



T-659-92

Entre :

SHINWA KAIUN K.K.,

demanderesse,

- et -

LE NAVIRE «*QUEEN OF ALBERNI*»,
CENTRAL TRUST CO., BRITISH COLUMBIA FERRY
CORP. ET TOUTES AUTRES PERSONNES AYANT UN DROIT
SUR LE NAVIRE «*QUEEN OF ALBERNI*»,

défendeurs.

MOTIFS DE L'ORDONNANCE

LE PROTONOTAIRE JOHN A. HARGRAVE:

Cette requête soulève la question de l'accès au contenu du dossier d'un avocat. Ce contenu est d'une importance évidente, vu la nature de l'action, qui concerne une collision entre le vraquier *Shinwa Maru* et le transbordeur *Queen of Alberni*. Le *Shinwa Maru* avait précédemment quitté son poste d'amarrage de Robert's Bank, juste au nord du terminal Tsawwassen, d'où le *Queen of Alberni* venait de partir. Le défendeur a invoqué, entre autres, la limitation de responsabilité prévue par la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Comme il s'agit sans doute ici d'une collision classique entre navires munis de radar, de nombreuses questions de l'interrogatoire préalable portent sur le radar du *Queen of Alberni* et sur son état au moment de la collision et peu de temps après.

La demanderesse, durant l'interrogatoire préalable du témoin du défendeur à propos de la limitation de responsabilité, a demandé au témoin la date à laquelle l'avocat du défendeur avait fait examiner par un expert le radar du *Queen of Alberni*. Il s'agit de savoir si la demanderesse peut fouiller dans le dossier de l'avocat du défendeur et, dans l'affirmative, jusqu'à quel point elle peut le faire.

Le dossier d'un avocat comporte un caractère sacré [TRADUCTION] «qui est de tout temps resté inviolé», et cela pour de bonnes raisons: voir l'arrêt *Hodgkinson v. Simms* (1989), 55 D.L.R. (4th) 577, page 581 et suivantes (C.A.C.-B.). Autrement, l'avocat qui prépare ses arguments en vue d'un procès devrait constamment se rappeler que ses réflexions, ses notes personnelles, ses souvenirs et ses déclarations écrites, qui forment la trame de ses tâches professionnelles, pourraient être exposés à la vue de tous et livrés en pâture à n'importe qui, au détriment peut-être de son client. Tolérer que les avocats puissent examiner ainsi réciproquement leurs dossiers altérerait gravement les règles qui président à la préparation des causes à présenter en justice.

Certaines limites évidentes ont trait aux experts et à leurs documents. Sans aucun doute le témoin, en raison de la règle 458(1)b), n'est pas tenu d'identifier l'expert. De plus, si un rapport sur le radar du *Queen of Alberni* a été obtenu par l'avocat, et dans la mesure où ce rapport participe d'un rapport d'expert, sa communication est régie par la règle 482 et devrait se faire selon cette règle et non par interrogatoire préalable: *Aerlinte Eireann Teoranta c. La Reine*, motifs non publiés de M. le juge Strayer (tel était alors son titre) le 25 juillet 1984, n° du greffe T-1250-80 (décision confirmée par la Cour d'appel le 26 février 1984, n° du greffe A-972-84).

La question de l'accès aux documents du dossier d'un avocat est discutée dans l'édition courante de Wigmore on Evidence, septième édition, 1961, sous la rubrique «Secret professionnel de l'avocat», et en particulier sous l'angle de la connaissance acquise par l'avocat grâce à des personnes autres que son client. Wigmore et ses éditeurs actuels s'expriment en partie dans une perspective américaine, mais une perspective fortement inspirée de la tradition anglaise. Wigmore souligne qu'il faut se garder, lorsqu'on analyse le secret professionnel de l'avocat, de confondre

deux principes, l'un qui se rapporte au secret professionnel et l'autre au champ de l'enquête préalable. D'une part, de nombreux documents viennent entre les mains des avocats et peuvent ou non être visés par le principe du secret professionnel. D'autre part, il y a des limites à l'enquête préalable, et il existe en particulier un principe qui soustrait à l'enquête préalable les pièces du dossier de l'avocat, notamment ses communications avec les tiers auxquels ne s'applique pas le principe du secret professionnel de l'avocat (voir la section 2318, à la page 620), et ici Wigmore mentionne l'arrêt *Hickman v. Taylor* (1947), 329 U.S. 495.

Dans l'affaire *Hickman*, la Cour de district avait ordonné à l'avocat de produire toutes les déclarations écrites de ses témoins et de décrire tout fait qui lui avait été communiqué oralement par les témoins. Dans l'affaire *Hickman*, aux pages 508 à 510, M. le juge Murphy, juge de la Cour suprême des États-Unis, mentionne expressément que le principe du secret professionnel de l'avocat ne s'étend pas aux renseignements qu'un avocat obtient d'un témoin lorsqu'il représente son client en prévision d'un procès. Le principe du secret professionnel ne concerne pas non plus le dossier de l'avocat. Il s'agit plutôt de soustraire ces éléments au processus de l'enquête préalable. Voici ce qu'écrit M. le juge Murphy sur la demande initiale et sur l'examen du dossier d'un avocat:

[TRADUCTION]

«Il s'agit ici simplement d'une tentative, faite sans nécessité ou justification, d'obtenir les déclarations écrites, les notes personnelles et les souvenirs formant la trame des tâches professionnelles de l'avocat d'une partie adverse. Cette tentative ne relève pas, en tant que telle, du domaine de l'enquête préalable et elle contrevient aux règles qui président à la conduite des actions en justice, que ce soit en demande ou en défense. Les enquêtes préalables, si libérales que soient les règles qui les régissent, ne sauraient justifier des incursions dans les dossiers et les réflexions d'un avocat». (page 510)

Wigmore, à la section 2320, page 628, résume la question ainsi:

[TRADUCTION]

«Ainsi, par exemple, deux documents se trouvant entre les mains d'un avocat peuvent être hors de portée de la partie adverse - l'un parce qu'il s'agit d'une communication confidentielle du client ou de son mandataire à l'avocat, et l'autre parce qu'il s'agit de la communication d'un futur témoin à l'avocat. La raison de l'immunité dans le premier cas est le secret professionnel de l'avocat; et dans le deuxième cas, c'est la règle totalement distincte, qui soustrait certaines matières à l'enquête préalable...

On pourra éviter la confusion uniquement si les deux principes sont maintenus à l'intérieur de leurs dimensions propres».

Pour ce qui est du contexte anglais, Wigmore fait observer que ces deux principes, celui du secret professionnel de l'avocat, qui vise les communications confidentielles entre l'avocat et son client, et celui qui soustrait à l'enquête préalable certains documents et les déclarations de témoins éventuels, n'ont pas été maintenus parfaitement étanches, [TRADUCTION] «et au Canada une certaine confusion persiste.» (Ibid, section 2318, à la page 621).

Au soutien de la présente demande, l'avocat de la demanderesse se réfère aux motifs rédigés par le Tribunal de la concurrence dans une procédure interlocutoire, *Directeur des enquêtes et recherches c. Dennis Washington*, une décision non publiée de M. le juge Rothstein dans l'affaire CT-96/1, le 8 octobre 1996. Dans cette affaire, l'un des intimés avait fait valoir que le point en litige concernait un monopole naturel. Pour appuyer cet argument, l'avocat avait obtenu plusieurs documents d'un grand nombre de sources qui n'étaient pas parties à l'instance. M. le juge Rothstein indiqua que le Directeur des enquêtes et recherches tentait de comprendre l'argument du monopole naturel et d'obtenir des renseignements factuels sur cet aspect. Voici ses propos:

[TRADUCTION]

«En règle générale, la partie qui interroge a le droit de poser des questions qui trouvent leur source dans les actes de procédure. Ce faisant, la partie qui interroge a droit à des documents précis, à des faits pertinents, mais non à des avis économiques ou juridiques.

«... Il est bien établi en droit que les renseignements factuels doivent être fournis et qu'ils ne sont pas protégés par le secret professionnel de l'avocat, même si les faits ont été obtenus à la faveur d'une enquête effectuée par l'avocat.»

À l'appui de cette dernière proposition, M. le juge Rothstein s'est référé à l'arrêt *Susan Hosiery Ltd. c. M.N.R.*, [1969] C.T.C. 353 (C. de l'É.), que j'aborderai bientôt.

L'affaire *Washington* ne vient pas particulièrement en aide à la demanderesse car essentielle était l'information factuelle, mise en question dans les plaidoiries écrites de l'intimé, une information qui avait été obtenue de sources tierces par l'avocat. Cela est d'autant plus vrai compte tenu des observations de M. le juge Rothstein sur le rôle joué dans l'affaire par les faits obtenus des sources tierces et sur la manière dont l'interrogatoire préalable avait progressé, et compte tenu de l'affirmation du juge selon laquelle, sur le plan pratique, il était nécessaire d'imposer à la partie interrogée une charge plus lourde qu'à l'ordinaire. L'affaire *Washington* ne

sert pas sur un plateau à la partie interrogatrice le mémoire de l'avocat adverse. L'affaire peut se limiter à ses circonstances propres, dont toutes imposaient un fardeau plus grand à la partie interrogée, notamment le fait que l'intimé avait soulevé la question du monopole naturel, avait interrogé un grand nombre de témoins (dont certains avaient été plus utiles que d'autres) et obtenu d'eux l'information pertinente et, bien que l'intimé fût tenu de fournir des noms et adresses et d'indiquer si l'information obtenue de ces sources était favorable ou défavorable, il appartenait, en fin de compte, à l'avocat du requérant de prendre la liste des témoins et de leur parler afin de faire avancer la cause du requérant.

L'arrêt *Susan Hosiery*, rendu par le président de la Cour de l'Échiquier, portait sur la production d'un mémoire à la suite d'une rencontre entre les avocats et le comptable de l'appelante, ainsi que sur la production de la correspondance qui avait suivi la rencontre et qui se rapportait à des avis juridiques sur les activités de l'appelante. La Cour jugea que ces documents étaient protégés par le secret professionnel. Cependant, dans ses motifs, le président Jackett a abordé plusieurs des précédents se rapportant au secret professionnel de l'avocat, puis a résumé deux principes à la page 359, dont le second intéresse la présente instance:

[TRADUCTION]

«...tous les papiers et documents établis ou obtenus spécialement pour le dossier de l'avocat en vue du procès, qu'il soit engagé ou envisagé, sont des documents protégés.»

Il examine ensuite le fondement de cette règle, et ses propos méritent d'être ici cités intégralement:

[TRADUCTION]

«Pour ce qui est de la règle relative au «dossier de l'avocat», la raison de cette règle est évidemment que, dans notre système fondé sur la procédure contradictoire, le travail que fait un avocat pour représenter son client en justice ne doit pas être entravé par la possibilité que les documents qu'il a préparés puissent être enlevés de son dossier et présentés à la Cour d'une manière autre que celle qu'il avait envisagée au moment de les préparer. Ce qui permettrait d'établir la vérité lorsque les pièces sont présentées de la manière envisagée par l'avocat qui les a préparées pourrait bien servir à altérer la vérité au préjudice du client si les pièces en question sont présentées par une partie adverse qui ne comprend pas ce qui a donné lieu à leur préparation. Si les avocats avaient le droit de fouiller dans les dossiers de leurs confrères à la faveur du processus de l'enquête préalable, la préparation franche des procès en vue de leur instruction se transformerait en une parodie fort navrante de notre système actuel.»

Le président Jackett fait ensuite observer que les règles [TRADUCTION] «n'offrent pas une protection contre l'examen de faits qui sont ou pourraient être utiles pour décider les points en litige» (ce qui est protégé, ce sont plutôt les pièces établies pour le dossier de l'avocat) et que [TRADUCTION] «les faits ou documents qui se trouvent reflétés dans ces communications ou ces pièces ne sont pas protégés contre une enquête préalable lorsque la partie serait tenue par ailleurs de les communiquer» (page 360). Le président Jackett s'est référé à l'arrêt *Lyell v. Kennedy (No. 2)* (1883), 9 App. Cas. 81 (Chambre des lords), pour dire que, si une partie interrogée apprend du dossier d'un avocat qu'une pierre tombale ou un arbre généalogique existe à tel endroit et si elle se rend alors à cet endroit pour voir la chose par elle-même, ce qu'elle aura observé ne sera pas protégé, même si la connaissance qu'elle a de son existence vient du dossier de l'avocat. En revanche, une question préalable portant sur la croyance formée après lecture du dossier de l'avocat est abusive.

Le président Jackett a reconnu la différence entre les communications de l'avocat avec son client et les pièces qui forment le dossier de l'avocat en vue du procès, encore qu'il considère les deux catégories comme des catégories protégées. Cependant, pour décider l'affaire *Susan Hosier*, il lui suffisait de s'en tenir à la première catégorie, qui est manifestement une catégorie protégée, en raison de la qualification des documents comme documents privilégiés, pour le motif qu'il s'agit d'avis juridiques donnés par l'avocat à son client. À mon avis, cela laisse non résolue la question de la nature véritable de l'immunité par laquelle les pièces du dossier d'un avocat sont, dans une enquête préalable, soustraites à la communication, que ce soit pour cause de secret professionnel, comme on l'a vu dans l'affaire *Susan Hosier*, ou en raison de l'exception énoncée par Wigmore et appliquée par la Chambre des lords dans l'arrêt *Lyell v. Kennedy* (précité).

Dans l'édition 1992 de Sopinka on the Law of Evidence in Canada (Butterworth's), les éditeurs reconnaissent qu'il est erroné de classer les pièces du dossier d'un avocat sous la rubrique du secret professionnel de l'avocat, une notion qui en fait évoque les rapports professionnels entre deux personnes. Sopinka mentionne l'affaire *Regional Municipality of Ottawa-Carleton v. Consumers' Gas Co. Ltd.* (1991), 74 D.L.R. (4th) 742, page 748, une décision de la Cour de l'Ontario, où l'on examine l'immunité sous l'angle de l'intrusion injustifiée dans les documents

préparés par un avocat en vue d'un procès, intrusion qui irait à l'encontre du but recherché et peut-être inciterait même l'avocat à renoncer à un examen consciencieux de l'affaire. Sopinka fait observer que la doctrine américaine de l'immunité en matière d'enquête préalable est celle qui est énoncée par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Hickman v. Taylor* (précité), puis il fait observer que la protection donnée par le droit américain au dossier d'un avocat se présente dans le contexte de règles de procédure en matière d'enquête préalable et non dans le contexte du secret professionnel de l'avocat et que rien ne s'oppose à ce que les pièces du dossier d'un avocat relèvent des règles soustrayant de telles pièces à la communication au cours d'un procès. Pourtant, dans l'arrêt *Lyell v. Kennedy* (précité), abondamment mentionné dans l'affaire *Susan Hosiery*, deux des trois juges ont considéré le dossier de l'avocat non comme un document protégé par le secret professionnel, mais plutôt comme un document qui a été préparé par l'avocat en prévision du procès et qui est soustrait à la communication: voir les motifs de lord Blackburn, en particulier à la page 87, et ceux de lord Watson, à la page 91.

Dans l'arrêt *Lyell v. Kennedy*, lord Blackburn fait observer que la partie interrogatrice a le droit d'être informée de tout ce que sait ou croit l'autre partie et peut demander au témoin ce qu'il a vu personnellement ou ce qu'il sait, et la partie interrogatrice a le droit de connaître tous les faits et renseignements qui fondent cette connaissance ou cette croyance et qui proviennent de l'agent du témoin, mais il existe une autre règle:

[TRADUCTION]

«Cette autre règle est maintenant établie: l'autre partie n'a pas le droit, dans l'enquête préalable, d'obliger l'opposant à produire comme preuve les pièces que l'avocat a préparées en prévision du procès... lorsqu'un avocat, après s'être renseigné sur toute l'affaire et avoir préparé ses arguments, a rédigé un mémoire et l'a envoyé à son client, je crois qu'il faut considérer comme une règle parfaitement établie la règle selon laquelle l'autre partie n'a pas le droit de dire: «Montrez-moi ce mémoire que vous a envoyé votre avocat»». (page 86)

On a fait valoir dans l'affaire *Lyell v. Kennedy* que l'avocat qui interroge a le droit d'établir si la partie interrogée a lu le dossier de l'avocat et, dans l'affirmative, d'établir ce qu'était la croyance du témoin à la lecture du dossier. Selon lord Blackburn, c'était là un point nouveau, non soulevé auparavant, mais c'était une question qui ne pouvait être posée. Il a admis que certaines questions pouvaient être acceptables, comme il ressort du long passage de l'arrêt *Lyell v. Kennedy* (pages 86 et 87) qui apparaît dans l'arrêt *Susan Hosiery*. Selon ce passage, si

un client, lisant le dossier de son avocat, constate que le dossier parle d'une pierre tombale ou d'un arbre généalogique se trouvant à un endroit donné, et si le client se rend à cet endroit pour y examiner la chose en question, il ne suffirait pas de répondre «Je connais la chose sur laquelle vous m'interrogez, mais j'en ai d'abord eu connaissance à la faveur de renseignements antérieurs», car il s'agirait là d'une question acceptable. En revanche, la simple opinion ou la simple croyance de la partie interrogée, une opinion ou une croyance tirée uniquement des pièces du dossier de l'avocat, serait protégée.

Dans l'affaire *Lyell v. Kennedy*, le témoin a répondu à la question en affirmant qu'il n'avait aucune connaissance ou croyance autre que la conclusion qu'il avait tirée de la lecture du dossier de l'avocat. Les juges ont estimé qu'il s'agissait là d'une réponse valable et suffisante.

Dans le cas qui nous occupe, la question de la demanderesse se rapportait simplement à une date figurant dans le dossier de l'avocat du défendeur. L'avocat du défendeur a refusé de répondre, affirmant que le demandeur cherchait à savoir ce qui se trouvait dans son dossier. La connaissance de la date par le témoin serait une connaissance tirée du dossier de l'avocat. Comme l'a fait observé la Chambre des lords dans l'arrêt *Lyell v. Kennedy*, il ne s'agit pas là d'une question acceptable, et le témoin peut refuser de répondre. Dans le cas qui nous occupe, le témoin n'est pas tenu de répondre à la question portant sur la date à laquelle l'avocat avait fait procéder à l'expertise du radar se trouvant à bord du *Queen of Alberni*.

Reste la question générale suivante: le dossier d'un avocat est-il protégé en vertu du principe du secret professionnel de l'avocat ou en vertu d'une règle soustrayant ce dossier à l'enquête préalable? Je ne crois pas que les précédents *Washington* et *Susan Hosiery* puissent disposer de la question: la portée du précédent *Washington* est à mon avis limitée par le caractère étroit et particulier des faits, et dans le précédent *Susan Hosiery*, la protection du dossier de l'avocat est abordée, mais ce n'est pas le dossier de l'avocat qui était en litige, c'était plutôt les communications entre le client et son avocat, c'est-à-dire la protection des avis juridiques. Sans doute Wigmore a-t-il raison d'affirmer qu'au Canada la confusion persiste. Je ferais observer cependant que le président Jakkett a accepté l'arrêt *Lyell v. Kennedy* comme un précédent

important. Dans ce précédent, les juges de la majorité semblent d'avis que la protection du dossier d'un avocat ne relève pas du secret professionnel de l'avocat, mais qu'il s'agit plutôt d'un aspect sur lequel la partie adverse n'est pas fondée à faire une enquête préalable.

John A. Hargrave
Protonotaire

21 mai 1997
Vancouver (Colombie-Britannique)

TRADUCTION CERTIFIÉE CONFORME:

F. Blais, LL.L.

AVOCATS ET PROCUREURS INSCRITS AU DOSSIER

INTITULÉ : SHINWA KAIUN K.K.

- et -

**LE NAVIRE «QUEEN OF ALBERNI»,
CENTRAL TRUST CO., BRITISH COLUMBIA
FERRY CORP., ET TOUTES AUTRES PERSONNES
AYANT UN DROIT SUR LE NAVIRE «QUEEN OF
ALBERNI»**

N° DU GREFFE : T-659-92

LIEU DE L'AUDIENCE : Vancouver (C.-B.)

DATE DE L'AUDIENCE : le 21 mai 1997

**MOTIFS DU JUGEMENT DU PROTONOTAIRE JOHN A. HARGRAVE, en date du
21 mai 1997**

COMPARUTIONS:

W.G. Wharton

pour le défendeur

D.G. Morrison

pour la demanderesse

PROCUREURS INSCRITS AU DOSSIER:

**Campney & Murphy
Vancouver (C.-B.)**

pour le défendeur

**Bull, Housser & Tupper
Vancouver (C.-B.)**

pour la demanderesse