

Volume 371 - Développements récents en droit des affaires (2013)

Secret professionnel de l'avocat et transaction commerciale complexe : un privilège relatif aux négociations ?

James A. Woods* et Eric Bédard**

Informations bibliographiques

Auteur(s) :	Bédard, Eric; Woods, James A. Barreau du Québec - Service de la Formation continue
Titre de l'article :	Secret professionnel de l'avocat et transaction commerciale complexe : un privilège relatif aux négociations ?
Titre du Développements récents :	Développements récents en droit des affaires (2013)
Volume :	371
Lieu d'édition :	Cowansville
Éditeur :	Y. Blais
Année d'édition :	2013
URL :	http://edoctrine.caij.qc.ca/developpements-recents/371/368153760
Cote :	KEQ 495 A66 2013

[Page 251]

INTRODUCTION

La réalité commerciale a bien changé depuis la fin du XIX^e siècle, période d'où nous vient la formulation devenue classique du droit relatif au secret professionnel de l'avocat par les tribunaux britanniques. En vertu des critères arrêtés à cette époque, est considéré confidentielle tout échange voulu confidentiel entre un client et son avocat dans le but de donner ou de recevoir un avis juridique dans le contexte d'une relation professionnelle. En guise d'illustration, la complexité grandissante des transactions commerciales entraîne la participation d'un nombre croissant d'intervenants responsables d'en arrêter les aspects juridiques, financiers et techniques. De même, l'application de lois spécifiques dans ce contexte n'est plus l'apanage des seuls conseillers juridiques. Le présent article vise à identifier les courants qui se dessinent dans le traitement que font les tribunaux de cette réalité comme contexte du secret professionnel de l'avocat allégué et à cerner les enjeux qui mériteraient d'être considérés lors de son appréhension future. Pour plus de précision, nous nous occuperons spécifiquement de ce que la Cour suprême a qualifié de privilège de la consultation juridique¹, et non de celui relatif au litige ou aux discussions de règlement.

Prenons l'exemple d'une vente d'entreprise ou de l'acquisition d'une participation dans celle-ci. En sus de l'avocat qui rédigera les contrats pertinents et des spécialistes dont l'expertise sera recherchée afin d'évaluer la valeur des actifs vendus, un partenaire financier important pourra être étroitement impliqué dans le processus afin, notamment, d'identifier l'acquéreur le plus susceptible de valoriser l'entreprise. Dans tous ces cas, tant les experts techniques que le partenaire financier sont en principe des tiers à la relation professionnelle qui lie le vendeur à son conseiller juridique. La situation que nous décrivons pourra trouver son équivalent du côté de l'acheteur et de l'équipe qui l'épaula. Lorsque tous ces acteurs participent activement à la négociation de la transaction et qu'un litige portant sur le contenu de cette négociation s'ensuit, comment devraient

[Page 252]

s'appliquer les règles relatives au secret professionnel de l'avocat et quelle devrait en être la portée, le cas échéant?

Jusqu'à présent, les tribunaux québécois ont rarement eu l'occasion de traiter de cette question qui peut s'avérer déterminante pour l'issue d'un litige, ce qui justifie un tour d'horizon de la jurisprudence qui se développe à ce sujet dans certaines juridictions de common law. Cela dit, les principes généraux arrêtés par la Cour suprême et la Cour d'appel du Québec esquissent les contours d'une solution au problème qui nous occupe. Ces principes se heurtent toutefois aux conclusions d'une récente décision de la Cour supérieure du Québec dont nous traiterons plus longuement. Cette discussion sert au final de canevas pour l'articulation de pistes de solutions pour l'avenir, en tout respect des règles établies en matière de preuve et de procédure civiles, mais aussi eu égard au droit substantif. L'issue de cet exercice n'est pas indifférente : en dépend l'équilibre entre deux principes fondamentaux d'égale valeur au processus judiciaire, soit d'une part la divulgation complète et en temps utile des faits pertinents, et de l'autre, la confidentialité des consultations juridiques².

I. ILLUSTRATIONS TIRÉES DE LA COMMON LAW

Si besoin est, soulignons qu'une incursion dans la common law canadien se justifie d'abord par la mixité des sources des droits québécois de la preuve et de la procédure civile dont l'institution du secret professionnel de l'avocat constitue un rouage important³. Considérant la rareté des illustrations jurisprudentielles par les tribunaux québécois de l'application à des tiers de la portée du secret professionnel de l'avocat dans le contexte d'un litige portant sur des négociations contractuelles, l'éclairage de la jurisprudence des autres provinces canadiennes s'avère utile. Même si l'encadrement législatif de l'institution diffère au Québec de sorte qu'il faille éviter de transposer ici intégralement les solutions adoptées ailleurs⁴ les objectifs de politique publique qu'elle vise sont les mêmes. Il est donc permis de croire que la portée du secret professionnel de l'avocat

[Page 253]

devrait être comparable dans la même situation factuelle, qu'un litige survienne au Québec ou en Ontario.

D'abord règle de preuve, puis règle de fond, le secret professionnel de l'avocat est reconnu par les tribunaux canadiens à titre de droit fondamental qu'a toute personne de communiquer confidentiellement avec un conseiller juridique. L'énoncé par Wigmore des conditions de fond de l'existence de ce droit fait figure d'autorité :

Les communications faites par le client qui consulte un conseiller juridique ès qualité, voulues confidentielles par le client, et qui ont pour fin d'obtenir un avis juridique font l'objet à son instance d'une protection permanente contre toute divulgation par le client ou le conseiller juridique, sous réserve de la renonciation à cette protection.⁵

Dans son acception originale par la Cour suprême, le secret professionnel de l'avocat se fonde sur la relation exceptionnelle de l'avocat avec son client. Corrélativement, une communication qui implique un tiers non avocat ne saurait en principe bénéficier de la protection offerte par le secret professionnel. Or, il est établi en droit canadien qu'une telle communication ne perd pas nécessairement son caractère confidentiel.

A. L'arrêt de principe *Chrusz*

À l'origine des décisions émanant de juridictions canadiennes de common law qui éclairent notre propos se trouve l'arrêt de principe de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *General Accident Assurance Co. c. Chrusz*⁶. Il importe d'en examiner les motifs afin de comprendre cette jurisprudence et d'en dégager des principes susceptibles de guider les tribunaux québécois.

La portion des motifs de cet arrêt qui nous intéresse a trait à l'adjudication d'objections soulevées au stade préalable quant à la divulgation de communications entre un estimateur et l'avocat d'un assureur à la suite d'un incendie ayant causé un sinistre. La Cour d'appel de l'Ontario y rappelle les fondements respectifs et les distinctions entre le secret professionnel de l'avocat et la confidentialité qui

[Page 254]

découle du privilège relatif au litige en citant les propos du professeur Sharpe, maintenant juge à cette Cour :

Il est crucial de faire la distinction entre le privilège relatif au litige et le secret professionnel de l'avocat. Au moins trois différences importantes, à mon sens, existent entre les deux. Premièrement, le secret professionnel de l'avocat ne s'applique qu'aux communications confidentielles entre le client et son avocat. Le privilège relatif au litige, en revanche, s'applique aux communications à caractère non confidentiel entre l'avocat et des tiers et englobe même des documents qui ne sont pas de la nature d'une communication. Deuxièmement, le secret professionnel de l'avocat existe chaque fois qu'un client consulte son avocat, que ce soit à propos d'un litige ou non. Le privilège relatif au litige, en revanche, ne s'applique que dans le contexte du litige lui-même. Troisièmement, et c'est ce qui importe le plus, le fondement du secret professionnel de l'avocat est très différent de celui du privilège relatif au litige. Cette différence mérite qu'on s'y arrête. L'intérêt qui sous-tend la protection contre la divulgation accordée aux communications entre un client et son avocat est l'intérêt de tous les citoyens dans la possibilité de consulter sans réserve et facilement un avocat. Si une personne ne peut pas faire de confidences à un avocat en sachant que ce qu'elle lui confie ne sera pas révélé, il lui sera difficile, voire impossible, d'obtenir en toute franchise des conseils juridiques judicieux.

Le privilège relatif au litige, en revanche, est adapté directement au processus du litige. Son but ne s'explique pas valablement par la nécessité de protéger les communications entre un avocat et son client pour permettre au client d'obtenir des conseils juridiques, soit l'intérêt que protège le secret professionnel de l'avocat. Son objet se rattache plus particulièrement aux besoins du processus du procès contradictoire. Le privilège relatif au litige est basé sur le besoin d'une zone protégée destinée à faciliter, pour l'avocat, l'enquête et la préparation du dossier en vue de l'instruction contradictoire. Autrement dit, le privilège relatif au litige vise à faciliter un

processus (le processus contradictoire), tandis que le secret professionnel de l'avocat

[Page 255]

visé à protéger une relation (la relation de confiance entre un avocat et son client).⁷

Pour le juge Doherty qui rédige les motifs unanimes de la Cour sur ce point, c'est la façon dont les objectifs sous-jacents au secret professionnel de l'avocat sont satisfaits en contexte qui en détermine la portée à chaque occasion⁸. Par exemple, il n'est pas controversé que soient confidentielles à ce titre les communications entre l'avocat et un tiers dans les cas où ce dernier est un agent du client⁹. Dans l'arrêt *Chrusz*, à l'issue d'un élégant exercice d'exégèse, le juge Doherty rend explicite le fondement de cette règle qui permet d'aller plus loin : de telles communications sont confidentielles non pas en raison de la nature de la relation entre le tiers et le client, mais plutôt en conséquence de la fonction pour laquelle le client a retenu les services du tiers.

Suivant l'avis de cette Cour, si les services du tiers sont retenus afin d'occuper une fonction essentielle à l'existence ou l'exécution de la relation avocat-client, le secret professionnel de l'avocat s'étend à toute communication qui vise à remplir cette fonction et qui satisfait par ailleurs aux conditions de fond d'existence de ce secret¹⁰. En vertu de cette approche fonctionnelle, il est impératif que le secret professionnel de l'avocat ne vise que les communications entre ce dernier et le tiers qui s'est vu conférer par le client l'autorité d'obtenir l'avis juridique de l'avocat ou d'agir au nom du client sur la base d'un tel avis¹¹.

En somme, il ne suffit donc pas que le tiers assiste l'avocat ou qu'il lui communique de l'information glanée de sources externes au client. Pour que ses communications avec l'avocat du client soient visées par le secret professionnel de l'avocat, il faut que les services dudit tiers aient été retenus afin de communiquer avec l'avocat dans le but d'obtenir son avis juridique, par exemple lorsque la tierce partie use d'une certaine expertise afin de colliger l'information fournie par le client et la présenter ou l'expliquer à l'avocat, dans la mesure où elle est pertinente à l'avis sollicité¹².

[Page 256]

En sus de fournir un test opérationnel qui permet de traiter de situations où un tiers à la relation entre un client et son avocat interagit avec ce dernier plus qu'à titre de simple messenger, le juge Doherty souligne que les importantes considérations de politiques publiques qui sous-tendent l'institution du secret professionnel de l'avocat demeurent intactes¹³. Nous constaterons au moment d'analyser la jurisprudence québécoise pertinente qu'il n'en est pas toujours autant.

B. L'exemple de l'affaire *Barrick Gold*

La récente décision de la Cour supérieure de l'Ontario dans l'affaire *Barrick Gold Corporation c. Goldcorp Inc.*¹⁴ illustre l'application des principes dégagés dans l'arrêt *Chrusz*. Dans le contexte de ce litige portant sur les négociations, l'exécution et de prétendues violations de différents contrats, la demanderesse tentait d'obtenir copies de certaines communications entre les avocats des défenderesses et certains conseillers financiers externes. Les services de ces derniers avaient été retenus par les défenderesses aux fins de la négociation d'une entente mise en cause par l'action. La demanderesse contestait leur prétention de confidentialité à l'égard de ces documents, soit principalement des échanges par courriel, mais aussi des notes de services, ou des projets d'entente ou de communiqués de presse annotés.

La décision de la Cour dans cette affaire intéresse tant par ses conclusions que par le processus adopté pour y arriver. En effet, la Cour a pris l'initiative d'examiner tous les documents visés par les allégations de confidentialité contestées par la demanderesse, se déclarant d'avis qu'il s'agissait de la façon la plus expéditive de résoudre le différend. Par la même occasion, la Cour put juger du caractère approprié de la description des documents et de la nature de la confidentialité alléguée qu'avaient fournies les défenderesses.

La Cour s'est appuyée sur le principe jurisprudentiel selon lequel la confidentialité d'une communication entre un avocat et son client qui inclut un tiers est préservée si elle remplit deux conditions, soit 1) l'apport de ce tiers est requis afin que l'avocat puisse fournir des conseils juridiques à son client, a trait à un aspect central de cette relation professionnelle, et ce, dans le contexte spécifique de la communication en question, et 2) celle-ci satisfait aux critères traditionnels

[Page 257]

du secret professionnel de l'avocat. Dans cette affaire, tous les documents concernés furent jugés confidentiels, incluant ceux à l'occasion desquels les avocats des défenderesses avaient fourni des avis juridiques aux conseillers externes ou lorsque ces derniers avaient contribué aux délibérations des défenderesses et de leurs avocats.

Dans l'affaire *Barrick Gold*, la Cour souligne à grands traits le caractère factuel de sa décision qui se fonde sur sa détermination que l'apport d'un

nombre relativement limité de tiers était nécessaire et approprié aux fins de la considération, de l'élaboration de la structure, de la planification et de la mise en œuvre d'une transaction commerciale très complexe durant une courte période de temps. Aussi, ces tiers se considéraient liés par la confidentialité et un protocole avait été mis en place afin d'encadrer les communications les impliquant. On pouvait proprement parler d'une « équipe de négociation »¹⁵. Ces conclusions découlent de l'examen par la Cour des documents visés par les allégations de confidentialité. De l'avis de la Cour, aucun de ces faits ne s'avère toutefois déterminant à lui seul : tout dépend de la fonction assumée par le tiers à chaque occasion.

La décision de la Cour supérieure de l'Ontario dans l'affaire *Barrick Gold* illustre une approche fonctionnelle qui admet que le secret professionnel de l'avocat puisse s'étendre à des communications n'impliquant pas que l'avocat et son client. Il s'agit alors d'examiner le rôle joué par le tiers dans le contexte de chaque communication. La décision quant au mérite de l'action suggère que cette fonction cadrerait avec les exigences énoncées par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Chrusz* notamment en ce que les conseillers financiers des défenderesses avaient l'autorité requise pour participer aux négociations et communiquer leurs analyses de celles-ci aux avocats appelés à rédiger et structurer les ententes à intervenir¹⁶. Il s'agit d'un fardeau onéreux qu'une partie ne saurait remplir simplement en démontrant à la Cour qu'un tiers faisait partie d'une quelconque équipe de négociation¹⁷, ou qu'un avocat interne recevait copie de certaines communications afin de demeurer informé des affaires de son employeur¹⁸.

[Page 258]

C. Parallèle américain

Nous soulignons brièvement que la jurisprudence qui émane de tribunaux américains reflète une approche similaire à celle adoptée dans le reste du Canada. Par exemple, dans l'affaire *Hexion* portant sur les négociations d'une fusion entre les parties au litige, la défenderesse prétendait avoir divulgué par inadvertance un courriel entre ses avocats internes et externes qui traitait de stratégies visant à lui rendre plus favorables les dispositions de l'entente quant au financement. La défenderesse alléguait que ledit courriel était confidentiel à titre de communication avocat-client, ce que la demanderesse contestait au motif qu'il comptait parmi ses destinataires un directeur général de la firme Merrill Lynch & Co.

Il fut décidé à cette occasion qu'il n'y avait eu aucune renonciation au privilège, la Cour étant satisfaite qu'il s'agissait d'une communication entre avocats représentant le même client aux fins de faciliter la fourniture de services juridiques. Cette conclusion s'appuyait sur une preuve testimoniale par affidavit de l'auteur du courriel expliquant le rôle actif que Merrill Lynch avait joué quant à la révision et à la rédaction de l'entente de fusion et l'intention de l'auteur d'obtenir la perspective du représentant de cette firme auquel était destiné le courriel dans le but de formuler son conseil juridique¹⁹.

En raison du contexte procédural spécifique dans lequel le tribunal examinait à cette occasion l'allégation de confidentialité, la question fut analysée sous l'angle de la renonciation au privilège. Le résultat et les faits traités pour y arriver rejoignent toutefois l'approche préconisée par les tribunaux canadiens. Ce test se distingue de l'approche fonctionnelle retenue par les tribunaux ontariens, mais a cela de similaire qu'elle impose aussi à la partie qui invoque la confidentialité le fardeau de démontrer cette « nécessité ».

D. Faits neutres et avis juridique

Nous concluons ce bref survol de la jurisprudence de common law en soulignant une distinction importante articulée par les tribunaux à l'occasion de déterminer la portée du secret professionnel de l'avocat dans un cas précis, soit celle entre les faits dits neutres et

[Page 259]

l'avis juridique²⁰. Il ne faut pas perdre de vue que c'est la communication qui est confidentielle, et non pas les faits qui y sont véhiculés, dans la mesure où ceux-ci existent indépendamment de cette communication et pourraient être découverts autrement.

L'énoncé classique de cette règle de common law canadienne veut que le secret professionnel de l'avocat n'empêche pas la divulgation des faits susceptibles d'être pertinents pour l'issue de l'affaire; c'est la communication à ou de l'avocat qui est confidentielle, de même que la façon spécifique dont ces faits ont été présentés, qui le sont²¹. Par exemple, les faits relatifs aux affaires d'une entreprise doivent être divulgués même s'ils ont été présentés d'une certaine façon à l'avocat de cette entreprise aux fins d'un litige ou de la négociation d'une entente, sans toutefois que l'on puisse nécessairement avoir accès au document particulier qui en fait état²². En somme, les faits pertinents qu'il eut fallu divulguer, n'eut été de leur présence dans une communication confidentielle, doivent être communiqués à la partie adverse. Ceci peut s'effectuer par le biais du témoignage de la partie ou de son avocat²³, par la divulgation de documents partiellement caviardés, voire en extrayant les faits du document lorsque l'alternative précédente permettrait tout de même à la partie adverse de déduire la nature ou l'objet de l'avis donné²⁴.

Comme nous le verrons plus loin, cette distinction est susceptible d'avoir des répercussions importantes sur la quantité d'informations qui bénéficiera d'une immunité de divulgation en raison de l'application du secret professionnel de l'avocat dans chaque espèce.

II. ÉTAT DES LIEUX AU QUÉBEC

La jurisprudence québécoise sur la portée du secret professionnel de l'avocat quant aux communications entre un avocat et un tiers dont les services ont été retenus par le client est mince. Nous dressons

[Page 260]

d'abord un portrait à grands traits de l'état du droit québécois sur la question avant d'aborder plus longuement une décision récente de la Cour supérieure du Québec qui nous paraît constituer un précédent problématique.

A. Principes généraux

La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Foster Wheeler* constitue toujours l'arrêt de principe quant aux conditions de fond du secret professionnel de l'avocat en droit québécois. Les deux composantes principales de cette institution y sont articulées. Premièrement, les informations qui naissent de la relation entre l'avocat et son client sont confidentielles. Deuxièmement, sauf en cas d'exceptions limitées, le client est protégé contre la divulgation de ces informations²⁵.

Dans cet arrêt, la Cour suprême traite aussi de la portée du secret professionnel de l'avocat lorsqu'une communication entre un avocat et son client s'effectue en présence ou implique un tiers. Dans cette affaire, un organisme municipal avait tenu une réunion dans une perspective de confidentialité. Les circonstances empêchaient cependant le président d'assemblée de remplir ses fonctions, de sorte que les services d'une animatrice professionnelle avaient été retenus afin de diriger les débats comme si elle avait été présidente. La Cour rejeta la prétention selon laquelle la présence de cette animatrice emportait renonciation à la confidentialité des communications survenues à cette occasion. À la lumière des faits spécifiques de cette affaire, la Cour avait conclu que le tiers en question remplissait la fonction du président de la cliente des avocats en présence, sa participation étant « non seulement utile, mais même nécessaire pour l'assemblée »²⁶.

Il s'agissait certes de propos tenus en *obiter* par la Cour, mais leur valeur d'autorité s'avère indéniable à l'aulne de la fréquence à laquelle les tribunaux québécois les ont repris de manière déterminante. Par ailleurs, cette conclusion est cohérente avec l'approche fonctionnelle retenue en common law canadienne.

On retrouve aussi en filigrane de ce même arrêt la préoccupation de la Cour suprême quant à la nature du fardeau à satisfaire par

[Page 261]

la partie qui invoque son droit au secret professionnel de l'avocat. À cet égard, la Cour a énoncé que le tribunal ne peut se satisfaire de la simple affirmation de confidentialité par une partie. À l'instar des tribunaux d'autres juridictions canadiennes, la Cour d'appel a énoncé que ce fardeau doit généralement être rempli pour chaque document ou communication pris isolément. À tout événement, la confidentialité ne peut être alléguée qu'à l'égard d'une communication qui se rapporte à une consultation ou à un avis juridique, cette communication n'étant pas automatiquement privilégiée du seul fait qu'elle survienne dans le cadre d'une relation professionnelle entre un avocat et son client²⁷.

La détermination de l'applicabilité du secret professionnel de l'avocat s'effectue à la suite d'une analyse contextuelle, les circonstances de chaque communication ou information visée par une allégation à cet effet devant être examinées²⁸. La méthode précise devant être employée à cette fin, par contre, demeure à la discrétion du juge de première instance²⁹. Dans l'arrêt *Foster Wheeler*, la Cour suprême a énoncé que le tribunal devrait par exemple procéder à l'examen des documents concernés. Il s'agit d'une fonction qui va au cœur de leur rôle³⁰. À ce sujet, nous notons une récente décision du juge Dufresne de la Cour d'appel qui refusait de permettre l'appel d'une décision de la Cour supérieure qui avait déterminé qu'il était approprié de demander à une partie de fournir une liste décrivant les documents qu'elle refuse de divulguer, alléguant qu'ils sont visés par le secret professionnel de l'avocat³¹.

À l'instar de la distinction entre fait indépendant et avis juridique qui prévaut généralement dans les autres provinces canadiennes lorsque vient le temps de déterminer la portée du secret professionnel de l'avocat, les tribunaux québécois considèrent que les questions de fait ne mettent pas en jeu cette institution. Par exemple, l'existence et l'étendue d'un mandat de négociation d'un avocat constitue un tel fait qui peut s'avérer déterminant dans le cadre d'un

[Page 262]

litige qui met en cause la négociation d'une entente par l'entremise d'avocats³².

Il n'est en effet pas controversé que l'avocat ayant mené ces négociations puisse être contraint à témoigner quant à leur contenu ou aux instructions reçus de son client. Par exemple, une décision récente de la Cour canadienne de l'impôt arrive à cette conclusion à l'égard de questions posées à un avocat quant à l'étendue du mandat qu'il avait de son client alors qu'il négociait une entente dont la formation est contestée par la partie adverse. S'appuyant sur notamment les motifs du lord juge Singleton dans l'arrêt de la Cour d'appel anglaise *Conlon c. Conlons, Ltd.*, [1952] 2 All E.R. 462 :

Il existe une autre règle tout aussi importante; il s'agit d'une règle d'intérêt public. Si deux parties arrivent à une entente, elles devraient à première vue être liées par cette entente. De même, si deux parties arrivent à une entente par l'entremise de leurs mandataires autorisés, l'entente devrait être exécutoire entre les mandants des mandataires qui étaient autorisés à conclure l'entente. Si les mandataires sont les avocats des parties, les deux règles ou principes risquent peut-être de donner lieu à un conflit. Ce que le client dit à l'avocat est normalement protégé, mais si le client dit à l'avocat : « Veuillez régler l'affaire aux conditions suivantes », et si l'avocat le fait, la situation est différente; en effet, il s'agit peut-être là d'instructions données à l'avocat par le client : « Veuillez dire telle ou telle chose à l'autre partie », et si l'avocat, agissant conformément aux instructions de son client, dit à l'avocat de l'autre partie : « Mon client m'a donné des instructions en vue d'accepter 1 000 livres et les frais » et que la chose aboutit à la conclusion d'une entente entre les deux avocats en règlement de la demande, je ne crois pas que le premier client puisse invoquer le secret professionnel quant à ce qu'il a dit à son avocat, tout en demandant à son avocat de communiquer avec l'autre partie.

[...]

En donnant ainsi des instructions à ses avocats, le demandeur voudrait que ceux-ci communiquent la chose à l'autre partie.³³

[Page 263]

De même, le juge Fournier, alors à la Cour supérieure, s'est déclaré d'avis que « dans le cadre de négociation, le mandat même de l'avocat aux fins de transaction est d'énoncer la position de son client. Les termes des propositions ne sont pas couverts par le secret professionnel. Ils ne visent qu'un règlement qui se négocie par procureur interposé »³⁴. Que la négociation ait lieu par l'échange de documents reflétant la position d'une partie transmise à la partie adverse ne change rien à cette conclusion³⁵. Il convient de souligner que ces décisions s'appuient essentiellement sur les conditions de fond d'existence du secret professionnel de l'avocat qui sont les mêmes en droit québécois et en common law, soit a) une communication entre un avocat et son client; b) qui comporte une consultation ou un avis juridiques; et c) que les parties considèrent de nature confidentielle³⁶.

Au final, nous notons une importante exception introduite par la Cour suprême à l'occasion de l'arrêt *Foster Wheeler* quant au fardeau de preuve applicable dans certains cas où est invoquée la protection du secret professionnel de l'avocat, soit lorsque la relation professionnelle en cause découle d'un mandat complexe à exécution prolongé. Dans un tel cas, la partie qui invoque la confidentialité de communications n'aura pas à démontrer que les critères d'existence du secret professionnel de l'avocat sont satisfaits pour toute et chacune de ces communications, une présomption de confidentialité s'appliquant. Cette partie n'est toutefois pas libérée de toute obligation de preuve, car encore faut-il que cette présomption trouve application, ce qui sera déterminé à l'issue d'une analyse poussée par la Cour des rapports entre les parties, et de la nature et du contexte des services professionnels rendus³⁷. Rien dans cet arrêt ne change les conditions de fond de l'existence du secret professionnel lorsqu'un mandat complexe est en cause, incluant la nécessité que la communication ou le document visés ait lieu entre le client et son avocat.

B. Constatations intermédiaires

Deux enjeux principaux se posent quant à la portée du secret professionnel de l'avocat dans le contexte de l'exemple pratique que

[Page 264]

nous avons proposé, et ce, tant dans la perspective, en amont, de la mise sur pied d'équipes de négociation agissant pour le compte du vendeur et de l'acheteur, que du point de vue, en aval, de la portée de l'immunité de divulgation qui s'applique à un litige qui porte sur cette négociation. Premièrement, quelles seront les conséquences de la conduite de cette négociation par le biais d'avocats internes ou externes? Deuxièmement, quels sont les risques de divulgation associés à la participation de tiers conseillers financiers ou autres?

À la lumière de notre exposé des principes généraux qui se dégagent de la jurisprudence canadienne pertinente, rien ne laisse croire que les tribunaux des différentes juridictions offriraient des réponses substantielles différentes à ces questions. Partant de la notion que ne soit pas voulue confidentielle une communication entre parties négociatrices, même par l'entremise de leurs avocats, on peut croire que ne l'est pas davantage la communication entre l'une de ces parties et son avocat quant à la position à être communiquée à l'autre³⁸. Il est permis d'inférer de ce principe que les analyses des positions respectives des parties effectuées par les conseillers financiers retenus par une partie puissent être considérées

confidentielles dans un nombre limité de circonstances, notamment celles où cette partie peut prouver que ces conseillers ont l'autorité pour donner instructions à l'avocat d'agir sur la base de telles analyses. Finalement, nous soulignons une distinction importante qui s'esquisse quant au traitement d'un mandat de représentation juridique complexe à exécution prolongée³⁹, d'une part, et des conséquences de l'implication de tiers afin de mettre en œuvre une transaction complexe dans une courte période de temps⁴⁰. Dans le premier cas, la Cour suprême énonce l'existence d'une présomption de confidentialité qui se justifie par le caractère trop onéreux de la preuve qui devrait autrement être administrée par la partie sommée de démontrer la présence des conditions de fond du secret professionnel de l'avocat pour une multitude de communications. Une telle présomption se fonde à notre sens sur la prémisse que toutes ces communications ont lieu entre un avocat et son client, ce qui diffère fondamentalement de la situation où les communications en cause ont lieu entre un avocat et le conseiller financier retenu par son client. Dans ce dernier cas, il nous paraît impératif que le tribunal examine chacune des communications, comme ce fut le cas dans l'affaire *Barrick Gold*.

[Page 265]

En somme, les décisions examinées jusqu'ici suggèrent qu'une preuve assez précise doit être administrée afin d'établir la présence des conditions de fond d'existence du secret professionnel de l'avocat, et ce, même lorsque la trame factuelle fait état d'un nombre important d'acteurs. Cette attitude générale des tribunaux nous paraît notamment justifiée par le caractère d'exception au principe général d'une divulgation large de la preuve qui revêt le secret professionnel de l'avocat, en dépit de son statut de droit fondamental. Cet exigeant fardeau de preuve, tant à l'égard de communications individuelles que de l'existence d'un mandat juridique complexe à exécution prolongé, permet à notre sens de préserver l'équilibre entre une certaine prévisibilité quant au sort qui sera réservé aux objections à la divulgation de la preuve et l'importance pour l'administration du système de justice qu'une portion substantielle de la preuve pertinente soit accessible afin d'éclairer la décision du tribunal.

C. BCE Inc. c. Ontario Teachers' Pension Plan Board

L'équilibre dont nous faisons état et qui nous semble constituer un rouage important d'un système qui vise la résolution des différends de manière transparente et crédible nous semble bousculé par une récente décision de la Cour supérieure.

1. Contexte de la décision

Autour du printemps de l'année 2007 s'amorçait le processus qui mena à la tentative de privatisation ratée de la société publique BCE Inc. (« BCE »). À l'issue d'un processus d'enchères, un consortium formé par le Régime de retraite des enseignantes et des enseignants de l'Ontario (« RREO ») et quatre fonds de capital d'investissements américains fut sélectionné afin de procéder à l'acquisition forcée par emprunt de la totalité des actions de BCE. Cette partie de l'affaire est relatée plus amplement dans les décisions ayant mené à l'arrêt de principe de la Cour suprême *BCE Inc. c. Détenteurs de débetures de 1976*⁴¹ portant notamment sur le test applicable au stade de l'approbation par le tribunal d'un plan d'arrangement proposé en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*⁴² et sur les principes qui gouvernent l'exercice du recours pour abus prévu à cette même loi.

[Page 266]

Sommairement, la convention d'achat-vente (la « Convention ») convenue entre les parties comportait diverses conditions suspensives, certaines unilatérales, d'autres réciproques. Aussi, le consortium s'engageait à verser un montant de 1,2 G \$ à BCE à titre de dommages-intérêts liquidés dans l'éventualité où, dans certaines circonstances, la clôture de la transaction n'avait lieu au plus tard le 11 décembre 2008 (l'« Indemnité de rupture »). Comme la transaction ne fut jamais finalisée, BCE institua peu après cette date une action en réclamation de l'Indemnité de rupture que les défendeurs contestèrent, alléguant essentiellement que l'interprétation contractuelle sur laquelle s'appuyait l'action était contraire à la volonté réelle des parties au moment de la formation de la Convention. L'affaire fit depuis l'objet d'un règlement hors cour.

Le jugement interlocutoire de la Cour supérieure qui nous intéresse fut rendu le 17 juillet 2012 (la « Décision ») et portait notamment sur l'adjudication de certaines objections formulées par BCE invoquant le secret professionnel de l'avocat lors d'interrogatoires après défense de certains de ses représentants⁴³. Les objections en question avaient été formulées principalement lors d'interrogatoires d'avocats internes et externes de l'entreprise, mais aussi de son conseiller financier. Dans les motifs de cette décision, la Cour réfère au premier jugement qu'elle avait rendu dans la même affaire quant à la portée du secret professionnel de l'avocat⁴⁴. La Cour ne spécifie pas l'application qu'elle en fait, mais notons qu'elle avait notamment décidé à cette occasion 1) que n'étaient pas confidentiels les rapports quant à l'avancement des négociations effectuées entre les avocats retenus par chaque partie et la relation de ces faits par l'avocat interne de la compagnie et 2) qu'une distinction s'imposait entre l'avis juridique et la pure question de fait⁴⁵. Aussi, la Cour s'appuie parfois sur une autre décision rendue concurremment avec celle qui nous intéresse et dont nous traiterons plus longuement ci-après⁴⁶.

Avant de discuter plus avant de la portée de la Décision et du traitement jurisprudentiel qui devrait en être fait, nous soulignons

que l'honorable Allan R. Hilton, j.c.a, refusa d'en permettre l'appel, au motif que la Décision ne portait pas atteinte au droit à une défense pleine et entière des défendeurs lors de l'audition au fond, notamment en raison de la possibilité de remédier à plusieurs des conséquences de la Décision durant le procès. Le juge Hilton nota qu'en d'autres circonstances, les enjeux soulevés par la Décision eurent justifiés que la permission d'appel soit accordée⁴⁷.

2. Contenu de la décision

Premièrement, avec le plus grand respect pour le juge l'ayant rendu, la Décision confond les principes sous-jacents au secret professionnel de l'avocat et au privilège relatif au litige et applique erronément les conséquences de cette dernière institution dans un contexte où seule la première est pertinente. Plus spécifiquement, les notions de « zone de confidentialité » et de « dossier de l'avocat », propres à l'institution du privilège relatif au litige, n'ont pas leur place dans le contexte d'application du secret professionnel de l'avocat.

La Cour supérieure conclut qu'il est approprié d'appliquer les principes du privilège relatif au litige dans le contexte de la présente affaire qui consiste en un différend qui origine d'un contexte transactionnel. Ainsi, une zone de confidentialité devrait être reconnue afin de permettre à l'avocat d'exécuter son mandat, autant dans un contexte litigieux que dans un contexte transactionnel⁴⁸. En application de ces énoncés, la Cour détermina notamment que les notes prises par un avocat externe des propos tenus par les parties ou leur représentant et par des tiers lors d'une réunion dans le cadre de la négociation de l'entente étaient confidentielles du simple fait qu'elle se retrouve dans le dossier de l'avocat⁴⁹.

En dépit de la caractérisation casuistique qu'en fait la Cour supérieure, la trame factuelle qui mena à la Décision est des plus banales. Combien de litiges d'interprétation contractuelle surviennent à la suite de la formation d'un contrat âprement négocié? Or, comme nous le verrons en conclusion, les enseignements de la Cour suprême dans l'arrêt *Blank* interdisent de confondre les conséquences qui découlent de l'opposition qui caractérise la négociation

contractuelle avec celles propres à la préparation d'un litige qui sera soumis à une procédure contradictoire.

Deuxièmement, la Décision erre quant à la nature et à l'intensité du fardeau de preuve que doit satisfaire la partie qui invoque la protection du secret professionnel de l'avocat. Plus spécifiquement, la présomption de confidentialité énoncée par la Cour suprême dans l'arrêt *Foster Wheeler* relativement aux communications avec un avocat interne dans le cadre d'un mandat complexe à exécution prolongée fut erronément appliquée aux communications entre conseillers financiers et aux documents préparés par ces non-avocats. À ce sujet, les défendeurs cherchaient principalement à se voir communiquer les conseils financiers et les faits transmis aux avocats de la demanderesse et aux organes décisionnels de cette dernière durant la période de négociation.

Troisièmement, la Décision néglige de donner la pleine portée à la distinction entre avis juridique et faits indépendants en refusant d'ordonner la communication de versions caviardés de documents comportant les deux types d'information, voire de l'information purement factuelle extraite de ces documents. Comme nous l'avons vu, le juge d'instance a un vaste pouvoir discrétionnaire quant à la sélection de la méthode appropriée à chaque espèce afin de concilier le droit fondamental d'une partie au secret professionnel de l'avocat et celui de son adversaire à une divulgation libérale de la preuve pertinente, qu'elle soutienne ou non sa théorie de la cause.

Finalement, la Cour a refusé d'examiner les documents visés par les allégations de confidentialité sur la base du secret professionnel de l'avocat au motif que les défendeurs n'avaient pas renversé la présomption factuelle de confidentialité énoncée dans l'arrêt *Foster Wheeler*⁵⁰. Rien pourtant dans cet arrêt ne permet de justifier l'extension de la portée de cette présomption à des communications entre conseillers financiers ou à des documents générés par ces derniers, ce qui était recherché en l'espèce.

III. APPEL À UN DÉVELOPPEMENT RAISONNÉ DE LA JURISPRUDENCE

La Décision nous paraît difficilement justifiable quant à la portée excessive qu'elle accorde au secret professionnel de l'avocat.

Il ne s'agit pas de diminuer l'importance capitale de ce droit fondamental pour une société démocratique et l'administration d'un système de justice équitable et efficace, mais bien de donner effet aux propos de la Cour d'appel qui, sous la plume de l'honorable juge LeBel, rappelait qu'« [a]ussi

important que soit le secret professionnel, il doit, autant que possible être concilié avec les impératifs de la recherche de la vérité, objet d'un procès civil »⁵¹. Or, un meilleur équilibre entre ces deux valeurs nous semble atteignable.

Dans un premier temps, il est impératif d'éviter d'indûment alléger le fardeau de preuve devant être satisfait pour qu'une partie puisse résister avec succès à la divulgation de toute preuve pertinente à la résolution d'un litige. Cette immunité de divulgation demeure une exception; il incombe à la partie qui l'invoque de prouver suivant la balance des probabilités l'existence des conditions d'application du secret professionnel de l'avocat⁵². En étendant aux communications n'impliquant pas d'avocats la présomption énoncée par la Cour suprême dans l'arrêt *Foster Wheeler*, la Décision a les conséquences qu'exhortait à éviter la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Chrusz* :

127 The position of the Divisional Court provides incentive to a client who has the necessary means to direct all parties retained by the client to deposit any information they gather with the client's lawyer so as to shield the results of their investigations with client-solicitor privilege. The privilege would thus extend beyond communications made for the purpose of giving and receiving legal advice to all information relevant to a legal problem which is conveyed at a client's request by a third party to the lawyer. This view of client-solicitor privilege confuses the unquestioned obligation of a lawyer to maintain confidentiality of information acquired in the course of a retainer with the client's much more limited right to foreclose access by opposing parties to information which is material to the litigation. Client-solicitor privilege is intended to allow the client and lawyer to communicate in confidence. It is not intended, as one author has suggested, to protect « ... all communications or other material deemed useful by the lawyer to properly advise his client ... » :

[Page 270]

Wilson, *Privilege In Experts' Working Papers*, *supra*, at 371. While this generous view of client-solicitor privilege would create what clients might regard as an ideal environment of confidentiality, it would deny opposing parties and the courts access to much information which could be very important in determining where the truth lies in any given case.⁵³

Cet effet délétère sur la recherche de la vérité dans le cadre d'une procédure contradictoire découle directement de la confusion entre le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige, qui ont des finalités distinctes, contrairement à ce qu'affirme la Cour supérieure dans la Décision. La Cour suprême a articulé ces distinctions⁵⁴, et les motifs du juge Doherty dans l'arrêt *Chrusz* illustrent éloquemment le risque encouru et la confusion conceptuelle entraînés par une approche idoine à celle adoptée dans la Décision :

128 I make one further observation. If the Divisional Court's view of client-solicitor privilege is correct, litigation privilege would become virtually redundant because most third party communications would be protected by client-solicitor privilege. To so enlarge client-solicitor privilege is inconsistent with the broad discovery rights established under contemporary pre-trial regimes, which have clearly limited the scope of litigation privilege. The effect of that limitation would be all but lost if client-solicitor privilege were to be extended to communications with any third party who the client chose to anoint as his agent for the purpose of communicating with the client's lawyer.⁵⁵

La situation hypothétique dénoncée dans ce passage par la Cour d'appel de l'Ontario correspond en effet à l'application dans la Décision de la notion de « zone de confidentialité » et de « dossier de l'avocat », propres au privilège relatif au litige, au contexte où la question qui se pose est plutôt celle de la portée du secret professionnel de l'avocat.

Cette conclusion rejoint nos observations relatives aux tribunaux des juridictions de common law quant à la détermination de la confidentialité d'une communication impliquant un tiers non-avocat. Il ne suffit pas que ce tiers fasse partie de l'équipe qui participe à la

[Page 271]

négociation d'une entente pour que la communication l'impliquant soit privilégiée. Le fardeau incombe toujours à la partie qui allègue cette confidentialité d'administrer une preuve spécifique qui était sa prétention, notamment quant au rôle joué par ce tiers et le cadre dans lequel ce rôle s'exerçait. Cette preuve peut notamment s'établir par le biais d'une preuve testimoniale ou par l'examen des documents en question. De plus, une stricte distinction est appliquée entre l'immunité de divulgation dont bénéficie une communication et l'obligation d'une partie de divulguer les faits pertinents au litige.

Aussi, dans la Décision, la Cour supérieure ne justifie pas son refus de considérer, par exemple, une ordonnance à la demanderesse de communiquer les faits indépendants dissociés des documents confidentiels dans lesquels ils pourraient se trouver⁵⁶. Ces faits qui étaient à la connaissance des parties au moment de formuler leurs différentes offres par le biais d'échanges de projets de contrat et lorsque vint le temps de former l'entente finale sont autant de circonstances pertinentes à l'interprétation du contrat par le tribunal⁵⁷.

Nous avons souligné que l'accès pour une partie aux faits pertinents à la résolution du litige constitue un rouage crucial pour l'atteinte de la finalité de la procédure contradictoire. Comme nous l'avons vu, les juridictions de common law reconnaissent cette importance en prévoyant divers mécanismes par lesquels une partie pourra connaître certains faits, indépendamment de leur présence dans des documents possiblement confidentiels en vertu du secret professionnel de l'avocat. Dans la Décision susmentionnée, l'application de l'approche que nous proposons aurait pu, par exemple, résulter en la communication d'un document confectionné par un avocat interne à l'attention de l'organe décisionnel de son mandant et résumant la position que ce mandant s'apprête à communiquer à l'autre partie⁵⁸.

Le consensualisme du droit québécois des obligations contractuelles constitue un aspect additionnel du cadre dans lequel s'inscrit la procédure contradictoire dans notre système judiciaire⁵⁹. Ce principe

[Page 272]

se manifeste notamment dans la règle première de l'interprétation contractuelle :

1425. Dans l'interprétation du contrat, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés.⁶⁰

À notre sens, l'intention commune des parties à un contrat s'interprétant à la lumière de la volonté réelle de chacune au moment de former cette entente, il est d'autant plus impératif dans le contexte du droit civil québécois que les tribunaux demeurent exigeants quant au fardeau à satisfaire par une partie afin d'exclure certains faits de la divulgation. Ce qui vaut pour les litiges traités par les tribunaux de common law s'impose ici *a fortiori* au regard de cette particularité québécoise.

Nous soulignons brièvement qu'un nombre d'arrêts de la Cour d'appel étayent cette prétention en ce que cette dernière confirme implicitement la portée significative qui peut être accordée au témoignage de l'avocat d'une partie quant à la conduite de négociations contractuelles, aux positions échangées, et à l'intention des parties⁶¹. Par ailleurs, cette attitude de la Cour d'appel semble incompatible avec l'intensité du fardeau qu'impose la Cour supérieure dans la Décision afin de déterminer l'opportunité d'obtenir une preuve testimoniale de ces circonstances par le biais du témoignage de l'avocat négociateur. Alors que la Cour suprême affirme simplement dans l'arrêt *Foster Wheeler* qu'il soit préférable d'éviter les démarches qui multiplient les risques de divulgation d'information confidentielle et affaiblisse le secret professionnel de l'avocat⁶², la Cour supérieure en infère un fardeau distinct et exceptionnellement onéreux à satisfaire⁶³.

[Page 273]

CONCLUSION

Le présent contexte ne nous a permis qu'un bref examen de la jurisprudence québécoise et canadienne relative à l'application du secret professionnel de l'avocat au contexte de négociations contractuelles, impliquant ou non des tiers. Ce survol suffit à identifier différentes zones de convergences dans les décisions recensées dont nous avons déjà fait état. À l'issue de cet exercice, un constat théorique s'impose plus que tout autre : la croissance d'un courant jurisprudentiel reconnaissant la confidentialité d'échanges ou de documents en vertu du secret professionnel de l'avocat en l'absence des conditions de fond d'existence de cette institution ne se justifie pas. À ce chapitre, la décision de la Cour supérieure dans l'affaire *BCE inc. c. Ontario Teachers' Pension Plan Board* dont nous avons fait état demeure non seulement isolée, mais ne nous paraît pas susceptible d'emporter un changement dans l'état de cette branche du droit.

De la perspective du plaideur, notre revue jurisprudentielle souligne le besoin d'enseignements clairs de la part des cours d'appel dont le rôle dans une évolution raisonnée du droit est interpellé par des décisions qui négligent la cohérence conceptuelle. Deux questions brûlantes demandent des réponses articulées et cohérentes : 1) quelle est la portée du secret professionnel de l'avocat appliquée au contexte de négociations contractuelles impliquant les avocats et les différents conseillers d'une partie et 2) le point d'équilibre approprié entre le droit fondamental au secret professionnel de l'avocat et le droit d'une partie à explorer les faits constitutifs et indicatifs de la volonté réelle d'une autre partie, qui est une composante du droit fondamental à une défense pleine et entière⁶⁴. Le présent article vise à esquisser ces réponses.

En guise d'exemple additionnel, nous attirons l'attention du lecteur sur l'impact que pourra avoir une décision récente de la Cour suprême du Royaume-Uni quant aux conditions de fond d'existence du secret professionnel de l'avocat⁶⁵. Appelée à reconnaître un statut et des conséquences identiques à la confidentialité des communications entre avocat et client, d'une part, et comptable et client, d'autre

[Page 274]

part, cette Cour a essentiellement reconnu du bout des lèvres l'incohérence de cette distinction en regard de l'approche fonctionnelle propre au développement de la common law. Alerte à l'évolution de la réalité commerciale, tous les juges ont reconnu que l'avis juridique n'est plus la chasse-gardée de l'avocat, ce dernier jouant souvent un rôle marginal à l'ombre du comptable quand vient le temps d'appliquer les lois et réglementations fiscales à une situation donnée. La majorité de la Cour, et ce, avec une très forte dissidence, a toutefois rejeté la balle dans le camp du législateur, déclarant qu'il n'était pas de son ressort de changer le droit en ce sens⁶⁶. Il est donc à prévoir que des voix se feront entendre ici aussi pour remettre en question ce précepte, considérant que l'acception par les tribunaux canadiens du statut particulier du secret professionnel de l'avocat se fonde traditionnellement sur la relation exceptionnelle de l'avocat avec son client⁶⁷.

En définitive, d'un point de vue transactionnel, clients et avocats auraient avantage à accorder un temps de réflexion à la façon dont se structurent échanges, négociations, communications de faits et d'analyses durant la phase précontractuelle, de manière à anticiper la portée que le tribunal serait susceptible d'accorder au secret professionnel de l'avocat en cas de litige portant sur l'interprétation du contrat éventuellement formé. L'idée d'un protocole plus ou moins formel ou élaboré selon le nombre d'acteurs impliqués et la magnitude de la transaction contemplée s'impose comme une solution présentant un avantage au plan de la preuve du rôle joué par les tiers dans les négociations, sans pour autant être garant de protection, comme en témoignent les enseignements à tirer des affaires *Barrick Gold* en Ontario et l'application appropriée de la présomption énoncée dans l'arrêt *Foster Wheeler*. À tout événement, il importe de bien évaluer la nécessité pour chaque tiers conseiller de participer chaque communication qui serait autrement confidentielle, au risque de voir la portée du secret professionnel de l'avocat diminué comme peau de chagrin en cas de litige.

Notes de bas de page

*. Associé principal du cabinet Woods s.e.n.c.r.l.

** . Avocat du cabinet Woods s.e.n.c.r.l.

1. *Blank*, par. 7.

2. *General Accident Assurance Co. c. Chrusz*, [1999] O.J. No. 3291 (C.A. Ont.) [*Chrusz*], par. 66-67.

3. *Lac d'amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, **2001 CSC 51 (CanLII)**, 2001 CSC 51; *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, **2004 CSC 18 (CanLII)**, 2004 CSC 18, par. 23-29 [*Foster Wheeler*].

4. *Schenker du Canada ltée c. Groupe Intersand Canada inc.*, **2012 QCCA 171 (CanLII)**, 2012 QCCA 171, par. 15 et 33, demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême refusée, (12-07-19) **2012 CanLII 41197 (SCC)**, 2012 CanLII 41197.

5. *Solosky c. La Reine*, **1979 CanLII 9 (CSC)**, [1980] 1 R.C.S. 821, 835; *Descôteaux et al. c. Mierzwinski*, **1982 CanLII 22 (CSC)**, [1982] 1 R.C.S. 860, 870-873.

6. *Chrusz*.

7. *Ibid.*, par. 23, citant « Claiming Privilege in the Discovery Process », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, (1984) 163, 164-165 (traduction tirée de *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*), **2006 CSC 39 (CanLII)**, 2006 CSC 39 [*Blank*], par. 28).

8. *Chrusz*, par. 91-94.

9. *Ibid.*, par. 104-105.

10. *Ibid.*, par. 120-121.

11. *Ibid.*, par. 125.

12. *Ibid.*, par. 108-109, 111, 116.

13. *Ibid.*, par. 126.

14. *Barrick Gold Corporation c. Goldcorp Inc.*, **2011 ONSC 1325 (CanLII)**, 2011 ONSC 1325.

15. Dans la version originale : « *deal team* ».

16. *Barrick Gold Corporation c. Goldcorp Inc.*, **2011 ONSC 3725 (CanLII)**, 2011 ONSC 3725.

17. Voir par exemple *Canadian Pacific Ltd. c. Canada (Competition Act, Director of Investigation and Research)*, [1995] O.J. No. 4148, par. 22 (Ont. Ct. J.); *Camp Development Corp. c. South Coast Greater Vancouver Transportation Authority*, **2011 BCSC 88 (CanLII)**, 2011 BCSC 88, par. 67.

18. *Humberplex c. TransCanada Pipelines*, **2011 ONSC 4815 (CanLII)**, 2011 ONSC 4815, par. 48-53.

19. *Hexion Specialty Chemicals, Inc. et al., c. Huntsman Corp.*, A.2d, 2008 WL 3522445 (Del.Ch.).

20. Soulignons tout de même au passage que de rares voix se font entendre pour déclarer qu'une telle distinction n'a plus raison d'être : *Donell c. GJB Enterprises Inc.*, **2012 BCCA 135 (CanLII)**, 2012 BCCA 135.

21. *Global Petroleum Corp. c. CBI Industries Inc.*, **1998 CanLII 2609 (NS CA)**, 1998 CanLII 2609, (NS C.A.), par. 5, 22-23; *Shibish c. Honda of Canada Inc.*, **2010 ONSC 3770 (CanLII)**, 2010 ONSC 3770, par. 11.
22. *Susan Hosiery Ltd. c. Canada (Minister of National Revenue)*, [1969] C.T.C. 353 (Ex. Ct.).
23. *Wexler c. Suncor Energy Products Inc.*, [2006] O.J. No. 4012, par. 10 (Ont. Sup. Ct.).
24. *Canadian Pacific Ltd. c. Canada (Competition Act, Director of Investigation and Research)*, [1995] O.J. No. 4148, par. 22 (Ont. Ct. J.).
25. *Foster Wheeler*, par. 27.
26. *Ibid.*, par. 48-49.
27. *Laprairie Shopping Centre (syndic) c. Pearl*, **1998 CanLII 13242 (QC CA)**, [1998] R.J.Q. 448 [*Laprairie Shopping Centre*], par. 46-51 (C.A.). Voir aussi *Évaluations BTF inc. c. Saguenay (Ville de)*, **2010 QCCS 3457 (CanLII)**, 2010 QCCS 3457, par. 9-13.
28. *Tisserand Enterprises Inc. c. Genra Canada Investments Inc.*, **2002 CanLII 6079 (QC CS)**, 2002 CanLII 6079, par. 30 (C.S.).
29. *Glegg c. Smith & Nephew Inc.*, **2005 CSC 31 (CanLII)**, 2005 CSC 31, par. 28-31.
30. *Ibid.*, par. 47.
31. *Rothmans, Benson & Hedges inc. c. Létourneau*, **2011 QCCA 705 (CanLII)**, 2011 QCCA 705, par. 21-26.
32. *2643-4654 Québec inc. c. SAAR Foundation Canada Inc.*, J.E. 94-346 (C.A.), par. 7-8; *Notiplex Sécurité incendie inc. c. Honeywell International Inc.*, **2010 QCCA 1028 (CanLII)**, 2010 QCCA 1028, par. 53-55.
33. *SoftSim Technologies Inc. c. La Reine*, **2012 CCI 181 (CanLII)**, 2012 CCI 181, par. 13-20.
34. *Turpin, Gagnon c. Turpin, Bélec*, **2004 CanLII 48000 (QC CS)**, 2004 CanLII 48000, par. 5.
35. *Leblanc c. Service anti-crime des assureurs inc.*, [2002] J.Q. n° 4281 (C.S.), par. 6-7; *Leblanc c. Service anti-crime des assureurs inc.*, J.E. 2004-1407, par. 9-15 (C.S.).
36. *Laprairie Shopping Centre*, par. 47.
37. *Foster Wheeler*, par. 38-42; *Robinson c. Weinberg*, [2005] J.Q. n° 14452 (C.S.), par. 20-33.
38. *Turpin, Gagnon c. Turpin, Bélec*, précité; *P.I. c. H.I.*, [1981] B.C.J. No. 1687 (C.A. C.-B.).
39. *Foster Wheeler*, précité.
40. *Barrick Gold*, précité.
41. **2008 CSC 69 (CanLII)**, 2008 CSC 69. Le cabinet Woods s.e.n.c.r.l. agissait pour le compte du consortium et de ses actionnaires tant dans cette affaire que dans celle dont traite plus spécifiquement le présent article.
42. **L.R.C. (1985), ch. C-44.**
43. *BCE Inc. c. Ontario Teachers' Pension Plan Board*, **2012 QCCS 3391 (CanLII)**, 2012 QCCS 3391 [*BCE c. OTPPB*].
44. *BCE c. OTPPB*, par. 28-29.
45. *BCE inc. c. Ontario Teachers' Pension Plan Board*, **2010 QCCS 5662 (CanLII)**, 2010 QCCS 5662, par. 23 et 42. La Cour déterminait aussi que, lorsque possible, l'information devrait d'abord être recherchée d'un non-avocat (par. 40).
46. Soit à *BCE c. OTPPB*, par. 57, 67 et 72 où la Cour réfère à ses motifs dans *BCE Inc. c. Ontario Teachers' Pension Plan Board*, **2012 QCCS 3393 (CanLII)**, 2012 QCCS 3393.
47. *Ontario Teachers' Pension Plan Board c. BCE inc.*, **2012 QCCA 1738 (CanLII)**, 2012 QCCA 1738, par. 13-14.
48. *BCE c. OTPPB*, par. 31 à 39.
49. *BCE c. OTPPB*, par. 55, 56, 57
50. *BCE Inc. c. Ontario Teachers' Pension Plan Board*, **2012 QCCS 3393 (CanLII)**, 2012 QCCS 3393, par. 30-33.
51. *Kruger Inc. c. Kruco Inc.*, **1988 CanLII 962 (QC CA)**, [1988] R.J.Q. 2323 (C.A.).
52. Art. 2803 et 2804 du **Code civil**. Un exemplaire d'exercice de ce type paraît avoir été exigé par la Cour supérieure dans *American Eagle Outfitters Canada Corp. c. Reitmans (Canada) Ltd.*, **2012 QCCS 5941 (CanLII)**, 2012 QCCS 5941, inscription en appel (2012-12-21).
53. *Chrusz*, par. 127.
54. *Blank*, par. 28.
55. *Chrusz*, par. 128.
56. *Canadian Pacific Ltd. c. Canada (Competition Act, Director of Investigation and Research)*, [1995] O.J. No. 4148, par. 22 (Ont. Ct. J.)
57. Voir, par analogie, *American Eagle Outfitters Canada Corp. c. Reitmans (Canada) Ltd.*, **2012 QCCS 5941 (CanLII)**, 2012 QCCS 5941, inscription en appel (2012-12-21).

58. *BCE c. OТПPB*, par. 67-69.

59. Art. 1385, 1425 et 1426 du **Code civil**. *Sobeys Québec inc. c. Coopérative des consommateurs de Ste-Foy*, **2005 QCCA 1172 (CanLII)**, 2005 QCCA 1172, par. 47-53.

60. Art. 1425 du **Code civil**.

61. *Ihag-Holding, a.g. c. Corporation Intrawest*, **2011 QCCA 1986 (CanLII)**, 2011 QCCA 1986; *3879607 Canada inc. c. Hôtel Cadim (Godin) inc.*, **2012 QCCA 792 (CanLII)**, 2012 QCCA 792; *Riopel c. Agence de revenu du Canada*, **2011 QCCA 954 (CanLII)**, 2011 QCCA 954, demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême accordée **2011 CanLII 80848 (SCC)**, 2011 CanLII 80848. Voir aussi *Locations Le Carrefour Laval inc. c. Europe Cosmétiques inc.*, **2011 QCCS 3636 (CanLII)**, 2011 QCCS 3636, requête en rejet d'appel rejetée **2011 QCCA 2292 (CanLII)**, 2011 QCCA 2292; *Produits forestiers Aventure inc. c. Société de récupération, d'exploitation et de développement forestier du Québec (Rexfor)*, **2001 CanLII 205 (QC CS)**, 2001 CanLII 205 (C.S.).

62. *Foster Wheeler*, par. 41-42.

63. *BCE c. OТПPB*, par. 64-65 et *BCE Inc. c. Ontario Teachers' Pension Plan Board*, **2012 QCCS 3393 (CanLII)**, 2012 QCCS 3393, par. 30-33.

64. *Glegg c. Smith & Nephew inc.*, **2005 CSC 31 (CanLII)**, 2005 CSC 31, par. 21-22; *Lac d'amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, **2001 CSC 51 (CanLII)**, 2001 CSC 51; *Westinghouse Canada inc. c. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Co.*, **1993 CanLII 4242 (QC CA)**, [1993] R.J.Q. 2735 (C.A.).

65. *R. (on the application of Prudential plc and another) c. Special Commissioner of Income Tax and another*, 2013 UKSC 1.

66. Évidemment, la question se pose quelque peu différemment au Québec où l'**article 9** de la **Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12**, l'**article 60.4** du **Code des professions, L.R.Q., c. C-26** et les différents codes de déontologie applicables aux comptables prévoient le secret professionnel du comptable et l'obligation de confidentialité de ce dernier.

67. *Solosky c. La Reine*, **1979 CanLII 9 (CSC)**, [1980] 1 R.C.S. 821, 839.



Les Développements récents sont une publication du [Barreau du Québec](#).

© 2013 Barreau du Québec – Tous droits réservés

Les opinions exprimées ainsi que l'exactitude des citations et références dans ces textes relèvent de la responsabilité exclusive de leur(s) auteur(s).



CENTRE D'ACCÈS À
L'INFORMATION JURIDIQUE

CONSEIL DE LA
MAGISTRATURE
DU QUÉBEC



[Commentaires](#) | [Plan du site](#) | [CAIJ Mobile](#) | [Coordonnées](#)
[Conditions d'utilisation](#) | [Propriété intellectuelle](#) | [Politique de confidentialité](#) | [Configuration requise](#)
© 2002-2014 Centre d'accès à l'information juridique - Tous droits réservés