, le traitement éditorial, la production ou la diffusion de ces mêmes informations.

[Soulignement ajouté]

⁶⁵ *Loi du 7 avril 2005 relative à la protection des sources journalistes* [sic] (Belgique), *M.B.*, 27 avril 2005, p. 19522. La loi porte bel et bien ce titre dans le *Moniteur belge*.

⁶⁶ En vertu de la *Loi du 30 décembre 1963 relative à la reconnaissance et à la protection du titre de journaliste professionnel* (Belgique), *M.B.*, 14 janvier 1964, p. 295, art. 1, il faut être âgé de 21 ans, avoir fait du journalisme sa profession habituelle pendant deux ans, ne pas avoir cessé depuis plus de deux ans, être rémunéré, etc. L'habilitation est donnée par une commission (*Arrêté royal du 16 octobre 1991 réglant [...] l'obtention du titre de journaliste professionnel* (Belgique), *M.B.*, 17 avril 1992, remplaçant l'*Arrêté royal du 26 janvier 1965*).

⁶⁷ Quentin Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, n^{os} 493 et s. Il aborde ces pierres d'achoppement sous les angles suivants : (i) réticences à la protection de tous, (ii) professionnalisme, (iii) régularité, (iv) information c. opinion, (v) éditorial, (vi) support utilisé et (vii) déontologie.

⁶⁸ *Ibid.*, n^o 506.

[73] Dès 2006, la Cour d'arbitrage, devenue depuis la Cour constitutionnelle, concluait que l'article 2 était invalide en partie⁶⁹, car il enfreignait l'article 19 (liberté d'opinion) et l'article 25 (liberté de presse) de la constitution. La Cour mentionnait l'article 10 de la *Convention européenne* et le paragraphe 19(2) du *Pacte*⁷⁰. Elle déclarait inconstitutionnels, au paragraphe 2(1°), les mots qui sont biffés ci-dessous. Dans cette affaire, un des demandeurs arguait que l'article en entier était inconstitutionnel au motif qu'il le discriminait dans son droit à l'égalité en restreignant le statut de journaliste à quiconque contribue « régulièrement » à un média. Ce demandeur, politicien communal de son métier, mais auteur irrégulier par ailleurs, publiait de temps à autre des contributions. L'article 2 doit dorénavant se lire ainsi, l'exigence de régularité étant abrogée :

Art. 2. Bénéficient de la protection des sources telle que définie à l'article 3, les personnes suivantes :

1° ~~les journalistes, soit~~ toute personne qui, ~~dans le cadre d'un travail indépendant ou salarié, ainsi que toute personne morale,~~ contribue ~~régulièrement et~~ directement à la collecte, la rédaction, la production ou la diffusion d'informations, par le biais d'un média, au profit du public;

2° les collaborateurs de la rédaction [...].

[Ratures ajoutées pour refléter la déclaration d'inconstitutionnalité]

[74] Selon Van Enis, les personnes couvertes par la disposition incluent, suivant cette invalidation, celles qui œuvrent dans la collecte, la rédaction, la production *ou* la diffusion de l'information et la disposition pourrait couvrir selon lui jusqu'au partage d'information sur les réseaux sociaux⁷¹. De son point de vue, encore que la Cour d'arbitrage n'ait pas défini ce que constitue une activité journalistique, il n'en demeure pas moins que la décision a pour avantage d'aborder la protection des sources selon une thèse fonctionnaliste. À l'heure numérique, ce sont (i) l'intention de publier des informations et (ii) la volonté d'assumer les conséquences de cette publication qui devraient faire partie de l'analyse⁷².

⁶⁹ C.Arb., n° 91/2006, 7 juin 2006 (Cour d'arbitrage, Belgique), par. B.14.1 et dispositif.

⁷⁰ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 187.

⁷¹ Quentin Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 507.

⁷² *Ibid.*, n°s 507-513.

3.2.2. Droit de taire les sources d'information

A. Principe

[75] La première des protections de la loi-bouclier est celle de taire les sources :

Art. 3. Les personnes visées à l'article 2 ont le droit de taire leurs sources d'information.

Sauf dans les cas visés à l'article 4, elles ne peuvent pas être contraintes de révéler leurs sources d'information et de communiquer tout renseignement, enregistrement et document susceptible notamment :

1° de révéler l'identité de leurs informateurs;

2° de dévoiler la nature ou la provenance de leurs informations;

3° de divulguer l'identité de l'auteur d'un texte ou d'une production audiovisuelle;

4° de révéler le contenu des informations et des documents eux-mêmes, dès lors qu'ils permettent d'identifier l'informateur.

[76] Ce droit s'applique au témoignage de la personne protégée tant en matière civile qu'en matière criminelle⁷³. Elle s'appliquerait donc au journaliste qui comparait comme témoin ou prévenu⁷⁴. Il n'y a aucune obligation d'attirer l'attention de la personne sur son droit, bien que des propositions aient été faites en ce sens⁷⁵. En tout état de cause, ce droit n'équivaut pas à une immunité absolue et se distingue d'un secret professionnel : le journaliste demeure libre de divulguer sa source⁷⁶.

[77] Un auteur souligne que la preuve requise ici est la proverbiale *probatio diabolica* ou preuve diabolique, une preuve d'administration quasi impossible : « comment démontrer en effet, sans le produire, qu'un document serait "susceptible" de révéler l'identité d'un informateur? »⁷⁷

B. Exception

[78] L'exception au droit de taire une source est fort restreinte, car elle ne vise que les menaces graves à l'intégrité physique des personnes et est de nature préventive : elle ne peut toucher les infractions déjà commises. Elle doit être autorisée par le juge. Enfin, les informations doivent être susceptibles de (i) prévenir les infractions constituant une menace grave pour l'intégrité physique, ce qui inclut les infractions de terrorisme susceptibles de menacer l'intégrité physique;

⁷³ Koen Lemmens, « La protection des sources journalistiques : un commentaire de la loi du 7 avril 2005 », (2005) 124 *Journal des tribunaux* 669, p. 674, n° 32.

⁷⁴ Bernard Mouffe, « Observations relatives au texte de la loi sur la protection des sources journalistiques », (2007) 1-2 *Auteurs & Media* 20, p. 28, n° 16.

⁷⁵ Quentin Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 516.

⁷⁶ Bernard Mouffe, « Observations relatives au texte de la loi sur la protection des sources journalistiques », (2007) 1-2 *Auteurs & Media* 20, p. 33.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 27.

(ii) elles doivent être cruciales pour cette prévention; et (iii) elles doivent respecter le principe de subsidiarité. L'article 4 le prévoit ainsi :

Art. 4. Les personnes visées à l'article 2 ne peuvent être tenues de livrer les sources d'information visées à l'article 3 qu'à la requête du juge, si elles sont de nature à prévenir la commission d'infractions constituant une menace grave pour l'intégrité physique d'une ou de plusieurs personnes en ce compris les infractions visées à l'article 137 du Code pénal, pour autant qu'elles portent atteinte à l'intégrité physique, et si les conditions cumulatives suivantes sont remplies :

1° les informations demandées revêtent une importance cruciale pour la prévention de la commission de ces infractions;

2° les informations demandées ne peuvent être obtenues d'aucune autre manière.

[Soulignement ajouté]

[79] Puisqu'aucune infraction « constituant une menace grave pour l'intégrité physique » n'est nommée, cette exception pourrait en principe laisser une certaine marge de manœuvre au juge. Mais l'exception « apparaît tellement stricte qu'elle en est quasi impraticable. Et ce, d'autant plus que, s'agissant d'une exception, elle doit être interprétée strictement. »⁷⁸ Selon Mouffe, la décision du juge doit être minimalement motivée⁷⁹. Le juge dont il est question ici est le juge d'instruction ou le juge du fond⁸⁰.

3.2.3. Limites aux mesures d'instruction ou d'information

A. Principe

[80] La deuxième protection est une prohibition des mesures d'instruction ou d'information à l'endroit du personnel rédactionnel pour découvrir ses sources. À l'origine, l'article 5 était formulé ainsi :

Art. 5. Les mesures d'information ou d'instruction telles que fouilles, perquisitions, saisies, écoutes téléphoniques et enregistrements ne peuvent concerner des données relatives aux sources d'information des personnes visées à l'article 2 que si ces données sont susceptibles de prévenir la commission des infractions visées à l'article 4, et dans le respect des conditions qui y sont définies.

[Soulignement ajouté]

[81] Dès 2006, le législateur modifie⁸¹ l'article 5, modification qui entrera en vigueur en 2007. Cet amendement vise la clarté juridique, mais ne modifie pas le

⁷⁸ *Ibid.*, p. 30.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 33.

⁸⁰ Belgique, Chambre des représentants, *Rapport fait au nom de la Commission de la justice*, 51^e lég., 15 avril 2004, document parlementaire n° 51-0024/010, p. 14.

⁸¹ *Loi du 9 mai 2006 visant à modifier l'article 5 de la loi du 7 avril 2005 relative à la protection des sources journalistiques* (Belgique), *M.B.*, 7 mars 2007, p. 11186, art. 2.

principe voulant que l'énumération des mesures d'information ou d'instruction n'était pas exhaustive. En effet, l'énumération est remplacée par « aucune »⁸² :

Art. 5. Il ne pourra être procédé à aucune mesure d'information ou d'instruction concernant des données relatives aux sources d'information des personnes visées à l'article 2, sauf si ces données sont susceptibles de prévenir la commission des infractions visées à l'article 4, et dans le respect des conditions qui y sont définies.

[Soulignement ajouté]

[82] L'instruction est « l'ensemble des actes qui ont pour objet de rechercher les auteurs d'infractions, de rassembler les preuves et de prendre les mesures destinées à permettre aux juridictions de statuer en connaissance de cause » et relève du juge d'instruction⁸³. L'information est « l'ensemble des actes destinés à rechercher les infractions, leurs auteurs et les preuves, et à rassembler les éléments utiles à l'exercice de l'action publique » et relève du procureur du Roi (±DPCP)⁸⁴. Il s'agit de l'équivalent fonctionnel des autorisations judiciaires.

[83] Selon le *Code d'instruction criminelle*⁸⁵, les perquisitions (art. 87), le repérage de communications électroniques (art. 88bis) ou encore l'ordonnance d'assistance pour accéder aux données d'un ordinateur chiffré (art. 88quater) constituent des « actes de l'instruction » (art. 55).

[84] Dans une décision de 2008, la Cour de cassation confirmait que l'article 5 ne protège que le personnel rédactionnel contre les mesures d'instruction ou d'information⁸⁶. Dans cette affaire, un policier qui faisait l'objet d'une enquête était visé par une mesure de surveillance et estimait être couvert par la loi-bouclier. Son téléphone avait été surveillé, puis saisi par un juge d'instruction. On suspectait une violation du secret professionnel du policier. La mesure d'instruction concernait non pas le journaliste, mais le policier à titre de source. La Cour refusait donc d'accueillir le pourvoi du policier. Suivant cette décision, il est évident que la protection des sources transite par le droit du journaliste de la taire et ne relève pas d'un droit propre à la source elle-même.

[85] La protection de l'article 5 est totale en ce que la formulation utilisée permettrait de protéger même le journaliste que l'on soupçonnerait d'avoir participé, comme complice, à la commission d'une infraction criminelle qui ne tombe pas dans l'exception relative à la prévention d'une infraction constituant une menace grave à l'intégrité physique⁸⁷. Autrement dit, un journaliste qui se

⁸² Le parrain voulait écarter tout doute sur la portée de l'article : Belgique, Sénat, *Proposition de loi visant à modifier l'article 5 de la loi du 7 avril 2005 relative à la protection des sources journalistiques*, lég. 2003-2007, 22 décembre 2005, document parlementaire n° 3-1497/1, p. 2.

⁸³ *Code d'instruction criminelle* (Belgique), 17 novembre 1808, *M.B.*, 27 novembre 1808, art. 55.

⁸⁴ *Ibid.*, art. 28bis, § 1er, al. 1.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Cass., n° P.07.1466.F, 6 février 2008, *Auteurs & Media*, 2008, p. 130 (Cour de cassation, Belgique), p. 3. Van Enis ajoute que cette interprétation est conforme à l'intention du législateur (Quentin Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 520, p. 669).

⁸⁷ Quentin Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 520.

ferait complice d'une infraction déjà consommée ou encore d'une fraude bancaire ne pourrait pas faire l'objet de surveillance relativement à sa source. Je n'ai pas documenté cette règle dans la pratique. Le secret de l'instruction constitue une limite à la disponibilité de la jurisprudence sur ce sujet.

[86] L'on peut, en somme, émettre l'hypothèse qu'en pratique la protection des professionnels sera toujours plus grande que celle des occasionnels en ce que les autorités ont une plus grande difficulté à identifier les occasionnels en amont de la mise en œuvre des mesures.

B. Exception

[87] La même exception au droit de taire les sources est prévue en ce qui concerne les mesures d'instruction ou d'information. Les autorités pourront donc procéder à des mesures d'instruction ou d'information dans les cas où (i) les informations sont susceptibles de prévenir la commission d'infractions constituant une menace grave à l'intégrité physique, (ii) ces informations sont cruciales et (iii) respectent le principe de subsidiarité :

Art. 5. Il ne pourra être procédé à aucune mesure d'information ou d'instruction concernant des données relatives aux sources d'information des personnes visées à l'article 2, sauf si ces données sont susceptibles de prévenir la commission des infractions visées à l'article 4, et dans le respect des conditions qui y sont définies.

[Soulignement ajouté]

3.2.4. Immunité criminelle du personnel rédactionnel

[88] La loi-bouclier offre une troisième protection au personnel rédactionnel par le biais de ses deux derniers articles, qui immunisent le personnel rédactionnel contre les mises en accusation pour recel et assistance à la violation du secret professionnel d'une source. Un membre du personnel rédactionnel qui exerce son droit de taire ses sources ne peut être poursuivi pour recel de documents en vertu de l'article 505 du *Code pénal*⁸⁸. L'article 6 de la loi-bouclier le prévoit ainsi :

Art. 6. Les personnes visées à l'article 2 ne peuvent être poursuivies sur la base de l'article 505 du Code pénal lorsqu'elles exercent leur droit à ne pas révéler leurs sources d'information.

[89] Par ailleurs, lorsqu'un journaliste exerce son droit de taire ses sources, il ne peut pas non plus être poursuivi pour avoir sciemment aidé ou assisté (art. 67, al. 4, *Code pénal*⁸⁹) l'auteur principal de l'infraction de violation du secret professionnel (art. 458). Un auteur souligne que cet article est « fort mal rédigé »⁹⁰ en ce

⁸⁸ *Code pénal* (Belgique), 8 juin 1867, *M.B.*, 9 juin 1867, p. 3133, art. 505.

⁸⁹ *Ibid.*, art. 67, al. 4.

⁹⁰ Bernard Mouffe, « Observations relatives au texte de la loi sur la protection des sources journalistiques », (2007) 1-2 *Auteurs & Media* 20, p. 29. Les mêmes critiques sont énoncées par Koen Lemmens, « La protection des sources journalistiques : un commentaire de la loi du 7 avril 2005 », (2005) 124 *Journal des tribunaux* 669, p. 674-675, n° 36; et par Quentin Van Enis,

qu'il omet d'inclure, au-delà de la complicité, la corréité⁹¹, qui réfère à un mode de participation criminelle distinct de la complicité :

Art. 7. En cas de violation du secret professionnel au sens de l'article 458 du Code pénal, les personnes visées à l'article 2 ne peuvent être poursuivies sur la base de l'article 67, alinéa 4, du Code pénal, lorsqu'elles exercent leur droit à ne pas révéler leurs sources d'information.

[90] Ces immunisations répondent à la préoccupation de voir un journaliste accusé par un mode de participation criminelle sur la seule base de l'inférence que la possession d'un document confidentiel constitue une aide à l'infraction.

3.2.5. Lacunes de la loi-bouclier

[91] Selon Van Enis, l'absence de sanction à l'irrespect de la loi-bouclier pose problème. Il n'y aurait pas de sanction au-delà des voies de recours habituelles et devant la CEDH. Les sanctions qui ont fait l'objet de propositions au projet de loi avant son adoption en 2005 n'auraient pas été retenues. L'élément de preuve irrégulièrement obtenu demeurerait admissible, n'étant sujet qu'à la nullité relative⁹². Le recours en responsabilité civile serait une avenue envisageable⁹³.

3.3. Lacunes du régime de renseignement

A. Principes

[92] L'adoption d'une loi vigoureuse sur le renseignement en 2010 restreindrait substantiellement le champ d'application de la loi-bouclier dans le domaine du renseignement relatif aux méthodes d'enquête sur les menaces à la sécurité nationale. Dans la *Loi du 4 février 2010 relative aux méthodes de recueil des*

« Développements récents relatifs à la protection des sources journalistiques en Belgique : Pierre angulaire ou pierre d'achoppement? », (2010) 129 *Journal des tribunaux* 261, p. 266.

⁹¹ La corréité est une coopération directe ou aide indispensable, alors que la complicité fait intervenir une participation utile ou accessoire. Voir les art. 66 et 67 du *Code pénal* (Belgique), 8 juin 1867, *M.B.*, 9 juin 1867, p. 3133.

⁹² Suivant les enseignements de la Cour de cassation sur la doctrine *Antigoon* (Cass. (2^e ch.), n° P.03.0762.N, 14 octobre 2003 (Cour de Cassation, Belgique)), le législateur amendait le *Code d'instruction criminelle* en y ajoutant une disposition sur la nullité relative des éléments de preuve irrégulièrement obtenus (*Loi du 24 octobre 2013 modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités* (Belgique), *M.B.*, 12 novembre 2013, p. 84999, art. 3); Quentin Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 524; Koen Lemmens, « La protection des sources journalistiques : un commentaire de la loi du 7 avril 2005 », (2005) 124 *Journal des tribunaux* 669, p. 676, n° 46.

⁹³ Van Enis mentionne une décision d'un tribunal de première instance (Civ. Bruxelles (21^e ch.), 29 juin 2007, *Auteurs & Media*, 2007, p. 500 (Belgique)) concernant une journaliste qui avait été espionnée avant l'entrée en vigueur de la loi. Concluant à une faute de l'État et à la connaissance de l'adoption imminente de la loi-bouclier, le tribunal le condamna à verser 500 € à la journaliste (Quentin Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 524, p. 679).

données par les services de renseignement et de sécurité⁹⁴, qui modifie la *Loi organique des services de renseignement et de sécurité*⁹⁵ (« *Loi organique*⁹⁶ »), les protections sont édulcorées. La *Loi organique* vient tout juste de faire l'objet d'amendement; l'état du droit reflété ici n'en tient pas compte⁹⁷.

[93] Seuls les journalistes professionnels sont protégés. La *Loi organique* se réfère aux journalistes professionnels définis dans la loi de 1963⁹⁸, qui est excessivement restrictive et exclut les journalistes qui ne sont pas membres de l'Association des journalistes professionnels (art. 3(16°)).

[94] En principe, la *Loi organique* interdit l'obtention, l'analyse et l'utilisation de données faisant partie du secret des sources à l'égard des journalistes professionnels par les services de renseignement (art. 2, § 2, al. 1). Or, lorsqu'il y a un « indice sérieux que le journaliste participe ou a participé personnellement et activement à la naissance ou au développement de la menace potentielle », on peut déroger au principe (art. 2, § 2, al. 2; art. 18/3, § 5; art. 18/9, § 4). S'ensuivent plusieurs amenuisements de la protection : (i) le personnel rédactionnel n'est pas protégé en entier; (ii) l'exception préventive de la loi-bouclier devient à la fois préventive et répressive; et (iii) cette même exception limitée aux menaces à l'intégrité physique est élargie aux menaces visées par la *Loi organique*⁹⁹.

B. Encadrement

[95] La *Loi organique* établit une distinction entre les méthodes de recueil de données spécifiques et exceptionnelles (art. 18/2).

[96] Les journalistes professionnels sont protégés lorsque l'une ou l'autre de ces méthodes est mise en place à leur égard ou à l'égard de leurs locaux professionnels, résidence, domicile ou dispositifs de communication professionnels. Le président de la Commission BIM – dont je traiterai dans un instant – doit alors avertir le président de l'Association des journalistes professionnels, qui est tenu au secret sous peine d'infraction. Il doit également vérifier si les données protégées sont véritablement liées à la menace invoquée (art. 18/2, § 3, al. 1-2).

⁹⁴ *Loi du 4 février 2010 relative aux méthodes de recueil des données par les services de renseignement et de sécurité* (Belgique), *M.B.*, 10 mars 2010, p. 14916.

⁹⁵ *Loi organique des services de renseignement et de sécurité du 30 novembre 1998* (Belgique), *M.B.*, 18 décembre 1998, p. 40312 [*Loi organique*].

⁹⁶ Dans cette acception, le mot organique signifie « qui a rapport à l'essentiel de l'organisation d'un État » (Alain Rey (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, Paris, Le Robert, 2017, « organique »). Une loi organique concerne l'organisation des pouvoirs publics. Dans le contexte du droit français, voir Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., Paris, P.U.F., 2016, « organique ».

⁹⁷ Ne sont pas reflétées ici les modifications opérées par la *Loi du 30 mars 2017 modifiant la loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité et l'article 259bis du Code pénal* (Belgique), *M.B.*, 28 avril 2017, p. 53768.

⁹⁸ *Loi du 30 décembre 1963 relative à la reconnaissance et à la protection du titre de journaliste professionnel* (Belgique), *M.B.*, 14 janvier 1964, p. 295.

⁹⁹ Quentin Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 522.

Lorsqu'il s'agit d'une mesure exceptionnelle, le président de la Commission BIM doit assister à sa mise en œuvre (art. 18/2, § 3, al. 3). Une série d'autres règles encadrent, dans la *Loi organique*, l'utilisation de ces méthodes. Le directeur de la Sûreté de l'État admettait dans une entrevue en 2009 que cette mesure pouvait poser problème : le président de la Commission ou son délégué devra-t-il assister à chaque mise en œuvre de la surveillance? Cela serait fastidieux dans certains cas¹⁰⁰. C'est d'ailleurs en ce sens qu'un amendement entré en vigueur en mai 2017 n'oblige plus le président à y assister, mais le lui permet¹⁰¹.

[97] La Commission BIM¹⁰² est « chargée de la surveillance des méthodes spécifiques et exceptionnelles de recueil de données des services de renseignement et de sécurité » (art. 3(6°)). Cette commission est composée de trois membres et de trois suppléants nommés par le Roi sur arrêté en Conseil des ministres, membres qui sont respectivement magistrat, juge d'instruction et juge (art. 43/1). Son *Règlement d'ordre intérieur*¹⁰³ prévoit son fonctionnement et son indépendance. On y prévoit des délibérations à huis clos et l'audition de tiers. Une délibération peut être demandée par n'importe quel membre. La présidence est assurée par un magistrat qui a la qualité d'un juge d'instruction. Parmi ses attributions, la Commission BIM peut contrôler la légalité des mesures et le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité ainsi que suspendre la méthode et interdire l'utilisation des données recueillies (art. 18/3, § 6; art. 18/10, § 6).

[98] Le Comité permanent de Contrôle des services de renseignement et de sécurité, mieux connu comme le Comité R, assure, parmi les nombreux aspects de son mandat, un contrôle *a posteriori* des mesures de surveillance et de renseignement spécifiques et exceptionnelles (art. 43/2). La Commission BIM lui transmet certaines informations à cet égard (art. 18/3, § 6, al. 4; art. 18/10, § 7). Le Comité R est saisi d'office ou sur le dépôt d'une plainte (art. 43/4). À titre d'organe juridictionnel, il peut ordonner la cessation d'une mesure de même qu'interdire l'exploitation des informations obtenues (art. 43/6). Dans ses rapports, le détail des mesures de surveillance à l'endroit de personnes protégées (avocats, médecins et journalistes) n'est pas ventilé par sous-catégorie¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Martine Simonis, « Les nouvelles méthodes de la Sûreté menacent-elles les journalistes? », dans *Journalistes*, n° 108, octobre 2009, p. 6.

¹⁰¹ *Loi du 30 mars 2017 modifiant la loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité et l'article 259bis du Code pénal* (Belgique), *M.B.*, 28 avril 2017, p. 53768, art. 28e).

¹⁰² BIM, acronyme néerlandais de « *bijzondere inlichtingenmethoden* », c'est-à-dire « méthodes particulières de recherche », semble plus utilisé que l'acronyme français MPR.

¹⁰³ *Règlement d'ordre intérieur de la Commission administrative chargée de la surveillance des méthodes spécifiques et exceptionnelles de recueil de données par les services de renseignement et de sécurité (Commission BIM)* (Belgique), 3 mai 2016, *M.B.*, 27 septembre 2016, p. 67382, art. 2, al. 2, art. 4 et art. 9, al. 3.

¹⁰⁴ Comité permanent de contrôle des services de renseignements et de sécurité, *Rapport d'activités 2015*, Anvers, Intersentia, 2016, note 106; Comité permanent de contrôle des services de renseignements et de sécurité, *Rapport d'activités 2014*, Anvers, Intersentia, 2015, notes 132-133.

4. Suède¹⁰⁵

[99] La Suède dispose d'un arsenal constitutionnel qui protège le droit de communiquer une information à un auteur aux fins d'une publication et le droit à l'anonymat des auteurs et informateurs. L'unicité du régime repose en outre sur un système judiciaire parallèle et cohérent qui encadre la judiciarisation des matières qui concernent la liberté d'expression.

[100] La protection des sources prend la forme d'une obligation de confidentialité du personnel rédactionnel, plutôt que d'une exemption à la contraignabilité du journaliste. Des infractions pénales sanctionnent les manquements à cette obligation. Cette obligation de confidentialité est incorporée, par renvoi, aux autorisations judiciaires. En outre, les autorités ne peuvent rechercher l'identité d'une source.

[101] Le régime procédural particulier crée des « infractions de presse », une liste d'infractions qui, lorsque commises au moyen d'un écrit ou d'autres productions médiatiques, peuvent être poursuivies dans le cadre du régime. Lorsque ce régime s'applique, (i) l'autorité poursuivante habituelle est substituée par le chancelier de la justice (± procureur général), (ii) les parties ont droit à un procès devant jury et (iii) la prescription des infractions passe à une année ou six mois.

4.1. Contexte constitutionnel

[102] La constitution suédoise est formée de quatre lois constitutionnelles¹⁰⁶, dont trois prévoient des dispositions sur la liberté d'expression. La Suède a ratifié la *Convention européenne*¹⁰⁷ et l'a incorporée en droit interne¹⁰⁸.

[103] La *Loi constitutionnelle sur la forme de gouvernement*¹⁰⁹, adoptée en 1974, contient l'énonciation des droits fondamentaux, à la cime desquels trône la liberté d'opinion de toute personne eu égard aux institutions publiques. Cette liberté d'opinion se décline en liberté d'expression et d'information (ch. 2, § 1). La liberté de ne pas s'exprimer est nommément prévue (ch. 2, § 2).

¹⁰⁵ La législation citée dans cette section est en vigueur au 15 mai 2017, sauf mention contraire.

¹⁰⁶ *Successionsordningen* (=Loi sur la succession) (Suède), SFS 1810:0926; *Regeringsformen* (=Loi constitutionnelle sur la forme de gouvernement) (Suède), SFS 1974:152; *Tryckfrihetsförordningen* (=Loi sur la liberté de la presse) (Suède), SFS 1949:105; *Yttrandefrihetsgrundlagen* (=Loi fondamentale sur la liberté d'expression) (Suède), SFS 1991:1469.

¹⁰⁷ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Conseil de l'Europe, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, entrée en vigueur le 3 septembre 1953 en Suède.

¹⁰⁸ *Lag om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna* (=Loi sur la Convention européenne concernant la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales) (Suède), SFS 1994:1219.

¹⁰⁹ *Regeringsformen* (=Loi constitutionnelle sur la forme de gouvernement) (Suède), SFS 1974:152.

[104] La *Loi sur la liberté de la presse*¹¹⁰ est adoptée en 1949 et s'intéresse aux garanties de liberté d'expression entourant la publication d'imprimés.

[105] La *Loi fondamentale sur la liberté d'expression*¹¹¹, adoptée en 1991, calque la *Loi sur la liberté de la presse*, en protégeant essentiellement les mêmes droits à l'égard des médias autres que l'imprimé et en s'adaptant à leur particularisme.

[106] Bien que cet arsenal constitutionnel ait une primauté sur les autres lois suédoises¹¹², il n'en demeure pas moins qu'une opération de mise en balance des intérêts a lieu dans certains cas et que la liberté d'expression ne permet pas, par exemple, à un journaliste de commettre une infraction aux fins d'un reportage¹¹³.

[107] La traduction anglaise¹¹⁴ des lois constitutionnelles utilisée dans ce rapport est celle du parlement suédois et comporte certaines ambiguïtés que seul l'original permet d'élucider. Je ferai les précisions qui s'imposent le moment venu. Bien que la traduction anglaise utilise le mot « *Article* » pour référer aux subdivisions de la loi, j'y référerai en les qualifiant de paragraphes (§) pour demeurer fidèle aux lois originales.

4.2. *Loi sur la liberté de la presse (1949)*

[108] Une première loi – en fait une ordonnance royale – interdisant la censure et introduisant les balbutiements du principe nordique d'accès aux documents publics fut adoptée en 1766¹¹⁵. Celle-ci avait rapidement été abrogée, puis adoptée de nouveau sous une autre forme¹¹⁶. Si l'ordonnance de 1766 est souvent qualifiée de première loi sur la liberté de presse, il n'en demeure pas moins que Johann

¹¹⁰ *Tryckfrihetsförordningen* (=Loi sur la liberté de la presse) (Suède), SFS 1949:105.

¹¹¹ *Yttrandefrihetsgrundlagen* (=Loi fondamentale sur la liberté d'expression) (Suède), SFS 1991:1469.

¹¹² SOU 2012:55, *En översyn av tryck- och yttrandefriheten*, vol. 1, p. 165. Dans un cas où une personne avait illustré sa fille par le moyen de mangas, la Cour suprême soulignait que les dispositions sur la pédophilie devaient être interprétées en conformité avec la liberté d'expression prévue dans la *Loi constitutionnelle sur la forme de gouvernement* et qu'elles ne s'étendaient pas au contenu de ce type d'expression (NJA 2012, p. 400, n° B 990-11, 15 juin 2012 (Cour suprême, Suède)).

¹¹³ Un journaliste qui avait acheté une arme sans munition dans le milieu interlope de Malmö, l'avait emportée dans une chambre d'hôtel, l'avait mise sous verrous et avait averti aussitôt la police, le tout pour documenter la facilité de ce commerce, fut déclaré coupable. La Cour suprême soulignait l'importance d'empêcher la possession d'armes et affirmait que cette manœuvre n'était pas la seule façon de documenter l'état de fait (NJA 2015, p. 45, n° B 1471-13, 4 mars 2015 (Cour suprême, Suède)).

¹¹⁴ Magnus Isberg, *The Constitution of Sweden. The Fundamental Laws and the Riksdag Act*, trad. du parlement, Stockholm, Sveriges Riksdag, 2016.

¹¹⁵ Peter Hogg, « His Majesty's Gracious Ordinance Relating to Freedom of Writing and of the Press (1766) », dans *The World's First Freedom of Information Act: Anders Chydenius' Legacy Today*, s.l., Anders Chydenius Foundation, 2006, 8.

¹¹⁶ Magnus Isberg, *The Constitution of Sweden. The Fundamental Laws and the Riksdag Act*, Stockholm, Sveriges Riksdag, 2016, p. 12-13 et 22-23.

Friedrich Struensee, premier ministre dano-norvégien, introduisait par décret à la même époque une liberté de presse somme toute inédite¹¹⁷.

[109] Descendante de cette ordonnance, la *Loi sur la liberté de la presse*¹¹⁸ est adoptée en 1949 dans sa forme actuelle. Parmi ses innovations, on retrouve le principe de la responsabilité de l'éditeur et son corollaire, l'immunité et le droit à l'anonymat des auteurs. En 1976 s'y greffe l'interdiction de la recherche de l'identité des sources¹¹⁹, qui fait suite à l'affaire dite IB, où Jan Guillou et d'autres journalistes avaient été déclarés coupables d'espionnage pour avoir publié des articles sur une agence de renseignement officieuse aux activités douteuses¹²⁰. En 2010, un amendement vint protéger les lanceurs d'alertes du secteur public, notamment contre les sanctions disciplinaires, protection développée par la jurisprudence jusqu'alors¹²¹. À partir du 1^{er} juillet 2017, la protection est étendue à certaines catégories du secteur parapublic par une loi particulière¹²².

4.2.1. Champ d'application matériel : l'imprimé

[110] La *Loi sur la liberté de la presse* s'applique aux imprimés publiés¹²³ produits par une presse d'imprimerie ou d'autres moyens analogues, qu'ils soient périodiques¹²⁴ ou non (ch. 1, § 1, al. 1 et § 5-6). La loi ne s'applique aux imprimés que dans deux cas : (i) s'ils sont produits par une presse d'imprimerie ou (ii) s'ils sont produits par un autre moyen de reproduction technique analogue tout en étant dotés d'un certificat de publication¹²⁵ ou en mentionnant l'identité de la personne qui les a reproduits, l'année et le lieu de publication (ch. 1, § 5). Les périodiques appellent le respect de normes supplémentaires, dont l'obtention d'un certificat de publication (ch. 5, § 5).

¹¹⁷ Jonathan I. Israel, « *Libertas philosophandi* in the Eighteenth Century: Radical Enlightenment versus Moderate Enlightenment (1750-1776) », dans Elizabeth Powers (dir.), *Freedom of Speech: The History of an Idea*, Lewisburg, Bucknell University Press, 2011, 1, p. 11.

¹¹⁸ *Tryckfrihetsförordningen* (=Loi sur la liberté de la presse) (Suède), SFS 1949:105.

¹¹⁹ *Lag om ändring i tryckfrihetsförordningen* (=Loi modifiant la Loi sur la liberté de la presse) (Suède), SFS 1976:955; Magnus Isberg, *The Constitution of Sweden. The Fundamental Laws and the Riksdag Act*, Stockholm, Sveriges Riksdag, 2016, p. 23.

¹²⁰ Hans-Gunnar Axberger, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, 2^e éd., Stockholm, Norstedts Juridik, 2014, p. 19-20.

¹²¹ *Lag om ändring i tryckfrihetsförordningen* (=Loi modifiant la Loi sur la liberté de la presse) (Suède), SFS 2010:1347; Magnus Isberg, *The Constitution of Sweden. The Fundamental Laws and the Riksdag Act*, Stockholm, Sveriges Riksdag, 2016, p. 23.

¹²² *Lag om meddelarskydd i vissa enskilda verksamheter* (=Loi sur la protection de la divulgation dans certaines entreprises) (Suède), SFS 2017:151, qui entre en vigueur le 1^{er} juillet 2017.

¹²³ Par publié, on entend livré pour vente ou diffusé par d'autres moyens en Suède (ch. 1, § 6).

¹²⁴ Un périodique est un imprimé dont la fréquence de publication prévue est d'au moins quatre fois l'an (ch. 1, § 7, al. 1).

¹²⁵ Ces certificats sont décernés par l'Autorité des brevets et de l'enregistrement (*Lag med föreskrifter på tryckfrihetsförordningens och yttrandefrihetsgrundlagens områden* (=Loi sur l'application de la Loi sur la liberté de la presse et de la Loi fondamentale sur la liberté d'expression) (Suède), SFS 1991:1559, ch. 2, § 2).

4.2.2. Principes fondamentaux

A. Exclusivité et neutralité du contenu

[111] La liberté de presse est régie par le principe d'exclusivité : les publications qui tombent sous le joug de la *Loi sur la liberté de la presse* doivent être exclusivement régies par cette loi en cas de poursuites (ch. 1, § 3)¹²⁶. Cette exclusivité est modulée pour certains contenus, pour lesquels un aménagement existe. La pornographie juvénile est exclue du champ d'application de la loi (ch. 1, § 10) alors que des dispositions législatives peuvent être et sont prévues pour d'autres contenus comme la publicité de boissons alcooliques ou du tabac (ch. 1, § 9(1)).

[112] La *Loi sur la liberté de la presse* a également pour fondement le principe de neutralité du contenu¹²⁷ : ce sont les formes d'expression qui sont protégées.

B. Infractions de presse et responsabilité éditoriale

[113] La loi prévoit une créature *a priori* singulière : les *infractions de presse* (ch. 7, § 1, 4 et 5). L'expression est imparfaite¹²⁸. Il s'agit d'une liste d'infractions prévues dans la *Loi sur la liberté de la presse*. Pour être qualifiée d'infraction de presse, une infraction doit répondre à deux conditions : (i) elle doit être commise au moyen d'un imprimé et (ii) elle doit être punissable par ailleurs par la loi, notamment en vertu du *Code criminel*, ce qui est parfois qualifié de principe de « double criminalisation ». La publication de propagande haineuse (punissable par le droit criminel) dans un imprimé pourrait constituer une infraction de presse dont l'éditeur responsable du périodique pourrait être ultimement déclaré coupable.

[114] Ces infractions sont classées en deux catégories. La première consiste en une série d'infractions graves pour la plupart contre l'ordre public ou encore contre la personne¹²⁹. La seconde, en trois infractions liées à la violation de la confidentialité¹³⁰.

¹²⁶ Hans-Gunnar Axberger, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, 2^e éd., Stockholm, Norstedts Juridik, 2014, p. 31.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 31.

¹²⁸ Il s'agit véritablement d'un intraduisible. Une traduction littérale de *tryckfrihetsbrott* serait « infraction de liberté de presse ». Je conserve « infraction de presse » pour sa simplicité.

¹²⁹ **Exemples d'infractions de presse du premier type** : Haute trahison, instigation d'une guerre, négligence dans le traitement d'information secrète, insurrection, dissémination de rumeurs séditeuses, propagande haineuse, certaines « infractions contre les libertés civiles » (par ex., le fait de faire des menaces ayant pour objet d'influencer la formation d'opinions), représentation illégale de la violence, diffamation, libelle diffamatoire, menaces contre un fonctionnaire et entrave au système de justice (ch. 7, § 4).

¹³⁰ **Les trois infractions de presse du second type** : (i) la publication délibérée d'un document officiel non public ayant été obtenu dans le cadre d'un emploi de fonctionnaire ou équivalent, (ii) la publication d'une information en violation d'une obligation de confidentialité prévue par

[115] Dans la poursuite d'une infraction de presse, il existe ce qui peut être apparenté à une présomption d'intention coupable voulant que, sauf exception, l'éditeur responsable avait connaissance de l'imprimé publié et a autorisé sa publication (ch. 8, § 12). Autrement dit, l'on pourrait assimiler ce type d'infraction, en droit canadien, à une forme de responsabilité criminelle stricte.

[116] Le principe de responsabilité unique de l'éditeur d'une publication¹³¹ a pour corollaire que seul cet éditeur peut être reconnu coupable d'une infraction de presse (ch. 8, § 1 et s.). Subsidiairement, le remplaçant de l'éditeur responsable, l'imprimeur ou le propriétaire de l'imprimé périodique peut engager sa responsabilité. En matière d'imprimé non périodique, l'auteur ou l'éditeur est responsable (ch. 8, § 5). Les règles de responsabilité civile diffèrent légèrement, mais suivent le même principe (ch. 11, § 1). L'informateur est sujet à des règles particulières et ne peut être reconnu coupable d'une infraction que dans des circonstances particulières sur lesquelles je reviendrai.

C. Informateurs et auteurs

[117] La *Loi sur la liberté de la presse* prévoit un droit constitutionnel pour tout citoyen suédois¹³² de communiquer une information à un auteur en vue de sa publication dans un imprimé (ch. 1, § 1, al. 3). J'utiliserai le mot *informateur* pour référer à cette personne.

[118] Le concept d'*auteur* sera utilisé, dans ce qui suit, en opérant une fusion des *authors* (*författarna*) et d'autres personnes assimilables à l'auteur, soit les *originators* (*upphovsmän*). La loi parle encore d'éditeurs, d'éditeurs spéciaux ou d'agences de presse. Je ne traiterai ici que des auteurs (ch. 1, § 1, al. 3).

4.2.3. Droit à la liberté d'expression en général

[119] La *Loi sur la liberté de la presse* protège plusieurs attributs de la liberté d'expression au sens large : la liberté de presse et l'absence de censure préalable (ch. 1, § 1, al. 1-2); la liberté de communiquer des informations ou des renseignements sur tout sujet à un auteur, un éditeur ou une agence de presse (ch. 1, § 1, al. 3); et la liberté d'accéder à l'information sur tout sujet aux fins de la publier

une loi et (iii) toute autre publication séditieuse en temps de guerre ou en prévision d'une guerre n'étant pas incluse dans la liste d'infractions de presse du premier type (ch. 7, § 5).

¹³¹ NJA 2013, p. 945, n° Ö 3507-12, 7 novembre 2013 (Cour suprême, Suède), par. 9.

¹³² La référence à la citoyenneté a de quoi surprendre. On remarque dans la loi (ch. 1, § 1) une permutabilité entre citoyenneté (« *every Swedish citizen* ») et universalité des protections (« *all persons shall likewise* »). Cette ambiguïté est constante dans le texte suédois et la *Loi fondamentale sur la liberté d'expression* fait œuvre semblable. Cette distinction n'a pas d'incidence majeure, car une disposition de la *Loi sur la liberté de la presse* précise que les non-citoyens ont les mêmes droits que les citoyens à moins d'une disposition contraire (ch. 14, § 5, al. 2). Voir Hans-Gunnar Axberger, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, 2^e éd., Stockholm, Norstedts Juridik, 2014, p. 33. La *Regeringsformen* (=Loi constitutionnelle sur la forme de gouvernement) (Suède), SFS 1974:152, ch. 2, § 25, prévoit la possibilité de limiter le droit à la liberté d'expression des citoyens étrangers.

par un imprimé ou afin de la communiquer à un auteur et consorts (ch. 1, § 1, al. 4) :

[Chapter 1. On the freedom of the press]

§ 1 The freedom of the press is understood to mean the right of every Swedish citizen to publish written matter, without prior hindrance by a public authority or other public body, and not to be prosecuted thereafter on grounds of its content other than before a lawful court, or punished therefore other than because the content contravenes an express provision of law, enacted to preserve public order without suppressing information to the public.

In accordance with the principles set out in paragraph one concerning freedom of the press for all, and to secure the free exchange of opinion and availability of comprehensive information, every Swedish citizen shall be free, subject to the rules contained in this Act for the protection of private rights and public safety, to express his or her thoughts and opinions in print, to publish official documents and to communicate information and intelligence on any subject whatsoever.

All persons shall likewise be free, unless otherwise provided in this Act, to communicate information and intelligence on any subject whatsoever, for the purpose of publication in print, to an author or other person who may be deemed to be the originator of material contained in such printed matter, the editor or special editorial office, if any, of the printed matter, or an enterprise which professionally provides news or other information to periodical publications.

All persons shall furthermore have the right, unless otherwise provided in this Act, to procure information and intelligence on any subject whatsoever, for the purpose of publication in print, or in order to communicate information under the preceding paragraph.

[Soulignement ajouté]

4.2.4. Droit de communiquer une information

[120] Le droit de communiquer une information à un auteur en vue de sa publication dans un imprimé (ch. 1, § 1, al. 3) a, historiquement, été développé par les tribunaux, puis a été codifié¹³³. Il ne s'applique pas au représentant d'une institution publique qui s'exprime pour le compte de cette institution, mais à l'individu dans sa capacité privée¹³⁴. S'il s'applique à tous, il est néanmoins limité en ce qui concerne les employés d'entreprises privées et d'organismes parapublics, puisque certaines des protections qu'il offre ne s'appliquent pas à l'employeur privé ou parapublic, mais seulement à l'État¹³⁵. L'employé du secteur privé peut être sujet à des mesures disciplinaires s'il manque à son obligation de loyauté en utilisant ce droit. La situation de l'employé du secteur privé qui travaille pour l'État est ambiguë : il est protégé contre l'État, mais son employeur, une société privée financée par l'État, pourra toujours enquêter sur lui ou appliquer des

¹³³ Hans-Gunnar Axberger, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, 2^e éd., Stockholm, Norstedts Juridik, 2014, p. 139.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 140.

¹³⁵ SOU 2012:55, *En översyn av tryck- och yttrandefriheten*, vol. 1, p. 162; SOU 1975:49, *Massemediegrundlag*, p. 119.

mesures de représailles¹³⁶. Une loi fraîchement sortie des presses qui entre en vigueur le 1^{er} juillet 2017 aménage désormais certaines protections à l'égard du secteur parapublic¹³⁷, sans toutefois les incorporer aux lois constitutionnelles.

[121] Ce droit ne donne pas lieu à la divulgation tous azimuts de documents contenant des données personnelles. Certains renseignements particuliers sont régis par la *Loi sur l'accès à l'information et la vie privée*¹³⁸. Le cœur de cette loi est la « *sekretess* », concept voisin de la confidentialité. Il est défini dans la loi comme « une interdiction de dévoiler une information, que ce soit verbalement, par la divulgation d'un document officiel ou de toute autre manière [traduction] » (ch. 3, § 1). Cette loi s'applique aux informations détenues par les autorités publiques et est rendue nécessaire par la présomption autrement applicable qui veut que tout document détenu par l'État puisse être consulté (principe de transparence)¹³⁹. Chacun des chapitres de cette loi porte sur un type de renseignements, par exemple les informations personnelles colligées dans le cadre d'études statistiques. Ce système est éminemment complexe. En résumé, il existe deux types de *sekretess* :

- **La *sekretess* ordinaire** : Le renseignement est protégé par la confidentialité sans impact sur le droit de la communiquer. C'est le cas de l'information sur la situation financière d'un individu relativement au paiement de sa redevance de télévision ou de radio (ch. 29, § 4).
- **La *sekretess* qualifiée** : Le renseignement est protégé par la confidentialité et est qualifié dans la loi comme restreignant le droit constitutionnel de la communiquer aux fins d'une publication. Le secret postal (ch. 29, § 1 et 14) et les renseignements personnels d'un employé qui a recours à un service d'aide psychologique (ch. 39, § 1 et 6) en sont des exemples.

[122] C'est donc en regard de cette distinction que je présenterai le droit constitutionnel de communiquer une information à un auteur et ses protections, dont le droit à l'anonymat de la source.

4.2.5. Droit à l'anonymat de l'informateur

[123] Historiquement, le droit à l'anonymat des auteurs, puis des informateurs, a pris sa source dans le principe de responsabilité unique de l'éditeur. Dans la

¹³⁶ SOU 2013:79, *Stärkt meddelarskydd för privatanställda i offentligt finansierad verksamhet*, p. 44.

¹³⁷ *Lag om meddelarskydd i vissa enskilda verksamheter* (=Loi sur la protection de la divulgation dans certaines entreprises) (Suède), SFS 2017:151, qui entre en vigueur le 1^{er} juillet 2017.

¹³⁸ *Offentlighets- och sekretesslag* (=Loi sur l'accès à l'information et la vie privée) (Suède), SFS 2009:400. Le lecteur peut en consulter un résumé en anglais, quelque peu daté : *Public Access to Information and Secrecy Act*, Stockholm, Justitiedepartementet, 2009, p. 31-33, en ligne : www.government.se/information-material/2009/09/public-access-to-information-and-secrecy-act/ (page consultée le 20 mai 2017). Pour un résumé en français du régime de la *sekretess*, voir *Gillberg c. Suède*, n° 41723/06, 3 avril 2012 (CEDH), par. 39-50.

¹³⁹ *Tryckfrihetsförordningen* (=Loi sur la liberté de la presse) (Suède), SFS 1949:105, ch. 2.

mesure où personne d'autre que l'éditeur ne peut être tenu responsable d'une publication, il importe peu de savoir qui y a participé¹⁴⁰.

[124] **(A)** Le droit à l'anonymat protège les éditeurs d'imprimés non périodiques, les auteurs et les informateurs. **(B)** Ce régime prévoit des protections aux auteurs ou informateurs : l'interdiction de chercher à connaître leur identité et la création d'une obligation de confidentialité pour le personnel rédactionnel. **(C)** Le régime est complété par des infractions pénales en lien avec la violation de cet anonymat.

A. Droit à l'anonymat

[125] La prime règle est d'octroyer un droit à l'anonymat, qui consiste en amont en l'absence d'obligation d'indiquer un nom ou un pseudonyme sur un imprimé :

[Chapter 3. On the right to anonymity]

§ 1 An author of printed matter shall not be obliged to have his or her name, pseudonym or pen-name set out therein. This applies in a similar manner to a person who has communicated information under Chapter 1, Article 1, paragraph three, and to an editor of printed matter other than a periodical.

[126] Ce droit comporte une limite importante, puisque dans trois cas de figure, un informateur pourra faire l'objet d'une poursuite pour « infraction de divulgation » (*meddelarbrott*), soit lorsqu'il se rend coupable (i) d'une liste d'actes criminels contre l'ordre public (haute trahison, espionnage, etc.); (ii) de la divulgation illégale d'un document officiel auquel n'a pas accès le public; ou (iii) de violation délibérée de *sekretess* qualifiée (ch. 7, § 3, al. 1). Ce genre de poursuite serait très rare en pratique, car les infractions contre l'ordre public comme la trahison sont des terrains peu fréquentés et il est ardu de prouver la violation de la *sekretess*¹⁴¹. Ces trois catégories d'infractions de divulgation sont analogues, mais plus restreintes, que les infractions de presse¹⁴², ce qui expose l'informateur à un faisceau d'infractions moindre que l'éditeur responsable, d'autant plus qu'il faille préalablement trouver son identité.

[127] En résumé, retenons que l'informateur pourra être déclaré coupable de l'infraction de violation de confidentialité prévue par le *Code criminel*¹⁴³ s'il divulgue une information protégée par la *sekretess* qualifiée.

B. Protections

[128] Trois protections assurent l'anonymat de l'informateur ou de l'auteur en aval de la divulgation : (1) une interdiction de rechercher son identité lors d'une procédure liée à une infraction de presse; (2) une obligation de confidentialité

¹⁴⁰ SOU 1975:102, *Tystnadsplikt och yttrandefrihet*, p. 144.

¹⁴¹ Hans-Gunnar Axberger, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, 2^e éd., Stockholm, Norstedts Juridik, 2014, p. 147.

¹⁴² *Ibid.*, p. 148.

¹⁴³ *Brottsbalk* (=Code criminel) (Suède), SFS 1962:700, ch. 20, § 3.

imposée au personnel rédactionnel; et (3) une interdiction aux autorités publiques de rechercher l'identité d'un auteur ou informateur.

Protection 1 : Interdiction de rechercher l'identité (procédure de liberté de presse)

[129] Lorsqu'une « procédure de liberté de presse » est intentée – je traiterai de ce régime ci-après –, nul ne peut rechercher l'identité d'un auteur ou d'un informateur (ch. 3, § 2, al. 1). Cela découle du principe de responsabilité de l'éditeur, qui est le seul responsable d'une infraction de presse. En pratique, il s'ensuit qu'un interrogatoire sur l'identité d'un informateur est interdit dans une telle procédure.

[130] En ce qui concerne l'auteur, cette recherche est permise dans certains cas si l'auteur d'un imprimé non périodique a été identifié sur la publication ou a admis ou d'une autre façon indirectement rendu publique son identité (ch. 3, § 2, al. 1).

[131] Malgré cette interdiction de *rechercher* l'identité d'un informateur dans une procédure de liberté de presse, sa responsabilité pénale pour les trois types d'infractions de divulgation – par exemple, violation de *sekretess* qualifiée – pourra être *abordée* dans le cadre d'une procédure d'infraction de presse.

[132] Le droit à l'anonymat est prévu ainsi :

[Chapter 3. On the right to anonymity]

§ 2 It shall not be permitted to inquire into the identity of an author or a person who has communicated information under Chapter 1, Article 1, paragraph three, in a case relating to an offence against the freedom of the press, nor shall it be permitted to inquire into the identity of the editor of non-periodical printed matter. [...]

The provisions of paragraph one notwithstanding, the question of liability for an offence under Chapter 7, Article 3, may be examined in the same court proceedings as cases referred to therein.

Protection 2 : Obligation de confidentialité

[133] Le personnel rédactionnel, défini largement, est tenu à la confidentialité relativement à l'identité d'un auteur ou d'un informateur (ch. 3, § 3, al. 1). Il ne peut dévoiler ce qui a été porté à son attention en lien avec l'identité d'un auteur ou informateur. Évidemment, cette protection n'est activée que lorsqu'un individu communique une information à un journaliste en vue de sa publication. Par exemple, une personne interviewée par un journaliste, qui malgré le refus du journaliste de garder son identité anonyme lui dévoile une information, n'y a pas droit¹⁴⁴. Le fait que le champ d'application personnel de cette disposition s'étende à tout le personnel rédactionnel n'a pas pour conséquence que les journalistes et

¹⁴⁴ Hans-Gunnar Axberger, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, 2^e éd., Stockholm, Norstedts Juridik, 2014, p. 156-157.

collaborateurs puissent, entre eux, discuter de l'identité d'un informateur¹⁴⁵. Le secret est indivisible.

[134] Cinq exceptions ponctuent cette obligation de confidentialité, dont quatre s'appliquent à l'informateur. Le personnel rédactionnel est relevé de son obligation dans les cas où :

- **Consentement** : La personne protégée y consent;
- **Infractions de divulgation contre l'ordre public** : Il s'agit d'une *infraction de divulgation* parmi les infractions criminelles contre l'ordre public (haute trahison, espionnage, etc.);
- **Nécessité** : Il s'agit de la poursuite d'une *infraction de divulgation* relevant de la violation de confidentialité par l'informateur et le tribunal estime *nécessaire* de produire une information pour déterminer si l'accusé a communiqué une information. Le tribunal doit réduire le plus possible l'atteinte à la confidentialité;
- **Importance exceptionnelle** : Le tribunal considère qu'il est d'une *importance exceptionnelle* que l'information soit produite par un témoignage, eu égard à un intérêt public ou privé.

[135] Le *Code de procédure judiciaire*¹⁴⁶ suédois, qui s'intéresse aux matières pénales et civiles, prévoit que le titulaire de l'obligation de confidentialité est contraignable dans un procès, mais seulement dans le cadre prévu par la *Loi sur la liberté de la presse*. Le personnel rédactionnel ne peut pas produire en preuve et le tribunal ne peut exiger qu'il produise un document, si l'on peut supposer qu'il contient des informations sur lesquelles il n'est pas autorisé à témoigner en vertu de son obligation de confidentialité¹⁴⁷. Lorsque le tribunal prend une décision en vertu des exceptions de nécessité ou d'importance exceptionnelle et lève ainsi l'obligation de confidentialité, il doit préalablement entendre l'avis de l'entreprise où la personne a eu connaissance de l'information, à moins de raisons spéciales¹⁴⁸.

[136] L'obligation de confidentialité du personnel rédactionnel est prévue ainsi :

[Chapter 3. On the right to anonymity]

§ 3 A person who has engaged in the production or publication of printed matter, or material intended for insertion therein, and a person who has been active in an enterprise for the publication of printed matter, or an enterprise which professionally provides news or other material to periodicals, may not disclose what has come to his or her knowledge in this connection concerning the identity of an author, a person who has communicated information under Chapter 1, Article 1, paragraph three, or an editor of non-periodical printed matter.

The duty of confidentiality under paragraph one shall not apply:

1. if the person in whose favour the duty of confidentiality operates has given his or her consent to the disclosure of his or her identity;
2. if the question of identity may be raised under Article 2, paragraph one;

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 158.

¹⁴⁶ *Rättegångsbalk* (=Code de procédure judiciaire) (Suède), SFS 1942:740, ch. 36, § 5, al. 6. Au besoin, voir cette traduction anglaise quelque peu datée : *The Swedish Code of Judicial Procedure*, trad. par R.B. Ginsburg *et al.*, s.l., ministère de la Justice, 1999.

¹⁴⁷ *Rättegångsbalk* (=Code de procédure judiciaire) (Suède), SFS 1942:740, ch. 38, § 2, al. 2.

¹⁴⁸ *Ibid.*, ch. 36, § 8, al. 2.

3. if the matter concerns an offence specified in Chapter 7, Article 3, paragraph one, point 1;
4. in cases where the matter concerns an offence under Chapter 7, Article 2 or 3, paragraph one, point 2 or 3, a court of law deems it necessary for information to be produced during the proceedings as to whether the defendant, or the person suspected on reasonable grounds of the offence, has communicated information or contributed to an item; or
5. when, in any other case, a court of law deems it to be of exceptional importance, with regard to a public or private interest, for information concerning identity to be produced on examination of witnesses or of a party in the proceedings under oath.

In examination under paragraph two, point 4 or 5, the court shall scrupulously ensure that no questions are put which might encroach upon a duty of confidentiality in excess of what is permissible in each particular case.

Protection 3 : Interdiction de rechercher l'identité (autorités publiques)

[137] Les autorités ou corps publics ne peuvent rechercher l'identité d'un auteur ou d'un informateur, sauf lorsque cela s'avère « nécessaire » en vue d'une poursuite contre l'auteur ou l'informateur (ch. 3, § 4). Même lorsqu'elles sont autorisées à le faire, l'obligation de confidentialité du personnel rédactionnel doit être respectée. Comme je l'ai mentionné, cette interdiction ne vaut pas pour le secteur privé, où l'employeur peut rechercher un lanceur d'alerte.

[138] Les procédures qui peuvent être dirigées directement contre l'informateur sont majoritairement des infractions de divulgation, soit lorsqu'un informateur a enfreint son obligation de confidentialité (*sekretess* qualifiée). Elles doivent être introduites par le chancelier de la justice (±procureur général) (ch. 9, § 2, al. 3).

[139] Malgré cette interdiction, le droit d'une autorité publique d'enquêter sur ses employés et sur une éventuelle fuite interne demeure inchangé, mais elle devra éviter de faire une recherche *directe* des sources¹⁴⁹.

[140] Il est également interdit à l'État de mettre en place des mesures de représailles en raison de l'exercice du droit de communiquer une information (ch. 3, § 4), ce qui ne m'empêche toutefois pas l'autorité d'enquêter sur un état de fait problématique en son sein. Par mesures de représailles, on entend essentiellement des mesures disciplinaires en droit du travail¹⁵⁰.

[141] L'effet de cette disposition est d'interdire aux autorités publiques d'interroger un journaliste sur sa source, sauf si les exceptions à son obligation de confidentialité traitées ci-dessus s'appliquent (ch. 3, § 3). Seul le tribunal peut admettre des questions sur l'identité d'une source. Même dans ce cas, il ne sera possible pour le chancelier de la justice que de questionner le journaliste à savoir

¹⁴⁹ Hans-Gunnar Axberger, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, 2^e éd., Stockholm, Norstedts Juridik, 2014, p. 162-163.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 145.

si la personne désignée est sa source. Le journaliste ne pourra répondre que par oui ou non et aucune question supplémentaire ne sera permise¹⁵¹.

[142] L'interdiction de rechercher l'identité d'un informateur est prévue ainsi :

[Chapter 3. On the right to anonymity]

§ 4 No public authority or other public body may inquire into the identity of the author of material inserted, or intended for insertion, in printed matter, a person who has published, or who intends to publish, material in such matter, or a person who has communicated information under Chapter 1, Article 1, paragraph three, except insofar as this is necessary for the purpose of such prosecution or other action against him or her as is not contrary to the provisions of this Act. In cases in which such inquiries may be made, the duty of confidentiality under Article 3 shall be respected.

Nor may a public authority or other public body intervene against a person because he or she has in printed matter made use of his or her freedom of the press or assisted therein.

[143] En lien avec cette interdiction, on retrouve dans le *Code de procédure judiciaire*¹⁵² des dispositions particulières sur les moyens coercitifs (± autorisations judiciaires). Par exemple, si l'on peut supposer qu'un document contient une information qu'un témoin – dont le personnel rédactionnel – ne peut dévoiler en vertu d'une obligation de confidentialité, il ne peut pas en principe être saisi (ch. 27, § 2, al. 1(1); ch. 36, § 5, al. 6). Il en va de même de l'interception de communications électroniques (ch. 27, § 22; ch. 36, § 5, al. 6). Si de telles mesures coercitives adviennent, l'interception doit cesser et les enregistrements, être détruits.

[144] En 2015, la Cour suprême, en annulant une perquisition dans des locaux rédactionnels, s'intéressait à la distinction entre les informations protégées qui font l'objet d'une saisie et les informations latérales ou périphériques qui seront découvertes. Les informations périphériques – qui ne font pas l'objet de la saisie mais qui seront saisies en même temps –, qui peuvent contenir des informations protégées, doivent faire l'objet d'une analyse de la proportionnalité. Dans ce cas, bien que l'intérêt de l'enquête fût important, l'exigence de proportionnalité empêchait la perquisition¹⁵³.

C. Sanctions pénales (ch. 3, § 5)

[145] Un régime pénal sanctionne (i) les atteintes au droit à l'anonymat et la violation de l'obligation de confidentialité et (ii) la recherche de l'identité d'un auteur ou d'un informateur par les autorités. Dans les deux cas, la peine est l'emprisonnement d'au plus un an ou l'amende.

[146] Dans le premier cas, peut être punie la personne qui, *sciemment* ou *négligemment*, (i) indique le nom d'un auteur ou d'un informateur contre son gré

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 164.

¹⁵² *Rättegångsbalk* (=Code de procédure judiciaire) (Suède), SFS 1942:740.

¹⁵³ NJA 2015, p. 631, n° Ö3074-15, 18 août 2015, par. 8 et 40-43 (Cour suprême, Suède).

dans un écrit, (ii) enfreint son obligation de confidentialité ou (iii) publie le nom d'un auteur ou informateur autre que son véritable nom.

[147] Dans le second cas, l'autorité publique qui *délibérément* enfreint l'interdiction de rechercher l'identité de l'auteur ou de l'informateur peut être punie. De même, elle peut l'être si elle impose *délibérément* une mesure disciplinaire ou un congédiement à une personne qui a fait usage de son droit à la liberté d'expression par écrit ou a contribué à l'exercice de ce droit. La responsabilité pénale, dans ce cas, s'impose à la personne physique et non à l'institution¹⁵⁴.

[148] La personne préjudiciée doit porter plainte. Ces infractions ne sont pas des infractions de presse et ne font pas l'objet du régime judiciaire spécial dont je traiterai plus bas¹⁵⁵. Elles doivent néanmoins être intentées par le chancelier de la justice plutôt que par l'autorité poursuivante (ch. 9, § 2, al. 3)

[149] En 2015, la Cour suprême de la Suède condamnait trois journalistes à des amendes totalisant 23 000 couronnes (±3500 \$CA), en plus de les condamner solidairement au paiement de dommages à une personne qui n'avait pas donné son consentement à la levée de son droit à l'anonymat¹⁵⁶. Un article sur le viol d'une personne dans un taxi contenait une photo de la victime, où son visage était partiellement assombri. Les informations provenaient d'une entrevue menée avec elle par un journaliste et un photographe. La décision de publier l'article avait été prise par l'éditeur responsable. Le chancelier de la justice introduisit une action pour violation de l'obligation de confidentialité contre le journaliste, le photographe et l'éditeur. La victime était codemanderesse. Elle avait donné son consentement à la photographie après qu'on la lui avait montrée sur l'écran de la caméra. Cette acceptation ne permettait pas d'inférer qu'elle avait accepté que son identité soit connue. La Cour suprême reconnaissait les trois défendeurs responsables, car ils « auraient dû réaliser le risque que la photographie, vue en conjonction avec l'article, pût dévoiler l'identité [traduction] »¹⁵⁷ de la victime. Je réitère que le principe de responsabilité exclusive de l'éditeur s'applique aux infractions de presse, mais pas à l'infraction pénale de violation d'une obligation de confidentialité par les journalistes, ce qui explique la triple condamnation de l'éditeur, du journaliste et du photographe.

[150] Dans le sillage de cette décision, l'Association des journalistes suédois a publié un court *Guide de protection des sources*, où elle souligne que l'utilisation d'un pseudonyme pour désigner la source est un bon indice que la source n'a pas renoncé à son anonymat¹⁵⁸. L'association y souligne l'importance que les visiteurs

¹⁵⁴ Hans-Gunnar Axberger, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, 2^e éd., Stockholm, Norstedts Juridik, 2014, p. 164-165.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 165.

¹⁵⁶ NJA 2015, p. 166, n° B 3594-14, 27 mars 2015 (Cour suprême, Suède).

¹⁵⁷ *Ibid.*, par. 21.

¹⁵⁸ P.T., *Guide för källskydd*, Stockholm, Journalistförbundet, 2015, en ligne : <https://www.sjf.se/yrkesfragor/yttrandefrihet/kallskydd> (page consultée le 20 mai 2017).

de la rédaction prennent rendez-vous avant de se rendre dans les locaux rédactionnels pour éviter tout contact avec des informations protégées¹⁵⁹.

[151] En 2012, la Cour suprême confirmait la condamnation de l'éditrice d'un média à 80 jours-amendes¹⁶⁰ pour violation du droit à l'anonymat. Le journal avait écrit sur la présence d'un groupe de vigiles dans le sud de la Suède. On désignait une personne par le vocable « porte-parole ». Dans les jours et articles qui suivirent, l'homme fut identifié par son nom et une photo. L'éditrice responsable arguait qu'il s'agissait d'un nouveau contexte factuel et que ce porte-parole faisait désormais partie de la nouvelle. La Cour opposait une fin de non-recevoir à cet argument : l'obligation de confidentialité ne tombe que lorsqu'une exception prévue par la loi s'applique¹⁶¹.

[152] Paradoxalement – et cela montre la marginalité du système suédois –, la Cour ne se demandait pas si une mesure de l'État portait atteinte à la liberté d'expression, mais plutôt si la protection des sources elle-même contrevenait à l'article 10 de la *Convention européenne* en constituant une limitation à la liberté d'expression¹⁶²! Autrement dit, est-ce qu'en protégeant les sources contre le gré d'un journaliste, la constitution suédoise enfrenait le droit du journaliste à la liberté d'expression?

[153] Ce régime pénal est prévu au § 5 du chapitre 3 :

[Chapter 3. On the right to anonymity]

§ 5 A person who, whether through negligence or by deliberate intent, inserts in printed matter the name, pseudonym or pen-name of the author, or, in a case under Article 1, the editor or source, against his or her wishes, or disregards a duty of confidentiality under Article 3, shall be sentenced to payment of a fine or to imprisonment for up to one year. The same penalty shall apply to a person who, whether through negligence or by deliberate intent, publishes in printed matter as that of the author, editor or source, the name, pseudonym or pen-name of a person other than the true author, editor or source.

Inquiries made in breach of Article 4, paragraph one, sentence one, if made deliberately, shall be punishable by a fine or imprisonment for up to one year. Deliberate action in breach of Article 4, paragraph two, provided the said measure constitutes summary dismissal, notice of termination, imposition of a disciplinary sanction or similar measure, shall be punishable by a fine or imprisonment for up to one year.

Legal proceedings may be instituted on account of an offence under paragraph one only provided the injured party has reported the offence for prosecution.

¹⁵⁹ P.T., *Källskydd*, s.l., Journalistförbundet, 2015, en ligne : <http://www.sjf.se/yrkesfragor/yttrandefrihet/kallskydd> (page consultée le 20 mai 2017).

¹⁶⁰ En droit suédois, un jour-amende varie selon la situation économique de l'individu. Par exemple, une peine varie de 30 à 150 jours-amendes et chaque jour-amende a une valeur de 50 à 1000 couronnes (±7,50 à 150 \$CA). Le montant total minimal d'une amende est de 750 couronnes (±115 \$CA). Voir *Brottsbalk* (=Code criminel) (Suède), SFS 1962:700, ch. 25, § 2.

¹⁶¹ NJA 2012, p. 342, n° B 2962-10, 7 juin 2012 (Cour suprême, Suède), par. 9.

¹⁶² *Ibid.*, par. 10.

4.2.6. Procédure de liberté de presse

[154] Une « procédure de liberté de presse » (*tryckfrihetsmål*) est spécifiquement prévue pour (i) la poursuite d'infractions de presse, (ii) d'infractions de divulgation commises par un informateur et pour (iii) la saisie de publications (ch. 9, § 2). Ce régime ne s'applique pas aux sanctions pénales des infractions de violation de l'obligation de confidentialité d'un journaliste et aux infractions contre l'interdiction de rechercher une source ou d'imposer des sanctions disciplinaires¹⁶³.

[155] L'autorité poursuivante usuelle (±DPCP) cède le pas au chancelier de la justice¹⁶⁴ (±procureur général). Seul le chancelier peut (i) être poursuivant d'une infraction de presse, (ii) être poursuivant dans les matières régies par la *Loi sur la liberté de la presse* ou (iii) instituer une enquête ou approuver une mesure telle qu'une saisie d'imprimé (ch. 9, § 2, al. 1 et 3). Le reste du temps, le chancelier de la justice représente l'État en matière civile, mais n'a pas la tâche de poursuivant en matière criminelle¹⁶⁵. Dans le cas de certaines infractions de presse graves contre l'ordre public (par ex., la haute trahison), l'accord du gouvernement peut être nécessaire pour instiguer la poursuite¹⁶⁶. Le chancelier de la justice peut déléguer certaines mesures d'enquête aux corps policiers ou à l'autorité poursuivante tout en conservant la responsabilité de la poursuite¹⁶⁷. Enfin, bien qu'une procédure pénale relative à la violation de confidentialité par un journaliste ne soit pas sujette au régime procédural spécial, c'est le chancelier qui instruit ce genre de procédure (ch. 9, § 2, al. 3). L'infraction criminelle de diffamation, par exemple, qui est une infraction de presse, n'est pas menée règle générale par le chancelier, mais celui-ci peut s'en saisir exceptionnellement¹⁶⁸. L'ombudsman parlementaire peut également jouer, dans certaines circonstances, le rôle d'autorité poursuivante¹⁶⁹.

[156] Les cours de district (±cour supérieure) – qui se métamorphosent pour l'occasion en « tribunaux de liberté de presse » – ont compétence, en matière d'infraction de presse, sur la responsabilité pénale et les actions en dommages (ch. 12, § 1). Le régime particulier permet la jonction d'actions de nature différente (une matière régulière et une instance de liberté de presse) au cours de

¹⁶³ Hans-Gunnar Axberger, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, 2^e éd., Stockholm, Norstedts Juridik, 2014, p. 165 et 169.

¹⁶⁴ *Information on the Office of the Chancellor of Justice*, Stockholm, Justitiekanslern, s.d., en ligne : www.jk.se/other-languages/english/ (page consultée le 20 mai 2017).

¹⁶⁵ L'autorité poursuivante habituelle en matière criminelle étant l'*Åklagarmyndigheten*. En ligne : <https://www.aklagare.se/en> (page consultée le 20 mai 2017).

¹⁶⁶ *Lag med föreskrifter på tryckfrihetsförordningens och yttrandefrihetsgrundlagens områden* (=Loi sur l'application de la Loi sur la liberté de la presse et de la Loi fondamentale sur la liberté d'expression) (Suède), SFS 1991:1559, ch. 6, § 1.

¹⁶⁷ Hans-Gunnar Axberger, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, 2^e éd., Stockholm, Norstedts Juridik, 2014, p. 169-170.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 172-173.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 185. Voir aussi ch. 9, § 2, al. 3.

la même instance¹⁷⁰. Le procès a lieu devant un jury de neuf membres en matière de responsabilité pénale, sauf exception¹⁷¹ et à moins de renonciation des parties. La majorité qualifiée à une déclaration de culpabilité est de six jurés. Si le jury acquitte le défendeur, ni le tribunal ni le tribunal d'appel ne peut réformer cette décision. Si le jury déclare l'accusé coupable, le tribunal ou la cour d'appel peut l'acquitter ou imposer une sanction moindre (ch. 12, § 2-7)¹⁷².

[157] La prescription d'une infraction de presse est règle générale de six mois pour un périodique qui détient un certificat de publication et d'une année pour les autres imprimés à partir de la date de leur publication (ch. 9, § 3). Soulignons ici le parallèle avec l'action en dommages fondée sur l'atteinte à la réputation au Québec, où le délai de prescription est d'une année¹⁷³. En Suède, cette distinction importe pour les matières criminelles, qui sont sujettes à la prescription¹⁷⁴.

[158] Enfin, ce régime procédural est sujet au principe énoncé dans la *Loi sur la liberté de la presse* voulant que toute personne qui rend jugement sur un abus de la liberté de presse ou s'assure de la conformité de l'application de cette loi doive garder à l'esprit l'importance de la liberté d'expression dans une société libre (ch. 1, § 4). Elle doit s'attarder à l'illégalité du fond plutôt que de la forme de l'expression et doit, en cas de doute, acquitter plutôt que condamner.

[159] Dans *Pascalidou c. Suède*, un quotidien avait publié des photos de néonazis posant armés devant les résidences d'un chef de police et d'une journaliste. Les néonazis avaient été condamnés pour menaces, mais le journaliste qui avait publié les photos avait été innocenté. La Cour suprême annulait les déclarations de culpabilité des néonazis, au motif que la publication des photos relevait du droit de communiquer une information aux fins de sa publication. Devant le spectre d'un recours devant la CEDH pour violation du droit à la vie privée, les parties réglaient et le législateur ajoutait certaines infractions dont l'infraction de menace contre un fonctionnaire à la liste des infractions de presse (ch. 7, § 4(17))¹⁷⁵. La cause fut rayée du rôle de la CEDH¹⁷⁶.

¹⁷⁰ *Lag med föreskrifter på tryckfrihetsförordningens och yttrandefrihetsgrundlagens områden* (=Loi sur l'application de la Loi sur la liberté de la presse et de la Loi fondamentale sur la liberté d'expression) (Suède), SFS 1991:1559, ch. 7, § 6-7.

¹⁷¹ La question de savoir si un défendeur est éditeur responsable d'un imprimé (ch. 12, § 2, al. 1).

¹⁷² Pour une illustration de cette procédure, voir *Holm c. Suède*, n° 14191/88, 25 novembre 1993 (CEDH), où la CEDH abordait ce régime sous l'angle de la garantie d'un procès équitable devant un tribunal impartial (*Convention européenne*, art. 6).

¹⁷³ *Code civil du Québec*, RLRQ, c. CCQ-1991, art. 2929.

¹⁷⁴ *Brottsbalk* (=Code criminel) (Suède), SFS 1962:700, ch. 35.

¹⁷⁵ *Lag om ändring i lagen (2002:801) om ändring i tryckfrihetsförordningen* (=Loi modifiant la Loi modifiant la Loi sur la liberté de la presse (Suède), SFS 2002:906.

¹⁷⁶ NJA 1999, p. 275, n° B4575-98, 19 mai 1999 (Cour suprême, Suède), recours devant la CEDH rayé du rôle (*Pascalidou c. Suède*, n° 53970/00, 11 février 2003 (CEDH)).

4.3. *Loi fondamentale sur la liberté d'expression (1991)*

[160] La *Loi fondamentale sur la liberté d'expression*¹⁷⁷ a été adoptée en 1991 pour combler le vide législatif laissé entre la *Loi sur la liberté de la presse* de 1949 et les diverses lois sur les autres types de médias¹⁷⁸. Étant donnée la grande similarité des dispositions des deux lois, la présente section ne fera qu'un portrait succinct de la *Loi fondamentale sur la liberté d'expression*. Des discussions ont eu lieu périodiquement sur l'opportunité de refondre ces deux lois constitutionnelles pour assurer une plus grande cohérence, lisibilité et modernisation¹⁷⁹.

[161] La *Loi fondamentale sur la liberté d'expression* s'applique à la liberté d'expression par la radio¹⁸⁰, la télévision, les transmissions analogues, la lecture de bases de données (Internet), le film, les enregistrements sonores ou vidéo et les autres enregistrements techniques (ch. 1, § 1, al. 1). Ses dispositions s'appliquent aux transmissions accessibles au grand public (ch. 1, § 6 et 10).

[162] Contrairement aux imprimés qui respectent les conditions dont il a été question ci-dessus, ici, la protection constitutionnelle des communications n'est pas toujours automatique. L'Autorité suédoise de la presse et de la radio-diffusion¹⁸¹ (±CRTC) émet des certificats semblables à ceux qui sont prévus pour les imprimés. Ceux-ci sont valides pendant 10 ans (ch. 1, § 9, al. 3-4).

[163] Certaines transmissions bénéficient d'une protection automatique ou quasi automatique, d'autres non. À titre d'exemple, certains sites Internet sont automatiquement protégés, par exemple le site Internet d'un journal déjà protégé en vertu de la *Loi sur la liberté de la presse*, pour autant que son contenu ne puisse être modifié par l'utilisateur et que certaines conditions supplémentaires soient remplies. Pour d'autres sites Internet, un certificat de publication doit être obtenu, qui requiert notamment l'inscription d'un éditeur responsable. Des conditions particulières sont déterminées dans une loi d'application¹⁸². L'éditeur responsable d'un site Internet est l'unique responsable du contenu publié auparavant et encore disponible et du contenu publié au moment où il agit comme

¹⁷⁷ *Yttrandefrihetsgrundlagen* (=Loi fondamentale sur la liberté d'expression) (Suède), SFS 1991:1469.

¹⁷⁸ Magnus Isberg, *The Constitution of Sweden. The Fundamental Laws and the Riksdag Act*, Stockholm, Sveriges Riksdag, 2016, p. 23.

¹⁷⁹ SOU 2006:96, *Ett nytt grundlagsskydd för tryck- och yttrandefriheten? Tryck- och yttrandefrihetsberedningen inbjuder till debatt*; Hans-Gunnar Axberger, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, 2^e éd., Stockholm, Norstedts Juridik, 2014, p. 28-29.

¹⁸⁰ Pour des raisons historiques – l'existence d'un monopole d'État –, des distinctions existent selon que la transmission est faite par radio hertzienne, par câble ou webradio (Hans-Gunnar Axberger, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, 2^e éd., Stockholm, Norstedts Juridik, 2014, p. 45 et 82).

¹⁸¹ Swedish Press and Broadcasting Authority, en ligne : <http://www.radioochtv.se/en/broadcasting-radio-and-tv/online-publication/database-registration/> (page consultée le 20 mai 2017).

¹⁸² *Lag med föreskrifter på tryckfrihetsförordningens och yttrandefrihetsgrundlagens områden* (=Loi sur l'application de la Loi sur la liberté de la presse et de la Loi fondamentale sur la liberté d'expression) (Suède), SFS 1991:1559.

éditeur responsable¹⁸³. Plusieurs médias sociaux ne sont pas couverts par les protections constitutionnelles¹⁸⁴.

[164] Au reste, les mêmes concepts et principes, régimes procéduraux et infractions, persistent sous l'égide de cette loi, moyennant quelques différences, dont quelques distinctions terminologiques¹⁸⁵.

[165] En somme, malgré l'intrication des régimes multiples instaurés par le droit constitutionnel, le cas des sites Internet illustre et résume assez bien la logique inhérente à l'économie du système suédois de protection des sources et, plus largement, de liberté d'expression : une communication dirigée au grand public, sous la supervision d'un éditeur ou sous réserve d'une traçabilité de l'imprimé, est constitutionnellement protégée. Ce régime est caractérisé par une activité législative détaillée et une interaction constante entre le droit d'accès aux documents publics et le droit à la protection de la vie privée.

¹⁸³ NJA 2013, p. 945, n° Ö 3507-12, 7 novembre 2013, par. 9-10 et 12 (Cour suprême, Suède).

¹⁸⁴ SOU 2013:79, *Stärkt meddelarskydd för privatanställda i offentligt finansierad verksamhet*, p. 49.

¹⁸⁵ Les « infractions de presse » (*tryckfrihetsbrott*) deviennent de tout aussi intraduisibles « infractions de liberté d'expression » (*yttrandefrihetsbrott*).

5. Norvège¹⁸⁶

[166] En Norvège, le droit à la liberté d'expression est prévu dans la constitution, qui précise que l'État est responsable de la mise en place des conditions propices à un débat public libre et éclairé.

[167] De premières règles de protection des sources sont adoptées en 1951 dans les codes de procédure civile et pénale¹⁸⁷. Historiquement, ce droit doit être conçu comme le pendant du principe de responsabilité éditoriale et comme partie du droit de ne pas s'exprimer¹⁸⁸. Aujourd'hui, les règles de procédure immunisent le personnel rédactionnel de l'obligation de produire une preuve documentaire ou de témoigner sur l'identité d'une source. Les autorisations judiciaires sont encadrées lorsqu'elles visent le personnel ou les locaux rédactionnels. Le personnel supérieur de l'autorité poursuivante doit notamment donner son accord aux autorisations octroyées en urgence à l'égard de journalistes.

[168] La Norvège se distingue par l'existence d'un régime d'*amici curiæ*, qui représentent les intérêts des personnes visées par les autorisations judiciaires ou des tiers en leur absence, qu'elles soient ou non des journalistes. Certains organes assurent une documentation et une surveillance du travail des policiers et de l'autorité poursuivante en matière d'autorisations judiciaires.

5.1. Contexte constitutionnel

[169] La *Loi fondamentale*¹⁸⁹ énonce au § 100 le droit à la liberté d'expression. On y retrouve son énonciation générale (al. 1); l'interdiction d'imputer une responsabilité juridique qui découle de la réception ou de la transmission d'informations (al. 2); la possibilité de limiter ce droit selon les impératifs démocratiques (al. 2-4); les principes de transparence et d'accès à l'information (al. 5); et l'obligation de l'État de créer les conditions préalables à cette liberté (al. 6) :

§ 100

There shall be freedom of expression.

No one may be held liable in law for having imparted or received information, ideas or messages unless this can be justified in relation to the grounds for freedom of expression, which are the seeking of truth, the promotion of democracy and the

¹⁸⁶ La législation citée dans cette section est en vigueur au 9 mai 2017. Elle tient compte de la *Lov om endringer i tinglysingsloven, inkassoloven og tvangsfullbyrdelsesloven mv. (teknologinøytralitet)* (=Loi modifiant la Loi sur les successions, etc.) (Norvège), LOV-2017-03-31, n° 14.

¹⁸⁷ Ina Lindahl, *Massemedienes kildevern*, Bergen, Fagbokforlaget, 2009, p. 63 et 65.

¹⁸⁸ Ragna Aarli, « Massemedienes kildevern », dans Ragna Aarli *et al.* (dir.), *Bevis i straffesaker*, Oslo, Gyldendal, 2015, 407, p. 407 et 414; Ina Lindahl, *Massemedienes kildevern*, Bergen, Fagbokforlaget, 2009, p. 25 et 60-61.

¹⁸⁹ *Kongeriket Norges Grunnlov* (=Loi fondamentale du royaume de Norvège) (Norvège), LOV-1814-05-17, trad. du parlement, en ligne : <https://www.stortinget.no/en/In-English/About-the-Storting/The-Constitution/> (page consultée le 20 mai 2017).

individual's freedom to form opinions. Such legal liability shall be prescribed by law.

Everyone shall be free to speak their mind frankly on the administration of the State and on any other subject whatsoever. Clearly defined limitations to this right may only be imposed when particularly weighty considerations so justify in relation to the grounds for freedom of expression.

Prior censorship and other preventive measures may not be applied unless so required in order to protect children and young persons from the harmful influence of moving pictures. Censorship of letters may only be imposed in institutions.

Everyone has a right of access to documents of the State and municipalities and a right to follow the proceedings of the courts and democratically elected bodies. Limitations to this right may be prescribed by law to protect the privacy of the individual or for other weighty reasons.

The authorities of the state shall create conditions that facilitate open and enlightened public discourse.

[Traduction du parlement]

[170] En 1999, la Norvège adopte une loi qui transpose la *Convention européenne*¹⁹⁰ en droit interne et prévoit la primauté des droits de la *Convention européenne* sur les normes juridiques ordinaires en cas de conflit¹⁹¹.

5.2. Matières civiles

[171] Le *Code de procédure civile*¹⁹² permet au personnel rédactionnel de refuser de fournir une preuve testimoniale ou documentaire en évoquant la protection des sources. Son champ d'application matériel s'étend au témoignage et à la production de documents en preuve, mais il s'agit d'une immunité limitée à l'identité de la source. Son champ d'application s'étend à tout le personnel rédactionnel, incluant les collaborateurs des médias, pourvu que l'information leur ait été « confiée » en vue de son utilisation dans le cadre d'une activité journalistique pour un média¹⁹³. Le tribunal de première instance a compétence pour décider de l'application de l'immunité et peut déterminer des mesures d'atténuation s'il ordonne la production de la preuve (huis clos ou ordonnance de confidentialité).

[172] Le juge peut exceptionnellement ordonner la divulgation de la source après avoir effectué une évaluation globale, ce qui inclut une évaluation des intérêts divergents dans le cas concret qui lui est soumis¹⁹⁴. Pour l'accorder, il doit être

¹⁹⁰ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Conseil de l'Europe, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, entrée en vigueur le 3 septembre 1953 en Norvège.

¹⁹¹ *Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)* (=Loi visant le renforcement du statut des droits de l'homme en droit norvégien) (Norvège), LOV-1999-05-21, n° 30, § 2 et 3.

¹⁹² *Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)* (=Code de procédure civile) (Norvège), LOV-2005-06-17, n° 90, § 22-11. Voir aussi § 24-8(3).

¹⁹³ Ragna Aarli, « Massemedienes kildevern », dans Ragna Aarli *et al.* (dir.), *Bevis i straffesaker*, Oslo, Gyldendal, 2015, 407, p. 416 et 424.

¹⁹⁴ Ina Lindahl, *Massemedienes kildevern*, Bergen, Fagbokforlaget, 2009, p. 31.

convaincu (i) de l'intérêt public important de la divulgation et (ii) de l'importance de l'information pour la résolution d'une affaire. Même si ces conditions sont remplies, si l'information a permis de découvrir un état de fait fondamentalement important, un critère de nécessité particulière s'ajoute. Ce critère n'aurait pas été interprété¹⁹⁵.

[173] Le délai d'appel d'un jugement interlocutoire peut être d'une semaine ou plus court si le témoin est présent¹⁹⁶. Ces règles sont prévues ainsi :

§ 22-11. Exemption de preuve des médias – protection des sources

(1) Le rédacteur en chef d'un imprimé peut refuser de donner accès à une preuve portant sur l'identité de l'auteur d'un article ou d'un message de l'imprimé ou sur la source des informations y contenues. Il en va de même de la preuve de l'identité de la source d'autres informations qui lui sont confiées en vue de leur utilisation dans le cadre de son activité.

(2) Lorsqu'un important intérêt public requiert que l'information prévue à l'alinéa 1 soit donnée et que cette information est d'une importance significative pour la résolution d'une affaire, le tribunal peut toutefois, après une évaluation globale, ordonner que la preuve soit soumise ou que le nom soit divulgué. Lorsque l'auteur ou la source a découvert un état de fait qu'il était d'intérêt public de faire connaître, cette ordonnance ne peut être rendue que lorsqu'il est particulièrement nécessaire que le nom soit connu.

(3) Les règles de ce paragraphe [§ 22-11] valent *mutatis mutandis* pour :

- a) les autres personnes qui ont eu connaissance de l'auteur ou de la source par leur travail pour la maison d'édition, la rédaction, l'agence de presse ou l'imprimerie concernée et
- b) les employés de la radiodiffusion ou d'une autre entreprise médiatique qui à titre principal a les mêmes fins que les journaux ou la radiodiffusion.¹⁹⁷

[Traduction de l'auteur]

5.3. Matières criminelles

[174] Le *Code de procédure pénale*¹⁹⁸ – qui fait actuellement l'objet d'une importante réforme¹⁹⁹ – exempte le personnel rédactionnel de l'obligation de témoigner en matière criminelle d'une manière quasi identique au *Code de procédure civile*. Cette protection s'étend à l'ensemble du personnel rédactionnel. Quant au champ

¹⁹⁵ L'exception principale est étroite et une auteure avance qu'il n'a pas été nécessaire d'interpréter ce critère jusqu'à ce jour dans la jurisprudence : Ragna Aarli, « Massemedienes kildevern », dans Ragna Aarli *et al.* (dir.), *Bevis i straffesaker*, Oslo, Gyldendal, 2015, 407, p. 442.

¹⁹⁶ *Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)* (=Code de procédure civile) (Norvège), LOV-2005-06-17, n° 90, § 29-5 et 29-8.

¹⁹⁷ *Ibid.*, partie 5 (Preuve), ch. 22 (Interdiction et exemption de preuve).

¹⁹⁸ *Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)* (=Code de procédure pénale) (Norvège), LOV-1981-05-22, n° 25.

¹⁹⁹ La Norvège est sur le point de refondre son *Code de procédure pénale*. Un rapport public (±travaux préparatoires) a été déposé en décembre 2016 (NOU 2016:24, *Ny straffeprosesslov*) et le délai pour le dépôt des mémoires et les audiences publiques échoit le 6 juin 2017.

d'application matériel, l'exemption couvre l'identité des sources et des auteurs des contributions, mais un doute jurisprudentiel sur l'inclusion du matériel non publié n'identifiant pas de source persiste et le législateur propose son inclusion dans l'éventuelle refonte du *Code de procédure pénale*²⁰⁰. Le contenu publicitaire n'est pas couvert²⁰¹.

[175] Une exception de même nature que celle qui est prévue en matière civile s'applique. Elle requiert de démontrer un important intérêt public à la divulgation et l'importance de la preuve pour la résolution d'une affaire. Pareillement, un troisième critère de nécessité particulière de la divulgation s'ajoute lorsque le journaliste a dévoilé une information d'intérêt public.

[176] Par intérêt public important à la divulgation de la source, on entendra, par exemple, les cas où la société a un intérêt important à protéger la vie privée. Plus la révélation faite par le journaliste s'intéresse à des états de fait qui relèvent de la sphère publique, moins l'exception à la confidentialité des sources a de chance de s'appliquer²⁰². La gravité d'un crime peut jouer ici : on considérera qu'enquêter sur une infraction mineure ne présente peut-être pas un intérêt public suffisant²⁰³. Si l'exception s'applique, le tribunal doit alors faire une évaluation globale des intérêts, dont l'intérêt général à la protection des sources, l'importance de la répression du crime ou d'éviter la condamnation d'innocents et l'importance de l'état de fait révélé par le journaliste²⁰⁴. En pratique, l'exception est très étroite²⁰⁵. Enfin, le tribunal peut ordonner le huis clos ou rendre une ordonnance de confidentialité.

[177] Ces règles sont prévues ainsi :

§ 125. Le rédacteur en chef²⁰⁶ d'un imprimé peut refuser de répondre aux questions sur l'identité de l'auteur d'un article ou d'un message de l'imprimé ou sur l'identité de la source des informations y contenues. Il en va de même des questions sur l'identité de la source d'autres informations qui lui sont confiées en vue de leur utilisation dans le cadre de son activité.

²⁰⁰ Ina Lindahl, *Massemedienes kildevern*, Bergen, Fagbokforlaget, 2009, p. 94-95, citant *Basehoppssaken*, Rt. 1997, p. 1734 (Cour suprême, Norvège) et *Notatblokksaken*, Rt. 1999, p. 532 (Cour suprême, Norvège). En effet, si ce semble avoir été la règle historiquement, je traiterai d'une décision de la Cour suprême rendue en 2015 qui pourrait ouvrir la voie à la protection du matériel non publié qui n'identifie pas de source. Voir *infra*, par. [182]-[184].

²⁰¹ Ragna Aarli, « Massemedienes kildevern », dans Ragna Aarli *et al.* (dir.), *Bevis i straffesaker*, Oslo, Gyldendal, 2015, 407, p. 425.

²⁰² Ina Lindahl, *Massemedienes kildevern*, Bergen, Fagbokforlaget, 2009, p. 110-118.

²⁰³ Ragna Aarli, « Massemedienes kildevern », dans Ragna Aarli *et al.* (dir.), *Bevis i straffesaker*, Oslo, Gyldendal, 2015, 407, p. 434-435.

²⁰⁴ Ina Lindahl, *Massemedienes kildevern*, Bergen, Fagbokforlaget, 2009, p. 127-133.

²⁰⁵ Ragna Aarli, « Massemedienes kildevern », dans Ragna Aarli *et al.* (dir.), *Bevis i straffesaker*, Oslo, Gyldendal, 2015, 407, p. 438.

²⁰⁶ Dans le *Code criminel*, on entend par « rédacteur en chef » (*redaktør*) la personne qui prend les décisions sur le contenu (*Lov om straff (straffeloven)* (=Code criminel) (Norvège), LOV-2005-05-20, n° 28, § 270). Vu le second alinéa de ce paragraphe, la détermination exacte du sens à donner à « rédacteur en chef » est théorique.

Les autres personnes qui ont eu connaissance de l'auteur ou de la source dans le cadre de leur travail pour la maison d'édition, la rédaction, l'agence de presse ou l'imprimerie concernée ont le même droit.

Lorsqu'un important intérêt public requiert que l'information soit donnée et que cette information est d'une importance significative pour la résolution d'une affaire, le tribunal peut toutefois, après une évaluation globale, ordonner au témoin de révéler le nom. Lorsque l'auteur ou la source a révélé un état de fait qu'il était d'intérêt public de faire connaître, il ne peut être ordonné au témoin de révéler le nom que lorsque cela est particulièrement nécessaire.

Lorsqu'une réponse est donnée par le témoin, le tribunal peut décider qu'elle ne sera donnée qu'au tribunal et aux parties à huis clos et sous ordonnance de confidentialité.

Les dispositions de ce paragraphe valent *mutatis mutandis* pour le chef de la radiodiffusion²⁰⁷ et les employés de la radiodiffusion ou d'une autre entreprise médiatique qui à titre principal a les mêmes fins que les journaux ou la radiodiffusion.

[Traduction de l'auteur]

[178] La question de ce que constitue un imprimé a été posée. Lindahl relate que l'intention initiale du législateur était de restreindre l'exemption aux publications périodiques, mais que le champ d'application s'est depuis élargi, par exemple, à certains livres qui feraient partie d'une activité journalistique²⁰⁸.

[179] Ici aussi, c'est le tribunal qui a compétence pour décider de la question. Il doit attirer l'attention du témoin sur son droit (§ 127, al. 1). Une preuve de probabilité est nécessaire, mais faute de preuve, une affirmation solennelle suffira (§ 127, al. 2). De plus, l'assignation à comparaître peut être révoquée si le témoin annonce assez tôt son intention de ne pas témoigner (§ 126). Enfin, l'appel doit être interjeté immédiatement si la personne est présente, sinon dans un délai de trois jours (§ 379, al. 2). Ces règles sont prévues ainsi :

§ 126. [Alinéa 1 omis]

Lorsqu'un témoin ayant le droit de refuser de donner une explication sur l'état de fait sur lequel on veut le questionner est convoqué, il peut être ajouté à l'assignation que la comparution n'est pas nécessaire si le témoin est résolu à refuser de témoigner.

Si un témoin mentionne en temps opportun avant l'audience qu'il va refuser de témoigner, l'assignation est révoquée lorsque le refus est justifié.

§ 127. Lorsque le tribunal pense qu'un témoin convoqué n'a pas le droit de donner des explications ou de répondre à une question, ou peut refuser de le faire, il y attire l'attention du témoin.

²⁰⁷ Le poste de « chef de la radiodiffusion » a été conçu à une époque où la NRK – réseau national de radio et télévision – était un monopole d'État. Le terme s'étend aux autres réseaux (Ina Lindahl, *Massemedienes kildevern*, Bergen, Fagbokforlaget, 2009, p. 88).

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 77-81, citant *Edderkoppsaken*, Rt. 1992, p. 39 (Cour suprême, Norvège).

Si un témoin soutient qu'il n'a ni le droit ni l'obligation de témoigner, il doit en faire la preuve [±probable]. En l'absence d'autre preuve, il est suffisant que le témoin en fasse la [±déclaration sous serment]. De la même manière, l'autorité poursuivante peut faire la [±déclaration sous serment] qu'un témoin ne peut témoigner ou répondre à une question.

Si une personne qui aurait pu refuser de témoigner a commencé à témoigner, elle peut néanmoins refuser de continuer à témoigner ou de faire une [±déclaration sous serment].

[Traduction de l'auteur]

[180] La Cour suprême de la Norvège s'inspire généralement de l'interprétation large de l'article 10 de la *Convention européenne*. Elle protège les sources en cas de doute et applique l'exception de manière restrictive. Elle souligne souvent dans la jurisprudence que, pour appliquer l'exception, les informations recherchées par l'autorité poursuivante doivent être capitales dans la résolution d'une affaire criminelle. Je m'intéresserai ici à trois décisions.

[181] En 2004, deux journalistes du *Bergens Tidende* publiaient des articles sur les liens entre des videurs de bars et le trafic de stupéfiants. Ils relataient l'existence d'écoute électronique à l'endroit des videurs et mentionnaient une source policière. Les affaires internes du corps policier²⁰⁹ enquêtaient pour violation du serment de confidentialité des policiers. Les journalistes refusèrent de révéler leur source et, ultérieurement, de la donner en vertu de l'exception du § 125, al. 3. Les trois instances judiciaires refusèrent la requête pour forcer la divulgation. La Cour suprême décidait²¹⁰ que l'exception de l'alinéa 3 ne pouvait s'appliquer : dans l'évaluation, la liberté d'expression avait une importance capitale. La Cour se référait à *Goodwin c. R.-U.*²¹¹ ainsi qu'à la transposition de la *Convention européenne* en droit norvégien.

[182] La Cour suprême s'est récemment exprimée sur le champ d'application matériel du § 125. En 2015, les services secrets norvégiens enquêtaient sur des jeunes suspectés de se radicaliser et de vouloir rejoindre le front syrien. Devant une situation urgente – un jeune s'apprêtait à quitter –, les services secrets firent une perquisition sans mandat en vertu d'un pouvoir spécial au domicile d'un

²⁰⁹ Les affaires internes ont été remplacées en 2005 par l'« unité spéciale pour les affaires policières », qui relève administrativement du ministère de la Justice, mais professionnellement de l'Avocat du royaume (±Directrice du DPCP). Voir : <http://www.spesialenheten.no/English/Mainpage.aspx> (page consultée le 20 mai 2017).

²¹⁰ *Lekkasjesaken*, n° HR-2004-01533-A, 15 septembre 2004 (Cour suprême, Norvège). Voir aussi *22. juli-kilden*, n° HR-2013-02170-A, 18 octobre 2013 (Cour suprême, Norvège), où le radiodiffuseur étatique NRK recevait (et rejetait) une offre pour acheter des documents policiers relatifs aux attentats de juillet 2011. Procédant à appliquer l'exception, la Cour déterminait que l'intérêt public à dévoiler la source et l'importance de l'information commandaient de la révéler. Toutefois, il n'est pas certain que l'identité de la source permettrait aux affaires internes de porter des accusations et, surtout, l'effet à long terme de cette exception à la protection pourrait mener à la dissuasion des informateurs. De plus considérant que le radiodiffuseur avait aussitôt refusé l'offre, la Cour protégea la source.

²¹¹ *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 17488/90, 27 mars 1996 (CEDH).

documentariste qui avait fait des entrevues avec les jeunes radicalisés. Du matériel vidéo qui aurait pu identifier des sources était saisi. Un tribunal devait ensuite confirmer la validité de la saisie. Bien que d'avis que le documentariste était protégé par le § 125, le tribunal estimait que les sources étaient déjà connues des policiers et que la protection ne valait plus. La Cour d'appel rejetait l'appel.

[183] La Cour suprême²¹² réformait ces jugements et cassait la perquisition. En appliquant le § 125, elle estimait que l'exception ne s'appliquait pas, parce que la preuve saisie ne revêtait pas l'importance suffisante pour la résolution de l'affaire.

[184] La Cour suprême notait, sans que cette question soit centrale à la détermination du pourvoi, que le matériel journalistique non publié pourrait être protégé, même s'il n'identifie pas une source, mais s'il peut en identifier une. Le projet de refonte du *Code de procédure pénale* propose d'ailleurs un amendement législatif en ce sens²¹³. La Cour ajoute, critiquant la Cour d'appel, qu'en cas de doute, la protection des sources doit prévaloir. L'influence de la jurisprudence de la CEDH sur le raisonnement suivi par la Cour suprême est importante. Kierulf souligne l'importance de cette décision de la Cour suprême, notant au passage que la Cour aurait pu se prononcer, pour ce genre de question, par la voie de son comité d'appel, mais a décidé de faire procéder le pourvoi devant une formation de cinq juges, ce qui serait exceptionnel²¹⁴. En tout état de cause, cette remarque ou cet *obiter dictum* laisse entrevoir une légère déviation de la règle sur le matériel non publié en vigueur jusqu'à ce jour²¹⁵.

[185] Quant au champ d'application personnel, la Cour suprême est arrivée à la conclusion en 2010 que le commentaire d'un lecteur sur un forum de débat lié à un article sur Internet était inclus dans le droit prévu au § 125 du *Code de procédure pénale*²¹⁶. Un individu ayant pris le pseudonyme « trouveur » avait commenté un article sur des biens patrimoniaux en indiquant avoir trouvé une pierre runique sur sa propriété et l'avoir gardée dans son garage sans avertir les autorités. Il aurait ensuite vendu cette pierre sur eBay. La police demanda au site Internet de fournir l'adresse IP de ce « trouveur ». La Cour suprême notait qu'il était évident que le commentaire d'un lecteur dans un journal (papier) était couvert par la protection des sources. L'autorité poursuivante plaidait que le site Internet ne faisait pas le même contrôle éditorial qu'un journal traditionnel et que le commentaire de « trouveur » était une publicité, puisqu'il avait vendu la pierre runique. La Cour suprême, concédant que la publicité n'est pas couverte par la protection des sources, concluait néanmoins que le responsable de la page Web pouvait se prévaloir de l'exemption de fournir une preuve, puisque le contenu

²¹² *Rolfesen-saken*, n° HR-2015-02308-A, 20 novembre 2015 (Cour suprême, Norvège), par. 54-59.

²¹³ NOU 2016:24, *Ny straffeprosesslov*, p. 279.

²¹⁴ Anine Kierulf, « Rolfesen-saken: Høyesterett som kildevernets rettsavklarer », (2016) 42:1 *Kritisk Juss* 55, p. 57.

²¹⁵ Voir Ragna Aarli, « Massemedienes kildevern », dans Ragna Aarli *et al.* (dir.), *Bevis i straffesaker*, Oslo, Gyldendal, 2015, 407, p. 430-431, qui critiquait l'élargissement avant *Rolfesen*.

²¹⁶ *Runesteinsaken*, Rt. 2010, p. 1381 (Cour suprême, Norvège); Prop. 147 L (2012-2013), p. 133.

principal des commentaires de « trouveur » était une critique de la législation sur les biens patrimoniaux²¹⁷. Un juge dissident soulignait que la publication ne se trouvait pas au cœur de la liberté d'expression et n'était pas protégée, d'autant plus que « trouveur » avait commis deux infractions, admises dans ses commentaires. Cette décision est critiquée²¹⁸. Dans le rapport public sur la refonte du droit de la procédure pénale, on estime qu'il devrait être laissé à l'appréciation des tribunaux de déterminer ce qu'est un « travail journalistique », afin de permettre une flexibilité adaptative à la versatilité des médias²¹⁹.

[186] Est-ce que le fait que la source soit connue neutralise l'exemption testimoniale? En 2011, la majorité d'une formation de la Cour suprême était d'avis que la source devenue connue, qu'elle se soit elle-même dévoilée ou qu'elle l'ait été par une autre méthode, n'était pas protégée²²⁰. Deux des juges étaient plutôt d'avis que la protection des sources ne protège pas les sources, mais l'intérêt de la société à ce que les sources transmettent des informations aux journalistes. En ce sens, ce serait réduire la protection des sources que de neutraliser la protection lorsque la source devient connue. Quant au consentement de la source, il ne neutralise pas l'immunité du journaliste, qui demeure en définitive le seul à pouvoir exercer sa faculté²²¹.

[187] Enfin, je note que le rapport public sur la refonte du *Code de procédure pénale* exprime un certain malaise devant les différents seuils exprimés à l'alinéa 3 du § 125 pour activer l'exception à la protection. L'ébauche de code proposée simplifie la disposition substantiellement : l'exception à la non-contrainabilité s'applique si des considérations particulières le justifient. Pour l'analyse, le tribunal doit notamment évaluer les critères de nécessité, d'intérêt public à la divulgation et de l'importance concrète du travail journalistique²²².

5.4. Protection contre les moyens coercitifs

[188] La procédure pénale norvégienne²²³ qualifie de moyens coercitifs (*tvangsmidler*) les mesures qui s'apparentent en droit canadien aux autorisations judiciaires. Les moyens coercitifs incluent l'emprisonnement, les saisies, l'écoute électronique et l'interception des communications. J'aborderai ici la question des

²¹⁷ *Runesteinsaken*, Rt. 2010, p. 1381, par. 46-47 (Cour suprême, Norvège), citant Rt. 1976, p. 1219 (Cour suprême, Norvège) en ce qui concerne la publicité.

²¹⁸ Ragna Aarli, « Massemedienes kildevern », dans Ragna Aarli *et al.* (dir.), *Bevis i straffesaker*, Oslo, Gyldendal, 2015, 407, p. 423-424.

²¹⁹ NOU 2016:24, *Ny straffeprosesslov*, p. 280.

²²⁰ *A. c. Påtalemyndigeten*, n° HR-2011-01848-A, 30 septembre 2011 (Cour suprême, Norvège), demande pendante devant la CEDH (n° 21272/12).

²²¹ Ragna Aarli, « Massemedienes kildevern », dans Ragna Aarli *et al.* (dir.), *Bevis i straffesaker*, Oslo, Gyldendal, 2015, 407, p. 431.

²²² NOU 2016:24, *Ny straffeprosesslov*, p. 40 (§ 9-4) et p. 280.

²²³ *Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)* (=Code de procédure pénale) (Norvège), LOV-1981-05-22, n° 25.

perquisitions et de la surveillance par caméra; la surveillance des communications sera étudiée à la section suivante (*infra*, section 5.5, p. 58), car elle est assujettie à un contrôle administratif particulier. Tous les moyens coercitifs sont assujettis au critère de proportionnalité (§ 170 a). Une preuve obtenue illégalement *peut* mener à son inadmissibilité²²⁴.

[189] L'autorité poursuivante norvégienne est composée de trois niveaux²²⁵. Le premier est intégré aux corps policiers, tandis que l'on désigne généralement les deux autres comme constituant l'autorité poursuivante supérieure :

AUTORITÉ POURSUIVANTE	Avocat du royaume (±Directrice ²²⁶ du DPCP)
	– Procureurs en chef des bureaux régionaux
	– Procureurs de l'État
	– Officiers supérieurs des corps de police – Juristes des corps de police

5.4.1. Mandats de perquisition et fouilles

[190] La fouille de personnes ou la perquisition dans des lieux privés a en principe lieu avec l'autorisation du tribunal. Il existe certaines exceptions, dont lorsque l'intéressé donne son consentement écrit (§ 197, al. 1). L'autorité poursuivante peut y procéder sans autorisation judiciaire en vertu d'un pouvoir spécial si le délai de demande d'autorisation entraînerait une destruction de la chose recherchée (§ 197, al. 2). Un agent de la paix peut y procéder sur la personne du suspect sans autorisation lorsque les lieux sont accessibles au public, qu'il y a flagrant délit ou, dans le cas de certaines infractions, qu'il est sur une piste fraîche et que l'objet de la perquisition risque d'être détruit (§ 198, al. 1).

[191] Si la perquisition est faite dans des locaux rédactionnels et que l'autorité poursuivante désire se prévaloir de son pouvoir spécial d'agir sans autorisation judiciaire, deux conditions doivent être remplies : (i) seul un procureur de l'État (±procureur de la Couronne) peut autoriser cette perquisition et (ii) il doit être vraisemblable que l'enquête souffrirait considérablement du retard entraîné par la demande d'autorisation (§ 197, al. 2). Dans la mesure du possible, cette décision doit être écrite et détaillée ou mise par écrit rapidement (§ 197, al. 3).

[192] Le pouvoir spécial de l'agent de la paix de perquisitionner sans mandat lorsqu'il y a un danger élevé que l'objet soit détruit n'existe pas à l'égard des locaux rédactionnels ou équivalents (§ 198, al. 1(3) et al. 2).

²²⁴ Ragna Aarli, « Massemedienes kildevern », dans Ragna Aarli *et al.* (dir.), *Bevis i straffesaker*, Oslo, Gyldendal, 2015, 407, p. 453.

²²⁵ *Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)* (=Code de procédure pénale) (Norvège), LOV-1981-05-22, n° 25, § 55, al. 1.

²²⁶ Conscient du pléonasme et de l'impropriété de cette expression, je la préfère à « DPCP » afin de référer sans ambiguïté à la direction de l'institution et non à l'institution en entier.

[193] Le mandat ou la décision de l'autorité poursuivante doit être lu au rédacteur en chef ou à son remplaçant, lorsque la perquisition a lieu dans les locaux rédactionnels (§ 200, al. 2).

[194] Une perquisition peut être exécutée sans notification des intéressés sur autorisation du tribunal dans le cas d'une série d'infractions (§ 200 a). L'autorité poursuivante peut également prendre cette décision sans autorisation judiciaire s'il y a un danger que l'enquête souffre des délais d'autorisation. Or, seul un procureur de l'État peut prendre cette décision à l'égard de locaux rédactionnels (§ 200 a, al. 7).

[195] Ici, les dispositions législatives ne font pas mention de la protection des sources en vertu du § 125; c'est donc dire que tout le matériel est protégé, qu'il identifie ou non une source²²⁷.

5.4.2. Surveillance par caméra

[196] La surveillance par caméra d'un lieu privé, domiciles exclus, peut être autorisée par un tribunal dans certaines conditions (§ 202 a). Or, lorsque l'autorisation concerne « des locaux rédactionnels ou des lieux équivalents où les rédacteurs en chef ou journalistes mènent des discussions de nature professionnelle [traduction] », l'autorisation n'est donnée que s'il y a des « raisons spéciales », sous réserve que ces personnes ne soient pas les suspects (§ 202 a, al. 5).

5.4.3. Ordonnances de saisie et de divulgation

[197] Le personnel rédactionnel tel que défini au § 125 du *Code de procédure pénale* bénéficie d'une exemption à l'égard des documents ou de tout autre contenu qui peuvent faire l'objet d'une saisie afin d'être utilisés en preuve, que ceux-ci soient en sa possession ou en possession de la personne qui a un intérêt juridique à leur confidentialité (§ 204, al. 1). Cette protection est évidemment sujette à la même exception que la non-contrainabilité testimoniale (*supra*, section 5.3, p. 50). Elle ne s'applique pas lorsque les documents contiennent des aveux ou confidences entre des personnes soupçonnées d'être complices dans l'infraction qui fait l'objet de l'enquête et enfin ne peut empêcher que des documents soient pris à un possesseur illégitime pour être remis au possesseur légitime (§ 204, al. 2). Les documents protégés doivent être mis sous scellés en présence de leur possesseur avant d'être saisis et soumis au tribunal (§ 205, al. 3).

[198] Semblablement, les ordonnances de communication de choses sont rendues par un tribunal et ne peuvent être faites à l'égard des documents qui font l'objet d'une exemption de témoignage (§ 210, al. 1). Le personnel rédactionnel est protégé ici aussi, sous réserve de l'exception du § 125.

²²⁷ Ina Lindahl, *Massemedienes kildevern*, Bergen, Fagbokforlaget, 2009, p. 145.

5.5. Surveillance des communications

[199] Les mesures coercitives qui consistent en la surveillance des communications font l'objet de chapitres distincts dans le *Code de procédure pénale*. J'aborderai ici : (1) leur encadrement à l'égard des journalistes, (2) les contraintes administratives, (3) la commission chargée de surveiller leur utilisation et (4) le régime des *amici curiae*.

5.5.1. Encadrement à l'égard des rédacteurs ou journalistes

[200] Les autorisations judiciaires d'écoute et de surveillance des communications sont données par le tribunal de première instance (§ 216 e). L'écoute ou interception d'une communication peut être autorisée lorsqu'une enquête porte sur une liste d'infractions particulières et sur toutes les infractions pouvant mener à dix années ou plus d'emprisonnement (§ 216 a). Les autres types de contrôle des communications (fermer un dispositif, exiger les données d'un fournisseur, interrompre des communications, etc.) peuvent être autorisés lorsqu'une enquête porte sur une liste d'infractions particulières ou pour les infractions menant à cinq années ou plus d'emprisonnement (§ 216 b).

[201] Lorsque ces mesures de surveillance portent sur des dispositifs qui appartiennent à un rédacteur en chef ou journaliste, il doit y exister des « raisons spéciales », une exigence ajoutée en 2013²²⁸ au *Code de procédure pénale* :

Chapitre 16 a. Écoute et autre contrôle d'un dispositif de communication

216 c. L'autorisation de surveillance de communications peut seulement être donnée lorsqu'il faut supposer qu'une telle écoute ou un tel contrôle sera primordial pour résoudre l'affaire et que la résolution de cette affaire, par ailleurs, serait sinon rendue difficile de manière significative.

Si le téléphone que l'on présume que le suspect veut utiliser est disponible à un grand nombre de personnes, l'autorisation de contrôle de communication n'est donnée que lorsque des raisons spéciales sont présentes. Il en va de même pour le contrôle de téléphones qui appartiennent à un avocat, un médecin, un prêtre ou d'autres qui, selon l'expérience, ont des conversations hautement confidentielles au téléphone, ou un rédacteur en chef ou un journaliste, à condition que celui-ci ne soit pas suspect dans l'affaire. Les première et deuxième phrases valent *mutatis mutandis* pour les autres moyens de communication.

L'exigence de raisons spéciales au second alinéa s'applique à toute identification d'un moyen de communication en vertu du § 216 a, alinéa 3, phrase 2, mais non à l'identification suivant le § 216 b, alinéa 2, lettre c.

[Traduction de l'auteur; soulignement ajouté]

[202] Le critère de propriété du dispositif ne doit pas être interprété de manière formelle²²⁹. Les circonstances doivent cependant montrer que la personne utilise

²²⁸ Notamment pour s'assurer du respect de l'article 10 de la *Convention européenne (Lov om endringer i straffeprosessloven mv.* (=Loi modifiant le Code de procédure pénale, etc.) (Norvège), LOV-2013-06-21, n° 86; Innst. 445 L (2012-2013), p. 4; Prop. 147 L (2012-2013), p. 11 et 21-23).

²²⁹ Prop. 147 L (2012-2013), p. 177.

le dispositif dans le cadre de son travail de journaliste. Quant au critère des « raisons spéciales », le rapport public sur la refonte du *Code de procédure pénale* estime qu'il s'agit d'une forme d'exigence de proportionnalité²³⁰. Un rapport public précédant l'ajout des journalistes aux personnes protégées écrivait que les raisons spéciales étaient réunies :

lorsque les considérations qui justifient l'accès au contrôle des communications à titre de méthode d'enquête sont particulièrement fortes, par exemple, lorsqu'il est manifeste qu'il s'agit de la seule méthode qui donne des résultats ou qu'il s'agit de criminalité particulièrement grave.²³¹

[Traduction de l'auteur]

[203] Aarli écrit que l'exigence de raisons spéciales réfère essentiellement aux critères du § 125 sur la contraignabilité et l'exercice de pondération qui y est énoncé²³².

[204] Enfin, le troisième alinéa ci-dessus lève l'exigence de raisons spéciales, dans certaines circonstances sur lesquelles je ne m'épancherai pas, lorsqu'il s'agit seulement de l'identification d'un dispositif de communication.

[205] L'exigence de « raisons spéciales » s'applique, par renvoi, à d'autres types d'écoute électronique (*romavlytting*) dans des locaux rédactionnels (§ 216 m, al. 4) ou à la lecture de données (*dataavlesing*) sur un ordinateur ou compte d'utilisateur lorsqu'il appartient à un journaliste (§ 216 o, al. 3).

5.5.2. Contrôle administratif et reddition de compte

[206] Les demandes d'autorisations de surveillance des communications sont encadrées par le *Règlement sur la surveillance des communications, l'écoute secrète et la lecture de données*²³³ (« le *Règlement sur la surveillance* »).

A. Chaîne de commandement et prise de décision

[207] Selon le *Règlement sur la surveillance*, c'est l'autorité poursuivante qui détermine s'il faut faire une demande de surveillance (§ 1, al. 1). Lorsqu'il s'agit d'une demande par voie accélérée, elle prend elle-même la décision et doit la soumettre pour approbation au tribunal dans les 24 heures ou, si le tribunal ne siège pas, dès qu'il est possible de le faire (§ 1, al. 2). Enfin, dans le cas où c'est la police qui peut prendre la décision ou demander l'autorisation, le chef de police,

²³⁰ NOU 2016:24, *Ny straffeprosesslov*, p. 313 et note 68.

²³¹ NOU 2009:15, *Skjult informasjon – åpen kontroll: Metodekontrollutvalgets evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker*, p. 179, 201 et 356.

²³² Ragna Aarli, « Massemedienes kildevern », dans Ragna Aarli *et al.* (dir.), *Bevis i straffesaker*, Oslo, Gyldendal, 2015, 407, p. 449.

²³³ *Forskrift om kommunikasjonskontroll, romavlytting og dataavlesing* (=Règlement sur la surveillance des communications, l'écoute secrète et la lecture de données) (Norvège), FOR-2016-09-09, n° 1047 [*Règlement sur la surveillance*]; *Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)* (=Code de procédure pénale) (Norvège), LOV-1981-05-22, n° 25, § 216 k.

son remplaçant en cas d'absence ou le chef adjoint peut prendre la décision. Les fonctionnaires d'un rang supérieur désignés par le chef de police le peuvent également, sous réserve de la permission écrite du procureur en chef d'un bureau régional (§ 1, al. 3 et § 2).

[208] Des copies des demandes, ordonnances, décisions et autres documents sont envoyées sans délai à l'Avocat du royaume (±Directrice du DPCP) (§ 3).

[209] Quand la police fait une demande auprès d'un fournisseur de services pour obtenir son assistance, elle doit présenter un formulaire qui spécifie l'ordonnance ou la décision qui autorise tel contrôle. Le responsable du fournisseur doit parafer le formulaire pour confirmer sa réception et le retourner sans conserver de copie ou de données individualisées des demandes (§ 4).

B. Mise en œuvre de la surveillance

[210] La surveillance ne peut être faite que par les fonctionnaires ou les agents de police désignés par le chef de police. Le chef de police détermine l'endroit où elle est faite et elle devrait avoir lieu préféablement dans les locaux de police (§ 6).

[211] Un procès-verbal doit être rédigé. Il doit notamment comprendre : (i) le fondement juridique de l'autorisation; (ii) la requête faite par l'autorité poursuivante ou encore sa décision de procéder par voie accélérée, (iii) la décision judiciaire, (iv) la requête d'assistance et l'assistance reçue d'un fournisseur, (v) l'identification des appareils de surveillance utilisés, (vi) la période de surveillance, la prolongation de cette période et la fin de la surveillance et enfin (vii) les informations sur la destruction des données (§ 7, al. 1).

[212] Lorsqu'il s'agit de lecture de données d'un système informatique, le procès-verbal doit inclure l'information sur (i) le type de données consultées, (ii) les moments auxquels des dispositifs de lecture ont été placés ou enlevés, (iii) l'étendue des moyens utilisés, de l'introduction physique et du détournement de systèmes de sécurité, (iv) l'étendue du risque causé à l'appareil, (v) les dommages causés à l'appareil et (vi) les personnes qui ont mené la surveillance (§ 7, al. 2).

C. Statistiques et contrôle administratif (§ 10)

[213] Le chef de police doit envoyer chaque trimestre un rapport détaillé de la surveillance qui a eu lieu dans son district à l'Avocat du royaume (±Directrice du DPCP). Ce rapport doit contenir des informations sur la surveillance qui a été réalisée et sur son résultat.

[214] L'Avocat du royaume (±Directrice du DPCP) doit faire rapport au ministère de la Justice chaque année sur le nombre d'opérations menées, demandées et acceptées, le type de surveillance, le nombre d'appareils, adresses réseau ou autres dispositifs surveillés, le fait qu'il y ait eu entrée dans un système informatique, le nombre de systèmes informatiques ou de comptes d'utilisateurs lus, quels districts de police en sont responsables et quels résultats ont été obtenus

en lien avec cette surveillance. Ce rapport est dépersonnalisé. Le ministère de la Justice peut s'enquérir de détails sur ces informations, généralement ou en lien avec des affaires précises.

[215] Une copie de ce rapport est envoyée à la Commission de vérification de la surveillance des communications.

5.5.3. Commission de vérification de la surveillance

[216] Le *Code de procédure pénale* prévoit la constitution d'une Commission de vérification de la surveillance des communications (« la Commission »), dont les membres sont nommés par l'exécutif²³⁴. L'étendue de cette vérification couvre le travail de la police et de l'autorité poursuivante, mais pas les matières régies par les lois sur la sécurité nationale et le renseignement. La Commission est composée d'un minimum de trois membres et d'au moins un membre surnuméraire et a le pouvoir de contraindre les policiers et l'autorité poursuivante à répondre à ses questions ou à produire des documents. Son mandat est de vérifier que « l'utilisation de la [surveillance des communications] par la police se déroule dans le cadre des lois et des directives et que cette surveillance [soit] la plus limitée possible [traduction] » (§ 14, al. 1). La Commission est constituée, depuis le 28 avril 2017 et pour un mandat de quatre ans, d'une juge d'appel, d'une avocate et d'un universitaire (membres permanents) ainsi que d'une avocate et d'un juge de première instance (membres surnuméraires).

[217] La Commission est indépendante (§ 18, al. 1), doit faire rapport au ministère de la Justice annuellement et peut le faire en tout temps (§ 17, al. 2). Elle peut enquêter sur les plaintes de personnes ou d'organismes et tirer des conclusions, sans les motiver, à l'effet qu'il y a ou qu'il n'y a pas matière à critiquer le travail des policiers ou de l'autorité poursuivante. Ces conclusions sont alors également transmises, s'il y a matière à critique, à l'Avocat du royaume (±Directrice du DPCP) et au ministère de la Justice (§ 17, al. 1).

[218] Généralement satisfaite du travail de la police et de l'autorité poursuivante, la Commission critique ponctuellement leur travail, notamment l'utilisation de la voie accélérée. Elle critique également le fait que l'*amicus curiae* appelé à représenter devant le tribunal les parties visées par une autorisation ne soit pas le même lorsque plusieurs autorisations sont demandées à l'égard de la même personne²³⁵. Elle souligne le problème causé par le secret des décisions judiciaires – qui empêche la formation d'un corpus jurisprudentiel – et estime que le *Code de procédure pénale* devrait expressément prévoir que l'*amicus curiae* peut communiquer avec la Commission sans enfreindre son secret professionnel²³⁶.

²³⁴ *Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)* (=Code de procédure pénale) (Norvège), LOV-1981-05-22, n° 25, § 216 h, al. 2.

²³⁵ Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll, *Årsrapporter for 2009 til 2015*, Oslo, 2010-2016.

²³⁶ Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll, *Årsrapport for 2010*, Oslo, 2011, p. 8-9; Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll, *Årsrapport for 2015*, Oslo, 2016, p. 9 et 11.

5.5.4. Représentation par des *amici curiæ*

[219] Le chapitre 9 du *Code de procédure pénale* contient les dispositions relatives à la représentation des parties devant les tribunaux. Le § 100a prévoit que le tribunal nomme un « avocat public » – que j'appellerai ici l'*amicus curiæ*²³⁷, mais que l'on pourrait par ailleurs assimiler au régime d'aide juridique – dans le cas des demandes faites relativement à certaines autorisations judiciaires, dont : (i) les perquisitions sans notification (§ 200 a), (ii) la surveillance vidéo d'un lieu privé (§ 202 a, al. 2), (iii) certaines prorogations du délai de notification de certaines autorisations (§ 208 a, 210 a, 210 c), (iv) l'écoute électronique (§ 216 a), (v) la surveillance d'autres dispositifs de communication (§ 216 b) et (viii) la lecture de données d'un système informatique (§ 216 o).

[220] Le tribunal doit rapidement nommer un avocat pour le suspect, et ce, même si le suspect a déjà un procureur (§ 100 a, al. 1). Le mandat d'un tel *amicus* est de sauvegarder les intérêts du suspect et d'éventuels tiers en lien avec l'autorisation judiciaire. Dans la mesure du possible, le même avocat devrait être nommé pour les prolongations d'autorisations judiciaires et pour des autorisations judiciaires subséquentes concernant la même personne (§ 100 a, al. 2).

[221] Ce régime d'*amici curiæ* à l'égard des moyens coercitifs secrets a été introduit en 1999 et est entré en vigueur en 2000²³⁸. L'obligation relative de faire appel au même avocat découle vraisemblablement des recommandations faites par la Commission, dont j'ai traité ci-dessus²³⁹. Cette obligation, tout comme l'élargissement du mandat de l'avocat aux intérêts des tiers, a été introduite en 2016 par un amendement²⁴⁰, suivant un projet de loi où le ministère de la Justice écrivait :

Le ministère [de la Justice] voit un avantage à ce que le même avocat public soit mandaté après l'audition par le tribunal de toutes les requêtes qui concernent les mesures coercitives à l'égard du même suspect dans une affaire, puisque cela peut donner une vision d'ensemble à l'avocat sur l'utilisation de mesures coercitives dans une affaire. Il est donc proposé que le même avocat « autant que possible » soit nommé pour toutes les requêtes pour l'utilisation de mesures coercitives secrètes contre un suspect dans la même affaire. [Cette] réserve permettra que la règle n'entraîne pas de retards devant les tribunaux. [...] L'avocat public doit aussi protéger l'intérêt des tiers.²⁴¹

[Traduction de l'auteur]

²³⁷ Soit « [...] une personne [...] admise à faire valoir, dans un procès, même si elle n'a aucun intérêt direct et personnel dans le litige, soit l'intérêt public ou celui d'un groupe social important, soit une question de droit ou de fait susceptible d'éclairer le tribunal. » (Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, « *amicus curiæ* »).

²³⁸ *Lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v. (etterforskningsmetoder m.v.)* (=Loi modifiant le Code de procédure pénale et le Code criminel, etc.) (Norvège), LOV-1999-12-03, n° 82; Ot.prp. 64 (1998-1999), ch. 23, IV, § 100 a.

²³⁹ Voir *supra*, par. [218].

²⁴⁰ *Lov om endringer i straffeprosessloven mv. (skjulte tvangsmidler)* (=Loi modifiant le Code de procédure pénale) (Norvège), LOV-2016-06-17, n° 54, I, § 100 a, al. 2.

²⁴¹ Prop. 68 L (2015-2016), p. 8.

[222] L'*amicus* a le droit (i) d'être tenu au courant de la requête et de son fondement, (ii) d'avoir accès sur demande aux documents relatifs à l'affaire, (iii) d'être présent à l'audience et de se prononcer sur la requête. L'autorité poursuivante doit s'assurer que l'avocat reçoit la notification d'une demande de prolongation au plus tard la veille de l'audience. L'*amicus* peut interjeter appel des décisions (§ 100 a, al. 2).

[223] Quant aux liens avec son client qui ignore même qu'il est représenté, l'avocat ne peut pas prendre contact avec lui et a un devoir de confidentialité en lien avec la requête, les informations qui en découlent, la décision du tribunal et les informations qui sont obtenues par la mise en œuvre de l'autorisation (§ 100 a, al. 3). Le tribunal peut interdire à l'*amicus* de représenter le suspect plus tard, mais l'interdiction vaut jusqu'à ce que le suspect ait reçu toutes les informations reçues par l'avocat après que l'interdit de divulgation est levé (§ 100 a, al. 4).

6. Allemagne²⁴²

[225] En Allemagne, le droit à la liberté de presse prévu dans la constitution est large et inclut la protection du secret rédactionnel (*Redaktionsgeheimnis*²⁴³), ce qui comprend la protection des sources journalistiques.

[226] Le personnel rédactionnel bénéficie d'un droit de refus de témoigner, notamment au cours d'instances civiles, criminelles et fiscales. En matière criminelle, ce droit de refus existe depuis au moins 1950²⁴⁴. Certaines autorisations judiciaires sont encadrées par un renvoi à ce droit de refus de témoigner du personnel rédactionnel. Les dispositions exceptionnelles qui permettent aux services de renseignement de déroger au secret postal et au secret des télécommunications prévoient une protection pour le personnel rédactionnel.

[227] Les différents régimes que je présenterai ici relèvent du droit fédéral. La République fédérale présente un partage des compétences entre l'État fédéral et les länders, qui prévoit la concurrence de certaines compétences pertinentes à la protection des sources²⁴⁵. Les régimes fédéraux présentés ici ne présentent donc qu'un portrait partiel. Par exemple, les länders allemands ont adopté des lois sur la presse que je n'étudierai pas. Ces lois présentent des dispositions qui encadrent certains aspects de la protection des sources²⁴⁶.

²⁴² La législation citée dans cette section est en vigueur au 5 mai 2017.

²⁴³ Le secret rédactionnel comprend notamment la protection du matériel journalistique, mais également celle du matériel organisationnel, qui peut renseigner sur l'identité des sources et celle des collaborateurs. Voir BVerfG, n° 1 BvR 1739/04, 10 décembre 2010, par. 14 (Cour constitutionnelle, Allemagne).

²⁴⁴ *Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete [...] des Strafverfahrens [...]* (=Loi portant sur le rétablissement de l'unité juridique en matière de [...] procédure pénale [...]) (Allemagne), 12 septembre 1950, BGBl. I, 455, p. 480, art. 3(17) et p. 635.

²⁴⁵ Le droit pénal, la procédure judiciaire et la constitution des tribunaux sont des compétences concurrentes (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (=Loi fondamentale) (Allemagne), 23 mai 1949, BGBl. I, p. 1, art. 74(1)(1)). Le législateur fédéral ayant fait usage de sa compétence en certaines matières, la compétence des länders en est amoindrie (Bruno Schmidt-Bleibtreu et al. (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 13^e éd., Cologne, Wolters Kluwer, 2014, art. 74, n^{os} 9, 28, 37 et 45 (Sannwald); Helmut Satzger et Wilhelm Schluckebier (dir.), *Strafprozessordnung. Kommentar*, 2^e éd., Cologne, Wolters Kluwer, 2016, § 53, n° 29 (Eschelbach).

²⁴⁶ Par exemple, le § 23 de la *Landesgesetz über die Presse* (=Loi du land sur la presse) (Rhénanie-Palatinat, Allemagne), 14 juin 1965, GVBl. 1965, p. 107, s'intéresse au droit de refus de témoigner du journaliste ainsi qu'à l'interdiction de saisies.

6.1. Contexte constitutionnel

6.1.1. Liberté de presse en Allemagne

[228] L'Allemagne est régie depuis 1949 par sa *Loi fondamentale*²⁴⁷, qui a valeur de constitution. Parmi les droits fondamentaux, on retrouve le droit à la liberté d'expression et la liberté de presse :

Article 5 [Liberté d'opinion]

(1) Chacun a le droit d'exprimer et de diffuser librement son opinion par la parole, par l'écrit et par l'image, et de s'informer sans entraves aux sources qui sont accessibles à tous. La liberté de la presse et la liberté d'informer par la radio, la télévision et le cinéma sont garanties. Il n'y a pas de censure.

(2) Ces droits trouvent leurs limites dans les prescriptions des lois générales, dans les dispositions légales sur la protection de la jeunesse et dans le droit au respect de l'honneur personnel.

[...]

[Soulignement ajouté; traduction du parlement fédéral allemand]

[229] Ce droit à la liberté de presse inclut la protection des sources et la protection de la relation de confiance entre celles-ci et la presse²⁴⁸. Ainsi, la protection du secret des sources tire son origine directement dans *Loi fondamentale*, quoique des dispositions législatives particulières déterminent les modalités de son exercice.

6.1.2. Jurisprudence de la Cour constitutionnelle

[230] La Cour constitutionnelle entend les recours de personnes qui allèguent que l'autorité publique a enfreint leurs droits protégés par la *Loi fondamentale*²⁴⁹. Elle est constituée de deux sénats de huit juges. Lorsqu'aucune majorité ne peut se dégager d'un sénat, aucune violation constitutionnelle n'est constatée et le recours est rejeté²⁵⁰. La jurisprudence sur l'article 5 de la *Loi fondamentale* est légion²⁵¹ et je n'aborderai dans ce qui suit que trois cas notoires où la Cour constitutionnelle l'a interprété.

²⁴⁷ *Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne*, Berlin, Bundestag, 2007, trad. de la *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (=Loi fondamentale) (Allemagne), 23 mai 1949, BGBl. I, p. 1, art. 5.

²⁴⁸ Bruno Schmidt-Bleibtreu *et al.* (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 13^e éd., Cologne, Wolters Kluwer, 2014, art. 5, n° 20 (Odendahl).

²⁴⁹ *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht* (=Loi sur la Cour constitutionnelle) (Allemagne), 11 août 1993, BGBl. I, p. 1473, § 13(8a); *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (=Loi fondamentale) (Allemagne), 23 mai 1949, BGBl. I, p. 1, art. 93(1)(4a).

²⁵⁰ *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht* (=Loi sur la Cour constitutionnelle) (Allemagne), 11 août 1993, BGBl. I, p. 1473, § 15(4), phrase 3.

²⁵¹ On notera *Presse-Grosso* (1988), BVerfGE 77, 346 (Cour constitutionnelle, Allemagne), où la Cour s'intéressait à l'interaction entre une loi sur la protection de la jeunesse et la liberté de presse; *Körperwelten* (2005), n° 1 BvR 2019/03 (Cour constitutionnelle, Allemagne), où la Cour

A. L'affaire *Spiegel* (1966)

[231] En octobre 1962, l'hebdomadaire *Der Spiegel* publiait un article faisant état de certaines lacunes dans la stratégie de défense militaire allemande. Une enquête était instituée à l'endroit des journalistes et rédacteurs, que l'on soupçonnait de trahison. Les procureurs de l'État demandaient et obtenaient des mandats d'arrestation et de perquisition. Certains journalistes furent emprisonnés. Tout cela s'inscrivait dans le contexte de la crise des missiles de Cuba.

[232] Un recours constitutionnel était introduit. En 1966, les juges de la Cour constitutionnelle le rejetaient, *ex æquo*. Dans sa décision²⁵², la Cour reconnaissait d'abord l'importance de la liberté de presse et le fait que l'article 5 de la *Loi fondamentale* protège l'indépendance de la presse de la collecte de l'information jusqu'à sa diffusion, ce qui exige donc une certaine protection de la relation de confiance entre la presse et les informateurs. Néanmoins, la Cour concluait que l'État n'avait pas enfreint les droits constitutionnels du *Spiegel*. Il faut noter que les journalistes étaient eux-mêmes suspectés de l'infraction de trahison.

[233] D'une part, les soupçons étaient faibles, la saisie dans les locaux rédactionnels (7 étages, 177 pièces, 50 policiers) était disproportionnée et, surtout, la pondération des intérêts n'avait pas été effectuée convenablement. La gravité du crime de trahison n'était pas suffisante pour justifier une telle atteinte. L'effet dissuasif de l'atteinte et les principes de subsidiarité et de nécessité faisaient partie de l'analyse²⁵³.

[234] D'autre part, les juges qui rejetaient le recours estimaient que le droit protégé ne constituait pas un privilège immuable des journalistes. Ils estimaient qu'en pondérant le droit à la liberté de presse et l'intérêt légitime d'assurer la pérennité de l'État, ce dernier intérêt l'emportait. En résumé, telle situation requerrait de pondérer (i) la position hiérarchique générale du droit subjectif²⁵⁴ protégé (la liberté de presse); (ii) sa mise en danger par le fait concret qui fait l'objet de l'enquête; (iii) l'intensité du soupçon; et (iv) le caractère approprié et la nécessité du moyen procédural choisi²⁵⁵.

s'intéressait à la légalité et à la proportionnalité d'une perquisition dans les locaux d'une revue relativement à une séance de photos nocturne de cadavres plastinés à Munich; BVerfG, n°s 1 BvR 1739/04 et 1 BvR 2020/04, 10 décembre 2010 (Cour constitutionnelle, Allemagne), où la Cour déterminait qu'une perquisition dans une station de radio violait son droit à la liberté de radiodiffusion et que celle-ci bénéficiait du secret rédactionnel; les tribunaux inférieurs n'avaient pas procédé à l'analyse de la proportionnalité correctement.

²⁵² *Spiegel* (1966), BVerfGE 20, 162, p. 175-176 (Cour constitutionnelle, Allemagne).

²⁵³ *Ibid.*, p. 191-209.

²⁵⁴ « *Rechtsgut* », c'est-à-dire un droit subjectif (Klaus E. W. Fleck, *Dictionnaire de droit français-allemand / allemand-français*, Munich, C.H. Beck, 2004, « *Rechtsgut* »). Il s'agit essentiellement d'un intérêt juridique, qui donne lieu dans certains contextes à une pondération pour déterminer lequel des intérêts juridiques doit l'emporter. Cet exercice doit donner lieu à une optimisation de tous les intérêts (Horst Tilch et Frank Arloth (dir.), *Deutsches Rechts-Lexikon*, 3^e éd., vol. 2, Munich, C.H. Beck, 2001, « *Güterabwägung* »).

²⁵⁵ *Spiegel* (1966), BVerfGE 20, 162, p. 209-222 (Cour constitutionnelle, Allemagne).

B. *Springer c. Wallraff* (1984)

[235] En 1984, la Cour constitutionnelle se prononçait sur le cas du journaliste Wallraff, qui avait infiltré la *Bild-Zeitung*, notoire tabloïd allemand²⁵⁶. Après son passage comme journaliste à la *Bild*, celui-ci publiait un livre qui faisait état de techniques journalistiques problématiques en vigueur dans ce média. Le propriétaire du tabloïd intentait un recours en matière constitutionnelle contre un jugement de la Cour de justice fédérale qui avait refusé d'empêcher la publication d'une partie du livre. La Cour constitutionnelle conclura que cette décision violait le droit à la liberté de presse de la *Bild*, dans un contexte où l'information avait été obtenue par subterfuge. La reprise, mot à mot dans son ouvrage, de discussions qui avaient eu lieu pendant les réunions de la rédaction du journal posait problème.

C. *L'affaire Cicero* (2007)

[236] En 2005, le magazine *Cicero*²⁵⁷ publiait un article sur un terroriste notoire tout en citant des passages substantiels d'un rapport hautement confidentiel produit par l'Office fédéral de la police criminelle (*Bundeskriminalamt*). Le parquet demandait, dans le cadre d'une enquête, des mandats de perquisition et saisissait dans les locaux de la rédaction un disque dur dont il tirait copie.

[237] Le requérant, rédacteur en chef du *Cicero*, intentait un recours devant la Cour constitutionnelle à l'endroit des décisions des tribunaux qui avaient délivré et confirmé les mandats. La Cour constitutionnelle concluait (7 contre 1) que les recours étaient fondés et que les décisions des instances inférieures avaient enfreint le droit à la liberté de presse du requérant.

[238] Selon la Cour, la liberté de presse inclut la protection contre les pénétrations de l'État dans la sphère de confidentialité de la rédaction d'un média et dans la relation de confiance entre les médias et leurs informateurs. Le secret des sources d'information et la relation de confiance entre sources et journalistes sont essentiels à la liberté de presse, puisque la presse ne peut renoncer aux informations privées et l'informateur doit pouvoir se fier au secret rédactionnel (*Redaktionsgeheimnis*)²⁵⁸.

²⁵⁶ *Springer c. Wallraff* (1984), BVerfGE 66, 116 (Cour constitutionnelle, Allemagne).

²⁵⁷ *Cicero* (2007), BVerfGE 117, 244, n^{os} 1 BvR 538/06 et 1 BvR 2045/06, par. 1 (Cour constitutionnelle, Allemagne).

²⁵⁸ *Ibid.*, par. 41-42.

6.2. Matières civiles

[239] Le *Code de procédure civile*²⁵⁹ prévoit un « droit de refus de témoigner » pour le personnel rédactionnel, rémunéré ou non²⁶⁰, qui est défini au § 383 de façon large. Le personnel rédactionnel a été ajouté à la disposition en 1975²⁶¹ :

§ 383 Refus de témoigner pour des raisons propres à la personne

(1) Les personnes suivantes ont le droit de refuser de témoigner :

[...]

5. Les personnes qui contribuent ou ont contribué, à titre professionnel, à la préparation, la confection ou la diffusion d'imprimés périodiques ou d'émissions radiodiffusées, [de témoigner] sur la personne de l'auteur, de l'expéditeur ou de l'informateur de contributions ou documents, tout comme sur les communications qui leur ont été faites en lien avec leur activité, dans la mesure où il s'agit de contributions, documents ou communications pour la partie rédactionnelle.

[...]

(2) [...]

(3) L'interrogatoire des personnes nommées aux sous-alinéas 4 à 6 ne doit pas, lors même que la personne ne refuse pas de déposer, être dirigé sur des faits en regard desquels il s'avère qu'un témoignage ne peut être livré sans atteinte à l'obligation de [±confidentialité].

[Traduction de l'auteur]

[240] L'identité des personnes qui ont transmis des informations au personnel rédactionnel et le contenu des documents transmis sont protégés, mais pas la propre documentation du personnel rédactionnel²⁶².

[241] Il appartient à la personne dûment assignée qui refuse de témoigner de l'annoncer par écrit ou au procès-verbal du greffe avant sa comparution ou encore lors de sa comparution en mentionnant les faits qui fondent son refus (§ 386(1)). Contrairement à certaines des autres personnes qui sont exemptes de témoigner (par ex., les conjoints), il n'est pas obligatoire d'instruire le personnel rédactionnel de son droit de refus de témoigner avant le témoignage (§ 383(2)). Si la personne a fait part de son refus par écrit, elle n'est pas contrainte de se présenter au tribunal (§ 386(3)). Enfin, le tribunal décide cette requête au procès après avoir entendu les parties. La voie de recours contre ce jugement interlocutoire est

²⁵⁹ *Zivilprozessordnung* (=Code de procédure civile) (Allemagne), 5 décembre 2005, BGBl. I, p. 3202.

²⁶⁰ Hanns Prütting et Markus Gehrlein (dir.), *ZPO. Kommentar*, 9^e éd., Cologne, Wolters Kluwer, 2017, § 383, n° 18(b) (Trautwein).

²⁶¹ *Gesetz über das Zeugnisverweigerungsrecht der Mitarbeiter von Rundfunk und Presse* (=Loi sur le droit de refus de témoigner des collaborateurs de la ±radiodiffusion et de la presse) (Allemagne), 25 juillet 1975, BGBl. I, p. 1973, art. 2.

²⁶² Hanns Prütting et Markus Gehrlein (dir.), *ZPO. Kommentar*, 9^e éd., Cologne, Wolters Kluwer, 2017, § 383, n° 18(d) (Trautwein).

immédiate (§ 387(3)). Il ne peut être tiré d'inférence négative dans l'appréciation de la preuve en raison de l'exercice de ce droit²⁶³.

[242] Ce droit de refus de témoigner du personnel rédactionnel ne peut pas faire l'objet d'une renonciation par la source, contrairement à celui du ministre du culte ou de certains professionnels (§ 385(2))²⁶⁴.

[243] La Cour de justice fédérale – juridiction d'appel dans les matières civiles et criminelles – décidait en 2012²⁶⁵ que la protection qu'offre cet article porte sur les sources inconnues. Ici, le représentant de la presse s'était exprimé dans un litige civil public sur un informateur et sur les conversations qu'il avait eues avec lui. Il refusait de témoigner dans un litige subséquent. L'objet du droit de refus de témoigner n'est pas un privilège consenti aux journalistes directement, mais un moyen de s'assurer de la protection de la relation de confiance entre les informateurs et la presse et d'ainsi assurer l'existence d'une presse efficace et indépendante. En l'espèce, l'objet de la protection offerte par la disposition n'étant plus, le journaliste ne pouvait pas refuser de témoigner.

[244] Bien que la liberté de presse s'étende à la publicité, qui assure l'indépendance des médias, il n'en demeure pas moins que le droit de refus de témoigner ne s'étend pas au département publicitaire, comme l'a décidé la Cour constitutionnelle en 1983 dans *Chiffreanzeigen*, où l'on cherchait l'identité de la personne derrière une annonce anonyme, personne qui, semble-t-il, avait commis une faute déontologique dans sa publicité²⁶⁶.

6.3. Matières fiscales

[245] Le *Code fiscal*²⁶⁷ prévoit une protection semblable à celle du *Code de procédure civile*. Le § 93 édicte l'obligation générale de fournir l'information nécessaire à l'imposition d'un contribuable aux autorités fiscales. Le § 97 prévoit l'obligation générale de transmettre certains documents comme des livres comptables.

[246] Or, le sous-alinéa § 102(1)(4) autorise le personnel rédactionnel – suivant scrupuleusement la même définition que le *Code de procédure civile* – à refuser de transmettre l'information.

²⁶³ *Ibid.*, § 383, n° 22 (Trautwein).

²⁶⁴ *Ibid.*, § 383, n° 18 (Trautwein).

²⁶⁵ BGH, 6^e chambre civile, n° VI ZB 2/12, 4 décembre 2012 (Cour de justice fédérale, Allemagne), par. 11 et 13.

²⁶⁶ *Chiffreanzeigen* (1983), BVerfGE 64, 108 (Cour constitutionnelle, Allemagne).

²⁶⁷ *Abgabenordnung* (=Code fiscal) (Allemagne), 1^{er} octobre 2002, BGBl. I, p. 3866. Voir la trad. du ministère des Finances, quelque peu datée : http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_ao/englisch_ao.html-p0672 (page consultée le 20 mai 2017).

[247] Les règles de procédure devant la Cour de l'impôt incorporent également, par renvoi, ces dispositions en créant un droit de refus de témoigner analogue pour le personnel rédactionnel devant les instances fiscales²⁶⁸.

6.4. Matières criminelles

[248] Le *Code de procédure pénale*²⁶⁹ prévoit un droit de refus de témoigner similaire à celui du *Code de procédure civile*. Le personnel rédactionnel peut refuser de témoigner sur une série de sujets, dont le matériel journalistique et l'identité d'un collaborateur ou d'un informateur. Le § 53 prévoit ceci (les accolades identifient des éléments supplémentaires, qui ne se retrouvent pas dans le *Code de procédure civile*) :

§ 53 Droit de refus de témoigner du dépositaire du secret professionnel

(1) Les personnes suivantes ont également le droit de refuser de témoigner :

[...]

5. Les personnes qui contribuent ou ont contribué, à titre professionnel, à la préparation, la confection ou la diffusion d'imprimés, d'émissions radiodiffusées, {de reportages ou de services d'information ou de communication qui servent à l'information ou à la formation d'opinion}.

Les personnes énumérées au sous-alinéa 1(5) peuvent refuser de témoigner sur la personne de l'auteur ou de l'expéditeur de contributions ou de documents ou d'un autre informateur tout comme sur les communications qui leur ont été faites dans le cadre de leur activité, sur leur contenu et sur {le contenu de matériel qu'ils ont rassemblé eux-mêmes et sur l'objet d'éléments dont ils ont eu connaissance en lien avec leur profession}. Cela vaut uniquement dans la mesure où il s'agit de contributions, documents, communications ou documents matériels destinés à la partie rédactionnelle ou de services d'information ou de communication préparés dans un contexte rédactionnel.

(2) [...] Le droit des personnes prévues au sous-alinéa 1(5) de refuser de témoigner sur le contenu de documents rassemblés par eux-mêmes et sur l'objet d'éléments correspondants dont ils ont eu connaissance n'est pas applicable lorsque la déclaration pourrait contribuer à la résolution d'un crime ou lorsque l'objet de l'enquête est :

1. [Liste de délits relatifs à l'ordre public ou l'ordre démocratique],
2. [Liste de délits d'agression sexuelle] ou
3. [Blanchiment d'argent et dissimulation de revenus]

²⁶⁸ *Finanzgerichtsordnung* (=Loi sur la Cour de l'impôt) (Allemagne), 28 mars 2001, BGBl. I, p. 442, 2262, § 84(1).

²⁶⁹ *Strafprozeßordnung* (=Code de procédure pénale) (Allemagne), 7 avril 1987, BGBl. I, p. 1074.

et que l'enquête sur les faits ou l'enquête sur le lieu de séjour de l'inculpé serait, par ailleurs, vaine ou considérablement plus difficile. Le témoin peut toutefois également dans ces cas refuser de faire une déclaration, lorsque celle-ci pourrait mener à la révélation de la personne de l'auteur ou de l'expéditeur de contributions et documents ou d'un autre informateur ou de communications qui lui ont été faites en considération de son activité en vertu du sous-alinéa 1(5) du présent paragraphe ou de leur contenu.

[Traduction de l'auteur; soulignement ajouté; accolades ajoutées]

[249] Ainsi, contrairement au droit de refus de témoigner en matière civile, le matériel préparé par le personnel rédactionnel est ici protégé (§ 53(1)). On remarque au § 53(1)(5) que les personnes qui ont contribué à des « reportages ou services d'information ou de communication qui servent à l'information ou à la formation d'opinion » sont également protégées.

[250] Deux exceptions sont prévues pour forcer le journaliste à témoigner, mais elles ne permettent le témoignage du journaliste que sur le matériel rassemblé par lui-même, et non sur l'identité de sa source. La première exception concerne la déclaration d'une personne protégée qui pourrait contribuer à la résolution d'un *crime*²⁷⁰. La seconde exception s'applique lorsque l'objet d'une enquête fait partie d'une série d'infractions, essentiellement des *délits*, et que le témoignage est nécessaire à l'enquête en ce sens que l'enquête serait beaucoup plus difficile ou carrément vaine sans le témoignage²⁷¹. Même lorsque ces exceptions s'appliquent, le droit de taire l'identité d'une source persiste (§ 53(2)).

[251] En raison du fondement qui justifie ce droit (l'importance du lien de confiance entre les sources et la presse), l'informateur ne peut renoncer au droit du journaliste et n'a pas de pouvoir décisionnel sur son choix²⁷². Le journaliste peut, enfin, renoncer en tout ou en partie de façon expresse ou tacite²⁷³.

[252] Sur demande, le témoin doit faire une preuve de vraisemblance (*Glaubhaftmachung*²⁷⁴) de son droit, notamment par une déclaration sous serment (§ 56). Le témoin n'a toutefois pas l'obligation de justifier son choix²⁷⁵. Le témoin ne doit pas être instruit d'office de son droit, à moins qu'il ne manifeste

²⁷⁰ Les crimes (*Verbrechen*) sont des infractions punies par une privation de liberté minimale d'une année ou plus, alors que les délits (*Vergehen*) sont des infractions punies d'une amende ou d'une privation de liberté minimale moindre (*Strafgesetzbuch* (=Code criminel) (Allemagne), 13 novembre 1998, BGBl. I, p. 3322, § 12(1) et (2)). Cette distinction s'apparente à la *summa divisio*, en droit canadien, entre les actes criminels poursuivis par mise en accusation et les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

²⁷¹ Helmut Satzger et Wilhelm Schluckebier (dir.), *Strafprozessordnung. Kommentar*, 2^e éd., Cologne, Wolters Kluwer, 2016, § 53, n° 38 (Eschelbach).

²⁷² *Ibid.*, § 53, n° 29 (Eschelbach).

²⁷³ *Ibid.*, § 53, n° 41 (Eschelbach).

²⁷⁴ Il s'agit d'un fardeau de persuasion moins exigeant que le fardeau habituel.

²⁷⁵ Helmut Satzger et Wilhelm Schluckebier (dir.), *Strafprozessordnung. Kommentar*, 2^e éd., Cologne, Wolters Kluwer, 2016, § 53, n° 40 (Eschelbach).

une inconnaitance évidente de ce droit, auquel cas le tribunal peut le faire en raison de son devoir de sollicitude (*Fürsorgepflicht*)²⁷⁶.

[253] Il ne s'agit pas à proprement parler d'une exemption du témoin de se présenter devant le tribunal s'il est dûment assigné²⁷⁷, mais bien d'un droit de refus de témoigner²⁷⁸.

[254] Enfin, le § 252 interdit la mise en preuve, au procès, de déclarations antérieures obtenues lors d'interrogatoires où un journaliste n'aurait pas exercé son droit. Sans entrer dans le détail de cette règle, elle permet en essence à la personne protégée de réviser sa décision antérieure sur l'exercice de son droit²⁷⁹.

6.5. Mandats de perquisition

[255] Le *Code de procédure pénale* prévoit que la perquisition de documents qui sont en *possession* du personnel rédactionnel ou dans les locaux rédactionnels est interdite. Toutefois, elle est permise si la participation du journaliste au crime est fortement suspectée, auquel cas la proportionnalité entre l'étendue de la saisie, d'une part, et l'importance de l'affaire et la nécessité des moyens, d'autre part, doit être étudiée avec une considération pour le droit fondamental à la liberté de presse :

§ 97 Interdiction de saisie

[...]

(5) Dans la mesure où le droit de refus de témoigner des personnes visées par le sous-alinéa § 53(1)(5) s'applique, la saisie de documents, de supports audio, vidéo ou informatiques, d'images ou autres représentations qui se trouvent sous la garde de ces personnes ou de la rédaction, de la maison d'édition, de l'imprimerie ou de la station de radiodiffusion est interdite. La phrase 3 de l'alinéa 2 du présent paragraphe [§ 97] et le § 160a, alinéa 4, phrase 2 s'appliquent avec les adaptations nécessaires, mais la règle de participation [criminelle] de l'alinéa 2, phrase 3, seulement lorsque les faits précis justifient un fort soupçon de participation; la saisie n'est, toutefois, dans ces cas, admissible que lorsqu'elle, en considération du droit fondamental prévu à l'Article 5, alinéa 1, phrase 2 de la *Loi fondamentale* [droit à la liberté de presse], n'est pas disproportionnée avec l'importance de l'affaire et lorsque l'enquête ou encore la localisation de l'auteur de l'infraction serait autrement vaine ou rendue considérablement plus difficile.

[Traduction de l'auteur; soulignement ajouté]

²⁷⁶ Helmut Satzger et Wilhelm Schluckebier (dir.), *Strafprozessordnung. Kommentar*, 2^e éd., Cologne, Wolters Kluwer, 2016, § 53, n° 42 (Eschelbach).

²⁷⁷ *Strafprozeßordnung* (=Code de procédure pénale) (Allemagne), 7 avril 1987, BGBl. I, p. 1074, § 48.

²⁷⁸ Helmut Satzger et Wilhelm Schluckebier (dir.), *Strafprozessordnung. Kommentar*, 2^e éd., Cologne, Wolters Kluwer, 2016, § 53, n° 2 (Eschelbach).

²⁷⁹ Helmut Satzger et Wilhelm Schluckebier (dir.), *Strafprozessordnung. Kommentar*, 2^e éd., Cologne, Wolters Kluwer, 2016, § 252, n° 1 (Kudlich et Schuhr).

[256] La protection ne s'applique pas lorsque la personne protégée est suspectée d'avoir commis l'infraction criminelle à titre principal ou y a donné son concours après les faits, notamment en obstruant la justice ou en détruisant des biens infractionnels (§ 97(2)). Par ailleurs, lorsque la personne protégée est soupçonnée d'avoir participé à l'infraction, de forts soupçons de participation doivent être allégués pour justifier une neutralisation de la protection (§ 97(5)). L'exigence de forts soupçons, ajoutée en 2012, offre une protection supérieure au personnel rédactionnel²⁸⁰.

[257] Tous les mandats de perquisition doivent être autorisés par un juge, sauf en cas d'urgence, auquel cas le procureur de l'État peut procéder. Dans le cas des perquisitions dans les locaux des médias, toutefois, le procureur de l'État ne détient pas ce pouvoir spécial (§ 98(1)).

[258] Dans l'affaire *Cicero*²⁸¹, un journaliste avait cité un rapport hautement confidentiel produit par les autorités, qu'il avait probablement obtenu d'un informateur fonctionnaire qui avait contrevenu à son obligation de confidentialité. On suspectait le journaliste de participation à l'infraction. Ici, la protection du § 97 ne s'appliquait pas, car le journaliste était suspect dans l'enquête et l'exigence de forts soupçons n'avait pas encore été ajoutée au § 97. Ainsi, la Cour constitutionnelle se rabattait sur l'article 5 de la *Loi fondamentale*. La Cour concluait que la mise en œuvre de la perquisition contrevenait au droit constitutionnel. Elle soulignait le risque d'atteinte à l'article 5 représenté par l'absence de soupçon autre que le fait que le journaliste ait publié une information confidentielle et qu'elle ait donc été en sa possession. L'article 5 commande de contrecarrer ce risque, qui permet au procureur de l'État de neutraliser les protections statutaires. Ainsi, la Cour soulignait la nécessité d'éléments factuels spécifiques au soutien d'un soupçon de participation à l'infraction.

6.6. Autres mesures d'enquête

[259] Sans dresser le portrait complet des autorisations judiciaires ou administratives en droit pénal allemand, je note que la protection des personnes qui peuvent se prévaloir du droit de refus de témoigner (§ 53) est incorporée à d'autres autorisations. Par exemple, la mise sur écoute dans un lieu d'habitation est en principe interdite à l'endroit d'une personne protégée. S'il s'avère pendant ou après l'écoute qu'il s'agit d'une personne protégée, des modalités sur la cessation de l'écoute, la destruction de l'information et la documentation de cette écoute sont prévues (§ 100c(6)). Quant à certaines métadonnées relatives aux

²⁸⁰ *Gesetz zur Stärkung der Pressefreiheit im Straf- und Strafprozessrecht* (=Loi visant le renforcement de la liberté de la presse en droit criminel et en procédure pénale) (Allemagne), 25 juin 2012, BGBl. I, p. 1374.

²⁸¹ *Cicero* (2007), BVerfGE 117, 244, nos 1 BvR 538/06 et 1 BvR 2045/06, par. 51, 52, 60 et 62 (Cour constitutionnelle, Allemagne).

télécommunications²⁸², le personnel rédactionnel bénéficie également d'une protection par renvoi au § 53 (§ 100g(4), phrase 1). Enfin, les saisies provisoires²⁸³ de biens au cours d'une fouille sont assujetties à certaines protections pour le personnel rédactionnel (§ 108(3)).

6.7. Agences de renseignement

[260] La *Loi sur les restrictions au secret postal et au secret des télécommunications*²⁸⁴ autorise les trois organes du renseignement allemand²⁸⁵ à surveiller et enregistrer les télécommunications et à ouvrir et examiner le courrier (§ 1(1)(1)). Cette autorisation est assujettie à plusieurs restrictions, dont l'exigence qu'il s'agisse d'une enquête relevant de certains crimes graves (§ 3). Ces intrusions ne doivent pas porter atteinte au « noyau de l'organisation de la vie privée »²⁸⁶ des individus (§ 3a). Cette loi limite nommément la protection constitutionnelle du secret postal et du secret des télécommunications prévue à l'article 10 de la *Loi fondamentale*²⁸⁷.

[261] En ce qui concerne le personnel rédactionnel, la loi prévoit une exception par renvoi au § 53 du *Code de procédure pénale*. Si une personne qui peut se prévaloir du droit de refus de témoigner est visée et qu'il est probable que des informations sur lesquelles elle peut refuser de témoigner soient obtenues par les agences de renseignement, un examen de la proportionnalité doit être fait. Celui-ci doit inclure un examen de l'intérêt public pour les tâches assumées par cette

²⁸² *Telekommunikationsgesetz* (=Loi sur les télécommunications) (Allemagne), 22 juin 2004, BGBl. I, p. 1190, § 96(1).

²⁸³ Lorsque, lors d'une fouille, des biens sont saisis qui sont en lien avec la commission d'une infraction non reliée à l'infraction pour laquelle la fouille est menée (§ 108(1)).

²⁸⁴ *Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Artikel 10-Gesetz - G 10)* (=Loi sur les restrictions au secret postal et au secret des télécommunications) (Allemagne), 26 juin 2001, BGBl. I, p. 1254.

²⁸⁵ L'Office fédéral de protection de la constitution (*Bundesamt für Verfassungsschutz*), ses homologues des länders, le Service de renseignement militaire (*Militärischer Abschirmdienst*) et le Service de renseignement fédéral (*Bundesnachrichtendienst*). Voir la *Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz* (=Loi sur la coopération entre la fédération et les länders en matière de la protection de la constitution et sur l'Office fédéral de protection de la constitution) (Allemagne), 20 décembre 1990, BGBl. I, p. 2954, § 2.

²⁸⁶ Cet intraduisible (*Kernbereich privater Lebensgestaltung*) prend notamment sa source au § 2(1) de la *Loi fondamentale* et réfère au principe voulant qu'un individu dispose du droit d'organiser sa vie comme il l'entend et qu'il subsiste un noyau irréductible que l'État ne peut pénétrer. La Cour constitutionnelle écrivait jadis : « Une loi qui y porterait atteinte ne pourrait jamais faire partie de l'« ordre constitutionnel » ; elle devrait être déclarée nulle [...]. [traduction] » (*Elfen* (1957), BVerfGE 6, 32, p. 41 (Cour constitutionnelle, Allemagne)). Voir aussi *Sozialarbeiter* (1972), BVerfGE 33, 367, p. 376 (Cour constitutionnelle, Allemagne); *Tonband* (1973), BVerfGE 34, 238 (Cour constitutionnelle, Allemagne), où il était question du droit de l'individu de décider qui enregistre sa voix et dans quelles circonstances cet enregistrement peut être joué.

²⁸⁷ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (=Loi fondamentale) (Allemagne), 23 mai 1949, BGBl. I, p. 1, art. 10.

personne ainsi que de l'intérêt public à la confidentialité des faits qui lui ont été confiés (§ 3b(2)). Lorsque la protection s'applique, il faut renoncer à la mesure ou encore, si cela est possible, réduire sa portée. Cette protection ne vaut naturellement pas si la personne est elle-même suspectée (§ 3b(4)).

PARTIE III : JURIDICTIONS DE COMMON LAW

7. Privilège et *newspaper rule*

[262] La common law n'a pas, historiquement, reconnu de privilège journalistique, bien que les tribunaux aient formulé une *newspaper rule*, d'application limitée. Avant d'aborder le droit du Royaume-Uni, de la Nouvelle-Zélande et des États-Unis, je présenterai (7.1) la notion de privilège, (7.2) la *newspaper rule* et (7.3) quelques décisions importantes rendues à l'aube de la protection des sources.

7.1. Notion de privilège

[263] Le privilège se distingue de la simple confidentialité d'une information. On peut définir le privilège comme un « droit particulier, une exemption ou immunité conférée à une personne ou à une catégorie de personnes; une exception à un devoir [traduction] »²⁸⁸. Le privilège testimonial est un « droit de ne pas témoigner fondé sur la revendication d'un privilège; un privilège qui neutralise le devoir d'un témoin de divulguer les renseignements dont il a connaissance, que ce soit au procès ou par déposition [traduction] »²⁸⁹. Enfin, le privilège journalistique est :

1. A reporter's protection, under constitutional or statutory law, from being compelled to testify about confidential information or source. — Also termed *reporter's privilege*; *newsman's privilege*. See SHIELD LAW (1). 2. [...].²⁹⁰

[264] Le privilège du journaliste de ne pas révéler l'identité de sa source relève donc conceptuellement d'une immunité judiciaire relativement à une information. Bien que l'on parle parfois d'information « privilégiée », toute information confidentielle n'est pas privilégiée et une information qui n'est pas confidentielle peut faire l'objet d'un privilège tout dépendant du contexte.

7.2. Absence de privilège et *newspaper rule*

[265] Traditionnellement, les tribunaux étaient d'avis qu'il n'existait aucun privilège particulier pour les journalistes voulant que ceux-ci pussent refuser de répondre à une question admissible, c'est-à-dire pertinente et nécessaire²⁹¹, et ce faisant résister au sacro-saint principe judiciaire de recherche de la vérité.

[266] La « *newspaper rule* » est une règle de pratique voulant que les propriétaires d'un journal ou les journalistes ne puissent être contraints de répondre aux interrogatoires préalables relativement à l'identité d'une source d'information

²⁸⁸ Bryan A. Garner (dir.), *Black's Law Dictionary*, 7^e éd., St. Paul, West Group, 1999, « *privilege* ». Ou encore : « *a rule of law that permits a lawful demand for information to be refused. Unlike an obligation of confidentiality it operates exclusively as a shield.* » (*R. v. X* (2009), [2010] 2 N.Z.L.R. 181, par. 23 (C.A., N.-Z.).

²⁸⁹ Bryan A. Garner (dir.), *Black's Law Dictionary*, 7^e éd., St. Paul, West Group, 1999, « *privilege* ».

²⁹⁰ *Ibid.*, « *journalist's privilege* ».

²⁹¹ David Eady et A.T.H. Smith, *Arlidge, Eady & Smith on Contempt*, 4^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2011, par. 9–43.

dans une action en diffamation²⁹². Il s'agit d'une règle de pratique, non pas d'une règle de droit ou de preuve²⁹³. Dans *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*²⁹⁴, le juge LeBel écrivait :

[58] [...] Selon cette règle, les journalistes sont autorisés à protéger leurs sources durant l'étape de l'interrogatoire préalable – parce que l'équité procédurale ne l'emporte pas sur la liberté de presse à cette étape – mais peuvent être contraints de divulguer leur identité lors du procès.

[267] Son origine remonterait au moins à 1888²⁹⁵. Si les tribunaux de common law ne s'entendent pas toujours sur sa portée, elle fut interprétée par la Chambre des lords de manière plus étroite que libérale²⁹⁶. On a reconnu son existence au Royaume-Uni et en Nouvelle-Zélande²⁹⁷, mais son existence au Canada est historiquement ténue et a varié selon les provinces²⁹⁸. La faible importance de cette règle s'est amenuisée à mesure que les juridictions ont adopté des instruments législatifs, jusqu'à succomber en définitive à l'oubli. Bien que le fondement et les valeurs qui justifient cette règle n'aient pas toujours été clairs, un auteur mentionne qu'elle repose sur l'intérêt public à protéger le libre flux de l'information²⁹⁹, mais certains juges mettent l'accent sur l'équité procédurale avant le début du procès³⁰⁰.

²⁹² *Ibid.*, par. 9–4; *British Steel Corporation v. Granada Television* (1980), [1981] 1 All E.R. 451, p. 457 (H.L.); *Attorney-General v. Mulholland*, [1963] 1 All E.R. 767, p. 771 (C.A., Angleterre et pays de Galles).

²⁹³ Raymond E. Brown, *The Law of Defamation in Canada*, vol. 2, 2^e éd., Scarborough, Carswell, 1994, p. 1337.

²⁹⁴ *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592, par. 58.

²⁹⁵ Certains citent *Hennessy v. Wright (No 2)* (1888), 24 Q.B.D. 445, p. 447 (C.A., Angleterre et pays de Galles). Les propos des juges, s'ils y effleuraient les balbutiements de la formulation d'une telle *newspaper rule*, étaient encore à l'état embryonnaire.

²⁹⁶ *British Steel Corporation v. Granada Television* (1980), [1981] 1 All E.R. 451, p. 457 et 475-476 (H.L.).

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 475-476; *Broadcasting Corporation of New Zealand v. Alex Harvey Industries Ltd.*, [1980] 1 N.Z.L.R. 163 (C.A., N.-Z.).

²⁹⁸ Dans *McConachy v. Times Publishers Ltd.*, 1964 CanLII 448, 49 D.L.R. (2d) 349, p. 361 (C.A., C.-B.), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique excluait la *newspaper rule* en estimant qu'elle allait à l'encontre du droit des parties de faire leur preuve en vertu d'une règle de procédure provinciale; dans *Reid v. Telegram Publishing Co. Ltd.*, 1961 CanLII 174 (C.S., Ont.), la Cour suprême de l'Ontario l'appliquait; dans *Wasylyshen v. Canadian Broadcasting Corp. and Neil*, 1989 CanLII 4472, par. 14-20 (C.A., Sask.), la règle était avérée, mais non appliquée. Pour un portrait, certes daté, de l'application de la règle au Canada, voir Raymond E. Brown, *The Law of Defamation in Canada*, vol. 2, 2^e éd., Scarborough, Carswell, 1994, p. 1336-1345.

²⁹⁹ David Eady et A.T.H. Smith, *Arlidge, Eady & Smith on Contempt*, 4^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2011, par. 9–5 à 9–6.

³⁰⁰ *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592, par. 58. Voir aussi, où l'on sent poindre le critère de pondération des intérêts publics : *Attorney-General v. Mulholland*, [1963] 1 All E.R. 767, p. 771 (C.A., Angleterre et pays de Galles); *British Steel Corporation v. Granada Television* (1980), [1981] 1 All E.R. 417, p. 426 (Chancery Division).

7.3. Balbutiements de la protection des sources

7.3.1. *Attorney-General v. Mulholland* (R.-U., 1963)

[268] Dans *Attorney-General v. Mulholland*³⁰¹, des journalistes avaient écrit sur une affaire d'espionnage et étaient contraints de répondre à des questions sur l'identité de leur source, ce qu'ils avaient refusé. Ils furent déclarés coupables d'outrage et condamnés à la prison. La Cour d'appel rejeta l'appel des journalistes. Selon lord Denning, dont l'opinion était généralement partagée par les autres juges, la question sur l'identité de la source était pertinente et nécessaire³⁰². Constatant l'existence, en droit, d'un seul privilège absolu (avocat-client) – bien que d'autres relations de confiance soient protégées de temps à autre – lord Denning estimait qu'aucun privilège n'était accordé aux journalistes. Il relevait néanmoins l'existence de la *newspaper rule* :

The courts will not as a rule compel a newspaper in a libel action to disclose before the trial the source of its information. The reason is because, on weighing the consideration involved, the balance is in favour of exempting the newspaper from disclosure. The person who is defamed has his remedy against the newspaper and that is enough [...].³⁰³

[269] Toutefois, il ajoutait que la *newspaper rule* « n'est pas une règle de droit; il s'agit seulement d'une règle de pratique qui s'applique dans ces cas particuliers [traduction] »³⁰⁴. En somme, les journalistes ne bénéficient d'aucun privilège absolu qui les autoriserait à refuser de témoigner.

[270] Le troisième journaliste impliqué dans les mêmes événements faisait l'objet d'une décision distincte, où un juge de la Cour du banc de la Reine concluait qu'il n'existait pas de privilège journalistique, bien qu'il n'exclût pas qu'une immunité puisse être octroyée en raison de politiques publiques dans certains cas³⁰⁵.

7.3.2. *British Steel Corporation v. Granada Television* (R.-U., 1980)

[271] Dans *British Steel Corporation v. Granada Television*³⁰⁶, la Chambre des lords confirmait l'inexistence d'un privilège journalistique. Une société productrice de fer dont les employés étaient en grève avait fait l'objet d'un reportage, dans lequel on apprenait certains éléments laissant croire à une mauvaise gestion de la société. Une source avait transmis des documents confidentiels au média défendeur. La majorité des lords rejetait l'appel en précisant que les journalistes n'ont aucune immunité³⁰⁷ et que la *newspaper rule* est confinée au stade

³⁰¹ *Attorney-General v. Mulholland*, [1963] 1 All E.R. 767 (C.A., Angleterre et pays de Galles).

³⁰² *Ibid.*, p. 770.

³⁰³ *Ibid.*, p. 771.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 771.

³⁰⁵ *Attorney-General v. Clough*, [1963] 1 All E.R. 420, p. 428 (Q.B.D., Angleterre et pays de Galles).

³⁰⁶ *British Steel Corporation v. Granada Television* (1980), [1981] 1 All E.R. 451 (H.L.).

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 455 et 464.

préliminaire des actions en diffamation³⁰⁸. Les lords majoritaires adoptaient une conception étroite de la liberté de presse, comme étant l'absence de censure préalable³⁰⁹. Ils formulaient enfin une forme de critère en concluant que les informations transmises sous le sceau de la confidentialité et de bonne foi devaient être protégées par les tribunaux, à moins qu'il ne soit nécessaire, dans l'intérêt de la justice, de les révéler³¹⁰.

[272] Le média, en l'espèce, devait obtempérer, car la demanderesse avait subi un tort important auquel avait participé le média et elle subirait un déni de justice si la divulgation n'était pas ordonnée. On reconnaissait toutefois qu'il était d'intérêt public de connaître l'information dévoilée par le média dans son reportage³¹¹.

[273] Dissident, lord Salmon estimait que l'immunité des journalistes existe et vise à protéger le libre flux de l'information. La *newspaper rule* n'était selon lui pas d'application limitée aux seules causes de diffamation³¹². Il distinguait *Attorney-General v. Mulholland*, notant que le contexte de cette affaire mettait en cause la sécurité nationale³¹³. Enfin, il écrivait :

My Lords, it is, I imagine, apparent from what I have said that I have the misfortune to disagree with your Lordships. The immunity of the press to reveal its sources of information save in exceptional circumstances is in the public interest, and has been so accepted by the courts for so long that I consider it is wrong now to sweep this immunity away. The press has been deprived of this immunity only twice, namely in the *Clough* and *Mulholland* cases. And the exceptional circumstances in each of those cases were that the security of the nation required that the press's source of information must be revealed. Certainly no such circumstances appear in the present case. I do not say that national security will necessarily always be the only special circumstances but it is the only one which has been effective until now. Moreover, there are no circumstances in this case which have ever before deprived or ever should deprive the press of its immunity against revealing its sources of information. The freedom of the press depends on this immunity. Were it to disappear so would the sources from which its information is obtained; and the public would be deprived of much of the information to which the public of a free nation is entitled.³¹⁴

[Soulignement ajouté]

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 457, 462 et 476-477.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 454, 460 et 480.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 458-459 et 466.

³¹¹ *Ibid.*, p. 459.

³¹² *Ibid.*, p. 469 (Salmon L.J., dissident).

³¹³ *Ibid.*, p. 470-471 (Salmon L.J., dissident).

³¹⁴ *Ibid.*, p. 474 (Salmon L.J., dissident).

7.3.3. *Alex Harvey Industries* (N.-Z., 1980)

[274] En 1980, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande concluait dans *Broadcasting Corporation of New Zealand v. Alex Harvey Industries Ltd.*³¹⁵ que la *newspaper rule* s'applique dans les cas de la diffamation (*libel*) et de délit de discrédit de marchandises (*slander of goods tort*³¹⁶), élargissant ainsi quelque peu son champ d'application. Selon elle, il était nécessaire de l'appliquer plus libéralement qu'autrefois³¹⁷. L'utilité de cette règle est de maintenir le libre flot de l'information dans l'intérêt public³¹⁸. Selon la Cour, la *newspaper rule* conservait, malgré l'adoption de règles de procédures particulières, son existence indépendante³¹⁹. La Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande était consciente qu'elle contredisait le raisonnement tout récent de l'arrêt de la Cour d'appel anglaise dans *British Steel Corporation v. Granada Television*³²⁰, rendu quelques jours plus tôt et avant la décision de la Chambre des lords dans la même cause³²¹.

7.4. Conclusion partielle

[275] Traditionnellement en common law, il n'existe pas de privilège journalistique. Au-delà de la *newspaper rule*, l'expérience canadienne a néanmoins montré l'existence d'un privilège évaluable au cas par cas et non pas d'un privilège dit générique, comme celui qui encadre la relation d'un avocat et de son client³²². Dans ce qui suit, j'étudierai comment l'absence de privilège a muté pour donner naissance à des critères statutaires qui tendent à codifier la discrétion originelle des juges.

³¹⁵ *Broadcasting Corporation of New Zealand v. Alex Harvey Industries Ltd.*, [1980] 1 N.Z.L.R. 163 (C.A., N.-Z.).

³¹⁶ Bryan A. Garner (dir.), *Black's Law Dictionary*, 7^e éd., St. Paul, West Group, 1999, « *disparagement* ».

³¹⁷ *Ibid.*, p. 169.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 172 et 180.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 171 et 176.

³²⁰ *British Steel Corporation v. Granada Television* (1980), [1981] 1 All E.R. 434 (C.A., Angleterre et pays de Galles).

³²¹ *Broadcasting Corporation of New Zealand v. Alex Harvey Industries Ltd.*, [1980] 1 N.Z.L.R. 163 (C.A., N.-Z.), p. 167.

³²² *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, par. 55.

8. Royaume-Uni³²³

[276] Dans le sillage d'*Attorney-General v. Mulholland* et de *British Steel Corporation v. Granada Television*, le *Contempt of Court Act 1981* est venu protéger les journalistes en formulant un principe de non-contrainctibilité soumis à quatre exceptions. La jurisprudence relative à cet article évoluera graduellement vers une protection accrue des journalistes, notamment par l'influence de la jurisprudence de la CEDH et particulièrement de *Goodwin c. Royaume-Uni*³²⁴.

[277] Quant aux autorisations judiciaires, le portrait est complexe. On retrouve certains principes de protection des sources dans le *Police and Criminal Evidence Act 1984*³²⁵, mais son utilisation serait rare en matière de sources journalistiques³²⁶. L'*Investigatory Powers Act 2016*³²⁷, qui entre en vigueur graduellement depuis son adoption, modifie et abroge certaines lois, dont le *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*³²⁸. Ces lois encadrent l'interception des communications et la nouvelle loi prévoit un encadrement des autorisations judiciaires à l'égard des journalistes. Enfin, le *Terrorism Act 2000*³²⁹ permet également une certaine protection dans son champ d'application, mais je n'en traiterai pas.

8.1. Droit à la liberté d'expression

[278] Le *Human Rights Act 1998*³³⁰ incorpore l'article 10 de la *Convention européenne* en droit interne anglais, mais a une portée limitée. Il permet aux tribunaux de rendre une déclaration d'incompatibilité de la législation avec les droits protégés par la *Convention européenne*, mais cette déclaration n'invalide pas pour autant la législation (art. 4). Il permet toutefois des modifications législatives accélérées (art. 10 et ann. 2). En tout état de cause, il exige, dans la mesure du possible, que la législation soit interprétée en conformité avec les droits de la *Convention européenne* (art. 3). En matière civile, il encadre également les interdictions de publication avant le procès et prévoit l'obligation de notifier quiconque d'un recours qui pourrait affecter son droit à la liberté d'expression (art. 12). Le statut exact de loi dans le cadre de la constitution non écrite du

³²³ La législation citée dans cette section est en vigueur au 21 mai 2017. L'*Investigatory Powers Act 2016* (R.-U.), c. 25, dont il sera question, n'est pas encore entièrement entré en vigueur.

³²⁴ *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 17488/90, 27 mars 1996 (CEDH).

³²⁵ *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), c. 60.

³²⁶ Philip Ward, *Access to Journalists' Sources*, Briefing Paper n° 07440, House of Commons Library, 17 mars 2015, p. 6.

³²⁷ *Investigatory Powers Act 2016* (R.-U.), c. 25.

³²⁸ *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* (R.-U.), c. 23.

³²⁹ *Terrorism Act 2000* (R.-U.), c. 11, ann. 5.

³³⁰ *Human Rights Act 1998* (R.-U.), c. 42, art. 1(1)(a) et ann. 1.

Royaume-Uni et devant le principe de souveraineté parlementaire qui y prévaut n'est pas entièrement consensuel³³¹.

8.2. *Contempt of Court Act 1981*

[279] La protection des sources est réglée par le *Contempt of Court Act 1981*³³², qui a remplacé la discrétion de la common law³³³. Selon son article 10, un tribunal ne peut déclarer une personne coupable d'outrage si elle refuse de divulguer une source d'information contenue dans une publication dont elle est responsable. Il ne peut non plus la contraindre à dévoiler cette même source. Le tribunal peut y faire exception s'il est convaincu que la divulgation de la source est nécessaire dans (i) l'intérêt de la justice, (ii) de la sécurité nationale ou pour la (iii) prévention du trouble et (iv) de la criminalité :

10 Sources of information.

No court may require a person to disclose, nor is any person guilty of contempt of court for refusing to disclose, the source of information contained in a publication for which he is responsible, unless it be established to the satisfaction of the court that disclosure is necessary in the interests of justice or national security or for the prevention of disorder or crime.

[280] La portée de cette règle, bien qu'elle soit sise au sein du *Contempt of Court Act 1981*, s'étend non seulement à l'outrage au tribunal, mais également à la contraignabilité. Elle n'est pas limitée par un type de procédures ou de demande en justice³³⁴. La définition d'une publication est généralement large et inclut, malgré le libellé clair, les sources d'information non encore contenue dans une publication, mais destinées à l'être³³⁵. Le critère de nécessité est une question de fait, non de discrétion³³⁶. Le privilège protège tant l'identité de la source qu'une information qui pourrait mener à la découvrir³³⁷. Le fardeau de preuve appartient à la partie qui désire que l'information soit divulguée³³⁸.

³³¹ Sur ce sujet, voir par exemple ce commentaire du juge Laws dans *Thoburn v. Sunderland City Council*, [2002] EWHC 195 (Admin), par. 64 (H.C., Angleterre et pays de Galles); voir aussi Evan Fox-Decent, « Contextual Constitutionalism after the UK *Human Rights Act 1998* », (2012) 62 *University of Toronto Law Journal* 133; Alexander Horne *et al.*, *A British Bill of Rights?*, Briefing Paper n° 7193, House of Commons Library, 19 mai 2015, p. 5-6.

³³² *Contempt of Court Act 1981* (R.-U.), c. 49.

³³³ David Eady et A.T.H. Smith, *Arlidge, Eady & Smith on Contempt*, 4^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2011, par. 9-68.

³³⁴ *Ibid.*, par. 9-252(6).

³³⁵ La Chambre des lords précise que la définition de « *publication* » de l'art. 2(1) du *Contempt of Court Act 1981* (R.-U.), c. 49 s'applique (*Secretary of State for Defence v. Guardian Newspapers Ltd.*, [1984] 3 All E.R. 601, p. 604 et 606 (H.L.)); David Eady et A.T.H. Smith, *Arlidge, Eady & Smith on Contempt*, 4^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2011, par. 9-252(2); *X. Ltd. v. Morgan-Grampian (Publishers) Ltd. and others*, [1990] 2 All E.R. 1, p. 15 (Lowry L.J., concordant) (H.L.).

³³⁶ David Eady et A.T.H. Smith, *Arlidge, Eady & Smith on Contempt*, 4^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2011, par. 9-252(11-12).

³³⁷ *Secretary of State for Defence v. Guardian Newspapers Ltd.*, [1984] 3 All E.R. 601 (H.L.), p. 606.

³³⁸ *Ibid.*, p. 607.

8.2.1. *Secretary of State for Defence v. Guardian (1984)*

[281] Dans *Secretary of State for Defence v. Guardian Newspapers Ltd.*³³⁹, un média avait publié un document sur l'installation d'armes nucléaires sur une base militaire de la Royal Air Force. Les tribunaux inférieurs avaient ordonné le retour du document à son possesseur légitime en appliquant l'exception de nécessité (sécurité nationale).

[282] Selon la Chambre des lords, l'article 10 doit être interprété libéralement et ne limite pas l'application du privilège à un type d'ordonnance. En l'espèce, l'ordonnance de délivrance d'objet (fondée sur le droit de propriété des documents) aurait pu être neutralisée par l'article 10 si aucune exception n'avait été applicable. De même, l'article 10 ne protège pas seulement l'identité de la source, mais également ce qui peut mener à la découvrir. Enfin, la protection vise à contrer l'effet dissuasif opéré par la divulgation sur la disponibilité des sources³⁴⁰.

[283] Sur le critère de la subsidiarité, les juges estimaient généralement que l'ordonnance ne doit pas être le seul moyen envisageable pour découvrir la source, mais que le critère de nécessité requiert néanmoins une analyse des autres moyens disponibles³⁴¹. Lord Roskil écrivait qu'il ne faut pas placer le requérant devant le dilemme qui consisterait à étudier systématiquement tous les moyens disponibles, repoussant ainsi sa requête en divulgation, qui pourrait être rejetée sur la base de sa tardiveté³⁴².

[284] Quant au fardeau de preuve, la partie qui requiert une exception au privilège doit faire la preuve de ses prétentions, dont de la nécessité. Le tribunal ne dispose plus d'une discrétion comme c'était le cas autrefois; il s'agit d'une question de fait³⁴³. La *newspaper rule* est modifiée par l'article 10³⁴⁴.

[285] Si la majorité et la dissidence s'entendaient généralement sur la portée de l'article 10, elles étaient en désaccord quant à son application à la preuve qui avait été produite en première instance. Lors de la requête en première instance, la source était inconnue. Entre-temps, elle avait été découverte et sanctionnée. La majorité estimait que la preuve produite initialement relativement à la sécurité nationale était suffisante; la dissidence était d'avis contraire³⁴⁵.

[286] Enfin, l'article 10 ne fait pas partie de la constitution, contrairement à ce que plaidait *The Guardian*³⁴⁶, mais un des juges notait une éventuelle évolution en ce sens, eu égard notamment à l'influence de la *Convention européenne*³⁴⁷.

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 607, 612 (Fraser L.J., dissident), 616 (Scarman L.J., dissident), 621 et 623.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 624.

³⁴² *Ibid.*, p. 622.

³⁴³ *Ibid.*, p. 603 et 607.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 603.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 611, 613-614 et 617-620.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 621.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 615 (Scarman L.J., dissident).

8.2.2. *Company Securities (Insider Dealing) Act 1985 (1987)*

[287] Dans *Re an inquiry under the Company Securities (Insider Dealing) Act 1985*³⁴⁸, il était question d'un journaliste qui avait publié des informations relatives à une enquête menée par la Monopolies and Mergers Commission sur certaines transactions. Celui-ci refusait de dévoiler sa source et fut condamné pour outrage. La Chambre des lords confirmait cette condamnation en soulignant que le terme « nécessaire » signifie quelque chose entre indispensable et utile³⁴⁹. L'expression « nécessaire à la prévention du crime » signifie la prévention du crime en général et non pas un crime futur particulier³⁵⁰. Bien que l'article 10 ne s'applique pas directement à une ordonnance d'un inspecteur d'une commission, le critère devrait s'appliquer dans ces circonstances par analogie³⁵¹. Enfin, lord Griffiths tentait de concilier l'article 10 avec l'interprétation de la *Convention européenne*³⁵².

8.2.3. *X. Ltd. v. Morgan-Grampian (Publishers) Ltd. (1990)*

[288] Dans *X. Ltd. v. Morgan-Grampian (Publishers) Ltd.*³⁵³ – qui deviendra l'affaire *Goodwin* – une information financière sur une compagnie avait été fournie à un journaliste stagiaire. La source avait commis un délit. Une injonction de type *quia timet* – c'est-à-dire une injonction de nature préventive³⁵⁴ – avait été rendue contre le journaliste et son éditeur pour interdire toute publication sur le sujet et une ordonnance de divulgation des notes du journaliste avait été rendue, ordonnance à laquelle il n'avait pas obtempéré.

[289] Selon les lords, la question de la protection des sources ne relevait plus de la common law³⁵⁵. L'interprétation statutaire large et libérale de l'arrêt *Secretary of State for Defence v. Guardian Newspapers Ltd.* était confirmée³⁵⁶, tout comme la fin du pouvoir discrétionnaire remplacé par l'article 10³⁵⁷. L'article 10 s'appliquait à l'information publiée ou destinée à l'être³⁵⁸.

[290] Au cœur de l'opinion de lord Bridge était posée la question de l'exercice de pondération rendu indispensable par le critère de nécessité dans l'intérêt de la

³⁴⁸ *Re an inquiry under the Company Securities (Insider Dealing) Act 1985* (1987), [1988] 1 All E.R. 203 (H.L.).

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 208-209.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 209 et 212.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 207-208 et 212.

³⁵² *Ibid.*, p. 210.

³⁵³ *X. Ltd. v. Morgan-Grampian (Publishers) Ltd.*, [1990] 2 All E.R. 1 (H.L.).

³⁵⁴ Littéralement « car il craint ». Une injonction préventive pour éviter un préjudice anticipé; Bryan A. Garner (dir.), *Black's Law Dictionary*, 7^e éd., St. Paul, West Group, 1999, « *quia timet* ».

³⁵⁵ *X. Ltd. v. Morgan-Grampian (Publishers) Ltd.*, [1990] 2 All E.R. 1, p. 6 (H.L.).

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 6.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 15-16 (Lowry L.J., concordant).

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 15 (Lowry L.J., concordant).

justice. Selon lui, l'exercice de pondération est une question de fait³⁵⁹. Parmi les facteurs identifiés pour accéder à la demande de divulgation, le juge relevait le fait que la viabilité économique de la requérante dépende de la divulgation ou de l'importance du bien concerné (le document confidentiel). Il mentionnait la nature de l'information et l'intérêt du public à la connaître ainsi que la légitimité de l'obtention de l'information par la source³⁶⁰.

[291] Lord Bridge estimait nécessaire, dans l'intérêt de la justice, de révéler la source qui avait mis en péril la viabilité de la restructuration de la compagnie demanderesse³⁶¹. L'attitude du journaliste, qui refusait à son corps défendant d'obéir à l'ordonnance et se réfugiait dans son devoir moral, malgré les conséquences, de ne pas dévoiler sa source, « discrédit[ait] entièrement les protestations d'une noble détermination à chercher la couronne des martyrs dans la consciencieuse défense d'une indissoluble obligation [...] [traduction] »³⁶². La CEDH déclarera plus tard que cette ordonnance violait l'article 10 de la *Convention européenne* (voir *supra*, par. [47], p. 12)³⁶³.

8.2.4. *Ashworth Security Hospital v. MGN Ltd. (2002)*

[292] Dans *Ashworth Security Hospital v. MGN Ltd.*³⁶⁴, une information sur le patient d'une institution avait été divulguée à un journaliste. Il s'agissait d'un individu impliqué dans une sordide affaire de meurtre et condamné plusieurs années auparavant. La source avait vendu l'information par un intermédiaire. La Chambre des lords confirmait l'ordonnance de divulgation de la source en mettant l'accent sur la nécessité de protéger la confidentialité des dossiers médicaux, sur l'importance d'éviter des violations similaires dans le futur et sur le fait du paiement effectué à la source³⁶⁵. La Chambre des lords considérait l'influence de la *Convention européenne* sur le critère, en soulignant que les restrictions à la protection des sources doivent être proportionnelles à un but légitime³⁶⁶.

8.3. Mandats de perquisition et de communication

[293] Le *Police and Criminal Evidence Act 1984*³⁶⁷ encadre certaines autorisations judiciaires relativement au matériel journalistique. En pratique, il semblerait que les policiers usent plutôt d'ordonnances de communication que de

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 8.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 8-9.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 9.

³⁶² *Ibid.*, p. 10.

³⁶³ *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 17488/90, 27 mars 1996 (CEDH).

³⁶⁴ *Ashworth Security Hospital v. MGN Ltd.*, [2002] UKHL 29 (H.L.).

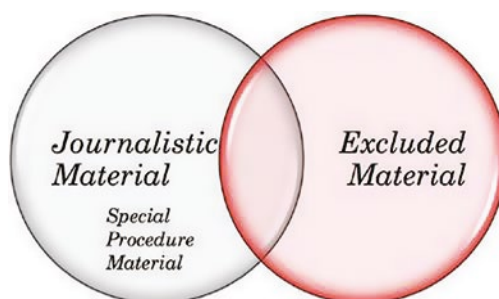
³⁶⁵ *Ibid.*, par. 66.

³⁶⁶ *Ibid.*, par. 61-62.

³⁶⁷ *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), c. 60.

mandats de perquisition dans le contexte du matériel journalistique³⁶⁸. Certaines parties de cette loi n'ont d'application qu'en Angleterre et au pays de Galles, mais des équivalents existent pour l'Irlande du Nord et l'Écosse³⁶⁹. Dans ce qui suit, je ne traite donc que de l'Angleterre et du pays de Galles.

[294] Trois types de matériel sont définis dans cette loi : (i) le *journalistic material*, acquis ou créé aux fins du journalisme (art. 13); (ii) l'*excluded material*, soit du matériel qui a fait, depuis le début de sa possession, l'objet d'une promesse ou d'une obligation de confidentialité et qui peut être du matériel journalistique (art. 11); et (iii) le *special procedure material*, qui est le matériel journalistique qui n'est pas de l'*excluded material* (art. 14) :



8.3.1. Mandats de perquisition

[295] Pour délivrer un mandat d'entrée et de perquisition, un juge de paix doit être convaincu, entre autres conditions généralement applicables, qu'il y a des motifs raisonnables de croire que le matériel recherché ne consiste pas ou ne contient pas d'*excluded material* ou de *special procedure material* (art. 8(1)(d)). Ainsi, l'entièreté du matériel journalistique est couverte lors de l'autorisation.

8.3.2. Ordonnances de communication de documents

[296] Une demande d'ordonnance de communication de documents qui vise ou inclut du matériel journalistique doit être faite en présence des parties (ann. 1, art. 7). À ce titre, la partie doit être notifiée de la requête (ann. 1, art. 8-9). Pour délivrer l'ordonnance, deux séries de conditions sont prévues. La première concerne la production de documents qui contiennent du *special procedure material* sans inclure de l'*excluded material* (ann. 1, art. 2). La seconde concerne la présence d'*excluded material* et de *special procedure material*. Sans entrer dans le détail, les critères qui régissent le *special procedure material* incluent la question de la subsidiarité des moyens pour obtenir l'information (ann. 1, art. 2(b)). Enfin, la loi

³⁶⁸ Philip Ward, *Access to Journalists' Sources*, Briefing Paper n° 07440, House of Commons Library, 17 mars 2015, p. 6. Voir aussi New Zealand Law Commission, *Search and Surveillance Powers*, Report 97, Wellington, 2007, par. 12.141, citant Yan Mei Ning, « Search Warrant Versus Production Order: The Hong Kong Experience in Protecting Journalists' Material » (2005) 10:2 *Media and Arts Law Review* 117, p. 125-126.

³⁶⁹ Voir *The Police and Criminal Evidence (Northern Ireland) Order 1989*, S.I. 1989, n° 1341 (N.I. 12), art. 15 et ann. 1, qui contient des dispositions semblables à celles dont je traiterai ici.

précise la possibilité de prévoir, par règlement, des dispositions plus précises, mais aussi que ce pouvoir de législation déléguée n'est pas disponible pour le matériel journalistique (ann. 1, art. 15A).

8.4. Autorisations d'interception et de surveillance

[297] L'adoption toute récente de l'*Investigatory Powers Act 2016*³⁷⁰ a été sévèrement critiquée au motif que cette loi permettrait la surveillance de masse et constituerait un recul marqué de la protection de la vie privée. Le *Guardian* écrivait en novembre 2016 que cette loi instaure les « pouvoirs de surveillance les plus larges en Occident [traduction] »³⁷¹, par exemple celui de contraindre un opérateur à supprimer le chiffrement (art. 253(5)(c)). Elle s'inscrit dans le sillage de l'adoption du *Data Retention and Investigatory Powers Act 2014*³⁷², qui constituait la réaction précipitée à l'invalidation³⁷³, en 2014, de la Directive 2006/24/EC³⁷⁴ sur la conservation des données par la Cour de justice de l'Union européenne. Elle s'inscrit également dans le contexte de décennies d'action législative et de contestation de cette législation devant les instances du Royaume-Uni et de l'Europe³⁷⁵. En tout état de cause, elle n'était pas entrée en vigueur entièrement au moment de la rédaction de ce rapport et le portrait dressé ci-après tient compte des pouvoirs qui y sont prévus, sans égard au moment de leur entrée en vigueur.

[298] L'*Investigatory Powers Act 2016* modifie et harmonise des dizaines de lois existantes³⁷⁶, tout en instaurant un régime prévoyant une panoplie³⁷⁷ d'autorisations relatives à l'interception des communications et des données. La loi énonce un devoir général de l'autorité publique qui prend une décision relativement à un mandat de tenir compte du caractère sensible d'une information. Est considérée comme sensible une information qui permet de confirmer ou d'identifier une source journalistique (art. 2(5)(b)).

³⁷⁰ *Investigatory Powers Act 2016* (R.-U.), c. 25.

³⁷¹ « 'Extreme surveillance' becomes UK law with barely a whimper », dans *The Guardian*, 19 novembre 2016, en ligne : www.theguardian.com/world/2016/nov/19/extreme-surveillance-becomes-uk-law-with-barely-a-whimper (page consultée le 20 mai 2017).

³⁷² *Data Retention and Investigatory Powers Act 2014* (R.-U.), c. 27.

³⁷³ *Digital Rights Ireland c. Minister for Communications et al.*, C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238 (CJUE).

³⁷⁴ C.E., *Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications*, [2006] J.O. L 105/54.

³⁷⁵ Voir David G. Barnum, « Judicial Oversight of Interception of Communications in the United Kingdom: An Historical and Comparative Analysis », (2016) 43:2 *Georgia Journal of International & Comparative Law* 237.

³⁷⁶ *Investigatory Powers Act 2016* (R.-U.), c. 25, ann. 10.

³⁷⁷ Les autorisations ou mesures régies par cette loi incluent celles-ci : *interception warrants, examination warrants, targeted authorization for communication data, retention of communication data, equipment interference warrants, bulk warrants et bulk personal datasets warrants*.

[299] Sans entrer dans le détail de toutes ces autorisations – qui ne sont pas toutes judiciaires et relèvent parfois du seul officier de police d'un certain rang ou supérieur – et de l'économie globale de cette loi gargantuesque, je ferai le portrait du mandat pour l'obtention de données de communication (« *targeted authorisation for obtaining communications data* ») (art. 61 et 261(5)).

[300] Sous réserve d'une multitude de conditions, ce mandat peut être autorisé par un officier d'un rang minimal d'une autorité (service de police, ministères, autorité de la concurrence, etc.), chaque autorité pouvant invoquer un ou des fondements distincts selon les compétences qu'elle assume (prévention du crime, sécurité nationale, fiscalité, etc.) pour délivrer l'ordonnance (art. 61 et ann. 4).

[301] Si ce mandat vise à identifier ou confirmer une source journalistique, il doit être approuvé par un Judicial Commissioner, dont je traiterai du rôle ci-après. En résumé, le mandat n'est alors valide qu'à partir de son autorisation par le Judicial Commissioner, qui ne doit l'autoriser que s'il considère que les conditions d'octroi sont remplies et en portant une attention à l'intérêt public à la protection des sources et à l'existence d'un intérêt public important qui pourrait contrecarrer celui-ci (art. 77). Un tel mandat visant à identifier une source relève donc d'une autorisation judiciaire.

[302] Les Judicial Commissioners sont en effet des juges ou d'anciens juges (art. 227(2))³⁷⁸ nommés par la première ministre après consultation des « ministres écossais » pour un mandat de trois ans et exercent plusieurs pouvoirs de la loi. Ils doivent être recommandés conjointement par les juges en chef du Royaume-Uni et par l'Investigatory Powers Commissioner (« IPC »), qui les préside (art. 227). L'IPC est nommé par la première ministre sur recommandation conjointe des juges en chef (art. 227). Parmi ses attributions, il doit rédiger un rapport annuel détaillant, entre autres, le fonctionnement des protections relatives au matériel et aux sources journalistiques (art. 234(2)(c)). Le premier IPC a été nommé en mars 2017³⁷⁹. Ce régime remplace la fonction de Surveillance Commissioner (ann. 10, partie 6), qui menait jusqu'à ce jour des enquêtes de routine sur les autorités et évaluait les autorisations par échantillonnage³⁸⁰.

[303] Le secrétaire d'État doit publier un ou des codes de pratique sur l'exercice de certains des pouvoirs prévus par cette loi, dont des dispositions relatives à la protection des sources journalistiques ou du matériel exclu au sens du *Police and Criminal Evidence Act 1984*³⁸¹, dont j'ai traité ci-dessus (ann. 7, art. 2(1)(a)). L'élaboration de ces codes doit faire l'objet de consultations, notamment auprès de l'IPC (ann. 7, art. 4).

³⁷⁸ Voir *Constitutional Reform Act 2005* (R.-U.), c. 4, art. 60(2).

³⁷⁹ Communiqué de presse, *Investigatory Powers Commissioner appointed: Lord Justice Fulford*, 3 mars 2017, Office of the Prime Minister, en ligne : <http://www.gov.uk/government/news/investigatory-powers-commissioner-appointed-lord-justice-fulford> (page consultée le 20 mai 2017).

³⁸⁰ Voir Office of Surveillance Commissioners, *Annual Report of the Chief Surveillance Commissioner to the Prime Minister and to the Scottish Ministers for 2015-2016*, Londres, OSC, 2016.

³⁸¹ *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), c. 60.

[304] Enfin, sous le régime de la nouvelle loi, l'Investigatory Powers Tribunal continue son existence. Ce tribunal a pour mandat d'adjudger des plaintes relatives à l'exercice des différents pouvoirs de surveillance. Selon ses statistiques, ce tribunal a accueilli un nombre éminemment limité de plaintes depuis sa création³⁸². Il tient la majorité de ses audiences à huis clos³⁸³ et n'a pas d'adresse physique. Il a fait l'objet de nombreuses critiques pour le secret qui entoure ses activités.

³⁸² Chaque année de 2011 à 2015, la moitié des plaintes sont rejetées au motif qu'elles sont vexatoires ou frivoles et entre 0 % et 4 % sont accueillies (Investigatory Powers Tribunal, *Report 2011-2015*, s.l., 2016, p. 22).

³⁸³ Rita Esen, « Intercepting Communications 'In Accordance with the Law' », (2012) 76 *Journal of Criminal Law*, 164, p. 176.

9. Nouvelle-Zélande³⁸⁴

[305] La Nouvelle-Zélande protège la liberté d'expression dans le *New Zealand Bill of Rights Act 1990*³⁸⁵, qui, sans avoir de valeur constitutionnelle, guide l'interprétation des lois.

[306] L'amuïssement de la common law a eu lieu à partir des années 1980 et a culminé en 2006 par l'adoption d'une loi-bouclier créant une présomption de confidentialité des sources journalistiques. L'article 68 de l'*Evidence Act 2006*, sous réserve d'une promesse de confidentialité, rend les journalistes non-contraignables devant les instances civiles et criminelles en ce qui concerne l'identité de leurs sources. La discrétion judiciaire est transformée en question de fait. Cette présomption peut être repoussée sur preuve d'un intérêt public à la divulgation qui dépasse l'intérêt public à la liberté de l'information et les effets préjudiciables de la divulgation sur quiconque. L'article 68 a remplacé la *newspaper rule*³⁸⁶.

[307] Quant aux autorisations judiciaires, le *Search and Surveillance Act 2012* reconnaît la confidentialité des sources journalistiques par renvoi aux dispositions de l'*Evidence Act 2006*, créant un régime cohérent. Ses dispositions permettent d'encadrer certaines autorisations judiciaires en les assujettissant au contrôle d'une cour supérieure plutôt qu'à celui d'une cour de district.

9.1. Droit fondamental à la liberté d'expression

[308] La Nouvelle-Zélande dispose depuis 1990 d'une loi sur les droits fondamentaux applicable à l'État³⁸⁷. Bien qu'elle n'ait pas de primauté absolue ni ne prévoie de pouvoir judiciaire d'invalidation des lois³⁸⁸, le *New Zealand Bill of Rights Act 1990* a une primauté sur les autres lois en guidant, lorsque faire se peut, leur interprétation en conformité avec les droits fondamentaux³⁸⁹. Il garantit la liberté d'expression en ces termes :

14 Freedom of expression

Everyone has the right to freedom of expression, including the freedom to seek, receive, and impart information and opinions of any kind in any form.

³⁸⁴ La législation citée dans cette section est en vigueur au 21 mai 2017.

³⁸⁵ *New Zealand Bill of Rights Act 1990* (N.-Z.), c. 109.

³⁸⁶ Ursula Cheer, *Media Law in New Zealand*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2016, p. 46.

³⁸⁷ *New Zealand Bill of Rights Act 1990* (N.-Z.), c. 109, art. 3.

³⁸⁸ Ursula Cheer, *Media Law in New Zealand*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2016, p. 31.

³⁸⁹ *New Zealand Bill of Rights Act 1990* (N.-Z.), c. 109., art. 6; voir *Television New Zealand Ltd. v. Attorney-General*, [1995] 2 N.Z.L.R. 641, p. 646 (C.A., N.-Z.); Ursula Cheer, *Media Law in New Zealand*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2016, p. 32.

[309] Dans les décisions étudiées ci-après, qui interprètent la loi-bouclier de 2006, l'article 14 du *New Zealand Bill of Rights Act 1990* joue un rôle mineur.

9.2. Réforme du droit de la preuve de 2006

9.2.1. À l'origine : la *newspaper rule*

[310] En Nouvelle-Zélande, la *newspaper rule* fut historiquement reconnue par les tribunaux³⁹⁰. En 1957, une variation de cette règle s'étendant à tout défendeur, journaliste ou non, en matière de diffamation fut adoptée sous la forme d'une défense de commentaire loyal dans les règles de procédure et demeure en vigueur³⁹¹.

9.2.2. *Evidence Amendment Act 1980*

[311] Depuis 1980, la *newspaper rule* et la défense de commentaire loyal cohabitaient³⁹² avec l'*Evidence Amendment Act (No 2) 1980*³⁹³, qui octroyait au juge le pouvoir discrétionnaire d'excuser tout témoin si le fait de témoigner le menait à enfreindre une relation de confiance. Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, le juge devait tenir compte de (i) l'intérêt public à la divulgation en lien avec l'intérêt public à la non-divulgation, de (ii) l'importance de la preuve sur la résolution d'une affaire, de (iii) la nature de la confiance et la relation spéciale entre les personnes concernées et de (iv) l'effet de la divulgation sur les personnes concernées. Selon la Law Commission de la Nouvelle-Zélande, cette disposition n'aurait peu ou pas été utilisée en lien avec des journalistes³⁹⁴.

³⁹⁰ Voir *Police v. Campbell* (2009), [2010] 1 N.Z.L.R. 483 (H.C., N.-Z.), par. 51; *Broadcasting Corporation of New Zealand v. Alex Harvey Industries Limited*, [1980] 1 N.Z.L.R. 163 (C.A., N.-Z.).

³⁹¹ Cette disposition a un historique complexe. Elle est introduite par les *Supreme Court Amendment Rules 1957* (N.-Z.), S.R. 1957/30, art. 3 à la règle 155A du *Code of Civil Procedure*, qui est l'ann. 2 du *Judicature Act 1908* (N.-Z.), c. 89. Elle sera légèrement amendée de 1957 à ce jour et fait désormais partie des *High Court Rules 2016* (N.-Z.), c. 225, règle 8.46 : « *If, in a proceeding for defamation, the defendant pleads that the words or matters complained of are honest opinion on a matter of public interest or were published on a privileged occasion, no interrogatories as to the defendant's sources of information or grounds of belief may be allowed unless the interrogatories are necessary in the interests of justice.* »

³⁹² *Slater v. Blomfield*, [2014] NZHC 2221, par. 21. Cette cohabitation cesserait lors de l'adoption de l'*Evidence Act 2006* (N.-Z.), c. 69, art. 68. Voir *Slater v. Blomfield*, [2014] NZHC 2221, par. 30, appel déserté (voir *infra*, note 413).

³⁹³ *Evidence Amendment Act (No 2) 1980* (N.-Z.), c. 27 (abrogée), art. 35.

³⁹⁴ New Zealand Law Commission, *Evidence Law: Privilege*, Preliminary Paper No 23, Wellington, 1994, par. 332.

9.2.3. Réforme du droit de la preuve de 2006

[312] En 1994, la Law Commission aborde la question des différents privilèges dans un document de travail, où elle relate l'enchevêtrement des règles en vigueur. S'ensuit la fragmentation de la doctrine juridique de la protection des sources³⁹⁵. Elle propose de conserver la nature discrétionnaire de la protection de la common law, plutôt que de créer une règle stricte. Elle ne propose pas de modifier le fardeau de la preuve, qui repose sur la partie qui refuse la divulgation³⁹⁶. Or, changement de cap, elle publie en 1999 son rapport sur une réforme du droit de la preuve. S'y retrouve une proposition de disposition pour la protection des sources journalistiques³⁹⁷. La Law Commission propose désormais une présomption qui puisse donner une plus grande confiance aux sources³⁹⁸.

[313] Suivant cette proposition, la Nouvelle-Zélande a adopté son nouvel *Evidence Act 2006*³⁹⁹, qui introduit une présomption de non-contrainctibilité spécifique au journaliste en matière criminelle ou civile. Sur preuve d'une promesse de confidentialité et de la qualification d'une personne à titre de journaliste, ni elle ni son employeur ne peut être contraint de répondre à des questions sur l'identité de sources, pas plus que de produire des documents en preuve (art. 68(1)). La non-contrainctibilité est limitée à l'identité de la source et aux informations qui pourraient l'identifier⁴⁰⁰.

[314] Sur requête, un juge de la High Court (cour supérieure) peut y déroger s'il est convaincu (*satisfied*) que l'intérêt public à la divulgation l'emporte sur (i) l'effet négatif sur toute personne et (ii) l'intérêt public à la communication d'information aux médias (art. 68(2)).

[315] Dans l'exercice de son pouvoir, le juge peut assujettir son ordonnance aux conditions qu'il estime appropriées (art. 68(3)). Il conserve donc ici une discrétion.

[316] Le journaliste est défini comme une personne qui, dans le cours normal de son travail, peut recevoir des informations d'un informateur en vue de leur publication dans un média d'information. Par média d'information (*news medium*), on entend un média qui publie des informations et des commentaires sur ces informations⁴⁰¹. L'informateur (*informant*) est une personne qui fournit une information à un journaliste dans le cadre normal du travail d'un journaliste et en vue de sa publication. À la lecture de la disposition, elle ne semblerait pas s'étendre à tous les collaborateurs.

³⁹⁵ *Ibid.*, par. 340-345.

³⁹⁶ *Ibid.*, par. 352-355 et art. 11 (p. 218).

³⁹⁷ New Zealand Law Commission, *Evidence*, Report No 55, vol. 2, Wellington, 1999, art. 66.

³⁹⁸ *Ibid.*, vol. 1, par. 302 et vol. 2, art. 66.

³⁹⁹ *Evidence Act 2006* (N.-Z.), c. 69.

⁴⁰⁰ *Police v. Campbell* (2009), [2010] N.Z.L.R. 483, par. 84 (H.C., N.-Z.).

⁴⁰¹ La définition de « *news medium* » est adaptée du *Defamation Act 1992* (N.-Z.), c. 105, art. 2 : « **news medium** means a medium for the dissemination, to the public or to a section of the public, of news, or observation on news, or advertisement » [soulignement ajouté] (New Zealand Law Commission, *Evidence*, Report No 55, vol. 2, Wellington, 1999, par. C271).

[317] L'article 68 prévoit ces règles ainsi :

68 Protection of journalists' sources

(1) If a journalist has promised an informant not to disclose the informant's identity, neither the journalist nor his or her employer is compellable in a civil or criminal proceeding to answer any question or produce any document that would disclose the identity of the informant or enable that identity to be discovered.

(2) A Judge of the High Court may order that subsection (1) is not to apply if satisfied by a party to a civil or criminal proceeding that, having regard to the issues to be determined in that proceeding, the public interest in the disclosure of evidence of the identity of the informant outweighs—

(a) any likely adverse effect of the disclosure on the informant or any other person; and

(b) the public interest in the communication of facts and opinion to the public by the news media and, accordingly also, in the ability of the news media to access sources of facts.

(3) The Judge may make the order subject to any terms and conditions that the Judge thinks appropriate.

[...]

(5) In this section,—

informant means a person who gives information to a journalist in the normal course of the journalist's work in the expectation that the information may be published in a news medium

journalist means a person who in the normal course of that person's work may be given information by an informant in the expectation that the information may be published in a news medium

news medium means a medium for the dissemination to the public or a section of the public of news and observations on news

public interest in the disclosure of evidence includes, in a criminal proceeding, the defendant's right to present an effective defence.

[Caractères gras dans l'original; soulignement ajouté]

A. Police v. Campbell (2009)

[318] Dans *Police v. Campbell*⁴⁰², la High Court était saisie d'une demande de la police pour forcer un journaliste à révéler sa source. Des voleurs avaient dérobé 96 médailles militaires et l'un d'eux avait confessé son crime à un journaliste, qui refusait de dévoiler son identité. Le juge déterminait la marche à suivre pour appliquer l'article 68 : (i) déterminer si la présomption s'applique, (ii) identifier les questions du litige pour lesquelles la preuve est recherchée, (iii) soupeser les critères de l'art. 68(2); (iv) si l'intérêt public à la divulgation l'emporte, le tribunal peut faire une ordonnance et (v) il conserve son pouvoir discrétionnaire de rendre une telle ordonnance ou non et de déterminer son contenu⁴⁰³.

⁴⁰² *Police v. Campbell* (2009), [2010] N.Z.L.R. 483 (H.C., N.-Z.).

⁴⁰³ *Ibid.*, par. 103.

[319] Le juge constatait que les conditions de la présomption étaient présentes⁴⁰⁴ et procédait à déterminer s'il devait y être fait exception. Il soulignait qu'il devait être convaincu (*satisfied*) que l'intérêt public à la divulgation l'emporte. L'expression n'implique pas de fardeau de preuve au-delà du fardeau habituel et il s'agit d'une question assimilable à une question de fait et non de discrétion⁴⁰⁵. Ce n'est que lorsque le juge est convaincu que l'intérêt public à la divulgation est prépondérant que la discrétion doit être exercée⁴⁰⁶.

[320] L'exercice de pondération de l'intérêt public requiert de tenir compte de (i) l'intérêt public à la divulgation, qui inclut l'importance d'enquêter et d'intenter des poursuites; (ii) l'existence d'autres moyens d'obtenir la preuve (subsidiarité); (iii) l'importance de l'information recherchée; (iv) l'importance du crime; (v) le droit à une défense pleine et entière (qui peut favoriser ou défavoriser une divulgation, par exemple pour éprouver la crédibilité d'un informateur)⁴⁰⁷.

[321] En faveur de la protection des sources, le juge soulignait la nécessité de tenir compte des risques de préjudice physique ou de dommages à la propriété du journaliste et de l'effet dissuasif d'une divulgation sur la disponibilité des sources⁴⁰⁸.

[322] Enfin, l'admissibilité de la preuve peut évidemment être remise en question par les moyens usuels, dont la pertinence de la preuve et sa fiabilité⁴⁰⁹.

[323] Retenant que le vol en l'espèce est un crime grave, qu'il n'existe pas de preuve d'un préjudice important à la réputation du journaliste et qu'une ordonnance de divulgation n'aurait pas d'effet dissuasif permanent sur la disponibilité des sources⁴¹⁰, le juge concluait que la présomption était renversée et qu'il pouvait ordonner la divulgation. Néanmoins, il se refusait de le faire, mentionnant vouloir entendre le média, et soulignait qu'une ordonnance de divulgation n'était peut-être pas même nécessaire⁴¹¹. La requête était suspendue et, quelques semaines plus tard, le juge rejetait la requête en divulgation. Contraint par la décision, le journaliste avait entre-temps produit une déclaration de témoignage anticipé (*will-say*) et consentait à fournir des informations qui, indirectement, permettraient de corroborer la preuve de la Couronne sans directement dévoiler sa source⁴¹².

⁴⁰⁴ *Ibid.*, par. 85.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, par. 87 et 89-90.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, par. 103.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, par. 95-99.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, par. 100-101.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, par. 102.

⁴¹⁰ *Ibid.*, par. 106, 110 et 114.

⁴¹¹ *Ibid.*, par. 115 et 120.

⁴¹² *Police v. Campbell (No 2)* (2009), [2010] 1 N.Z.L.R. 509 (H.C., N.-Z.).

B. Blomfield v. Slater (2014)

[324] Dans *Blomfield v. Slater*⁴¹³, affaire de diffamation, la High Court était saisie de l'appel d'un jugement d'une cour de district ayant conclu qu'un blogueur ne pouvait se prévaloir de la présomption. Celui-ci publiait des informations caustiques sur le demandeur, alléguant des détournements de fonds. Le juge accueillait en partie l'appel et précisait que le blogueur était protégé par la présomption. Après avoir effectué l'exercice de pondération, il lui ordonnait néanmoins de témoigner.

[325] La qualification à titre de journaliste est tributaire de la qualification du média d'information dans lequel il a l'intention de publier, tel qu'il ressort de la définition. Si le média utilisé n'est pas un média d'information, le journaliste – même s'il l'est par ailleurs – ne peut être qualifié de journaliste⁴¹⁴. La rémunération n'est pas déterminante pour la qualification, mais l'exigence que l'informateur transmette l'information dans le cours normal de l'activité du journaliste nécessite une certaine régularité des contributions⁴¹⁵. Enfin, bien que le juge mentionne la preuve de reconnaissance par les pairs, il ne s'agit pas d'un élément central de sa conclusion sur la qualification du journaliste⁴¹⁶.

[326] Quant à la définition d'un média d'information, la définition de la loi exige une certaine régularité, puisqu'un média d'information est défini comme disséminant des nouvelles au public. Certains blogues peuvent être qualifiés de médias d'information⁴¹⁷. Bien que la piètre qualité ou l'opinion politique tranchée ne disqualifie pas automatiquement, ce sont des critères dont débat le juge. La définition d'un média d'information inclut tant la diffusion de nouvelles que les commentaires sur ces nouvelles : un média qui ne fait que commenter des nouvelles repêchées ailleurs pourrait ne pas se qualifier⁴¹⁸.

[327] Le juge concluait donc que le blogueur était un journaliste et son blogue, un média d'information. Vu l'existence d'une promesse, la présomption s'appliquait. Toutefois, il était dans l'intérêt public de divulguer l'identité des informateurs : (i) il n'y avait pas de risque de préjudice, sauf la possibilité d'actions civiles, ce qui n'est pas un facteur important; (ii) s'agissant d'un litige privé, il n'y aurait pas d'effet dissuasif sur la transmission d'informations aux médias; (iii) les

⁴¹³ *Slater v. Blomfield*, [2014] NZHC 2221, infirmant en partie *Blomfield v. Slater*, Cour de district de Manukau, n° CIV-2012-092-0001969, 26 septembre 2013, j. Blackie (N.-Z.), requête pour permission d'appeler hors délai accueillie (*Slater v. Blomfield*, [2015] NZCA 240). Selon les informations obtenues au greffe de la Cour d'appel le 27 mars 2017, l'appel (n° CA678/2014) a été abandonné le 26 mai 2016.

⁴¹⁴ *Slater v. Blomfield*, [2014] NZHC 2221, par. 44.

⁴¹⁵ *Ibid.*, par. 73.

⁴¹⁶ *Ibid.*, par. 56-59.

⁴¹⁷ *Ibid.*, par. 54 et 65.

⁴¹⁸ *Ibid.*, par. 61.

informations publiées étaient vindicatives; et (iv) leur obtention semblait illégitime. L'intérêt public à la divulgation prévalait⁴¹⁹.

9.3. Autorisations judiciaires

[328] Le *Search and Surveillance Act 2012*⁴²⁰ encadre différentes autorisations judiciaires, dont les mandats de perquisition, les autorisations d'interception de communications privées, les ordonnances d'interrogatoire⁴²¹ et les ordonnances de communication de documents. Par renvoi à l'*Evidence Act 2006*, il incorpore le privilège journalistique au régime d'autorisations, une approche préconisée par la Law Commission en 2007 afin d'offrir une plus grande cohérence entre le droit de la preuve et les autorisations judiciaires⁴²² :

136 Recognition of privilege

(1) The following privileges are recognised for the purposes of this subpart:

[...]

(i) the rights conferred on a journalist under section 68 of the Evidence Act 2006 to protect certain sources.

(2) For the purposes of this subpart, no privilege applies in respect of any communication or information if there is a *prima facie* case that the communication or information is made or received, or compiled or prepared,—

(a) for a dishonest purpose; or

(b) to enable or aid any person to commit or plan to commit what the person claiming the privilege knew, or ought reasonably to have known, to be an offence.

(3) For the purposes of this subpart, the **appropriate court** is,—

(a) in any case that involves the applicability of the rights of journalists recognised by subsection (1)(i), the High Court;

(b) in any other case, the District Court.

[Caractères gras dans l'original]

[329] Le mot *privilege* apparaît ici en lien avec la présomption de l'article 68 de l'*Evidence Act 2006*, bien qu'il ne se retrouve pas à l'article 68. Une lecture du paragraphe 136(1) ci-dessus montre que le droit des journalistes est un privilège, d'autant qu'il correspond à la définition explicitée au début de cette section⁴²³.

⁴¹⁹ *Ibid.*, par. 144 et 149-150.

⁴²⁰ *Search and Surveillance Act 2012* (N.-Z.), c. 24.

⁴²¹ Soit soumettre à un interrogatoire une personne à qui l'on a donné la possibilité de s'expliquer (art. 33 à 43).

⁴²² New Zealand Law Commission, *Search and Surveillance Powers*, Report 97, Wellington, 2007, par. 12.8-12.10.

⁴²³ La Law Commission soulignait dans son rapport sur la refonte du *Search and Surveillance Act 2012* que la protection ne crée pas de privilège, mais « *merely protects the identity of journalists' sources by granting limited non-compellability* » (*Ibid.*, par. 12.138). Elle y utilisait toutefois le

[330] Ce privilège limité n'est pas applicable si l'information est, à première vue, communiquée à des fins malhonnêtes ou est destinée à aider une personne à commettre ce que le journaliste sait ou devrait savoir être une infraction (art. 136(2)).

[331] Contrairement aux autres privilèges, c'est la High Court plutôt que la Cour de district qui a compétence pour décider des questions relatives au privilège journalistique (art. 136(3)) en matière d'autorisations judiciaires couvertes par le *Search and Surveillance Act 2012*.

9.3.1. Mandats de perquisition

[332] Les pouvoirs de perquisition de la police (art. 110-114) sont assujettis au privilège journalistique (art. 115(1)(b)). Ces pouvoirs incluent les pouvoirs d'entrer, d'user de la force, de saisir, d'emporter, de copier des documents et d'utiliser les moyens raisonnables pour avoir accès à un ordinateur. Les effets de l'applicabilité du privilège à ces pouvoirs sont multiples :

- **Empêcher la perquisition** : Le journaliste peut empêcher la perquisition de communications ou d'informations privilégiées et demander le retour ou une copie de cette communication ou information en attendant la détermination de la question par un juge (art. 142).
- **Obligation de donner une occasion de revendiquer le privilège** : Si la personne qui exécute le mandat de perquisition a des motifs raisonnables de croire qu'une chose découverte lors de la perquisition est privilégiée, elle doit donner à la personne qu'elle croit être le titulaire du privilège une occasion raisonnable de le revendiquer et, si la personne ne peut être rejointe, il peut être demandé à un juge de la High Court de se prononcer (art. 145).
- **Préservation en attendant la détermination** : Lorsque la personne qui exécute le mandat ne peut mener la perquisition en raison des restrictions mentionnées (par ex., le saisi clame son privilège), il peut préserver la chose ou la copier et la présenter devant un juge pour détermination du privilège. Il doit donner accès aux choses saisies au titulaire du privilège et ne doit pas les fouiller (art. 146).
- **Liste** : La personne qui revendique le privilège doit fournir une liste particularisée des choses privilégiées aussitôt que possible après avoir eu l'occasion de le revendiquer (art. 147).
- **Inadmissibilité** : Dans plusieurs cas, les objets déclarés privilégiés par un juge ne sont pas admissibles en preuve dans une procédure liée à l'autorisation (art. 148).

[333] Dans *Hager v. Attorney-General*⁴²⁴, il était question de la révision judiciaire par la High Court d'un mandat autorisé par une cour de district et visant le domicile d'un journaliste. Ce journaliste avait publié un livre sur les liens entre un blogueur⁴²⁵ et un parti politique. L'ordinateur du blogueur avait été piraté et le pirate avait accédé à des fichiers dont le journaliste avait ensuite eu connaissance. La police avait obtenu un mandat de perquisition pour la résidence

mot *privilege* pour qualifier la protection (*Ibid.*, par. 12.8). L'on peut clore le débat en parlant, d'une part, de privilège absolu et, d'autre part, de privilège journalistique limité.

⁴²⁴ *Hager v. Attorney General* (2015), [2016] 2 N.Z.L.R. 523 (H.C., N.-Z.).

⁴²⁵ Celui dont il était question plus tôt, *supra*, section 9.2.3.B, p. 96, par. [324] et s.

du journaliste⁴²⁶, l'avait exécuté et avait saisi de nombreux éléments en lien et moins en lien avec l'enquête, qui contenaient l'identité de sources non reliées à l'enquête⁴²⁷. Le tout fut déposé sous scellés à la High Court pour détermination du privilège. Entre-temps, le journaliste demanda la révision judiciaire du mandat.

[334] Saisie de cette demande de révision judiciaire, la High Court abordait la question du devoir de franchise (*duty of candour*⁴²⁸), qui relève de la common law. Son non-respect met en péril la validité du mandat et la perquisition qui s'ensuit⁴²⁹. Le tribunal constatait d'abord qu'il n'y avait aucune référence, dans la demande de mandat, au privilège journalistique⁴³⁰ et que cette omission était un « manquement important au devoir de franchise [traduction] »⁴³¹. Le juge concluait que le mandat était fondamentalement illégal, tout comme la perquisition qui s'ensuivit⁴³².

[335] Le juge estimait futile d'aborder précisément les autres prétentions du journaliste relativement à la légalité du mandat. Il écrivait néanmoins que la police aurait dû avoir une attitude plus proactive en avisant le journaliste par téléphone dès le départ de l'occasion de revendiquer son privilège, non pas lors de la seconde conversation téléphonique⁴³³.

[336] En plus des conditions spécifiques au privilège journalistique, certaines conditions générales encadrent toute demande de mandat de perquisition. J'en souligne quelques-unes. La demande doit contenir l'historique de toute demande de mandat connue faite dans les trois mois précédents à l'égard du même objet ainsi que leur résultat (art. 98(3)). Le tribunal a une obligation de rétention des copies des demandes ainsi que du compte rendu d'un juge jusqu'à l'achèvement de toute procédure liée au mandat s'il est délivré ou, dans les autres cas, jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans (art. 101(1)). Le juge autorisateur ou tout autre autorisateur peut exiger qu'un compte rendu de la saisie et de l'introduction de poursuites ou de leur considération lui soit soumis (art. 104). Si une demande contient une omission de nature à tromper quiconque le met en œuvre ou en est affecté, il est invalide (art. 107).

[337] Dans la jurisprudence établie avant l'introduction du privilège en droit néo-zélandais, il faut souligner l'arrêt de la Cour d'appel dans *Television New Zealand Ltd. v. Attorney General*⁴³⁴, où la police obtenait un mandat de perquisition pour

⁴²⁶ *Hager v. Attorney General* (2015), [2016] 2 N.Z.L.R. 523 (H.C., N.-Z.), par. 14.

⁴²⁷ *Ibid.*, par. 19.

⁴²⁸ Dans le présent contexte, le devoir de franchise est, tel qu'il est utilisé par le juge, un concept assimilable à l'obligation de divulgation franche et complète (*full and frank disclosure*).

⁴²⁹ *Hager v. Attorney General* (2015), [2016] 2 N.Z.L.R. 523 (H.C., N.-Z.), par. 67-68.

⁴³⁰ *Ibid.*, par. 73.

⁴³¹ *Ibid.*, par. 121.

⁴³² *Ibid.*, par. 123.

⁴³³ *Ibid.*, par. 148.

⁴³⁴ *Television New Zealand Ltd. v. Attorney-General*, [1995] 2 N.Z.L.R. 641, p. 647-648 (C.A., N.-Z.).

saisir les bandes vidéo produites par un média. Il s'agit en quelque sorte de l'affaire *Société Radio-Canada c. Lessard*⁴³⁵ à la sauce néo-zélandaise, la Cour d'appel néo-zélandaise y référant d'ailleurs nommément. Les enregistrements avaient été faits lors des célébrations du Waitangi Day, où des échauffourées avaient éclaté. Le mandat obtenu était confirmé par la High Court et la Cour d'appel. Celle-ci établissait une liste de critères pour encadrer les perquisitions dans des locaux rédactionnels, dont les suivants : (i) l'incidence de la perquisition sur les activités de diffusion de nouvelles devrait être minimale; (ii) si la perquisition a un effet dissuasif potentiel sur les sources, elle ne devrait être permise que dans les cas exceptionnels.

9.3.2. Autorisations de surveillance

[338] En vertu du *Search and Surveillance Act 2012*⁴³⁶, sauf exception, une autorisation doit être demandée pour utiliser un dispositif d'interception⁴³⁷ afin d'intercepter une communication privée, pour utiliser un dispositif de localisation⁴³⁸ et pour observer et enregistrer l'observation d'activités privées sur des lieux privés (art. 46). Une série de règles permettent au journaliste de revendiquer son privilège.

[339] Toute demande d'autorisation faisant intervenir un dispositif de surveillance⁴³⁹ doit faire état de l'historique des demandes des trois derniers mois relativement à la même personne et au même lieu, véhicule ou objet et de leur résultat. Le requérant doit faire des recherches raisonnables au sein du corps qui l'emploie (art. 49(3-4)).

[340] Le journaliste qui revendique un privilège peut empêcher la surveillance, dans la mesure où cela est praticable, à l'égard des communications protégées, en attendant que la question soit tranchée par un tribunal. La personne peut exiger la destruction des informations obtenues (art. 140(1)). Évidemment, ce droit serait en partie illusoire si la personne ne sait pas qu'elle est surveillée. Je ne me prononce donc pas sur cet aspect. Le titulaire du privilège doit fournir une liste particularisée des sujets privilégiés aussitôt que possible (art. 141).

⁴³⁵ *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, 1991 CanLII 49.

⁴³⁶ *Search and Surveillance Act 2012* (N.-Z.), c. 24.

⁴³⁷ Art. 3(1) : « **interception device**— (a) means any electronic, mechanical, electromagnetic, optical, or electro-optical instrument, apparatus, equipment, or other device that is used or is capable of being used to intercept or record a private communication (including a telecommunication); [...] » [caractères gras dans l'original].

⁴³⁸ Art. 3(1) : « **tracking device**— (a) means a device that may be used to help ascertain, by electronic or other means, either or both of the following: (i) the location of a thing or a person; (ii) whether a thing has been opened, tampered with, or in some other way dealt with; [...] » [caractères gras dans l'original].

⁴³⁹ Art. 3(1) : « **surveillance device** means a device that is any 1 or more of the following kinds of devices: (1) an interception device: (b) a tracking device: (c) a visual surveillance device » [caractères gras dans l'original].

[341] La personne qui entreprend une surveillance doit prendre toutes les mesures raisonnables pour éviter d'intercepter des communications privilégiées et détruire toutes les informations privilégiées (art. 140(2)). En cas de doute, cette personne peut demander à un juge⁴⁴⁰ de se prononcer (art. 140(3)).

[342] Si la preuve recueillie est privilégiée, elle est inadmissible dans toute procédure à moins de consentement du titulaire du privilège ou si la cour décide de l'admettre (art. 140(5)).

9.3.3. Ordonnances d'interrogatoire et de communication

[343] Une ordonnance d'interrogatoire peut être rendue par un juge à l'égard d'une personne qui connaît des informations susceptibles de constituer une preuve de certaines infractions pénales lorsque cette personne a eu l'occasion de s'expliquer et ne l'a pas fait (art. 33-43).

[344] Une ordonnance de communication de documents peut être délivrée pour obtenir des documents en possession d'une personne (art. 70-79). Ce type d'ordonnance concerne les documents, ce qui comprend les données associées à des appels ainsi que leur contenu lorsque l'opérateur d'un service de télécommunication a la capacité de stockage et stocke normalement ces données dans le cadre de son activité (art. 70).

[345] Le titulaire d'un privilège, dont le privilège journalistique, qui peut le faire valoir dans des procédures pénales, est également titulaire de ce privilège relativement à ces deux types d'ordonnances (art. 139(1)). Si le journaliste sujet à une ordonnance d'interrogatoire ou de communication refuse de dévoiler une information, le commissaire de police ou la personne concernée peut alors demander à un juge de la High Court de se prononcer sur le privilège (art. 139(2)).

⁴⁴⁰ Il s'agit ici de la Cour de district et non de la « *appropriate Court* », c'est-à-dire la High Court dans le cas des journalistes (art. 140(3); cf. art. 136(3)(a)). Au paragraphe suivant (art. 140(4)), on parle à nouveau du « *Judge of the appropriate court* ». Il n'est pas clair si cette incohérence est volontaire.

10. États-Unis

[346] Des lois-boucliers protégeant la confidentialité des sources journalistiques ont été adoptées dans la majorité des États américains et la quasi-totalité garantit un privilège journalistique limité soit par le biais de lois-boucliers, de l'interprétation de la constitution ou de la common law⁴⁴¹. La première loi-bouclier est adoptée au Maryland en 1896⁴⁴². En droit fédéral, la protection est alambiquée. La disparité des protections résulte du fait que la Cour suprême des États-Unis, dans *Branzburg v. Hayes*⁴⁴³, n'a pas reconnu de privilège journalistique en vertu du premier amendement de la constitution, bien que la formation qui a rendu la décision ait donné lieu, par sa division, à des légions d'interprétations divergentes sur l'existence d'un tel privilège.

[347] Dans cette section, je présenterai les protections en vigueur en droit fédéral dans le sillage de *Branzburg v. Hayes*, puis me pencherai sur le droit de la Californie, du Vermont et du Massachusetts. La Californie protège les sources par un privilège statutaire limité depuis 1935, devenu constitutionnel depuis. Le Vermont, qui a une loi-bouclier depuis le 17 mai 2017, offrait jusqu'alors une protection limitée par son interprétation de la Constitution des États-Unis. Enfin, le Massachusetts protège les sources par le développement de la common law.

[348] La disparité des ordres législatifs et la dualité des ordres judiciaires complexifient cette situation. Il existe autant de règles de protection des sources qu'il existe d'États, tous sujets à leur constitution et à celle des États-Unis.

10.1. Droit fédéral⁴⁴⁴

[349] Le système judiciaire fédéral étant divisé en 12 circuits régionaux en plus du circuit fédéral, il existe en théorie autant d'interprétations du droit fédéral par les cours d'appel fédérales que de circuits. En vertu du principe d'« *intracircuit precedent* »⁴⁴⁵, une décision judiciaire n'a, sauf exception, force de précédent que pour les tribunaux inférieurs parmi son ordre judiciaire (verticalité) ou pour les futures formations de la même cour d'appel (horizontalité). Une décision d'une cour d'appel fédérale d'un circuit a force de précédent sur les cours de ce circuit et sur elle-même, mais n'a qu'une valeur persuasive pour les tribunaux des autres

⁴⁴¹ Jeffrey S. Nestler, *The Underprivileged Profession: The Case for Supreme Court Recognition of the Journalist's Privilege*, (2005) 154 *University of Pennsylvania Law Review* 201, p. 203. Cet outil, quelque peu daté, permet de comparer le droit des États : Reporters Committee for Freedom of the Press, *Reporter's Privilege Compendium*, Arlington, 2010, en ligne : <http://www.rcfp.org/reporters-privilege> (page consultée le 20 mai 2017).

⁴⁴² Mary-Rose Papandrea, « Citizen Journalism and the Reporter's Privilege » (2007) 91 *Minnesota Law Review* 515, p. 516, note 4.

⁴⁴³ *Branzburg v. Hayes* (1972), 408 U.S. 665 (Cour suprême, É.-U.).

⁴⁴⁴ La législation citée dans cette section est en vigueur au 2 juin 2017.

⁴⁴⁵ Evan H. Caminker, « Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents? » (1994) 46 *Stanford Law Review* 817, p. 855.

circuits⁴⁴⁶. Bref, le droit fédéral est, à ce titre et suivant l'expression d'Alexander Hamilton, « une hydre au gouvernement »⁴⁴⁷.

10.1.1. Premier amendement et *Branzburg v. Hayes* (1972)

[350] Le premier amendement de la Constitution des États-Unis⁴⁴⁸ édicte le droit à la liberté d'expression et à la liberté de presse :

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

[Soulignement ajouté]

[351] Dans *Branzburg v. Hayes*⁴⁴⁹ (« *Branzburg* »), des journalistes avaient été cités à comparaître devant un grand jury pour identifier leurs sources. Un journaliste avait écrit sur la production de hachich au Kentucky et deux autres avaient été en contact avec le groupe des Black Panthers. Ils avaient reçu des citations à comparaître (ci-après *subpœna*) de grands jurys. Sous la plume du juge White, la majorité (5 juges) concluait à l'inexistence d'un privilège constitutionnel du journaliste pour la protection de ses sources en vertu du premier amendement dans le contexte d'un *subpœna* délivré par un grand jury. Or, le juge Powell, qui appuyait la majorité, ajoutait dans son opinion concordante que la portée de la décision de la majorité était limitée : la Cour ne concluait pas que les journalistes « étaient sans droits constitutionnels en ce qui concerne la cueillette d'informations et la protection de leurs sources [traduction] »⁴⁵⁰. Cette opinion concordante se concluait ainsi : « En bref, les tribunaux demeureront disponibles aux journalistes dans les circonstances où un intérêt légitime en vertu du premier amendement requiert une protection [traduction] »⁴⁵¹.

[352] Le juge Douglas, dissident, soulignait l'effet dissuasif d'une obligation de divulguer une source et l'érosion de la diffusion d'idées qui s'ensuivrait⁴⁵². Le juge Stewart, également dissident et appuyé par deux collègues, concluait à l'existence d'un privilège constitutionnel, avec des exceptions, après avoir qualifié de « revêche » l'interprétation donnée par la majorité au premier amendement ainsi

⁴⁴⁶ Randy J. Kozel, « The Scope of Precedent », (2014) 113 *Michigan Law Review* 179, p. 227. Voir aussi Jeffrey C. Dobbins, « Structure and Precedent », (2010) 108 *Michigan Law Review* 1453, p. 1463 et s.

⁴⁴⁷ « *Thirteen independent courts of final jurisdiction over the same causes, arising upon the same laws, is a hydra in government from which nothing but contradiction and confusion can proceed.* » (Alexander Hamilton, « A further View of the Judicial Department, in Relation to the Extent of its Powers », dans *The Federalist: A Collection of Essays Written in Favor of the New Constitution*, vol. 2, New York, J. & A. McLean, 1788, p. 304.

⁴⁴⁸ *United States Constitution*, amend. I.

⁴⁴⁹ *Branzburg v. Hayes* (1972), 408 U.S. 665 (Cour suprême, É.-U.) [*Branzburg*].

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 709.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 710.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 719-721.

que d'« énigmatique » l'opinion concordante du juge Powell⁴⁵³. La table était mise pour des décennies d'interprétation judiciaire des multiples facettes de cette décision somme toute étrange dans sa facture. Le Congrès n'a toujours pas adopté de loi-bouclier⁴⁵⁴.

10.1.2. Jurisprudence du 9^e circuit

[353] Après *Branzburg*, la jurisprudence des cours d'appel fédérales est éclectique et utilise *Branzburg* pour justifier un privilège journalistique limité en vertu du premier amendement en ce qui concerne les matières qui ne relèvent pas d'un grand jury⁴⁵⁵. Bien que la majorité dans *Branzburg* eût conclu à l'inexistence d'un privilège journalistique, les tribunaux ont utilisé l'opinion concordante du juge Powell pour justifier l'existence du privilège⁴⁵⁶, hors contexte d'un grand jury.

[354] La Cour suprême ayant parlé sans s'être prononcée à nouveau, c'est donc la jurisprudence des cours d'appel des circuits fédéraux qui, en conjonction avec *Branzburg*, établit les critères applicables en droit fédéral. Or, comme ces cours n'ont d'autorité qu'à l'intérieur de leur propre circuit, chacun des circuits offre une protection potentiellement distincte⁴⁵⁷. Par exemple, la Cour d'appel du 9^e circuit offre une protection « forte en théorie », mais en pratique « faible et volatile [traduction] »⁴⁵⁸.

[355] Dans *Shoen v. Shoen*⁴⁵⁹ (« *Shoen I* »), la Cour d'appel du 9^e circuit interprétait *Branzburg* comme conférant un privilège journalistique limité en vertu du premier amendement, notant au passage que plusieurs circuits en avaient ainsi décidé dans le passé. Ce privilège limité requiert du tribunal qu'il détermine quel est l'intérêt prépondérant parmi, d'une part, l'intérêt public au libre flot de l'information (et son sacrifice corollaire que constitue une entrave à la découverte judiciaire de la vérité) et, d'autre part, l'intérêt à la divulgation. Ce privilège est disponible en matière civile et criminelle⁴⁶⁰. La Cour d'appel adoptait un critère

⁴⁵³ *Ibid.*, p. 725.

⁴⁵⁴ Sur l'historique des échecs du *Free Flow of Information Act* de 2007 et 2009, voir Kathleen Ann Ruane, *Journalists' Privilege: Overview of the Law and Legislation in Recent Congresses*, s.l., Congressional Research Service, 2011. Voir aussi cette plus récente tentative : États-Unis, Sénat, projet de loi S.987, *Free Flow of Information Act of 2013*, 113th Congress (2013-2014).

⁴⁵⁵ Voir à ce sujet ce commentaire des juges de la Cour suprême du Vermont : *Spooner v. Town of Topsham*, 2007 VT 98, par. 8 (Cour suprême, Vermont).

⁴⁵⁶ Jeffrey S. Nestler, « The Underprivileged Profession: The Case for Supreme Court Recognition of the Journalist's Privilege », (2005) 154 *University of Pennsylvania Law Review* 201, p. 222.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 224; Joseph W. Tursi, « The Reporter's Privilege in the 21st Century: The Need for a Qualified Federal Media Shield Law that Balances Freedom of Speech with National Security Concerns », (2014), 54 *Santa Clara Law Review* 201, p. 213.

⁴⁵⁸ Lucy A. Dalglish (dir.), *Reporter's Privilege Compendium: 9th Cir.*, Arlington, 2010, Reporters Committee for Freedom of the Press, p. 2.

⁴⁵⁹ *Shoen v. Shoen* (1993), 5 F.3d 1289, p. 1292 (C.A., 9^e circuit, É.-U.) [*Shoen I*].

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 1292-1293.

d'intention pour déterminer la qualification d'une personne à titre de reporter : le matériel était-il colligé en vue de sa dissémination au public⁴⁶¹?

[356] Selon la Cour, il n'est pas nécessaire que l'information soit confidentielle pour que le journaliste puisse invoquer le privilège. Mais la non-confidentialité de l'information peut jouer dans l'opération de pondération des intérêts comme un facteur en défaveur du secret⁴⁶².

[357] Le fardeau incombe ensuite à la personne qui demande la divulgation de faire la preuve d'un besoin pressant de divulgation, ce qui implique au moins l'absence de moyens subsidiaires pour obtenir l'information. Le juge Kleinfeld, concordant, arrivait au même résultat sans fonder le privilège sur le premier amendement, mais plutôt sur une règle de procédure⁴⁶³.

[358] Deux ans plus tard, dans *Shoen v. Shoen*⁴⁶⁴ (*Shoen II*), la Cour d'appel du 9^e circuit se prononçait à nouveau dans le même litige. Le même journaliste avait été déclaré coupable d'outrage après avoir à nouveau refusé de témoigner, alors qu'un moyen subsidiaire avait été épuisé entre-temps pour obtenir l'information. La majorité décrivait le critère ainsi :

We therefore hold that where information sought is not confidential, a civil litigant is entitled to requested discovery notwithstanding a valid assertion of the journalist's privilege by a nonparty only upon a showing that the requested material is: (1) unavailable despite exhaustion of all reasonable alternative sources; (2) noncumulative; and (3) clearly relevant to an important issue in the case. We note that there must be a showing of actual relevance; a showing of potential relevance will not suffice.⁴⁶⁵

[Soulignement ajouté]

[359] En somme, selon *Shoen II*, une fois qu'un journaliste se prévaut valablement de son privilège, le fardeau incombe à la partie qui requiert la divulgation de démontrer l'intérêt opposé par les critères de subsidiarité, de non-cumul de preuve et de pertinence et d'importance.

[360] Les affaires *Shoen I* et *II* étaient des litiges civils. La Cour d'appel du 9^e circuit, tout en refusant d'accorder le privilège, semblait indiquer qu'il est disponible dans un contexte d'*habeas corpus* issu d'une affaire criminelle⁴⁶⁶. Une Cour de district a conclu, plus récemment et à l'instar de *Branzburg*, qu'il n'existe pas de privilège lorsqu'un journaliste est dûment assigné par *subpœna* par un grand jury fédéral, à moins que le *subpœna* soit délivré de mauvaise foi. *Branzburg* avait ici force de précédent⁴⁶⁷.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 1293.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 1295.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 1299 et s., citant Fed. R. Civ. P. (É.-U.), règle 26(b).

⁴⁶⁴ *Shoen v. Shoen* (1995), 48 F.3d 412 (C.A., 9^e circuit, É.-U.) [*Shoen II*].

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 416.

⁴⁶⁶ *Farr v. Pitchess* (1975), 522 F.2d 464, p. 468 (C.A., 9^e circuit, É.-U.).

⁴⁶⁷ *In re Grand Jury Subpœnas to Fainaru-Wada & Williams* (2006), 438 F. Supp. 2d 1111, p. 1116 et 1119 (Cour de district, 9^e circuit, É.-U.).

10.1.3. *Privacy Protection Act* (1980) et *subpœnas*

[361] Dans *Zurcher v. Stranford Daily*⁴⁶⁸, la Cour suprême était saisie d'un appel dans une affaire où des policiers avaient saisi des photos dans des locaux rédactionnels en vertu d'un mandat. La majorité (5 juges) concluait que, même dans les cas où les lieux perquisitionnés étaient des locaux rédactionnels où se trouvaient des personnes non suspectées de l'infraction, il n'existait aucune exigence de procéder par voie de *subpœna* plutôt que par perquisition. Un mandat exécuté raisonnablement garantirait la protection des intérêts protégés par le premier amendement, soit la protection contre les interférences avec la publication en temps opportun, la censure préalable, la dissuasion relativement aux décisions éditoriales ou encore une fouille trop large. Les juges Stewart et Marshall, dissidents, étaient d'avis qu'une perquisition dans des locaux rédactionnels, non annoncée, pouvait porter atteinte à la fonction de la presse de diffuser des nouvelles au public et que les cours inférieures avaient correctement conclu qu'un mandat de perquisition ne devait être délivré que si un *subpœna* était inopportun.

[362] Deux ans plus tard, le Congrès adoptait le *Privacy Protection Act*⁴⁶⁹, qui encadre les perquisitions dans les locaux rédactionnels. Cette loi interdit la perquisition de « *work product materials* » (±matériel non publié) ou encore de « *documentary materials* » (±supports contenant une information) en possession d'une personne dont on peut raisonnablement croire qu'elle est impliquée dans la diffusion d'un média au public. Diverses exceptions sont prévues.

[363] Ces deux types de matériel ne sont pas nécessairement mutuellement exclusifs. Les *work product materials* sont définis comme des documents qui sont créés en vue de leur diffusion au public et qui contiennent des conclusions, opinions ou autres opérations intellectuelles⁴⁷⁰, s'apparentant au matériel journalistique non publié. Les *documentary materials* désignent les supports matériels sur lesquels sont enregistrées des informations (imprimés, manuscrits, photos, vidéos, etc.)⁴⁷¹.

[364] Deux niveaux de protection sont prévus en fonction du type de matériel. Pour les *work product materials*, le journaliste n'est pas protégé si :

- (1) Il y a des motifs raisonnables de croire qu'il est en possession du matériel et a commis ou commet l'infraction criminelle liée, sauf exception⁴⁷².

⁴⁶⁸ *Zurcher v. Stranford Daily* (1978), 436 U.S. 547 (Cour suprême, É.-U.).

⁴⁶⁹ *Privacy Protection Act 1980*, 42 U.S.C. § 2000aa.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, § 2000aa-7(b).

⁴⁷¹ *Ibid.*, § 2000aa-7(a). Sur la distinction et le problème qu'elle pose à l'ère numérique, voir Elizabeth B. Uzelac, « Reviving the Privacy Protection Act of 1980 », (2013) 107 *Northwestern University Law Review* 1437. p. 1440.

⁴⁷² **Exception à l'exception** : Si l'infraction consiste en la seule obtention, possession, communication ou conservation de tels documents, la saisie n'est pas possible. **Triple exception** : S'il s'agit d'information classifiée ou relevant de la défense nationale ou encore notamment de pédopornographie, la saisie est permise (42 U.S.C. § 2000aa(a)(1)).

(2) Il y a des raisons de croire que la saisie immédiate du matériel est nécessaire pour prévenir la mort ou un préjudice corporel sérieux.

[365] Pour ce qui est des *documentary materials* autres que des *work products materials*, leur protection est moindre. En plus des deux exceptions ci-dessus, le journaliste n'est pas protégé contre une perquisition si :

(3) Il y a des raisons de croire que l'utilisation d'un *subpoena* résulterait en la destruction, altération ou dissimulation de ce matériel; ou

(4) La partie n'a pas obtempéré à un *subpoena* et les voies de recours en appels sont épuisées ou il existe des raisons de croire que les délais d'enquêtes ou de procédures liées au *subpoena* mettraient en péril les intérêts de la justice.

[366] Un recours civil en dommages est prévu contre l'État⁴⁷³.

[367] Cette loi témoigne d'une volonté législative de préférer le *subpoena* aux perquisitions, mais elle n'affecte pas la nécessité de fournir une preuve lorsqu'un journaliste est dûment assigné par *subpoena*⁴⁷⁴. Une auteure estime que son archaïsme, dans le contexte informationnel et médiatique actuel, plombe sa réelle efficacité par une série d'ambiguïtés sur son champ d'application et la nature réelle des intérêts constitutionnels qu'elle protège : protège-t-elle la vie privée, comme son titre l'indique, ou encore la liberté d'expression ou des intérêts économiques légitimes⁴⁷⁵?

10.1.4. Un privilège reconnu par la common law?

[368] Il est aussi possible que la common law gouverne le privilège là où ni la Constitution des États-Unis, ni une loi, ni la Cour suprême n'a réglé la question. Les *Federal Rules of Evidence*⁴⁷⁶ prévoient un privilège résiduel :

Rule 501. Privilege in General

The common law — as interpreted by United States courts in the light of reason and experience — governs a claim of privilege unless any of the following provides otherwise:

- the United States Constitution;
- a federal statute; or
- rules prescribed by the Supreme Court.

But in a civil case, state law governs privilege regarding a claim or defense for which state law supplies the rule of decision.

[369] Cette possibilité a été discutée dans certaines décisions, dont dans une décision de la Cour d'appel du circuit du District de Columbia, où un des juges

⁴⁷³ *Privacy Protection Act 1980*, 42 U.S.C. § 2000aa-6(a).

⁴⁷⁴ Jeffrey S. Nestler, « The Underprivileged Profession: The Case for Supreme Court Recognition of the Journalist's Privilege », (2005) 154 *University of Pennsylvania Law Review* 201, p. 232.

⁴⁷⁵ Elizabeth B. Uzelac, « Reviving the Privacy Protection Act of 1980 », (2013) 107 *Northwestern University Law Review* 1437, p. 1447 et 1455-1462.

⁴⁷⁶ Fed. R. Evid., règle 501.

écrivait que la règle 501 a pour effet de ne pas figer la question de la création de nouveaux privilèges⁴⁷⁷. Mais la formation était loin d'être unanime :

The Court is not of one mind on the existence of a common law privilege. Judge Sentelle would hold that there is no such common law privilege for reasons set forth in a separate opinion. Judge Tatel would hold that there is such a common law privilege. Judge Henderson believes that we need not, and therefore should not, reach that question. However, all believe that if there is any such privilege, it is not absolute and may be overcome by an appropriate showing. All further believe, for the reasons set forth in the separate opinion of Judge Tatel, that if such a privilege applies here, it has been overcome. Therefore, the common law privilege, even if one exists, does not warrant reversal.⁴⁷⁸

[370] Ici aussi, ce portrait parcellaire montre l'incertitude quant à l'existence d'un privilège journalistique en common law⁴⁷⁹.

10.1.5. Directives fédérales

[371] Une autre source de droit se trouve dans le *Code of Federal Regulations*⁴⁸⁰, qui contient des directives fédérales du ministère de la Justice sur l'obtention d'information de la part de membres des médias, leur interrogatoire, arrestation ou mise en accusation par les autorités (§ 50.10). Étant donné que ces directives ne créent aucun droit substantiel ou procédural (§ 50.10(j)), je ne mentionnerai que quelques principes. Au-delà de plusieurs exceptions, une autorisation du procureur général est nécessaire pour la délivrance d'un *subpœna* à l'égard d'un membre des médias (§ 50.10(c)(1)). Le procureur général devrait s'inspirer, dans ses décisions à cet égard, de certains des principes contenus dans cette politique, dont de la subsidiarité et de l'importance de la preuve recherchée (§ 50.10(c)(4)).

⁴⁷⁷ *In re: Grand Jury Subpœna to Judith Miller* (2005), 397 F.3d 964, p. 994 (C.A., circuit du District de Columbia, É.-U., juge Tatel, concordant), requête pour une révision *en banc* rejetée (*In re: Grand Jury Subpœna to Judith Miller* (2005), 405 F.3d 17 (C.A., circuit du District de Columbia, É.-U.)); *certiorari* refusé (*Miller v. United States* (2005), 125 S. Ct. 2977 (Cour suprême, É.-U.)).

⁴⁷⁸ *In re: Grand Jury Subpœna to Judith Miller* (2005), 397 F.3d 964, p. 973 (C.A., circuit du District de Columbia, É.-U.).

⁴⁷⁹ Bien qu'il ne s'agisse d'un privilège comparable, je note que la Cour suprême a utilisé cette disposition, en 1996, pour reconnaître un nouveau privilège pour les psychothérapeutes (*Jaffee v. Redmond* (1996), 518 U.S. 1 (Cour suprême, É.-U.)).

⁴⁸⁰ 28 C.F.R., § 50.10 (*Policy regarding obtaining information from, or records of, members of the news media; and regarding questioning, arresting, or charging members of the news media*).

10.2. Californie⁴⁸¹

10.2.1. Historique

[372] La Californie a adopté une loi-bouclier en 1935. La disposition était alors contenue dans le *Code of Civil Procedure*⁴⁸². En 1965, la disposition fut incorporée à l'*Evidence Code*⁴⁸³. Cette disposition a été amendée dans les années 1970 pour étendre la protection au matériel non publié⁴⁸⁴. Ce texte de loi, dans une forme quasi identique, a été incorporé à la Constitution de la Californie en 1980 après une consultation référendaire⁴⁸⁵.

10.2.2. Constitution de la Californie

[373] La version actuelle de cette disposition-bouclier se retrouve à l'article 1^{er}, paragraphe 2(b) de la Constitution de la Californie, la disposition quasi identique de l'article 1070 de l'*Evidence Code* demeurant en vigueur :

Article I

Sec. 2 (a) [...]

(b) A publisher, editor, reporter, or other person connected with or employed upon a newspaper, magazine, or other periodical publication, or by a press association or wire service, or any person who has been so connected or employed, shall not be adjudged in contempt by a judicial, legislative, or administrative body, or any other body having the power to issue subpoenas, for refusing to disclose the source of any information procured while so connected or employed for publication in a newspaper, magazine or other periodical publication, or for refusing to disclose any unpublished information obtained or prepared in gathering, receiving or processing of information for communication to the public.

Nor shall a radio or television news reporter or other person connected with or employed by a radio or television station, or any person who has been so connected or employed, be so adjudged in contempt for refusing to disclose the source of any information procured while so connected or employed for news or news commentary purposes on radio or television, or for refusing to disclose any unpublished information obtained or prepared in gathering, receiving or processing of information for communication to the public.

⁴⁸¹ La législation citée dans cette section est en vigueur au 20 mai 2017.

⁴⁸² *Code of Civil Procedure* (Californie), § 1881, adopté par Cal. Stat. 1935, ch. 532, § 1. Sur l'historique de cette disposition, voir *Delaney v. Superior Court* (1990), 50 Cal. 3d 785, p. 795 (Cour suprême, Californie).

⁴⁸³ *Evidence Code* (Californie), § 1070, ajouté par Cal. Stat. 1965, ch. 299, § 2.

⁴⁸⁴ Cal. Stat. 1974, ch. 1456, § 2; *Delaney v. Superior Court* (1990), 50 Cal. 3d 785, p. 796 (Cour suprême, Californie).

⁴⁸⁵ *California Constitution*, art. 1, sec. 2(b); voir à ce sujet ce compendium, quelque peu daté : Lucy A. Dalglish (dir.), *Reporter's Privilege Compendium: California*, Reporters Committee for Freedom of the Press, 2010, Arlington.

As used in this subdivision, “unpublished information” includes information not disseminated to the public by the person from whom disclosure is sought, whether or not related information has been disseminated and includes, but is not limited to, all notes, outtakes, photographs, tapes or other data of whatever sort not itself disseminated to the public through a medium of communication, whether or not published information based upon or related to such material has been disseminated.

[Soulignement ajouté]

[374] Ainsi, le personnel rédactionnel, défini de façon large, est protégé contre l’inculpation d’outrage au tribunal lorsqu’il refuse de dévoiler une source d’information ou tout matériel non publié, ce qui a été interprété comme étant large⁴⁸⁶ et ne requiert pas que l’information ait été obtenue sur la base d’une promesse de confidentialité⁴⁸⁷. Le matériel couvert inclut l’identité de la source de toute information obtenue dans le cadre du lien d’emploi ou autre ainsi que toute information non publiée obtenue ou préparée en vue de sa communication au public. Le critère d’intention est évident.

[375] Cette protection n’est toutefois pas absolue. En matière civile, lorsque le personnel rédactionnel n’est pas partie à la procédure, le privilège est absolu. Toutefois, lorsque le personnel rédactionnel est partie au litige, la protection s’amenuise, puisque l’outrage au tribunal n’est plus le seul remède disponible, un journaliste pouvant faire l’objet d’autres sanctions comme l’inscription d’un jugement (≠jugement par défaut) contre lui⁴⁸⁸.

[376] En matière criminelle, le privilège doit être pondéré avec le droit à un procès juste et équitable de l’accusé, qui doit démontrer qu’il existe une « possibilité raisonnable que l’information aid[e] sa défense de manière importante [traduction] »⁴⁸⁹. Le cas échéant, le tribunal pondère : (i) la confidentialité de l’information, (ii) l’intérêt protégé par le droit à la protection des sources; (iii) l’importance de l’information pour le défendeur et (iv) la subsidiarité, quoique ce dernier critère ne soit pas absolu⁴⁹⁰. Contrairement à l’accusé, l’autorité poursuivante ne peut se prévaloir d’un intérêt similaire au droit à un procès équitable pour réduire la portée de la disposition constitutionnelle⁴⁹¹.

10.2.3. *Code of Civil Procedure*

[377] Le *Code of Civil Procedure*⁴⁹² ajoute à ces protections certaines garanties procédurales en matières civiles et criminelles⁴⁹³ : (i) un témoignage ou une

⁴⁸⁶ *Delaney v. Superior Court* (1990), 50 Cal. 3d 785, p. 798 (Cour suprême, Californie).

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 805.

⁴⁸⁸ *Mitchell v. Superior Court* (1984), 37 Cal. 3d 268, p. 274 (Cour suprême, Californie).

⁴⁸⁹ *Delaney v. Superior Court* (1990), 50 Cal. 3d 785, p. 808 (Cour suprême, Californie).

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 809-813.

⁴⁹¹ *Miller v. Superior Court* (1999), 21 Cal. 4th 883, p. 895 et 901 (Cour suprême, Californie).

⁴⁹² *Code of Civil Procedure* (Californie), sec. 1986.1, amendé par Cal. Stat. 2013, ch. 519, sec. 1.

⁴⁹³ Malgré son titre, le *Code of Civil Procedure* précise bel et bien que les protections s’appliquent en matière criminelle également, du moins à certains égards. Voir Californie, Sénat, projet de

preuve produite par un journaliste assigné à comparaître ne constitue pas une renonciation au droit constitutionnel à la protection des sources; (ii) sauf exception, un journaliste a droit à un préavis de cinq jours donné par la partie qui l'assigne. (iii) Depuis 2013⁴⁹⁴, lorsqu'un tiers est assigné par *subpoena* pour la production de documents journalistiques, la partie qui l'assigne doit, sauf exception, également en notifier le journaliste en donnant des explications sur l'importance du matériel et l'absence de moyen subsidiaire. Essentiellement, cette nouvelle disposition et cette exigence procédurale pourraient viser l'infonuagique et les autres documents en possession de fournisseurs de services numériques en obligeant la notification du journaliste. Enfin, (iv) un juge a une obligation minimale de motiver sa décision lorsqu'il déclare un journaliste coupable d'outrage en matière criminelle en décrivant comment la preuve recherchée sera importante pour la partie qui la recherche.

10.3. Vermont⁴⁹⁵

[378] Le 17 mai 2017, le gouverneur du Vermont signait une toute nouvelle loi-bouclier⁴⁹⁶ adoptée au printemps par la législature⁴⁹⁷. Avant l'entrée en vigueur de cette loi, l'interprétation du premier amendement de la Constitution des États-Unis par les tribunaux de l'État avait donné naissance à un critère en deux étapes pour déterminer la protection. Cette section aborde néanmoins l'état du droit avant l'entrée en vigueur de la loi-bouclier afin de faire un portrait complet des possibilités juridiques qui s'offrent aux États américains pour protéger les sources, soit dans ce cas, l'interprétation d'une disposition constitutionnelle.

10.3.1. Loi-bouclier de mai 2017

[379] Le nouvel *Act Relating to a News Media Privilege*⁴⁹⁸ contient une interdiction à première vue absolue de contraindre un journaliste à révéler des nouvelles ou informations obtenues sous le sceau de la confiance, incluant l'identité de la source ou des nouvelles ou informations non publiées (§ 1616(b)(1)(A)). Dans le

loi S.B. 558, *An Act to Amend Section 1986.1 of the Code of Civil Procedure, Relating to Reporters*, sess. 2013-2014, plus particulièrement le préambule. Voir aussi Paula D. Salinger, « California's Media Shield Law: Is it Possible to Simultaneously Protect the Free Flow of Information and Due Process Rights? », (2001) 32 *McGeorge Law Review* 801, p. 806.

⁴⁹⁴ Californie, Sénat, projet de loi S.B. 558, *An Act to Amend Section 1986.1 of the Code of Civil Procedure, Relating to Reporters*, sess. 2013-2014.

⁴⁹⁵ Cette section présente l'état du droit *avant* l'entrée en vigueur du projet de loi qui a reçu l'approbation du gouverneur le 17 mai 2017 (Vermont, projet de loi S.96, *An Act Relating to a News Media Privilege*, sess. 2017-2018, ch. 219, qui s'insère dans 12 V.S.A. § 1616).

⁴⁹⁶ *Ibid.*, § 1616.

⁴⁹⁷ Vermont, *Journal of the Senate*, 23 mars 2017, p. 314; Vermont, *Journal of the House*, 20 avril 2017, p. 760; Vermont, *Journal of the Senate*, 18 mai 2017, p. 1651.

⁴⁹⁸ Vermont, projet de loi S.96, *An Act Relating to a News Media Privilege*, sess. 2017-2018, ch. 219, qui s'insère dans 12 V.S.A. § 1616.

cas de l'information obtenue sans promesse de confidentialité, la même interdiction vaut, mais il y est fait exception si (i) les nouvelles ou l'information sont hautement importantes à une question dont est saisi le tribunal ou corps, (ii) sous réserve du principe de subsidiarité et (iii) s'il y a un besoin important de divulgation (§ 1616(b)(2)). La loi contient une définition large du journaliste et du journalisme, adopte un critère d'intention de publication (§ 1616(a)) et précise que la publication de l'information ne constitue pas une renonciation à la protection (§ 1616(c)).

10.3.2. Protection constitutionnelle

[380] Tout juste après *Branzburg*, dans *State v. St. Peter*⁴⁹⁹ (1974), la Cour suprême du Vermont reconnaissait l'existence d'un privilège journalistique limité en vertu du premier amendement de la Constitution des États-Unis et non de la disposition constitutionnelle étatique⁵⁰⁰. Un journaliste s'était présenté au quartier général de la police tout juste avant qu'elle entame une opération antidrogue. On le questionnait sur la source qui lui avait donné vent de l'opération. La Cour prenait acte de l'opinion majoritaire de la Cour suprême dans *Branzburg* et notait que, malgré l'absence de reconnaissance d'un privilège constitutionnel, la Cour suprême y avait reconnu l'importance de la liberté de presse. Elle notait que l'opinion concordante du juge Powell exprimait une préoccupation à l'égard de l'utilisation du journalisme comme technique d'enquête par l'État. Soulignant la libéralité des règles d'enquête judiciaire au Vermont, elle concluait qu'un journaliste légitimement protégé par le premier amendement pouvait refuser de répondre aux questions en matière criminelle, sauf si étaient mises en preuve (i) l'absence de moyen subsidiaire et (ii) l'importance et la pertinence de la preuve quant à la culpabilité ou l'innocence de l'accusé⁵⁰¹.

[381] Plus récemment, dans *In Re Inquest Subpœna (WCAX)*⁵⁰² (2005), un *subpœna* avait été demandé pour forcer un média à remettre des enregistrements d'une manifestation sur un campus. La Cour infirmait le jugement de première instance et confirmait la validité du *subpœna*. Le matériel concerné n'était confidentiel à proprement parler. Elle appliquait *Branzburg*, ne se formalisait pas de la concordance du juge Powell et estimait que le fait de procéder par grand jury ou par enquête ne constitue pas une différence importante, l'objectif demeurant la détermination de savoir si un crime a été commis⁵⁰³. Elle distinguait également *State v. St. Peter*, au motif qu'il s'agissait ici d'une enquête par l'État⁵⁰⁴. Ne s'agissant pas d'information confidentielle, le média n'avait pas de privilège en

⁴⁹⁹ *State v. St. Peter* (1974), 315 A.2d 254, p. 256 (Cour suprême, Vermont).

⁵⁰⁰ *Vermont Constitution*, ch. I, art. 13 : « *That the people have a right to freedom of speech, and of writing and publishing their sentiments, concerning the transactions of government, and therefore the freedom of the press ought not to be restrained.* »

⁵⁰¹ *State v. St. Peter* (1974), 315 A.2d 254, p. 256 (Cour suprême, Vermont).

⁵⁰² *In Re Inquest Subpœna (WCAX)*, 2005 VT 103 (Cour suprême, Vermont).

⁵⁰³ *Ibid.*, par. 6-13.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, par. 14.

vertu du premier amendement, limité ou absolu, de refuser de dévoiler la preuve d'une infraction qui est pertinente et matérielle à une enquête criminelle⁵⁰⁵.

[382] Deux ans plus tard, la Cour suprême du Vermont, dans *Spooner v. Town of Topsham*⁵⁰⁶, a confirmé le principe de *State v. St. Peter*. Elle était saisie d'un dossier où un demandeur poursuivait une ville pour une pratique discriminatoire à l'embauche. Le demandeur et la ville avaient assigné un journaliste présent lors des délibérations publiques du comité de sélection des candidats au poste. L'information recherchée n'était pas confidentielle. La Cour décidait que ce genre d'information pouvait être protégé, parce que la révéler pouvait avoir un intérêt dissuasif sur le libre flot de l'information. Or, l'intérêt protégé devait avoir un poids moindre lorsque l'information n'était pas confidentielle. Appliquant le raisonnement de *State v. St. Peter*, la Cour décidait que (i) la preuve ne pouvait être obtenue autrement qu'en interrogeant le journaliste et que (ii) la preuve était pertinente à la détermination l'affaire. La détermination d'une question importante était l'équivalent civil de la culpabilité ou l'innocence en matière criminelle. Le risque de dissuasion causé par une divulgation n'était pas réel et ne mettait pas réellement en péril la capacité de la presse à couvrir l'information. Elle refusait donc de casser le *subpœna*.

[383] Il s'avère que la Cour suprême du Vermont, plutôt que de se fonder sur l'article 13 de la Constitution du Vermont, montre une préférence pour un privilège journalistique fondé sur le premier amendement de la constitution américaine⁵⁰⁷. Ce privilège est limité et fait intervenir les exceptions de subsidiarité et de pertinence de la preuve recherchée pour la détermination d'une question importante et ne s'appliquerait pas lorsqu'il s'agit pour l'État de rechercher la preuve de la commission d'un crime.

10.4. Massachusetts⁵⁰⁸

[384] J'ajoute quelques mots sur le Massachusetts, dont les tribunaux ont reconnu une protection fondée sur la common law. En 1980, dans *In the Matter of Walter F. Roche, Jr.*, la Supreme Judicial Court of Massachusetts rejetait l'appel d'un journaliste reconnu coupable d'outrage au tribunal après avoir refusé de témoigner dans le contexte d'une instance disciplinaire où un juge était intimé pour inconduite. Un des juges estimait qu'il n'existait pas de privilège journalistique en vertu du premier amendement de la Constitution des États-Unis. Le journaliste n'avait pas plaidé la règle de common law. Même s'il y avait

⁵⁰⁵ *Ibid.*, par. 21.

⁵⁰⁶ *Spooner v. Town of Topsham*, 2007 VT 98, par. 11, 16-17 et 20 (Cour suprême, Vermont).

⁵⁰⁷ Voir, sur ce sujet, *ibid.*, note 4 (Cour suprême, Vermont), où la Cour indique qu'elle limite ses conclusions à une analyse du premier amendement. Dans *Grievance of Morrissey* (1987), 538 A.2d 678, p. 689 (Cour suprême, Vermont), elle refusait de se prononcer sur la question de savoir si l'article 13 offrait une plus grande protection que le premier amendement pour les lanceurs d'alerte du secteur public.

⁵⁰⁸ La législation citée dans cette section est en vigueur au 20 mai 2017.

consensus sur le résultat, le juge Abrams remarquait, en *obiter dictum*⁵⁰⁹, qu'il était approprié que la question du privilège issu de la common law fût traitée dans le futur⁵¹⁰. Deux autres juges estimaient que cette remarque était déplacée.

[385] En 1985, la Supreme Judicial Court of Massachusetts rejetait une requête de la Governor's Press Shield Law Task Force pour que la Cour édicte un privilège journalistique limité⁵¹¹. La Cour estimait que, même si elle avait peut-être la compétence pour énoncer une telle règle, il n'était pas approprié de le faire en raison du manque de consensus. Selon la Cour, la common law répondait aux besoins de façon appropriée en évaluant chaque cas comme un cas d'espèce et en évitant tout dogmatisme.

[386] Puis en 1991, dans *In the Matter of a John Doe Grand Jury Investigation*⁵¹², la Cour concluait, dans le cadre d'une procédure devant un grand jury qui avait cité deux reporters à comparaître, que les principes de common law permettaient à un juge de refuser l'exécution du *subpoena* d'un grand jury à l'endroit de reporters. Un tribunal, ce faisant, devait soupeser les intérêts en présence : l'intérêt du public à la preuve fournie par toute personne contre l'intérêt public au libre flot de l'information. Devant l'existence d'une preuve subsidiaire, la Cour décidait que le juge de première instance était justifié de refuser l'exécution du *subpoena*, bien qu'elle jugeât approprié, pour d'autres motifs, de procéder à nouveau à la pondération des intérêts.

[387] Enfin, je note que la Supreme Judicial Court a énoncé que, malgré qu'elle ne reconnût pas de privilège en vertu du premier amendement, les tribunaux devaient néanmoins tenir compte de l'effet d'une divulgation sur les valeurs qui découlent du premier amendement et de l'article XVI de la Constitution du Massachusetts, qui protège la liberté d'expression⁵¹³. Le Massachusetts a été témoin de plusieurs tentatives de modifier cette règle par l'introduction d'une loi-bouclier, dont la plus récente est en cours⁵¹⁴.

⁵⁰⁹ Soit un commentaire ou raisonnement secondaire et non nécessaire au raisonnement d'une décision, qui n'a pas de valeur de précédent, bien qu'il puisse avoir une force persuasive (Bryan A. Garner (dir.), *Black's Law Dictionary*, 7^e éd., St. Paul, West Group, 1999, « *obiter dictum* »).

⁵¹⁰ *In the Matter of Walter F. Roche, Jr.* (1980), 381 Mass. 624, p. 638 (Sup. Jud. Ct. of Mass., É.-U.).

⁵¹¹ *Petition for the Promulgation of Rules Regarding the Protection of Confidential News Sources and Other Unpublished Information* (1985), 395 Mass. 164 (Sup. Jud. Ct. of Mass., É.-U.).

⁵¹² *In the Matter of a John Doe Grand Jury Investigation* (1991), 410 Mass. 596 (Sup. Jud. Ct. of Mass., É.-U.).

⁵¹³ *Massachusetts Constitution*, Part the First, art. XVI, tel que remplacé par les *Articles of Amendments*, art. LXXVII. Voir *Petition for the Promulgation of Rules Regarding the Protection of Confidential News Sources and Other Unpublished Information* (1985), 395 Mass. 164, p. 171 (Sup. Jud. Ct. of Mass., É.-U.).

⁵¹⁴ Parmi les dernières en lice : Massachusetts, Chambre, projet de loi H.1553, *An Act Providing against Compelled Disclosure of Certain Information by the News Media*, 188th General Ct. of Mass. (2013-2014); Massachusetts, Chambre, projet de loi H.1533, *An Act Providing against Compelled Disclosure of Certain Information by the News Media*, 189th General Ct. of Mass. (2015-2016); Massachusetts, Chambre, projet de loi H.762, *An Act Providing against Compelled Disclosure of Certain Information by the News Media*, 190th General Ct. of Mass. (2017-2018).

CONCLUSION

[388] Il ressort des régimes étudiés un mouvement vers une formalisation graduelle des règles de protection des sources. J'entends par formalisation un abandon de la discrétion judiciaire en common law ou encore l'encadrement strict des exceptions à l'immunité relative. La discrétion, dans certains cas, se métamorphose en question de fait. Il n'en demeure pas moins que la pondération d'intérêts publics divergents demeure au centre de l'activité judiciaire et qu'une discrétion persiste quant à l'étendue de la divulgation ordonnée, le cas échéant.

[389] On remarque également que cette graduelle sédimentation de la protection des sources s'accompagne généralement d'un renversement du fardeau de présentation : si le journaliste répond aux critères préalables à la protection, le fardeau de preuve appartient à la partie qui requiert la divulgation. Dans plusieurs cas, cette preuve est ardue, car elle requiert de montrer comment une preuve inconnue aura un effet prévisible sur une question importante.

A. Entre droit et faculté

[390] Qui est le titulaire véritable du droit à la protection des sources : le journaliste, l'informateur ou l'État de droit? Dans certaines juridictions, on remarque que la source ne peut pas renoncer, au nom du journaliste, à la protection (Norvège, Allemagne). Autrement dit, le journaliste est le seul à pouvoir exercer la faculté, même si la source se dédit de sa protection. Bien qu'il soit question, formellement, d'un *droit* du journaliste dans certains instruments législatifs, ce n'est pas un droit au sens strict – qui impliquerait un sujet qui l'exerce dans son intérêt ou celui d'autrui –, mais bien une exception à la contraignabilité, une prérogative exerçable ou non, une *faculté* dont l'objet est diffus. Contrairement au professionnel qui a une obligation de confidentialité ou au fonctionnaire qui a un devoir de discrétion⁵¹⁵, il s'agit ici d'une faculté dont le journaliste n'est redevable, juridiquement, à personne sauf – dans l'abstrait – à la profession⁵¹⁶ et à l'intérêt public. Cette conception du droit comme faculté ressort d'ailleurs des règles de procédure qui indiquent dans certains cas au tribunal – sauf méconnaissance évidente du journaliste – de ne pas l'instruire d'office de sa faculté (Allemagne), ce qui s'éloigne de la conception québécoise du secret professionnel, assuré d'office

⁵¹⁵ *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 283-284.

⁵¹⁶ En effet, cette conception du droit à la confidentialité de la source peut être vue comme participant de l'éthique journalistique. Voir Eric Barendt, *Anonymous Speech: Literature, Law and Politics*, Oxford, Hart, 2016, p. 111 et 118.

par le tribunal⁵¹⁷. Seule la Suède se distingue en conférant un droit à l'informateur et en imposant une obligation – et sanction – au journaliste.

[391] À cette enseigne, le projet de loi S-231 adopté par le Sénat le 11 avril 2017 prévoit que le tribunal peut souligner d'office le droit du journaliste de s'opposer à divulguer sa source⁵¹⁸, une solution mitoyenne. Il qualifie indirectement, dans les modifications proposées au *Code criminel*, la protection des sources de « droit du journaliste à la confidentialité dans le processus de collecte et de diffusion d'information » ou, en anglais, de « *right to privacy* »⁵¹⁹. On y lit, enfin, que le journaliste peut « s'opposer à divulguer »⁵²⁰ sa source, une légère variation lexicale sur le thème constant des formulations étudiées dans ce rapport.

B. Frugalité législative et thèse fonctionnaliste

[392] L'absence de trop grande précision législative sur la portée personnelle véritable des dispositions protectrices ne pose pas trop problème à l'ère des blogues et des réseaux dits sociaux (Nouvelle-Zélande, Norvège), où l'appareil judiciaire a pu circonscrire la zone franche séparant l'activité journalistique des autres formes d'expression. L'approche fonctionnelle discutée par Van Enis⁵²¹ ou l'analyse de l'intention derrière la communication d'une information semblent appropriées pour répondre à la diversité des cas de figure qui se présenteront devant les tribunaux. Cette frugalité textuelle n'est pas entièrement incompatible à la tradition juridique québécoise.

C. Emplacement des dispositions

[393] L'emplacement le plus fréquent des dispositions dans les corpus juridiques, soit parmi les règles de preuve ou de procédure, témoigne probablement de ce désir délibéré ou non de s'éloigner de la conception d'un secret des sources comme d'un secret professionnel, qui serait détenu par le journaliste en faveur de sa source. En effet, bien que l'exemption soit souvent placée à la suite des autres immunités testimoniales relevant du secret professionnel, elle demeure souvent sujette à des règles légèrement différentes de mise en pratique. Cela contribue d'ailleurs à désamorcer la réminiscence du malaise qu'éprouve le tribunal lorsqu'il est confronté à l'illégalité du comportement d'une source (Norvège, Nouvelle-

⁵¹⁷ *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 284; *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 9.

⁵¹⁸ Projet de loi S-231, *Loi modifiant la Loi sur la preuve au Canada et le Code criminel (protection des sources journalistiques)*, 42^e lég. (Can.), 1^{re} sess., 2017 (troisième lecture, 11 avril 2017), art. 2, modifiant l'art. 39.1(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5.

⁵¹⁹ Projet de loi S-231, *Loi modifiant la Loi sur la preuve au Canada et le Code criminel (protection des sources journalistiques)*, 42^e lég. (Can.), 1^{re} sess., 2017 (troisième lecture, 11 avril 2017), art. 3, modifiant l'art. 488.01(3)b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

⁵²⁰ Projet de loi S-231, *Loi modifiant la Loi sur la preuve au Canada et le Code criminel (protection des sources journalistiques)*, 42^e lég. (Can.), 1^{re} sess., 2017 (troisième lecture, 11 avril 2017), art. 2, modifiant l'art. 39.1(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5.

⁵²¹ Quentin Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, nos 509-513.

Zélande) : le journaliste peut alors suivre une déontologie propre qui n'a pas pour objet l'intérêt d'un client, mais plutôt et surtout ceux du public et du droit à l'information.

[394] Ces considérations posent la question de l'interprétation à donner à l'article 2858 du *Code civil du Québec* sur l'admissibilité d'un élément de preuve obtenu dans des conditions qui violent les droits fondamentaux advenant une protection des sources en droit québécois.

D. Traçabilité, reddition de compte, publicité et secret

[395] La question de la traçabilité des autorisations judiciaire pose la question de la conjugaison du secret nécessaire des mesures de surveillance avec une reddition de compte efficace. Qui garde le gardien? Comment assurer un contrôle amont? Les réponses sont diversifiées. On peut donner une occasion au journaliste de clamer son privilège sur le fait (Nouvelle-Zélande); on peut évidemment déclarer d'avance la preuve inadmissible (Nouvelle-Zélande); on peut mettre à l'amende la personne physique qui mène la surveillance interdite au nom de l'État (Suède) ou prévoir un recours en dommages (États-Unis); et on peut fournir un *amicus curiae* au journaliste absent (Norvège). Une solution consiste aussi à confier la responsabilité juridictionnelle de certaines procédures au procureur général plutôt qu'à l'autorité poursuivante habituelle (Suède).

[396] Le principe de publicité des débats judiciaires est confronté au secret nécessaire des enquêtes policières. Si les risques d'une procédure *ex parte* ou secrète peuvent être en partie neutralisés par la présence d'un *amicus curiae* (Norvège), d'autres solutions poignent à l'horizon, telles que l'établissement d'un organe de vérification indépendant (Norvège, Belgique en matière de renseignement et Royaume-Uni) ou encore l'obligation de donner une occasion raisonnable au journaliste de revendiquer son privilège (Nouvelle-Zélande). En raison du secret de l'instruction ou des procédures à huis clos en la matière, une des pierres d'achoppement demeure l'absence de corpus jurisprudentiel substantiel permettant l'interprétation des dispositions législatives (Norvège, Belgique).

E. Les modes de participation criminelle : une porte dérobée

[397] Des juridictions ont dû ajuster le tir dans des situations où les pouvoirs publics avaient contourné les protections en faisant du journaliste un suspect d'une enquête pour abus de confiance sur la base de conjectures. En effet, la seule possession d'un document par un journaliste ne saurait constituer un mode de participation criminel à l'abus de confiance commis par sa source. Les solutions ont consisté à conférer une immunité au journaliste contre les poursuites de violation de secret professionnel ou de recel (Belgique) ou encore ont fait dire à certains tribunaux que la seule possession d'un document ne pouvait constituer un motif suffisant pour suspecter un journaliste de participation (Allemagne).

F. Renseignement

[398] Sans surprise, les régimes de surveillance en matière de renseignement sont les enfants pauvres de la protection des sources, surtout dans le contexte des réformes récentes de régimes existants (Belgique, Royaume-Uni). Les pouvoirs de surveillance sont décuplés, la transparence s'amenuise et le contrôle judiciaire emprunte une tendance plus administrative que judiciaire.

G. Partage des compétences

[399] Enfin, il faut souligner que les juridictions étudiées sont pour la plupart des États unitaires (Suède, Norvège, Royaume-Uni et Nouvelle-Zélande) ou encore des fédérations qui ne présentent pas de partage des compétences législatives comparable à celui qui prévaut au Canada (Belgique). En Allemagne, le législateur fédéral a fait usage de sa compétence concurrente de manière soutenue dans les matières qui touchent la protection des sources, laissant moins de marge aux länder.

[400] Aucune des juridictions n'a donc été confrontée au binôme constitutionnel du droit criminel et de l'administration de la justice dans la province⁵²². Seuls les États-Unis sont confrontés à une tout autre mythologie : l'inaction législative fédérale combinée à l'ambiguïté jurisprudentielle quasi cinquantenaire de *Branzburg* et l'hydre judiciaire fédérale d'Alexander Hamilton.

⁵²² *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., ch. 3, art. 91(27) et 92(14).

LEXIQUE

Autorisations judiciaires : Telle qu'utilisée dans ce rapport, l'expression désigne les divers mandats, autorisations ou ordonnances délivrés par des instances judiciaires pour saisir des objets, exiger la communication de documents ou surveiller des lieux ou des personnes. Dans les cas où ces autorisations ne sont pas judiciaires, on parlera d'autorisation administrative ou autre. Dans certains cas, ces termes sont remplacés par la nomenclature interne (voir « mesures d'information et d'instruction » et « moyens coercitifs »).

Effet dissuasif (*chilling effect*) : Ce concept réfère à l'effet dissuasif général et parfois particulier que cause ou causerait la divulgation d'une source sur la disponibilité future des sources journalistiques. Sa mise en preuve – historiquement qualifiée d'approximative par certains tribunaux en raison de son caractère prospectif et spéculatif – n'est plus véritablement remise en question.

Immunité : Voir « non-contrainabilité ».

Intérêt public à la confidentialité : L'intérêt public à la confidentialité des sources journalistiques réfère au principe voulant que la presse, comme proverbial chien de garde de la démocratie, doive pouvoir s'abreuver aux sources d'information et que la société a un intérêt à protéger leur anonymat.

Intérêt public à la divulgation : Par intérêt public à la divulgation, il est référé à une série de principes qui peuvent être subordonnés au même impératif de divulgation : la bonne administration de la justice, le maintien de l'ordre, la prévention et la répression du crime, la protection des droits individuels, la protection de la réputation, etc.

Journaliste : Le terme désigne généralement le journaliste à l'exclusion du reste du personnel rédactionnel. Il ne désigne pas le membre d'une association professionnelle et n'est pas autrement qualifié en l'absence de précisions.

Locaux rédactionnels : Lorsqu'elle n'est pas autrement qualifiée, cette expression désigne les lieux où se déroulent principalement des activités journalistiques (par ex., la rédaction) et qui contiennent normalement du matériel journalistique.

Mesures d'information et d'instruction [Belgique] : L'instruction est « l'ensemble des actes qui ont pour objet de rechercher les auteurs d'infractions, de rassembler les preuves et de prendre les mesures destinées à permettre aux

juridictions de statuer en connaissance de cause » et relève du juge d'instruction⁵²³. L'information est « l'ensemble des actes destinés à rechercher les infractions, leurs auteurs et les preuves, et à rassembler les éléments utiles à l'exercice de l'action publique » et est assumée par le procureur du Roi ($\pm$ DPCP)⁵²⁴. Il s'agit de l'équivalent fonctionnel des autorisations judiciaires.

Moyens coercitifs (*tvangsmidler/tvångsmedel*) [Norvège/Suède] : L'expression, ici littéralement traduite, est l'équivalent fonctionnel des autorisations judiciaires pour la Norvège⁵²⁵ et la Suède⁵²⁶. Elle réfère aux mesures procédurales qui constituent des ingérences par l'État dans les droits fondamentaux : arrestation, emprisonnement, perquisition, surveillance, etc.

Nécessité : Le principe de nécessité de la preuve recherchée par une ordonnance de divulgation ou une autorisation judiciaire est un critère préalable à l'applicabilité d'une exception à la confidentialité des sources ou encore, en vertu de la *Convention européenne*, une façon de justifier une ingérence par l'État. Ce principe sous-entend entre autres que la preuve est importante pour la résolution d'une question d'un litige et qu'elle est conforme au principe de subsidiarité.

Newspaper rule [common law] : Règle de pratique historiquement utilisée dans plusieurs juridictions de common law qui permettait à un journaliste ou au propriétaire d'un journal de refuser de répondre à une question sur l'identité d'une source au stade préalable d'une action en diffamation.

Non-contrainabilité : L'expression réfère à l'absence d'obligation d'un témoin de répondre à des questions sur l'identité d'une source ou encore de produire des documents susceptibles d'identifier une source. Elle ne réfère pas nécessairement à l'absence d'obligation du journaliste de se présenter devant le tribunal lorsqu'il est dûment convoqué. Elle s'apparente à l'immunité et au privilège journalistique.

Personnel rédactionnel : Cette expression désigne tout le personnel qui est affecté à la division rédactionnelle d'un média, soit les rédacteurs en chef, chefs de pupitre, journalistes, pupitreurs, collaborateurs et le personnel de soutien. Elle exclut le personnel publicitaire.

Privilège journalistique : Voir « non-contrainabilité ».

Proportionnalité : Ce concept réfère généralement à la juste mesure entre la gravité de l'atteinte au droit fondamental à la liberté de presse et les objectifs légitimes de cette atteinte.

⁵²³ *Code d'instruction criminelle* (Belgique), 17 novembre 1808, *M.B.*, 27 novembre 1808, art. 55.

⁵²⁴ *Ibid.*, art. 28bis, § 1er, al. 1.

⁵²⁵ *Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)* (=Code de procédure pénale) (Norvège), LOV-1981-05-22, n° 25, partie 4, § 170 a–222 d.

⁵²⁶ *Rättegångsbalk* (=Code de procédure judiciaire) (Suède), SFS 1942:740, ch. 27.

Sekretess [Suède] : Ce terme désigne le caractère de ce qui est secret ou confidentiel⁵²⁷. La *sekretess*, dans le voisinage immédiat de la vie privée et de la confidentialité, désigne le caractère confidentiel d'une information. Les renseignements considérés comme tels font l'objet d'une désignation dans la *Loi sur l'accès à l'information et la vie privée*⁵²⁸. La *sekretess* est ordinaire ou qualifiée.

Source journalistique : Cette expression désigne à la fois les sources confidentielles connues des journalistes et les sources anonymes, qui ont communiqué une information à un journaliste en vue de sa publication.

Subsidiarité : Il s'agit d'un des principes qui guident les tribunaux lors de l'évaluation d'une demande de divulgation ou d'autorisation judiciaire. Il exige de déterminer si la partie qui demande la divulgation ou l'autorisation a vérifié l'existence ou dispose d'autres moyens raisonnables pour obtenir l'information recherchée.

⁵²⁷ Svenska Akademien, *Svensk ordbok utgiven av Svenska Akademien*, Göteborg, Institutionen för svenska språket, 2009, « *sekretess* ».

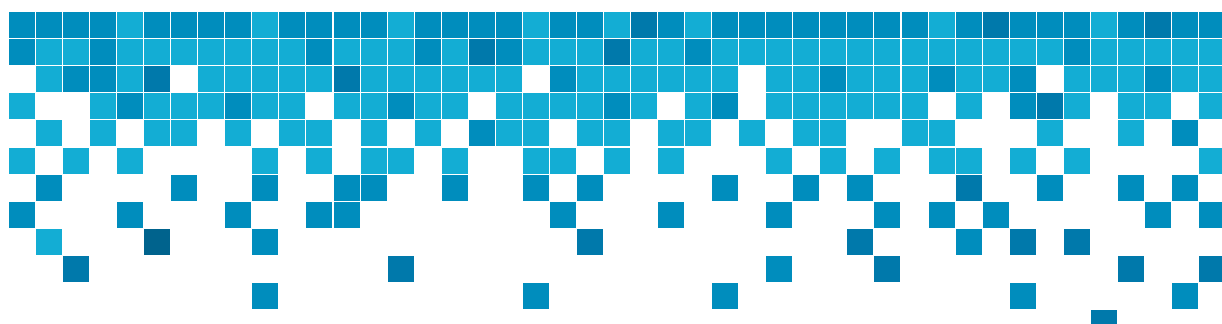
⁵²⁸ *Offentlighets- och sekretesslag* (=Loi sur l'accès à l'information et la vie privée) (Suède), SFS 2009:400.

NOTE BIOGRAPHIQUE

M^e Vincent Riendeau est membre du Barreau du Québec depuis 2014. Il a été avocat-rechercheur à la Cour d'appel du Québec auprès des juges Clément Gascon et Mark Schrager de 2014 à 2016. Diplômé en droit de l'Université McGill (B.C.L./LL.B. 2013), il détient un baccalauréat et une maîtrise en littérature allemande de l'Université de Montréal (B.A. 2008, M.A. 2011) et a étudié à l'Université de Vienne et à l'Université d'Oslo. Vincent Riendeau a été auxiliaire de recherche à l'Université de Montréal, aux Archives Thomas Bernhard (Autriche), à la faculté de droit de l'Université McGill, à la Commission de l'environnement du Parlement fédéral allemand et à l'Institut Fridtjof Nansen (Norvège). En plus du français et de l'anglais, il parle couramment l'allemand et le norvégien.

ANNEXE IV

**Rapport d'expertise –
M. Kent Roach**



Police Government Relations and Police Independence

Kent Roach, CM, FRSC,
Professor of Law and Prichard Wilson Chair in Law and Public Policy,
University of Toronto

1^{er} juin 2017

The opinions expressed are those of the author and do not necessarily reflect those of the Commission of inquiry on the protection of the confidentiality of journalistic sources.

Biographical Note

Kent Roach, C.M., F.R.S.C. is the Prichard-Wilson Chair of Law and Public Policy and Professor of Law at the University of Toronto Faculty of Law. He is a graduate of the University of Toronto and of Yale, and a former law clerk to Justice Bertha Wilson of the Supreme Court of Canada. Professor Roach has been editor-in-chief of the *Criminal Law Quarterly* since 1998. In 2002, he was elected a Fellow of the Royal Society of Canada. In 2013, he was one of four academics awarded a Trudeau Fellowship in recognition of his research and social contributions. In 2015, he was appointed a Member of the Order of Canada. He is the author of 13 books on various aspects of public law and has written over 200 articles and chapters published throughout the world. Acting pro bono, he has been counsel in many Supreme Court of Canada cases involving criminal justice.

Professor Roach served as research director for the Goudge Inquiry into Pediatric Forensic Pathology and for the Commission of Inquiry into the Investigation of the Bombing of Air India Flight 182. He has served on the Canadian Council of Academies Expert Panel on Policing that resulted in the Policing Canada in the 21 st Century report published in 2014. He is presently a member of the Expert Panel examining Indigenous policing. He also served on the research advisory committee for the inquiry into the rendition of Maher Arar and the Ipperwash Inquiry into the killing of Dudley George dealing with police government relations in both inquiries. His paper on Four Models of Police Government Relations served as the overview for the Ipperwash Inquiry's on the subject and was published in a collection on the subject. He also served as an expert for the Military Police Complaints Commission on police government relations and his report was subsequently published in the Osgoode Hall Law Journal.

Abstract

This paper examines police government relations. The first part examines the principles and models that govern police government relations including the ideas of core police independence from political direction of law enforcement decisions and the scope for legitimate democratic direction of the police. The Supreme Court's landmark decision on police independence in *Campbell and Shirose* is examined. The second section concludes that *Campbell and Shirose* remains the leading Canadian legal authority on police independence since it was decided in 1999. The third part examines Quebec and Canadian Police Acts and finds they generally fail to address police independence or provide transparent mechanisms to govern police government relations. The fourth part examines Australian, New Zealand and United Kingdom legislation on police-government relations. The fifth part, building on the recommendations of the Ipperwash Inquiry, makes concrete proposals for how Police Acts can codify a core of police independence from political direction with respect to law enforcement decisions while providing a transparent mechanism for political direction to the police that makes clear how both police and governments discharge their respective responsibilities.

Introduction

The proper approach to police government relations has remained illusive even though it has resulted in a number of scandals and been the subject of study and recommendations by a long list of public inquiries. They include the Keable and McDonald inquiries into RCMP wrongdoing in the late 1970's, the Marshall Commission in Nova Scotia in the late 1980's, the Somalia inquiry of the 1990's, the APEC inquiry in the early 2000's and Ontario's Ipperwash inquiry in the mid 2000's.

Despite many specific recommendations made by the Ipperwash Inquiry to codify police government relations, Police Acts throughout Canada remain largely silent on this topic despite its importance to governments, the police and the public alike. There has been a preference for tacit agreements and understandings as opposed to codified regulatory frameworks. This is unfortunate because there are precedents for a clearer and more transparent approaches both in the reform proposals of the Ipperwash Inquiry, and in legislation of similar democracies most notably Australia and New Zealand.

This paper will argue that legislative reform is needed and possible, but it will also suggest that legislative reform alone will not be sufficient. Legislative reforms need to codify the basic constitutional principle of police independence and to ensure that police officers are able to resist unlawful orders from political authorities.

At the same time, police-government relations are too complex to be governed exclusively by the constitutional principle of police independence and related concerns about the rule of law. There is a need to recognize that in a democracy, responsible political authorities have legitimate interests in providing directions on policing policies and efficiencies. That said, political direction to the police should be transparent so as to better promote democratic debate and accountability.

Legislative reform can provide a sound basis for recognizing both the legitimate but limited ambit of police independence from politicians and for structuring police-government relations in a transparent manner. At the same time, however, legislative reform needs to be supplemented by better training of both the police and government officials and better public understanding of police government relations. This task of education will not be easy. Proper police government relations requires a balance between respecting the independence of the police to make law enforcement decisions in individual cases while allowing many other forms of legitimate political direction of the police.

We all know that it would be wrong for a politician to call a judge. But the answers are more complex with respect to politicians calling the police. In some cases, it would be wrong for a political official to call the police. The Supreme Court of Canada recognized in 1999 that the police should enjoy independence from governments "while engaged in a criminal investigation". It concluded that such a principle was

required to maintain the integrity of the rule of law.¹ This case remains the leading case outlining a principled but limited approach to police independence. It is surprising and disappointing that no Canadian Police Act has been amended to reflect this principle.

On the other hand, politicians who have responsibility for a provincial or municipal police services would often act properly if they contacted the police to obtain information and/or to establish policing policy. Indeed, our elected officials should be encouraged to take responsibility for policing policy, albeit in a manner that is as transparent as possible and that promotes democratic accountability for the perhaps controversial policy directives that governments give to the police.

There have been incidents in Canada of politicians improperly trying to influence police investigations. They include the 1989 findings of the Marshall Commission about interference with RCMP investigations of Cabinet ministers and some of the conclusions of the APEC inquiry. At the same time, however, there are also concerns around the RCMP wrongdoing in Quebec in the 1970's that responsible Ministers did not know enough about police practices including illegal ones.

Outline of the Paper

The first part of this paper will review the considerable work that has already been done on police government relations in Canada with particular attention to what models and constitutional and democratic principles should govern police government relations both at the national and municipal level. It will review the Supreme Court's leading 1999 *Campbell and Shirose* decision defining a core of police independence over law enforcement decisions. The second part of the paper will suggest that subsequent jurisprudence has not displaced that leading decision.

The third part of the paper will examine the Quebec Police Act and other Police Acts in Canada. It finds that they generally fail to recognize police independence or to structure interactions between police and responsible officials.

The fourth part will examine Australian, New Zealand and UK laws that govern police-government relations. It finds that the laws in some Australian states and in New Zealand address police government relations in a clearer manner than most Canadian Police Acts, but also that they define police independence from government in a somewhat broader manner than in *Campbell and Shirose*. Recent developments in the UK will be examined, but it will be suggested that they lack the clarity of a codified approach.

The last part will return to the Ipperwash Inquiry's recommendations and argue that they still constitute the best recommendations concerning police government relations even though they have not yet been implemented in Ontario and were found

¹ R. v. Campbell [1999] 1 SCR 565 at para 33

not to have been present in the subsequent controversy over the policing of Indigenous protest in Caledonia. The Ipperwash Inquiry recommended that limited and consensus principles of police independence should be codified and that the Police Act should also be amended to provide clear and mandatory procedures that will allow police government relations to be conducted in a flexible manner that maximizes transparency, legitimacy and accountability for how both government and the police exercise their respective powers and responsibilities. It also suggested that statutory reform and a move away from tacit understandings should be supplemented by better training of police and government officials about the principles that should govern police government relations.

Statutory reform is a necessary but not a sufficient condition for improving police-government relations. We must confront the uncomfortable fact that after decades of controversy in this area reform has remained illusive. Unfortunately, at times it may be in the strategic interests of governments and/or police to keep government- police relations opaque and based on tacit understandings.

I. The Models and Principles of Police-Government Relations

I wrote a background paper for Ontario's Ipperwash Inquiry on police government relations.² Reflecting a lack of consensus about the meaning of police independence in Canada and other common law countries, it constructed four possible models of police-government relations. The Ipperwash Inquiry in its final report devoted a chapter to police-government relations and expressed a preference for the democratic policing model while also recommending codification of another model that I had identified as core or quasi-judicial police independence.³

This part of the paper will examine the models as they could inform police government relations in Quebec.

The Polar Extremes of Full Police Independence and Governmental Policing

Both Ontario's Ipperwash Inquiry and the federal Arar Commission conceived of police government relations as a balance that sought to avoid extremes that are inconsistent with a constitutional democracy. One extreme, sometimes described as a police state, would be one in which the police took orders from the government about who they should investigate and charge and who they should not investigate and charge. This model has been identified in my work *as governmental policing*.

² Kent Roach "The Overview: Four Models of Police-Government Relations" in Margaret Beare and Tonita Murray eds. *Police Government Relations: Who's Calling the Shots* (Toronto: University of Toronto Press, 2007).

³ *Report of the Ipperwash Inquiry* (Toronto: Queens Printer, 2007) Volume 2 Chapter 12.

An alternative but equally as extreme model is one where the police were completely independent from governmental direction and only subject to legal controls imposed by the courts. This model risks producing a different kind of police state: namely one in which the police can make a broad range of both policy and operational decisions that are not subject to direction or control by the elected government. This model was identified in my work as one of *full police independence*.

Although both the models of governmental policing and full police independence are extremes that were rejected by the Ipperwash Inquiry, they both find some support in law and commentary. Indeed such support accounts for much of the lack of clarity and confusion in this field.

Governmental Policing

The governmental policing model (modified somewhat to reflect traditions of Ministerial responsibility) finds some support in s.50 of Quebec's Police Act which provides:

The Sûreté du Québec, the national police force, shall act under the authority of the Minister of Public Security and shall have jurisdiction to enforce law throughout Québec.

In a case arising from RCMP wrongdoing in the 1970's and an attempt by Quebec police forces to resist revealing sources before a provincial inquiry, the Quebec Court of Appeal interpreted a predecessor of this provision as pre-empting English common law concepts that police officers enjoyed any degree of independence from government. Turgeon J.A. in the lead judgement stressed:

20 In Canada, and particularly in Quebec, modern police forces are created by statutes which define their responsibilities and their relationships with other bodies involved in the administration of justice.

21 The appellant refers to English authorities, but has failed to establish that there is no difference between our system and that which prevails in England. However, it appears that the general structure of the system of administration of justice within which English police officers act is fundamentally different from that of our system...

26 There is no national police force in England nor is there a police force similar to the Quebec Provincial Police: there exist only local police forces of which the organization, the structure of power and the supervision by central authorities vary according to whether it is a part of the Metropolitan Police Force or of the City of London Police or, on the other hand, the county forces....

29 Our system of administration of justice is completely different, and the role and status of the police within this system is clear and well-defined by statute.

30 In our system, the Attorney-General exercises the functions of the chief law enforcement officer of the Crown and assumes responsibilities with respect to police officers which preclude comparing the autonomy of the Director of the M.U.C. Police Department with that of an English Chief Constable....

40 As guardian of public order, the Attorney-General is responsible for the conduct of criminal prosecutions. He is given administrative power over the Quebec Provincial Police, powers of supervision over the application of all statutes involving police, especially with respect to the Montreal Urban Community Police Department. An examination of numerous provisions of the *Police Act*, R.S.Q. 1977, c. P-13, shows clearly the primary role accorded to the executive in our police system. The Quebec Provincial Police, under the authority of the Attorney-General are charged with maintaining peace, order and public safety in the entire territory of Quebec, preventing crime and infringements of laws of Quebec, and seeking out the offenders (s. 39 [am. 1979, c. 67, s. 19]). The powers which the law accords to the Attorney-General are in keeping with the spirit of this institution in Canada; as the guardian of public order, the Attorney-General is responsible for functions which might be otherwise allocated in England.

41 Therefore, the contention that the peace officer has an independent position with respect to the executive power, an argument based upon English jurisprudence which is relied upon by the appellant, is not in accordance with our law...

43 Having considered the Quebec legislation, I am of the opinion that the Director of the Montreal Urban Community Police Department is not an English Chief Constable.

44 I conclude that in the case at bar, the appellant cannot invoke English common law which I have summarized above. It is the legislation of Quebec which must prevail and pursuant to this legislation, the Attorney-General is the guardian of public order and the chief prosecuting officer.⁴

Justice L'Heureux-Dube concurred in the above judgment adding:

132 I agree with my colleague, Mr. Justice Turgeon, for the reasons he has given, that the appellant is exercising a Government function in the

⁴ *Bisaillon v. Keable* 1980, Carswell, Que 1248 (translation from original)

administration of justice. In this sense, the appellant must be considered as a Government official even if his status within the public service may differ from that of other officials.

133 I am entirely in agreement with my colleague, Mr. Justice Turgeon, in the comparison he makes between British institutions and our system of the administration of justice, and I also agree with the conclusions which he draws to the effect that these two systems present fundamental differences.⁵

In the result, the Quebec Court of Appeal over one dissent rejected the claim that common law principles relating to police informers prevented the Quebec commission of inquiry from questioning police officers about their sources. The Supreme Court of Canada subsequently reversed this decision on other grounds related to the importance of the police informer privilege, but without addressing the question of police independence⁶ and whether, as suggested by the majority of the Quebec Court of Appeal, the statutory framework in Quebec displaced common law jurisprudence on police independence.

The enduring significance of the Quebec Court of Appeal judgment, however, is that it reveals how under a plain and positivistic reading of the Quebec Police Act, and indeed Police Acts throughout Canada including the RCMP Act, responsible Ministers and various municipal authorities often seem to be given more or less complete authority over the police. To be sure, Police Acts do not grant such authority to the government at large and instead grant it to the responsible Minister or responsible municipal authority. Nevertheless, the relevant point is that the statutory framework in Canadian Police Acts fail explicitly to recognize any police independence from government.

Full Police Independence

If there is some support in Police Acts for the idea that the government through the responsible Minister has full authority over the police, there is also some support in the common law for the idea of full police independence from government.

The genesis of the idea of police independence is in Lord Denning's controversial 1968 decision in *Ex Parte Blackburn* rejecting a challenge to the Commissioner of the London Police's instructions not to enforce certain gambling laws. Lord Denning relied on several earlier common law cases holding that police constables were not in a master servant relationship with the government for the purposes of civil liability. He then stated in emphatic and categorical terms:

⁵ *ibid*

⁶ *Bisaillon v. Keable* [1983] 2 SCR 60

I hold it to be the duty of the Commissioner of Police of the Metropolis, as it is of every chief constable, to enforce the law of the land. He must take steps so to post his men that crimes may be detected; and that honest citizens may go about their affairs in peace. He must decide whether or not suspected persons are to be prosecuted; and, if need be, bring the prosecution or see that it is brought. But in all these things he is not the servant of anyone, save of the law itself. No Minister of the Crown can tell him that he must, or must not, keep observation on this place or that; or that he must, or must not, prosecute thus man or that one. Nor can any police authority tell him so. The responsibility for law enforcement lies on him. He is answerable to the law and to the law alone.⁷

There have been many academic criticisms of Lord Denning's broad and categorical approach to police independence. To the extent that it relies on older civil liability cases holding that the police are not in a master-servant relationship with the government, Lord Denning fails to deal with issues of constitutional principles in a liberal democracy that would suggest that the elected government should be able to provide policy guidance to its police.

The idea that the police are only "answerable to the law and to the law alone" also overestimates the degree to which the independent judiciary control or supervise the police. To be sure, the judiciary plays an important role, one augmented by the 1982 Canadian Charter of Rights and Freedoms, in approving search warrants and reviewing police conduct in the course of criminal and sometimes civil trials. Nevertheless, judicial supervision of the police especially on policy matters such as enforcement practices is rare. It is thought by many to be beyond judicial expertise and competence. As will be seen below, although the Supreme Court of Canada has relied on Lord Denning's 1968 judgment, it has articulated the parameters of police independence from governmental direction in a much more restrained and limited matter.

Nevertheless, there is some support for the model of full police independence. Prime Minister Pierre Trudeau in rebutting allegations of Ministerial complicity in RCMP illegalities in the 1970's appealed to the idea of full police independence when he argued:

I have attempted to make it quite clear that the policy of this Government, and I believe the previous governments in this country, has been that they...should be kept in ignorance of the day-to-day operations of the police and even of the security force. I repeat that is not a view that is held by all democracies but it is our view and it is one we stand by. Therefore, in this particular case it is not simply a matter of pleading ignorance as an excuse. It is a matter of stating as principle that the particular Minister of the day should not have a right to

⁷ R. v. Metropolitan Police ex parte Blackburn [1968] Q.B. 116 at 135-6.

know what the police are doing constantly in their investigative practices, what they are looking at, and what they are looking for, and the way in which they are doing it....

What protection do we have then that there won't be abuse by the police in this respect? We have the protection of the courts. If you want to break into someone's house you get a warrant, a court decides if you have reasonable and probable cause to do it. If you break in without a warrant a citizen lays a charge and the police are found guilty. So this is the control on the criminal side, and indeed the ignorance, to which you make some ironic reference, is a matter of law. The police don't tell their political superiors about routine criminal investigations.⁸

The model of full police independence as reflected in the above quote is based on both faith in the integrity and professionalism of the police and confidence that the courts can effectively supervise the police. It recognizes that attempts by governments to be informed by the police may be perceived by a sometimes cynical and suspicious public as attempts to influence or control the police.

The McDonald Commission rejected the broad Denning and Trudeau views of police independence. It stressed that responsible Ministers should be informed of policing decisions, even those relating to law enforcement, if they raised general policy issues.

⁹

The McDonald Commission's approach is consistent with a model of democratic policing that is distinct from the model of full police independence and will be discussed below. Nevertheless it is sobering that even some informed critics of full police independence such as English constitutional lawyer Geoffrey Marshall¹⁰ and Canadian political scientist Andrew Sancton¹¹ have concluded that actual experience supports a sort of de facto model of full police independence because of a reluctance of responsible political authorities to take responsibility for policing policy. In other words, many political authorities have followed Prime Minister Trudeau practice of eschewing both information about and responsibility for controversial policing decisions. Indeed, the Keable Commission which examined many of the same RCMP

⁸ As quoted in John L.J. Edwards *Ministerial Responsibility for National Security* (Ottawa: Supply and Services, 1979) at 94-5.

⁹ "We take it to be axiomatic that in a democratic state the police must never be allowed to become a law unto itself. Just as our form of Constitution dictates that the armed forces must be subject to civilian control, so too must police forces operate in obedience to governments responsible to legislative bodies composed of elected representatives." Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the RCMP *Freedom and Security under the Law* (Ottawa: Supply and Services, 1981) at 1005-06.

¹⁰ Geoffrey Marshall "Police Accountability Revisited" in D Butler and A.H. Halsey *Policy and Politics: Essays in Honour of Norman Chester* (London: MacMillan, 1979) at 60-61; Geoffrey Marshall *Constitutional Conventions* (Oxford: Oxford University Press, 1984) at 144.

¹¹ Andrew Sancton "'Democratic Policing': Lessons from Ipperwash and Caledonia" (2012) 55 Canadian Public Administration 365

illegalities as the McDonald Commission went so far to say that responsible political officials engaged in practices of ignorance and camouflage with respect to those illegalities.¹²

In its chapter on police government relationships, the Ipperwash Inquiry carefully considered the models of governmental policing and full policing independence outlined above and rejected them. In my view, the Ipperwash Inquiry was correct to reject both models, despite the support that they have in some law and commentary.

The Ipperwash Inquiry rejected the model of governmental policing. Although it did not find improper governmental influence with respect to the policing of the Ipperwash Indigenous protest that led to the police killing of Dudley George, the Inquiry expressed concerns about the role that various government representatives other than the Minister responsible for the OPP played. It also recommended that there should be some statutory recognition of a limited degree of police independence from governmental direction when it recommended that Ontario's Police Services Act be amended "to specify that the power of the responsible minister to direct the OPP does not include directions regarding specific law enforcement decisions in individual cases" and that the OPP Commissioner has "operational responsibility with respect to the control of the OPP, subject to written directives from the responsible minister."¹³ It also specifically rejected the idea of governmental wide policing by recommending that the Police Services Act "should be amended to prohibit anyone but the responsible minister (or his or her delegate) from providing directions to the OPP"¹⁴.

With respect to the model of full police independence, the Ipperwash Inquiry concluded:

This model essentially holds that police should be free from governmental direction on *all* operational matters. It finds some support in s. 31(4) of the *Police Services Act* which provides that municipal police boards cannot direct the chief of police "with respect to specific operational decisions or with respect to the day to day operations of the police."

Many parties to the Inquiry made submissions and recommendations effectively supporting this model, likely premised on the belief that it creates

¹² The Keable Commission observed that the RCMP had not informed the responsible Minister concluding: « Appliqué aux rapports entre les corps policiers et l'autorité politique, le principe du cloisonnement ou du besoin de savoir se transforme en son contraire, à savoir *la nécessité d'ignorer*. Le second facteur qui influe sur la communication entre les corps policiers et l'autorité politique est ce que nous appellerons une procédure de *camouflage*. », *Rapport de la Commission d'enquête sur des opérations policières en territoire québécois* (Québec, Ministère de la Justice, 1981) at 410-411 (emphasis in original)

¹³ Ipperwash Inquiry supra Recommendation 71

¹⁴ Ibid Recommendation 72

an impermeable shield against the perception or fact of political or partisan influence. Support for this model is also likely based on a belief that the risks and consequences of inappropriate police behaviour are far fewer than the risks and consequences of inappropriate political interference.

Unfortunately, this model, taken to its logical extreme, could make the police a law unto themselves and significantly undermine ministerial responsibility. It could also encourage an abdication of political responsibility for the policy of policing. Full police independence also has the potential to defeat transparency and accountability if police accountability effectively becomes voluntary.¹⁵

The Ipperwash Inquiry also concluded that the model of full police independence was inconsistent with the Supreme Court's approach to the subject in *Campbell and Shirose* which had limited police independence from government to law enforcement decisions.

Building on the important albeit still unimplemented work and recommendations of the Ipperwash Inquiry, it is best to reject the models of either full police independence or governmental or even Ministerial policing as extremes that run the respective dangers of giving the police too much or too little independence from government. As the Ipperwash Inquiry stressed, police government relations ultimately involve a question of balance. Although some degree of police independence should be recognized and codified, much of the respective powers and responsibilities of police and government should be left to evolve, albeit subject to codified procedures designed to ensure accountability, legitimacy and to enhance public knowledge and confidence.

Although the Ipperwash Inquiry was focused on relations between the responsible Minister and the OPP, there is no reason why its basic principles could not be applied to municipal policing, albeit with some adjustment to make sure that the relevant municipal political authority communicates with the police in a manner that focuses responsibility and accountability. As will be seen, a number of Police Acts attempt to do this by prohibiting individual members of municipal police commissions from communicating with the police and/or by requiring relevant policy directions to the police be enacted by resolutions of the police commission or by municipal by-laws. The context and the players are different, but the principles independence and democratic policing models that completed my four models of police government relations. In what follows, I will outline how these models of democratic policing with clear lines of responsibility should be the same.

¹⁵ Ipperwash Inquiry supra at 338

The Complementary Models of Core Police Independence and Democratic Policing

The Ipperwash Inquiry ultimately endorsed a combination of the core police complementary and in the case of core police independence supported by constitutional principle.

Core Police Independence

The core police independence has origins that predate Lord Denning's 1968 Blackburn decision. In 1962, a British Royal Commission recognized police independence from governmental direction, but unlike Lord Denning confined it to "quasi-judicial matters" such as "the enforcement of the law in particular cases" including the "pursuit of enquiries and decisions to arrest and to prosecute". It stressed "[w]e entirely accept that it is in the public interest that a chief constable, in dealing with these quasi-judicial matters, should be free from the conventional processes of democratic control and influence."¹⁶ It noted, however, that "the Commissioner's policies as regards the disposition of his force and the methods he employs can be, and frequently are, challenged and debated in Parliament."¹⁷

In 1981, the McDonald Commission similarly concluded that the responsible Minister "should have no right of direction with respect to the exercise by the RCMP of the powers of investigation, arrest and prosecution. To that extent, and that extent only, should the English doctrine expounded in *Ex Parte Blackburn* be made applicable to the RCMP."¹⁸

In 1989, the Inquiry into Donald Marshall Jr's wrongful conviction examined two cases where the RCMP did not pursue potential criminal investigations against Nova Scotia Cabinet Ministers. It defined both incidents as examples of discriminatory double standards in law enforcement and violations of police independence. It stressed that "inherent in the principle of police independence is the right of the police to determine whether to commence an investigation" and concluded that the RCMP had failed to be "independent and impartial" and even committed a "dereliction of duty" by not pursuing investigations against Cabinet ministers after the intervention of the Nova Scotia Attorney General who also sits in Cabinet.¹⁹ The Marshall Commission's findings are perhaps the strongest findings of any Canadian commission of inquiry of executive interference with police independence. The Marshall Commission's findings are re-enforced by the Supreme Court of Canada's

¹⁶ United Kingdom, Royal Commission on the Police (1962) Final Report Cmnd. 1728 (London: H.M.S.O.) at paras 86-7.

¹⁷ Ibid at para 91.

¹⁸ Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the RCMP *Freedom and Security Under the Law*, Vol 2 (Ottawa: Supply and Services, 1981) at 1013.

¹⁹ Royal Commission on the Donald Marshall Jr. Prosecution *Findings and Recommendations* Vol 1 (Halifax: Queens Printer, 1989) at 232

subsequent decision in *Campbell and Shirose* which related core or limited police independence to the constitutional principle of the rule of law which stresses that the law should be applied impartially to all including to high governmental officials.

The Marshall example also reveals the limits of Lord Denning's concept of full police independence where the police are only answerable to the law. In the Nova Scotia cases, the interference with police independence resulted in no charges and as such was not amenable to judicial control or review. Lord Denning's rhetoric about the police only being accountable to the law rings hollow in cases where there is no court case to review police conduct or governmental interferences with police independence.

Campbell and Shirose

The contemporary anchor for the core or quasi-judicial police independence model is the Supreme Court's 1999 decision in *R. v. Campbell and Shirose*.²⁰ In that case, the Crown attempted to claim Crown immunity for police actions in which RCMP officers sold the accused illegal drugs. The Court unanimously rejected this argument with Justice Binnie concluding:

The Crown's attempt to identify the RCMP with the Crown for immunity purposes misconceives the relationship between the police and the government *when the police are engaged in law enforcement*. A police officer *investigating a crime* is not acting as a government functionary or an agent of anybody.... While for certain purposes the Commissioner of the RCMP reports to the Solicitor General, the Commissioner is not to be considered a servant or agent of the government while engaged in a criminal investigation. The Commissioner is not subject to political direction. Like every other police officer similarly engaged, he is answerable to the law and, no doubt, to his conscience.²¹

As the italicized parts of the quote reflect, this is a much more nuanced and limited understanding of police independence than articulated by Lord Denning's sweeping language in the Blackburn case. Specifically, it limits police independence from governmental direction to law enforcement functions while recognizing that the police perform many other functions and that "some of these functions bring the RCMP into a closer relationship with the Crown than others."²²

The *Campbell and Shirose* case is helpful both in its more limited approach to defining police independence from executive control and in articulating a rationale for this independence in the constitutional principle of the rule of law. With reference to *Roncarelli v. Duplessis* which resulted in substantial damage awards against the then

²⁰ [1999] 1 SCR 565

²¹ Ibid at paras 27 and 33 (emphasis added)

²² Ibid at para 29

Premier of Quebec, the Court remarked that the rule of law was “one of the ‘fundamental and organizing principles of the Constitution’” and quoted Professor F.R. Scott who wrote “it is always a triumph for the law to show that it is applied equally to all without fear or favour. This is what we mean when we say that all are equal before the law.”²³

This above understanding of police independence as rooted in the rule of law stresses the importance of the police being able to open investigations without any direction or interference from government including the responsible Minister. The Court’s reference to the rule of law as a fundamental constitutional principle is important because it provides the juristic basis for reading down s.5 of the RCMP Act which places the RCMP “under the direction” of the responsible Minister to not include direction from the Minister while the Commissioner or another RCMP officer is “engaged in a criminal investigation”. When engaged in such as function the Commissioner “is not subject to political direction” and “like every other police officer similarly engaged, he is answerable to the law and, no doubt, to his conscience.”²⁴

Justice Hughes in his interim report on the APEC inquiry embraced the *Campbell and Shirose* principles of police independence and recommended that they should be codified in the RCMP Act to make clear that “when the RCMP is performing law enforcement functions (investigations, arrest and prosecution) they are entirely independent of the federal government and answerable only to the law.” He also recognized that in performing other functions that the RCMP would not be independent of the responsible Minister.

An important gloss that Justice Hughes added to the debate is the idea that the police had responsibility even in the area of legitimate governmental direction for ensuring that its actions were lawful including in compliance with the Charter. He warned that the fact that the police “may have been following the directions of political masters will be no defence”²⁵ if a court finds their conduct to be unlawful.

Campbell and Shirose is less helpful in other respects. Consistent with the case-by-case method, the Court only provided a limited definition of police independence as including criminal investigations including in that case the reverse sting operation in which the RCMP officers sold the accused drugs. The Court did not define the outer limits of police independence. As will be seen, this has been interpreted by the Ipperwash inquiry as creating a flexible zone that could be occupied by legitimate direction from the responsible Minister.

²³ Ibid at para 18

²⁴ Ibid at para 33

²⁵ Hon Ted Hughes Interim Report for the Commission of Public Complaints Against the RCMP (2001) at 10.4.

The Court's reference to the rule of law as one of Canada's fundamental organizing principle also begs the questions of how other organizing principles, most specifically democracy, should be reconciled with police independence. The Court did not address this issue but the Ipperwash Inquiry tried to reconcile the rule of law principle of police independence with democracy.

Campbell and Shirose also does not deal with the status of frequent statutory restraints on police conduct even within the core of criminal investigations. For example, a number of sensitive offences involving terrorism, hate propaganda and extra-territorial offences require the Attorney General's consent before a police officer can lay a charge. Such statutory restrictions persist even though they limit the ambit of police independence with respect to criminal investigations. In addition, Parliament also requires the Attorney General's consent for exceptional investigative procedures short of laying charges such as preventive arrests and investigative hearings under the terrorism provisions of the Criminal Code. I am not aware of cases where the police independence principle has invalidated such clear statutory provisions. It is possible that police independence could be recognized as a principle of fundamental justice under s.7 of the Charter²⁶ but no cases have done so yet and it is unclear how restrictions on police independence that are designed to provide additional protections for suspects and the accused would be challenged. In short, *Campbell and Shirose* restricts police independence to criminal investigations and even within this limited sphere, police independence may not be absolute.

Democratic Policing

The democratic model of policing starts with the work of the McDonald Commission which stressed the importance in a Parliamentary democracy of Ministerial responsibility for the police and the need for Ministers to be fully informed about even police operations and criminal investigations to the extent that they raise policy issues that may be the subject of legitimate Ministerial direction.

The Ipperwash Inquiry endorsed the democratic policing model stating as follows:

"Democratic policing".... aims to revitalize ministerial responsibility and counter trends toward increasing government centralization. As a result, it is consistent with the responsibility of the minister under the *Police Services Act*, the principles of democratic government, ministerial accountability, and transparency. For these reasons, I believe that the "democratic policing" model is the most appropriate conceptual framework for police/government relations in Ontario.

²⁶ I have explored this question in Kent Roach "Police Independence and the Military Police" (2011) 49 Osgoode Hall L.J. 117 at 130-131.

The democratic policing model explicitly encourages the use of ministerial directives to ensure transparency and accountability for those changes. ...

The final virtue of the democratic policing model is that it acknowledges and promotes democratic participation by encouraging policing policy to be debated, evaluated, and established in a transparent and accountable manner.

A focal point of the Ipperwash Inquiry's endorsement of democratic policing was its endorsement of the use of written and public Ministerial directives as a means to give policy direction to the police. It recommended that the power of the responsible Minister to provide such directions be specifically codified in the Police Services Act and that the Commissioner of the OPP should be able to refuse to follow any directions that were not in the prescribed and public form.

The Ipperwash Inquiry rejected a distinction between governmental guidance and direction to the police as too ambiguous. Rather, it expressed a preference for directions that would engage democratic debate because they would be written and public. In this way, the Ipperwash Inquiry saw reliance on tacit understandings or informal communications and suggestions from the government to the police as antithetical both to open democratic debate and government responsibility for the direction it provides to the police.

Reconciling Core Police Independence with Democratic Policing

The Ipperwash Inquiry's recommendations are best seen as based on core police independence which would be codified in the form of an explicit statutory prohibition on "directions regarding specific law enforcement decisions in individual cases"²⁷ combined with the acceptance and promotion of democratic policing that would depend on how active various Ministers were in providing transparent policy directions to the police in the form of written and public directives.

The relation between the four models and in particular the flexible way that the Ipperwash Inquiry advocated a combination of core police independence with democratic policing is perhaps best illustrated in the following graph:

²⁷ Ipperwash Inquiry at 357 (Recommendation 71)

Full Police Independence	Core Police Independence	Democratic Policing	Governmental Policing
<i>Ex parte Blackburn</i> (1968) Lord Denning	<i>Campbell and Shirose</i> SCC 1999	Ministerial Policy Responsibilities (By written and public directives as recommended by Ipperwash Inquiry)	<i>Bisaillon v Keable</i> , 1980 (Que CA) stresses statutory authority of political authority
Pierre Trudeau's defence of Ministerial conduct in face of RCMP illegalities	Police answer to only to law with respect to law enforcement decisions in individual cases	Policing Operational Responsibility (expands and contracts in response to degree of policing making by responsible political authority)	s 50 of Quebec Police Act
Police answerable to only the law	s.83 of Quebec Police Act no political direction and "no authority over police investigations".	Accepted by Ipperwash and McDonald Commissions with emphasis on Ministerial responsibility	s.17 of Ontario Policing Service Act
Rejected by Ipperwash and McDonald Commissions	Police answerable to responsible democratic authorities for policy of operations		s 5 of RCMP Act
	Accepted by Ipperwash and McDonald		Rejected by Ipperwash Inquiry

A key to understanding the flexible interaction between core police independence and democratic policing is provided in the Ipperwash Inquiry's statement that:

Democratic policing also recognizes that it will be impossible to reach a consensus about the dividing line between police and government responsibilities in every situation. The flexibility inherent in ministerial directives means that they could be tailored to specific situations.

Commissioner Linden went on to elaborate:

The model of democratic policing I recommend recognizes that the precise ambit and content of police operational responsibilities and governmental policy responsibilities will evolve over time. I am persuaded that the best way

to approach the difficulties of distinguishing policy from operations is not through attempts at a static or legalistic definition, but rather by providing a process to resolve difficulties in defining policy and operations which will promote transparency and accountability and will be consistent with ministerial responsibility.²⁸

The Ipperwash Inquiry also drew on the Patten Report on Policing in Northern Ireland to reconceptualize the term police independence as policing responsibilities. It agreed with Patten that the idea of independence was not helpful because it contemplated “a broad zone of independent, unfettered police discretion which is patently at odds” with both legitimate demands that police explain their law enforcement decisions and that political authorities can “decide policy matters, including ‘policies of operations.’”²⁹

The Ipperwash Inquiry accepted the idea of police responsibilities, but matched it with the corresponding idea of ministerial policy responsibilities. It adopted the new term policy responsibility in the hope that would emphasize traditions of democracy and discourage “abdication or shirking of appropriate oversight and policy responsibilities by ministers or governments”.³⁰

The Inquiry recognized that there would be a dynamic and even dialectical relationship between policing and ministerial responsibilities. In other words, policing responsibilities would expand if the responsible minister failed to exercise his or her policy responsibilities. This recognizes the reality of political shirking or what could more charitably be described as a political and democratic decision not to enter a policy field. This was a well-documented phenomenon before the Ipperwash Inquiry and Andrew Sancton has found evidence of a lack of assumption of Ministerial responsibility in the Caledonia incident that was ongoing as the Ipperwash report was finalized.³¹

Summary

An important contribution of the Ipperwash inquiry was to insist on proper procedures based on written and public directives should responsible Ministers exercise their policy responsibilities. Consistent with core police independence and *Campbell and Shirose*, the Inquiry insisted that Ministerial policy responsibilities could never expand into giving directions with respect to specific law enforcement decisions in individual cases. Justice Hughes’ approach in the APEC inquiry suggests

²⁸ Ipperwash Inquiry at 344

²⁹ Ibid at 335

³⁰ Ibid at 337

³¹ Andrew Sancton “‘Democratic Policing’: Lessons from Ipperwash and Caledonia” (2012) 55 Canadian Public Administration 365.

that the police have an obligation not to follow any unlawful orders from their “political masters” including those that contravene the Charter.

Although it proposed extensive legislative reform, the Ipperwash Inquiry did not see statutory reform alone as a panacea. It contemplated that the Commissioner of the OPP should refuse to follow directions that were not from the responsible Minister or were not written and intended to be released publicly. It also recommended that the police devise policies to insulate line decision makers from political intervention and that there be training and policies in both the police and government on the proper principles and procedures to govern police-government relations.³²

II. Jurisprudence on Police Independence

Police independence is sometimes subject to notice and interpretation by the courts. Such issues arise infrequently and almost always in a context where the proper approach to police government relations is not the focus of the judicial decision. As discussed above, the Supreme Court’s decision in *Campbell and Shirose* is rightly viewed as foundational. It remains the leading case in Canada on the subject, though it arose in the context of attempts by the government to claim Crown immunity for the actions of undercover police officers selling illegal drugs to the accused.

In *Chambly (Ville) c. Gagnon*,³³ the Quebec Court of Appeal, noted the tension between fixed-term contracts for the police chief and police independence. It commented:

The expiration of the contract of agreement of the chief of police is a sword of Damocles that ill accommodates the independence desired. The closer it gets the thinner the rope becomes and the blade sharper. There are strong odds that a complacency as culpable as it is understandable will soon come to the aid of the mayor’s son who persists in running red lights! It is precisely this type of situation that the legislature wanted to extenuate.³⁴

This decision is notable in suggesting that the Quebec Court of Appeal no longer shares the scepticism that two members of it expressed in its 1980 decision in *Bisaillon v. Keable* about police independence. This is understandable given the Supreme Court’s subsequent 1999 decision in *Campbell and Shirose* recognizing police independence as a constitutional principle related to the rule of law. At the same time, the Supreme Court reversed the Court of Appeal in *Chambly v. Gagnon* on the basis that the expiry of a fixed term contract for a police director did not constitute

³² Ipperwash Inquiry Recommendations 76-80

³³ [1997] A.Q. No. 2256 rev’d [1999] 1 SCR 8

³⁴ Ibid at para 20

a dismissal. The Supreme Court's decision was very brief and did not discuss police independence.

In a subsequent case, the Ontario Court of Appeal recognized that police independence is potentially in play with a fixed term contract for a deputy police chief, but ultimately concluded that such a contract did not undermine the limited criminal investigative independence of the Deputy Chief as outlined by the Supreme Court in *Campbell and Shirose*.³⁵

The Federal Court has appealed to the principle of police independence as a reason not to characterize a decision by a RCMP officer to initiate a criminal investigation as a decision by a federal board, commission or tribunal subject to judicial review under the Federal Court Act.³⁶ Similarly Cournoyer J. of the Quebec Superior Court has concluded: "Même si la portée du principe de l'indépendance de la police à l'égard du pouvoir exécutif n'est pas clairement délimité, cette indépendance existe certainement à l'égard de la conduite des enquêtes et à l'égard de l'application de la loi, c'est à dire, selon les termes de l'article 48 de la *Loi sur la police*, de la mission de maintenir la paix, l'ordre et la sécurité publique, de prévenir et de réprimer le crime et les infractions aux lois ou aux règlements pris par les autorités municipales, et d'en rechercher les auteurs."³⁷

Summary

Not surprisingly, the courts have not contradicted the understanding of police independence articulated by the Supreme Court in *Campbell and Shirose* since that case was decided in 1999. This supports the idea articulated by both the Ipperwash and APEC inquiries that this limited understanding of law enforcement independence should be codified. The next question is whether Canadian legislatures have done so.

³⁵ *Chambers v. Chatham-Kent Police Services Board*, 2007 ONCA 414 at para 32

³⁶ Justice Tremblay-Lamer concluded: "While for certain purposes the RCMP could be acting in an agency relationship with the Crown, when an RCMP officer is in the course of a criminal investigation, he or she is independent of the control of the executive government: *Campbell*, at paragraph 31. This is why police investigating crimes do not enjoy the Crown's public interest immunity: *Campbell*, at paragraph 27. In short, when investigating crimes peace officers are not subject to political direction; rather they are answerable to the law and, no doubt, to their conscience: *Campbell*, at paragraph 33.... The proposition flowing from the above jurisprudence that police conducting criminal investigations are independent of the Crown is buttressed by Professor Ken Roach's recent observations in "The Overview: Four Models of Police-Government Relations", Research Papers Commissioned by the Ipperwash Inquiry (2007), online: The Ipperwash Inquiry <http://www.ipperwashinquiry.ca/policy_part/meetings/pdf/Roach.pdf>. At page 76 of his article, Professor Roach concludes that, while there is still much dispute about the scope of police independence beyond the criminal investigation sphere, "there seems to be growing consensus that the police should be protected from political direction in the process of criminal investigation." *Canada (Deputy Commissioner, Royal Canadian Mounted Police) v. Canada (Commissioner, Royal Canadian Mounted Police)*, [2008] 1 FCR 752, 2007 FC 564 at para 46, 48

³⁷ *Garbeau c. Montréal (Ville de)*, 2015 QCCS 5246 at para 320 (footnotes omitted)

III. Canadian Police Acts

In what follows I will examine Police Acts in Quebec and the rest of Canada to see what they say about police government relations in general and police independence in particular. My overall findings are that with few exceptions, these Police Acts have not been updated to take account of *Campbell and Shirose*. In addition, they do little to structure police government relations to maximize transparency and the accountability of either responsible political or policing officials for the manner in which they discharge or fail to discharge their respective responsibilities.

Quebec's Police Act

Ministerial Direction and the Sûreté du Québec

Section 50 of Quebec's *Police Act*³⁸ follows a bare bones Ministerial direction model that is also found in the RCMP Act and Ontario legislation by simply providing:

The Sûreté du Québec, the national police force, shall act under the authority of the Minister of Public Security and shall have jurisdiction to enforce law throughout Québec.

Section 63 provides some elaboration by providing

On the recommendation of the Director General, the Government may, by regulation,

- (1) set rules governing the operation of the Sûreté du Québec;
- (2) establish training requirements for the cadets and members of the Sûreté du Québec, and provide for the payment of their medical costs.

The reference to the recommendation of the Director General contemplates some interaction between the government and the head of the Sûreté. The reference to “the government” making regulations may simply reflect that regulations are made by the government as a whole, but it may also reflect the idea of governmental policing discussed above.

Municipal Forces

As in most Canadian police acts, there are separate provisions in the Quebec legislation governing municipal police forces.

No Political Authority Over Police Investigations

³⁸ CQLR c.P-13.1

Section 83 provides that the director of police has direction and command of a municipal police force and generally serves for fixed but renewable terms. More importantly, it recognizes core police independence by stating:

The director general of a municipality shall have no authority over police investigations.

This provision which was in the Police Act when originally enacted in 2000 is one of the few recognition of core police independence in Canadian police acts. It follows the *Campbell and Shirose* approach to police independence by providing that the director general of a municipality should not direct police investigations.

Political Direction through Municipal By-laws.

Section 86 contemplates rule setting for the municipal forces by municipal by-laws. Specifically s.86 provides:

Every municipality may make by-laws to

- (1) provide for the organization and equipment of a police force;
- (2) prescribe the duties and powers of the members of the police force;
- (3) determine the places where the police officers may have their residence;
- (4) establish classes of police officers and the ranks that may be conferred upon them;
- (5) prescribe the inspections to which police officers must submit.

The by-laws apply subject to the other provisions of this Act and the government regulations made under its authority.

A by-law made under this section must be transmitted to the Minister by the clerk or secretary-treasurer of the municipality concerned within 15 days of coming into force.

The focus on regulations and by-laws is helpful because such governmental directions to the police are both public and prospective. This respects the rule of law rationale for police independence articulated in *Campbell and Shirose* by avoiding the mischief of non transparent and ad hoc political directions that simply relate to particular individuals. The prospective and general nature of legislative law-making has long been recognized as an important component of both democracy and the rule of law. The subject matters in s.86 relating to matters should as inspections of the police and their equipment and organization also speak to matters outside of core police independence.

Both the recognition that responsible political authorities in s.83 “have no authority over police investigations” and the recognition of political direction through

transparent by-laws in s.86 are assets in Quebec's Police Act that are consistent with core police independence and in my view should be retained and built upon.

Appointments

The ability of the Minister and the municipality to appoint the heads of the provincial and municipal forces is in line with most Police Acts. The provision for five year terms provide some security of tenure. Section 87 also provides that a municipal police director should not be dismissed or have pay reduced without cause with the possibility of judicial review under s.89. Responsible political authorities have a legitimate interest in ensuring that they appoint the type of policing leaders that they want. It is difficult to guarantee that appointment and reappointment powers would never be abused, but as discussed in the last section, courts have accepted that limited term appointments are consistent with police independence over law enforcement decisions.³⁹

Investigations

Section 279 of Quebec's Police Act gives the Minister or a person designated by the Minister undefined powers to "investigate any police force". Such undefined and open ended powers could provide some risks to core police independence. In contrast s.281 is more precise and less amenable to abuse because it defines the purpose of a Ministerial investigation as determining the adequacy of police services, a matter outside the scope of core police independence.

The Minister might argue that the open-ended investigative powers in s.279 is necessary to obtain information from the police. Investigations can obtain information and promote accountability. Such processes are distinct from attempts to control policing decisions whether they relate to matters within or outside of core police independence. Policing scholar Philip Stenning has argued that one of the problems with the police independence debate is that it often conflates attempts to achieve accountability and make the police answerable for their conduct with attempts to direct or control the police.⁴⁰

Although the distinction that Professor Stenning and others make between political bodies obtaining information from the police to promote accountability and directing or controlling the police can be made in theory, many scandals about police-government relations have occurred because attempts by government officials to obtain information from the police were perceived as attempts to influence the police.

³⁹ *Chambly (City) v. Gagnon*, [1999] 1 SCR 8; *Chambers v. Chatham-Kent Police Services Board*, 2007 ONCA 414 at para 32.

⁴⁰ Philip Stenning "Governance of the Police: Independence, Accountability and Interference" (2011) 13 *Flinders L.J.* 241.

⁴¹ The answer in my view is to provide for more formal and transparent procedures and to take special care with “real time” governmental requests for information which may reasonably be perceived as attempts to influence police decisions as opposed to governmental investigations that by focusing on past police conduct are less likely to influence police decisions in a way that may reasonably be seen as impinging on police independence.

Section 289 provides that the Minister “may, at any time, order that an investigation be conducted or, where expedient, be re-opened by the police force or peace officer designated by the Minister in order to examine an allegation against a police officer or a special constable concerning a criminal offence”. Although intended to enhance the accountability of the police⁴², this section infringes core police independence by contemplating that a Minister may order that an investigation be conducted or re-opened. To a large extent, the purpose of this section has been overtaken by 2013 amendments to the Police Act relating to independent investigations of the police.

Section 289.3 added by the 2013 amendments is similar to s. 289. It contemplates that the Minister may “charge” the Bureau des enquêtes indépendantes with conducting investigations of peace officers that do not involve serious injury or death. Unlike s.289, s.289.3 is explicitly reserved for “exceptional cases” and the direction is made to an office with a limited mandate of investigating possible criminal offences committed by police officers.⁴³

The public interest in ensuring accountability and independent investigations of the police in both s.289 and s.289.3 is obvious and important. Nevertheless, it would be more respectful of police independence to repeal such Ministerial powers to direct police investigations. If Ministerial direction was, however, retained, it should at least be confined to directions to the Bureau des enquêtes indépendantes and not, as is possible under s.289, to every police force and peace officer in Quebec.

Justice Tulloch of the Ontario Court of Appeal contemplates that Ontario’s SIU and not the Minister should decide when independent investigations of police conduct that did not result in death or serious injury be conducted.⁴⁴ This position seems more consistent with police independence than ss.289.3 or 289 of the Quebec Police Act.

⁴¹ Kent Roach “Police Government Relations: The Overview” at 69-71.

⁴² Section 64 of the Police Act contemplates that the Director General of the Surete can also open similar investigations.

⁴³ Under s. 289.2, the Minister is also required to charge the the Bureau des enquêtes indépendantes with conducting investigation into police involvement in deaths or serious injury, but this is required in every case (taking away Ministerial discretion) and is “in order to ensure the impartiality of the investigation.”

⁴⁴ Hon. Michael Tulloch *Report of the Independent Police Oversight Review* (2017) at Recommendation 5.3. The recommendation contemplates that the Attorney General and the Minister of Community Safety, as well as police chiefs and police services boards, may make a request that the SIU conduct an investigation, but that the ultimate decision to commence the investigation will be made by the SIU director.

Policy Responsibility and Directions

Section 304 of the Quebec Police Act establishes the broad policy jurisdiction and responsibilities that the Minister of Public Safety has with respect to policing. It provides:

The Minister of Public Security is responsible for determining general policy concerning police organization and crime prevention.

More specifically, the Minister is responsible for preparing and proposing strategic plans and policies in such matters.

The Minister shall produce a guide to police practices and make it available to police organizations.

The language of responsibility used in this section is consistent with the approach taken by the Ipperwash Inquiry in stressing political responsibility for policy direction of the police that may expand and shrink over time. Sections 305, 306 and 308 single out crime prevention as part of the Minister's responsibility, and crime prevention is a matter outside of the core of police independence.

Such definitions of the responsible Minister's responsibilities are helpful in codifying the legitimate subjects and scope of democratic policing. As will be seen, this approach is also consistent with the trend in English legislation in specifying a broad range of effectiveness and efficiency measures that are subject to legitimate direction by the responsible political authority. Such approaches move away from tacit understandings. They attempt to define legitimate grounds for political direction of the police. At the same time, however, they are not constrained by a clear codification of police independence that limits political direction or by a process that ensures proper and transparent procedures for the responsible political authority to convey legitimate policy direction to the police.

Summary

The Quebec Police Act is inconsistent on the issue of police independence. Section 50 fails to recognize police independence by following the RCMP Act model of placing the national police force "under the authority" or direction of the responsible Minister. It contains no limits on Ministerial authority to recognize full police independence. Sections 289 and 289.3 are also in tension to core police independence by contemplating Ministerial directions of police investigations.

In contrast, section 83 that applies to municipal police forces is more respectful of police independence by providing that the director general of a municipality "shall have no authority over police investigations". Other provisions contemplating municipal by-laws and outlining the policy responsibilities of the Minister of Public

Safety can promote democratic policing while also respecting police independence with respect to law enforcement decisions including investigations.

Canadian Police Acts

Unreformed “Under the Direction” Provisions

The Ontario legislature has not amended the *Police Services Act* either to codify core police independence or to provide procedures and regulations to govern police-governmental relations even though this was recommended by the Ipperwash Inquiry a decade ago. This is an unfortunate state of affairs, but it cannot be said that Ontario is alone in neglecting legislative reform in this critical area.

Section 5 of the *RCMP Act* still contains a bare bones provision found in many provincial Police Acts that simply provides that the Commissioner or Police Chief shall exercise his or her duties “under the direction of the Minister”. This provision fails to recognize the core of police independence by precluding directions to officers about law enforcement decisions in specific cases. A variety of the barebones “under the direction” of responsible political authorities are found in other Acts including s.7(1) of the B.C. Police Act, s.2 of the Alberta Police Act, s.17(2) of Ontario’s Police Service Act, s.4 of the Royal Newfoundland Constabulary Act and ss.6(2) and 10(8) of Prince Edward Island’s Police Act. Similar bare bones references to police chiefs being under the direction of municipal police commissions are also found in ss.26(3) and 34(1) of the B.C. Police Act.

Section 27(1) of the Alberta Police Act qualifies the reference to direction by the responsible political authority somewhat by referring to the police commission’s powers as “general supervision”. Section 35(2) of Saskatchewan’s Police Act similarly refers to “general direction” by the commission and s.4 of the Manitoba Act similarly refers to “general direction” by the Minister. Such references to “general” direction or supervision helpfully point away from political direction in specific cases. Nevertheless there is no reason why the implications of such an approach and a prohibition on direction in specific cases could not be spelled out in the Police Acts. In other words, Police Acts should define the core of police independence against direction of law enforcement decisions in specific cases.

Section 31 of Ontario’s Police Services Act and Policy/Operational Matters Sections 31(3) and (4) of Ontario’s *Policing Services Act* limits the powers of municipal police commissions over their police services in a way that is not found in many other Canadian Police Acts. It provides:

(3) The board may give orders and directions to the chief of police, but not to other members of the police force, and no individual member of the board shall give orders or directions to any member of the police force.

(4) The board shall not direct the chief of police with respect to specific operational decisions or with respect to the day-to-day operation of the police force.

Section 31(3) is helpful because, much like requirements of Ministerial direction, it centralizes communications by only requiring that the Board itself give directions to the Chief. It attempts to avoid a free for all where individual members of the commission may attempt to direct individual members of the police service. Prescribed and centralized procedures can promote accountability. At the same time, s.31(3) could better promote accountability by requiring, as do some other Police Acts, that any order or direction from a police commission to a chief be written.

Section 31(4) prohibits the responsible police authority from directing the police chief on “specific operational decisions” or “the day-to-day operations of the police.” The Ipperwash Inquiry recognized that the distinction between policy and operations can be blurred, but was reluctant to abandon it entirely in part because the idea that political authorities should not interfere with police operations included matters within the law enforcement core of police independence.⁴⁵ It emphasized that even when a responsible political authority established a policy to govern police operations that the actual implementation of that policy through decisions to make arrests or commence or stop investigations should be left to the expertise and law enforcement discretion of the police.⁴⁶

Newfoundland and Written Orders

Section 6(2) of the *Royal Newfoundland Constabulary Act* provides that “the chief shall report to the minister and shall obey the minister’s orders and directions”. The language of obedience is quite strong and could undermine both core police independence and the larger notion of police operational responsibilities.

A more valuable feature of the Newfoundland legislation is section 6(3) which mandates that the Minister’s “orders and directions...shall be in writing.” The requirement for written directions as well as directions that only come from the responsible political authority can promote both transparency and accountability. Mandatory requirements as in the Newfoundland legislation would also have the advantage of making clear that attempts to avoid requirements to reduce directions to writing would themselves be illegal. This could also trigger what the APEC Inquiry recognized as the ability of the police to refuse to obey illegal orders even from the responsible political officials.

Manitoba’s More Elaborate Approach

Manitoba has perhaps the most advanced legislation in Canada with respect to police government relations between police commissions and police chiefs. Section 27 and

⁴⁵ Ipperwash Inquiry at 327.

⁴⁶ Ibid at 329.

28 define the purposes and general duties of police boards as politically responsible authorities. Sections 28(3), (4) and (5) then limit police board activities by providing:

Restriction on police board activities

28(3) The police board may give orders and directions to the police chief, but not to other police officers. No individual member of the board may give an order or direction to any police officer.

No role on specific matters

28(4) The police board must not give orders or directions on specific operational decisions, individual investigations or the day-to-day operation of the police service.

No role in personnel matters

28(5) With the exception of the police chief, the police board has no role with respect to the discipline or personal conduct of any police officer.

The Manitoba Police Act helpfully sets out with some degree of specificity both the specific duties of the police commission and restrictions on the board's ability to give orders or directions "on specific operational decisions, individual investigations or the day-to-day operation of the police service."⁴⁷ It should be noted, however, that this formulation goes beyond core police independence as articulated in *Campbell and Shirose* which does not go so far as to shelter all police operations (as distinct from law enforcement decisions in individual cases) from political direction.

Summary

In conclusion, Canadian Police Acts have generally not been amended to reflect the understanding of core police independence in the 1999 *Campbell and Shirose* case.

Some Acts do restrict political direction but generally on the basis that there should not be directions on operational matters. Section 83 of the Quebec Police Act is more precise in providing that a municipal political authority has "no authority over police investigations". This is consistent with core police independence. In contrast, however, s.50 of the Quebec Police Act (and many other acts in Canada) simply provides that the police are subject to the direction of the Minister or other responsible political authorities. Read literally such provisions, as well as more

⁴⁷ A somewhat similar provision though one that perversely excludes reference to individual investigations which lie well within the core of police independent is found in s.3.1(2)(c) of New Brunswick's Police Act which provides that the civic authority or police commission "shall issue instructions as necessary to the chief of police but not to any other member of the police force and the instructions issued shall not be in respect to specific operational decisions or not in respect of the day-to-day operations of the police force."

specific provisions that allow Ministers to require police to conduct investigations, are inconsistent with core police independence over law enforcement decisions in individual cases as represented in *Campbell and Shirose*. Finally and with an exception to some references to written directions or orders, Canadian Police Acts fail to structure police-governmental interactions in a manner to enhance transparency or accountability. As will be seen in the next section, statutes in other countries do a better job.

IV. Australian, New Zealand and UK Acts

The Australian Federal Police Act, 1979 fails to codify the parameters of police independence. At the same time, s.37(2) of the Act helpfully requires that the Minister give “written directions to the Commissioner with respect to the general policy to be pursued in relation to the performance of the functions of the Australian Federal Police Act.” This at least suggests that the directions should concern “general policy” and it promotes transparency and accountability by requiring that the direction be written.

The Queensland *Police Services Administration Act* provides that the minister may give direction to the commissioner about “policy and priorities to be pursued in performing the functions of the police service,” subject to the provision that all written directions should be kept and provided annually to the Crime and Misconduct Commission and then referred to the Parliamentary Committee on Crime and Misconduct. This helps preserve an accountability trail. On a democratic policing model, directions to the police should be publicly available and readily accessible.

Victoria’s Restrictions on Ministerial Direction

Section 10(3) of the Victoria Police Service Act, 2013 contains similar wording as the Queensland Act about Ministerial direction on matters of policy and priorities, but also contains the following explicit restrictions on Ministerial powers.

- (2) Subject to subsection (3), a direction under subsection (1) cannot be given in relation to any of the following matters—
 - (a) preservation of the peace and the protection of life and property in relation to any person or group of persons;
 - (b) enforcement of the law in relation to any person or group of persons;
 - (c) the investigation or prosecution of offences in relation to any person or group of persons;

- (d) decisions about individual members of Victoria Police personnel, including decisions in relation to discipline;
- (e) the organisational structure of Victoria Police;
- (f) the allocation or deployment of police officers or protective services officers to or at particular locations;
- (g) training, education and professional development programs within Victoria Police;
- (h) the content of any internal grievance-resolution procedures.

This list of excluded topics goes well beyond core police independence and could impede democratic policing and the assumption of Ministerial responsibility for the policies that govern police operations. Nevertheless s.10(3) does allow the Minister in certain circumstances to give a direction on matters defined in s.10(2) (e), (f), (g) or (h). In their recent comparative examination of police government relations in six countries, David Bayley and Philip Stenning refer to the 2013 Victorian legislation as the “most advanced example”⁴⁸ of legislation while noting that legislation itself cannot solve all the potential problems of police government relations and that the definition of police independence in the Victorian legislation is broad and hence “is the most restrictive in terms of matters where political direction is not permitted.”⁴⁹

Victoria’s Restrictions on the Provision of Information

Section 11 of Victoria’s Police Act provides that the Commissioner should generally provide the Minister with information about policing subject to exceptions if the provision of the information would reasonably be likely to “prejudice any investigation of a contravention or possible contravention of the law; or prejudice the prosecution of any person for an offence; or endanger the life or physical safety of any person.” This provision effectively provides the police a basis for denying information to the responsible police officials.

Many of Canada’s scandals over police-government relations have revolved around claims that responsible political officials were simply trying to obtain information that may be necessary to discharging their legitimate policy-based responsibilities. Even if, as the McDonald Commission concluded, the responsible political authority

⁴⁸ David Bayley and Philip Stenning *Governing the Police* (New Brunswick: Polity Press, 2016) at 186

⁴⁹ *ibid* at 82

needs information for the purpose of policy making, requests by political officials for information to be supplied by the police may be interpreted by the public and perhaps even the police as subtle attempts to influence the police. Consideration should be given to regulating attempts by political authorities to obtain information from the police about ongoing operations. If so, s.11 of the Victorian Act is a helpful starting point by providing legitimate grounds for the police denying information.

It is also notable that the restrictions in the Victorian Act on political requests of the police for information would apply more readily to ongoing investigations and prosecutions. Political requests for information may more reasonably be seen as attempts to influence the police where the police investigation has not been completed.⁵⁰ Once an investigation is complete, then there is less risk that requests for information will influence the exercise of law enforcement discretion.

South Australia and Written Directives

South Australia's Police Act 1998 takes a simple and elegant approach to police government relations that provides in s.6 that "Subject to this Act and any written directions of the Minister, the Commissioner is responsible for the control and management of SA Police". Section 8 provides that any Ministerial direction shall be published in the Gazette within eight days and laid before Parliament within six sitting days. The only exclusion on Ministerial directions is contained in s.7 which provides that: "No Ministerial direction may be given to the Commissioner in relation to the appointment, transfer, remuneration, discipline or termination of a particular person." This does not track core police independence as discussed above because it singles out personnel decisions and fails to preclude Ministerial direction with respect to law enforcement decisions. Nevertheless, the South Australian approach demonstrates how a Police Act can in a few simple sections regulate police government relations to increase transparency and accountability while precluding specific forms of political direction of the police.

New Zealand

Section 16 of the New Zealand Policing Act 2008 helpfully combines both the responsibilities and the independence of the police Commissioner in the same provision. Section 16(1) addresses responsibilities by providing:

- (1) The Commissioner is responsible to the Minister for—
 - (a) carrying out the functions and duties of the Police; and
 - (b) the general conduct of the Police; and

⁵⁰ Roach "Four Models of Police Government Relations" *supra* at 70-71.

- (c) the effective, efficient, and economical management of
the Police; and
- (d) tendering advice to the Minister and other Ministers of
the Crown; and
- (e) giving effect to any lawful ministerial directions.

This section effectively defines police responsibilities to the Minister including the following of lawful ministerial directions.

Section 16(2) of the New Zealand Policing Act, 2008 defines police independence as follows:

(2) The Commissioner is not responsible to, and must act independently of, any Minister of the Crown (including any person acting on the instruction of a Minister of the Crown) regarding—

- (a) the maintenance of order in relation to any individual or group of individuals; and
- (b) the enforcement of the law in relation to any individual or group of individuals; and
- (c) the investigation and prosecution of offences; and
- (d) decisions about individual Police employees.

This definition of police independence embraces core police law enforcement independence as defined in *Campbell and Shirose* in s.16(2)(b) and (c) but goes beyond it in its reference to the maintenance of order and decisions about individual police employees. It demonstrates, however, that it is possible to codify police independence.

The United Kingdom

The British approach to police independence is both complex and controversial. Despite being the home of the idea of full police independence as articulated by Lord Denning in *Ex Parte Blackburn*, legislation in the UK has encouraged a considerable amount of democraticization of police governance.⁵¹

⁵¹ Philip Stenning "The Idea of the Political 'Independence' of the Police: International Interpretations and Experience" in Beare and Murray *Who's Calling the Shots* supra

In England, Police and Crime Commissioners are now directly elected. This has raised concerns that their directions to the police may be illiberal and populist.⁵² A partial response to these concerns has been the Home Secretary's issuance of the UK Policing Protocol Order 2011.⁵³ As will be seen, however, this eight page statutory instrument may have muddled the waters compared to the more succinct codified approaches taken in South Australia and New Zealand.

Is the Common Law Sufficient?

The Policing Protocol Order, 2011 affirms police independence as follows:

11. The 2011 Act does not impinge on the common law legal authority of the office of constable, or the duty of constables to maintain the Queen's Peace without fear or favour. It is the will of Parliament and Government that the office of constable shall not be open to improper political interference. ...

This provision may overestimate the guidance provided by common law decisions in defining the ambit of police independence. As observed above, Lord Denning's sweeping and broad approach to police independence has been controversial and contested since it was first articulated in 1968. Many Canadian Policing Act implicitly rely on the common law approach in *Campbell and Shirose* by failing to address police independence and in Canada the common law has arguably been strengthened in that case by reference to constitutional principle. Nevertheless, the precise legal status of *Campbell and Shirose* remains unclear especially when set against clear statutory authority to the contrary. In my view, it is best to move towards some codification of core police independence.

Democratic Direction of the Police

Paragraph 17 of the Policing Protocol Order sets out a long list of legal powers and duties of the Police and Crime Commissioners. Most of these are uncontroversial as they relate to issues of "strategic direction and objectives of the force", budget matters, links with the community and the maintenance of "an efficient and effective police force for the police area". Nevertheless some of the powers could more controversial. For example para 17(j) contemplates that the political authority will "hold the Chief Constable to account for the exercise of the functions of the office of Chief Constable and the functions of the persons under the direction and control of

⁵² Dominic Wood "The Importance of Liberal Values within Policing: Police and Crime Commissioners, Police Independence and the Spectre of Illiberal Democracy" (2016) 26 Policing and Society 148.

⁵³ The full document is available at

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/117474/policing-protocol-order.pdf

the Chief Constable.” This reference to functions could include law enforcement functions and as such would impinge on police independence.

“Operational Independence”

Some other paragraphs stress police independence. For example:

18. In addition, the PCC must not fetter the operational independence of the police force and the Chief Constable who leads it. ...

22. The Chief Constable is accountable to the law for the exercise of police powers, and to the PCC for the delivery of efficient and effective policing, management of resources and expenditure by the police force. At all times the Chief Constable, their constables and staff, remain operationally independent in the service of the communities that they serve. ...

30. The operational independence of the police is a fundamental principle of British policing. It is expected by the Home Secretary that the professional discretion of the police service and oath of office give surety to the public that this shall not be compromised. ...

Even these provisions, however, lack precision. The reference to “operational independence of the police” is potentially so broad that it could undermine democratic policing including legitimate political policy direction of the police.

Obtaining Information

The Protocol also addresses the critical issue of the ability of the PCC to obtain information from the police as follows:

19. In order to enable the PCC to exercise the functions of their office effectively, they will need access to information and officers and staff within their force area. Such access to any information must not be unreasonably withheld or obstructed by the Chief Constable and/or fetter the Chief Constable’s direction and control of the force.

This paragraph is utterly vague in providing only that the police should not unreasonably deny information to the political authority. This is in accord with critical commentary in the UK which has stressed the overall vagueness and ambiguity of the 2011 Protocol.⁵⁴ As seen above, the Victoria Act more helpfully

⁵⁴ S. Lister, S. “The new politics of the police: police and crime commissioners and the ‘operational independence’ of the police.” (2013) 7, *Policing: a journal of policy and practice*, 239.

enumerates valid reasons for denying information to the political authority including concerns about prejudicing investigations and endangering persons. Given that so much controversy has been caused in Canada by attempts by politicians to obtain information about police operations, more specific guidance than open-ended references to reasonableness should be provided.

Interactions Between Police Independence and Political Direction

Other parts of the protocol address the respective roles of the police and the political authority in a more holistic and comparative manner. They include:

35. The PCC and Chief Constable must work together to safeguard the principle of operational independence, while ensuring that the PCC is not fettered in fulfilling their statutory role. The concept of operational independence is not defined in statute, and as HMIC has stated, by its nature, is fluid and context-driven.

36. The relationship between the PCC and Chief Constable is defined by the PCC's democratic mandate to hold the Chief Constable to account, and by the law itself: primary legislation and common law already provide clarity on the legal principles that underpin operational independence and the Office of Constable.

37. In order to respond to the strategic objectives set by the PCC and the wide variety of challenges faced by the police every day, the Chief Constable is charged with the direction and control of the Force and day-to-day management of such force assets as agreed by the PCC.

The statement in paragraph 35 of the 2011 Protocol that: "the concept of operational independence is not defined in statute, and...is fluid and context-driven" bears some resemblance to the Ipperwash Inquiry's recognition that the respective operational and policy responsibilities of the police and the Minister will be dynamic.

There are, however, two critical differences. First, the Ipperwash Inquiry recommended a core of police independence that would be codified and could not be impinged by political direction of law enforcement activities, regardless of the context. The Ipperwash Inquiry would not have, as does the 2011 Protocol, leave such matters to common law.

Second, the Ipperwash Inquiry provided a procedure through which the responsible political authority would provide direction to the police in the form of written and public directives. This promotes transparency, accountability and democracy for how police government relations evolve.

Summary

In my view, the new British approach is not a model that Canadian jurisdictions should emulate⁵⁵. To be sure, it underlines how democratic control of the police may increase, but the South Australian and New Zealand Acts are more precise and clear in attempting to define the legitimate scope of political direction and police independence from direction. The South Australian act also provides mechanisms in the form of written directives that are transparent and will focus accountability for how both responsible political authorities and the police exercise their responsibilities. That said, the approach taken in all these foreign jurisdictions understandably do not reflect the precise ambit of police independence as it is understood in Canada under *Campbell and Shirose*.

V. Towards A Codified and Structured Approach to Police Independence and Police Government Relations

Although legislative reform will not cure all possible problems in police government relations, it is necessary and long overdue. There is a growing and strong consensus about core police independence over law enforcement decisions in individual cases that should be codified. Quebec has gone part of the way to codification with its reference in s.83 of the Police Act to the Director General of the municipality having “no authority over police investigations”. There is also growing consensus about the need to recognize and structure a democratic policing model though no Canadian Police Act has yet to embrace this approach to democratic policing.

Building on the McDonald Commission

The McDonald Commission remains a helpful starting point both with respect to police independence and democratic policing. It expressed scepticism about full police independence as championed by Lord Denning and Pierre Trudeau. Its statement that it accepted *ex parte Blackburn* only to the extent that it would preclude direction of law enforcement powers of investigation, arrest and prosecution is remarkably consistent with the doctrine of police independence subsequently articulated by the Supreme Court in *Campbell and Shirose*. The McDonald Commission can also be seen as consistent with the democratic policing model endorsed by the Ipperwash Inquiry in its acceptance that the responsible political authority can provide policy direction to the police.

Where the McDonald Commission may be less helpful is in its failure to recognize that attempts by political authorities to request information from the police, even while theoretically distinct from attempts to control or direct the police, may often be perceived by the public and perhaps by the police as attempts to influence the police.

⁵⁵ For similar criticism about uncertainty and contradictions in the new British approach see Bayley and Stenning *Governing the Police* supra at 188-189.

Remedies for these perceptions may, however, be clear codification of core police independence and increased transparency of the interactions between the police and the responsible political authority.

The Marshall Commission found political interference with police independence over law enforcement decisions. This is consistent with the concept of police independence subsequently articulated in *Campbell and Shirose*. In that case, the concern was that the Attorney General attempted to discourage criminal investigations of Cabinet ministers, but the same mischief of interference with the impartial and professional playing out of the rule of law would occur and perhaps even be magnified if a political official encouraged the police to conduct a particular criminal investigation. The Somalia Inquiry similarly recommended that the military police should not be subject to the military chain of command when engaged in investigation of major disciplinary or criminal offences.⁵⁶ Thus the Court's 1999 decision in *Campbell and Shirose* did not come out of the blue. It built on the important work of these commissions of inquiry which accepted the principle of police independence but defined it in less sweeping terms than Lord Denning.

Building on Campbell and Shirose

Post-*Campbell and Shirose* inquiries are also helpful in fleshing out its implications for police government relations. Justice Hughes 2001 APEC inquiry is helpful in its affirmation that:

- When the RCMP is performing law enforcement functions (investigation, arrest and prosecution) they are entirely independent of the federal government and answerable only to the law.
- When the RCMP are performing their other functions, they are not entirely independent but are accountable to the federal government through the Solicitor General of Canada or such other branch of government as Parliament may authorize.

The Hughes Inquiry recommended that core police independence in the form police independence over law enforcement decisions be codified in the RCMP Act. This would alert officials to the importance of police independence, but unfortunately the RCMP Act has not yet been amended in this manner.

The Hughes Inquiry also examined some of the effects of the Charter on police government relations when it stated:

⁵⁶ Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia, *Dishonoured Legacy: The Lessons of the Somalia Affair*, vol. 5 (Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 1997) at 1296

- In all situations, the RCMP is accountable to the law and the courts. Even when performing functions that are subject to government direction, officers are required by the RCMP Act to respect and uphold the law at all times.

If further stated:

The RCMP is solely responsible for weighing security requirements against the Charter rights of citizens. Their conduct will violate the Charter if they give inadequate weight to Charter rights. The fact that they may have been following the directions of political masters will be no defence if they fail to do that.

An RCMP member acts inappropriately if he or she submits to government direction that is contrary to law. Not even the Solicitor General may direct the RCMP to unjustifiably infringe Charter rights; as such directions would be unlawful.⁵⁷

The Charter adds another and a complicating dimension to police government relations which will be discussed below.

The Arar Commission is helpful both in its recognition of core police independence as articulated in *Campbell and Shirose* but also in recognizing the important role of democratic policing and Ministerial responsibility. It recommended increased use and transparency of ministerial directives in providing policy guidance to the police, including in particular sensitive areas such as the national security.⁵⁸

The Ipperwash Inquiry

Finally, the Ipperwash Inquiry remains the most recent and most developed Canadian report that makes concrete and extensive recommendations to improve police government relations. It rejects the idea that government can provide “guidance” to the police short of direction because it:

almost inevitably creates an appearance of improper influence. It also creates an accountability-free zone in which governments would forever be able to plausibly deny responsibility for the reasonable interpretations of their actions. In my view, anything beyond the exchange of information between the responsible minister and the commissioner should take the form of clear and

⁵⁷Hon Ted Hughes Commission Interim Report (2001) ch. 10.4 at <https://www.publicsafety.gc.ca/lbrr/archives/hv%207641.a8%20r6%202001-eng.pdf>

⁵⁸ Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar *A New Review Mechanism for the RCMP's National Security Activities* (Ottawa: Public Services, 2006) at 458

written directives to the commissioner. Anything less than that contradicts transparency and accountability—values that are central to this report.⁵⁹

The report also warns that “[s]ometimes, even a reasonable appearance of government influence can damage public confidence in the impartial and non-partisan administration of justice.”⁶⁰

As suggested in part one, the Ipperwash Inquiry’s recommendations are best understood as a combination of the core or quasi-judicial policing model and the democratic model.

Democratic Policing and Core Police Independence

Statutory recognition of core police independence may also promote democratic policing by making it more difficult for politicians to hide behind overinflated claims of police independence.

Andrew Sancton in his analysis of legislative and policy debates surrounding the policing of Indigenous protest in Caledonia, Ontario subsequent to the police killing of Dudley George at Ipperwash found that the responsible Minister did not take political responsibility for the policy of policing and even misread the Ipperwash recommendations as based on a simple model of full police independence⁶¹ Professor Sancton observed:

A quick reading of Linden’s two pages of recommendations might leave the impression that he is concerned above all with insulating the police from government control. But what he is really concerned with is protecting the police from ad hoc, informal influence by an unspecified array of government operatives, ranging from the premier to ministerial staffers, a pattern he documented in the Ipperwash events. The real substance of the recommendations, especially Recommendations 71–73, is to focus responsibility for the OPP on a single minister and to make it clear that that minister is responsible for policing policy, that the minister expresses such policy through public directives, and that such directives can extend even into policy matters relating to the “operational responsibility” (357) of the OPP commissioner.⁶²

It is important to note that this approach in Caledonia took place in the absence of the legislative reform recommended by the Ipperwash Inquiry. It took place in an

⁵⁹ *ibid* at 334.

⁶⁰ *Ibid* at 304

⁶¹ Andrew Sancton “‘Democratic Policing’: Lessons from Ipperwash and Caledonia” (2012) 55 *Canadian Public Administration* 365

⁶² *Ibid* at 378

environment in which police-government relations were governed by tacit and unclear understandings of police-government relations.

Had the legislative reform proposed by the Ipperwash Inquiry been implemented at the time of Caledonia, than it would have been clear to informed observers that 1) police independence was limited to immunity from political direction of law enforcement decisions in individual cases and 2) that other political direction could only legally come from the responsible political authority in the form of written and publicly disclosed directives. This might have focused and sharpened the democratic debate and minimized inaccurate claims about the ambit of police independence.

It is important to recognize that even more robust forms of democratic policing should not eclipse or overshadow the importance of core police independence over law enforcement decisions. Even in cases where the responsible political authority was active in providing policy direction to the police, it would have to respect the core of police independence by not attempting to direct police law enforcement decisions in individual cases. As Commissioner Linden stated:

I hasten to add that even when the government occupies the policy field, the police will still retain discretion and independence with respect to many operational issues in implementing the government policy. For example, the police would still retain the discretion to decide when to arrest people, even if the government issued a clear and transparent policy declaring that an Aboriginal occupation will be considered a simple matter of trespass. The core of police independence would be meaningless if the government could direct when and/or how to enforce the law.⁶³

The basic bedrock principle is police independence. It never changes and is supported in Canada by constitutional principle and the rule of law. The degree of democratic policing can, consistent with the nature of democracy, change and evolve.

Information

One issue that may require further thought is providing procedures or guidelines to govern attempts by the responsible political authority to obtain information about police actions. In many cases, requests for information- much like the giving of “guidance” that political authorities claim stop short of direction- have provoked controversy and reasonable suspicion of government influence. Thought should be given to limiting the ability of the responsible political authority (but perhaps not necessarily their staff or civil servants) from obtaining “real time” information about ongoing or future investigations.

⁶³ Ibid at 329

Compliance with the Charter

Another area that may require more thought is with respect to Charter based concerns. The APEC inquiry dealt with these matters and suggested that the police should not obey a direction from a responsible political authority that it believed violated the Charter. This seems correct, but is complicated by the fact that issues of Charter compliance are rarely straight forward. Given disagreements about the law, it may be appropriate to suggest not only that the police refuse an order from political authorities that they believe to be unlawful but also to trigger some process, perhaps through the Attorney's General department and if need be through the courts, to resolve disputes over whether a particular order is actually illegal.

In addition, the responsible political authority may have a legitimate interest in requiring the police to adopt policies that better protect rights and freedoms than the minimum standards that will be enforced by the courts under the Charter.

Education and Training

Finally, legislative reforms will not be useful if police and politicians are not educated to understand both the letter and the spirit of the reforms. The Ipperwash Inquiry recognized this fact and recommended training and education both for police and political officials. At the same time in their recent review of police government relations in six democracies, Professors Bayley and Stenning concluded that "legislative specification" while not a "silver bullet" can nevertheless be effective by reducing disagreements between the police and the government and "providing a clearer basis for resolving them when they do arise."⁶⁴

Conclusion

The fact that the question of the legitimate scope of police independence from government direction has been raised in so many Canadian inquiries into scandals including the present one raises interesting question about why statutory reforms to clarify and provide transparent procedures to govern police-government relations have not been enacted 18 years after the Supreme Court's decision in *Campbell and Shirose* and 10 years after the Ipperwash Inquiry's recommendations.

One hypothesis to explain the lack of legislative reform is simply that governments may have concluded that despite being at the heart of more than one scandal that controversies with respect to police government relations were unlikely to emerge again.. If governments were of this view, they were mistaken.

Controversies in police-government relations continue to erupt on a regular basis and there is no reason to think that they will not do so in the future. Indeed, they may

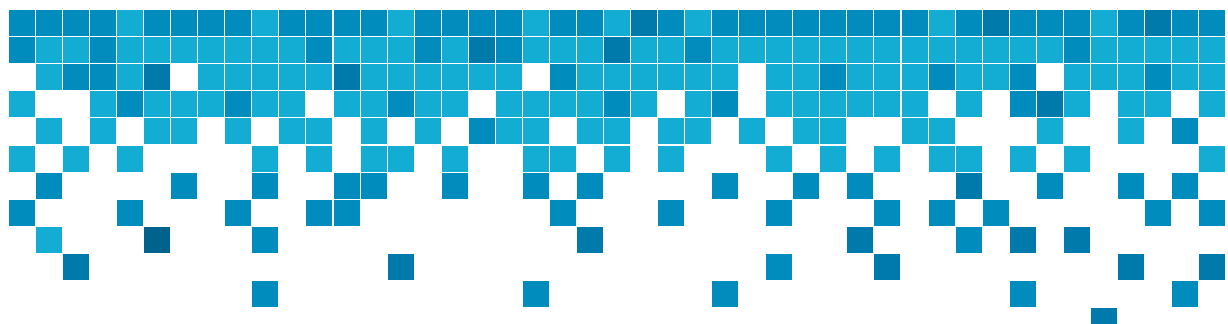
⁶⁴ Bayley and Stenning *Police Government Relations* supra at 189.

increase given the expanding legal and technological powers of the police, the greater awareness and transparency of police conduct and the increased diversity of our communities. This underlines the urgent need to codify core police independence and to provide transparent procedures to govern less settled issues of police government relations.

Another slightly more sinister hypothesis is that it may be in the interests of governments and police to keep police government relations unclear if not opaque. Both political responsible authorities and police leaders may not be overly eager to accept the responsibility that will come with greater transparency about police government relations. But such transparency is needed if the public is to be able to hold both politically responsible authorities and the police accountable for actions that significantly shape the type of society we live in.

ANNEXE V

Rapport d'expertise – M. Pierre Trudel



Les fondements de la protection des sources journalistiques dans l'univers médiatique du 21^e siècle

Pierre Trudel, professeur titulaire, Centre de recherche en droit public, Faculté de droit,
Université de Montréal

Les opinions exprimées dans ces pages sont celles de l’auteur et ne reflètent pas nécessairement celle de la Commission d’enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques.

Note biographique

Pierre Trudel est professeur titulaire au Centre de recherche en droit public (CRDP) de la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Il a été professeur invité aux Universités Laval (Québec), Paris II (Panthéon-Assas) et Namur (Belgique). En 1986-1988, il a été directeur de la recherche du Groupe de travail fédéral sur la politique de radiodiffusion. De 1990 à 1995, il a été directeur du Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal. De 2003 à 2015, il a été le premier titulaire de la Chaire L.R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique. Il enseigne en droit de l'information et en droit du cyberspace. Il est l'auteur de plusieurs livres et articles en droit des médias et en droit des technologies de l'information. Il travaille à des projets de recherche sur les droits fondamentaux de l'information, la protection de la vie privée, l'évaluation des enjeux et risques juridiques, les objets connectés, la e-santé, le droit de l'audiovisuel, le commerce électronique et les méthodologies d'élaboration des règles de conduite dans les environnements en réseaux. Il est chroniqueur régulier au journal *Le Devoir*. Le site www.pierretrudel.info rend compte au jour le jour de ses activités professionnelles.

Introduction

Dans les pays démocratiques, c'est notamment à titre de conditions nécessaires à l'existence du droit du public à l'information que la liberté d'expression et la liberté de presse sont protégées à titre de droits fondamentaux.

Conformément aux questions qui m'ont été adressées par la Commission, je me permets de mettre de l'avant certains éléments de réflexion au sujet des fondements d'un cadre juridique protecteur de l'activité journalistique dans l'environnement social et technologique dans lequel fonctionnent les médias d'aujourd'hui.

1. Un environnement à prendre en compte

Dans les sociétés démocratiques comme la nôtre, l'activité journalistique est essentiellement une activité par laquelle nous informons nos semblables. Dans le contexte engendré par la numérisation et le monde connecté en réseau qui en résulte, chacun est en position de poser des actes pour informer ses semblables. Les médias de masse ne sont plus les seuls à diffuser de l'information. Pratiquement chacun dispose d'une puissance de diffusion équivalente à celle des grands médias d'il y a 15 ou 20 ans.

Cette nouvelle réalité engendre un environnement concurrentiel plus sévère. L'évaluation de l'intérêt qu'une information représente pour les publics ou les cercles de relations avec lesquels nous sommes en contact de même que l'appréciation des risques associés à la circulation d'une information sont désormais des tâches incombant à un ensemble beaucoup plus vaste d'individus ou d'organisations.

Il faut se garder de penser les règles encadrant l'activité journalistique en référence à un milieu journalistique où seuls les médias comme le *New York Times* et le journal *Le Monde* sont dignes d'évoluer, parce qu'ils font ce qu'ils considèrent être de la « bonne » et de la « vraie » information. L'univers médiatique actuel accroît le nombre de ceux qui sont en situation d'évaluer l'intérêt que peut représenter une information pour le public.

Lorsqu'il s'agit de considérer les évaluations qui doivent être faites lorsque vient le temps de déterminer si une information mérite d'être diffusée, il est de plus en plus difficile d'appliquer une conception binaire de l'intérêt public. La question n'est plus de savoir si une information est d'intérêt pour l'ensemble de la population, mais plutôt d'évaluer si cette information est d'intérêt pour le groupe de gens avec lequel nous interagissons directement ou indirectement. Il est possible que cette information n'ait pas d'intérêt pour les gens qui sont en dehors de ce cercle, mais cela a un tout de même de l'intérêt pour le public constitué des personnes avec lesquelles nous sommes en relation.

Les conditions dans lesquelles s'évalue l'intérêt public ne reposent plus sur une conception de l'information formatée pour des « médias de masse », imprimés ou électroniques. Un groupe de *followers* sur *Twitter* peut être comparé à un groupe d'abonnés au *Devoir* ou au *Journal de Montréal*. Dans l'univers des médias personnels, les gens font le choix de suivre quelqu'un parce qu'ils ont un intérêt pour les sujets qu'il traite, le domaine dans lequel il évolue, ou les faits et gestes dont il peut témoigner. Pour eux, ces sujets sont d'intérêt public. Nous sommes dans un

monde où chacun peut accomplir un acte journalistique c'est-à-dire, proposer à ses semblables une information qu'il estime avoir de l'importance pour eux.

Dans un tel contexte, les débats sur la définition de journaliste appartiennent à un âge révolu. Il ne s'agit plus de chercher à définir le journaliste, mais plutôt de protéger l'acte journalistique lui-même. Tenter d'établir une définition formelle qui serait le reflet d'une représentation figée dans le temps d'une pratique pourtant en constante évolution semble un exercice voué à l'échec. De plus, dans la littérature on est frappé par le caractère biaisé d'une telle démarche. Plusieurs sont enclins à définir le journaliste en fonction de ce qu'ils estiment être le « bon » journalisme, une vision peu compatible avec la liberté d'expression. La faculté de rendre disponible de l'information à nos semblables est tellement répartie dans la population, qu'elle induit la nécessité de protéger les conditions d'accomplissement de l'activité journalistique.

Il serait illusoire de penser réguler l'environnement informationnel en réseau avec les mêmes moyens qu'au temps des médias imprimés ou diffusés d'autrefois. Le caractère viral des environnements de diffusion fait en sorte qu'une information fait le tour de la planète en quelques minutes à peine. Les risques de la diffusion et de la circulation d'information changent d'échelle. Il importe de pouvoir compter sur un cadre juridique conséquent. Mais la tentation d'accentuer la censure en raison de la facilité de circulation de l'information est une fausse solution. Plutôt que de prétendre supprimer l'information, il faut plutôt apprendre à vivre dans un monde dans lequel celle-ci est de plus en plus abondante.

2. Protéger l'acte journalistique

Le premier pas vers l'établissement d'un cadre juridique conséquent est de bien comprendre ce que signifie le fait de poser un acte journalistique. Poser un acte journalistique consiste essentiellement à collecter de l'information, analyser l'importance qu'elle revêt pour l'auditoire desservi et la diffuser. Si le cadre juridique rend trop risquées certaines activités de collecte et de diffusion d'information, il y a danger de méconnaître le caractère constitutionnel de la liberté d'expression et de la presse.

Protéger l'acte journalistique dans une société démocratique c'est protéger une activité bénéficiant de la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression. C'est pourquoi on ne peut postuler la possibilité de hiérarchiser l'information. Il n'y a pas en soi d'information en elle-même plus « importante » ou plus légitime que d'autres. Certains peuvent juger que les sujets abordés par une adolescente sur une chaîne *YouTube* traitant de maquillage ne constituent pas des sujets d'intérêt public; mais force est de constater que cela peut intéresser beaucoup de monde. Il y a là un acte d'information dirigé vers autrui et tant et aussi longtemps que la finalité ou l'objet d'information n'est pas contraire à la loi, il y n'y a pas de motif légitime de discriminer l'information en fonction de sa teneur ou de sa portée. À la base, l'acte est le même. Il relève de la liberté d'expression et, à ce titre, ne peut être contraint que par dans des limites raisonnables et découlant de la loi, non des discours déontologiques. Pour cette raison, l'acte journalistique doit être défini de façon très large. C'est cela que vise à protéger le respect de la confidentialité des sources.

Dans la plupart des pays qui se sont dotés d'une loi sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques (en Europe et aux États-Unis), la législation est orientée sur la finalité pour

laquelle la source sera protégée. Elle vise à protéger le fait d'obtenir l'information et de la partager avec le public. Il ne s'agit pas de protéger la source elle-même, mais plutôt de préserver les conditions nécessaires à l'exercice de la liberté d'expression et de la liberté de presse, entendues comme une condition du droit du public d'être informé. Le fondement légitime de la protection de la confidentialité des sources est l'intégrité de l'acte journalistique. Mettre l'accent sur la protection de la source elle-même risque de faire perdre de vue cet objectif.

Le droit à la confidentialité se fonde sur la nécessité du caractère confidentiel de la relation pour que l'information puisse effectivement être obtenue et rendue publique. Cette approche est cohérente avec le souci de protéger l'activité journalistique.

Les personnes qui participent à une activité journalistique doivent forcément se poser la question de l'intérêt du public qu'ils desservent à l'égard d'une information. Ils soupèsent les répercussions que peut avoir sa diffusion. En fonction des conceptions qui les animent, ils vont prendre les moyens afin de s'assurer de la véracité des faits. Leur légitimité, leur crédibilité et leur réputation sont largement tributaires de leur capacité à bien faire les évaluations inhérentes à la diffusion de l'information vers le public. Les gens de médias ne sont évidemment pas à l'abri des erreurs. Certains glissements peuvent survenir et, comme dans n'importe quelle activité d'évaluation, il peut y avoir des évaluations différentes des risques, mais en première ligne ils sont nécessairement tenus et « habilités » à faire cet exercice d'évaluation. C'est la caractéristique même de l'acte éditorial, une opération intellectuelle par laquelle on évalue l'intérêt public à la diffusion d'une information et qui peut mener un journaliste à promettre la confidentialité à une source.

Il y a là des conditions différentes de celles d'autres types de secrets protégés par la loi. Par exemple, le secret médical a pour fondement la protection du patient, source de l'information lui-même. Mais lorsque, comme dans le cas de l'activité journalistique, c'est l'intérêt public à la diffusion d'une information qui fonde le régime de protection, reconnaître à une source la protection en fonction de son mérite, de sa conduite ou même de sa probité n'est pas une approche adéquate.

En vérité, plusieurs sources anonymes ou confidentielles d'information journalistique transgressent un devoir qui leur incombe, soit en vertu de la loi, d'un contrat de travail ou d'un serment de confidentialité pour parler à un journaliste. C'est précisément en raison de cette transgression qu'ils ne sont habituellement enclins à parler que moyennant des garanties de confidentialité. Faire dépendre la protection de leur anonymat de leur bonne conduite revient à leur refuser toute protection significative.

De plus, la personne qui se livre à une activité journalistique est rarement en position pour déceler ou évaluer l'illégalité dans laquelle une source se serait placée. Ce type d'analyse procède habituellement d'une évaluation juridique et les tribunaux eux-mêmes peinent parfois à déterminer si un geste illégal a effectivement été commis. Imposer à ceux et celles qui font une activité journalistique le fardeau d'évaluer la légalité de la situation d'une source d'information constitue un très lourd fardeau. Un fardeau difficilement compatible avec la fonction journalistique.

L'essence de l'acte journalistique ne consiste pas à savoir si quelqu'un a violé une loi ou un contrat, mais plutôt à déterminer si l'information est pertinente pour le public. Évidemment, tôt ou tard, une personne qui transgresse les lois n'échappe pas à l'obligation de devoir éventuellement en répondre. Mais ce serait placer bien bas l'intérêt public à être informé que de le subordonner *a priori* à l'impératif qu'une source d'information n'ait transgressé aucune des obligations qui lui incombent. La détermination de la conformité du comportement d'une source d'information avec ses obligations est un processus qui relève des instances judiciaires. Tracer la ligne entre légalité et illégalité n'est pas, et ne devrait pas être, la tâche de ceux qui sont engagés dans une activité journalistique.

3. Un cadre juridique cohérent

Un cadre juridique conséquent doit augmenter et visibiliser les risques auxquels s'expose quelqu'un qui transgresse les règles. Lorsqu'il existe un consensus social quant au caractère justifié d'une règle, il est possible de faire en sorte que l'activité visée soit excessivement risquée. Par exemple, la prohibition de la pornographie juvénile repose sur un large consensus. Cela a facilité la mise en place de mesures rendant très risquée la possession de ce matériel. Sans nécessairement parvenir à éradiquer le phénomène, les lois de nombreux pays agissant de concert ont réussi à limiter ce type de fléau.

L'établissement d'une telle cohérence dans l'action présuppose d'établir un certain consensus sur les risques à prévenir. En ce qui a trait à la protection des sources journalistiques, l'un des problèmes rencontrés est le fait que les principaux acteurs ne s'entendent pas sur les raisons pour lesquelles nous devrions augmenter les risques. Par exemple, l'idée selon laquelle, en raison des impératifs de sécurité nationale, nous devrions nous montrer plus prudents à accorder la confidentialité est extrêmement controversée. La légitimité de l'État pour augmenter les risques liés à la circulation de ce type d'information paraît donc limitée; d'autant que la tolérance et la perception de la population changent.

En dépit de cette réalité, l'idée de codifier les règles pour en faciliter la compréhension par les premiers acteurs concernés demeure intéressante. Pour plusieurs acteurs en première ligne, disposer d'un texte de loi prescrivant les facteurs à examiner procure un outil utile pour améliorer les processus de décision.

Mais il y a toujours des limites à la capacité d'un législateur de codifier ce qui relève de l'appréciation des conduites et des situations. C'est pourquoi il paraît si difficile d'aller au-delà de la codification du test de Wigmore. L'absence de consensus, au sein même des milieux concernés, rend difficile l'adoption d'une législation qui viendrait prescrire *a priori* quel intérêt devrait avoir préséance sur l'autre. Il y a toujours un point de rupture où il est difficile d'échapper à la nécessité de s'en remettre au juge afin d'évaluer la raisonnable de l'évaluation que la personne engagée dans une activité journalistique a dû faire des événements et situations.

En d'autres mots, en première ligne, le journaliste doit nécessairement évaluer l'intérêt public. Lorsque son comportement est contesté se pose la question de juger de la raisonnable de son évaluation. Cette dernière démarche revient aux instances judiciaires.

Pour s'inscrire dans une logique démocratique, respectueuse de la diversité des conceptions qui coexistent, le cadre juridique doit reconnaître qu'il y a une pluralité de conceptions de l'intérêt public. Il importe de tenir compte que les acteurs de première ligne ont à évaluer les enjeux en cause. Ils peuvent se tromper. Mais tant qu'ils agissent dans les limites du raisonnable, il faut leur reconnaître le droit à l'erreur. Leur évaluation ne devrait pouvoir être remise en cause que lorsqu'ils ont grandement erré dans leur appréciation des faits ou des risques.

La cohérence du cadre juridique n'exclut pas l'introduction d'exceptions telles celles qui sont fondées sur un impératif de protection de la vie humaine ou de la sécurité nationale. Cela dit, pour demeurer crédibles, les exceptions devraient être applicables moyennant une obligation d'explications de la part de ceux qui réclament qu'elles viennent limiter la protection de l'acte journalistique. Dès lors qu'une exception n'est pas traitée de façon transparente, qu'il est impossible de connaître le raisonnement sous-tendant son application, il est impossible pour le public de comprendre ses bases légitimes. Or, la légitimité est fondamentale dans ce genre de processus.

En résumé, pour maximiser les chances d'arriver à un équilibre, il ne semble pas y avoir d'autre option que celle de codifier sur la base de critères similaires à ceux du test de Wigmore, mais d'être très prudent sur la liste possible d'exceptions, en imposant le fardeau de la preuve à celui qui les invoque. Il faut aussi déterminer soigneusement à quel point il faudra s'en remettre à la sagesse judiciaire.

4. Codification et évaluation de la raisonnable des décisions journalistiques

La codification des règles inhérentes à la protection des sources journalistiques recèle un certain nombre de débats et de pièges. L'idée voulant qu'un journaliste puisse être assimilé à un complice d'acte criminel lorsqu'il choisit de diffuser une information est souvent évoquée. Il est facile de concevoir que certaines informations ne peuvent être obtenues autrement qu'en s'infiltrant dans un milieu ou qu'en fréquentant des gens ayant commis des actes criminels. Or, toute personne qui a à sa disposition des outils de diffusion d'information entre les mains doit être consciente des risques qui sont associés à cette puissance de diffusion.

S'il peut parfois être justifié de commettre des gestes qui vont très loin pour rendre publique une information, dans d'autres cas, cela peut s'avérer carrément irresponsable. Il faut toutefois éviter de postuler, *a priori*, que telle ou telle méthode ne peut être utilisée ou encore que la protection des sources ne peut pas être accordée dans certaines circonstances. Même dans de tels contextes, l'évaluation de l'intérêt public doit demeurer le principe directeur.

Cela dit, cela n'exclut pas le fait que des accusations soient portées si, effectivement, certaines lignes ont été franchies. L'acte journalistique et celui qui le pose ne sont pas au-dessus des lois. Ce n'est pas parce que nous vivons dans une société qui semble postuler que la formation juridique de base pour l'ensemble de la population n'est pas importante que ceux et celles qui s'adonnent à une activité journalistique peuvent faire bon marché des exigences des lois.

Ceux et celles qui sont engagés dans une activité journalistique doivent être conscients que certaines méthodes de collecte d'information sont plus risquées, qu'elles peuvent avoir des

conséquences plus graves pour les autres. Elles sont par conséquent assorties d'une obligation de prudence additionnelle.

Dans la même logique, il faut résister à la tentation de subordonner l'activité journalistique au respect d'une déontologie unique. Certains sont en effet tentés de réserver les protections de l'activité journalistique uniquement à ceux qui suivent une déontologie. Une telle approche s'apparente à dire que la liberté de religion n'existerait que si vous suivez la « bonne » religion.

Dans une société démocratique, la caractéristique même de l'acte journalistique est qu'elle peut s'effectuer en fonction d'une diversité de valeurs, croyances ou préceptes. Subordonner la protection de l'activité journalistique à des exigences déontologiques revient à introduire par la porte arrière une réglementation parfois plus sévère que les règles de droit elles-mêmes. Au Québec, certaines décisions en matière de responsabilité civile des médias ont d'ailleurs montré les effets pervers que peut avoir une trop grande place accordée à la déontologie¹. Le système québécois de déontologie médiatique ne s'est jamais remis de la décision de la Cour suprême ayant puni un média en déduisant une faute d'une critique fondée sur des croyances déontologiques. Depuis ce temps, dans la tête d'une partie des personnes œuvrant en journalisme, la déontologie est un piège.

L'alternative serait plutôt de faire en sorte que le droit impose un devoir général pour les personnes s'adonnant à une activité journalistique d'évaluer les enjeux associés à leurs activités et d'être en mesure, le cas échéant d'expliquer pourquoi ils ont agi comme ils ont agi. Cela les forcerait à préciser comment ils ont pris en compte les effets que pouvait avoir la divulgation de certaines informations. Elles seraient en quelque sorte tenues d'expliquer quel est leur raisonnement, comment elles ont analysé la situation et comment elles en sont venues à la conclusion que l'intérêt public justifiait de recourir à tel ou tel procédé. Dans un tel contexte, il deviendrait difficile pour ceux qui se livrent à une activité journalistique sans se soucier des conséquences ou des règles d'expliquer leur raisonnement. En d'autres termes, cela augmente les risques inhérents aux comportements inconciliables avec les pratiques qu'une personne raisonnable estimerait essentielles.

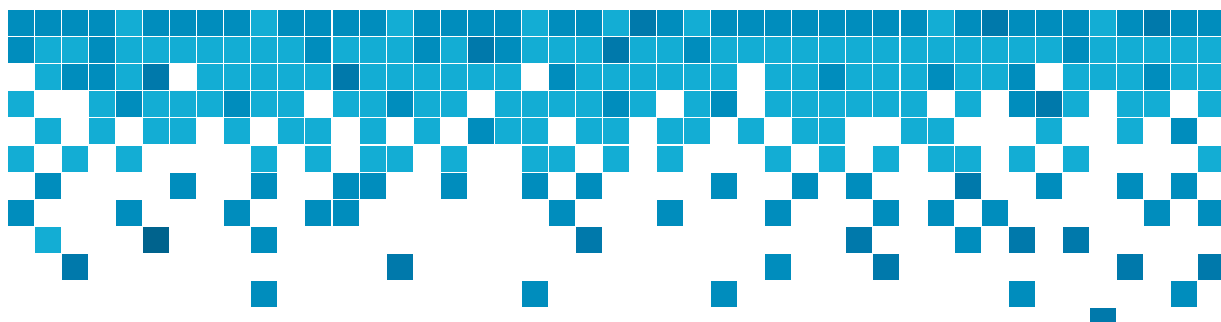
Une plus grande transparence sur les méthodes de travail accroît la protection du capital de légitimité. C'est vrai pour les forces de l'ordre, mais aussi pour les médias. La capacité à diffuser une information de qualité va de pair avec la volonté d'être très transparents dans les démarches. Cela peut aussi être une bonne parade contre les abus possibles. Non seulement en se questionnant les médias peuvent éviter les glissements, mais ils peuvent aussi et surtout faire en sorte de se prémunir contre de possibles reproches. D'aucuns diront qu'il s'agit là d'une vision bien naïve des choses. Je ne nie pas le fait que la pression du marché peut parfois inciter les médias à prioriser les grands titres et la copie. J'ai toutefois l'impression qu'il serait difficile d'aller plus loin que de rendre conscients les acteurs qu'ils auront éventuellement à expliquer leurs démarches. Il s'agit en somme de visibiliser les risques de pratiques déviantes ou qui ne tiennent

¹ Voir Pierre TRUDEL, "La faute journalistique en droit civil", [2015] 49 *RJTUM* 636-684.

pas compte des lois ou des intérêts des autres. Renforcer l'obligation effective pour les personnes qui se livrent à une activité journalistique de bien évaluer à la fois l'intérêt que représente une information pour leur public, mais aussi les risques que la diffusion peut représenter pour d'autres intérêts.

Si en première ligne les gens de médias sont nécessairement obligés à cette double évaluation, il importe que l'évaluation *a posteriori* de leurs décisions par les instances judiciaires soit faite en fonction d'un critère de raisonabilité. Il est en effet problématique pour la liberté de presse que les gens de médias soient exposés à voir leur évaluation de l'intérêt public écartée arbitrairement au profit d'une vision plus étroite.

**Exposé prononcé par
M^{me} Lise Bissonnette –
ANNEXE VI 3 avril 2017**



JOURNALISME ET DÉMOCRATIE

Exposé préparé pour la Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques

Lise Bissonnette

Le quotidien et sa charge de nouvelles, comme une marée toujours recommencée oserais-je dire en paraphrasant Paul Valéry, est le cadre contraignant du journaliste. Que l'on soit reporter, analyste, chroniqueur ou éditorialiste, une journée emporte l'autre, la réflexion est courte, limitée en paragraphes de texte ou en minutes d'antenne. Tels sont la condition et le grand charme de ce métier dont le déroulement en accéléré nous empêche de ruminer nos propres chicanes avec la vie et nous porte de gré ou de force à nous intéresser à autrui. L'envers de cette qualité, c'est notre pratique restreinte de la réflexion au long cours. Ainsi me suis-je surprise à hésiter et même à éprouver une forte appréhension au moment d'accepter de me présenter devant cette Commission pour y traiter, à sa demande, du vaste thème des liens entre journalisme et démocratie. J'ai beau avoir pratiqué longtemps le métier d'éditorialiste dans un journal quotidien qui met son honneur à proposer une analyse de haute qualité, et être revenue plus récemment au commentaire politique, j'étais soudain appelée à dépasser les automatismes qui nous portent à traiter ces liens comme vérités révélées, à les évoquer ou les invoquer sans développer outre mesure notre propos. Au terme de ma recherche, je vous sais gré de m'avoir proposé ce parcours, je l'ai trouvé exigeant mais passionnant.

Il me fallait, selon votre vœu, déborder du cadre très spécifique de votre mandat d'enquête *sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques*. Je n'ai pas à traiter, non plus, des événements précis qui ont mené à la décision de lancer cette enquête publique, et qui ont ému le monde journalistique et ceux qui le fréquentent, à la fin d'octobre dernier. Retenons simplement ceci : au moment des faits et lors des vifs débats qui ont suivi, les principes généraux formulés au soutien de la protection de la confidentialité des sources convoquaient immédiatement la liberté de presse, corollaire du droit fondamental qu'est la liberté d'expression affirmée dans nos chartes des droits et libertés. On a rappelé aussi, à répétition, que la Cour suprême avait avalisé l'existence de cette protection, tout en ne la déclarant pas

absolue et en fixant les balises de son exercice. Comme en d'autres pays qui les reconnaissent, ces principes font désormais partie du contrat social contemporain. Dès lors il a paru pertinent d'explorer plus avant ce contrat, ce pacte citoyen implicite, en l'examinant hors de l'expression juridique explicite qui lui sert souvent d'environnement, et que cette Commission traitera certainement à fond.

Des questionnements préalables

Dès qu'est mise en débat la question du journalisme et de la démocratie, nombre d'analystes s'imposent et nous proposent en préalable une mise en question de la démocratie elle-même. L'idéal athénien fondateur de la démocratie, cette assemblée du peuple qui réunissait dans un espace public des citoyens libres de faire leurs lois et de se doter de conseils de gouvernement respectant leur parole, fait aujourd'hui figure d'utopie. Les démocraties libérales qui sont les nôtres en Europe et en Amérique n'en sont qu'un rappel bien imparfait. Les maux qui affectent nos démocraties sont connus : la globalisation qui réduit l'autonomie des États et les soumet à des régulations internationales concoctées hors de portée des nations, le dévoiement du bien public vers le bien privé des réseaux de possédants, l'aliénation des citoyens et particulièrement des plus défavorisés, la participation faiblarde aux exercices électoraux dont la crédibilité ne cesse par ailleurs de s'étioler, tout cela amène les observateurs des médias à faire également le procès du journalisme. Dans la mesure où le journalisme prétend être un ingrédient essentiel au maintien des démocraties, bien des critiques, notamment en milieu universitaire, les voient alors comme des rouages de ces pouvoirs délités. Consciemment ou non, les médias seraient des complices d'un mode de gouvernement qui n'est plus qu'un semblant de démocratie et qui trahit les populations au lieu de les servir.

Cette vision de la position des médias dans nos démocraties s'est articulée et s'articule encore autour de la référence incontournable et remarquablement durable qu'est la pensée du philosophe et sociologue allemand Jürgen Habermas. Au tournant des années 60, celui-ci avait décrit la formation, à la fin du 18^{ème} et au début du 19^{ème} siècles, de ce qu'il appelait un « espace public », lointain rappel de l'agora athénienne. Ce lieu de discussion formé d'un public de lecteurs éclairés, en dialogue animé avec les nouveaux états constitutionnels, allait former des réseaux aptes à soutenir l'essor d'une presse d'opinion et à combattre la censure. Les médias, en permettant la circulation de l'information et l'articulation des échanges, y jouaient un rôle premier. La discussion n'a jamais cessé autour de ce concept dont Habermas croyait la

pérennité possible, moyennant que le peuple puisse désormais en être partie autant que la société bourgeoise d'autrefois. Trente ans plus tard, il en formulait toutefois lui-même la révision. La sphère publique, écrivait-il, avait subi de profondes « transformation structurelles » sous l'action de l'État et de l'économie. Investie et travestie par le marché et par le pouvoir, elle avait miné les échanges rationnels et en était arrivée à une « utilisation manipulatrice des médias dans la création d'une loyauté des masses ». Ce constat, formulé à l'âge de la radio et de la télévision, a été reçu et repris sans cesse. Il se renforce désormais avec l'irruption des nouveaux médias par voie d'Internet. La manipulation n'est plus seulement soupçonnée mais avérée puisqu'advient maintenant la fabrication volontaire de fausses informations, et leur dissémination massive. Cette vision très critique de médias qui participeraient directement au déclin de la démocratie est donc recevable et il serait pertinent que les journalistes, quand ils réfléchissent plus largement à leur métier, l'intègrent à leur lecture du monde.

Il est bon de fréquenter et de pratiquer un tel doute existentiel mais il est difficile, pour la majorité des journalistes et de leurs médias, d'en suivre la logique dans l'action. À terme, on les appellerait soit à ouvrir de nouveaux espaces de communication qui ne soient pas des médias – ce qu'a suggéré Habermas en 1990 –, soit à joindre le journalisme de combat qui commence à gagner du terrain dans les nouveaux espaces numériques, notamment en France et aux États-Unis.

Tout en reconnaissant la pertinence de ces questionnements qui sont des mises en cause, le cadre de notre réflexion ne peut qu'être plus limité. Il est celui des médias auxquels la Commission va s'intéresser. Ce cadre sera donc celui de l'expérience immédiate des modes d'exercice du journalisme à l'intérieur du régime démocratique qui est le nôtre, quoi qu'il en soit de ses imperfections. La première détermination de ce régime est d'être québécois et canadien, c'est donc cet ancrage qui nous servira de périmètre, tant dans son histoire que dans ses institutions contemporaines.

Les principaux thèmes

Sans faire l'histoire des médias québécois, on peut étudier leur rapport à la démocratie à partir de quelques moments significatifs, parmi ceux qui ont formé et fait évoluer ce rapport. J'en ai privilégié les suivants :

- 1) Le journalisme à l'aube du gouvernement responsable

- 2) Le débat sur la concentration des entreprises de presse comme menace à la démocratie dans la seconde partie du 20^{ème} siècle;
- 3) Des changements législatifs et institutionnels dont l'adoption des chartes québécoise et canadienne des droits;
- 4) L'élargissement actuel des enjeux démocratiques hors de la sphère politique;
- 5) De nouveaux écueils qui peuvent miner les fondements mêmes du journalisme.

1) Le journalisme à l'aube du gouvernement responsable

L'imprimerie est inventée par Gutenberg à Strasbourg en 1438 et la presse périodique naît en Europe au début du 17^{ème} siècle, à Paris ce sera en 1631 avec la *Gazette* hebdomadaire de Théophraste Renaudot. Ces repères sont à retenir pour qui veut saisir l'endormissement de la Nouvelle-France en ces matières. L'imprimerie y était interdite par la volonté du roi, on ne sait trop s'il s'agissait de contrer toute concurrence économique envers la métropole ou de freiner la diffusion des idées révolutionnaires dans les colonies. Il faudra attendre l'arrivée d'imprimeurs de Philadelphie en 1763, après la Conquête, pour que des presses apparaissent au pays. Et que soit publié en 1764 le premier journal, bilingue, la *Gazette de Québec*, soit 133 ans après celle de Renaudot dans ce qui était la mère-patrie.

Il ne faudra pas long de temps, par la suite, pour que cette presse si tard venue au monde devienne littéralement le levier de la naissance de la démocratie au Québec. Avant même de fonder ici son propre journal en 1778, l'imprimeur d'origine française Fleury Mesplet s'était installé aux États-Unis et avait expédié en 1774 aux « habitants de la province de Québec » une adresse financée par les révolutionnaires américains, qui incitaient leurs voisins à mener leur propre lutte pour des droits démocratiques, dont une chambre d'assemblée et une presse libre. Son journal, *La Gazette littéraire pour la ville et le district de Montréal*, voltairien et contestataire, lui vaudra en 1779 d'être incarcéré pendant trois ans sans procès sur ordre du gouverneur, ce qui en fait notre premier héros de la lutte pour la liberté de presse.

Même le journal quasiment officiel qu'était la *Gazette de Québec* allait se rallier aux luttes qui avaient entouré l'adoption de l'Acte constitutionnel de 1791, qui accordait à la colonie un gouvernement responsable. Ainsi avant la première campagne électorale de 1792, on y trouve un virulent texte du 30 juillet 1791, *Le pouvoir et les libertés*, qui s'en prend à ceux qui

regrettent les anciennes soumissions et qui déplorent qu'on puisse désormais critiquer des lois, les étudier et donner son opinion. Sur cette lancée encore timide, les journaux qui voient le jour sous un premier gouvernement représentatif vont établir clairement le lien entre la santé de la démocratie et la presse libre.

Du début du siècle suivant jusqu'en 1838, plus de cent journaux vont naître et souvent périr, symptôme d'une presse économiquement faible mais hautement politisée où l'opinion et le combat d'idées occupent plus de place que l'information. Advenue avec les premiers balbutiements du parlementarisme au Québec, cette presse croise le fer sur tous les sujets, notamment identitaires. Certains de ses tribuns de l'écrit se présentent également comme les piliers nécessaires au maintien de ce qui commence à ressembler à une démocratie. Les historiens ont surtout retenu, à cet égard, la vigoureuse défense de la liberté de presse qui sera menée par *Le Canadien*, rare journal qui réussira à traverser le siècle. Les accents de cette défense s'installent sur leurs axes durables jusqu'à nos jours. Ainsi en va-t-il dans l'édition du *Canadien* du 2 juillet 1808 qui dit de la liberté de presse qu'elle « met le peuple en état de déployer les moyens réels que la constitution lui a donnés, d'influer sur le gouvernement ». Il ne s'agit donc pas seulement de garantir l'expression de l'opinion mais de permettre aux citoyens de s'approprier les connaissances nécessaires à une participation active aux affaires publiques. « Chacun peut, à loisir et en silence, s'instruire de tout ce qui tient aux questions sur lesquelles il doit se déterminer (...). Le même moyen de communication, qui l'a éclairé sur les choses dont il se plaint, le met aussi en état d'appliquer le remède. » Dans ces affirmations qui sont aussi des revendications, on reconnaît les deux volets qui tissent toujours les liens entre médias et démocratie : une presse qui a droit à la liberté d'expression, et le droit pour les citoyens d'avoir grâce à elle accès à l'information qui leur permet de participer aux décisions.

Supprimée avec la suspension de l'Acte constitutionnel en 1838 après les soulèvements des Patriotes, la liberté de presse renaît sous l'Acte d'Union mais les journaux s'affrontent de plus en plus à la censure. La source n'en est pas l'État mais bien les forces économiques et surtout l'Église dont les mandements interdisent la lecture des feuilles radicales et ne tolèrent que les publications d'obédience catholique. Effondrement de la presse libre qui précède l'apparition, à la fin du siècle, de journaux à grand tirage profitant des innovations techniques, où les écrits polémiques sont déclassés par l'information événementielle et les faits divers.

Ce n'est pas le lieu, ici, de proposer l'histoire même sommaire de la liberté de presse au Québec. Il était néanmoins important de souligner que l'entrée du Québec en démocratie comme l'entrée du journalisme dans sa vie collective ont été des aventures concomitantes, fortement liées.

Autre trame importante, cette presse naissante a été à l'origine d'une bataille fondamentale pour ce que nous appelons « l'accès à l'information » en croyant qu'il s'agit d'une conquête de la modernité parce que son encadrement législatif est assez récent. L'histoire en est plus discrète et peut-être est-elle moins retenue justement parce que le journalisme dit d'information n'existera que peu ou pas avant le 20^{ème} siècle et la professionnalisation du métier. Il faut néanmoins la rappeler car elle met en lumière le faible intérêt que le Québec a porté à l'idée que les citoyens puissent avoir droit à des « lumières » sur le cadre qui les gouverne. Si la Nouvelle-France a été tenue physiquement et intellectuellement loin du siècle européen des Lumières, la clarté aura mis près de deux siècles, après l'établissement du premier gouvernement responsable de la province de Québec, avant d'obliger les élus à l'adoption de mécanismes élémentaires de transparence. Les milliers d'entre nous qui accèdent aujourd'hui au site de l'Assemblée nationale, qui y puisent l'information sur l'ensemble et le détail de tous les travaux législatifs sans compter le verbatim du moindre débat en commission parlementaire et même des conférences et points de presse tenus au Parlement, savent-ils qu'il a fallu attendre l'année 1964 pour que les débats du Parlement du Québec soient enfin enregistrés et publiés?

Encore une fois, les traditions et pratiques de pays qui formaient l'environnement du Québec – la France, la Grande-Bretagne, les États-Unis – offrent un contraste saisissant. Les journaux officiels de leurs débats apparaissent un peu avant ou au tournant du 19^{ème} siècle tandis que les législateurs québécois s'opposeront pendant des décennies à en faire autant, au nom de leur immunité parlementaire. Le rôle des médias, dans ce contexte, sera majeur. D'une part ils serviront de narrateurs des débats parlementaires et ils le feront à leurs risques et périls puisque la députation les accusera régulièrement de déformer ses propos, d'autre part il leur reviendra d'assumer eux-mêmes les coûts des premières formes d'enregistrement que seront les recours à des sténographes. Le premier « Hansard » canadien apparaîtra plus de dix ans après la Confédération tandis que le parlement québécois continuera à se déchirer sur cette

question jusqu'à la Révolution tranquille, les députés préférant diffuser leurs positions par le moyen des comptes rendus de journaux liés à leurs partis respectifs.

Ce sont des journalistes qui n'ont cessé, pendant tout ce temps, de réclamer un Journal des débats constitué à partir d'enregistrements, ce qui n'advient qu'en 1964. Et cette histoire allait trouver un triste prolongement jusqu'en 1990. Lorsque de vaillantes équipes universitaires ont lancé au début des années 70 un projet de reconstitution historique des débats qui s'appuierait principalement sur les sources journalistiques disponibles, les chercheurs espéraient pouvoir proposer au public une sorte de Journal rétroactif des débats qui couvrirait la période de 1867 à 1963. Or ce titanesque et précieux travail a été interrompu par décision de l'Assemblée nationale elle-même en 1986, sous le plus plat prétexte budgétaire. S'il fut repris quatre ans plus tard et qu'il est aujourd'hui terminé, on le doit non pas aux parlementaires eux-mêmes, mais à l'alliance de chercheurs, de bibliothécaires et de journalistes dont les protestations constantes ont fini par porter fruit. Dans sa version enfin complète et disponible à tous, le *Journal des débats* de l'Assemblée nationale se présente donc comme un étrange et très tardif post-scriptum à la vertueuse adoption en 1982, par la même Assemblée nationale, de la première loi d'accès à l'information, la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*.

Les débats sur la liberté de la presse furent donc anémiques pendant la première moitié du 20^{ème} siècle si l'on excepte la timide *Loi sur la presse* adoptée en 1929 par le gouvernement Taschereau. Elle se limitait à accorder une forme d'immunité aux journalistes en encadrant les conditions des poursuites intentées envers les médias pour cause de libelles. Les années subséquentes du règne de Maurice Duplessis eurent tôt fait de faire oublier ce léger sursaut, le « chef » n'éprouvait pas de scrupules à faire taire arbitrairement ses opposants, dont la presse. La fameuse « loi du cadenas » (*Loi protégeant la province contre la propagande communiste*), adoptée en 1937, autorisait les saisies, perquisitions, et fermetures de journaux réputés communistes, il faudra attendre 1957 avant qu'elle soit déclarée inconstitutionnelle par la Cour suprême du Canada. Ce qui n'empêcha pas le même premier ministre, un an plus tard lors du scandale du gaz naturel, de faire expulser *manu militari* un journaliste du *Devoir* que le « chef » refusait d'admettre à une conférence de presse. L'éditorialiste André Laurendeau, en s'élevant avec virulence contre un tel acte, notait avec un certain désabusement que des groupes de journalistes avaient protesté mais que l'immense majorité des journaux étaient restés muets.

Pourtant, écrivait-il, « ils sont les gardiens naturels non seulement de la liberté d'expression mais de ce qui la rend possible et la protège : notamment la liberté d'accès aux sources d'information ». Réminiscence qui souligne jusqu'à quel point les médias, avant le grand dégel des années 60, n'étaient pas à la fine pointe ni ne participaient activement à la défense de leur rôle en démocratie, si l'on excepte les honorables exceptions, à tirage minime, que furent le quotidien *Le Devoir* et la revue *Cité libre*. Le moins que l'on puisse dire, c'est que leurs protestations n'enflammaient ni leur environnement proche, ni la rue.

2) La concentration des entreprises de presse, débat de la seconde partie du 20^{ème} siècle;

On aurait pu s'attendre à un retour de flamme sur ces questions au moment de la Révolution tranquille mais les nouveaux espaces de liberté eurent plutôt pour effet d'atténuer les craintes et de donner à croire que la censure avait vécu. Le prochain cheval de bataille, le débat le plus substantiel sur le lien entre journalisme et démocratie portera plutôt sur la concentration croissante de la propriété des entreprises de presse.

Aucun plan d'action le moins digne de ce nom n'émergera de cette cinquantaine d'années d'échanges inquiets et souvent touffus sur les effets de la concentration. La discussion n'en éveillera pas moins les parlementaires et la place publique aux enjeux démocratiques que l'on estime mis en cause par ce qui s'appellera bientôt la convergence. Tout a commencé, on le sait, par l'acquisition en 1967 du journal *La Presse* par l'industriel Paul Desmarais qui possédait déjà des publications quotidiennes régionales, *La Tribune* et *Le Nouvelliste* et par sa volonté, connue en 1973, d'y ajouter *Le Soleil*, projet dont le dissuadera le premier ministre de l'époque, Robert Bourassa. La concentration n'en continuera pas moins de s'accroître, avec une pointe spectaculaire en l'an 2000 lorsque l'empire de presse Quebecor ajoute à ses quotidiens et ses hebdomadaires le câblodistributeur Videotron et le réseau de télévision TVA. En 2011, lors du conflit de travail qui permettra à Quebecor de publier ses journaux pendant de longs mois en s'appuyant sur la convergence pour se passer de journalistes, les deux grands groupes, Quebecor et Gesca, se partagent la totalité du lectorat de presse quotidienne au Québec, sauf pour la minuscule fraction qui appartient au *Devoir*. Comme le font remarquer les chercheurs et professeurs membres du Centre d'études sur les médias de l'Université Laval (voir *Le Devoir* du 31 janvier 2011), qui ont sondé les opinions des parlementaires à l'égard de ces

développements, les préoccupations se sont magnifiées au cours des ans mais elles n'ont jamais mené les législateurs à se mobiliser autour de quelque intervention que ce soit. On pourrait mener la même observation auprès des parlementaires canadiens.

Il n'empêche que tout ce branle-bas de combat, largement amené sur la place publique par les associations de journalistes, a modifié l'angle d'abordage des liens entre journalisme et démocratie. Il ne s'agit plus de se prémunir contre la répression directe de la liberté d'opinion ou de reportage, comme ce fut le cas durant les longues années d'alliance de l'Église et de l'État pour faire taire la dissidence, mais de mettre en lumière l'importance de la diversité des opinions et des points de vue pour que se maintienne la santé de nos démocraties. Accepter que de grands groupes de presse ou des conglomerats industriels possèdent de multiples médias, qu'ils tissent entre eux les contenus disponibles à travers leurs multiples plateformes écrites ou électroniques, ce serait paver la voie à une homogénéisation de l'information proposée aux citoyens. Par suite, le spectre d'une manipulation de l'opinion nourrie sans cesse à ces moules tous semblables ne serait jamais loin, d'autant que les propriétaires des empires médiatiques ont rarement réputation de champions du bien public.

Ce raisonnement deviendra un véritable et durable mantra qu'il vaut la peine de souligner. En 1969, à l'initiative du sénateur canadien Keith Davey, le Sénat canadien créait un Comité spécial sur les moyens de communication de masse dont le rapport de 1970 sonnait l'alarme sur un ton résolument polémiste. « Notre pays ne devrait jamais plus tolérer que l'intérêt public, dans un domaine aussi essentiel que l'information, soit à la merci de la cupidité ou du bon vouloir d'un groupe extrêmement privilégié d'hommes d'affaires », déclarait le comité d'entrée de jeu. Il affirmait plus loin qu'à moins de preuve contraire, « toutes les transactions qui augmentent la concentration de la propriété des moyens d'information sont indésirables et contraires à l'intérêt public (...) ».

Une décennie plus tard, le gouvernement fédéral qui avait ignoré les analyses et recommandations du Comité Davey, se résoudra devant la disparition de quotidiens renommés et la concentration croissante de la propriété, à créer rien moins qu'une Commission royale sur les quotidiens, présidée par le journaliste et professeur Tom Kent, dont le rapport sera publié en 1981. Les premières lignes de la première page du premier chapitre du rapport portent un message sans équivoque : « La liberté de la presse n'est pas l'apanage des propriétaires de médias. Elle est un droit du peuple. Elle s'inscrit dans le droit à la libre expression, inséparable

du droit à l'information. La Commission estime que le problème crucial posé par son mandat réside dans la restriction de ces droits par une concentration abusive de la propriété au sein de l'industrie du quotidien au Canada. »

Durant la vingtaine d'années suivantes, rien ne bougera en matière législative tandis que se multiplient les transactions toutes plus inquiétantes les unes que les autres. Au Québec, l'étude systématique de la concentration surviendra encore en décalage horaire, d'abord en 2001 avec un Mandat d'initiative portant sur la concentration de la presse, que s'est donné la Commission de la culture peu après les acquisitions réalisées par Quebecor. Encore là, les énoncés de principes qui coiffent le rapport des députés affirment clairement la menace que la concentration peut constituer à l'égard des droits reconnus en régime démocratique.

« Toute diminution réelle et vérifiable de sources d'information liée à la concentration de la propriété des médias limite l'exercice du droit des citoyens à accéder à une information diversifiée (choix) et variée (voix) et peut, ultimement, signifier sa négation. (...) Tout État démocratique a, en tout temps, le devoir de veiller à ce que le droit du citoyen à une information libre, diversifiée et variée soit protégé et promu, et, le cas échéant, peut intervenir pour en assurer sa pérennité. »

L'État québécois créera en 2002 un Comité conseil sur la qualité et la diversité de l'information, présidé par la journaliste Armande Saint-Jean, dont le mandat était de mesurer les effets de la concentration et, le cas échéant, de suggérer des moyens pour maintenir la diversité des points de vue sans nécessairement interdire ou freiner cette concentration. Ses recommandations seront sans lendemain mais l'idée referra surface à la fin de 2009, après un changement de gouvernement. Le ministère de la Culture confie à un groupe de travail, présidé par la professeure Dominique Payette, le soin d'analyser « l'avenir de l'information dans le contexte des changements technologiques » et de s'intéresser notamment à la production, à la diffusion, à l'accès à l'information. Sans surprise, le groupe s'intéresse au premier chef au problème de la concentration de la presse et sa cinquantaine de recommandations attendent de l'État une panoplie d'actions allant de la garantie d'un statut professionnel pour les journalistes dont l'indépendance doit être préservée face aux propriétaires de presse, jusqu'à plusieurs mesures de soutien aux médias régionaux et aux médias communautaires aptes à offrir la diversité mise en mal par la concentration de la propriété des grands médias. Ces orientations semblent

retenues lors d'une consultation publique qui suit la réception du rapport en 2011 mais un nouveau changement de gouvernement met fin à la discussion.

Malgré tous ces débats et études menés ou commandés par des parlementaires des gouvernements du Canada et du Québec, aucune législation ne suivra. De 1970 au début des années 2011, les divers comités aboutissaient à des recommandations très semblables : création de mécanismes de surveillance et d'approbation ou de refus des transactions entraînant la concentration des entreprises de presse, mise en place de moyens d'aide à la presse indépendante pour en assurer la viabilité, consécration de l'indépendance de la rédaction grâce à des engagements formels exigés des propriétaires de presse, formalisation de codes de déontologie journalistique aptes à contrer la redoutée manipulation des contenus. Plusieurs Conseils de presse provinciaux sont nés dans cette foulée mais ils servent surtout de tribunaux d'honneur aptes à recevoir et traiter les plaintes en déontologie et n'ont pas d'influence directe sur les développements touchant la propriété des entreprises. Malgré la gémellité des recommandations proposées aux deux parlements, malgré leur persistance dans le temps, elles n'ont jamais fait consensus dans les milieux de presse, y compris chez les journalistes eux-mêmes, souvent aussi réfractaires que leurs patrons aux réglementations étatiques, pour des raisons différentes.

Les études expertes se poursuivent sur cette question mais les travaux parlementaires n'ont plus cours. Il est peu probable qu'ils retrouvent intérêt et même curiosité chez les élus. D'une part les propriétés croisées de médias ont atteint des sommets qui semblent irréversibles, du moins en Amérique du Nord où la liberté d'entreprise ne tolère guère les interventions étatiques (ainsi qu'on le voit dans le vif débat sur la vente de fleurons parmi les grandes propriétés québécoises). D'autre part parce que les craintes que suscitait la concentration se sont émoussées et tendent même à se renverser.

Rappelons que la concentration se présentait comme un facteur de corrosion de l'exercice des droits démocratiques. On prédisait qu'elle réduirait les sources d'information, diffuserait une pensée unique ou peu variable, serait encadrée par des élites d'affaires qui se serviraient de leurs médias comme de courroies de transmission de leur vision du monde. Or les deux dernières décennies ont été au contraire celles de l'éclatement et de la multiplication des sources d'information sous l'effet des communications par Internet, pour le meilleur et pour le pire. Pour peu qu'il s'y intéresse, le citoyen a au bout des doigts une infinie diversité

d'informations et d'opinions issues de tous les spectres de pensée sur le durable continuum gauche-droite. Il peut au surplus s'abreuver à des médias de toutes régions et de tous pays ou presque. On craignait la réduction des sources d'information, on se retrouve devant la pléthore. Cet extraordinaire revirement de situation, diversité extrême succédant à la crainte de l'uniformité, devient d'ailleurs le souci de remplacement eu égard à la santé des démocraties. Comment la vérité, ou plus modestement l'exactitude si chère à la déontologie journalistique, peut-elle surgir et être retenue au sein d'un tel chaos?

Paradoxalement, les grands groupes de presse deviennent une partie de la solution. On les soupçonnait de vouloir façonner l'opinion, ils sont vus comme les remparts d'une information de qualité à l'ère de la rumeur qui se construit et se diffuse massivement par les médias sociaux. On le constate aisément aux États-Unis : les grandes organisations solides, journaux de référence et réseaux de télévision capables de soutenir de fortes équipes de presse deviennent des parangons de crédibilité. Leurs machines bien huilées et bien dotées, avec leurs produits de qualité, entrent en concurrence avec les fabrications issues d'inventeurs numériques de nouvelles. Certes ils ne peuvent les éliminer, mais ils peuvent devenir de puissants antidotes, et la presse mondiale, y compris la nôtre, y trouve actuellement de rassurantes validations.

3) Des changements législatifs et institutionnels dont l'adoption des chartes québécoise et canadienne des droits;

Si la concentration de la propriété de la presse ne sème plus tellement la terreur et si les gouvernements se sont constamment dérobés à encadrer la presse par des lois, la raison peut aussi en être que le cadre d'exercice de la liberté de la presse, qui découle du droit fondamental de la liberté d'expression, s'est déplacé du débat parlementaire au débat juridique, les tribunaux en étant désormais le forum.

Les repères chronologiques doivent être rappelés, ils sont ceux de l'adoption des chartes des droits et libertés. C'est en 1975 que l'Assemblée nationale adopte la Charte des droits et libertés de la personne au Québec. Sans être de nature constitutionnelle, la Charte a primauté sur les autres lois. Elle ne mentionne pas explicitement la liberté de presse mais son article 3 inclut la liberté d'expression parmi les « libertés fondamentales » dont la seule limite est qu'elles doivent s'exercer « dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général

des citoyens du Québec ». L'Assemblée nationale n'ira jamais plus loin, en matière de liberté de presse, que cette périphrase générale. Il est instructif de relire, à cet égard, les brefs débats de 1997 autour d'un projet de loi qui modifiait l'antique loi de 1929, dite « sur la presse », évoquée plus tôt, qui ne touchait que la presse écrite. 70 ans plus tard, alors que les médias électroniques dominent depuis longtemps le paysage et que se pointent les plateformes Internet, l'Assemblée nationale convient unanimement d'étendre ce régime aux journaux à distribution gratuite. Les parlementaires reconnaissent qu'une loi sur la presse devrait s'intéresser désormais à des sujets plus vastes mais ils s'y refusent à l'unanimité. Écoutons le porte-parole de l'opposition (Thomas Mulcair) le 29 mai 1997 :

« Il y a d'autres sujets; les membres des organismes de journalistes ont déjà contacté et le gouvernement et l'opposition avec certaines autres préoccupations. Et donc, c'est un sujet qui est toujours sur la table. On parle toujours de liberté fondamentale quand on parle de liberté de la presse et de liberté d'expression. Donc, il faut toujours y aller avec doigté, il faut toujours faire très attention de ne pas être en train d'apporter une limite pour faire du bien, mais, ici, nous sommes absolument persuadés que c'est une bonne démarche. »

Rien d'étonnant, dans ces circonstances, à ce que la Charte canadienne des droits et libertés, adoptée en 1982, soit devenue la référence première en matière de liberté de presse au Canada. D'une part elle est partie intégrante de la Constitution et sert de règle d'interprétation à l'ensemble des lois, d'autre part elle reconnaît explicitement la liberté de presse à son fameux article 2b). L'article 2 affirme : «Chacun a les libertés fondamentales suivantes: a) liberté de conscience et de religion; b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication; c) liberté de réunion pacifique; d) liberté d'association. »

Peu à peu, les tribunaux vont devenir les interprètes de l'étendue et des limites de la liberté de presse, autour de trois axes principaux de son exercice donnant lieu à débats et litiges : la protection et la confidentialité des documents et sources des journalistes qui recueillent l'information; la légalité des perquisitions dans les locaux des médias ou chez les journalistes ainsi que les saisies de documents et de matériel servant à recueillir des informations; la validité des ordonnances de non-publication. Ce n'est pas le lieu ici de résumer les décisions afférentes et leur signification en droit, la Commission dispose de toute l'expertise spécialisée pour étudier ce matériau par ailleurs passionnant. Observons toutefois que la conception de la liberté de

presse vue à la lumière des chartes, d'assez frileuse qu'elle se présentera au début, tend aujourd'hui à devenir nettement plus généreuse. Cette mutation s'exprime par un discours de plus en plus ferme et constant au soutien de la démocratie, valeur première.

En voici un exemple. En 1991, une majorité de juges de la Cour suprême a débouté la Société Radio-Canada qui contestait la validité d'un mandat de perquisition dans ses locaux au lendemain d'une manifestation avec violence qui avait été filmée. Les juges reconnaissaient notamment que les locaux des médias « ont droit à une attention toute particulière (...) en raison de leur importance dans une société démocratique. » Mais leur étude des circonstances les menaient à déclarer que la perquisition n'était pas abusive. La juge dissidente, Beverley McLachlin qui allait devenir juge en chef de la Cour suprême en 2000, plaidait le contraire avec ferveur : « La liberté de la presse garantie par la Charte doit s'interpréter de façon généreuse et libérale (...) .La liberté de la presse, comme la liberté d'expression, est importante pour la poursuite de la vérité, la participation au sein de la collectivité et l'accomplissement personnel. »

Une vingtaine d'années plus tard, ce plaidoyer pour la poursuite de la vérité et la participation citoyenne trouvait son expression dans un jugement qui, sans donner raison au journal qui en appelait d'une décision défavorable à propos d'un mandat de perquisition, dessine un solide corps de doctrine en matière de journalisme et démocratie. « Le rôle du journalisme d'enquête s'est élargi au fil des ans pour combler ce qui a été décrit comme un déficit démocratique dans la transparence et l'obligation redditionnelle de nos institutions publiques. Il a aussi été démontré qu'il est nécessaire de mettre au jour, à la faveur d'un examen public, les facettes obscures de certaines institutions privées », affirme la majorité des juges qui reconnaît aussi que l'article 2b) doit être vu comme une forme « d'immunité constitutionnelle ». Cette immunité n'est toutefois pas absolue, dit le même jugement en déboutant les appelants, mais les médias auront pris acte, à cette occasion, de l'établissement d'un équilibre où leur rôle est non seulement admis mais encore défini comme antidote essentiel à un « déficit démocratique » reconnu par la plus haute cour du pays. Ce sont là des textes dont les affirmations de principe seront interprétatives des législations, si jamais les gouvernements songeaient à remettre l'ouvrage sur le métier, ce qui est peu probable.

Car les gouvernements ont adopté quelques législations à compter des années 80 mais elles souffrent d'une désuétude aussi obvie qu'est faible le désir de les renforcer. Il s'agit bien sûr des

lois d'accès à l'information, en vigueur dans une centaine de pays du monde, nos parlements ne pouvaient y échapper. Le Parlement du Canada a adopté en 1983 une *Loi sur l'accès à l'information* et l'Assemblée nationale a adopté en 1982 la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*. Ces lois ne sont pas destinées aux seuls journalistes mais sont une réponse à leurs demandes, la loi québécoise donne suite aux imposants travaux d'une commission présidée par le directeur du magazine *L'Actualité*, Jean Paré. Elle se voulait l'incarnation du lien entre accès à l'information et démocratie, comme en fait foi le rappel historique inscrit au site de la Commission d'accès à l'information du Québec : « Le Québec s'inscrit alors dans la mouvance d'un bon nombre de sociétés occidentales qui cherchent à dynamiser les institutions démocratiques en libéralisant l'accès à l'information gouvernementale. »

Trente-cinq ans plus tard, les jugements sont sévères et sont formulés par les dirigeants des organismes mis en place pour veiller à l'application de ces lois. La Commissaire à l'information du Canada a publié en 2015 un rapport spécial où elle déplore « l'érosion constante des droits d'accès à l'information au Canada au cours des 30 dernières années ». Lors d'un bilan quinquennal en 2016, le président de la Commission d'accès à l'information du Québec intitule significativement son rapport *Rétablir l'équilibre*, déplore la multiplication des verrous et fait le compte de 150 formes de dérogations par lesquelles les institutions publiques peuvent se dérober à l'intention de la loi. Quiconque a tenté d'obtenir des renseignements en utilisant la Loi d'accès pourrait non seulement souscrire à ces constats mais ajouter que ce recours, véritable parcours du combattant parsemé de retards et de refus fondés sur de multiples exceptions, est même utilisé désormais comme une machine à bloquer les demandes de renseignements, parfois les plus élémentaires. Le souci démocratique est absent de ces bras-de-fer constants par lesquels les gouvernements successifs ont réussi à reconstituer – sans avoir besoin d'une Commission d'enquête! – la *confidentialité* de leurs propres débats et tractations internes.

4) L'élargissement actuel des enjeux démocratiques hors de la sphère politique

Revenons aux « facettes obscures de certaines institutions privées » évoquées inopinément en 2010 dans un jugement de la Cour suprême qui présente le journalisme comme un pilier de la vie en démocratie, au-delà de la seule sphère des institutions publiques. L'éclairage est relativement nouveau. Jusqu'à tout récemment le terme « démocratie », lorsque le discours

l'accolait au rôle des médias, faisait surgir l'idée d'une sorte de surveillance des pouvoirs publics – parlements, ministères, sociétés d'État, agences diverses, tribunaux - par des « chiens de garde » que seraient les journalistes, quatrième pouvoir, informellement reconnu en parallèle aux pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire.

Ce face à face a pris sa source avec la naissance du journalisme politique, l'admission de la presse à l'intérieur du Parlement et les discordes qui s'ensuivront lorsque la publication des comptes rendus indisposera les élus. Premiers scribes à obtenir un statut particulier prenant forme d'une immunité même limitée, les correspondants politiques installés dans les capitales auront longtemps rang supérieur dans la hiérarchie tacitement reconnue du corps journalistique. Les tribunes de la presse maintiennent encore aujourd'hui des rituels de société distincte, comme la présidence des conférences de presse dans les locaux du Parlement ou les dîners annuels où élus et correspondants se côtoient. La valorisation actuelle du journalisme d'enquête trouve ses racines dans de célèbres scandales politiques, tel celui du Watergate qui mena à la démission du président Richard Nixon en 1974. On pourrait tout aussi bien, au Québec, y inscrire le précédent que fut le scandale du gaz naturel qui signa la fin du règne de l'Union nationale et de Maurice Duplessis. Les lois d'accès à l'information, adoptées durant les années 80, seront d'abord accueillies comme des victoires sur l'obscurité naturelle des pouvoirs publics. Les plus grands succès récents du journalisme d'enquête ont ébranlé eux aussi les gouvernements, l'exemple majeur en étant les reportages où Radio-Canada a révélé les effets de la collusion et de la corruption dans les contrats publics accordés à l'industrie de la construction, découvertes qui ont mené à l'institution de la Commission Charbonneau (Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction).

L'État et son entourage demeurent instinctivement les premiers visés par une presse qui se veut vigilante et éclairante pour les citoyens. Les enjeux démocratiques ont toutefois tendance à déborder désormais le périmètre des institutions publiques. Il est possible, sans être évident, que les médias se soient dégagés de la seule emprise du politique en faisant de plus en plus de place aux reportages dits d'intérêt humain (*human story*) privilégiés par les grands magazines puis par les « grands reportages » dont la production a mené la télévision et les quotidiens majeurs à mobiliser des ressources importantes, en dépassant le fait divers. Il aura en tout cas fallu attendre le dernier quart du 20^{ème} siècle pour que les rubriques économiques, culturelles et

sportives des médias abandonnent graduellement leur rôle de relais passifs sinon complaisants de l'offre des milieux des affaires, du spectacle, des compétitions sportives pour s'intéresser aussi aux modes de fonctionnement de ces organisations dont certaines ont certainement plus d'influence, sur la vie des citoyens, que les mécanismes à l'œuvre dans le secteur public. On pensera bien sûr aux spectaculaires et récentes découvertes du Consortium international de journalistes qui a mis au jour les « Panama Papers » avec leurs inextricables et peu édifiants réseaux d'évasion fiscale montés par des institutions financières privées parmi les plus puissantes au monde. Plus près de chacun, cependant, l'attention critique se porte désormais sur les « facettes obscures » des pouvoirs privés qui orchestrent notre consommation, qui réduisent l'offre culturelle indépendante, qui gangrèment les sports olympiques, pour n'évoquer que les plus obvies de ces puissances. Elles échappaient hier à l'examen systématique des médias, tout comme avaient été passés sous silence les tragédies des pensionnats autochtones, les abus sexuels par les puissants de tous ordres y compris religieux, l'exploitation des travailleurs immigrants, entre autres sujets de reportages qui ont eu assez de souffle et de constance pour mener non seulement à des réformes mais à de notables modifications des perceptions publiques de ces réalités cachées.

Ainsi revient-on, en lui donnant un sens inconnu et imprévisible à l'époque, à l'affirmation du journal *Le Canadien* en 1808, au moment où sa défense de la liberté de presse a comme objet unique d'offrir au peuple « les moyens réels que la constitution lui a donnés d'influer sur le gouvernement ». « Chacun peut, à loisir et en silence, s'instruire de tout ce qui tient conseil et délibère. » Il y a deux siècles, la phrase s'adressait aux conseils et délibérations publiques mais encore assez opaques des élus. Aujourd'hui « tout ce qui tient conseil et délibère » est devenu poreux même dans les institutions privées, et les médias sont appelés à mettre en lumière, jusque dans ces cénacles, les multiples actions qui sont d'intérêt public.

5) Les nouveaux écueils qui peuvent miner les fondements mêmes du journalisme

L'impression de vivre un nouvel âge d'or du journalisme n'est donc pas fausse. En s'appuyant sur les techniques d'enquête d'une efficacité croissante et parfois sur les structures vermoulues des lois d'accès à l'information, en comptant sur l'énormité des données et renseignements mis en circulation grâce aux technologies de l'information, en s'engageant dans une mise en

commun internationale de la recherche, on serait justifié de croire que le citoyen – objet de toutes les attentions depuis la naissance de la presse – peut disposer maintenant d’informations d’une diversité et d’une qualité sans précédent. Par conséquent, le citoyen et la citoyenne d’aujourd’hui devraient, selon la logique persistante du discours sur les médias et la démocratie, être de dynamiques acteurs de la réforme toujours nécessaire des institutions et des règles de la vie en société. Des démocrates comme le monde n’en a jamais connu.

Les statistiques de la participation électorale nous disent d’évidence le contraire. Le désenchantement du monde, dont le sociologue et le penseur Max Weber a fait pour nous une explication du monde, ne nous dit pas seulement qu’en savoir plus, c’est croire moins. C’est aussi se mobiliser moins. Ce problème est contemporain, il hante tous ceux qui s’intéressent au devenir actuel de nos démocraties. Elles sont désormais libérées de leurs vieilles craintes à l’égard des idéologies autoritaires contraires, effacées avec la chute du mur de Berlin. Mais elles paraissent désormais terrifiées par leurs démons internes, une aliénation croissante des citoyens tandis que se déboulonnent les institutions qui les gouvernent. Les médias ne sont pas seul en cause dans ce vaste panorama des désillusions. Mais ils y sont intégrés.

Certains facteurs objectifs les affectent directement et limitent désormais leur portée malgré l’immense progrès de leurs moyens de s’informer. On a longtemps dit que la liberté d’expression est une liberté fondamentale qui appartient à chacun mais c’est la presse qui en a le plus usé, pour le meilleur ou pour le pire. La multiplication infinie des moyens d’expression par la révolution technologique qui a aboli toutes les frontières – politiques, géographiques, morales – confère aujourd’hui à tout individu vivant en démocratie la capacité de se faire entendre. On aura beau siffler dans le noir en ne voyant là qu’une heureuse et souhaitable appropriation de la parole, une cacophonie hallucinante l’accompagne, elle est le royaume de la rumeur que les meilleurs médias tentent de combattre mais dont ils ne possèdent pas encore l’antidote vraiment efficace. Très concrètement, le déclin évident de la presse écrite est une perte dont nous ne mesurons pas encore la portée délétère. Les nombreux journaux disparus ont été victimes de la diminution des recettes de la publicité qui a migré vers un espace numérique souvent gratuit mais cet espace numérique n’a pas fait naître, malgré les espérances, de véritables larges médias de remplacement, à quelques exceptions près qui n’ont pas créé de mouvement notable. Ce qui reste de la presse indépendante semble en sursis. Même les

conglomérats hésiteront à absorber encore longtemps les pertes de leurs entreprises médiatiques. Une liberté de presse sans presse se profile-t-elle, non-sens à sa face même?

Le journalisme lui-même contribue à la crise de confiance. Tous les journalistes ne sont pas de preux chevaliers de l'enquête, catégorie dont nous avons souligné ici la contribution si importante à l'éclairage qu'exige la santé démocratique. Les défauts durables du métier, la vérification insuffisante, l'opinion personnelle déguisée en information, l'approximation sans raffinement, la parcimonie de l'exercice du droit de réplique, l'absence de correction efficace sans parler des accommodements avec une déontologie encore trop floue, tout cela prend des proportions accrues dans le paysage chaotique qu'a créé l'ère Internet. On peut bien accuser les exigences folles de l'information continue et les manipulations de l'armée de relationnistes au service des pouvoirs établis, il n'en demeure pas moins que le lecteur et l'auditeur sont à la merci des erreurs inconscientes ou paresseuses ou délibérées qui affectent l'exactitude des reportages généraux, de la nouvelle brève et des notes qui se présentent comme des faits dans les textes d'opinion, de l'exagération tonitruante pour distancer la concurrence. Ces vieux défauts deviennent des automatismes, les clics d'une profession que menace la robotisation de l'information, avec le concours du journalisme lui-même. Les médias se répètent les uns les autres dans le même instant, se copient et se collent, le résultat échappe à la correction. L'autocritique ne se développe surtout pas au rythme de ces mécaniques hors de contrôle.

D'origine externe ou d'origine interne, les maux du métier ont généré les conditions favorables à l'apparition, aux commandes de la plus grande démocratie du monde, d'un démagogue armé des moyens technologiques utiles aux médias. Créer une réalité virtuelle apte à se distancier de la vérification, sinon à y échapper entièrement, cela semble désormais possible. La démocratie en souffrira beaucoup plus, si ce phénomène s'avère, que de la confrontation directe entre cet étrange président provocateur et les corps de presse américains. Certes la guerre qu'il leur mène est un spectacle sans précédent à notre époque. Mais il rappelle les premières querelles entre parlementaires et journaux ou la guerre ouverte aux scribes que menait Maurice Duplessis. Ce sont des conflits auxquels le journalisme a toujours survécu et des batailles colorées que nous aimons bien mener. La consécration au plus haut niveau des formes pénétrantes et massives de la rumeur est une affaire d'une autre dimension. On ne sait si elle sera aussi éphémère que l'est, par définition, le mandat électoral d'un gouvernement en pays démocratique.

Conclusion

Nombre de nos lectures nous rappellent que le journalisme n'est pas le seul pilier fondamental de la démocratie. Hors les institutions politiques, la vie démocratique serait compromise sans un système judiciaire fiable, une économie encadrée, des élections libres et surtout un système d'éducation qui offre plus de connaissances indispensables que ne peuvent en proposer les médias.

Mais ce sont les médias qui vont capter l'attention de votre Commission, restons en là. Sans me mêler de quelque façon de juger des actions et événements qui ont déclenché la tenue de l'enquête publique, je ne peux m'abstenir *in fine* d'une observation issue des lectures et recherches qui m'ont amenée devant vous. L'amorce de votre travail fut la légèreté avec laquelle semblent avoir été prises, dans un environnement policier et judiciaire, les décisions d'épier des journalistes. Cette légèreté s'inscrit dans une histoire, elle tend à la prolonger.

J'ai fait valoir ici que la notion de relation directe entre l'existence des médias et la santé de la démocratie, même si elle fut fondatrice de nos institutions politiques à la fin du 18^{ème} siècle, ne s'est inscrite que faiblement dans l'évolution de l'opinion québécoise. L'arrivée tardive de l'imprimerie, l'apparition aussi tardive d'une presse libre tôt affadie par les censures politiques et religieuses jusqu'au milieu du 20^{ème} siècle, le long accommodement des lecteurs avec la partisanerie de la majorité des médias, l'hostilité ou au mieux l'indifférence bicentenaire des législateurs à leur devoir de consigner et d'ouvrir leurs travaux à l'observation citoyenne, la timidité de la Charte québécoise des droits, l'alliance étrange entre parlementaires et journalistes qui se sont obsédés pendant 50 ans de la présumée menace posée par la concentration de la propriété des entreprises de presse, la décomposition en parallèle des lois d'accès à l'information, tous ces éléments témoignent d'une passivité générale et généralisée à l'égard du pacte entre presse et démocratie que j'évoquais d'entrée de jeu. Dans ces conditions, la légèreté s'explique puisqu'elle relève de l'insouciance, toujours voisine de l'ignorance.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages, articles, rapports

Beaulieu André; Hamelin, Jean. « Aperçu du journalisme québécois d'expression française », *Recherches sociographiques*, Vol. VII no 3, 1966, pp. 305-348.

Comité conseil sur la qualité et la diversité de l'information. *Les effets de la concentration des médias au Québec : analyse et recommandations*. Québec. 2003.

Commission royale sur les quotidiens. Ottawa. 1981

Commission de la Culture, *Mandat d'initiative portant sur la concentration de la presse*. Québec : Secrétariat des commissions, Assemblée nationale, 2001.

Gallichan, Gilles. « Les débats parlementaires du Québec (1792-1964) », *Cahiers de la Société bibliographique du Canada*, vol. XXVII, 1988 p. 38-53.

Gans, Herbert J. *Democracy and the news*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

Gingras, Anne-Marie. *Médias et démocratie : le grand malentendu*. Québec : Presses de l'Université du Québec, 1969

Giroux, Daniel; Sauvageau, Florian. *Concentration de la propriété, diversité de l'information et indépendance des rédactions*. Rapport remis au ministère de la culture et des Communications. Québec. Juillet 2005.

Groupe de travail sur le journalisme et l'avenir de l'information au Québec. *L'information au Québec, un intérêt public*. Québec : Ministère de la Culture et des communications, 2011

Habermas, Jürgen. « L'espace public : 30 ans après », *Quaderni*, no 18, automne 1992, pp. 161-191.

Jeanneney, Jean-Noël. *Une histoire des médias : des origines à nos jours*. Paris : Seuil, 1998

Lamonde, Yvan. *Histoire sociale des idées au Québec : 1760-1896*. Montréal : Fides, 2000

Lemay, Michel. *Vortex : La vérité dans le tourbillon de l'information*. Montréal : Québec Amérique, 2014

Cayouette, Pierre; Maltais, Robert (dir.). *Les journalistes : pour la survie du journalisme*. Montréal : Québec Amérique, 2015

Muhlmann Geraldine. *Une histoire politique du journalisme*. Paris : Presses universitaires de France, 2004.

Rapport du comité spécial du Sénat sur les moyens de communication de masse. Ottawa : Imprimeur de la Reine. 1970.

Robillard, Claude. *La liberté de presse, la liberté de tous*. Montréal : Québec Amérique, 2016.

Vachon Georges-André. *Une littérature de combat 1778-1810; Les débuts du journalisme canadien-français*. Montréal : Les Presses universitaires de Montréal, 1969

Wolton, Dominique. *La communication, les hommes et la politique*. Paris : CNRS Éditions, 2015

Documents de référence

Charte des droits et libertés de la personne, Québec, 1975

Charte canadienne des droits et libertés, Ottawa, 1982

Jugements cités

Société Radio-Canada c. Lessard, [1991] 3 R.C.S. 421, 1991 CanLII 49.

R. c. National Post, [2010] 1 R.C.S. 477, 2010 CSC 16.

Notes

Jurisprudence choisie sur la liberté de la presse et la protection des sources journalistiques (1982-2017, Note de recherche, Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques, 2017.

Sites

Assemblée nationale du Québec, Journal des débats

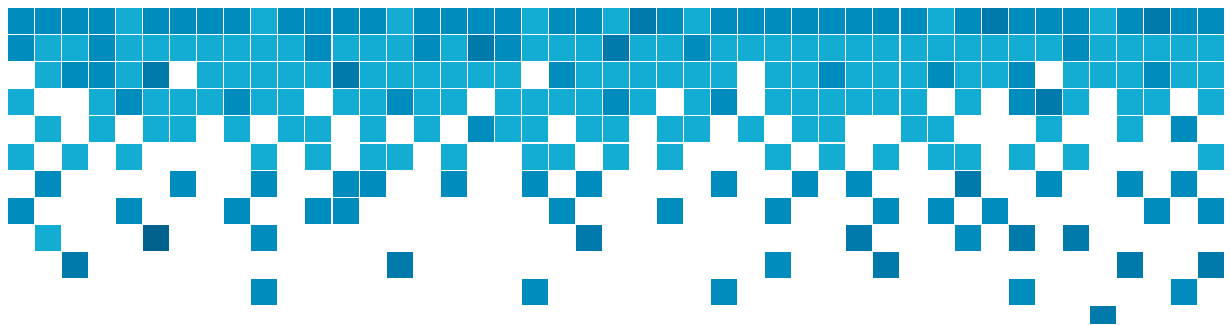
Commissariat à l'information du Canada

Commission d'accès à l'information du Québec

Conseil de presse du Québec

Fédération professionnelle des journalistes du Québec

**Exposé prononcé par
M^e Jean-Claude Hébert –
ANNEXE VII 3 avril 2017**



Relations sinueuses

POLICE ET POLITIQUE

Jean-Claude Hébert, avocat

o Introduction

1. L'affichage public d'ennuis policiers anime le chantier dormant de la gouvernance policière. Les donneurs d'ordre se multiplient : d'aucuns redoutent les avatars liés à la politisation de la police et proposent une surveillance accrue (gouvernementale, citoyenne ou hybride). Dans le même temps, d'autres voix redoutent l'érosion du principe de l'indépendance policière et la contamination politique.
2. Face au pouvoir politique, la présomption d'indépendance policière se vaporise, croit-on. Cette image, sans être entièrement fausse, doit cependant être revue. Habituellement, la mise en place d'une quelconque autorité publique indépendante ou autonome s'explique par la volonté d'assurer l'impartialité de l'action de l'État - en séparant les fonctions politiques et opérationnelles.
3. Dans une société démocratique, les concepts d'indépendance et de responsabilité ne sont pas antinomiques. Ils coexistent de façon proportionnelle. Un fort degré d'indépendance requiert un haut niveau d'imputabilité.
4. S'agissant de l'administration de la justice, immunisés contre toute forme d'intervention ou d'influence politique, le Directeur des poursuites criminelles et pénales (« DPCP ») et ses procureurs assument pleinement leur responsabilité professionnelle face au gouvernement. En l'absence d'une reconnaissance juridique semblable, les policiers et les agents de renseignement sont-ils autonomes, voire même indépendants, dans leur mission ?

I - LE CADRE JURIDIQUE

o Le poursuivant

5. Le ministère public - agissant par l'entremise du procureur général et du directeur des poursuites criminelles et pénales - dispose d'un large pouvoir discrétionnaire dans la conduite des affaires criminelles et pénales. Non absolu, le principe du pouvoir discrétionnaire de la poursuite, est conforme aux principes de justice fondamentale¹.
6. Il existe depuis longtemps une forte réticence à permettre le contrôle judiciaire de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite. Un juge ne peut exercer une telle surveillance générale et, parallèlement, agir à titre d'arbitre impartial du litige dont il est saisi².
7. Il est acquis que l'exercice du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuite échappe au contrôle judiciaire, sous réserve de la règle d'abus de procédure. Pour conclure à l'existence d'un comportement procédural abusif, encore faut-il que la conduite du ministère public choque la conscience de la communauté ou heurte le sens du franc-jeu et de la décence. La présence de mauvaise foi et de motifs illégitimes peuvent indiquer une conduite de cette nature³.
8. Il arrive que la poursuite utilise abusivement son pouvoir discrétionnaire. La protection des droits fondamentaux ne devrait jamais reposer sur la confiance à l'égard du comportement exemplaire permanent du ministère public. En effet, ce postulat échappe à toute vigilance⁴.

¹ *R. c. T(V)*, [1992] 1 R.C.S. 749, p.758 à 763

² *R. c. Anderson*, [2014] 2 R.C.S. 167, par.29 à 33

³ *Henry c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [2015] 2 R.C.S. 214, par.49

⁴ *R. c. Nur*, [2015] 1 R.C.S. 773, par.95

9. En sa qualité de « représentant de la justice », le procureur de la poursuite a le devoir de s'acquitter de ses obligations d'objectivité et d'indépendance. Aucune considération extérieure à la fonction ne doit influencer la prise de décisions d'un procureur⁵.
10. En effet, le procureur de la poursuite exerce une fonction quasi judiciaire. Accomplissant son travail, il aide le tribunal à rendre justice; il ne doit surtout pas agir comme l'avocat d'une personne ou d'une partie⁶. En tout temps, il est tenu de se comporter avec impartialité, dignité et modération⁷.
11. Dans notre système gouvernemental, c'est la Reine qui a le pouvoir de poursuivre ses sujets. Les autres organes du gouvernement ne peuvent jamais modifier une décision prise par le poursuivant dans l'exercice du pouvoir que la souveraine lui a délégué. Cela explique la retenue des tribunaux, des élus et des autres organismes gouvernementaux à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuite⁸.
12. Selon un principe constitutionnel, le procureur général agit indépendamment de toute considération partisane lorsqu'il supervise les décisions d'un procureur aux poursuites criminelles et pénales. Il agit en toute indépendance, c'est-à-dire à l'abri de toute influence politique. À cet égard, le procureur général bénéficie d'une forte présomption à l'effet que son comportement respecte les obligations liées à sa fonction.
13. Néanmoins, face au traitement injuste ou oppressif d'un justiciable par le ministère public, une intervention judiciaire peut sanctionner un tel abus procédural, notamment par un arrêt des procédures judiciaires. Selon le

⁵ *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372, par.42-43

⁶ *R. c. Babos*, [2014] 1 R.C.S. 309, par.61

⁷ *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 298, par.70

⁸ *Idem*, par.43

droit jurisprudentiel, le fardeau de persuasion (lié à une allégation de motivation illégitime) est colossal⁹.

14. La pression des médias ou celle des groupes d'intérêt peuvent influencer l'exercice du pouvoir discrétionnaire dévolu au ministère public. Les procès hautement médiatisés excitent l'émotion publique. La poursuite a le devoir de veiller à ce que tout inculpé soit traité avec équité. Lorsqu'elle plie l'échine face aux sautes d'humeur perçues dans l'agora médiatique, l'équité et la légitimité essentielles à notre système judiciaire sont menacées¹⁰.

15. L'objectivité et l'impartialité tempèrent le large pouvoir discrétionnaire du poursuivant. Le procureur de la poursuite doit agir de façon juste et sereine. Face à une défaillance établie, le tribunal doit adopter des mesures correctives pour protéger l'intégrité du système de justice pénale.

16. En résumé, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites comprend essentiellement les éléments suivants : intenter ou non une poursuite relativement à une dénonciation faite par un agent de la paix; ordonner un arrêt de procédure; accepter un plaidoyer de culpabilité pour une infraction de moindre gravité; retirer une inculpation ou fermer un dossier¹¹.

17. Au Québec, le Directeur des poursuites criminelles et pénales dirige (sous l'autorité générale du ministre de la Justice et procureur général) les poursuites criminelles et pénales. Il exerce les fonctions définies dans la loi habilitante, avec l'indépendance que celle-ci lui accorde. Il est en

⁹ *R. c. Cawthorne*, 2016 CSC 32, par.18 à 34

¹⁰ *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, par.205

¹¹ *Idem*, par.46

autre (ainsi que les poursuivants agissant sous son autorité) le substitut légitime du procureur général¹².

18. En principe, le procureur général ne peut prendre en charge un dossier ou lui donner des instructions au poursuivant¹³. Lorsqu'un dossier soulève, à son avis, des questions d'intérêt général qui dépassent celles habituellement soulevées dans les poursuites criminelles et pénales, le procureur général peut, après en avoir avisé le DPCP, y intervenir, en première instance ou en appel, sans autre formalité¹⁴.

19. Outre les fonctions précitées, le DPCP exerce toute autre fonction qui lui est confiée par le procureur général ou le ministre de la Justice¹⁵. Il établit à l'intention des poursuivants sous son autorité des directives relativement à l'exercice des poursuites en matière criminelle ou pénale. Ces directives doivent intégrer les orientations et mesures prises par le ministre de la Justice et le directeur s'assure qu'elles soient accessibles au public¹⁶.

20. Les orientations que le ministre de la Justice élabore et les mesures qu'il prend concernant la conduite générale des affaires en matière criminelle et pénale visent notamment à assurer la prise en compte des intérêts légitimes des victimes d'actes criminels, le respect et la protection des témoins, la présence et la répartition des procureurs aux poursuites criminelles et pénales sur l'ensemble du territoire, le traitement de certaines catégories d'affaires ainsi que le traitement non judiciaire d'affaires ou le recours à des mesures de rechange à la poursuite. Les orientations et mesures ainsi prises sont rendues publiques¹⁷.

¹² Loi sur le directeur des poursuites criminelles et pénales, chapitre D-9.1.1, art. 1

¹³ *Idem*, art. 23

¹⁴ *Idem*, art. 24

¹⁵ *Idem*, art. 13(2)

¹⁶ *Idem*, art. 18

¹⁷ *Idem*, art. 22

21. Le DPCP peut conseiller les agents de la paix et les personnes responsables de l'application des lois relativement à tous les aspects d'une enquête ou d'une poursuite en matière criminelle ou pénale. Il peut demander à ces agents ou personnes un complément d'enquête dans les affaires dont il est saisi. Il peut en outre signaler au sous-ministre de la Sécurité publique les situations qui, à son avis, nécessitent l'institution d'une enquête policière¹⁸.

o **Les agences de renseignement**

22. En matière de sécurité publique, le Service canadien de renseignement et de sécurité (SCRS), le Centre de sécurité des télécommunications Canada (CSTC) et la Gendarmerie royale du Canada (GRC) apportent une importante contribution, mais secrète¹⁹.

23. Il est acquis que la préservation de la sécurité nationale et de l'ordre public relève des fonctions régaliennes de l'État. Depuis les attentats terroristes de 2001, plusieurs États ont affuté leur arsenal législatif, afin d'assurer aux citoyens un « droit à la sécurité ».

24. Ainsi prolifèrent les mesures d'exceptions conférant des pouvoirs spéciaux aux autorités publiques. La nécessité de garantir la protection de la sécurité publique, - comme intérêt juridique supérieur - est souvent évoquée²⁰.

25. Selon la Commission McDonald (1981)²¹, une autorité gouvernementale de renseignement doit être soumise à un régime de poids et contrepoids.

¹⁸ *Idem*, art.20

¹⁹ La *Loi sur la communication d'information ayant trait à la sécurité du Canada*, L.C. 2015, ch. 20, art. 2 (entrée en vigueur en août 2015) autorise plusieurs organismes fédéraux à échanger des renseignements confidentiels utiles en matière de sécurité nationale.

²⁰ Bruce Ackerman, *The Emergency Constitution*, (2004) 113 Yale L.J. 1029

²¹ Commission d'enquête sur certaines activités de la GRC, (1981) Partie VIII, p.887

Évoquant l'histoire des démocraties occidentales, les commissaires craignent que les services secrets de renseignements risquent d'être utilisés par le gouvernement du jour à des fins partisans, plutôt que d'agir exclusivement en vue de protéger la nation.

26. Il est dans l'ordre des choses que les services de sécurité empiètent sur les libertés fondamentales pour atteindre leurs objectifs. La démocratie exige toutefois un contrôle raisonnable de ces empiètements et l'imputabilité des espions²².

27. Le *Code criminel* prévoit que des policiers désignés peuvent, à certaines conditions, enfreindre la loi lorsqu'ils agissent dans le cadre d'une enquête criminelle. Cependant, toute action policière ne peut légalement causer la mort ou des lésions corporelles à autrui, porter atteinte à l'intégrité sexuelle d'une personne, ni détourner ou contrecarrer le cours de la justice²³.

28. Lorsqu'une activité constitue une menace envers la sécurité du Canada, les opérateurs du SCRS peuvent se comporter de façon similaire (et même plus) dans l'accomplissement de leur mission. Par dérogation à toute règle de droit (y compris la liberté de presse), munis d'une autorisation judiciaire²⁴, des agents désignés peuvent poser les actes nécessaires à la recherche d'informations. Ce pouvoir d'exception constitue une entrave sérieuse à la protection des sources journalistiques.

²² The Economist, 3 au 9 août 2013, p.11 – « Liberty's lost decade »

²³ Art.25.1 C.cr.

²⁴ Le par.12.1(3) de la *Loi sur le Service du renseignement de sécurité*, L.R.C., ch. C-23 précise qu'un mandat est requis lorsque les mesures envisagées porteront atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte canadienne* ou qui seront contraires à d'autres règles du droit canadien.

29. En 2013, l'agence de presse américaine *Associated Press* fit l'objet d'une opération d'espionnage lors d'enquêtes sur des affaires de terrorisme. Le Département (fédéral) de la Justice américaine indiqua sa volonté de « durcir les critères » permettant la saisie de matériel journalistique. Le président Obama déclara vouloir saisir le Sénat d'un projet de loi constituant un « bouclier législatif pour les médias ». Cette promesse présidentielle n'a jamais eu de suite au Congrès²⁵.

30. En 2008, le patron des services de renseignement extérieur allemand (BND) fut sévèrement réprimandé par une commission parlementaire pour avoir autorisé l'espionnage d'une journaliste. Pire encore, l'influent journal *Der Spiegel* a rapporté que de nombreux médias internationaux auraient été ciblés par l'espionnage allemand²⁶.

31. Le maintien de l'ordre, sur lequel reposaient traditionnellement les activités de police, est désormais englobé dans une logique plus large, soit celle de la sécurité publique ou nationale. Soucieux de surveiller les agents de l'État œuvrant dans l'obscur domaine du renseignement et de l'espionnage, le Parlement canadien étudie présentement un projet de loi proposant la création d'un comité parlementaire mixte (député et sénateurs) ayant vocation d'assurer le respect de la loi²⁷.

32. Dans l'hypothèse où le gouvernement fédéral décide de légiférer sur la protection des sources journalistiques, la loi devrait-elle prévoir des mesures d'exception au profit des agences de renseignement et d'application de la loi en matière de sécurité nationale ? Si oui, lesquelles?

o La police

²⁵ La Presse, 12 juillet 2013

²⁶ Le Monde, 24 février 2017

²⁷ Le projet de loi C-22 s'intitule *Loi constituant le Comité des parlementaires sur la sécurité nationale et le renseignement et modifiant certaines lois en conséquence*.

33. En général, l'ensemble des corps de police, ainsi que chacun de leurs membres, ont pour mission de maintenir la paix, l'ordre et la sécurité publique, de prévenir et de réprimer le crime et, selon leur compétence respective, les infractions aux lois ou aux règlements pris par les autorités municipales, et d'en rechercher les auteurs²⁸.
34. Pour réaliser cette charge, ils veillent à la sécurité des personnes et des biens, sauvegardent les droits et les libertés, respectent les victimes et sont attentifs à leurs besoins. La coopération avec la communauté dans le respect du pluralisme culturel est de rigueur²⁹.
35. C'est un directeur général qui commande et dirige la Sûreté du Québec. Il agit sous l'autorité du ministre de la Sécurité publique. En pratique, selon la Commission Poitras, ce dernier ne s'immisce pas dans les opérations de la S.Q.³⁰.
36. À l'étape d'une enquête policière, c'est la recherche de la vérité qui oriente le déroulement de l'investigation. Les enquêteurs doivent impérativement recueillir tous les éléments de preuve pertinents : ceux qui incriminent les personnes concernées autant que ceux qui sont disculpatoires ou favorables à un suspect.
37. Même si elle fonctionne indépendamment du ministère public, la police est tenue de lui communiquer tous les renseignements pertinents découverts pendant l'enquête, y compris les renseignements susceptibles d'aider l'accusé³¹. Les renseignements colligés lors d'une enquête policière n'appartiennent pas au ministère public. Ils sont plutôt la propriété du

²⁸ Al. 48(1), *Loi sur la police*, chapitre P-13.1

²⁹ Al. 48(2)

³⁰ Rapport de la Commission d'enquête chargée de faire enquête sur la Sûreté du Québec, (1998), vol.1, p.55

³¹ *R. c. McNeil*, [2009] 1 R.C.S. 66, par.23

public et doivent être utilisés de manière à faire en sorte que justice soit rendue³².

38. Saisi d'allégations à l'effet que des crimes auraient été perpétrés, un enquêteur ne doit jamais agir en mandataire de l'État, ou de la poursuite. Occupant une charge publique, le policier enquêteur n'agit pas comme fonctionnaire ou mandataire de l'État. Il est redevable devant la loi et sa conscience³³.

39. Un agent de la paix, croyant raisonnablement qu'une infraction a été commise ou qu'une enquête plus approfondie permettrait d'obtenir des éléments de preuve susceptibles d'inculper un justiciable, peut néanmoins exercer son pouvoir discrétionnaire et renoncer à la voie judiciaire. Ce pouvoir n'est toutefois pas absolu.

40. Cette décision doit être subjectivement justifiée, c'est-à-dire honnête et transparente; prenant appui sur des motifs valables et raisonnables, elle doit être objectivement justifiée. Au moment de décider de la légitimité d'une décision discrétionnaire, il importe de s'attacher aux circonstances matérielles qui ont donné lieu à cet exercice. Au final, la justification avancée devra être proportionnée à la gravité des actes, et le pouvoir discrétionnaire devra avoir été notoirement guidé par l'intérêt public³⁴.

41. S'agissant de la confiance du public envers la police, il est impératif que le processus d'enquête concernant la conduite d'un policier soit transparent. Qui plus est, il doit avoir toutes les apparences de la transparence³⁵.

○ La séparation des pouvoirs

³² *R. c. Quesnelles*, [2014] 2 R.C.S. 390 par.65

³³ *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par.27 à 34

³⁴ *R. c. Beaudry*, [2007] 1 R.C.S. 190, par.35 à 39

³⁵ *Wood c. Schaeffer*, [2013] 3 R.C.S. 1053, par.6

42. La confiance ne se décrète pas. Elle se construit, se partage et se nourrit dans la durée. L'obligation du ministère public de préserver son objectivité et son esprit d'équité représente un devoir continu qui lui incombe à toutes les étapes de la procédure³⁶.
43. Comme « représentant de la justice », le procureur de la poursuite doit satisfaire à trois exigences : l'objectivité, c'est-à-dire l'obligation de traiter les faits de façon impartiale; l'indépendance par rapport à d'autres intérêts susceptibles d'avoir une incidence sur la poursuite, y compris ceux de la police et la défense; l'absence de propension à un sentiment – négatif ou positif – à l'égard d'un justiciable, suspect ou accusé³⁷.
44. Pour le citoyen, il s'agit d'une protection essentielle contre l'exercice parfois excessif et mal fondé du pouvoir de l'État. C'est l'un des mécanismes les plus importants de freins et contrepoids de notre système de justice pénale³⁸. La séparation des pouvoirs d'enquête et de poursuite de l'État constitue une importante garantie contre l'abus de l'un et de l'autre³⁹.
45. En établissant un niveau de contrôle indépendant entre l'enquête et la poursuite susceptible de s'ensuivre, la séparation des pouvoirs permet aussi de faire en sorte que les enquêtes comme les poursuites sont effectuées de façon plus complète et, partant, plus équitable⁴⁰.
46. Le simple fait que l'avocat du ministère public participe au processus d'enquête ne compromet pas nécessairement son objectivité. Cette exigence tient essentiellement à sa vigilance. De plus, un procureur du

³⁶ *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, par.89

³⁷ *Idem*, par.156. Le juge Binnie est dissident sur un autre point. Toutefois, dans l'arrêt *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372, par.30 et 48, la Cour cite avec approbation ses observations.

³⁸ *Idem*, par.157

³⁹ *R. c. Davey*, [2012] 3 R.C.S. 828, par.37

⁴⁰ Précité note 23, par.159-160

DPCP s'acquitte d'un devoir public. Ce faisant, il doit agir efficacement et dignement. Présumé agir de bonne foi, il n'est pas à l'abri d'une intervention judiciaire. Une assertion de comportement vexatoire ou teinté de mauvaise foi doit cependant être prouvée⁴¹.

47.À certains égards, la fonction du poursuivant et celle du policier s'emmêlent. Elles diffèrent dans leur finalité. Le policier cherche à recueillir et soupeser la preuve. Le poursuivant s'attache essentiellement à déterminer si le dossier peut légalement appuyer une déclaration de culpabilité. Bref, la fonction policière se distingue de la fonction judiciaire ou quasi-judiciaire, en ce qu'elle s'attache avant tout aux faits.

48.En cas d'enquête négligente, le fait qu'un enquêteur peut engager sa responsabilité civile n'exige pas qu'il se prononce sur la culpabilité ou l'innocence du suspect avant l'étape de l'inculpation. Nul besoin pour lui d'obéir à une norme juridique ni de tirer des conclusions en droit. Cette analyse relève de la compétence des procureurs et du juge. La norme de diligence requise d'un enquêteur est celle du policier raisonnable⁴².

II - LA GOUVERNANCE POLICIÈRE

49.En référence avec la *Charte canadienne des droits et libertés*, la nécessité pour l'autorité gouvernementale de mettre en place une force policière indépendante et objective constitue un objectif urgent et réel⁴³.

⁴¹ 83.28 C.cr. (Re), [2004] 2 R.C.S. 248, par.95

⁴² Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth, [2007] 3 R.C.S. 129, par.50

⁴³ Telle est l'affirmation faite par la Cour suprême dans le cadre d'un litige en matière de relation de travail : Association de la police montée de l'Ontario c. Canada, [2015] 1 R.C.S. 3, par.142.

50. Chaque fois que la police enquête sur une violation de la loi, exécute des décisions judiciaires ou entre en contact avec les citoyens, sa conduite symbolise la façon dont les droits et libertés fondamentaux sont respectés et protégés. La manière dont la police s'acquitte de ses tâches est un indicateur avéré du niveau et de la qualité de la société démocratique, ainsi que du degré de respect pour la prééminence du droit.

51. Bras armé de l'État, la police et les agents de renseignement jouent un rôle clé dans une société démocratique. Gardiens de l'ordre public, ces affiliés de l'État doivent veiller à l'application juste et égalitaire de la loi, sans ingérence des autorités supérieures ou de n'importe qui d'autre⁴⁴.

52. Reconnaître la légitimité de l'action gouvernementale dans la sphère décisionnelle et opérationnelle de la police pose un sérieux défi de rationalité et d'équilibre. En effet, la police doit être imputable aux instances démocratiquement élues, sans quoi elle agirait selon sa propre autorité.

53. Par contre, les décisions et actions liées au pouvoir discrétionnaire des agents de la paix relèvent de leur compétence⁴⁵. Selon la Cour suprême, ni fonctionnaires, ni mandataires étatiques et indépendants du pouvoir exécutif, les policiers sont redevables uniquement devant la loi et leur conscience⁴⁶. Outre le travail de base lié à l'application de la loi, la Cour n'a fixé aucune limite de contrôle.

54. Dans la foulée de la Crise d'Octobre 70, en point de presse, le premier ministre canadien Pierre Elliott Trudeau déclarait que c'est le pouvoir judiciaire, plutôt que le gouvernement, qui protège les citoyens contre les

⁴⁴ Rapport de la Commission d'enquête sur l'Upperwash, p.360

⁴⁵ *Idem*, p.361

⁴⁶ *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par.33

abus policiers. La police peut mener des enquêtes sans autorisation ministérielle, voire même à l'insu du ministre intéressé. Toutefois, il nuance son propos quant à la sécurité publique : c'est le gouvernement qui assume la responsabilité de déterminer les directives à suivre⁴⁷.

55. Tout écart d'équilibre entre les objectifs décrits précédemment risque de miner la confiance des citoyens envers l'administration de la justice. Or, la méfiance du public affaiblit la paix sociale indispensable au maintien d'un État de droit⁴⁸. Qui plus est, la perception d'impartialité est essentielle au maintien de la confiance du public dans le système de justice⁴⁹.

56. La surveillance de l'action policière est une question complexe qui préoccupe le public. Concernant l'insatisfaction des citoyens, ce délicat exercice renvoie à différentes approches favorisant l'efficacité des services policiers, la transparence et la reddition de compte⁵⁰.

57. Au passage du temps, plusieurs commissions d'enquête ont abordé le sujet de l'indépendance policière face au contrôle gouvernemental. Selon la Commission McDonald (1981)⁵¹, les opérations policières doivent faire l'objet de surveillance ministérielle.

58. Dans un État démocratique, il ne faut jamais tolérer que la police ne connaisse d'autre loi que la sienne, d'opiner les commissaires. Ils doivent obéir à des gouvernements démocratiquement élus. Cela étant, il revient à l'autorité gouvernementale d'encadrer les fonctions quasi-judiciaires à l'aide de politiques publiques.

⁴⁷ "On the criminal law side, the protections we have against abuse are not with the government. They are with the courts. The police can go out and investigate crimes...without authorization from the Minister and indeed without his knowledge". En matière de sécurité, la police "do have to act under the general directions and guidelines laid down by the government of the day".

⁴⁸ *Re Therrien*, [2001] 2 R.C.S. 3, par.110

⁴⁹ *2747-3174 Québec Inc. c. RPAQ*, [1996] 3 R.C.S. 919, par.45

⁵⁰ *Penner c. Niagara (Commission régionale de services policiers)*, [2013] 2 R.C.S. 125, par.33

⁵¹ Rapport de la Commission McDonald, 1981, vol.2, p.1005-1006

59. La Commission d'enquête sur Ipperwash (2007)⁵² souligne que les caractéristiques traditionnelles de l'obligation ministérielle de rendre compte et le concept de gouvernement responsable se sont complexifiés depuis l'époque de la Commission McDonald (1981). Quand même, le juge Linden soutient que la responsabilité ministérielle demeure une assise fondamentale pour gérer les relations entre la police et le gouvernement.

60. Selon le juge O'Connor, commissaire enquêteur dans l'affaire Arar (2006), jamais le gouvernement ne peut intervenir dans l'à-propos ou la justesse d'une enquête de police. Primauté du droit oblige ! Toutefois, la doctrine de l'indépendance policière n'étant pas absolue, ses limites évoluent. Le juge O'Connor estime nécessaire pour le ministre responsable de la GRC d'être informé de la conduite de ses membres contrevenant à la primauté du droit ou à des politiques publiques⁵³.

61. Vu les pouvoirs extraordinaires de la police, il est essentiel qu'un examen minutieux et efficace de leur travail s'ensuive. Il existe une tendance internationale grandissante à recourir au mécanisme des directives publiques pour promouvoir la transparence des relations entre la police et le gouvernement. Selon le juge Linden (Commission Ipperwash), le modèle des directives offre un solide cadre institutionnel favorisant les objectifs de transparence, de reddition de compte et de responsabilité ministérielle⁵⁴.

⁵² Rapport du juge Sidney B. Linden, Commission d'enquête sur Ipperwash, p.382

⁵³ Rapport du juge Dennis O'Connor intitulé « Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale », 2006, p.458, 460 et 463.

⁵⁴ Rapport du juge Sidney B. Linden, Commission d'enquête sur Ipperwash, p.368-369

62. Dans un contexte policier, l'imputabilité (*accountability*) ou l'obligation redditionnelle signifie que les services de police et leurs membres doivent justifier leur conduite ou offrir des explications *a posteriori*. Cette exigence n'altère aucunement la protection des décisions opérationnelles. La réalité d'intervention malavisée des autorités policières supérieures existe toujours, bien qu'elle soit contingente⁵⁵.

63. Certes, un ministre ne peut jamais ordonner à la police d'entreprendre ou de clore une enquête. Cependant, la responsabilité ministérielle demeure une structure démocratique fondamentale servant à régir les relations entre la police et le gouvernement. L'État peut donc légitimement élaborer des politiques et formuler des directives afin de baliser le travail policier.

64. Au Québec, le procureur général émet des orientations publiques liant le DPCP, lequel formule à son tour des directives concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuite criminelle ou pénale incombant au ministère public.

o Conclusion

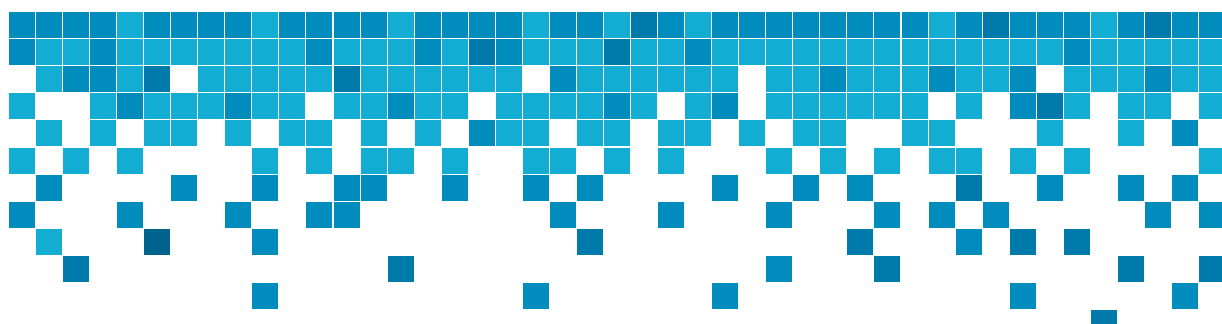
65. Lorsque le secret d'État bafoue la raison d'État, la démocratie a mauvaise mine. Il en va de même lorsque, sous un regard judiciaire distrait, le secret policier piétine des droits et libertés fondamentaux.

⁵⁵ Benoît Dupont, Le contrôle budgétaire des services de police australiens et la nouvelle gouvernance de la sécurité, (2005/1) vol.71 Revue Internationale des Sciences Administratives, 190, par.4 à 9; Conseil des académies canadiennes, The Expert Panel on the Future of Canadian Policing Models, 2014, p.60-61; Dominic Wood and David MacAlister, Accountable, responsive and independent : on the need for balance in police governance, (2005) 7 Int'l J. Police & Mgmt, 197

66. La négligence est une chose, la carambouille organisée, une autre. Une commission d'enquête doit fouiller les détails, non pour y trouver le diable, mais pour dévoiler certaines pesanteurs institutionnelles.

ANNEXE VIII

**Liste des témoins entendus
dans le cadre des travaux
de la Commission**



LISTE DES TÉMOINS ENTENDUS DANS LE CADRE DES TRAVAUX DE LA COMMISSION

Témoïn	Titre et organisation	Date
M. Claude Robillard	Auteur et enseignant Secrétaire général à la Fédération professionnelle des journalistes du Québec (1989 à 2014)	2017-04-03
M. Michel Cormier	Directeur général Service de l'information Radio-Canada	2017-04-03
M. Brian Myles	Directeur <i>Le Devoir</i> inc.	2017-04-03
M. Éric Trottier	Éditeur adjoint et vice-président à l'information <i>La Presse</i> ltée	2017-04-03
M. Paulin Bureau	Directeur du perfectionnement policier École nationale de police du Québec	2017-04-04
M ^{me} Helen Dion	Directeur Service de police de Repentigny	2017-04-04
Hon. Danielle Côté	Juge en chef adjointe Chambre criminelle et pénale Cour du Québec	2017-04-04
Hon. Mario Tremblay	Juge responsable des juges de paix magistrats Cour du Québec	2017-04-04
M ^e Gilles Trudeau	Professeur titulaire, Faculté de droit Université de Montréal	2017-04-04
M ^e Patricia Kosseim	Avocate générale principale et directrice générale des services juridiques, des politiques de la recherche et de l'analyse des technologies Commissariat à la protection de la vie privée du Canada	2017-04-05
M ^e Julia Barss	Directrice des services juridiques Commissariat à la protection de la vie privée du Canada	2017-04-05
M. Christopher Prince	Analyste en politique et recherche Commissariat à la protection de la vie privée du Canada	2017-04-05
M. Benoît Dupont	Professeur titulaire de criminologie Université de Montréal	2017-04-05
M ^e Anthony Hemond	Conseiller juridique principal Vidéotron	2017-04-06
M. Sergio Catoni	Analyste de sécurité TELUS	2017-04-06
M ^{me} Kristi Jackson	Directrice <i>Lawful Access Response</i> Rogers Communications	2017-04-06
M. Alain Monfette	Gestionnaire senior, responsable de l'accès légal Bell Canada	2017-04-06
M. Michel Plante	Instructeur aux formations réservées aux enquêteurs École nationale de police du Québec	2017-04-07
M. Stéphane Larin	Inspecteur-chef Directeur des services spécialisés en enquête Sûreté du Québec	2017-04-10 2017-04-12

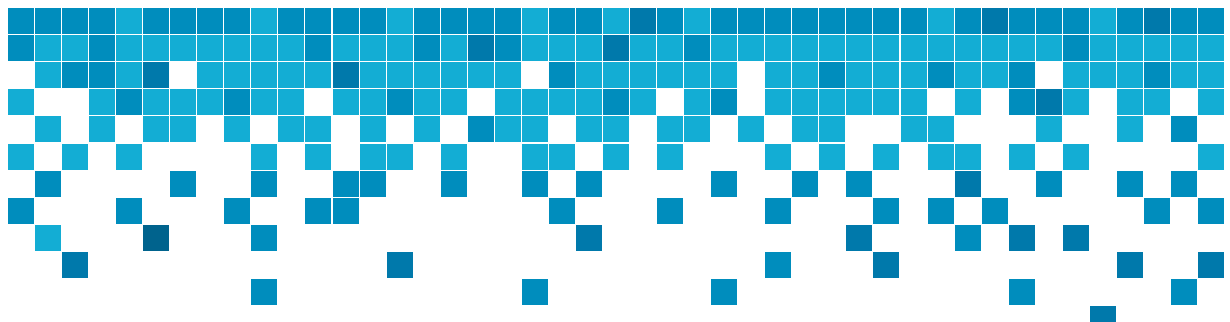
Témoïn	Titre et organisation	Date
M. Martin Prud'homme	Directeur général Sûreté du Québec	2017-04-10 2017-04-12
M. André Goulet	Inspecteur-chef Directeur des enquêtes criminelles Sûreté du Québec	2017-04-10 2017-04-12
M. Bruno Duquette	Lieutenant, chef du Service des enquêtes internes et du processus disciplinaire Sûreté du Québec	2017-04-10 2017-04-12
M. Stephen Verissimo	Commandant, chef des opérations aux enquêtes spéciales Service de police de la Ville de Montréal	2017-04-11 2017-04-12
M. Didier Deramond	Directeur adjoint responsable de la direction de toutes les opérations d'enquêtes et de gendarmerie Service de police de la Ville de Montréal	2017-04-11 2017-04-12 2017-06-13
M. Philippe Pichet	Directeur Service de police de la Ville de Montréal	2017-04-11 2017-04-12 2017-05-30
M ^{me} Josée Blais	Inspecteur-chef Service de la performance et du développement stratégique Service de police de la Ville de Montréal	2017-04-11
M. Antonio Iannantuoni	Inspecteur-chef Chef de la Division du renseignement Service de police de la Ville de Montréal	2017-04-11 2017-04-12
M ^e Érika Porter	Procureure aux poursuites criminelles et pénales Directeur des poursuites criminelles et pénales	2017-04-13
M ^e Patrick Michel	Procureur en chef / Bureau du service juridique Directeur des poursuites criminelles et pénales	2017-04-13
M ^e Robert De Blois	Avocat en droit du travail et de l'emploi, en droit disciplinaire, en relations de travail et en droit administratif	2017-04-18
M ^e Jean-Sébastien Desmeules	Directeur des affaires juridiques Commission d'accès à l'information du Québec	2017-04-18
M ^e Catherine Armand	Avocate Commission d'accès à l'information du Québec	2017-04-18
M. Normand Borduas	Lieutenant-détective, Crimes économiques Service de police de la Ville de Montréal	2017-05-15 2017-05-16 2017-05-17 2017-05-18
M. Iad Hanna	Sergent-détective, Division des affaires internes Service de police de la Ville de Montréal	2017-05-18 2017-05-19 2017-05-23
M. Costa Labos	Inspecteur-chef, Communications opérationnelles et information policière Service de police de la Ville de Montréal	2017-05-23 2017-05-24 2017-05-25
M ^{me} Annie Landry	Enquêteur analyste Division des affaires internes Service de police de la Ville de Montréal	2017-05-25
M. Dominic Werotte	Retraité Service de police de la Ville de Montréal	2017-05-25
M. Patrice Carrier	Inspecteur-chef, Enquêtes criminelles Secteur Ouest Service de police de la Ville de Montréal	2017-05-25 2017-05-26

Témoïn	Titre et organisation	Date
M. Denis Mainville	Retraité Service de police de la Ville de Montréal	2017-05-26
M. Stéphane Berthomet	Journaliste	2017-05-26
M. Roger Larivière	Retraité Service de police de la Ville de Montréal	2017-05-26 2017-05-29
M. Claude D'Astous	Retraité Service de police de la Ville de Montréal	2017-05-29
M. Marc Parent	Ancien directeur Service de police de la Ville de Montréal	2017-05-29
M. Sylvain Renaud	Inspecteur Service de police de la Ville de Gatineau	2017-05-31
M. François Duguay	Directeur adjoint Service de police de la Ville de Gatineau	2017-05-31
M. Pierre-Jean Séguin	Journaliste TVA Gatineau	2017-05-31
M. Hugues Goupil	Sergent Service de police de Laval	2017-05-31 2017-06-01
M. Jean Joly	Retraité Service de police de Laval	2017-06-01
M ^{me} Monic Néron	Journaliste 98,5 FM	2017-06-01
M. André Thériault	Sergent, Division des crimes majeurs Sûreté du Québec	2017-06-01
M. Pierre-Antoine Côté	Sergent Sûreté du Québec	2017-06-01
M. François Berger	Sergent-enquêteur, Direction des normes professionnelles Sûreté du Québec	2017-06-02
M. Guy Lapointe	Capitaine Sûreté du Québec	2017-06-02
M ^{me} Catherine Maurice	Directrice des communications du maire Denis Coderre	2017-06-05
M. Denis Coderre	Maire de la Ville de Montréal	2017-06-05
M. Martin Renaud	Inspecteur Service de police de la Ville de Montréal	2017-06-05
M. Michel Arsenault	Retraité Fédération des travailleurs et des travailleuses du Québec	2017-06-08
M. Mario Laprise	Ancien directeur général Sûreté du Québec	2017-06-08
M. Marcel Lagacé	Retraité Sûreté du Québec	2017-06-08 2017-06-09
M. Patrick Duclos	Lieutenant Sûreté du Québec	2017-06-09
M. Luc Landry	Retraité Sûreté du Québec	2017-06-12
M. André Boulanger	Inspecteur Sûreté du Québec	2017-06-12

Témoïn	Titre et organisation	Date
M. Mario Smith	Inspecteur-chef Sûreté du Québec	2017-06-12
M. Denis Morin	Inspecteur Sûreté du Québec	2017-06-13
M. Jocelyn Latulippe	Retraité Sûreté du Québec	2017-06-13
M. Michel Guillemette	Retraité Service de police de Laval	2017-06-13
M. Pierre Frenette	Retraité Sûreté du Québec	2017-06-13 2017-06-14
M. Robert Dutil	Ancien ministre Ministère de la Sécurité publique	2017-06-14
M. Patrick Bélanger	Inspecteur-chef Sûreté du Québec	2017-06-14
M ^{me} Marie-Maude Denis	Journaliste Radio-Canada	2017-06-15
M. Patrick Lagacé	Journaliste <i>La Presse</i> Itée	2017-06-15
M. Stéphane Bergeron	Ancien ministre Ministère de la Sécurité publique	2017-06-19
M. Kent Roach	Professeur de droit et titulaire de la Chaire de recherche Prichard Wilson en droit et politiques publiques Université de Toronto	2017-06-19
M. Pierre Trudel	Professeur titulaire Centre de recherche en droit public, Faculté de droit Université de Montréal	2017-06-20

ANNEXE IX

**Liste des pièces déposées
devant la Commission**



LISTE DES PIÈCES DÉPOSÉES DEVANT LA COMMISSION¹

Numéro	Pièce
1-P	Sondage sur la protection des sources confidentielles (portée non scientifique) effectué pour Claude Robillard par l'entremise de la Fédération professionnelle des journalistes du Québec – Février 2017
2-P	Tableau : Organisations policières par niveau de service
3-P	Présentation : La formation des enquêteurs
4-P	Lettre du 27 juin 2017 de l'ENPQ et un tableau préparé à partir des plans et bilans de formation des corps de police du Québec, pour les années 2013, 2014 et 2015, concernant des cours de formation portant sur l'obtention et l'exécution de mandats judiciaires lorsque des journalistes sont impliqués
5-P	Présentation : L'indépendance des services de police
6-P	Marche à suivre pour l'obtention d'autorisations judiciaires
7-P	Présentation : Un ordre judiciaire méconnu : les juges de paix magistrats, avec les annexes
8-P	Présentation de M ^e Gilles Trudeau : Le droit de gérance de l'employeur
9-P	Texte « Le pouvoir des métadonnées » préparé par Benoît Dupont, daté du 5 avril 2017, concernant les métadonnées, leur utilisation technique et leur utilisation à des fins de surveillance
10-C	Document de Vidéotron : Procédure pour l'autorisation des ordonnances / mandats policiers – Décembre 2016
11-P	Document de TELUS : Rapport sur la transparence de 2013
12-C	Politique de Rogers, en date du 21 mars 2016
12-P	Partie des documents <u>publics</u> de Rogers Communications sur les lignes directrices de l'entreprise
13-P	Documents de Bell Canada sur les lignes directrices de l'entreprise
14-P	Lettre de l'École nationale de police du Québec du 5 avril 2017
15-P	Lettre de M ^e Battista du 6 avril 2017
16-P	Le métier d'enquêteur et la sensibilité de l'information
17-P	Directive (du directeur général de la SQ) concernant les enquêtes qui mettent en cause des journalistes ou membres de la presse, datée du 1 ^{er} novembre 2016, et instruction DEC-001 / Enquêtes qui mettent en cause des journalistes ou membres de la presse, entrée en vigueur le 3 novembre 2016
18-P	Présentations PowerPoint de la Sûreté du Québec
19-P	Transcription de l'entrevue de Martin Prud'homme du 1 ^{er} novembre 2016, p. 1 à 11
20-P	Lettre du 2 novembre 2016 à la sous-ministre du MSP et réponses des 2 et 29 novembre 2016 de la sous-ministre
21-P	Lettre du 21 décembre 2016 à la sous-ministre du MSP et réponse du 9 janvier 2017 et lettre de la sous-ministre Liette Larrivée à M ^{me} Johanne Dumont, secrétaire de la Commission, en date du 16 janvier 2017
22-P	Lettre de M. Arsenault du 10 septembre 2013 au ministre Bergeron
23-P	Article du 2 novembre 2016 de Martin Croteau dans <i>La Presse</i>
24-P	Organigramme du SPVM
25-P	Plan d'action – 31 mars 2017
26-P	Rapport de la Commission de la sécurité publique
27-P	Note de service SPVM du 2016-11-03
28-P	Directive concernant les demandes d'autorisation judiciaire – MSP 2016-26

1 P: pièces publiques
C: pièces confidentielles

Numéro	Pièce
29A-P	Résumé de la position du SPVM (déposé sous 29-P, le 11 avril 2017)
29B-P	Résumé de la position du SPVM – version finale – mai 2017
30-P	Présentations PowerPoint des policiers du SPVM
31-P	<i>Affidavit</i> d'Iad Hanna du 3 novembre 2016
32-P	Communiqué du SPVM intitulé « Une gouvernance et une approche renouvelées à la Division des communications du SPVM » du 6 juin 2016 et offre d'emploi pour le poste de chef de division-communications SPVM (gestion de l'image et relations de presse)
33-P	Article 22 juin 2016 de Telbec « SPVM : De nouvelles façons de faire qui nuisent à l'information du public »
34-P	Article du 1 ^{er} novembre 2016 : « La police de Montréal veut "briser la culture du coulage" »
35-P	En réponse aux questions : si données recueillies à la suite des mandats visant Patrick Lagacé et Vincent Larouche ont été déposées dans le SARC et, le cas échéant, si la GRC et la SQ avaient accès à ces données (dans les 2 dossiers, la contravention et l'enquête Djelidi)
36-P	En réponse aux questions : Combien de policiers étaient impliqués dans l'opération de Montréal-Nord et à combien de policiers on a demandé de passer un test polygraphique
37-P	Entrevue de Paul Arcand avec Philippe Pichet, 22 février 2017
38-P	Mandat n° 500-26-093086-159 du 16 décembre 2015
39-P	Mandat n° 500-26-093513-160 du 19 janvier 2016 concernant Patrick Lagacé, incluant 4 articles de journaux
40-P	Mandat n° 500-26-096880-160 du 30 juin 2016
41-P	Proportion d'autorisations judiciaires, accordées ou refusées, en matière d'écoute électronique, de 2010 à 2016
42-P	Poursuites disciplinaires pour défaut d'avoir respecté le devoir de « divulgation franche et sincère » des éléments pertinents à une demande d'autorisation judiciaire et, le cas échéant, le résultat de ces poursuites, de 2010 à 2017
43-P	Engagement de vérifier, dans les plateformes pertinentes à la formation des policiers, l'information portant sur le devoir de « divulgation franche et sincère » et, si de tels documents existent, les transmettre à la Commission
44-P	<i>Affidavit</i> à l'appui d'une dénonciation en vue d'obtenir une ordonnance de communication, Annexe A de Patrick Duclos, en référence à l'événement n° 013-130913-001
45-P	Article de Vincent Larouche et Philippe Teisceira-Lessard, « La SQ a obtenu les registres téléphoniques de plusieurs journalistes » du 2 novembre 2016
46-P	Lettre de Stéphane Larin, inspecteur-chef, Direction des services spécialisés en enquête, datée du 11 mai 2017, confirmant qu'aucune donnée associée aux journalistes n'a été versée dans les bases de données SARC et SIR
47-P	Note explicative préparée par André Goulet, inspecteur-chef, Direction des enquêtes criminelles, datée du 3 mai 2017, sur les données statistiques qu'il est possible d'extraire relativement au nombre de mandats accordés et refusés pour les périodes de 2010 à 2016 (autres que les mandats d'écoute électronique)
48-P	Tableau documentant la chronologie des actions prises par la SQ après que le directeur général de la Sûreté du Québec eut demandé à son organisation le 1 ^{er} novembre 2016 que les démarches nécessaires soient faites pour recenser toutes les enquêtes et demandes d'autorisations judiciaires impliquant un journaliste ou un membre de la presse, de même que tous les documents pertinents
49-P	Tableau documentant comment la directive du directeur général de la SQ, de même que le communiqué du MSP du 8 novembre 2016 (Directive concernant les demandes d'autorisation judiciaire) et la directive du DPCP ont percolé dans l'organisation et documents pertinents
50-P	Présentations – Les autorisations judiciaires
51-P	Présentation de M ^e Patrick Michel
52-P	Mandat de perquisition du DPCP incluant MAN-2
53-P	Directive du DPCP incluant MED-1 intitulée Médias – saisies de matériel journalistique

Numéro	Pièce
54-P	Directive de la Procureure générale du Québec aux mandataires désignés aux fins des articles 184.2, 185 et 487.01(4), datée du 8 novembre 2016
55-P	Consultation sur le <i>Code de sécurité nationale du Canada</i>
56-P	Courriel de Costa Labos à Normand Borduas, daté 5 janvier 2015
57-P	Rapport chronologique d'enquête rédigé par Normand Borduas
58-P	Constat d'infraction
59-P	Trois (3) courriels de Catherine Maurice à Normand Borduas, datés du 22 janvier 2015
60-P	Courriels de Catherine Maurice à Normand Borduas, datés 22 janvier 2015
61-P	Dénonciation en vue d'obtenir une ordonnance de communication, n° 500-26-087080-150 et son annexe A
62-P	Dénonciation en vue d'obtenir une ordonnance de communication, n° 500-26-087691-154 et son annexe A
63-P	Rapport d'enquête de Normand Borduas et Rapport en version signée
64-P	Dénonciation en vue d'obtenir une ordonnance de communication de données de transmission, n° 500-26-089116-150
65-P	Rapport de surveillance daté du 9 octobre 2014
66-P	3 photos prises le 9 octobre 2014
67-P	Courriels entre MM. Milano, Labos et Borduas, datés du 10 octobre 2014
68-P	Liste des fichiers accédés (Mario Lambert)
69-P	Notes de Normand Borduas
70-P	Fichiers demandés, courriel de Michel Baril à Normand Borduas, daté du 9 janvier 2015
71-P	Dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition, n° 500-26-088246-156, datée du 23 mars 2015
72-P	Courriels trouvés dans la boîte de Roger Larivière
73-P	Courriels de Jérôme Morissette, datés du 5 mai 2014
74-P	SOS
75-P	Plan d'opération R.L.
76-P	Lettre de refus du DPCP, datée du 4 novembre 2016
77-P	Article de <i>La Presse</i> , daté du 3 novembre 2016
78-P	Rapport d'enquête n° ES20141217-039
79-P	Rapport général_Lalonde_2014-12-04
80-P	Courriel Christian Boisvert à Le Dung et Normand Borduas, du 29 janvier 2015
81-P	Courriel de N. Borduas à M. Nantel, daté du 20 novembre 2015
82-P	Plan d'enquête d'Iad Hanna
83-P	Régistre téléphonique de Fayçal Djelidi du 1 ^{er} mai au 16 décembre 2015
84-P	Articles de journaux des journalistes F. Séguin (7 janvier 2016), V. Larouche (9 et 15 janvier 2016), P. Teisceira-Lessard (9 janvier 2016)
85-P	Mandat, n° 500-26-093387-169, daté du 13 janvier 2016
86-P	Courriel de M. Baril à N. Borduas, daté du 20 janvier 2016 et liste des courriels
87-P	Mandat, n° 500-26-095998-161, daté du 13 mai 2016
88-P	Coordonnées DNR et registre d'appel en lien avec <i>affidavit</i>
89-P	Courriel de M. Renaud à C. Labos, N. Borduas et Iad Hanna, daté du 28 octobre 2016
90-P	Mandat / Autorisation d'intercepter des communications privées
91-P	Notes sténographiques d'une entrevue du 28 octobre 2016 entre N. Borduas, P. Lagacé, P. Bourbeau et E. Trottier

Numéro	Pièce
92-P	Rapport d'enquête, daté du 7 mars 2016
93-P	Chronologie d'enquête
94-P	Courriel de C. Labos à N. Borduas, daté du 23 janvier 2015
95-P	Courriel de N. Borduas à Sécurité informatique, daté 13 mai 2015
96-P	Rapport complémentaire d'Annie Landry
97-P	Projet d'autorisation d'intercepter des communications privées préparé par N. Borduas et informations supplémentaires, en date du 9 mai 2017
98-P	Article de Daniel Renaud, <i>La Presse</i> , 10 février 2016
99-P	Courriels « Entiercement données informatiques » [sic] de M. Hanna à M. Baril du 5 octobre 2016 et la réponse de M. Nantel du 6 octobre 2016
100-P	Courriels « Entiercement DNR-E » [sic] entre I. Hanna et M. Nantel du 9 novembre 2016
101-P	Échanges de courriels « Entiercement données Informatiques » [sic] entre I. Hanna et M. Nantel des 13 et 14 octobre 2016
102-P	Courriel « Demande d'enquête, fichiers accédés » de C. Labos à N. Borduas du 10 octobre 2014.
103-P	Note de service de P. Carrier à D. Werotte du 3 décembre 2014
104-P	Rapport disciplinaire daté du 25 novembre 2014
105-P	Disposition concernant D. Mainville du 28 juin 2016
106-P	Rapport de recommandation du Comité sur la révision du traitement de l'information confidentielle (fuites médiatiques), daté du 2 août 2016
107-P	Rapport général, résumé du Projet F8, daté du 15 novembre 2016
108-P	Modalités des entrevues, DAI, en date du 30 avril 2016
109-P	Rapport complémentaire, plan d'entrevue témoin, mai 2016
110-C	Trois rapports d'inspection du ministère de la Sécurité publique (MSP), Direction de la vérification interne, des enquêtes et de l'inspection concernant les demandes d'autorisations judiciaires susceptibles de révéler l'identité d'une source journalistique, concernant (A) Le Service de police de la Ville de Montréal (SPVM), en date du 2 mai 2017 (B) La Sûreté du Québec (SQ), en date du 13 juillet 2017 (C) Le Service de police de la Ville de Québec (SPVQ), en date du 13 juillet 2017
111-P	Décision du DPCP. Lettre de M ^e S. Delisle à C. Labos, datée du 20 janvier 2015
112-P	Résumés des activités
113-P	Registre détaillé du 3 au 18 décembre 2014
114-P	Rapport complémentaire, daté du 17 mars 2015
115-P	Registre téléphonique du 30 janvier au 16 octobre 2014, préparé par A. Landry, daté du 26 avril 2017
116-P	Information de l'abonné, rapport du 7 janvier 2016
117-P	Organigramme préparé par A. Landry, daté du 6 février 2015
118-P	Échange de courriels entre Éric Lalonde et Dominic Werotte, datés des 4 et 5 décembre 2014
119-P	Échange de courriels (facturation téléphonique détaillée), en novembre et décembre 2014
120-P	Article de G. Duchaine du 19 novembre 2014
121-P	Articles de D. Lessard, V. Larouche et Y. Boisvert, datés du 21 novembre 2014
122-P	Échange de courriels les 21 et 24 novembre 2014
123-P	Procès-verbaux (4) du Comité de gestion du Service des enquêtes spécialisées du SPVM
124-P	Lettre de D. Mainville à M. Parent du 9 décembre 2014
125-P	Décisions (2) du DPCP des 5 avril et 31 mars 2016

Numéro	Pièce
126-P	Article paru dans <i>Le Devoir</i> « Enquête criminelle sur un haut gradé du SPVM » du 21 juin 2016
127-P	R. c. Larivière, 2009 QCCQ 2857, j. Vauclair
128-P	Articles du <i>Devoir</i> du 22 février 2017 et d'ICI Radio-Canada du 27 mars 2017
129-P	Article de Daniel Renaud, <i>La Presse</i> , daté du 15 février 2013
130-P	Lettre de C. D'Astous à M. Parent, datée du 14 mars 2013 avec lettre du 20 février 2013
131-P	Accusation disciplinaire signée par C. D'Astous le 18 juillet 2013 et Rapport complémentaire du sergent Yves Meloche daté du 28 mai 2013
132-P	Compte rendu du Comité de direction du mercredi 18 janvier 2012
133-P	Mémoire relatif au projet de loi 12, <i>Loi concernant les enquêtes policières indépendantes</i> , daté du 13 mars 2013
134-P	Article d'Émilie Bilodeau, « Taupe au SPVM : la SQ enquêtera sur les fuites », <i>La Presse</i> , daté du 8 février 2012
135-P	Article d'ICI Radio-Canada, « Quand le "citoyen" Coderre se plaint directement au chef du SPVM », daté du 7 novembre 2016
136-P	Article de l'Agence QMI, « Denis Coderre n'a pas fait d'ingérence politique selon Marc Parent », daté du 7 novembre 2016
137-P	Articles (2) du <i>Journal de Montréal</i> et de <i>La Presse</i> du 5 novembre 2016
138-P	Lettre du directeur M. Harel (SPVG) à M ^e Joncas, datée du 24 février 2017
139-P	Croquis fait par l'inspecteur S. Renaud
140-P	Évaluation et profil du risque, n ^o EG# 2013-24284, vol qualifié dans un commerce
141-P	Communiqué du directeur adjoint L. Beaudoin (SPVG), Promotion à titre d'inspecteur de S. Renaud, daté du 26 juin 2013
142-P	Document préparé par l'inspecteur S. Renaud consignait ses notes personnelles de l'enquête n ^o DIS-13-AI-281
143-P	Avis de convocation aux témoins dont la collaboration est requise, daté du 12 août 2013
144-P	Questionnaire utilisé dans le cadre de l'enquête n ^o DIS-13-AI-281
145-P	Liste de numéros de téléphone d'intérêt
146-P	Lettre du 23 mars 2017 et, en copie jointe, procès-verbal d'une réunion de la TNPPQ des 18 et 19 mai 2016
147-P	Note du directeur adjoint Luc Beaudoin à l'inspecteur-chef François Duguay, fuite médiatique, datée du 18 juillet 2013
148-P	Chronologie des événements 2013 par S. Renaud
149-P	Résumé d'une rencontre du 15 août 2013, enquête DIS-13-AI-281
150-P	Communiqué du directeur M. Harel (SPVG) du 23 juillet 2013, Protocole de révision des dénonciations visant l'obtention d'autorisations judiciaires, avec la note de service du 5 juillet 2013
151-P	Échange de courriels entre Mariane Leduc (SPVG) et P.-J. Séguin, en date du 22 février 2016
152-P	Rapport d'enquête progressif et sa suite, n ^o LVL-150112-008
153-P	Ordonnance n ^o 540-26-011822-152 pour registre de téléphone et <i>affidavit</i> à son soutien, en date du 15 janvier 2015
154-P	Registres (2), Analyses croisées des communications, entre le 18 novembre et le 8 décembre 2014
155-P	Liste des journalistes
156-P	Mandat de perquisition, n ^o 540-26-011850-153, et son Annexe, en date du 2 février 2015
157-P	Mandats, n ^{os} 540-26-011871-159 et 540-26-011870-151, Annexes I et autres documents
158-P	Avis de refus d'intenter des poursuites du DPCP à E. Laufer (SP Laval), daté du 16 juin 2015
159-P	Lettre d'aveux de D. Digenova
160-P	Perquisition informatique – rapport de l'enquêteur Joël Brunet, Dossier n ^o 15-0112-008
161-P	Rapport « Remise documents "enquête disciplinaire" S/d Dominico Digenova » de J. Joly à E. Laufer, daté du 10 décembre 2014
162-P	Trame chronologique « Projet Allumette » 2 et 3 décembre 2014, dossier n ^o LVL-140724-053

Numéro	Pièce
163-P	Rapport « Divulgence non autorisée d'informations aux médias » de J. Joly à S. Gagnard, daté du 5 décembre 2014
164-P	Note de service « Divulgence non autorisée d'informations aux médias » de J. Joly à D. Gagnon, datée du 3 décembre 2014
165-P	Allégation criminelle (art. 286 de la <i>Loi sur la police</i>), MSP – 3448, en date du 5 décembre 2014
166-P	Rapport complémentaire rédigé par D. Guérin, n° LVL-140724-053, daté du 3 décembre 2014
167-P	Rapport d'événement n° 223-160606-005
168-P	Note d'Esther Boivin, datée du 6 juin 2016 et lettre de Fernande Rousseau, secrétaire du Conseil de la magistrature du Québec, datée du 20 septembre 2016
169-P	Rédaction du rapport d'enquête d'André Thériault daté du 28 juin 2016 et rapport complémentaire de Sylvain Tremblay, daté du 8 septembre 2016
170-P	Documents relatifs à un mandat de perquisition n° 200-26-030093-166
171-P	Trois jugements : de la Cour supérieure, daté du 28 décembre 2016 (A. Soldevila, j.c.s.), de la Cour d'appel, daté du 26 avril 2017 (2017 QCCA 663) et de la Cour supérieure, daté du 19 mai 2017 (M. Lacroix, j.c.s.)
172-P	Document « Opérations effectuées afin de sécuriser le répertoire dans l'extranet » non daté et courriel du 14 septembre 2016
173-P	Narration (p. 5 et 6) rédigée par François Parent le 15 février 2012
174-P	Documents relatifs à la vérification des bases de données (Éric-Yvan Lemay)
175-P	Documents relatifs à diverses autorisations judiciaires non exécutées, datées du 1 ^{er} mars 2012
176-P	Documents relatifs à une ordonnance de communication n° 750-26-004393-125, datée du 13 mars 2012
177-P	Documents relatifs à un mandat général n° 750-26-004394-123, daté du 13 mars 2012
178-P	Documents relatifs à un mandat général n° 750-26-004395-120, daté du 13 mars 2012
179-P	Documents relatifs à un mandat général n° 750-26-004396-128, daté du 13 mars 2012
180-P	Documents relatifs à un mandat de perquisition n° 750-26-004397-126, daté du 13 mars 2012
181-P	Rapport d'activités rédigé par Roberto Bergeron, en date du 27 avril 2012, n° 10673
182-P	Note de service « Vérification Facturation » de Roberto Bergeron à Mario Rancourt du 12 janvier 2012
183-P	Document intitulé « Time line » relatif à divers événements entre le 12 septembre 2011 et le 17 janvier 2012
184-P	Avis du dépôt d'une plainte disciplinaire à l'égard de Pierre Laflamme, signé par l'inspecteur-chef Claude Levac, le 14 février 2012
185-P	Lettre de Richard Deschesnes à Pierre Laflamme, « Relevé provisoire pleine solde », datée du 14 février 2012
186-P	Avertissement écrit du 24 février 2012
187-P	Rapport d'activités préparé par François Berger, daté du 23 mai 2012
188-P	Rapport de Marcel Lagacé sur la facturation cellulaire, daté du 27 juin 2012
189-P	Lettre de Pierre Laflamme, datée du 4 octobre 2012 annonçant sa retraite à compter du 11 octobre 2012
190-P	Jugement de la Cour supérieure, daté du 21 janvier 2016 (P. Nollet, j.c.s.)
191-P	Rapport rédigé par Guy Lapointe, daté du 27 septembre 2016
192-P	Compte rendu de réunion de Groupe stratégique de communication, SQ, daté du 27 mars 2012
193-P	Article de Marie-Michèle Sioui « Contravention au maire remise à TVA : un leader syndical derrière la manœuvre, selon Coderre », daté du 3 décembre 2014
194-P	Échange de courriels entre Catherine Maurice et Normand Borduas, en date du 19 janvier 2015
195-P	Courriel de Patrick Lagacé, en date du 6 novembre 2016 (18 h 34)
196-P	Article de Patrick Lagacé « La police politique <i>made in</i> Montréal », en date du 7 novembre 2016
197-P	Ville de Montréal – Organisation municipale 2017, en date du 18 avril 2017

Numéro	Pièce
198-P	Documents relatifs au processus de nomination du directeur du Service de police de la Ville de Montréal (2015)
199-P	Article de Patrick Lagacé «Tu travailles pour moi, toi», en date du 30 novembre 2015
200-P	Notes sténographiques de l'entrevue de M. Coderre à <i>Tout le monde en parle</i> du 6 novembre 2016
201-P	Notes sténographiques de l'entrevue de M. Coderre à Paul Arcand du 7 novembre 2016
202-P	Article de Félix Séguin «Coderre escorté par le SPVM pour voir Corey Hart», en date du 10 juillet 2014
203-P	2 articles de Philippe Teisceira-Lessard, <i>La Presse</i> , «Patrick Lagacé visé par 24 mandats de surveillance policière» et «Patrick Lagacé espionné : l'affaire en sept temps», datés du 31 octobre 2016
204-P	Un article de Pierre-A. Normandin «Coderre “préoccupé” par la surveillance de Patrick Lagacé» et un document de Radio-Canada «Coderre et Coiteux “préoccupés” par l'espionnage de Lagacé», datés du 31 octobre 2016
205-P	Un article de Martin Croteau et Tommy Chouinard «Espionnage de journalistes : Coderre critiqué à l'Assemblée nationale» et un article de Daphné Cameron et Martin Croteau «Pas de traitement de faveur pour Denis Coderre, dit Marc Parent», datés 8 novembre 2016
206-P	Les autorisations judiciaires accordées au Québec entre 2010 et 2017
207-P	Lettre du DPCP à Michel Arsenault – Avis selon les articles 196 et 487.01(05) du <i>Code criminel</i> , datée du 19 janvier 2010
208-P	Consentement de Michel Arsenault du 26 mai 2009 et notes personnelles de Réjean Ouellet concernant la rencontre du 26 mai 2009
209-P	Transcription de l'appel de Marie-Maude Denis à M. Jean Laverdière du 13 décembre 2011
210-P	Rapport d'événement du 20 décembre 2011 – plainte de M ^e Ryan (Michel Arsenault)
211-P	Transcription de l'entrevue de Michel Arsenault avec Paul Arcand du 5 septembre 2013
212-P	Lettre de Michel Arsenault au ministre Stéphane Bergeron, datée du 10 septembre 2013
213-P	Échange de courriels entre M ^e André Ryan et Marcel Lagacé concernant le message de M.-M. Denis, datés du 22 octobre 2013
214-P	Lettre non signée du capitaine Luc Landry à M ^e Claude [sic] Ryan datée du 1 ^{er} mai 2012
215-P	Lettre de M ^e Ryan à M ^e Tremblay – <i>CEIC et Fonds de solidarité FTQ – Utilisation d'écoute électronique</i> , datée du 11 septembre 2013
216-P	Déclaration de Michel Arsenault datée du 22 octobre 2013 avec transcription maison
217-P	<i>Subpoena</i> au capitaine Sylvain Audette par la CEIC, en date du 8 décembre 2011
218-P	Échange de courriels sur les allégations de fuites, en date du 11 septembre 2013
219-P	Courriel de Mario Laprise à Marcel Savard et M. Forget, daté du 10 septembre 2013
220-P	Courriel de Guylaine Belcourt à Stéphane Bergeron et un communiqué de presse de la SQ, en date du 10 septembre 2013
221-P	Topo – divulgation «Projet Diligence» de Michel Patenaude, daté du 10 septembre 2013
222-P	Article de F. de Pierrebouurg «Opération Diligence – La SQ déterminée à faire la lumière sur les fuites médiatiques», paru dans <i>La Presse+</i> le 14 septembre 2013
223-P	Article de V. Larouche et P. Teisceira-Lessard «Six journalistes épiés par la SQ», paru dans <i>La Presse</i> le 2 novembre 2016
224-P	Lettre de M ^e Bruno Jolicoeur, datée du 19 septembre 2013, accusant réception de la lettre de M ^e Marc Tremblay (Québecor Média) du 17 septembre 2013
225-P	Deux déclarations d'Éric Martin des 18 et 20 novembre 2013
226-P	Déclaration du capitaine Luc Landry du 4 décembre 2013
227-P	Courriel de M ^e André Ryan à Marcel Lagacé du 5 décembre 2013, accusant réception de la lettre du capitaine Landry du 1 ^{er} mai 2012
228-P	Courriel à Marcel Lagacé du 16 septembre 2013, incluant une liste des résumés des médias électroniques entre le 2 et le 12 septembre 2013
229-P	Inventaire des appareils cellulaires de la SQ

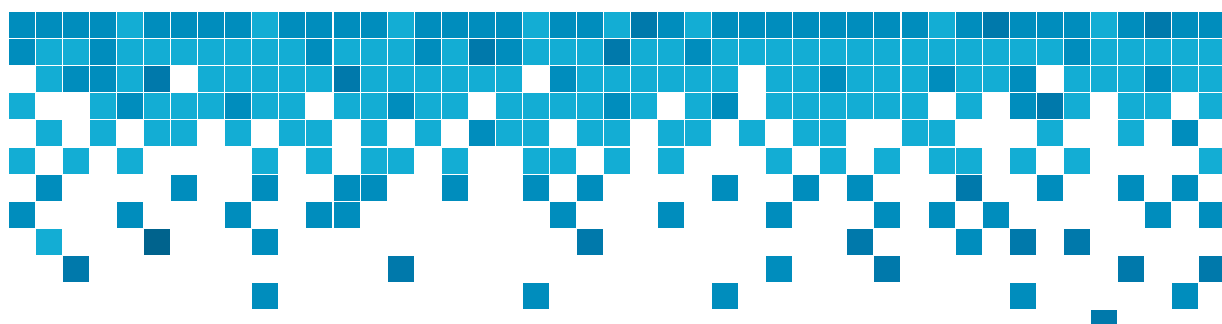
Numéro	Pièce
230-P	Courriels entre Guy Lapointe et Marcel Lagacé sur la liste des contacts médias, datés des 20 et 23 septembre 2013
231-P	Tableau des numéros des journalistes
232-P	Article de Denis Lessard paru dans <i>La Presse</i> du 5 mars 2009
233-P	Courriels entre Marcel Lagacé et Guy Lapointe des 14 novembre et 2 décembre 2013
234-P	Rapport de Luc Landry sur la rencontre de J.-P. Lévesque des 18 août 2009 et 28 août 2009. Déclaration de Jean-Pierre Lévesque du 20 octobre 2009. Notes personnelles de Steve Cadieux du 16 septembre 2009 et notes personnelles de François Bourque du 16 juin 2009
235-P	Déclaration d'André Boulanger du 14 novembre 2013
236-P	Échange de courriels entre Jean-Guy Lévesque et Marcel Lagacé, datés du 25 novembre 2013
237-P	Deux déclarations de Luc Landry, en date du 25 février 2014 et du 5 mars 2014
238-P	Déclarations de Patrick Bélanger, en date du 4 février 2014 et du 4 mars 2014
239-P	Échange de courriels entre M ^e Ryan et Marcel Lagacé des 27 et 28 janvier 2014 concernant RDI – Anne-Marie Dussault
240-P	Déclaration de Denis Morin et notes personnelles de Patrick Duclos, datées du 3 mars 2014
241-P	Lettre de Marcel Lagacé à Yves Morency sur le recensement des dossiers d'enquêtes criminelles concernant ou impliquant un ou des journalistes, en date du 4 novembre 2016
242-P	Déclaration de Michel Hamelin du 20 novembre 2013
243-P	Déclaration assermentée du capitaine Marcel Lagacé eu égard à l'entierement des données, datée du 24 novembre 2016
244-P	Déclaration assermentée de Michel Cournoyer eu égard à l'entierement des données, datée du 24 novembre 2016
245-P	<i>Affidavit</i> (Annexe B) de Patrick Duclos à l'appui d'une dénonciation en vue d'obtenir une ordonnance de communication concernant Isabelle Richer, mandat n° 500-26-084640-147
246-P	Dénonciation en vue d'obtenir une ordonnance de communication, mandat n° 500-26-084647-142, et <i>affidavits</i> (Annexes A et B) de Patrick Duclos concernant Denis Lessard
247-P	Dénonciation en vue d'obtenir une ordonnance de communication, mandat n° 500-26-084649-148, et <i>affidavits</i> (Annexes A et B) de Patrick Duclos concernant André Cédilot
248-P	<i>Affidavit</i> (Annexe B) de Patrick Duclos à l'appui d'une dénonciation en vue d'obtenir une ordonnance de communication concernant Alain Gravel, mandat n° 500-26-084847-148
249-P	<i>Affidavit</i> (Annexe B) de Patrick Duclos à l'appui d'une dénonciation en vue d'obtenir une ordonnance de communication concernant Marie-Maude Denis, mandat n° 500-26-084650-146
250-P	Un article de Félix Séguin « La Sûreté du Québec met sous surveillance les leaders Massé, Dupuis et Arsenault » du 3 septembre 2013 et un article de Félix Séguin et Andrew McIntosh « Arsenault était le suspect numéro un », daté du 4 septembre 2013
251-P	Échange de courriels des 14 et 15 décembre 2011 et revue de presse écrite
252-P	Grille : Critères d'évaluation – Plainte/information du Service des enquêtes sur la corruption
253-P	Le conseiller juridique – Service des affaires juridiques, Numéro spécial 70, octobre 2010
254-P	Procédure – Communications – Relations avec les médias – Pr. 539-4, en vigueur le 29 septembre 2011
255-P	Documents relatifs à une Production Order / Ordonnance de communication, n° 500-26-074821-137, datés du 14 janvier 2013
256-P	Topo: 10, le 2012-07-26, « Divulgarion de renseignements (fuites aux médias) », Sûreté du Québec
257-P	Registre téléphonique cellulaire, août 2011 à janvier 2012 (SPVM)
258-P	Article paru sur ICI.Radio-Canada.ca/nouvelle intitulé « Affaire Ian Davidson : la SQ enquêtera sur la divulgation d'informations aux médias », du 8 février 2012
259-P	Lettre de M ^e Pierre Lapointe à M ^{me} Sylvie Tousignant, datée du 2 février 2012
260-P	Lettre du ministre Robert Dutil à M. Richard Deschesnes, datée du 8 février 2012

Numéro	Pièce
261-P	Communiqué de presse « Le ministre de la Sécurité publique mandate la Sûreté du Québec pour enquêter sur les allégations de divulgations d'informations confidentielles », daté du 8 février 2012
262-P	Article de Patrick Lagacé, Vincent Larouche et Fabrice de Pierrebouurg, «Taupe au SPVM, une liste qui fait frémir», du 18 janvier 2012
263-P	Lettre anonyme adressée à M. Deramont [sic]
264-P	Rapport d'analyse de Pierre Frenette
265-P	Rapport d'analyse de médias de Pierre Frenette
266-P	Notes d'une rencontre avec l'assistant-directeur et Costa Labos du 25 janvier 2012
267-P	Dénonciation en vue d'obtenir une ordonnance de communication, datée du 4 octobre 2012, et refusée le même jour
268-P	Mandat de perquisition n° 500-26-073128-120, daté du 4 octobre 2012, et documents afférents
269-P	Ordonnance de communication n° 500-26-073127-122, datée du 4 octobre 2012 et documents afférents
270-P	Mandat de perquisition n° 500-26-073129-128, daté du 4 octobre 2012, et documents afférents
271-P	Mandat général n° 500-26-073131-124, daté du 4 octobre 2012, et documents afférents
272-P	Mandat général n° 500-26-073130-126, daté du 4 octobre 2012, et documents afférents
273-P	Mandat général n° 500-26-073132-122, daté du 4 octobre 2012, et documents afférents
274-P	Ordonnance de communication n° 500-26-075707-137, datée du 27 février 2013, et documents afférents
275-P	Mandat de perquisition n° 500-26-078184-136, daté du 11 juillet 2013, et documents afférents
276-P	Mandat de perquisition n° 500-26-078185-133, daté du 11 juillet 2013
277-P	Notes personnelles de Pierre Frenette concernant une rencontre avec Didier Deramond du 28 août 2012, pages 64 à 67
278-P	Notes personnelles de Pierre Frenette provenant de deux calepins et concernant une rencontre et des conversations avec Ian Lafrenière entre août et novembre 2012
279-P	Organigramme du ministère de la Sécurité publique au 31 mars 2012
280-P	Lettre d'Alain Saulnier (SRC) au ministre Robert Dutil, datée du 9 février 2012
281-P	Lettre du ministre Robert Dutil à Michel Cormier (SRC), datée du 10 avril 2012
282-P	Article de Patrick Lagacé, « Faire notre travail ». daté du 4 novembre 2016
283-P	Article paru dans Montreal Gazette, « Montreal police monitored iPhone of La Presse journalist Patrick Lagacé », daté du 1 ^{er} novembre 2016
284-P	Reportage « Espionnage à La Presse: Patrick Lagacé "Scandalisé" », daté du 31 octobre 2016
285-P	Entrevue de Patrice Roy avec Patrick Lagacé au Téléjournal de Radio-Canada du 31 octobre 2016
286-P	Article CBC News, « La Presse columnist says he was put under police surveillance as part of 'attempt to intimidate' », daté du 31 octobre 2016
287-P	Articles (2) de Patrick Lagacé « Journal d'un espionné 1 » du 20 décembre 2016 et « Journal d'un espionné 2 » du 6 janvier 2017
288-P	Articles d'Émilie Bilodeau, «Taupe au SPVM: la SQ enquêtera sur les fuites», et de Canoë.ca, «Affaire Davidson – Le SPVM collaborera à l'enquête de la SQ », datés du 8 février 2012
289-P	Article de Patrick Lagacé, « Quand la police traque les sources journalistiques », daté du 8 octobre 2016
290-P	Article de Patrick Lagacé, « L'enquêteur Borduas, 0 en 4 » daté du 19 mai 2017
291-P	Lettres de Raymond Chabot à M ^e Ryan des 3 juillet et 15 septembre 2009 et lettre de M ^e Ryan à SRC du 15 septembre 2009
292-P	Articles de journaux de septembre 2013
293-P	Point de presse de Jean-François Lisée et Stéphane Bergeron du 2 novembre 2016

Numéro	Pièce
294-P	Rapport d'expertise de Kent Roach, <i>Police Government Relations and Police Independence</i> , daté du 1 ^{er} juin 2017
295-P	Rapport d'expertise de Pierre Trudel, <i>Les fondements de la protection des sources journalistiques dans l'univers médiatique du 21^e siècle</i> - mai 2017
296-P	Topo « Entrave à la justice impliquant un policier », rédigé par Bertrand Bérubé le 21 juin 2011
297-P	Article de Nicolas Saillant « La SQ songe à clore l'enquête », <i>Le Journal de Québec</i> , le 18 juillet 2011
298-P	Rapport d'événement n° 223-111012-001, rédigé par Bertand Bérubé
299-P	Ordonnance pour registre de téléphone, n° 200-38-014376-111, datée du 31 octobre 2011 et documents afférents
300-P	Courriel de Rebecca O'Grady (Telus) à Bertrand Bérubé, « Warrant Results - 40449 », daté du 3 novembre 2011
301-P	Rapport d'événement n° 223-111012-001, rédigé par Bertrand Bérubé, en date du 23 avril 2013
302-P	Ordonnance interdisant l'accès aux informations relatives à un mandat, une ordonnance ou une autorisation et leur communication, n° 200-38-014376-111, du 31 octobre 2011
303-P	Lettre d'Yves Morency à Martin Prud'homme, « Recensement des dossiers de vérification impliquant un ou des journalistes », datée du 20 décembre 2016
304-P	Courriel de Patrick Duclos à M ^e Michel Déom, daté du 15 juin 2017, en réponse à l'engagement pris le 9 juin 2017 concernant deux retours de mandats
305-P	Articles de Denis Lessard des 4, 6 et 31 mars 2009 (<i>La Presse</i>) et différents articles de journaux des 15 et 16 mars
306-P	Courriels entre Katia Petit et Guylaine Boucher et lettre entre MSP, SQ et UPAC

ANNEXE X

**Liste des participants
aux consultations publiques**

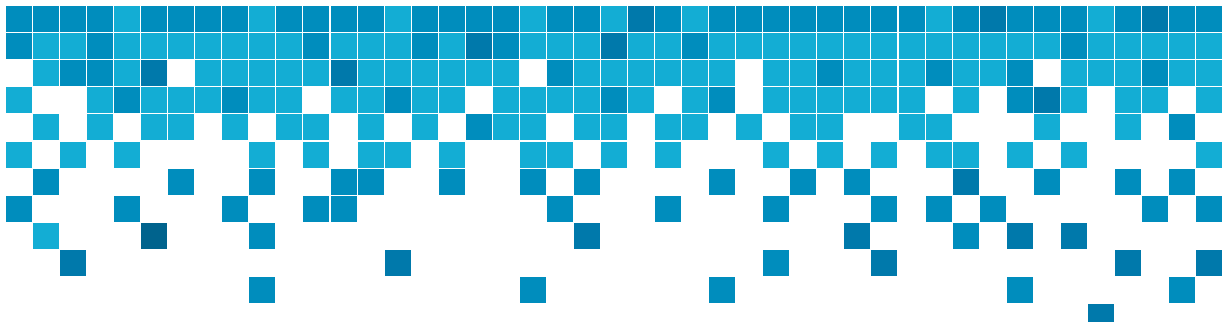


LISTE DES PARTICIPANTS AUX CONSULTATIONS PUBLIQUES

- Commission d'accès à l'information du Québec
- Barreau du Québec
- Canadian Council of Criminal Defence Lawyers
- M. Sylvio Le Blanc

**Comparaison entre les
procédures et directives internes
d'organisations policières
canadiennes pour l'obtention
de mandats judiciaires visant
directement ou indirectement
des journalistes dans le cours
d'enquêtes**

ANNEXE XI



Comparaison entre les procédures et directives internes d'organisations policières canadiennes pour l'obtention de mandats judiciaires visant directement ou indirectement des journalistes dans le cours d'enquêtes

En décembre 2016, la Commission de la sécurité publique (CSP) de la Ville de Montréal déposait un rapport intitulé « Les procédures et critères suivis par le SPVM pour l'obtention de mandats judiciaires visant des journalistes dans le cours d'enquêtes ». Dans ce rapport, il est mentionné que :

Au terme de ses travaux, la Commission se voit rassurée et satisfaite par la qualité et la rigueur des processus existants au SPVM dans le cadre d'enquêtes visant des journalistes. En ce sens, elle n'a pas de recommandation spécifique à faire à l'égard des processus et critères suivis par le SPVM pour l'obtention de mandats judiciaires visant des journalistes dans le cours d'enquêtes.¹

En réaction aux conclusions énoncées dans ce rapport, l'opposition officielle à l'Hôtel de Ville de Montréal s'est dissociée de certaines observations exposées dans le rapport, mentionnant notamment que :

Si la Commission a pu prendre connaissance d'un résumé des critères et des procédures qui ont été mis en place pour l'obtention de différents types de mandats et d'ordonnances par le SPVM, rien ne nous permet de conclure que ces critères et procédures sont réellement respectés ni de comparer ces critères et procédures avec ceux en vigueur dans d'autres juridictions afin d'en évaluer leur pertinence.²

Dans le cadre de son mandat, la Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques a demandé à neuf organisations policières canadiennes de lui faire part des critères et procédures existantes pour l'obtention de mandats judiciaires visant des journalistes. Les informations analysées proviennent des organisations suivantes :

- le Département de police de la Ville de Vancouver;
- le Service de police de la Ville d'Edmonton;
- le Service de police de la Ville de Toronto;
- le Service de police de la Ville d'Ottawa;
- le Service de police de la Ville de Gatineau

¹. Commission de la sécurité publique, *Rapport sur les procédures et les critères suivis par le SPVM pour l'obtention de mandats judiciaires visant des journalistes dans le cours d'enquêtes*, Montréal, Ville de Montréal, 2016, p. 11

² *Id.*, p. 69.

- le Service de police de Laval
- le Service de police de la Ville d'Halifax;
- le Service de police de la Ville de Québec;
- le Service de police de la Ville de Longueuil.

Pour chacune des organisations policières, les documents suivants sont présentés soit : la lettre envoyée au directeur de police ainsi que la réponse du service de police sur l'existence (ou non) de procédures et critères particuliers concernant l'obtention de mandats judiciaires visant directement ou indirectement des journalistes. Les informations relatives au Service de police de la Ville de Gatineau et au Service de police de Laval ont pour leur part été obtenues par le biais d'une demande de communication générale effectuée par les procureurs dans le cadre de l'enquête. Cette demande comportant d'autres détails relatifs à l'enquête, et exigeant confidentialité, elle n'est pas incluse au présent document.

Les démarches effectuées ont permis d'établir que six des neuf corps policiers canadiens contactés ne disposent d'aucune procédure interne relative à l'obtention de mandats judiciaires visant directement ou indirectement des journalistes. Il s'agit du :

- Département de police de la Ville de Vancouver;
- Service de police de la Ville d'Edmonton;
- Service de police de la Ville de Toronto;
- Service de police de la Ville d'Ottawa;
- Service de police de Laval;
- Service de police de la Ville de Longueuil.

Tous s'en remettent à l'application du Code criminel et à la jurisprudence connue³.

Trois des corps policiers contactés s'appuient toutefois sur une procédure interne. Le Service de police de la Ville de Gatineau bénéficie d'une procédure s'appliquant à toutes les dénonciations visant l'obtention d'autorisations judiciaires. Cette procédure est en vigueur depuis le 23 juillet 2013. Le Service de police de la Ville d'Halifax peut quant à lui compter sur une procédure encadrant ses relations avec les médias, notamment en ce qui a trait à la saisie de matériel. Cette procédure est en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2008. Finalement, le Service de police de la Ville de Québec peut compter sur deux procédures internes en lien avec ce sujet. La première a trait à la surveillance électronique et découle de la directive transmise par le ministère de la Sécurité publique le 8 novembre 2016. La seconde, révisée le 15 décembre 2016, décrit la marche à suivre lorsqu'un privilège au cas par cas peut être invoqué par un tiers innocent.

³ *R. c. National Post*, 2010 CSC 16; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41; *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459; *R. c. Vice Media Canada Inc.*, 2017 ONCA 231.

SERVICE DE POLICE DE LA VILLE DE VANCOUVER

Montreal, March 31, 2017

M. Adam Palmer
Chief of police
Police of Vancouver
2120 Cambie Street
Vancouver (BC)
V5Z 4N6

SUBJECT: Request for the directives concerning the request for issuance of legal authorizations aiming journalists through an investigation.

Created in November 11, 2016 by the government of Quebec, the public inquiry into the protection of journalists' sources aims to shed light on the surveillance and investigation involving journalists.

The mandate of the public inquiry reads as follows:

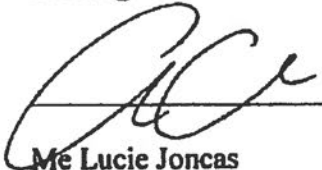
- 1) Investigate, report and make recommendations on police investigative practices that may undermine the privilege protecting the identity of journalistic sources, including allegations of political interference with police forces that may compromise this privilege and which may have led to the initiation of police investigations;
- 2) Investigate, report and make recommendations on practices relating to obtaining and enforcing judicial authorizations that may undermine privilege protecting the identity of journalistic sources;
- 3) Make recommendations to the government on best practices and concrete measures to ensure respect for the privilege protecting the identity of journalistic sources. These recommendations may also address the practices of the Director of Criminal and Penal Prosecutions, the guidelines surrounding judicial authorizations and the appropriateness of amending the relevant legislative and administrative frameworks.

In line with the second part of the commission's mandate, the research team is currently compiling the criteria and procedures for obtaining judicial authorizations that could directly or indirectly target journalists. In order to fully document the existing processes, we would need to obtain the directives within your organization on this matter.

The documentation can be sent by email at lucie.joncas@cepcsj.gouv.qc.ca or by mail at the address below:

CEPCSJ
500, boulevard René-Lévesque Ouest
Bureau 9.100
C.P. 38
Montréal (Québec)
H2Z 1W7

Thanking in advance for your collaboration in this matter,
Best regards,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Lucie Joncas', written over a horizontal line.

Me Lucie Joncas
Chief Attorney
Public Inquiry Into the Protection of Journalists' Sources

Côté, Anne-Marie

De: PORTEOUS, Mike <mike.porteous@vpd.ca>
Envoyé: 28 avril 2017 13:23
À: Côté, Anne-Marie; 'lucie.jancas@cepcsj.gouv.qc.ca'
Cc: MANOJLOVIC, Drazen; 'Toy, Bronson'; RANKIN, Laurence
Objet: FW: Request for documents for the Public Inquiry Into Protection of Journalists' Sources
Pièces jointes: Police of Vancouver.pdf; Letter to CACP Re. Police Investigating Journalists - Law - Factors (00606486xD3527) (3).docx

Good day Anne-Marie,

The Vancouver Police Department has no written policy in relation to this matter. Further, we have not in recent memory been involved in endeavouring to obtain journalist's source information as an agency. I have however attached a letter prepared for our counsel to the Canadian Association of Chiefs of Police Law Amendments Committee on a related matter. I am not sure if you have already obtained this letter or not. I have also copied a brief note from one of the Vancouver Police counsel below. Please feel free to contact me directly should you have any further inquiries.

Regards,

Superintendent Mike Porteous
Vancouver Police Department
Investigation Division
Tel: 604.717.2614

From: Toy, Bronson [<mailto:Bronson.Toy@vancouver.ca>]
Sent: Tuesday, April 25, 2017 4:37 PM
To: PORTEOUS, Mike
Cc: RANKIN, Laurence
Subject: RE: Request for documents for the Public Inquiry Into Protection of Journalists' Sources

Mike,

At the request of DCC Lemcke on behalf the CACP Law Amendments Committee earlier this year, I prepared a document entitled Police Investigating Journalists, which was supposed to be circulated to the CACP Chiefs group, and attach a copy, FYI.

There has been a recent decision from the Ontario Court of Appeal which you sent me 1 month ago, *R v. Vice Media Canada Inc.* 2017 ONCA 271, which dealt with a Production Order directed to a media outlet – not with the issue of journalist-source privilege, specifically - but did acknowledge the various "important considerations" which the law recognizes applies to media premises and warrants to search such places, including journalists.

Whether a privilege exists in respect of any given situation would be subject to the application of the 4 Wigmore criteria applying, as discussed in the *R v. National Post* decision of the SCC in 2010.

Bronson Toy

City of Vancouver
Legal Services Department
453 West 12th Avenue

POLICE INVESTIGATING JOURNALISTS

FACTORS TO BE CONSIDERED WHEN SEEKING JUDICIAL AUTHORIZATIONS

Background

The criminal investigation of journalists, or investigations involving a journalist, give rise to the need for special considerations when seeking judicial authorizations such as search warrants, tracking warrants, or authorizations to intercept private communications of a journalist, due to the common law surrounding the unique position of the press in embodying the Charter-guaranteed freedom of expression, and the possibility of affording special protections and “privileges” to members of the press, particularly in relation to their confidential sources.

The topic of journalist-source privilege is the subject of recent attention by Parliament in both the House of Commons and the Senate, and presently there are two Bills being considered before each of those bodies (C-334 and S-231) which propose amendments to both the *Criminal Code* and the *Canada Evidence Act* to provide for special procedures in relation to the granting of search warrants or authorizations to intercept private communications involving journalists regardless of whether journalist-source privilege factors exist, and in relation to the admission into evidence of any such seized material.

The Supreme Court of Canada has addressed certain issues surrounding the searches of media entities and journalist-source privilege in the cases of *R v. National Post*, 2010 SCC 16, *Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*, 2012 SCC 41, *Canadian Broadcasting Corporation v. Lessard*, 1991 CanLII 49 (SCC), and *Canadian Broadcasting Corporation v. New Brunswick (Attorney General)*, 1991 CanLII 50 (SCC) - see the attached page for a summary of the nine factors to be considered by a Justice of the Peace when determining whether to grant a search warrant in relation to media premises. Police officers who are seeking to obtain search warrants and other similar judicial authorizations in relation to a journalist or media premises should be familiar with these decisions.

Where the target of the search is a journalist for the purpose of seeking to learn the identity of the journalist's source, police officers should also be aware of the decision in *O'Neill v. Canada (Attorney General)* 2006 CanLII 35004 (ON SC), in which case the court held that it was improper for the police to seek a warrant solely for the purpose of finding out the identity of a journalist's source. The majority decision of the Supreme Court of Canada commented upon this decision that journalist-source privilege may, in a proper case, be asserted against the issuance of a search warrant, where the criminal investigation

appears to be contrived to silence improperly the secret source, and in such cases the court may decline to order production.

In light of the existing common law that surrounds the issue of police obtaining evidence from or in relation to journalists requiring special considerations, the Law Amendments Committee of the CACP suggest that when police are conducting an investigation which involves a journalist and/or his/her source(s), investigating police officers be aware and mindful of the following legal considerations and factors.

Non-Exhaustive List of Some Factors

1. The availability to the police of alternative sources for obtaining the evidence or information other than from a journalist - Are there other sources for the evidence or information available and known to the police - Have the police made reasonable efforts to find and utilize alternative sources - mere administrative inconvenience will not be enough;
2. The seriousness of the offence being investigated, when weighed against the privacy interest of a journalist, the seriousness of invasion of the press, and the seriousness of breaching the confidentiality of the identity of a source;
3. The harm to operations of the press, the journalist, and his/her sources now and in the future;
4. Whether the purpose and ultimate reason for obtaining the authorization/warrant is not so as to reveal any confidential source, and is not expected to inadvertently result in revealing any journalist's source identity, then the possibility of having to take into consideration all of the journalist-source privilege issues does not arise and should not need to be considered;
5. The risk of destruction of the evidence or information - where there is no reason to believe the press or journalist will destroy the material or refuse to surrender it, it might be reasonable for any warrant to simply require that the information or evidence be surrendered rather than allowing police to search the premises and seize the materials;
6. What conditions may be imposed in a warrant or authorization so as to minimally interfere with the legitimate functioning of

the press, such as timing of the execution and specificity of the items to be seized;

7. Should the target be given advance notice of the execution of a warrant, so as to be able to challenge the same in court prior to execution (as was done in the *National Post* case). Investigators should disclose to the Justice any known desire of the media or their counsel to make submissions on the application for the search warrant. The Justice has the discretion to hear *inter-partes* submissions.

The factors to be considered when a search warrant is to be issued for media premises were summarized by Cory J. in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*. They are as follows:

- 1) It is essential that all the requirements set out in s. 487(1)(b) of the *Criminal Code* for the issuance of a search warrant be met.
- 2) Once the statutory conditions have been met, the justice of the peace should consider all of the circumstances in determining whether to exercise his or her discretion to issue a warrant.
- 3) The justice of the peace should ensure that a balance is struck between the competing interests of the state in the investigation and prosecution of crimes and the right to privacy of the media in the course of their news gathering and news dissemination. It must be borne in mind that the media play a vital role in the functioning of a democratic society. Generally speaking, the news media will not be implicated in the crime under investigation. They are truly an innocent third party. This is a particularly important factor to be considered in attempting to strike an appropriate balance, including the consideration of imposing conditions on that warrant.
- 4) The affidavit in support of the application must contain sufficient detail to enable the justice of the peace to properly exercise his or her discretion as to the issuance of a search warrant.
- 5) Although it is not a constitutional requirement, the affidavit material should ordinarily disclose whether there are alternative sources from which the information may reasonably be obtained and, if there is an alternative source, that it has been investigated and all reasonable efforts to obtain the information have been exhausted.
- 6) If the information sought has been disseminated by the media in whole or in part, this will be a factor which will favour the issuing of the search warrant.
- 7) If a justice of the peace determines that a warrant should be issued for the search of media premises, consideration should then be given to the imposition of some conditions on its implementation, so that the media organization will not be unduly impeded in the publishing or dissemination of the news.
- 8) If, subsequent to the issuing of a search warrant, it comes to light the authorities failed to disclose pertinent information that could well have affected the decision to issue the warrant, this may result in a finding that the warrant was invalid.
- 9) Similarly, if the search itself is unreasonably conducted, this may render the search invalid.

POLICE INVESTIGATIONS INVOLVING JOURNALISTS - LAW

Some Background Law

Presently, the law in Canada does not recognize any class based privilege regarding journalists and their sources (*R v. National Post* 2010 SCC 16, *Globe and Mail v. Canada* (AG) 2010 SCC 41). Any privilege concerning the identity of a journalist's source or the contents of their communications with their source(s), unlike communications between lawyers and their clients, must be asserted on a case-by-case basis having regard to the four Wigmore factors.

A journalist who is a suspect or target of an investigation, as contrasted with a media outlet which is simply the gatherer of news albeit through its journalists and employees, based upon a genuine belief that the journalist is engaged in unlawful activity, is not deserving of any special treatment under the law. Section 2(b) of the *Charter* does not create an entitlement to special privileges for the press/journalists.

Wiretaps

Sub-section 185(1)(e) of the *Criminal Code* requires the application for an authorization to indicate the occupation of the person(s) who are the targets of intercepted private communications. Therefore, the fact that a journalist's communications are to be the subject of interception would be made known to the authorizing Judge, and any terms and conditions deemed appropriate by the Judge specific to that investigation in order to protect any journalist-source privileged communication could be provided for if considered necessary by the Judge, under sub-section 186(4)(d).

Sub-section 189(6) of the *Criminal Code* states:

Privileged evidence

(6) Any information obtained by an interception that, but for the interception, would have been privileged remains privileged and inadmissible as evidence without the consent of the person enjoying the privilege.

Case law has held that the interception of such privileged communications does not render the authorization invalid.

Search Warrants and Journalist-Source Privilege

In *National Post*, Binnie J. for the majority of the Court wrote as follows:

[31] Our Court has previously recognized the special position of the news media in two search warrant cases that did not involve secret sources, namely *Canadian Broadcasting Corporation v. Lessard*, 1991 CanLII 49 (SCC), [1991] 3 S.C.R. 421, and *Canadian Broadcasting Corporation v. New Brunswick (Attorney General)*, 1991 CanLII 50 (SCC), [1991] 3 S.C.R. 459. In these cases, Cory J., for the majority, emphasized that a justice of the peace or judge must “consider all of the circumstances in determining whether to exercise his or her discretion to issue a warrant” (*Lessard*, at p. 445 (emphasis added)). The majority of the Court laid down nine principles applicable to media cases.

[32] The appellants and their media supporters argue that these principles are too general. The media interest, they say, is not just one of many factors to be taken into account in “all of the circumstances”. The *Charter*, they contend, entitles them to greater protection than *Lessard* and *New Brunswick* provide. Thus, armed with ss. 2(b) and 8 of the *Charter*, the appellants seek a re-examination of the existing law. The Court of Appeal in this case, they say, focussed too narrowly on the needs of law enforcement while downplaying, if not effectively ignoring, the broader public interest in the media being able to play its important role as public watchdog. This skewed perspective led the court, the appellants argue, to relieve the Crown of the usual and appropriate onus of establishing that compelled disclosure in this case was a demonstrable limit on the constitutionally guaranteed freedom of expression in a free and democratic society.

[33] In *Lessard* and *New Brunswick*, the Court accepted that freedom to publish the news necessarily involves a freedom to gather the news. We should likewise recognize in this case the further step that an important element in the news gathering function (especially in the area of investigative journalism) is the ability of the media to make use of confidential sources. The appellants and their expert witnesses make a convincing case that unless the media can offer anonymity in situations where sources would otherwise dry-up, freedom of expression in debate on matters of public interest would be badly compromised. Important stories will be left untold, and the transparency and accountability of our public institutions will be lessened to the public detriment.

[34] Viewed in this light, the law should and does accept that in some situations the public interest in protecting the secret source from disclosure outweighs other competing public interests — including criminal investigations. In those circumstances the courts will recognize an immunity against disclosure of sources to whom confidentiality has been promised.

[41] The law needs to provide solid protection against the compelled disclosure of secret source identities in appropriate situations but the history of journalism in this country shows that the purpose of s. 2(b) can be fulfilled without the necessity of implying a constitutional immunity. Accordingly, a judicial order to compel disclosure of a secret source would not in general violate s. 2(b). There is thus no need on this branch of the case to consider a s. 1 justification.

[52] When applied to journalistic secret sources, the case-by-case privilege, if established on the facts, will not necessarily be restricted to testimony, i.e. available only at the time that testimony is sought from a journalist in court or before an administrative tribunal. The protection offered may go beyond a mere rule of evidence. Its scope is shaped by the public interest that calls the privilege into existence in the first place. **It is capable, in a proper case, of being asserted against the issuance or execution of a search warrant, as in *O'Neill v. Canada (Attorney General)* (2006), 2006 CanLII 35004 (ON SC), 213 C.C.C. (3d) 389 (Ont. S.C.J.).** The scope of the case-by-case privilege will depend, as does its very existence, on a case-by-case analysis, and may be total or partial (*Ryan*, at para. 18).

[56] There is little disagreement about the first two Wigmore criteria. The media accepts that privilege can only be claimed where the communication is made *explicitly* in exchange for a promise of confidentiality. Wigmore was concerned with the confidentiality of the *contents* of the communication itself (which is not the issue here because it was the mutual intention of the journalist and the source to make the content of the communication public). However, I think the rationale underlying the Wigmore criteria may be applied equally to a new role, namely the maintenance of the confidentiality of the *identity* of the source. Secondly, the necessity for confidentiality is the *raison d'être* for the existence of the privilege. If the source does not insist on confidentiality as a condition precedent to the disclosure then no promise of confidentiality will be made and no privilege arises. Journalists prefer in any event to have a source on the record to enable their readers or listeners to evaluate its likely credibility.

[57] The third criterion (that the source-journalist relationship is one that should be "sedulously fostered" in the public good) introduces some flexibility in the court's evaluation of different sources and different types of "journalists". The relationship between the source and a blogger might be weighed differently than in the case of a professional journalist like Mr. McIntosh, who is subject to much greater institutional accountability within his or her own news organization.

[58] The fourth Wigmore criterion does most of the work. Having established the value to the public of the relationship in question, the court must weigh against its protection any countervailing public interest such as the investigation of a particular crime (or national security, or public safety or some other public good).

[59] Underlying this analysis is the need to achieve proportionality in striking a balance among the competing interests.

Until the media have met all *four* Wigmore criteria no journalistic source privilege arises. The evidence is presumptively compellable and admissible. It is the media that advances the proposition that the public interest in protecting its secret source outweighs the public interest in the criminal investigation. The burden of persuasion therefore lies on the media. That said, I expect that onus will rarely play a pivotal role at the fourth step, where "[t]he exercise is essentially one of common sense and good judgment" (*Ryan*, at para. 32).

[61] The weighing up will include (but of course is not restricted to) the nature and seriousness of the offence under investigation, and the probative value of the evidence sought to be obtained, measured against the public interest in respecting the journalist's promise of confidentiality. The Crown argues that the existence of any crime is sufficient to vitiate a privilege but that is too broad a generalization. The *Pentagon Papers* case originated in circumstances amounting to an offence, yet few would now argue that the publication of the true facts in that situation was not in the greater public interest.

[62] The underlying purpose of the investigation, as inferred from the objective circumstances, is also relevant at the fourth stage. When investigative reporting strikes at those in power it would not be unexpected that those in power including the police may wish to strike back. There may be circumstances where the criminal investigation appears to be contrived to silence improperly the secret source, and in such cases the court may decline to order production. Thus, in *O'Neill*, an investigation was launched under the *Security of Information Act* to identify the secret source of a leak to a reporter for the *Ottawa Citizen*. The reviewing judge, Ratushny J. found that the RCMP sought the warrant with the intent to intimidate the reporter into giving up her sources. The result, the police might have expected, might well have been to disincline the journalist to publish further material on a story that was embarrassing to both the police and to the government (para. 154). In such a case, the demand to deliver up even physical evidence that would disclose the identity of the secret source might well be refused. That is not this case.

[63] In a test of balancing the public interest in disclosure versus the public interest in confidentiality neither the journalist nor the secret source "owns" the privilege. Thus, where a secret source decides for whatever reason to cast aside the cloak of anonymity the public interest no longer "sedulously fosters" the continuation of the confidential relationship in preference to openness and the search for the truth. In such a case, the journalist would have no basis to seek to restrain the self-outing of the secret source. On the other hand, where a journalist decides that the confidentiality arrangement no longer binds (as for example, in this case, if Mr. McIntosh had concluded that the forged bank records had been provided by the source to mislead the *National Post* deliberately, and had thereby, in his view, forfeited its protection), the balance would again tilt in favour of disclosure. The role and function of the privilege is to facilitate the freedom of expression of the media and their readers and listeners. Where the journalist concludes that the relationship in a particular case should no longer be "sedulously" fostered, the substratum of the claimed privilege is eliminated. The public interest would no longer be served in the particular case by suppression of the identity,

[64] In summary, at the fourth stage, the court will weigh up the evidence on both sides (supplemented by judicial notice, common sense, good judgment and appropriate regard for the "special position of the media"). The public interest in free expression will *always* weigh heavily in the balance. While confidential sources are not constitutionally protected, their role is closely aligned with the role of the "freedom of the press and other media of communication", and will be valued accordingly but, to repeat,

at the end of the analysis the risk of non-persuasion rests at all four steps on the claimant of the privilege.

[65] At this point it is important to remind ourselves that there is a significant difference between testimonial immunity against compelled disclosure of secret sources and the suppression by the media of relevant physical evidence. If a client walks into a lawyer's office and leaves a murder weapon covered with fingerprints and DNA evidence on the lawyer's desk the law would not allow the lawyer to withhold production of the gun on the basis of solicitor-client confidentiality, notwithstanding the thoroughgoing protection that the law affords that relationship. In *R. v. Murray* (2000), 2000 CanLII 22378 (ON SC), 144 C.C.C. (3d) 289 (Ont. S.C.J.), the court affirmed this principle in the case of a lawyer charged with suppressing sexual abuse tapes. Journalists, too, have no blanket right to suppress physical evidence of a crime, even where its production may disclose the identity of a confidential source. The immunity, where it exists, is situation specific.

[66]....The "alternate sources" principle has been part of Canadian law since *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487 (B.C.S.C.), as it has been in the U.K.

Notwithstanding a Finding That the Appellants Have Not Established Secret Source Privilege on the Facts of This Case, Were the Court Orders Nevertheless "Unreasonable" Within the Meaning of Section 8 of the Charter?

[78] Even where no privilege is found to exist, warrants and assistance orders against the media must take into account their "special position" and be reasonable in the "totality of circumstances" as required by s. 8 of the *Charter* ("Everyone has the right to be secure against unreasonable search and seizure"). It is not sufficient for the Crown to establish that the formal statutory requirements of ss. 487.01 and 487.02 were met. Physical searches of media premises may be highly disruptive. Searches may cause temporary or even permanent suspension of print publication or broadcasting. Search warrant cases like this one constitute a head-to-head clash between the government and the media, and the media's ss. 2(b) and 8 interests are clearly implicated. As McLachlin J. observed in her dissenting reasons in *Lessard*:

The ways in which police search and seizure may impinge on the values underlying freedom of the press are manifest. First, searches may be physically disruptive and impede efficient and timely publication. Second, retention of seized material by the police may delay or forestall completing the dissemination of the news. Third, confidential sources of information may be fearful of speaking to the press, and the press may lose opportunities to cover various events because of fears on the part of participants that press

files will be readily available to the authorities. Fourth, reporters may be deterred from recording and preserving their recollections for future use. Fifth, the processing of news and its dissemination may be chilled by the prospect that searches will disclose internal editorial deliberations. Finally, the press may resort to self-censorship to conceal the fact that it possesses information that may be of interest to the police in an effort to protect its sources and its ability to gather news in the future. All this may adversely impact on the role of the media in furthering the search for truth, community participation and self-fulfillment. [p. 452]

[79] As previously observed, *Lessard* laid down nine conditions to provide a suitable framework to assess s. 8 reasonableness in a s. 2(b) context. The first requirement, of course, is that the statutory prerequisites of s. 487.01 are met. Here the issuing judge held, and both the reviewing judge (Benotto J.) and the Court of Appeal have affirmed, that the police established reasonable grounds to believe that criminal offences have been committed and that information relevant to those offences will be obtained through the use of the search warrant and the supporting assistance order. Nevertheless, the appellants have raised a number of issues in addition to journalistic-confidential source privilege which, they argue, are fatal to the reasonableness of the general warrant and assistance order.

[82] However, in *New Brunswick* the majority of this Court held that the special position of the media did not “import any new or additional [procedural] requirements” (p. 475). McLachlin J., dissenting in *Lessard*, observed that “[i]n some cases”, a justice *may* wish to hear from media representatives on whether a warrant should issue (p. 457). In her view, notice was a matter of discretion and did not rise to a constitutional requirement. See also *R. v. Serendip Physiotherapy Clinic* (2004), 2004 CanLII 39011 (ON CA), 73 O.R. (3d) 241 (C.A.).

[83] I agree with the appellants that the media should have the opportunity to put their case against the warrant at the earliest reasonable opportunity, but the timing is generally a matter within the discretion of the issuing judge. There may be circumstances where the best course of action will be to proceed as Khawly J. did here. Given the broad definition of “media” and “journalists” covered by a potential claim for privilege, the issuing judge may conclude that an outstanding warrant will help ensure that the evidence is not made to disappear while the merits of issuing a warrant are debated. An issued and outstanding warrant may discourage such misconduct. There will be cases of urgency or other circumstances supporting the need to proceed *ex parte*. In the absence of such circumstances the issuing judge may well conclude that it is desirable to proceed on notice to the media organization rather than *ex parte*.

[84] Moreover, where the issuing judge does proceed *ex parte*, adequate terms must be inserted in any warrant to protect the special position of the media, and to permit the media ample time and opportunity to point out why, on the facts, the warrant should be set aside. The warrant and assistance order made by Khawly J. in this case allowed a period of a month between its issuance and its execution to ensure the appellants' ability to move to quash it before any seizure occurred. This procedure allowed the appellants to assemble an evidentiary record more ample than would have been possible on short notice. The appellants took full advantage of the opportunity thus provided. The record in this case fills 16 volumes. The review procedure lasted from the filing of an application to quash the warrant dated July 30, 2002 until its disposition by Benotto J. by judgment dated January 21, 2004. In these circumstances I do not believe the issues of onus and deference can or should play a significant role in the outcome, especially given the court's concern for the special position of the media in the context of the public interest.

(2) Other Lessard Conditions

[87] Apart from the issue of confidential sources, already dealt with, the general warrant in this case complied with other *Lessard* conditions designed to respect the special position of the media. A detailed affidavit established that the search of a newspaper office was a necessity of last resort, as required by *Re Pacific Press; Descôteaux v. Mierzewski*, 1982 CanLII 22 (SCC), [1982] 1 S.C.R. 860, and the cases that followed. This affirmative finding under s. 487.01 established the grounds for the search and compelled the appellants to invoke confidential source privilege by meeting the Wigmore test, which they failed to do, in my opinion. The order of Khawly J. set out conditions governing the search to ensure "that the media organization will not be unduly impeded [by a physical search] in the publishing or dissemination of the news" (*Lessard*, at p. 445). Perhaps most importantly, the order contained the usual clause directing that any documents seized be sealed on request.

ENQUÊTES POLICIÈRES SUR DES JOURNALISTES

FACTEURS À PRENDRE EN COMPTE LORS DE LA PRÉSENTATION D'UNE DEMANDE D'AUTORISATION JUDICIAIRE

Contexte

Les enquêtes criminelles visant des journalistes et les enquêtes mettant en cause des journalistes nécessitent la prise en compte de facteurs spéciaux lorsqu'on cherche à obtenir une autorisation judiciaire comme un mandat de perquisition, un mandat de localisation ou une autorisation d'intercepter les communications privées d'un journaliste, en raison des règles de common law qui protègent le rôle unique qu'exerce la presse en tant qu'organe incarnant la liberté d'expression garantie par la Charte et en raison de la possibilité d'accorder des protections et des « privilèges » spéciaux aux journalistes, en particulier en ce qui concerne la protection de la confidentialité de leurs sources.

La question du privilège du secret des sources des journalistes a récemment retenu l'attention du Parlement tant à la Chambre des communes qu'au Sénat, où deux projets de loi sont présentement à l'étude devant chacune de ces assemblées (le projet de loi C-334 et le projet de loi S-231). Chacun de ces projets de loi propose des modifications au *Code criminel* et à la *Loi sur la preuve au Canada* afin de prévoir une procédure spéciale en matière de délivrance de mandats de perquisition et d'autorisations d'intercepter les communications privées des journalistes, indépendamment de l'existence de facteurs mettant en cause l'existence du privilège du secret des sources des journalistes, et en ce qui concerne également l'admission en preuve des éléments de preuve ainsi saisis.

La Cour suprême du Canada a abordé certaines des questions entourant les perquisitions effectuées dans les locaux des médias et le privilège du secret des sources des journalistes dans les affaires *R c. National Post*, 2010 CSC 16, *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2012 CSC 41, *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 RCS 241, 1991 CanLII 49 (CSC), et *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 RCS 459, 1991 CanLII 50 (CSC) (voir la page ci-jointe pour un résumé des neuf facteurs dont le juge de paix doit tenir compte pour se prononcer sur l'opportunité de délivrer un mandat de perquisition dans les locaux d'un média). Les policiers qui cherchent à obtenir un mandat de perquisition ou d'autres autorisations judiciaires semblables concernant un journaliste ou les locaux d'un média devraient se familiariser avec ces décisions.

Lorsque la personne visée par la perquisition est un journaliste auprès duquel on cherche à obtenir l'identité des sources de renseignements, les policiers devraient être au courant du jugement *O'Neill c. Canada (Attorney General)*, 2006 CanLII 35004 (CS ON), dans lequel le tribunal a jugé que la police ne

pouvait légitimement chercher à obtenir un mandat uniquement dans le but de découvrir l'identité de la source du journaliste. Les juges majoritaires de la Cour suprême qui ont commenté cette décision ont expliqué que, dans certaines circonstances, le privilège du secret des sources du journaliste pouvait être invoqué à l'encontre de la demande de mandat de perquisition, lorsqu'il semble que l'enquête criminelle vise à faire taire la source secrète de façon injustifiée, auquel cas le tribunal peut refuser d'ordonner la communication.

Compte tenu de l'état actuel de la common law en ce qui concerne la question de l'obtention, par la police, d'éléments de preuve auprès de journalistes ou la question des journalistes qui exigent la prise en compte de facteurs spéciaux, le Comité sur les amendements législatifs de l'ACCP suggère que, lorsque la police mène une enquête qui implique un journaliste et/ou ses sources, les policiers enquêteurs doivent être conscients des facteurs et des considérations juridiques suivants.

Liste de facteurs non exhaustifs

1. La possibilité pour les policiers de recourir à d'autres sources qu'un journaliste pour obtenir des éléments de preuve ou des renseignements. Existe-t-il d'autres sources connues auprès desquelles les policiers peuvent obtenir des éléments de preuve ou des renseignements? Les policiers ont-ils déployé des efforts raisonnables pour trouver et utiliser d'autres sources? Ils ne peuvent invoquer de simples inconvénients administratifs;
2. La gravité de l'infraction faisant l'objet de l'enquête, mise en balance avec le droit du journaliste à la protection de sa vie privée, la gravité de l'empiétement sur la liberté de la presse et la gravité de la divulgation de l'identité de la source;
3. Le préjudice causé aux activités de la presse, du journaliste et de ses sources, maintenant et à l'avenir;
4. Si la véritable raison ou objectif de l'obtention de l'autorisation ou du mandat n'est pas de connaître l'identité d'une source confidentielle et qu'elle n'est pas censée révéler par inadvertance l'identité de la source du journaliste, il n'est pas nécessaire de tenir compte de toutes les questions entourant le privilège du secret des sources du journaliste et les policiers n'ont pas à en tenir compte;
5. Le risque de destruction des éléments de preuve ou des renseignements : lorsqu'il n'y a aucune raison de croire que la presse ou le journaliste détruira les documents ou les

- éléments de preuve ou refusera de les remettre, il pourrait être raisonnable que le mandat oblige simplement le journaliste à remettre les renseignements ou les éléments de preuve au lieu d'autoriser les policiers à perquisitionner les lieux et à saisir les éléments de preuve ou les renseignements;
6. De quelles conditions peut-on assortir le mandat ou l'autorisation pour nuire le moins possible aux activités de la presse, par exemple en ce qui concerne le moment de l'exécution du mandat et le degré de précision des éléments à saisir?
 7. La personne visée devrait-elle être informée à l'avance de l'exécution du mandat pour pouvoir être en mesure de contester le mandat en justice avant son exécution (comme c'était le cas dans l'affaire *National Post*)? Les enquêteurs devraient divulguer au juge la volonté manifestée par le média ou par ses avocats de formuler des observations au sujet de la demande de mandat de perquisition. Le juge a le pouvoir discrétionnaire de tenir une audience *inter partes* (plutôt qu'*ex parte*).

Les facteurs à prendre en considération pour déterminer s'il y a lieu de décerner un mandat de perquisition dans les locaux d'un média ont été résumés par le juge Cory dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*. Les voici :

- 1) Il faut satisfaire à toutes les exigences énoncées à l'al. 487(1)b) du *Code criminel* pour qu'un mandat de perquisition puisse être décerné.
- 2) Une fois remplies les conditions prévues par la loi, le juge de paix doit examiner toutes les circonstances pour déterminer s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire de décerner un mandat.
- 3) Le juge de paix doit s'assurer qu'on a bien pondéré l'intérêt de l'État à découvrir et à poursuivre les criminels et le droit des médias à la confidentialité des renseignements dans le processus de collecte et de diffusion des informations. Il faut se rappeler que les médias jouent un rôle primordial dans le fonctionnement d'une société démocratique. En règle générale, les médias ne sont pas impliqués dans l'acte criminel faisant l'objet de l'enquête. Ils sont vraiment des tiers innocents. C'est un facteur tout particulièrement important à prendre en considération pour essayer de trouver un bon équilibre, notamment en étudiant la possibilité d'assortir ce mandat de certaines conditions.
- 4) L'affidavit présenté à l'appui de la demande doit contenir suffisamment de détails pour permettre au juge de paix d'exercer correctement son pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'attribution d'un mandat de perquisition.
- 5) Bien qu'il ne s'agisse pas d'une exigence constitutionnelle, l'affidavit devrait ordinairement indiquer s'il y a d'autres sources de renseignements raisonnables et, le cas échéant, qu'elles ont été consultées et que tous les efforts raisonnables pour obtenir les renseignements ont été épuisés.
- 6) Si le média a rendu publics, en tout ou en partie, les renseignements recherchés, ce facteur favorisera l'attribution du mandat de perquisition.
- 7) Si un juge de paix décide de décerner un mandat de perquisition dans les locaux d'un média, il y a alors lieu d'examiner l'imposition de certaines conditions à son application, de façon que le média ne soit pas indûment empêché de publier ou de diffuser les informations.
- 8) Si, par suite de l'attribution d'un mandat de perquisition, il ressort que les autorités ont omis de communiquer des renseignements pertinents qui auraient bien pu influencer sur la décision de décerner le mandat, il peut en résulter une conclusion que le mandat n'était pas valide.
- 9) De même, une perquisition effectuée de manière abusive peut être invalide.

ENQUÊTES POLICIÈRES METTANT EN CAUSE DES JOURNALISTES - RÈGLES DE DROIT APPLICABLES

Bref survol de l'état du droit

À l'heure actuelle, le droit canadien ne reconnaît pas l'existence d'un privilège de catégorie dans le cas des journalistes et de leurs sources (*R c. National Post*, 2010 CSC 16, *Globe and Mail c. Canada (PG)*, 2010 CSC 41). Tout privilège concernant l'identité des sources d'un journaliste ou la teneur des communications échangées entre le journaliste et ses sources doit, contrairement aux communications échangées entre un avocat et son client, être revendiqué au cas par cas en tenant compte des quatre volets du critère de Wigmore.

Le journaliste qui est un suspect ou une personne-cible dans le cadre d'une enquête, par opposition au média qui ne fait que recueillir les nouvelles, bien qu'il le fasse par le truchement de ses journalistes et de ses employés, et qui croit de bonne foi que le journaliste se livre à une activité illégale, n'a pas droit à un traitement spécial en vertu de la loi. L'alinéa 2b) de la Charte ne crée pas le droit à des privilèges particuliers à la presse ou aux journalistes.

Écoute électronique

L'alinéa 185(1)e) du *Code criminel* exige que la demande d'autorisation précise la profession de la personne visée par la demande d'interception des communications privées. Par conséquent, le fait que les communications du journaliste doivent faire l'objet d'une interception sera porté à la connaissance du juge qui accordera l'autorisation et le juge pourra, en vertu de l'alinéa 186(4)d), assortir sa décision des modalités qu'il estime opportunes compte tenu de l'enquête en question pour protéger les communications faisant l'objet du privilège du secret des sources des journalistes.

- Le paragraphe 189(6) du *Code criminel* dispose :

Exemption de communication d'une preuve

(6) Tout renseignement obtenu par une interception et pour lequel, si ce n'était l'interception, il y aurait eu exemption de communication, demeure couvert par cette exemption et n'est pas admissible en preuve sans le consentement de la personne jouissant de l'exemption.

Suivant la jurisprudence, l'interception de ces communications privilégiées n'invalide pas l'autorisation.

Dans l'arrêt *National Post*, le juge Binnie écrit ce qui suit au nom de la majorité de la Cour :

[31] La Cour a déjà reconnu la situation très particulière des médias dans deux affaires concernant des mandats de perquisition auxquelles n'était mêlée aucune source secrète, à savoir *Société Radio-Canada c. Lessard*, 1991 CanLII 49 (CSC), [1991] 3 R.C.S. 421, et *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, 1991 CanLII 50 (CSC), [1991] 3 R.C.S. 459. Dans ces arrêts, le juge Cory, au nom de la majorité, a souligné qu'un juge de paix ou un juge doit « examiner toutes les circonstances pour déterminer s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire de décerner un mandat » (*Lessard*, p. 445 (je souligne)). Les juges majoritaires de la Cour ont énoncé neuf principes applicables aux affaires concernant les médias [...]

[32] Les appelants et les médias qui les appuient soutiennent que ces principes sont trop généraux. Selon eux, l'intérêt des médias ne constitue pas seulement l'un des nombreux facteurs parmi « toutes les circonstances » à prendre en considération. Ils prétendent que la *Charte* leur donne droit à une protection supérieure à celle qui leur est accordée suivant *Lessard* et *Nouveau-Brunswick*. Par conséquent, invoquant l'al. 2b) et l'art. 8 de la *Charte*, les appelants demandent le réexamen du droit en vigueur. Selon eux, la Cour d'appel a trop centré son examen sur les exigences de l'application de la loi et a minimisé, voire ignoré dans les faits, l'intérêt public général à ce que les médias puissent jouer leur important rôle d'observateur critique. Les appelants affirment que cette vision tronquée a amené la cour, en l'espèce, à relever le ministère public de la charge qui lui revient habituellement et à juste titre de démontrer que la divulgation forcée, qui porte atteinte à la liberté d'expression garantie par la Constitution, est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[33] Dans *Lessard* et *Nouveau-Brunswick*, la Cour a reconnu que la liberté de diffuser les informations emporte nécessairement la liberté de recueillir les informations. Dans la présente affaire, nous devrions faire un pas de plus et reconnaître, de la même façon, que la capacité des médias de recourir à des sources confidentielles constitue un élément important de la collecte de l'information (surtout dans le domaine du journalisme d'enquête). Les appelants et leurs témoins experts présentent des arguments convaincants pour démontrer que, si les médias ne peuvent assurer l'anonymat dans des situations où les sources se tariraient autrement, la liberté d'expression dans les débats sur des questions d'intérêt public sera grandement compromise. Des faits importants ne seront jamais relatés, et la transparence et l'obligation redditionnelle de nos institutions publiques s'en trouveront amoindries au détriment du public.

[34] Compte tenu de ce qui précède, le droit devrait accepter — et accepte effectivement — que, dans certaines situations, l'intérêt public à protéger la source secrète contre toute divulgation l'emporte sur les autres intérêts publics — y compris la conduite d'enquêtes criminelles. Dans de telles situations, les tribunaux reconnaissent l'existence d'une immunité contre la divulgation des sources auxquelles on a garanti la confidentialité.

[...]

[41] 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. Ainsi, une ordonnance judiciaire visant à forcer la divulgation d'une source secrète ne va généralement pas à l'encontre de l'al. 2b). Par conséquent, point n'est besoin, pour trancher cet aspect du pourvoi, d'examiner la question de la justification au sens de l'article premier.

[...]

[52] Dans le cas de la protection des sources secrètes des journalistes, le privilège fondé sur les circonstances de chaque cas, s'il est établi au vu des faits, ne s'applique pas nécessairement qu'au témoignage, c.-à-d. au moment où le journaliste est contraint à témoigner devant un tribunal judiciaire ou administratif. La protection offerte peut déborder la simple règle de preuve. Sa portée dépend de l'intérêt public auquel elle doit son existence. **Elle peut, dans certains cas, être opposable à la délivrance ou à l'exécution d'un mandat de perquisition, comme dans l'affaire *O'Neill c. Canada (Attorney General)* (2006), 2006 CanLII 35004 (ON SC), 213 C.C.C. (3d) 389 (C.S.J. Ont.).** Le privilège fondé sur les circonstances de chaque cas peut être absolu ou partiel et sa portée dépend, comme son existence même, d'une analyse effectuée au cas par cas (*Ryan*, par. 18).

[...]

[56] Les deux premiers volets du test de Wigmore ne suscitent guère de débat. Les médias conviennent qu'un privilège ne peut être invoqué que si la communication est faite *expressément* sous le sceau de la confidentialité. Le professeur Wigmore s'intéressait au caractère confidentiel du *contenu* même de la communication (qui n'est pas en jeu en l'espèce, car le journaliste et sa source souhaitent tous les deux rendre public le contenu de la communication). Or, je pense que le raisonnement qui sous-tend le test de Wigmore pourrait s'appliquer tout autant à une nouvelle fin, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de maintenir secrète l'*identité* de la source. Deuxièmement, l'exigence de confidentialité est la raison d'être de l'existence du privilège. Si la source n'insiste pas pour faire de la confidentialité une condition préalable à la divulgation, aucune promesse de confidentialité n'est faite et le privilège n'existe pas. Les journalistes préfèrent de toute façon pouvoir citer leurs sources pour que les lecteurs ou les auditeurs puissent en apprécier la crédibilité.

[57] Le troisième volet du test (selon lequel les rapports source-journaliste devraient, dans l'intérêt public, être « entretenus assidûment ») offre une certaine souplesse à la cour appelée à évaluer le cas de différentes sources et de différents types de « journalistes ». Ainsi, il se peut qu'on accorde un poids différent à la relation entre une source et un blogueur qu'à celle qu'entretiennent une source et un journaliste professionnel comme M. McIntosh, qui est tenu à une obligation redditionnelle beaucoup plus rigoureuse au sein de son organe de presse. Nul besoin d'analyser ces distinctions en détail puisque les appelants ont, à mon avis, prouvé que le rapport entre un journaliste professionnel et ses sources secrètes est une relation qui doit généralement être « assidûment » entretenue, et aucune raison convaincante n'a été avancée pour atténuer l'importance, pour le public, des rapports entre M. McIntosh et sa ou ses sources dans la présente affaire.

[58] C'est donc le quatrième volet du test de Wigmore qui sera le plus déterminant. Une fois établie l'importance pour le public des rapports en question, le tribunal doit mettre en balance la protection de ces rapports et tout autre intérêt public opposé, comme la tenue d'une

enquête sur un crime précis (ou la sécurité nationale, la sécurité publique ou une autre considération intéressant le bien collectif).

[59] Cette analyse est guidée par l'objectif d'une certaine proportionnalité dans la recherche d'un équilibre entre les intérêts qui s'opposent.

[60] [...]Jusqu'à ce que le média ait satisfait aux *quatre* volets du test de Wigmore, aucun privilège ne protège la source du journaliste. Il existe une présomption selon laquelle toute preuve est admissible et le tribunal peut en ordonner la production. C'est le média qui affirme que l'intérêt public à ce que sa source soit protégée l'emporte sur l'intérêt public à ce qu'une enquête criminelle soit menée à bien. Il lui incombe donc d'en faire la preuve. Cela étant dit, à mon avis, le fardeau de la preuve jouera rarement un rôle décisif à la quatrième étape où « [i]l s'agit essentiellement de faire preuve de bon sens et de discernement » (Ryan, par. 32).

[61] On mettra en balance (entre autres, bien sûr), d'un côté, la nature et la gravité de l'infraction faisant l'objet de l'enquête et la valeur probante des éléments que l'on cherche à obtenir et, de l'autre côté, l'intérêt public à ce que la promesse de confidentialité faite par un journaliste soit respectée. Le ministère public soutient que la seule existence d'un crime suffit pour annuler un privilège, mais il s'agit là d'une généralisation outrancière. L'affaire des documents du Pentagone (*Pentagon Papers*) découle de circonstances constituant une infraction et pourtant, de nos jours, rares sont ceux qui douteraient qu'il n'était pas dans le plus grand intérêt public de faire connaître la vérité.

[62] Le but sous-jacent de l'enquête, qui ressort objectivement des circonstances, est aussi un facteur pertinent à la quatrième étape. Lorsque le reportage d'enquête vise des gens au pouvoir, il ne serait pas surprenant que ces derniers, y compris la police, souhaitent riposter. Dans certaines circonstances, par exemple, il se peut que l'enquête criminelle vise à faire taire la source secrète de façon injustifiée et, dans de tels cas, le tribunal peut refuser d'ordonner la communication. Ainsi, dans *O'Neill*, une enquête a été menée sous le régime de la *Loi sur la protection de l'information* pour identifier la source secrète ayant divulgué clandestinement des renseignements à une journaliste de l'*Ottawa Citizen*. La juge Ratushny, qui siégeait en révision, a conclu que la GRC avait demandé le mandat de perquisition dans le but d'intimider la journaliste et de l'inciter à divulguer ses sources. Les policiers s'attendaient peut-être à ce que l'exécution du mandat puisse avoir pour effet de décourager la journaliste de publier d'autres renseignements sur une affaire gênante tant pour la police que pour le gouvernement (par. 154). Dans une situation comme celle-là, même une demande de remise d'éléments de preuve matérielle mettant au jour l'identité de la source secrète pourrait bien être refusée. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Le prétendu faux n'a rien à voir avec la dénonciation d'irrégularités. Sur le plan de la découverte de la vérité, la « divulgation clandestine » d'un document contrefait compromet, au lieu d'aider, la réalisation de l'objectif du privilège revendiqué par les médias dans l'intérêt public.

[63] Dans le cadre de la mise en balance de l'intérêt public à la divulgation et de l'intérêt public à la confidentialité, ni le journaliste, ni la source secrète ne « possède » pour ainsi dire le privilège. Par conséquent, lorsqu'une source secrète décide de lever le voile de l'anonymat, pour quelque raison que ce soit, l'intérêt public ne justifie plus que les rapports confidentiels soient « entretenus assidûment » et leur préfère la transparence et la recherche de la vérité. En pareil cas, le journaliste ne disposerait d'aucun moyen pour empêcher la source de révéler sa propre identité. Par ailleurs, lorsqu'un journaliste détermine qu'il n'est plus lié par l'entente de confidentialité (comme si, en l'espèce, M. McIntosh avait conclu que la source avait

transmis les documents bancaires contrefaits dans le but délibéré d'induire le *National Post* en erreur et ne pouvait ainsi plus, selon le journaliste, bénéficié d'une protection), la balance penche également en faveur de la divulgation. Le privilège a pour fonction de faciliter la liberté d'expression des médias ainsi que de leurs lecteurs et auditeurs. Dès que le journaliste est d'avis que les rapports avec une certaine source ne devraient plus être entretenus « assidûment », le fondement du privilège invoqué disparaît. Dans ce cas, il n'est plus dans l'intérêt *public* que l'identité demeure secrète. Toutefois, il se peut bien sûr que la source dispose d'un recours de droit *privé* en common law, notamment pour rupture de contrat ou abus de confiance. De tels recours n'ont pas été plaidés dans le présent pourvoi.

[64] En résumé, à la quatrième étape, le tribunal soupèse la preuve appuyant les deux thèses (complétée par les faits admis d'office et ceux qui relèvent du bon sens, du discernement et de la prise en compte de la « situation très particulière des médias »). L'intérêt public à la liberté d'expression joue *toujours* un grand rôle dans la pondération. Bien que les sources confidentielles ne jouissent pas d'une protection constitutionnelle, leur rôle est étroitement lié à celui de la « liberté de la presse et des autres moyens de communication » et l'importance qu'on lui accorde est à l'avenant. Cependant, je le répète, c'est la partie qui revendique le privilège qui assume en définitive le risque de non-persuasion à chacune des quatre étapes.

[65] À ce stade-ci, il est important de se rappeler qu'il y a une grande différence entre l'immunité testimoniale contre la divulgation forcée des sources secrètes et la rétention d'éléments de preuve matérielle et pertinente par les médias. Si un client entre dans le cabinet d'un avocat et dépose sur son bureau l'arme du crime couverte d'empreintes digitales et génétiques, l'avocat n'est pas autorisé en droit à ne pas la remettre au nom du secret professionnel et ce, malgré la protection exhaustive que le droit accorde aux rapports entre un avocat et son client. La cour a confirmé ce principe dans l'affaire *R. c. Murray* (2000), 2000 CanLII 22378 (ON SC), 144 C.C.C. (3d) 289 (C.S.J. Ont.), concernant un avocat accusé d'avoir caché l'existence des bandes vidéo montrant des agressions sexuelles. Les journalistes ne bénéficient pas eux non plus d'un droit général de retenir un élément de preuve matérielle, même si la production de cet élément risque de révéler l'identité d'une source confidentielle. L'immunité, lorsqu'elle s'applique, est liée aux faits de l'espèce.

[66] [...] Le principe des « autres sources » est reconnu en droit canadien depuis l'arrêt *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487 (C.S.C.-B.), tout comme il l'est au Royaume-Uni. Voir également *John c. Express Newspapers*, [2000] 3 All E.R. 257 (C.A.). Dans l'affaire *Financial Post*, il n'avait même pas été clairement établi que les documents divulgués clandestinement avaient été « falsifiés ».

Malgré la conclusion que les appelants n'ont pas établi l'existence d'un privilège protégeant les sources secrètes au vu des faits de l'espèce, les ordonnances étaient-elles néanmoins « abusives » au sens de l'art. 8 de la Charte?

[78] **Même si l'on ne conclut pas à l'existence d'un privilège, les mandats de perquisition et les ordonnances d'assistance visant les médias doivent tenir compte de leur « situation très particulière » et être raisonnables compte tenu de « l'ensemble des circonstances » comme le requiert l'art. 8 de la Charte (« Chacun a**

droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives »). Il ne suffit pas pour le ministère public d'établir que les exigences formelles énoncées aux art. 487.01 et 487.02 ont été respectées. Les perquisitions dans les locaux des médias peuvent entraîner de très graves perturbations. Elles peuvent avoir pour effet la suspension temporaire — ou même permanente — de la publication ou de la diffusion. Les affaires concernant des mandats de perquisition comme celle qui nous occupe opposent ouvertement le gouvernement et les médias, et mettent manifestement en jeu les droits que l'al. 2b) et l'art. 8 garantissent aux médias. Comme le dit la juge McLachlin dans ses motifs de dissidence dans l'arrêt *Lessard* :

Les façons dont les perquisitions et les saisies effectuées par la police peuvent empiéter sur les valeurs qui sous-tendent la liberté de la presse sont manifestes. Premièrement, les perquisitions peuvent entraîner des perturbations sur le plan matériel et empêcher la publication efficace et opportune du journal. Deuxièmement, la retenue par les policiers d'objets saisis peut retarder ou empêcher la diffusion complète des informations. Troisièmement, les sources confidentielles de renseignements peuvent craindre de parler aux journalistes, et la presse peut ainsi perdre des chances d'assurer la couverture de différents événements en raison des craintes des participants que les autorités puissent facilement prendre connaissance des dossiers de la presse. Quatrièmement, cela peut dissuader les journalistes d'enregistrer et de conserver les renseignements recueillis pour s'en servir ultérieurement. Cinquièmement, le traitement et la diffusion des informations peuvent être gênés par l'éventualité que les délibérations internes de la rédaction soient rendues publiques à la suite de perquisitions. En dernier lieu, la presse peut recourir à l'auto-censure pour cacher le fait qu'elle est en possession de renseignements qui peuvent intéresser les policiers, dans le but de protéger ses sources et sa capacité de recueillir des informations à l'avenir. Tout cela peut avoir des répercussions néfastes sur le rôle joué par les médias pour favoriser la recherche de la vérité, la participation au sein de la collectivité et l'accomplissement personnel. [p. 452]

[79] Comme je l'ai déjà souligné, l'arrêt *Lessard* a établi neuf conditions pour encadrer convenablement l'analyse du caractère abusif au sens de l'art. 8 dans le contexte de l'application de l'al. 2b). La première veut, évidemment, que les prescriptions de l'art. 487.01 soient respectées. En l'espèce, le juge ayant décerné le mandat a conclu que les policiers avaient démontré l'existence de motifs raisonnables de croire que des infractions criminelles avaient été commises et que le mandat de perquisition ainsi que l'ordonnance d'assistance permettraient d'obtenir des renseignements pertinents, conclusion que tant la juge siégeant en révision (la juge Benotto) que la Cour d'appel ont confirmée. Les appelants ont quand même soulevé, outre la question du privilège du secret des sources des journalistes, un certain nombre d'arguments qui, prétendent-ils, établissent le caractère abusif du mandat de perquisition général et de l'ordonnance d'assistance.

[...]

[82] Toutefois, dans *Nouveau-Brunswick*, les juges majoritaires de notre Cour ont statué que la situation très particulière des médias « n'ajoute pas d'exigences [procédurales] supplémentaires » (p. 475). Dans sa dissidence dans l'arrêt *Lessard*, la juge McLachlin a fait remarquer que « [d]ans certains cas » un juge *peut* souhaiter que les médias lui soumettent des observations sur l'opportunité de décerner le mandat demandé (p. 457). Selon elle, la décision d'aviser les médias est discrétionnaire et ne constitue pas une exigence constitutionnelle. Voir également *R. c. Serendip Physiotherapy Clinic* (2004), 2004 CanLII 39011 (ON CA), 73 O.R. (3d) 241 (C.A.).

[83] Je souscris à l'argument des appelants selon lequel les médias devraient avoir la possibilité de faire valoir leurs arguments contre la délivrance du mandat à la première occasion raisonnable, mais ce moment relève généralement du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande. Il se peut que, dans certaines circonstances, la meilleure solution consiste à procéder comme l'a fait le juge Khawly. Comme les « médias » et « journalistes » susceptibles de jouir d'un privilège sont définis en termes larges, le juge saisi de la demande peut conclure qu'un mandat non exécuté contribuera à empêcher la disparition de la preuve pendant le débat sur le bien-fondé de la délivrance du mandat. Un mandat délivré, mais non exécuté, peut avoir pour effet de décourager ce type de comportement répréhensible. Des situations d'urgence ou d'autres circonstances peuvent justifier la procédure *ex parte*. Hormis de telles circonstances, le juge saisi de la demande de mandat pourrait conclure à bon droit qu'il est préférable d'aviser le média plutôt que d'entendre la demande *ex parte*.

[84] En outre, lorsque le juge appelé à décerner le mandat entend la demande *ex parte*, il doit assortir ce dernier de conditions adéquates pour protéger la situation très particulière du média et lui donner amplement le temps et la possibilité de justifier l'annulation du mandat, au vu des faits. Le mandat de perquisition et l'ordonnance d'assistance accordés par le juge Khawly en l'espèce prévoyaient un délai d'un mois avant leur exécution de sorte que les appelants puissent demander leur annulation avant toute saisie. Cette façon de procéder leur permettait de constituer un dossier de preuve plus complet que celui qu'ils auraient pu présenter s'ils avaient obtenu un court préavis. Les appelants ont pleinement profité de l'occasion qui leur était ainsi fournie. Leur dossier compte seize volumes. La procédure de révision a débuté au moment du dépôt d'une demande en annulation datée du 30 juillet 2002 et s'est terminée le 21 janvier 2004, date à laquelle la juge Benotto a rendu sa décision. Dans ces circonstances, je ne pense pas que les questions de fardeau et de retenue puissent ou doivent influencer sur le résultat, surtout compte tenu de l'attention que le tribunal a portée à la situation très particulière des médias dans le contexte de l'intérêt public.

[...]

(2) Autres conditions énoncées dans *Lessard*

[87] Outre la question des sources confidentielles, dont nous avons traité précédemment, le mandat général respectait les autres conditions énoncées dans

l'arrêt *Lessard*, qui visent à tenir compte de la situation très particulière des médias. Un affidavit détaillé a permis d'établir que la perquisition dans les locaux d'un journal était une mesure de dernier recours, ce qu'il faut démontrer suivant *Re Pacific Press; Descôteaux c. Mierzewski*, 1982 CanLII 22 (CSC), [1982] 1 R.C.S. 860, et les jugements ultérieurs. Cette conclusion tirée en application de l'art. 487.01 établit l'existence des motifs justifiant une perquisition et a forcé les appelants à invoquer le privilège du secret des sources en appliquant le test de Wigmore, auquel ils n'ont pas satisfait, à mon avis. L'ordonnance du juge Khawly assortissait la perquisition de conditions visant à garantir « que le média ne soit pas indûment empêché [par une perquisition] de publier ou de diffuser les informations » (*Lessard*, p. 445). Fait peut-être plus important encore, l'ordonnance contenait la condition habituelle prévoyant la mise sous scellés sur demande de tout document saisi.

SERVICE DE POLICE DE LA VILLE D'EDMONTON

Montreal, March 31, 2017

M. Rod Knecht
Chief of police
Police of Edmonton
9620 103A Ave.N.W.
Edmonton, Alberta
T5H 0H7

SUBJECT: Request for the directives concerning the request for issuance of legal authorizations aiming journalists through an investigation.

Created in November 11, 2016 by the government of Quebec, the public inquiry into the protection of journalists' sources aims to shed light on the surveillance and investigation involving journalists.

The mandate of the public inquiry reads as follows:

- 1) Investigate, report and make recommendations on police investigative practices that may undermine the privilege protecting the identity of journalistic sources, including allegations of political interference with police forces that may compromise this privilege and which may have led to the initiation of police investigations;
- 2) Investigate, report and make recommendations on practices relating to obtaining and enforcing judicial authorizations that may undermine privilege protecting the identity of journalistic sources;
- 3) Make recommendations to the government on best practices and concrete measures to ensure respect for the privilege protecting the identity of journalistic sources. These recommendations may also address the practices of the Director of Criminal and Penal Prosecutions, the guidelines surrounding judicial authorizations and the appropriateness of amending the relevant legislative and administrative frameworks.

In line with the second part of the commission's mandate, the research team is currently compiling the criteria and procedures for obtaining judicial authorizations that could directly or indirectly target journalists. In order to fully document the existing processes, we would need to obtain the directives within your organization on this matter.

The documentation can be sent by email at lucie.joncas@cepcsj.gouv.qc.ca or by mail at the address below:

CEPCSJ
500, boulevard René-Lévesque Ouest
Bureau 9.100
C.P. 38
Montréal (Québec)
H2Z 1W7

Thanking in advance for your collaboration in this matter,
Best regards,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Lucie Joncas', written over a horizontal line.

Me Lucie Joncas
Chief Attorney
Public Inquiry Into the Protection of Journalists' Sources



EDMONTON
POLICE
SERVICE

9620 - 103A AVENUE
EDMONTON, ALBERTA
CANADA T5H 0H7
PH: 780-421-3333
www.edmontonpolice.ca

Laura Johnson
Direct Line: (780) 391-4282
Fax: (780) 421-3349
laura.johnson@edmontonpolice.ca

Legal Assistant: Christlne Ramdhin
Direct Line: (780) 421-3346

Our File: 2017-X-087
Your File: N/K

2017 April 10

VIA EMAIL: anne-marie.cote@cepcs.j.gouv.qc.ca

Commission d'enquête sur la protection de la
confidentialité des sources journalistiques
500, René-Lévesque Ouest,
9^e étage, bureau 9.116
Montréal, Québec H2Z 1W7

Attention: Ms. Anne-Marie COTE

Dear Madam:

RE: Request for Documents – Public Inquiry into Protection of Journalists' Sources

Your letter to Chief R. KNECHT, dated 2017 March 31, has been forwarded to me for a response.

Please be advised that, after a thorough search, the Edmonton Police Service has not located any policies or directives relating to the protection of journalists' sources.

Thank you for your inquiry.

Sincerely,

Laura Johnson, CIAPP-P
FOIPP Coordinator

SERVICE DE POLICE DE LA VILLE DE TORONTO

Montreal, March 31, 2017

M. Mark Saunders
Chief of police
Police of Toronto
40 College Street
Toronto, Ontario
M5G 2J3

SUBJECT: Request for the directives concerning the request for issuance of legal authorizations aiming journalists through an investigation.

Created in November 11, 2016 by the government of Quebec, the public inquiry into the protection of journalists' sources aims to shed light on the surveillance and investigation involving journalists.

The mandate of the public inquiry reads as follows:

- 1) Investigate, report and make recommendations on police investigative practices that may undermine the privilege protecting the identity of journalistic sources, including allegations of political interference with police forces that may compromise this privilege and which may have led to the initiation of police investigations;
- 2) Investigate, report and make recommendations on practices relating to obtaining and enforcing judicial authorizations that may undermine privilege protecting the identity of journalistic sources;
- 3) Make recommendations to the government on best practices and concrete measures to ensure respect for the privilege protecting the identity of journalistic sources. These recommendations may also address the practices of the Director of Criminal and Penal Prosecutions, the guidelines surrounding judicial authorizations and the appropriateness of amending the relevant legislative and administrative frameworks.

In line with the second part of the commission's mandate, the research team is currently compiling the criteria and procedures for obtaining judicial authorizations that could

directly or indirectly target journalists. In order to fully document the existing processes, we would need to obtain the directives within your organization on this matter.

The documentation can be sent by email at lucie.joncas@cepcsj.gouv.qc.ca or by mail at the address below:

CEPCSJ
500, boulevard René-Lévesque Ouest
Bureau 9.100
C.P. 38
Montréal (Québec)
H2Z 1W7

Thanking in advance for your collaboration in this matter,
Best regards,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Lucie Joncas', written over a horizontal line.

Me Lucie Joncas
Chief Attorney
Public Inquiry Into the Protection of Journalists' Sources

De : Kim OToole [<mailto:Kim.OToole@torontopolice.on.ca>]

Envoyé : 24 avril 2017 10:43

À : Joncas, Lucie <Lucie.Joncas@cepcsj.gouv.qc.ca>

Objet : RE: request for documents

Hello, In response to your request the Toronto Police Service has no responsive documents.

Thank you

Kimberley O'Toole

Staff Sergeant 99481

Legal Services Unit

Toronto Police Service

Kim.otoole@torontopolice.on.ca

Bus 416-808-7803

Cell 647-400-3998

SERVICE DE POLICE DE LA VILLE D'OTTAWA

Montréal, le 31 mars 2017

M. Charles Bordeleau
Chef de police
Service de police de la ville d'Ottawa
P.O. Box 9634 Station T
Ottawa, Ontario
K1G 6H5

OBJET : Demande de communication des directives concernant l'obtention d'autorisations judiciaires visant des journalistes dans le cours d'enquêtes.

Crée le 11 novembre 2016 par le gouvernement du Québec, la Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques a été mise sur pied afin de faire la lumière sur les cas de surveillance et de perquisition touchant des journalistes.

Le mandat de la commission est le suivant :

1. Enquêter, faire rapport et formuler des recommandations sur les pratiques policières en matière d'enquête susceptibles de porter atteinte au privilège protégeant l'identité des sources journalistiques, y compris sur les allégations d'interventions politiques auprès des corps de police de nature à compromettre ce privilège et qui ont pu mener au déclenchement d'enquêtes policières;
2. Enquêter, faire rapport et formuler des recommandations sur les pratiques relatives à l'obtention et à l'exécution d'autorisations judiciaires susceptibles de porter atteinte au privilège protégeant l'identité des sources journalistiques;
3. Formuler des recommandations au gouvernement quant aux meilleures pratiques et aux actions concrètes à mettre en œuvre afin d'assurer le respect du privilège protégeant l'identité des sources journalistiques. Ces recommandations pourront aussi porter sur les pratiques du Directeur des poursuites criminelles et pénales, les balises entourant les autorisations judiciaires et l'opportunité de modifier les cadres législatif et administratif pertinents.

Conformément au deuxième volet du mandat, le service de recherche de la Commission travaille actuellement à l'élaboration d'un tableau comparatif des critères et procédures applicables à l'obtention d'autorisations judiciaires visant directement ou indirectement des journalistes. Afin de documenter les processus existants, nous aurons besoin de prendre connaissance des directives existantes au sein de votre organisation.

Les documents peuvent être transmis par voie de courriel à :
lucie.joncas@cepcsj.gouv.qc.ca ou encore par la poste à l'adresse suivante :

CEPCSJ
500, boulevard René-Lévesque Ouest
Bureau 9.100
C.P. 38
Montréal (Québec)
H2Z 1W7

Nous demeurons à votre disposition pour répondre à toute question supplémentaire.

Merci à l'avance pour votre collaboration.
Meilleurs salutations,


Me Lucie Joncas

Avocate en chef

Commission d'Enquête sur la Protection de la Confidentialité des Sources Journalistiques



OTTAWA POLICE SERVICE
SERVICE DE POLICE D'OTTAWA

The Trusted Leader in Policing
Le chef de file de confiance dans la police

P.O. Box 9634, Station T
Ottawa, Ontario K1G 6H5
Tel.: 613-236-1222
Fax: 613-236-9360

C.P. 9634, Succursale T
Ottawa (Ontario) K1G 6H5
Tél.: 613-236-1222
Télé.: 613-236-9360

ottawapolice.ca
@OttawaPolice

April 27, 2017

CEPCSJ
500, boulevard Rene-Levesque Ouest
Bureau 9.100 C.P.38
Montreal, QC H2Z 1W7

Reçu le

05 MAI 2017

Dear Me Lucie Joncas,

**OBJET : Demande de Communication des directives concernant
l'obtention D'autorisations judiciaires visant des journalistes
dans le cours d'enquetes**

À la suite de votre enquête, le Service de police d'Ottawa n'a
aucune politique concernant l'obtention de mandats pour les
journalistes.

Si vous avez d'autres questions, vous pouvez contacter la Section
de la liberté d'information au (613) 236-1222 poste 5735

Cordialement,

Wendy Erfle
Analyste de la liberté d'information

Ottawa

SERVICE DE POLICE DE LA VILLE DE GATINEAU

COMMUNIQUÉ



**SERVICE DE POLICE
DE LA VILLE DE
GATINEAU**

	<u>EN VIGUEUR</u> 13 07 23	<u>NUMÉRO</u> 13-CO-112
	<u>DURÉE</u>	<u>DESTRUCTION</u>
<u>SUJET</u> Protocole de révision des dénonciations visant l'obtention d'autorisations judiciaires	Régie interne – Publication non autorisée	

Le procureur en chef adjoint aux poursuites criminelles et pénales nous avise d'une étape supplémentaire à suivre dans la révision des dénonciations visant l'obtention d'autorisations judiciaires.

En effet, le projet pilote étant terminé, il s'agit maintenant d'une procédure. La consultation systématique des procureurs aux poursuites criminelles et pénales, préalablement à toute demande d'autorisation judiciaire, est obligatoire (voir ci-joint, la note du procureur en chef adjoint Me Petitclerc). Veuillez maintenant, lors du contact avec la magistrature, signaler le nom du procureur ayant fait la révision.

Je vous remercie de votre collaboration.

Le directeur,

Mario Harel

2013-07-23
13-CO-112

SERVICE DE POLICE DE LA VILLE D'HALIFAX

Montreal, April 26, 2017

M. Jean-Michel Blais
Chief of police
Police of Halifax
PO Box 1749
Halifax, NS
B3J 3A5

SUBJECT: Request for the directives concerning the request for issuance of legal authorizations aiming journalists through an investigation.

Created in November 11, 2016 by the government of Quebec, the public inquiry into the protection of journalists' sources aims to shed light on the surveillance and investigation involving journalists.

The mandate of the public inquiry reads as follows:

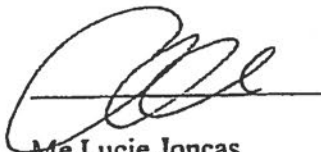
- 1) Investigate, report and make recommendations on police investigative practices that may undermine the privilege protecting the identity of journalistic sources, including allegations of political interference with police forces that may compromise this privilege and which may have led to the initiation of police investigations;
- 2) Investigate, report and make recommendations on practices relating to obtaining and enforcing judicial authorizations that may undermine privilege protecting the identity of journalistic sources;
- 3) Make recommendations to the government on best practices and concrete measures to ensure respect for the privilege protecting the identity of journalistic sources. These recommendations may also address the practices of the Director of Criminal and Penal Prosecutions, the guidelines surrounding judicial authorizations and the appropriateness of amending the relevant legislative and administrative frameworks.

In line with the second part of the commission's mandate, the research team is currently compiling the criteria and procedures for obtaining judicial authorizations that could directly or indirectly target journalists. In order to fully document the existing processes, we would need to obtain the directives within your organization on this matter.

The documentation can be sent by email at lucie.joncas@cepcsj.gouv.qc.ca or by mail at the address below:

CEPCSJ
500, boulevard René-Lévesque Ouest
Bureau 9.100
C.P. 38
Montréal (Québec)
H2Z 1W7

If possible, we would like to obtain the documentation before May 10, 2017.
Thanking in advance for your collaboration in this matter,
Best regards,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Me Lucie Joncas', written over a horizontal line.

Me Lucie Joncas
Chief Attorney
Public Inquiry Into the Protection of Journalists' Sources

De : Salsman, Katherine [mailto:salsmak@halifax.ca]

Envoyé : 8 mai 2017 15:55

À : Joncas, Lucie <Lucie.Joncas@cepcsj.gouv.qc.ca>

Cc : St. John, Barbara <stjohnb@halifax.ca>

Objet : Documentation request for the Public Inquiry Into Protection of Journalists' Sources in Montreal

Dear Me Joncas:

Chief Blais of Halifax Regional Police has passed on to me your letter of April 26, 2017. I understand you have requested that HRP provide any directives within our organization regarding the criteria and procedures for obtaining judicial authorizations that could directly or indirectly target journalists. I have attached in response our policy with respect to search warrant applications for media outlets. Note that this policy is with respect to warrants to seize broadcasted materials – it does not relate specifically to journalists individually or journalist's sources.

This is the only policy that HRP has in place that is targeted to judicial authorizations and the media. Can you please let me know if this fully satisfies your request? Thank you.

Yours truly,

KATHERINE E. SALSMAN
SOLICITOR
LEGAL SERVICES

HALIFAX

T. 902.490 6024

C. 902.225 0060

F. 902.490 4232

halifax.ca

This communication is intended for the addressee(s) only. It contains confidential or privileged information and is subject to solicitor/client privilege. No rights to privilege have been waived. Any copying, distribution, taking of action in reliance on, or other use of the information in this communication by person other than the addressee is prohibited. If you have received this communication in error, please notify the sender and delete or destroy all copies of this communication.

Legal opinions, or any portion, are not to be disclosed or referred outside of HRM without the express written approval of the CAO or Director of Legal, Insurance and Risk Management Services.

6.7 SEARCH WARRANT APPLICATIONS FOR MEDIA OUTLETS

Latest revision approved 070108, Department Order 01-07. Originally issued under Department Order 30-02.

A. POLICY

1. All search warrant applications involving the seizure of broadcast materials from Media outlets shall be:
 - a. Unless otherwise directed by policy in this subsection, completed as per established policy and procedure set out in **SECTION 487 CC SEARCH WARRANTS**.
 - b. Reviewed by a Crown Prosecutor before they are presented to a Presiding JP for authorization.
 - c. Sealed until a hearing has been held on the validity of the warrant, when the seizure is challenged by the Media outlet and the outlet is a third party to the investigation. In this instance, the warrant application shall contain an expiry date by which the contents of the material should have been reviewed by the Media outlet's legal counsel.
2. A search warrant issued to seize broadcast materials from a Media outlet may be rendered invalid if either of the following circumstances exist:
 - a. It is learned that the authorities have failed to disclose any information that might have influenced the decision to issue a warrant.
 - b. The search which is conducted is deemed unreasonable.
3. Where a Sealing Order is requested, the expiry date for the order should clearly be stated in the application and be for a reasonable time limit based on the circumstances of the case. Unless a significant issue(s) are identified during the period of the Sealing Order, the package will be opened and viewed by HRP after the expiry date.

B. LEAD INVESTIGATOR

1. Lead Investigators who request a search warrant to seize broadcast materials from Media outlets must demonstrate in their application:
 - a. They have reasonable grounds to believe that:
 - i. it is reasonably probable that the material sought exists;
 - ii. the material is in a specified location; and
 - iii. it will offer evidence with respect to the offence(s) in question.

- b. The reasonableness of the search is based on:
 - i. the nature of the objects to be seized;
 - ii. the manner in which the search is to be conducted;
 - iii. the urgency of the search; and
 - iv. the impact a search would have on the functioning of the Media outlet. If the search would impede the functioning of the Media outlet, then a search warrant application should only be made when a compelling state interest is demonstrated.
- c. The following additional factors have been considered prior to making such application and set out in the Information to Obtain:
 - i. all Section 487 CC requirements have been met;
 - ii. all surrounding circumstances have been considered;
 - iii. a balance will be struck between the privacy of the Media and the State's interests in the investigation and prosecution of crimes, giving special attention to the vital role the Media plays in a free and democratic society;
 - iv. the supporting affidavit contains sufficient detail to enable the Presiding JP to properly exercise his/her discretion;
 - v. the affidavit should disclose whether there are alternative sources available from which the information may reasonably be obtained and, if so, that the alternative source has been investigated and all reasonable efforts to get information from that source have been exhausted;
 - vi. whether or not the information sought has already been made public in whole or in part by the Media.

SERVICE DE POLICE DE LA VILLE DE QUÉBEC

Montréal, le 10 mai 2017

M. Robert Pigeon
Chef de police
Service de police de la ville de Québec
275 rue de la Marchaussée
Québec (Québec)
G1K 2L3

OBJET : Demande de communication des directives concernant l'obtention d'autorisations judiciaires visant des journalistes dans le cours d'enquêtes.

Créée le 11 novembre 2016 par le gouvernement du Québec, la Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques a été mise sur pied afin de faire la lumière sur les cas de surveillance et de perquisition touchant des journalistes.

Le mandat de la commission est le suivant :

1. Enquêter, faire rapport et formuler des recommandations sur les pratiques policières en matière d'enquête susceptibles de porter atteinte au privilège protégeant l'identité des sources journalistiques, y compris sur les allégations d'interventions politiques auprès des corps de police de nature à compromettre ce privilège et qui ont pu mener au déclenchement d'enquêtes policières;
2. Enquêter, faire rapport et formuler des recommandations sur les pratiques relatives à l'obtention et à l'exécution d'autorisations judiciaires susceptibles de porter atteinte au privilège protégeant l'identité des sources journalistiques;
3. Formuler des recommandations au gouvernement quant aux meilleures pratiques et aux actions concrètes à mettre en œuvre afin d'assurer le respect du privilège protégeant l'identité des sources journalistiques. Ces recommandations pourront aussi porter sur les pratiques du Directeur des poursuites criminelles et pénales, les balises entourant les autorisations judiciaires et l'opportunité de modifier les cadres législatif et administratif pertinents.

Conformément au deuxième volet du mandat, le service de recherche de la Commission travaille actuellement à l'élaboration d'un tableau comparatif des critères et procédures applicables à l'obtention d'autorisations judiciaires visant directement ou indirectement des journalistes. Afin de documenter les processus existants, nous aurions besoin de prendre connaissance des directives existantes au sein de votre organisation.

Les documents peuvent être transmis par voie de courriel à :
lucie.joncas@cepcsj.gouv.qc.ca ou encore par la poste à l'adresse suivante :

CEPCSJ
500, boulevard René-Lévesque Ouest
Bureau 9.100
C.P. 38
Montréal (Québec)
H2Z 1W7

Nous demeurons à votre disposition pour répondre à toute question supplémentaire.

Si possible, nous aimerions obtenir la documentation avant le 18 mai 2017.
Merci à l'avance pour votre collaboration.
Meilleurs salutations,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Lucie', written over a horizontal line.

Me Lucie Joncas

Avocate en chef

Commission d'Enquête sur la Protection de la Confidentialité des Sources Journalistiques



**Documents relatifs à la commission d'enquête sur la
protection de la confidentialité des sources
journalistiques**

Service de police de la Ville de Québec

Tel que demandé, voici les directives du SPVQ en lien avec les demandes d'autorisation judiciaire ciblant de façon particulière un journaliste ou un média :

- Partie 17.7 du guide des procédures de surveillance électronique du SPVQ, 2017 ;
- Procédure locale du SPVQ - Privilège circonstancié (au cas par cas) ;
- Directive du Ministère de la Sécurité publique (N/Ref 2016-26) - Directeurs de corps de police – Demandes d'autorisation judiciaire (8 novembre 2016) ;
- Directive aux mandataires désignés aux fins des articles 184.2, 185 et 487.01(4) du Code criminel ;
- Tableau de suivi des communications avec privilège (Salle de surveillance électronique du SPVQ).

17.7 Demandes d'autorisation visant certaines personnes

Règles afin de présenter une demande d'autorisation dans les cas d'interception des communications privées ou de mandat de surveillance vidéo visant les personnes occupant les fonctions suivantes :

- a) Un membre de l'Assemblée nationale, de la chambre des communes ou du Sénat;
- b) Un juge de la Cour suprême du Canada, de la Cour d'appel du Québec, de la Cour d'appel fédérale, de la Cour supérieure, de la cour fédérale, de la cour du Québec, d'une cour municipale ou d'un juge de paix magistrat;
- c) Un membre du Barreau du Québec ou de la chambre des notaires du Québec;
- d) Un administrateur d'État au sens de la Loi sur la fonction publique (...);
- e) Un journaliste.

Concernant ces personnes, on doit s'assurer que les étapes suivantes soient réalisées lorsqu'une demande vise à obtenir toute forme d'autorisation judiciaire et non seulement celle concernant les communications privées ou la surveillance vidéo :

1. L'autorisation du directeur du SPVQ;
 2. Un avis d'un procureur du DPCP;
-

3. L'autorisation du directeur, à la suite de la réception de l'avis du procureur du DPCP.

L'obligation de consulter un procureur du DPCP vise à obtenir un avis légal sur la suffisance des motifs invoqués.

Note : Voir directive du ministère de la Sécurité publique (N/Ref 2016-26) en annexe « L ».



Communications pouvant contenir un privilège au cas par cas

Procédure locale visant les communications pouvant contenir un privilège au cas par cas

DÉFINITION :

Une communication pouvant contenir un privilège au cas par cas est une communication dans laquelle un tiers ou un sujet visé pourrait être affecté par la divulgation d'une information privilégiée. Cette personne pourrait donc invoquer un certain privilège.

Voici quelques exemples :

- a) Une communication à laquelle un membre du clergé prend part;
- b) Une communication dans laquelle une condition médicale est énoncée;
- c) Une communication à laquelle un journaliste prend part et dans laquelle des renseignements sensibles sont échangés (sont exclues les entrevues en direct ou enregistrées par le journaliste);
- d) Une communication à laquelle prennent part deux ministres, députés ou sénateurs actifs ou l'ayant été au cours des 20 dernières années et qui concerne des secrets du cabinet et qui ont été reçus dans le cadre de leur fonction au sein du cabinet;
- e) Toute autre communication pour laquelle un tiers innocent pourrait être affecté par la divulgation d'une information privilégiée.

MARCHE À SUIVRE :

1. Toute communication à laquelle un privilège au cas par cas peut être invoqué par un tiers innocent devra être traitée par l'analyste qui fera un résumé et inscrira dans le champ commentaire « Privilège de cas par cas ». Cette communication ne sera pas bloquée et sera accessible à l'unité d'enquête;
2. Les détails de la session devront être ajoutés au tableau des sessions privilégiées ;

3. En cours d'enquête et/ou à la fin du projet, l'unité d'enquête devra obtenir l'avis d'un procureur pour statuer sur ces communications :

- Si la conversation est jugée privilégiée, la classification sera changée pour « Privilégié », le résumé sera effacé et remplacé par l'inscription du type de privilège (politique, journalistique, clergé, médical ou autre) et la communication devra être bloquée;
- Si la conversation est jugée non-privilégiée, la classification devra être modifiée par le bon commentaire comme il est usuel de le faire et la communication restera non-bloquée.

4. À la fin du projet, un technicien de l'Unité des renseignements scientifiques devra s'assurer qu'il ne reste plus de champ « privilège de cas par cas ».

Aucun CD final ne sera fait tant qu'il restera des conversations contenant le champ commentaire « privilège de cas par cas ».

PERSONNES SUSCEPTIBLES DE BÉNÉFICIER D'UN PRIVILÈGE DE CAS PAR CAS :

- a) Un membre de l'Assemblée nationale (ex : députés, ministres et premier ministre);
- b) Un membre de la Chambre des communes ;
- c) Un membre du Sénat ;
- d) Un administrateur d'État au sens de la Loi sur la fonction publique, c'est-à-dire une personne nommée à titre de :
 - i. secrétaire général, secrétaire général associé ou secrétaire adjoint du Conseil exécutif;
 - ii. secrétaire, secrétaire associé ou adjoint du Conseil du trésor;
 - iii. sous-ministre ou sous-ministre associé ou adjoint.
- e) Un journaliste.

Procédure en évolution

Référence à la directive aux mandataires désignés aux fins des articles 184.2, 185 et 487.01(4) du *Code criminel* et la directive concernant les demande d'autorisation judiciaire N#Réf : 2016-26 du Ministère de la Sécurité publique.

À TOUS LES DIRECTEURS DE CORPS DE POLICE

Objet : Directive concernant les demandes d'autorisation judiciaire
N/Réf : 2016-26

Madame,
Monsieur,

La « Directive aux mandataires désignés aux fins des articles 184.2, 185 et 487.01(4) du *Code criminel* », de la Procureure générale du Québec, prévoit les règles pour présenter une demande d'autorisation dans les cas d'interception des communications privées ou de mandat de surveillance vidéo visant les personnes occupant les fonctions suivantes :

- a) un membre de l'Assemblée nationale, de la Chambre des communes ou du Sénat;
- b) un juge de la Cour suprême du Canada, de la Cour d'appel du Québec, de la Cour d'appel fédérale, de la Cour supérieure, de la Cour fédérale, de la Cour du Québec, d'une cour municipale ou un juge de paix magistrat;
- c) un membre du Barreau du Québec ou de la Chambre des notaires du Québec;
- d) un administrateur d'État au sens de la *Loi sur la fonction publique* (chapitre F-3.1.1, a.55), c'est-à-dire une personne nommée à titre de :
 - i. secrétaire général, secrétaire général associé ou secrétaire adjoint du Conseil exécutif;
 - ii. secrétaire, secrétaire associé ou adjoint du Conseil du trésor;
 - iii. sous-ministre ou sous-ministre associé ou adjoint.

Je vous informe que la Procureure générale du Québec transmettra une version modifiée de cette Directive afin d'y inclure les journalistes considérant le privilège des sources journalistiques reconnu par la jurisprudence.

Dorénavant, pour toutes les personnes occupant les fonctions énumérées dans la Directive modifiée de la Procureure générale du Québec, incluant les journalistes, tout corps de police doit s'assurer que les étapes suivantes soient réalisées lorsqu'une demande vise à obtenir toute forme d'autorisation judiciaire et non seulement celles concernant les communications privées ou la surveillance vidéo :

1. l'autorisation du directeur du corps de police concernant la demande;
2. un avis d'un procureur du Directeur des poursuites criminelles et pénales (DPCP);
3. l'autorisation du directeur du corps de police, à la suite de la réception de l'avis d'un procureur du DPCP, avant de soumettre une demande à un juge.

Cette obligation de consulter un procureur du DPCP vise à obtenir un avis légal sur la suffisance des motifs invoqués.

Toutefois, la consultation d'un procureur demeure facultative pour les demandes qui concernent un média et qui ne sont pas susceptibles de porter atteinte à la confidentialité des sources journalistiques, par exemple, lorsque les policiers ont besoin d'obtenir un mandat pour saisir les images prises lors d'une manifestation qui dégénère dans la commission d'infractions criminelles sur la place publique.

Je vous rappelle que les demandes d'autorisation pour de la surveillance électronique peuvent être présentées par un membre soit de la Sûreté du Québec, du Service de police de la Ville de Montréal ou du Service de police de la Ville de Québec, puisque seules ces organisations sont susceptibles de faire ce type de surveillance, conformément au Règlement sur les services policiers que les corps de police municipaux et la Sûreté du Québec doivent rendre selon leur niveau de compétence.

En terminant, une pratique policière sera rédigée et précisera tous les éléments pertinents relatifs à la présente directive.

Comptant sur votre collaboration habituelle pour mettre en application et diffuser cette directive, je vous prie d'agréer, Madame, Monsieur, mes sincères salutations.

Le directeur général des affaires policières par intérim,



Louis Morneau

**DIRECTIVE AUX MANDATAIRES DÉSIGNÉS AUX FINS DES
ARTICLES 184.2, 185 ET 487.01(4) DU CODE CRIMINEL**

1. Considérant les privilèges tels que définis par la loi et la jurisprudence, le mandataire doit préalablement obtenir l'autorisation du directeur des poursuites criminelles et pénales ou de son adjoint, ou du sous-procureur général au sens du second paragraphe de l'article 6 de la *Loi sur le ministère de la Justice* (chapitre M-19) pour présenter une demande d'autorisation en vertu de l'article 185 ou de mandat en vertu de l'article 487.01(4) du *Code criminel*, dans les cas où la demande d'autorisation d'interception des communications privées ou la demande de mandat de surveillance vidéo vise :
 - a) un membre de l'Assemblée nationale, de la Chambre des communes ou du Sénat;
 - b) un juge de la Cour suprême du Canada, de la Cour d'appel du Québec, de la Cour d'appel fédérale, de la Cour supérieure, de la Cour fédérale, de la Cour du Québec, d'une cour municipale ou un juge de paix magistrat;
 - c) un membre du Barreau du Québec ou de la Chambre des notaires du Québec;
 - d) un administrateur d'État au sens de la *Loi sur la fonction publique* (chapitre F-3.1.1, a.55), c'est-à-dire une personne nommée à titre de :
 - i. secrétaire général, secrétaire général associé ou secrétaire adjoint du Conseil exécutif;
 - ii. secrétaire, secrétaire associé ou adjoint du Conseil du trésor;
 - iii. sous-ministre ou sous-ministre associé ou adjoint.
 - e) un journaliste.
2. Dans le cas où il est consulté relativement à une interception ou une surveillance consensuelle auxquelles s'applique l'article 184.2, le mandataire doit s'assurer du respect du paragraphe précédent avant de donner son accord.
3. Le mandataire soumet au juge d'autorisation les demandes d'autorisation en vertu de l'article 185, ou de mandat en vertu de l'article 487.01(4) ou de renouvellement en vertu de l'article 186 du *Code criminel*, qui lui ont été présentées par un membre, soit de la Sûreté du Québec, soit du Service de police de la Ville de Montréal, soit du Service de police de la Ville de Québec, soit de la Gendarmerie royale du Canada.

4. Avant de signer la demande d'autorisation d'interception, de renouvellement d'autorisation d'interception, de mandat de surveillance ou de renouvellement de mandat de surveillance et de la présenter à un juge, conformément aux articles 185, 186 et 487.01(4) du *Code criminel*, le mandataire doit être moralement convaincu qu'elle est bien fondée au meilleur de sa connaissance.
5. Relativement aux autorisations et aux mandats dont il a fait la demande, ou pour lesquels un agent de la paix a fait une demande après l'avoir préalablement avisé, le mandataire doit voir à ce que soient respectées les prescriptions de l'article 196 du *Code criminel*.
6. Le mandataire devra fournir au directeur des poursuites criminelles et pénales les renseignements nécessaires à la confection du rapport annuel prévu à l'article 195 du *Code criminel*, relativement aux autorisations et aux mandats dont il a fait la demande, ou pour lesquels un agent de la paix a fait une demande après l'avoir préalablement avisé.
7. Le mandataire ne peut révéler à qui que ce soit les renseignements dont il a connaissance par le biais de l'écoute électronique, sauf si cette divulgation est nécessaire aux termes de la loi ou pour les fins de son mandat.

La Procureure générale du
Québec,



STÉPHANIE VALLÉE

Québec, le 8 novembre 2016

1

Projet : _____

[illegible]

SERVICE DE POLICE DE LA VILLE DE LONGUEUIL

Montréal, le 11 mai 2017

M. Fady Dagher
Chef de police
Service de police de l'agglomération de Longueuil
699 boulevard Curé-Poirier Ouest
Longueuil, Québec
J4J 2J1

OBJET : Demande de communication des directives concernant l'obtention d'autorisations judiciaires visant des journalistes dans le cours d'enquêtes.

Créée le 11 novembre 2016 par le gouvernement du Québec, la Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques a été mise sur pied afin de faire la lumière sur les cas de surveillance et de perquisition touchant des journalistes.

Le mandat de la commission est le suivant :

1. Enquêter, faire rapport et formuler des recommandations sur les pratiques policières en matière d'enquête susceptibles de porter atteinte au privilège protégeant l'identité des sources journalistiques, y compris sur les allégations d'interventions politiques auprès des corps de police de nature à compromettre ce privilège et qui ont pu mener au déclenchement d'enquêtes policières;
2. Enquêter, faire rapport et formuler des recommandations sur les pratiques relatives à l'obtention et à l'exécution d'autorisations judiciaires susceptibles de porter atteinte au privilège protégeant l'identité des sources journalistiques;
3. Formuler des recommandations au gouvernement quant aux meilleures pratiques et aux actions concrètes à mettre en œuvre afin d'assurer le respect du privilège protégeant l'identité des sources journalistiques. Ces recommandations pourront aussi porter sur les pratiques du Directeur des poursuites criminelles et pénales, les balises entourant les autorisations judiciaires et l'opportunité de modifier les cadres législatif et administratif pertinents.

Conformément au deuxième volet du mandat, le service de recherche de la Commission travaille actuellement à l'élaboration d'un tableau comparatif des critères et procédures applicables à l'obtention d'autorisations judiciaires visant directement ou indirectement des journalistes. Afin de documenter les processus existants, nous aurions besoin de prendre connaissance des directives existantes au sein de votre organisation.

Les documents peuvent être transmis par voie de courriel à :
lucie.joncas@cepcsj.gouv.qc.ca ou encore par la poste à l'adresse suivante :

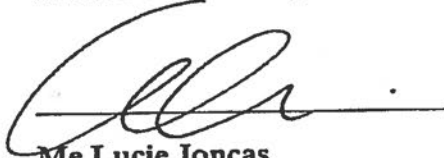
CEPCSJ
500, boulevard René-Lévesque Ouest
Bureau 9.100
C.P. 38
Montréal (Québec)
H2Z 1W7

Nous demeurons à votre disposition pour répondre à toute question supplémentaire.

Si possible, nous aimerions obtenir la documentation avant le 18 mai 2017.

Merci à l'avance pour votre collaboration.

Meilleurs salutations,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Lucie Joncas', written over a horizontal line.

Me Lucie Joncas

Avocate en chef

Commission d'Enquête sur la Protection de la Confidentialité des Sources Journalistiques

Boucher, Guylaine

De: Joncas, Lucie
Envoyé: 19 mai 2017 12:32
À: Boucher, Guylaine
Cc: Côté, Anne-Marie
Objet: TR: Autorisations judiciaires visant des journalistes dans le cours d'enquêtes
Signé par: Lucie.Joncas@cepcsj.gouv.qc.ca

De : Martel, Chantal [mailto:Chantal.Martel@longueuil.quebec]
Envoyé : 19 mai 2017 11:34
À : Joncas, Lucie <Lucie.Joncas@cepcsj.gouv.qc.ca>
Objet : Autorisations judiciaires visant des journalistes dans le cours d'enquêtes

Bonjour madame,

En réponse à votre lettre du 11 mai dernier, nos directives et procédures ne traitent pas des obtentions judiciaires visant directement ou indirectement des journalistes.

Toute demande externe pour obtenir des copies de documents sont traités par la responsable de l'accès à l'information conformément à la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements nominatifs* de la Ville de Longueuil.

Cordiales salutations,



Service de police
AGGLOMÉRATION DE LONGUEUIL

Agglomération
longueuil

Chantal Martel,
Secrétaire de direction

Bureau de Fady Dagher,
directeur

699, boulevard Curé-Poirier Ouest
Longueuil (Québec) J4J 2J1

Téléphone 450 463-7100, poste 2735
Télécopieur 450 463-7362

longueuil.quebec

NOS VALEURS

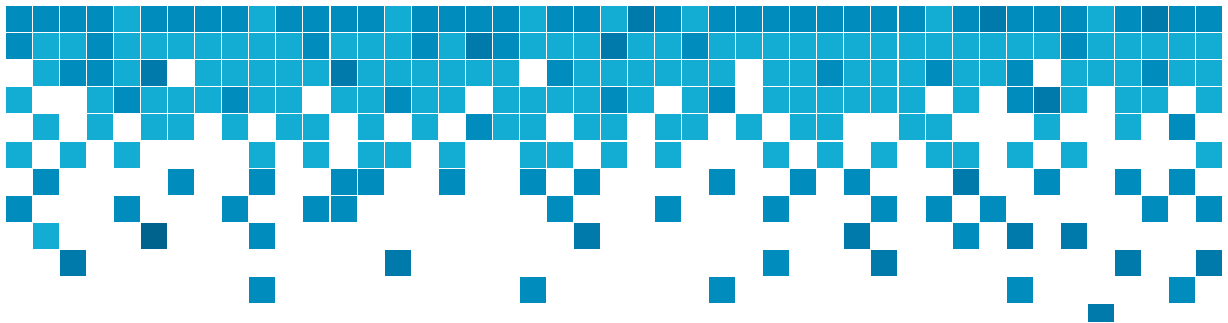
Service – Professionnalisme – Respect – Intégrité – Loyauté

Imprimez seulement au besoin !

AVIS : Les renseignements contenus dans ce courriel sont destinés par son expéditeur à l'usage de la personne ou de l'organisation à qui ils sont adressés et peuvent constituer des renseignements confidentiels et protégés par la loi. Si vous avez reçu ce message par erreur, S.V.P., effacez-le de votre système sans le copier ou le faire suivre et avisez l'expéditeur de l'erreur par retour du courrier électronique ou par téléphone afin que nous puissions modifier nos dossiers.

**Recension des changements
apportés au Code criminel
par la *Loi sur la protection
des Canadiens contre la
cybercriminalité (C-13)***

ANNEXE XII



RECENSION DES CHANGEMENTS APPORTÉS AU CODE CRIMINEL PAR LA LOI SUR LA PROTECTION DES CANADIENS CONTRE LA CYBERCRIMINALITÉ (C-13)

Service de recherche, CEPCSJ, 29 août 2017

Article 487 – Mandat de perquisition

Cet article n'a subi aucune modification par l'entrée en vigueur de C-13.

Article 487.01 – Mandat général

Cet article n'a subi aucune modification par l'entrée en vigueur de C-13.

487.011 – Définitions

Cet article a été largement étoffé pour apporter des définitions plus proches de la réalité technologique moderne.

AVANT C-13	APRÈS C-13
487.011 Les définitions qui suivent s'appliquent aux articles 487.012 à 487.017. document Tout support sur lequel est enregistré ou marqué quelque chose qui peut être lu ou compris par une personne, un ordinateur ou un autre dispositif. (<i>document</i>) données S'entend au sens du paragraphe 342.1(2). (<i>data</i>)	487.011 Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 487.012 à 487.0199. document Tout support sur lequel sont enregistrées ou inscrites des données. (<i>document</i>) données Représentations, notamment signes, signaux ou symboles, qui peuvent être comprises par une personne physique ou traitées par un ordinateur ou un autre dispositif. (<i>data</i>) données de localisation Données qui concernent le lieu d'une opération ou d'une chose ou le lieu où est située une personne physique. (<i>tracking data</i>) données de transmission Données qui, à la fois : a) concernent les fonctions de composition, de routage, d'adressage ou de signalisation en matière de télécommunication ; b) soit sont transmises pour identifier, activer ou configurer un dispositif, notamment un programme d'ordinateur au sens du paragraphe 342.1(2), en vue d'établir ou de maintenir l'accès à un service de télécommunication afin de rendre possible une communication, soit sont produites durant la création, la transmission ou la réception d'une communication et indiquent, ou sont censées indiquer, le type, la direction, la date, l'heure, la durée, le volume, le point d'envoi, la destination ou le point d'arrivée de la communication ; c) ne révèlent pas la substance, le sens ou l'objet de la communication. (<i>transmission data</i>) données informatiques S'entend au sens du paragraphe 342.1(2). (<i>computer data</i>) fonctionnaire public Fonctionnaire public nommé ou désigné pour l'exécution ou le contrôle d'application d'une loi fédérale ou provinciale et chargé notamment de faire observer la présente loi ou toute autre loi fédérale. (<i>public officer</i>) juge Juge de la cour supérieure de juridiction criminelle ou juge de la Cour du Québec. (<i>judge</i>)

Article 487.012 – Ordre de préservation (données informatiques)

L'ancien article 487.012 (ordonnance de communication) est devenu l'article 487.014 depuis C-13, nous le traiterons sous 487.014. Ce nouvel article 487.012 est complètement nouveau et ne réfère à rien qui était auparavant dans le *Code criminel*.

Article 487.013 – Ordonnance de préservation : données informatiques

L'ancien article 487.013 (Ordonnance de communication de renseignements bancaires ou commerciaux) est devenu l'article 487.018 depuis C-13, nous le traiterons sous 487.018. Ce nouvel article 487.013 est complètement nouveau et ne réfère à rien qui était auparavant dans le *Code criminel*.

Article 487.014 – Ordonnance générale de communication

Cet article était auparavant codifié sous 487.012. Il y a peu de différences entre les deux articles. Les diverses conditions prévues à la fin de 487.012 ne se retrouvent plus directement dans l'article 487.014 mais sont plutôt dans les articles 487.019 et suivants. L'ancien article prévoit que l'infraction « a été ou est présumée avoir été commise » alors que le nouvel article prévoit que l'infraction « a été ou sera commise ». L'ancien article prévoit que les documents fourniront une preuve « touchant » la perpétration de l'infraction, alors que le nouvel article parle plutôt de preuve « concernant » la perpétration de l'infraction.

AVANT C-13 (ART. 487.012)	APRÈS C-13 (ART. 487.014)
Ordonnance de communication 487.012 (1) Sauf si elle fait l'objet d'une enquête relative à l'infraction visée à l'alinéa (3)a), un juge de paix ou un juge peut ordonner à une personne : a) de communiquer des documents — originaux ou copies certifiées conformes par affidavit — ou des données ; b) de préparer un document à partir de documents ou données existants et de le communiquer.	Ordonnance générale de communication 487.014 (1) Sous réserve des articles 487.015 à 487.018, le juge de paix ou le juge peut, sur demande <i>ex parte</i> présentée par un agent de la paix ou un fonctionnaire public, ordonner à toute personne de communiquer un document qui est la copie d'un document qui est en sa possession ou à sa disposition au moment où elle reçoit l'ordonnance ou d'établir et de communiquer un document comportant des données qui sont en sa possession ou à sa disposition à ce moment.
Note marginale : Communication à un agent de la paix (2) L'ordonnance précise le moment, le lieu et la forme de la communication ainsi que la personne à qui elle est faite — agent de la paix ou fonctionnaire public nommé ou désigné pour l'application ou l'exécution d'une loi fédérale ou provinciale et chargé notamment de faire observer la présente loi ou toute autre loi fédérale.	
Note marginale : Conditions à remplir (3) Le juge de paix ou le juge ne rend l'ordonnance que s'il est convaincu, à la suite d'une dénonciation par écrit faite sous serment et présentée <i>ex parte</i> , qu'il existe des motifs raisonnables de croire que les conditions suivantes sont réunies : a) une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale <u>a été ou est présumée avoir été commise</u> ; b) les documents ou données fourniront une preuve <u>touchant</u> la perpétration de l'infraction ; c) les documents ou données sont en la possession de la personne en cause ou à sa disposition.	Note marginale : Conditions préalables à l'ordonnance (2) Il ne rend l'ordonnance que s'il est convaincu, par une dénonciation sous serment faite selon la formule 5.004, qu'il existe des motifs raisonnables de croire, à la fois : a) qu'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale <u>a été ou sera commise</u> ; b) que le document ou les données sont en la possession de la personne ou à sa disposition et fourniront une preuve <u>concernant</u> la perpétration de l'infraction. Note marginale : Formule (3) L'ordonnance est rendue selon la formule 5.005. Note marginale : Limite (4) La personne faisant l'objet d'une enquête relative à l'infraction visée au paragraphe (2) ne peut être assujettie à l'ordonnance.

AVANT C-13 (ART. 487.012)	APRÈS C-13 (ART. 487.014)
Note marginale : Conditions (4) L'ordonnance peut être assortie des conditions que le juge de paix ou le juge estime indiquées, notamment pour protéger les communications privilégiées entre l'avocat — et, dans la province de Québec, le notaire — et son client.	
Note marginale : Modification, renouvellement et révocation (5) Le juge de paix ou le juge qui a rendu l'ordonnance — ou un juge de la même circonscription territoriale — peut, sur demande présentée <i>ex parte</i> par l'agent de la paix ou le fonctionnaire public nommé dans l'ordonnance, la modifier, la renouveler ou la révoquer.	
Note marginale : Application (6) Les articles 489.1 et 490 s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, aux documents ou données communiqués sous le régime du présent article.	
Note marginale : Valeur probante (7) La copie d'un document communiquée sous le régime du présent article est, à la condition d'être certifiée conforme à l'original par affidavit, admissible en preuve dans toute procédure sous le régime de la présente loi ou de toute autre loi fédérale et a la même valeur probante que l'original aurait eue s'il avait été déposé en preuve de la façon normale.	
Note marginale : Copies (8) Il n'est pas nécessaire de retourner les copies de documents qui ont été communiquées sous le régime du présent article.	

Article 487.015 – Ordonnance de communication en vue de retracer une communication donnée

Ce nouvel article 487.015 est complètement nouveau et ne réfère à rien qui était auparavant dans le *Code criminel*. Avant C-13, les policiers auraient probablement dû passer par un mandat général ou une ordonnance de communication générale.

Article 487.016 – Ordonnance de communication : données de transmission

Ce nouvel article 487.016 est complètement nouveau et ne réfère à rien qui était auparavant dans le *Code criminel*. Avant C-13, les policiers auraient probablement dû passer par un mandat général ou une ordonnance de communication générale.

Article 487.017 – Ordonnance de communication : données de localisation

Ce nouvel article 487.017 est complètement nouveau et ne réfère à rien qui était auparavant dans le *Code criminel*. Avant C-13, les policiers auraient probablement dû passer par un mandat général ou une ordonnance de communication générale.

Article 487.018 – Ordonnance de communication : données financières

Cet article était codifié sous 487.013 avant C-13. Il n'y a pas de différence notable entre les deux versions, sauf que les conditions à la fin de l'ancien article ne sont plus prévues directement dans le nouvel article, mais plutôt dans les articles 487.019 et suivants.

AVANT C-13 (ART. 487.013)	APRÈS C-13 (ART. 487.018)
Ordonnance de communication de renseignements bancaires ou commerciaux 487.013 (1) Un juge de paix ou un juge peut ordonner à une institution financière au sens de l'article 2 de la <i>Loi sur les banques</i> ou à une personne ou entité visée à l'article 5 de la <i>Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes</i>, sauf si elles font l'objet d'une enquête relative à l'infraction visée à l'alinéa (4)a), de communiquer par écrit soit le numéro de compte de la personne nommée dans l'ordonnance, soit le nom de la personne dont le numéro de compte est mentionné dans l'ordonnance, ainsi que l'état du compte, sa catégorie et la date à laquelle il a été ouvert ou fermé.	Ordonnance de communication : données financières 487.018 (1) Le juge de paix ou le juge peut, sur demande <i>ex parte</i> présentée par un agent de la paix ou un fonctionnaire public, ordonner à toute institution financière au sens de l'article 2 de la <i>Loi sur les banques</i> ou à toute personne ou entité visée à l'article 5 de la <i>Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes</i> d'établir et de communiquer un document énonçant les données ci-après qui sont en sa possession ou à sa disposition au moment où elle reçoit l'ordonnance : a) le numéro de compte de la personne nommée dans l'ordonnance ou le nom de celle dont le numéro de compte y est mentionné ; b) la catégorie du compte ; c) son état ; d) la date à laquelle il a été ouvert ou fermé.
Note marginale : Identification d'une personne (2) En vue de confirmer l'identité de la personne nommée dans l'ordonnance ou celle de la personne dont le numéro de compte est mentionné dans l'ordonnance, il peut être exigé dans celle-ci que l'institution financière, la personne ou l'entité en cause donne la date de naissance, l'adresse actuelle ou une adresse antérieure de la personne concernée.	Note marginale : Identification d'une personne (2) Afin que l'identité de la personne qui y est nommée ou de celle dont le numéro de compte y est mentionné puisse être confirmée, l'ordonnance peut aussi exiger que l'institution financière, la personne ou l'entité établisse et communique un document énonçant les données ci-après qui sont en sa possession ou à sa disposition : a) la date de naissance de la personne qui y est nommée ou dont le numéro de compte y est mentionné ; b) son adresse actuelle ; c) toutes ses adresses antérieures.
Note marginale : Communication à un agent de la paix (3) L'ordonnance précise le moment, le lieu et la forme de la communication ainsi que la personne à qui elle est faite — agent de la paix ou fonctionnaire public nommé ou désigné pour l'application ou l'exécution d'une loi fédérale ou provinciale et chargé notamment de faire observer la présente loi ou toute autre loi fédérale.	
Note marginale : Conditions à remplir (4) Le juge de paix ou le juge ne rend l'ordonnance que s'il est convaincu, à la suite d'une dénonciation par écrit faite sous serment et présentée <i>ex parte</i>, qu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner que les conditions suivantes sont réunies : a) une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale a été ou sera commise ; b) les renseignements demandés seront utiles à l'enquête relative à l'infraction ; c) les renseignements sont en la possession de l'institution financière, de la personne ou de l'entité en cause ou à sa disposition.	Note marginale : Conditions préalables à l'ordonnance (3) Le juge de paix ou le juge ne rend l'ordonnance que s'il est convaincu, par une dénonciation sous serment faite selon la formule 5.004, qu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner, à la fois : a) qu'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale a été ou sera commise ; b) que les données sont en la possession de l'institution financière, de la personne ou de l'entité ou à sa disposition et seront utiles à l'enquête relative à l'infraction. Note marginale : Formule (4) L'ordonnance est rendue selon la formule 5.008. Note marginale : Limite (5) L'institution financière, la personne ou l'entité faisant l'objet d'une enquête relative à l'infraction visée au paragraphe (3) ne peut être assujettie à l'ordonnance.

AVANT C-13 (ART. 487.013)	APRÈS C-13 (ART. 487.018)
Note marginale : Conditions (5) L'ordonnance peut être assortie des conditions que le juge de paix ou le juge estime indiquées, notamment pour protéger les communications privilégiées entre l'avocat — et, dans la province de Québec, le notaire — et son client.	
Note marginale : Modification, renouvellement et révocation (6) Le juge de paix ou le juge qui a rendu l'ordonnance — ou un juge de la même circonscription territoriale — peut, sur demande présentée <i>ex parte</i> par l'agent de la paix ou le fonctionnaire public nommé dans l'ordonnance, la modifier, la renouveler ou la révoquer.	

Article 487.019 à 487.0199 – Conditions et précisions des ordonnances de préservation ou de communication

Ces articles sont tous nouveaux, mais codifient certaines conditions déjà prévues directement dans les articles avant les modifications de C-13.

Article 492.1 – Mandat pour un dispositif de localisation

L'ancien article 492.1 ne faisait pas la distinction entre l'obtention d'un dispositif de localisation pour une chose ou pour une personne. Le nouvel article est désormais séparé en deux paragraphes, les motifs raisonnables variant : ils sont de soupçonner pour le dispositif de localisation d'une chose ou d'une transaction, et de croire pour le dispositif de localisation d'une personne. Dans l'ancienne version de l'article, seuls des motifs raisonnables de soupçonner étaient requis, et ce pour tout dispositif de localisation, qu'il vise une chose ou une personne. Le nouvel article est plus complet et contient de plus amples définitions des concepts auxquels il réfère.

AVANT C-13	APRÈS C-13
Dénonciation pour mandat de localisation 492.1 (1) Le juge de paix qui est convaincu, à la suite d'une dénonciation par écrit faite sous serment, qu'il existe des <u>motifs raisonnables de soupçonner</u> qu'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale a été ou sera commise et que des renseignements utiles à cet égard, notamment sur le lieu où peut se trouver une personne, peuvent être obtenus au moyen d'un dispositif de localisation peut décerner un mandat autorisant un agent de la paix ou, dans le cas d'un fonctionnaire public nommé ou désigné pour l'application ou l'exécution d'une loi fédérale ou provinciale et chargé notamment de faire observer la présente loi ou toute autre loi fédérale, celui qui y est nommé : a) à installer un dispositif de localisation dans ou sur toute chose, notamment une chose transportée, utilisée ou portée par une personne, à l'entretenir et à l'enlever ; b) à surveiller ou faire surveiller ce dispositif.	Mandat pour un dispositif de localisation : opération ou chose 492.1 (1) S'il est convaincu, par une dénonciation sous serment, qu'il existe des <u>motifs raisonnables de soupçonner</u> qu'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale a été ou sera commise et que la localisation du lieu d'une ou de plusieurs opérations ou du lieu ou des déplacements d'une chose, notamment un véhicule, sera utile à l'enquête relative à l'infraction, un juge de paix ou un juge peut délivrer un mandat autorisant un agent de la paix ou un fonctionnaire public à obtenir ces données de localisation au moyen d'un dispositif de localisation.

AVANT C-13	APRÈS C-13
Note marginale : Nouveaux mandats (3) Le juge de paix peut décerner de nouveaux mandats en vertu du présent article. Définition de dispositif de localisation (4) Pour l'application du présent article, dispositif de localisation s'entend d'un dispositif qui, lorsqu'il est placé dans ou sur une chose, peut servir à localiser une chose ou une personne par des moyens électroniques ou autres.	Note marginale : Mandat pour un dispositif de localisation : personne physique (2) S'il est convaincu, par une dénonciation sous serment, qu'il existe des <u>motifs raisonnables de croire</u> qu'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale a été ou sera commise et que la localisation des déplacements d'une personne physique par l'identification du lieu d'une chose qui est habituellement portée ou transportée par elle serait utile à l'enquête relative à l'infraction, un juge de paix ou un juge peut délivrer un mandat autorisant un agent de la paix ou un fonctionnaire public à obtenir ces données de localisation au moyen d'un dispositif de localisation. Note marginale : Portée du mandat (3) Le mandat autorise l'agent de la paix ou le fonctionnaire public, ou toute personne qui agit sous sa direction, à installer, activer, employer, entretenir, surveiller et enlever le dispositif, notamment d'une manière secrète. Note marginale : Conditions (4) Le mandat peut être assorti de toutes conditions que le juge de paix ou le juge estime indiquées, notamment quant à la protection des intérêts de toute personne.
Note marginale : Période de validité du mandat (2) Le mandat est valide pour la période, d'au plus soixante jours, qui y est indiquée.	Note marginale : Période de validité (5) Sous réserve du paragraphe (6), il est valide pour la période qui y est indiquée, laquelle ne peut dépasser soixante jours à compter de la date de délivrance. Note marginale : Période de validité : organisation criminelle ou infraction de terrorisme (6) Il est valide pour la période qui y est indiquée, laquelle ne peut dépasser un an à compter de la date de délivrance dans les cas où il vise : a) soit une infraction prévue à l'un des articles 467.11 à 467.13 ; b) soit une infraction commise au profit ou sous la direction d'une organisation criminelle, ou en association avec elle ; c) soit une infraction de terrorisme.
Note marginale : Enlèvement après l'expiration du mandat (5) Sur demande écrite <i>ex parte</i>, accompagnée d'un affidavit, le juge de paix qui a décerné le mandat visé aux paragraphes (1) ou (3) ou un juge de paix compétent pour décerner un tel mandat peut permettre que le dispositif de localisation soit enlevé secrètement après l'expiration du mandat : a) selon les modalités qu'il estime opportunes ; b) au cours de la période, d'au plus soixante jours, qu'il spécifie.	Note marginale : Enlèvement après l'expiration du mandat (7) Sur demande <i>ex parte</i>, accompagnée d'un affidavit, le juge de paix ou le juge qui a délivré le mandat ou un juge de paix ou juge compétent pour délivrer un tel mandat peut autoriser l'enlèvement en secret du dispositif de localisation après l'expiration du mandat, selon les conditions qu'il estime indiquées dans l'intérêt public. L'autorisation est valide pour une période, d'au plus quatre-vingt-dix jours, qui y est indiquée.

AVANT C-13	APRÈS C-13
	Note marginale : Définitions (8) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article. dispositif de localisation Tout dispositif, notamment un programme d'ordinateur au sens du paragraphe 342.1(2), pouvant servir à obtenir ou à enregistrer des données de localisation ou à les transmettre par un moyen de télécommunication. (<i>tracking device</i>) données Représentations, notamment signes, signaux ou symboles, qui peuvent être comprises par une personne physique ou traitées par un ordinateur ou un autre dispositif. (<i>data</i>) données de localisation Données qui concernent le lieu d'une opération ou d'une chose ou le lieu où est située une personne physique. (<i>tracking data</i>) fonctionnaire public Fonctionnaire public nommé ou désigné pour l'exécution ou le contrôle d'application d'une loi fédérale ou provinciale et chargé notamment de faire observer la présente loi ou toute autre loi fédérale. (<i>public officer</i>) juge Juge de la cour supérieure de juridiction criminelle ou juge de la Cour du Québec. (<i>judge</i>)

Article 492.2 – Mandat pour un enregistreur de données de transmission

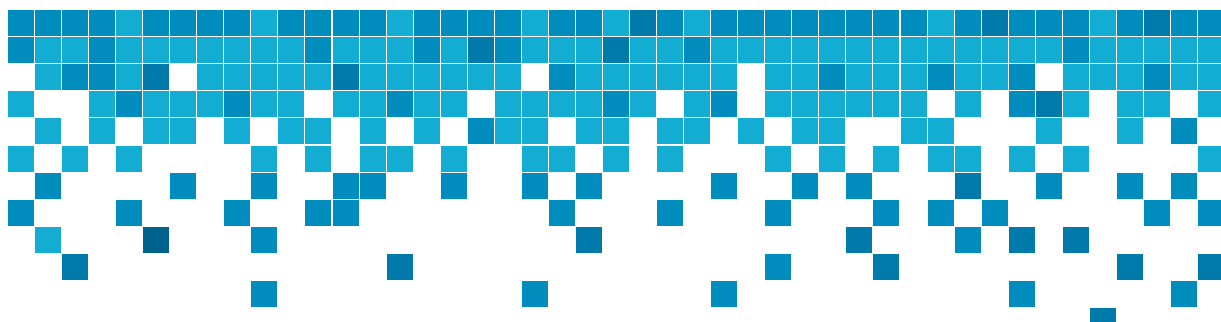
Cet article a été modifié par C-13. Dans l'ancienne version, seul un juge de paix pouvait octroyer le mandat, alors que le nouvel article prévoit qu'un juge de paix ou un juge peut le faire. Le nouvel article est plus complet et contient plus de définitions des concepts utilisés. Il permet explicitement d'activer un enregistreur de données et de procéder à toutes les actions permises de manière secrète, ce qui n'était pas explicitement prévu dans l'ancienne version.

AVANT C-13	APRÈS C-13
Dénonciation : enregistreur de numéro 492.2 (1) Le <u>juge de paix</u> qui est convaincu, à la suite d'une dénonciation par écrit faite sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale a été ou sera commise et que des renseignements utiles à l'enquête relative à l'infraction pourraient être obtenus au moyen d'un enregistreur de numéro peut décerner un mandat autorisant un agent de la paix ou, dans le cas d'un fonctionnaire public nommé ou désigné pour l'application ou l'exécution d'une loi fédérale ou provinciale et chargé notamment de faire observer la présente loi ou toute autre loi fédérale, celui qui y est nommé : a) à placer sous enregistreur de numéro un téléphone ou une ligne téléphonique, à entretenir l'enregistreur et à les en dégager; b) à surveiller ou <u>faire surveiller</u> l'enregistreur.	Mandat pour un enregistreur de données de transmission 492.2 (1) S'il est convaincu, par une dénonciation sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale a été ou sera commise et que des données de transmission seront utiles à l'enquête relative à l'infraction, <u>un juge de paix ou un juge</u> peut délivrer un mandat autorisant un agent de la paix ou un fonctionnaire public à obtenir de telles données au moyen d'un enregistreur de données de transmission. Note marginale : Portée du mandat (2) Le mandat autorise l'agent de la paix ou le fonctionnaire public, ou toute personne qui agit sous sa direction, à installer, <u>activer</u>, employer, entretenir, surveiller et enlever l'enregistreur de données de transmission, <u>notamment d'une manière secrète</u>. Note marginale : Limite (3) <u>Aucun mandat ne peut être délivré en vertu du présent article pour obtenir des données de localisation.</u>

Note marginale : Ordonnance : registre de téléphone (2) Dans les circonstances visées au paragraphe (1), le juge peut ordonner à la personne ou à l'organisme qui possède légalement un registre des appels provenant d'un téléphone ou reçus ou destinés à être reçus à ce téléphone de donner le registre ou une copie de celui-ci à toute personne nommée dans l'ordonnance. Note marginale : Autres dispositions applicables (3) Les paragraphes 492.1(2) et (3) s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, aux mandats décernés et aux ordonnances rendues en vertu du présent article.	Note marginale : Période de validité (4) Sous réserve du paragraphe (5), il est valide pour la période qui y est indiquée, laquelle ne peut dépasser soixante jours à compter de la date de délivrance. Note marginale : Période de validité : organisation criminelle ou infraction de terrorisme (5) Il est valide pour la période qui y est indiquée, laquelle ne peut dépasser un an à compter de la date de délivrance dans les cas où il vise : a) soit une infraction prévue à l'un des articles 467.11 à 467.13 ; b) soit une infraction commise au profit ou sous la direction d'une organisation criminelle, ou en association avec elle ; c) soit une infraction de terrorisme.
Note marginale : Définition de « enregistreur de numéro » (4) Pour l'application du présent article, enregistreur de numéro s'entend d'un dispositif qui peut enregistrer ou identifier le numéro ou la localisation du téléphone d'où provient un appel ou auquel l'appel est reçu ou destiné à être reçu.	Note marginale : Définitions (6) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article. données : Représentations, notamment signes, signaux ou symboles, qui peuvent être comprises par une personne physique ou traitées par un ordinateur ou un autre dispositif. (<i>data</i>) données de transmission : Données qui, à la fois : a) concernent les fonctions de composition, de routage, d'adressage ou de signalisation en matière de télécommunication ; b) soit sont transmises pour identifier, activer ou configurer un dispositif, notamment un programme d'ordinateur au sens du paragraphe 342.1(2), en vue d'établir ou de maintenir l'accès à un service de télécommunication afin de rendre possible une communication, soit sont produites durant la création, la transmission ou la réception d'une communication et indiquent, ou sont censées indiquer, le type, la direction, la date, l'heure, la durée, le volume, le point d'envoi, la destination ou le point d'arrivée de la communication ; c) ne révèlent pas la substance, le sens ou l'objet de la communication. (<i>transmission data</i>) enregistreur de données de transmission : Tout dispositif, notamment un programme d'ordinateur au sens du paragraphe 342.1(2), pouvant servir à obtenir ou à enregistrer des données de transmission ou à les transmettre par un moyen de télécommunication. (<i>transmission data recorder</i>) fonctionnaire public : Fonctionnaire public nommé ou désigné pour l'exécution ou le contrôle d'application d'une loi fédérale ou provinciale et chargé notamment de faire observer la présente loi ou toute autre loi fédérale. (<i>public officer</i>) juge : juge de la cour supérieure de juridiction criminelle ou juge de la Cour du Québec. (<i>judge</i>)

ANNEXE XIII

**Pouvoir des juges de paix
magistrats au Canada**



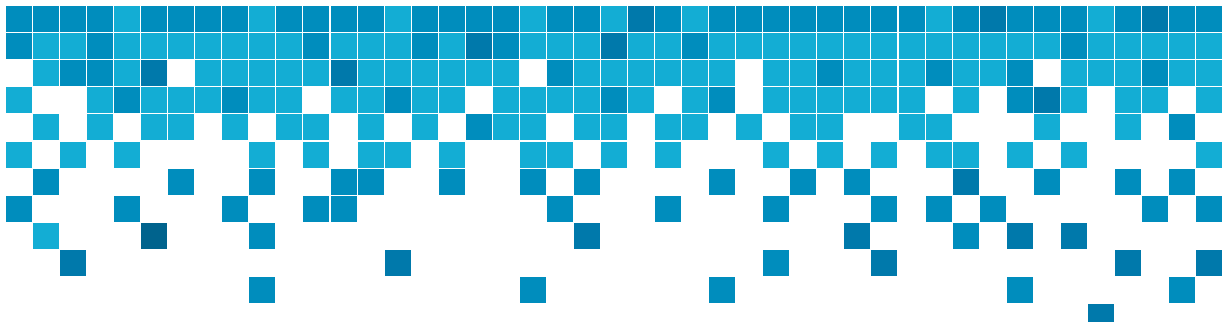
	Québec	Alberta	Colombie-Britannique	Manitoba	Nouvelle-Écosse	Ontario	Saskatchewan	Territoires Nord-Ouest	Yukon
Art. 487. Mandat de perquisition général	X	X	X		X	X	X	X	X
Art. 487 (1) c. 1. Mandat de perquisition et de saisie (propriété)	X	X	X			X	X	X	
Art. 487.01. Mandat général	X								
Art. 487.014. Ordonnance générale de communication	X	X	X	X	X	X	X	X	
Art. 487.013. Ordonnance de préservation des données informatiques	X	X	X	X	X	X	X	X	
Art. 492.1(1). Mandat pour un dispositif de localisation d'une personne physique	X	X	X		X	X	X	X	
Art. 492.2. Mandat pour enregistreur de données de transmission	X	X	X		X	X	X	X	
Art. 492.2(2). Ordonnance de communication de données de transmission (DNR)	X	X	X		X	X	X	X	
Autre : Est-ce que les juges de paix magistrats peuvent considérer des arguments portant sur la <i>Charte</i> ? ¹	X			X	X	X	X		

Source : Fabien Gélinas, *Présentation comparative de la situation des juges de paix magistrats*, Annexe B, Conférence des juges de paix magistrats, 27 mai 2016

1 Traduction libre : Do JJOPs have the power and occasion to consider Charter arguments (for example in the context of a release from custody?)

Statut et profil des juges de paix magistrats au Canada (ou équivalence d'une cour provinciale)

ANNEXE XIV



STATUT ET PROFIL DES JUGES DE PAIX MAGISTRATS AU CANADA (OU ÉQUIVALENCE D'UNE COUR PROVINCIALE)

	Québec	Alberta	Colombie-Britannique	Manitoba	Nouvelle-Écosse	Ontario	Saskatchewan	Territoires Nord-Ouest	Yukon
Critères d'éligibilité équivalant au standard de la magistrature supérieure au Canada	X								
Inscription obligatoire au Barreau	X	X	X						
Préférence pour les candidats avocats	X	X	X		X		X ¹		
Exercice obligatoire de la profession d'avocat depuis minimum 5 ans		X	X						
Exercice obligatoire de la profession d'avocat depuis minimum 10 ans	X								
Mode de nomination identique à celui d'un juge d'une cour provinciale	X	X	X			X			X
Compétence territoriale étendue à l'ensemble de la province	X	X	X	X	X	X	X	X	²
Temps complet (TOUS) Garde 24/7/365 jours	X			X		X			
Inamovibilité Mutation impossible	X	X	X	X	X	X	X	X	X

Source : Fabien Gélinas, *Présentation comparative de la situation des juges de paix magistrats*,
Conférence des juges de paix magistrats, 27 mai 2016

1 Le Barreau n'est pas exigé, mais avant 2013, seuls les candidats ayant une formation juridique étaient admissibles au poste de juge de paix senior «*Senior Justices of the Peace*».

2 Certains juges de paix sont nommés pour agir auprès d'une seule communauté.

