

MÉMOIRE DU BARREAU DU QUÉBEC

Projet de loi n° 187 — *Loi sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques*

Présenté à la ministre de la Justice

11 juin 2018

Mission du Barreau du Québec

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

Remerciements

Le Barreau du Québec remercie le Secrétariat de l'Ordre et Affaires juridiques pour la rédaction de ce mémoire :

M^e Nicolas Le Grand Alary

M^e Sylvie Champagne

Édité en juin 2018 par le Barreau du Québec

ISBN (PDF) : 978-2-924857-39-7

Dépôt légal — Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2018

Dépôt légal — Bibliothèque et Archives Canada, 2018

Vue d'ensemble de la position du Barreau du Québec

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

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

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

- ✓ **Le Barreau du Québec souhaite que le législateur adopte une loi claire afin d'en faciliter son application par les tribunaux et de réduire le nombre de litiges**

Le Barreau du Québec souhaite attirer l'attention du législateur sur de possibles interprétations contradictoires de la loi fédérale et, par extension, du projet de loi. Afin d'éviter un va-et-vient jurisprudentiel, nous proposons au législateur d'être clair et de prendre position quant aux critères à considérer. Cela permettra de faciliter l'application de la loi par les tribunaux et réduira substantiellement le nombre de litiges potentiels.

- ✓ **Le Barreau du Québec appuie la définition de « journaliste » prévue par le projet de loi**

Le Barreau du Québec salue l'introduction d'une définition du terme « journaliste » dans le projet de loi. Une définition de la notion de journaliste est essentielle afin de bien circonscrire le champ d'application du projet de loi. La définition proposée reprend celle retenue par la loi fédérale.

La définition proposée de « journaliste » n'est pas trop large, mais protège effectivement les journalistes et la confidentialité des sources, en la limitant aux personnes dont l'occupation principale consiste à contribuer directement et moyennant rétribution, soit régulièrement ou occasionnellement, à la collecte, à la rédaction ou à la production d'informations en vue de leur diffusion par les médias.

- ✓ **Le Barreau du Québec demande que le tribunal soit obligé de soulever d'office la confidentialité d'une source journalistique**

À l'instar du secret professionnel, dont le tribunal doit assurer d'office le respect, le Barreau du Québec croit que l'application des protections visant la confidentialité des sources journalistiques devrait être obligatoirement soulevée par le tribunal, l'organisme ou la personne ayant le pouvoir de contraindre.

- ✓ **Le Barreau du Québec propose de préciser les conditions que le tribunal peut prévoir afin de s'assurer de protéger l'identité de la source journalistique**

Dans un objectif pédagogique, le Barreau du Québec propose qu'une liste non limitative de conditions possibles soit insérée dans le projet de loi afin de guider les tribunaux dans l'exercice de ce pouvoir. Le caractère non limitatif de cette liste (par l'emploi du terme « notamment » par exemple) permettra au législateur de ne pas circonscrire indument la discrétion judiciaire et permettra aux tribunaux de déterminer le meilleur remède le plus adapté aux circonstances de l'affaire.

- ✓ **Le Barreau du Québec propose d'élargir l'appel de plein droit de décisions rejetant une objection visant la protection d'une source journalistique**

Le Barreau du Québec salue la modification visant à permettre les appels de plein droit des décisions qui rejettent une objection visant la protection de la confidentialité d'une source journalistique. Cependant, nous constatons que cette modification ne vise que les appels de décisions de la Cour du Québec ou de la Cour supérieure.

Afin de permettre l'appel interlocutoire de décisions d'autres tribunaux, notamment les tribunaux administratifs, le Barreau du Québec propose que le projet de loi soit modifié. Nous proposons d'y mentionner spécifiquement que la protection de la confidentialité des sources journalistiques peut faire l'objet d'un appel, suivant les règles particulières prévues par les lois constitutives des différents tribunaux ou organismes administratifs visés.

- ✓ **Le Barreau du Québec souhaite que le projet de loi en fasse davantage que d'uniquement appliquer en matière pénale des règles du *Code criminel***

Le projet de loi prévoit que les règles du *Code criminel* s'appliquent *mutatis mutandis* aux instances visées par le *Code de procédure pénale*. Une de ces règles permet au juge saisi de la demande pour le mandat, l'autorisation ou l'ordonnance de nommer d'office un avocat chargé de présenter des observations qui sont dans l'intérêt de la liberté de la presse et qui concernent les conditions d'émission du mandat, de l'autorisation ou de l'ordonnance.

Le Barreau du Québec recommande au législateur d'aller plus loin que la loi fédérale en imposant la présence de cet avocat pour chaque demande d'autorisation judiciaire concernant un journaliste. En effet, considérant l'absence des parties lors du processus de la demande d'autorisation, il ne peut être que bénéfique qu'un avocat fasse des représentations au juge quant aux intérêts de la personne visée par l'autorisation.

Table des matières

INTRODUCTION.....	1
1. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX	1
1.1 Droits et libertés fondamentaux et principes constitutionnels applicables	1
1.2 Principes juridiques quant à la protection de la confidentialité des sources journalistiques	2
1.3 État de la jurisprudence appliquant la nouvelle loi fédérale	5
2. COMMENTAIRES PARTICULIERS	7
2.1 Définition de « journaliste » prévue au projet de loi	7
2.2 Pouvoir du tribunal de soulever d’office la confidentialité d’une source journalistique.	8
2.3 Conditions que le tribunal peut prévoir afin de s’assurer de protéger l’identité de la source journalistique	9
2.4 Appel de plein droit de décisions rejetant une objection visant la protection d’une source journalistique	9
2.5 Application en matière pénale des règles du <i>Code criminel</i>	10
CONCLUSION.....	11

INTRODUCTION

Au cours de l'automne 2016, les médias québécois ont rapporté des cas où des journalistes auraient fait l'objet d'autorisations judiciaires de surveillance et de perquisition. Afin de démystifier ces situations susceptibles de miner la confiance du public dans la capacité des journalistes de protéger la confidentialité de leurs sources ainsi que dans les services policiers et l'administration de la justice, le gouvernement du Québec a créé, le 11 novembre 2016, la Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques.

Parallèlement, le projet de loi S-231 intitulé *Loi modifiant la Loi sur la preuve au Canada et le Code criminel (protection des sources journalistiques)* a reçu la sanction royale, le 18 octobre 2017. Cette nouvelle loi codifie de manière générale le droit en vigueur quant à la protection de la confidentialité des sources journalistiques. En effet, en modifiant la *Loi sur la preuve au Canada*¹, on y établit le principe selon lequel les journalistes ne peuvent être contraints de divulguer des renseignements ou des documents permettant l'identification d'une source journalistique, à moins que ces renseignements ou documents ne puissent être obtenus par un autre moyen raisonnable et que l'intérêt public dans l'administration de la justice l'emporte sur l'intérêt public à préserver la confidentialité de la source.

Le Barreau du Québec a participé aux auditions de la Commission d'enquête sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques et y a soumis un mémoire². Nous avons également formulé des commentaires au Sénat du Canada concernant le projet de loi S-231³.

C'est dans ce contexte que le Barreau du Québec a pris connaissance du projet de loi n° 187 intitulé *Loi sur la protection de la confidentialité des sources journalistiques* (ci-après « projet de loi »). De manière générale, le Barreau du Québec accueille favorablement le projet de loi et vous soumet certains commentaires visant à le bonifier.

1. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX

1.1 Droits et libertés fondamentaux et principes constitutionnels applicables

La *Charte canadienne des droits et libertés*⁴ élève au niveau des libertés fondamentales la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication⁵. Également, la *Charte des droits et libertés de la personne*⁶ (ci-après « Charte québécoise ») prévoit que toute personne est titulaire des libertés fondamentales, telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la

¹ L.R.C. 1985, c. C-5.

² En ligne : <https://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2017/20170803-Barreau-du-Quebec-Memoire-CEPCSJ.pdf>.

³ En ligne : <https://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2017/20170228-pl-s231.pdf>.

⁴ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

⁵ *Id.*, art. 2b).

⁶ RLRQ, c. C-12.

liberté de réunion pacifique et la liberté d'association⁷. Cette Charte prévoit par ailleurs que chacun a droit à l'information, dans les limites prescrites par la loi⁸.

Il est admis depuis longtemps que la liberté d'opinion et la liberté d'expression sont tributaires de la liberté de la presse et de l'accès à l'information⁹. En effet, il n'y a pas de liberté sans accès à une information de qualité qui concerne tous les aspects de la vie en société. La liberté constitue une condition essentielle de la dignité de la personne¹⁰. L'accès à l'information fait partie des fondements d'une société libre et démocratique¹¹.

Ainsi, il est essentiel de favoriser la libre circulation de l'information, tout en préservant le droit à un procès juste et équitable. L'établissement d'un juste équilibre entre ces deux facettes parfois contradictoires de l'intérêt public est primordial.

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

1.2 Principes juridiques quant à la protection de la confidentialité des sources journalistiques

Il est important de souligner que la protection de la confidentialité des sources journalistiques n'est pas un droit fondamental protégé par la *Charte canadienne des droits et libertés*. En effet, bien que cette protection est généralement considérée comme un corollaire du droit fondamental à la liberté d'expression, la Cour suprême du Canada a rappelé dans l'arrêt *R. c. National Post*¹² que :

« [...] la protection accordée à la liberté d'expression ne se limite pas aux “médias traditionnels”, mais elle est accordée à “chacun” (aux termes de l'al. 2b) de la *Charte*), soit à quiconque décide d'exercer sa liberté d'expression sur des questions d'intérêt public, que ce soit en bloguant ou en microbloguant, en criant les “nouvelles” aux passants ou en publiant un article dans un journal national. Conférer une immunité constitutionnelle aux interactions entre un groupe de rédacteurs et d'orateurs aussi hétérogène et mal défini et toute “source” que ces derniers estiment digne d'une promesse de confidentialité, assortie des conditions qu'ils déterminent (ou, comme en l'espèce, modifient rétrospectivement), aurait pour effet de miner considérablement l'application de la loi et d'autres valeurs constitutionnelles, comme le respect de la vie privée.

⁷ Charte québécoise, art. 3.

⁸ *Id.*, art. 44.

⁹ *Baier c. Alberta*, [2007] 2 RCS 673.

¹⁰ *S.R.C. c. N.-B.*, [1996] 3 RCS 480.

¹¹ *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 RCS 1326.

¹² *R. c. National Post*, [2010] 1 R.C.S. 477.

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. »¹³ (Nos soulignés)

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

« L'intérêt public à la liberté d'expression est d'une importance considérable, mais il n'est pas absolu et, dans une situation comme celle-ci, il doit être mis en balance avec d'autres intérêts publics importants, comme la conduite d'enquêtes criminelles et la répression du crime. Les tribunaux reconnaissent la nécessité, dans certaines circonstances, de préserver l'anonymat des personnes qui fournissent des renseignements d'intérêt public aux médias à la condition d'être protégées par une entente de confidentialité. »¹⁴ (Nos soulignés)

Pour cette raison, la Cour suprême a établi, dans l'arrêt *R. c. National Post*, un test pour déterminer quelles sont les communications qui bénéficient d'une protection contre la divulgation, celle-ci pouvant également être opposable à la délivrance ou l'exécution d'une autorisation judiciaire¹⁵.

En effet, une promesse de confidentialité de la part d'un journaliste sera honorée si :

- la communication a été transmise confidentiellement avec l'assurance que l'identité de l'informateur ne serait pas divulguée;
- le caractère confidentiel est essentiel aux rapports dans le cadre desquels la communication est transmise;
- ces rapports devraient, dans l'intérêt public, être entretenus assidûment; et
- l'intérêt public à protéger l'identité de l'informateur contre la divulgation l'emporte sur l'intérêt public à la découverte de la vérité¹⁶.

¹³ *R. c. National Post*, préc., note 12, par. 40 et 41.

¹⁴ *Id.*, par. 5.

¹⁵ *Id.*, par. 52.

¹⁶ *Id.*, par. 53.

Bien que les conclusions de cet arrêt découlent de la common law, la Cour suprême a énoncé dans l'arrêt *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*¹⁷ que des principes similaires trouvent application en droit civil québécois :

« Le droit du Québec peut servir de fondement à un privilège de protection du secret des sources des journalistes ou pour reconnaître une exception à l'obligation générale de fournir des éléments de preuve ou de témoigner dans une instance civile. Même s'il découle de la common law, le recours à un cadre d'analyse semblable au test de Wigmore – qui permet de reconnaître l'existence du privilège en droit criminel, comme il a été établi dans *National Post* – s'avère tout aussi valable dans le contexte d'un litige régi par le droit du Québec. »¹⁸ (Nos soulignés)

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

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

À cette étape de l'analyse, lorsque le privilège est invoqué dans le contexte d'une instance civile, il faut tenir compte notamment des facteurs suivants : le caractère essentiel de la question dans le cadre du litige, l'étape de l'instance, ensuite si le journaliste est partie à l'instance et, ce qui est le plus important peut-être, si les renseignements peuvent être obtenus par un autre moyen. »¹⁹ (Nos soulignés)

Selon la Cour suprême du Canada, la protection de la confidentialité des sources journalistiques est une composante importante d'une société libre et démocratique, bien qu'il ne s'agisse pas d'un principe qui bénéficie d'une protection constitutionnelle.

¹⁷ *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, [2010] 2 R.C.S. 592.

¹⁸ *Id.*, par. 53.

¹⁹ *Id.*, par. 65.

1.3 État de la jurisprudence appliquant la nouvelle loi fédérale

Au printemps dernier, deux décisions ont été rendues dans l'affaire criminelle *R. c. Côté*²⁰, visant à obliger des journalistes à divulguer l'identité de sources confidentielles d'information. Nous reconnaissons que la décision de la Cour supérieure (en appel de la Cour du Québec) n'a pas été renversée par la Cour d'appel puisqu'elle n'avait pas compétence²¹ et qu'une demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême a été déposée²². Le dossier est donc toujours susceptible d'évoluer.

Tant en première instance qu'en appel, la Cour a procédé à l'analyse des différents critères prévus dans la loi fédérale. Selon nos recherches, il s'agit des toutes premières décisions qui appliquent les modifications récemment apportées à la *Loi sur la preuve au Canada*.

Force est de constater que ces deux décisions présentent une vision fondamentalement différente de la protection des sources journalistiques. En première instance, la Cour du Québec applique de manière stricte les différents critères prévus à l'article 39.1 de la *Loi sur la preuve au Canada*, en mentionnant que le test de Wigmore, avancé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. National Post*, a substantiellement été modifié par la nouvelle loi fédérale :

« On constate donc que le législateur fédéral a modifié le test retenu par Wigmore de la façon suivante en ce qui concerne la protection des sources journalistiques.

Tout d'abord, observons que le paragraphe 39.1 (9) est venu inverser le fardeau reposant jusque-là sur les épaules du journaliste.

Les deux premiers volets du test de Wigmore se retrouvent incorporés dans la définition de « source journalistique ».

Le troisième volet du test de Wigmore qui visait l'exigence de rapports entretenus assidûment a été abandonné.

Le quatrième volet du test de Wigmore a été substantiellement modifié. L'intérêt public à la découverte de la vérité laisse place à l'intérêt public dans l'administration de la justice. Il faudra que la personne qui demande la divulgation démontre que c'est l'intérêt public dans l'administration de la justice qui l'emporte sur l'intérêt public à préserver la confidentialité de la source journalistique.

²⁰ *R. c. Côté*, 2018 QCCQ 547, inf. par 2018 QCCS 113.

²¹ *Denis c. Côté*, 2018 QCCA 611.

²² Demande pour autorisation d'appeler, C.S.C., 2018-05-18, 38114.

Le législateur a aussi prévu une liste non exhaustive de trois facteurs dont le tribunal, l'organisme ou la personne ayant à se livrer à cet exercice de pondération, tient compte :

- l'importance du renseignement ou du document à l'égard d'une question essentielle dans le cadre de l'instance. Le texte anglais utilise les termes « *central issue in the proceeding* ».
- la liberté de presse.
- les conséquences de la divulgation sur la source journalistique et le journaliste. »²³ (Nos soulignés)

La Cour du Québec en vient à la conclusion que l'identité de la source journalistique peut demeurer confidentielle. En appel à la Cour supérieure, le tribunal en vient à la conclusion opposée et interprète très largement l'article 39.1 de la *Loi sur la preuve au Canada* et de manière plus large, l'intention du législateur :

« Cela étant, il importe de mentionner qu'à l'instar du modèle du privilège fondé sur les circonstances de chaque cas retenu par la Cour suprême dans les arrêts *Globe and Mail* et *National Post*, l'article 39.1 LPC n'accorde pas une protection absolue aux sources journalistiques. Si le législateur fédéral avait opté pour un privilège ou une protection absolue, il n'aurait pas accordé aux tribunaux, aux organismes administratifs et aux personnes en autorité le pouvoir d'autoriser la divulgation des renseignements ou des documents identifiant ou susceptibles d'identifier une source journalistique dans les cas où l'intérêt public dans l'administration de la justice l'emporte sur l'intérêt public à préserver les sources journalistiques. En ce sens, le paragr. 39.1 (7) LPC constitue une limite à la protection des sources. »²⁴ (Nos soulignés)

En analysant l'article 39.1 de la *Loi sur la preuve au Canada*, la Cour supérieure y mentionne qu'à titre d'exemple, la règle du *sub judice* pourrait être considérée comme un facteur supplémentaire à considérer dans la liste non limitative de la loi fédérale :

« Il importe de garder à l'esprit que l'article 39.1 LPC vise avant toute chose à protéger les sources journalistiques. Ainsi, il serait pour le moins curieux qu'en raison des faits et gestes d'un journaliste, une source perde le bénéfice de cette protection.

[...]

²³ R. c. Côté, 2018 QCCQ 547, par. 189 à 193.

²⁴ R. c. Côté, 2018 QCCS 1138, par. 81.

La violation de la règle du *sub judice* par un journaliste pourrait sans doute constituer un facteur à considérer au sens de l'article 39.1 (7) b) LPC. »²⁵ (Nos soulignés)

Le Barreau du Québec souhaite donc attirer l'attention du législateur sur ces possibles interprétations contradictoires de la loi fédérale et, par extension, du projet de loi. Afin d'éviter un va-et-vient jurisprudentiel, nous proposons au législateur d'être clair et de prendre position quant aux critères à considérer. Cela permettra de faciliter l'application de la loi par les tribunaux et réduira substantiellement le nombre de litiges potentiels.

2. COMMENTAIRES PARTICULIERS

2.1 Définition de « journaliste » prévue au projet de loi

Art. 2 du projet de loi

2. Aux fins de la présente loi, on entend par :

« journaliste » : une personne dont l'occupation principale consiste à contribuer directement et moyennant rétribution, soit régulièrement ou occasionnellement, à la collecte, à la rédaction ou à la production d'informations en vue de leur diffusion par les médias, ou tout collaborateur de cette personne;

« source journalistique » : une source dont l'anonymat est essentiel aux rapports entre elle et le journaliste à qui elle transmet confidentiellement de l'information avec l'engagement de ce dernier, en contrepartie, de ne pas divulguer l'identité de sa source.

Le Barreau du Québec salue l'introduction d'une définition du terme « journaliste » dans le projet de loi. Une définition de la notion de journaliste est essentielle afin de bien circonscrire le champ d'application du projet de loi. La définition proposée reprend celle retenue par la loi fédérale (l'ancien projet de loi S-231).

La définition proposée de « journaliste » n'est pas trop large, mais protège effectivement les journalistes et la confidentialité des sources, en la limitant aux personnes dont l'occupation principale consiste à contribuer directement et moyennant rétribution, soit régulièrement ou occasionnellement, à la collecte, à la rédaction ou à la production d'informations en vue de leur diffusion par les médias. Ce faisant le législateur a réussi à limiter la notion de journaliste aux personnes qui devraient effectivement faire l'objet d'une protection concernant la confidentialité de leurs sources. Comme l'affirme la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. National Post* :

« La Cour n'a jamais reconnu le privilège du secret des sources des journalistes comme un privilège générique (*Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572) et des tribunaux d'autres ressorts de common law avec lesquels nous avons de grandes affinités l'ont rejeté. Les raisons en sont

²⁵ *R. c. Côté*, 2018 QCCS 1138, par. 145 et 147.

simples. La première tient à l'immense diversité et au niveau variable de professionnalisme (ou de non-professionnalisme) des personnes qui, de nos jours, "recueillent" et "publient" des informations qu'elles disent avoir obtenues de sources secrètes. Contrairement aux avocats, les journalistes ne sont assujettis à aucun processus d'agrément officiel pour exercer leur profession et ils n'appartiennent à aucune organisation professionnelle (comme le barreau) ayant pour fonction de régir la conduite de ses membres et de veiller au respect de normes professionnelles. De plus, compte tenu de la fourchette d'activités définies dans l'arrêt *Grant c. Torstar* comme relevant du journalisme, une telle organisation pourrait difficilement voir le jour. »²⁶ (Nos soulignés)

2.2 Pouvoir du tribunal de soulever d'office la confidentialité d'une source journalistique

Art. 4 du projet de loi

4. Le tribunal, l'organisme ou la personne ayant le pouvoir de contraindre peut soulever d'office l'application de l'article 3.

À l'instar du secret professionnel, dont le tribunal doit assurer d'office le respect, le Barreau du Québec croit que l'application des protections visant la confidentialité des sources journalistiques devrait être obligatoirement soulevée par le tribunal, l'organisme ou la personne ayant le pouvoir de contraindre.

En nous inspirant du libellé de l'article 9 de la Charte québécoise, nous proposons que l'article 4 du projet de loi soit rédigé comme suit :

« Le tribunal, l'organisme ou la personne ayant le pouvoir de contraindre **doit, d'office,** soulever l'application de l'article 3. »

Par ailleurs, nous souhaitons rappeler que le privilège de la confidentialité d'une source journalistique existe au bénéfice de la source et que celle-ci pourrait la lever. Ainsi, il doit être possible pour un journaliste de mentionner que la source renonce à la confidentialité, comme un client peut renoncer au bénéfice du secret professionnel. Dans ces cas, le tribunal pourrait tenir une audience similaire à un *voir dire*, afin de déterminer si la source a bel et bien renoncé à la confidentialité.

²⁶ R. c. *National Post*, préc., note 12, par. 43.

2.3 Conditions que le tribunal peut prévoir afin de s'assurer de protéger l'identité de la source journalistique

Art. 6 du projet de loi

6. Le tribunal, l'organisme ou la personne peut, dans sa décision, prévoir des conditions qu'il estime appropriées afin de protéger l'identité de la source journalistique.

Nous comprenons que cet article reprend en partie le libellé de l'article 39.1 (8) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Cependant, nous nous interrogeons sur sa portée et sur la nature des « conditions » qui peuvent être prévues par le tribunal. S'agit-il d'ordonnances de non-publication ou de non-diffusion? S'agit-il d'un huis clos lors du témoignage? Est-ce la possibilité de témoigner hors de la présence des parties, dans une autre salle d'audience?

Dans un objectif pédagogique, le Barreau du Québec propose qu'une liste non limitative de conditions possibles soit insérée dans le projet de loi afin de guider les tribunaux dans l'exercice de ce pouvoir.

Le caractère non limitatif de cette liste (par l'emploi du terme « notamment » par exemple) permettra au législateur de ne pas circonscrire indument la discrétion judiciaire et permettra aux tribunaux de déterminer le meilleur remède le plus adapté aux circonstances de l'affaire.

2.4 Appel de plein droit de décisions rejetant une objection visant la protection d'une source journalistique

Art. 8 du projet de loi modifiant l'alinéa 1 de l'article 31 du *Code de procédure civile*

31. Le jugement de la Cour supérieure ou de la Cour du Québec rendu en cours d'instance, y compris pendant l'instruction, peut faire l'objet d'un appel de plein droit s'il rejette une objection à la preuve fondée sur le devoir de discrétion du fonctionnaire de l'État, sur le respect du secret professionnel ou sur la protection de la confidentialité d'une source journalistique.

Le Barreau du Québec salue la modification à l'alinéa 1 de l'article 31 du *Code de procédure civile*²⁷ visant à permettre les appels de plein droit des décisions qui rejettent une objection visant la protection de la confidentialité d'une source journalistique. Cependant, nous constatons que cette modification ne vise que les appels de décisions de la Cour du Québec ou de la Cour supérieure.

Afin de permettre l'appel interlocutoire de décisions d'autres tribunaux, notamment les tribunaux administratifs, le Barreau du Québec propose que le projet de loi soit modifié. Nous proposons d'y mentionner spécifiquement que la protection de la confidentialité des sources

²⁷ RLRQ, c. C-25.01.

journalistiques peut faire l'objet d'un appel, suivant les règles particulières prévues par les lois constitutives des différents tribunaux ou organismes administratifs visés.

2.5 Application en matière pénale des règles du *Code criminel*

Art. 9 du projet de loi ajoutant l'article 8.2 au *Code de procédure pénale*

9. Le Code de procédure pénale (chapitre C-25.1) est modifié par l'insertion, après l'article 8.1, du suivant :

« **8.2.** En matière de fouille, de perquisition et de saisie, les dispositions des paragraphes 1 et 3 à 10 de l'article 488.01 et celles de l'article 488.02 du Code criminel (Lois révisées du Canada (1985), chapitre C-46) s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à la demande et à l'exécution, aux fins d'une enquête pénale, d'un mandat, d'un télémandat, d'une ordonnance ou d'une autre autorisation judiciaire permettant l'utilisation d'une technique ou d'une méthode d'enquête ou encore d'accomplir tout acte qui y est mentionné, lorsque la demande ou l'exécution concerne les communications d'un journaliste ou une chose, un document ou des données concernant un journaliste ou en sa possession, et ce, malgré toute disposition incompatible d'une loi.

Un juge ayant compétence pour délivrer un mandat, un télémandat, une ordonnance ou une autre autorisation judiciaire visés au premier alinéa a compétence pour exercer les pouvoirs nécessaires à l'application des dispositions des paragraphes 9 et 10 de l'article 488.01 du Code criminel. »

Cet article prévoit que les règles prévues aux nouveaux articles 488.01 et 488.02 du *Code criminel*²⁸ s'appliquent *mutatis mutandis* aux instances visées par le *Code de procédure pénale*²⁹.

L'article 488.01 (4) du *Code criminel* prévoit que le juge saisi de la demande pour le mandat, l'autorisation ou l'ordonnance a le pouvoir de nommer d'office un avocat chargé de présenter des observations qui sont dans l'intérêt de la liberté de la presse et qui concernent les conditions d'émission du mandat, de l'autorisation ou de l'ordonnance.

Le Barreau du Québec recommande au législateur d'aller plus loin que la loi fédérale en imposant la présence de cet avocat pour chaque demande d'autorisation judiciaire concernant un journaliste. En effet, considérant l'absence des parties lors du processus de la demande d'autorisation, il ne peut être que bénéfique qu'un avocat fasse des représentations au juge quant aux intérêts de la personne visée par l'autorisation.

Cette nomination par le tribunal d'un type d'*amicus curiae* est obligatoire en Norvège depuis 1999. En effet, leur code de procédure pénale prévoit que le tribunal nomme un « avocat public », dont le mandat est de sauvegarder les intérêts du suspect et d'éventuels tiers en lien avec l'autorisation judiciaire³⁰. Ainsi, cet avocat a le droit d'être tenu au courant de la requête

²⁸ L.R.C. 1985, c. C-46.

²⁹ RLRQ, c. C-25.1.

³⁰ 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*, Montréal, 5 juin 2017, p. 62.

et de son fondement, d'avoir accès aux documents relatifs à l'affaire, d'être présent à l'audience et de se prononcer sur la requête³¹. Soulignons, par ailleurs, que cet avocat ne peut prendre contact avec la personne qu'il représente et qu'il a un devoir de confidentialité en lien avec la requête³².

CONCLUSION

En terminant, le Barreau du Québec réitère son appui à l'objectif du projet de loi. Il est primordial de favoriser la libre circulation de l'information tout en préservant le droit à un procès juste et équitable.

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

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

³¹ V. RIENDEAU, préc., note 30, p. 63.

³² *Id.*