

lavery

DROIT ► AFFAIRES

Affaires gouvernementales

LA COUR SUPÉRIEURE DÉCLARE INCONSTITUTIONNELLES LES DEMANDES PÉREMPTOIRES ADRESSÉES PAR L'AGENCE DU REVENU DU CANADA À DES AVOCATS ET DES NOTAIRES

LOÏC BERDNIKOFF

LE 28 AVRIL 2005, LA CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC (« LA CHAMBRE ») A INTENTÉ UN RECOURS VISANT À DÉCLARER INCONSTITUTIONNELLES LES DEMANDES PÉREMPTOIRES ADRESSÉES À DES NOTAIRES PAR L'AGENCE DU REVENU DU CANADA (« L'ARC ») LORSQU'ELLES VISENT DES DOCUMENTS ET RENSEIGNEMENTS QUI SONT *PRIMA FACIE* PROTÉGÉS PAR LE SECRET PROFESSIONNEL DES CONSEILLERS JURIDIQUES.

Ces demandes visent à forcer les notaires, souvent à l'insu de leurs clients, à communiquer des documents et renseignements qu'ils détiennent à leur sujet, à défaut de quoi ils sont passibles d'amendes de 1 000 \$ à 25 000 \$ et d'un emprisonnement d'au plus 12 mois, ou aux deux peines à la fois. Il y a également lieu de noter que le ministre peut s'adresser à un juge pour obtenir une ordonnance afin d'obtenir l'accès, l'aide, les renseignements ou les documents qu'ils cherchent à obtenir et que le non-respect d'une telle ordonnance pourrait entraîner un outrage au tribunal, en plus des sanctions pénales précédemment mentionnées.

Pour la Chambre, le régime qui autorise les demandes péremptoires devait être déclaré inconstitutionnel et inopérant puisque les mesures de protection qu'il comporte sont inadéquates pour assurer le respect du secret professionnel lorsque les documents et renseignements demandés sont *prima facie* protégés. Selon elle, la menace systématique de poursuites pénales dans les lettres adressées aux notaires place ces derniers dans une situation intenable de remettre à l'ARC les documents et renseignements demandés en violation de ses obligations déontologiques, sans quoi ils risquent l'emprisonnement et l'imposition d'une amende.

La Chambre s'est donc adressée à la Cour supérieure afin qu'elle déclare inconstitutionnels et inopérants à l'égard des notaires les articles 231.2, 231.7 et l'alinéa 5 du paragraphe 232(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.) (« la LIR »), qui prévoient le mécanisme mis en place par le législateur fédéral pour les demandes péremptoires. La Chambre a également demandé que la Cour reconnaisse qu'une série de documents et renseignements détenus par les notaires sont *prima facie* protégés par le secret professionnel.

Le Barreau du Québec est intervenu aux procédures et a soutenu la position de la Chambre.

L'ÉTENDUE DU SECRET PROFESSIONNEL DU CONSEILLER JURIDIQUE

Ne jugeant pas nécessaire d'épiloguer bien longtemps sur ce point, le juge Marc-André Blanchard confirme dans un premier temps que le notaire, en tant que conseiller juridique, jouit des mêmes devoirs et obligations de respecter le secret professionnel qu'un avocat.

Quant à l'étendue du secret professionnel, le juge conclut à la lumière des principaux arrêts de la Cour suprême portant sur la question du secret professionnel de l'avocat :

- que le droit au secret professionnel existe, *a priori*, en droit civil comme en droit criminel;
- que la distinction entre un fait et une communication n'a pas sa raison d'être;
- que le fardeau de démontrer que le droit au secret professionnel ne s'applique pas à un document ou renseignement à l'égard duquel le secret est invoqué appartient à celui qui conteste son application;
- que ce n'est que dans les cas exceptionnels qu'une violation du droit au secret professionnel pourra être permise et seulement en dernier recours;
- que les mécanismes législatifs mis en place doivent respecter le droit au secret professionnel; et
- que toute disposition législative susceptible d'autoriser une atteinte au secret professionnel doit être interprétée restrictivement.

Le juge Blanchard ajoute que le secret professionnel s'applique *prima facie* à tous les faits portés à la connaissance du conseiller juridique ainsi qu'à tous les documents et renseignements dont il détient copie.

En conséquence, le juge, se prononçant sur le deuxième volet de la demande de la Chambre, déclare que sont *prima facie* protégés par le secret professionnel les documents et renseignements suivants quel que soit le support sur lequel ils se trouvent :

- les actes notariés, en minute ou en brevet, à moins qu'ils ne fassent l'objet d'une publication auquel cas, seuls les renseignements publiés ne sont pas protégés par le secret professionnel;
- le répertoire des actes en minute ainsi que l'index au répertoire;
- les actes sous seing privé qui ne sont pas publiés, incluant les contrats, conventions, règlements et résolutions;
- les testaments et codicilles que le notaire a préparés ou qu'il détient pour ses clients, incluant les testaments et codicilles qui ont été révoqués ou remplacés;

- les offres d'achat, tant pour les transactions mobilières qu'immobilières;
- les documents reçus par le notaire et certifiant l'identité, la qualité et la capacité d'une partie à un acte;
- les procurations et mandats;
- la correspondance et les instructions transmises au notaire aux fins de la préparation d'un contrat, d'une convention, d'une transaction ou de tout autre écrit ainsi que les documents établissant par qui, quand et comment les instructions d'un client ont été communiquées au notaire relativement à une transaction;
- les contrats de mariage et autres conventions d'union ou de séparation;
- les annexes prévues à l'article 48 de la *Loi sur le notariat*, L.R.Q. c. N-2;
- le bilan patrimonial, l'inventaire successoral, la déclaration d'héritité, la convention fiduciaire et tous les autres documents de nature privée préparés par le notaire ou confiés à celui-ci par son client;
- les avis juridiques préparés par le notaire à la demande de son client ou des parties à l'acte;
- les requêtes et autres procédures préparées par le notaire à la demande de son client et qui n'ont pas été produites à la Cour ou autrement rendues publiques;
- tous les documents relatifs à la comptabilité en fidéicommis du notaire dans lesquels sont consignés et comptabilisés les fonds, valeurs et autres biens qu'il reçoit, incluant : le livre de caisse et le grand livre général, les reçus officiels, les livrets ou relevés de l'établissement financier ou du courtier en valeurs mobilières, les chèques (recto-verso) et autres ordres de paiement ainsi que les registres et autres pièces justificatives ou de contrôle;
- le relevé ou l'état des débours ainsi que le mémoire des répartitions ou distributions (feuille d'ajustements) que le notaire est appelé à effectuer à la demande de l'une ou l'autre des parties à un acte, incluant la date, l'identité des personnes auxquelles les sommes ont été remises, le mode de paiement et le reçu;

- les comptes d'honoraires du notaire; et
- tous les projets et ébauches des documents précédemment identifiés.

LA VALIDITÉ DES ARTICLES 231.2, 232 ET 231.7 DE LA LIR

S'appuyant principalement sur les enseignements de la Cour suprême dans l'arrêt Lavallée, le juge Blanchard constate que la procédure mise en place par les articles 231.2 et 231.7 de la LIR équivaut à une fouille, à une perquisition et à une saisie. Tout en admettant qu'une approche moins rigide doit le guider dans son appréciation contextuelle en matière réglementaire ou administrative, le juge affirme néanmoins que l'atteinte au secret professionnel doit être absolument nécessaire et minimale à défaut de quoi, la procédure équivaudra à une fouille, à une perquisition et à une saisie abusive.

Qu'en est-il à l'égard des notaires? Le juge Blanchard constate dans un premier temps que le libellé même des demandes péremptoires adressées aux notaires place ceux-ci dans une position pour le moins périlleuse : soit le notaire décide de se conformer à une demande sans être relevé par le client de son obligation de garder le secret professionnel en contre-venant à son obligation déontologique, soit il refuse de répondre s'exposant ainsi à des poursuites pénales.

Le juge constate de plus que la procédure mise en place par le législateur fédéral ne permet pas au client, détenteur du droit au secret professionnel, de savoir que son droit est menacé. Par exemple, souligne-t-il, en cas de refus ou d'inaction du notaire, la demande du ministre présentée à la Cour en vertu de l'article 231.7 de la LIR ne doit être adressée qu'à la personne visée par l'ordonnance, en l'occurrence le notaire et non le client.

Le juge est également d'avis que le délai de cinq jours entre l'audition de la demande du ministre et la signification au notaire d'un avis à cet effet est trop court.

Enfin, le juge considère que la loi n'impose pas comme condition que le ministre démontre au juge qu'il n'existe aucune autre solution de rechange raisonnable avant de s'adresser au notaire.

En conséquence, le juge conclut qu'il ne peut valider constitutionnellement les articles 231.2 et 231.7 de la LIR, leur mise en œuvre portant atteinte à plus que ce qui est absolument nécessaire d'une part, et d'autre part parce que ces articles ne garantissent pas au détenteur du droit au secret professionnel une occasion raisonnable pour formuler une objection afin de préserver la confidentialité des documents et renseignements recherchés.

Quant à l'exception contenue à l'alinéa 5 du paragraphe 232(1) de la LIR qui prévoit que « pour l'application du présent article, un relevé comptable d'un avocat, y compris toute pièce justificative ou tout chèque, ne peut être considéré comme une communication [entre client et avocat] », le juge considère mal fondé le raisonnement juridique des intimés voulant que ces documents ne relèvent pas du secret professionnel parce qu'ils révèlent des faits et non des communications entre le conseiller juridique et son client. Au contraire, parce que tous les faits portés à la connaissance du conseiller juridique ainsi que tous les gestes qu'il pose pour son client sont *prima facie* couverts par le secret professionnel, il s'ensuit que l'exception de l'article 232(1), al. 5 de la LIR, qui exclut toutes les données du compte en fidéicomis du notaire, les pièces justificatives et les chèques, doit également être déclarée inconstitutionnelle et inopérante.

En conséquence, le juge déclare inconstitutionnels, inopérants et sans effet les articles 231.2 et 231.7 ainsi que l'alinéa 5 du paragraphe 232(1) de la LIR, ajoutant que les conclusions recherchées doivent s'étendre aux notaires et aux avocats de la Province de Québec.

LE MÉCANISME LÉGISLATIF APPROPRIÉ

Le juge Blanchard note que la procédure prévoit déjà qu'en cas de refus ou d'inaction du notaire, c'est à un tribunal que revient la responsabilité de déterminer si une exception à la protection accordée par le droit au secret professionnel est susceptible de trouver application; ceci confirme que ce n'est effectivement pas

aux fonctionnaires de l'ARC de déterminer ce qui est couvert ou non par le secret professionnel, ce rôle étant réservé aux tribunaux d'archives.

Toutefois, puisque le juge considère que le secret professionnel s'applique *prima facie* à tous les faits portés à la connaissance du conseiller juridique ainsi qu'à tous les documents et renseignements dont il détient copie, il s'ensuit que toute demande péremptoire adressée à un notaire serait inutile. De l'avis du juge, le législateur doit mettre en place une procédure d'autorisation judiciaire préalable analogue à la procédure énoncée par la Cour suprême dans l'arrêt *Lavallée* en matière de perquisitions, procédure par laquelle les fonctionnaires de l'ARC devront s'adresser directement à la Cour s'ils veulent obtenir des documents ou renseignements détenus par un notaire.

Il n'est pas sans intérêt de mentionner que les intimés, lors de l'audition, avaient demandé un moratoire d'un an pour permettre au législateur de mettre en place un régime alternatif adéquat dans l'éventualité où la Cour accordait la demande d'inconstitutionnalité. Or, soulignant l'inaction du gouvernement fédéral depuis que la Cour suprême a invalidé l'article 488.1 du *Code criminel* dans l'arrêt *Lavallée* en 2004, le juge Blanchard a refusé de faire droit à cette demande.

LES DEMANDES PÉREMPTOIRES EN VERTU DE LA LOI (PROVINCIALE) SUR LE MINISTÈRE DU REVENU

La Chambre s'est également adressée à la Cour supérieure afin qu'elle déclare inconstitutionnels et inopérants à l'égard des notaires l'article 39 de la *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q. c. M-31 (« LMR ») et l'article 57.1 de la *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires*, L.R.Q. c. P-2.2 (« LFPPA »), qui prévoient le mécanisme mis en place par le législateur provincial pour les demandes péremptoires. Ce recours a cependant fait l'objet d'une entente qui a été entérinée le 19 mai 2010 par la Cour supérieure.

Aux termes de cette entente, le ministre du revenu du Québec (« Revenu Québec ») a d'une part reconnu que les documents et renseignements identifiés par la Chambre sont *prima facie* protégés par le secret professionnel des conseillers juridiques et d'autre part, a convenu de ce qui suit :

- Les documents qui sont reconnus comme étant *prima facie* protégés par le secret professionnel des conseillers juridiques ne peuvent désormais faire l'objet d'une demande péremptoire, à moins que de l'avis de la Direction générale de la législation, des enquêtes et du registraire des entreprises (« DGLERE », à l'époque la Direction générale de la législation et des enquêtes), le document recherché ne fasse l'objet d'une exception reconnue à l'application du secret professionnel des conseillers juridiques, telle que la renonciation, l'inexistence de l'une des conditions nécessaires à l'application du privilège ou l'exception relative au crime ou à la commission d'une infraction.
- Lorsque la DGLERE a été consultée afin de vérifier si les renseignements ou documents peuvent être obtenus dans le cadre des exceptions au secret professionnel, la demande péremptoire doit décrire spécifiquement le ou les renseignements ou documents faisant l'objet de la demande, ainsi que les motifs pour lesquels Revenu Québec est d'avis que ces renseignements ou documents ne sont pas protégés par le secret professionnel des conseillers juridiques.
- Le libellé de la demande péremptoire doit également inviter le notaire à entreprendre les démarches visant à vérifier si son client accepte de renoncer au secret professionnel et doit explicitement indiquer que si le notaire invoque ou entend invoquer le secret professionnel, il doit en informer Revenu Québec par la transmission d'un écrit à cet effet, par courrier recommandé ou par huissier.

Par contre, la demande péremptoire ne contiendra aucune mention à l'effet que le notaire qui n'obtempère pas à la demande s'expose à des pénalités ou des poursuites pénales et est passible de peines d'amendes ou d'emprisonnement et Revenu Québec s'engage à ne pas tenter de poursuites pénales à l'encontre d'un notaire qui, de bonne foi, invoque le secret professionnel pour ne pas transmettre un renseignement ou document exigé par une demande péremptoire.

De plus, le délai accordé au notaire pour répondre à la demande péremptoire, soit en transmettant les documents demandés par Revenu Québec suite à l'obtention d'une renonciation au secret professionnel, soit pour invoquer le secret professionnel, ne peut en aucun cas être pour une période de moins de 15 jours, lorsque la demande péremptoire s'appuie sur la LMR ou de moins de 10 jours, lorsque la demande péremptoire s'appuie sur la LFPPA.

Enfin, lorsqu'un notaire invoque le secret professionnel pour ne pas transmettre à Revenu Québec un document suite à la réception d'une demande péremptoire transmise en conformité avec ce qui précède, la DGLERE réévaluera la situation, notamment à la lumière des motifs invoqués par le notaire s'il y a lieu, et décidera de l'opportunité de soumettre la question de l'application du secret professionnel, soit à un juge de la Cour du Québec en application de l'article 39.2 de la LMR, soit à un juge de la Cour supérieure par le biais d'une requête pour jugement déclaratoire, dans le cas d'une demande péremptoire transmise en vertu de l'article 57.1 LFPPA.

SUIVI DE LA DÉCISION

Le 7 octobre 2010, le Procureur Général du Canada et l'ARC ont inscrit la cause en appel devant la Cour d'appel du Québec.

L'affaire est donc à suivre.

LOÏC BERDNIKOFF

514 877-2981

lberdnikoff@lavery.ca

VOUS POUVEZ COMMUNIQUER AVEC LES MEMBRES SUIVANTS DU GROUPE AFFAIRES GOUVERNEMENTALES POUR TOUTE QUESTION RELATIVE À CE BULLETIN.

PIERRE-L. BARIBEAU 514 877-2965 pbaribeau@lavery.ca

PIERRE BEAUDOIN 418 266-3068 pbeaudoin@lavery.ca

LOÏC BERDNIKOFF 514-877-2981 lberdnikoff@lavery.ca

YVAN BIRON 514 877-2910 ybiron@lavery.ca

DANIEL BOUCHARD 418-266-3055 dbouchard@lavery.ca

JULES BRIÈRE 418-266-3093 jbriere@lavery.ca

RAYMOND DORAY 514 877-2913 rdoray@lavery.ca

CATHERINE GENDRON 418-266-3071 cgendron@lavery.ca

DENIS MICHAUD 418-266-3058 dmichaud@lavery.ca

J. VINCENT O'DONNELL 514 877-2928 jvodonnell@lavery.ca

SOPHIE PRÉGENT 514-877-2948 spregent@lavery.ca

ABONNEMENT VOUS POUVEZ VOUS ABONNER, VOUS DÉSABONNER OU MODIFIER VOTRE PROFIL EN VISITANT LA SECTION PUBLICATIONS DE NOTRE SITE INTERNET lavery.ca OU EN COMMUNIQUANT AVEC CAROLE GENEST AU 514 877- 3071.

► lavery.ca

© Tous droits réservés 2010 ► LAVERY, DE BILLY, S.E.N.C.R.L. ► AVOCATS

Ce bulletin destiné à notre clientèle fournit des commentaires généraux sur les développements récents du droit.

Les textes ne constituent pas un avis juridique. Les lecteurs ne devraient pas agir sur la seule foi des informations qui y sont contenues.

MONTRÉAL QUÉBEC OTTAWA