

Date : 20090212

Dossier : T-1148-01

Référence : 2009 CF 151

Ottawa (Ontario), le 12 février 2009

En présence de monsieur le juge Russell

ENTRE :

**UNIVERSAL SALES, LIMITED
ATLANTIC TOWING LIMITED
J.D. IRVING, LIMITED
IRVING OIL COMPANY, LIMITED
IRVING OIL LIMITED**

demandereses

et

**EDINBURGH ASSURANCE CO. LTD.
ORION INSURANCE CO. LTD
BRITISH LAW INSURANCE CO. LTD.
ENGLISH & AMERICAN INS. CO. LTD.
ECONOMIC INSURANCE CO. LTD.
ANDREW WEIR INS. CO. LTD.
INSURANCE CO. OF NORTH AMERICA
LONDON & EDINBURGH GENERAL INS. CO. LTD.
OCEAN MARINE INS. CO. LTD.
ROYAL EXCHANGE ASSURANCE
SUN INSURANCE OFFICER LTD.
SPHERE INSURANCE CO. LTD.
DRAKE INSURANCE CO. LTD.
EAGLE STAR INSURANCE CO. LTD.**

**STEPHEN ROY MERRITT, en sa qualité de représentant des assureurs
maritimes ayant souscrit à la police n° 614/B94656-A/1582 de la LLOYD'S**

défendeurs

MOTIFS DU JUGEMENT ET JUGEMENT

[1] La présente requête, qui a été déposée par les défendeurs plaidants (les défendeurs), a été introduite en vertu des articles 51, 97 et 232 des *Règles des Cours fédérales* en vue d'interjeter appel d'une ordonnance prononcée le 6 août 2008 par le protonotaire Lafrenière et d'infirmen en partie l'ordonnance en question.

[2] Les défendeurs estiment que le protonotaire Lafrenière a eu manifestement tort de conclure que le document désigné sous la cote A1 annexé à l'interrogatoire préalable de M. W. David Jamieson, qui a eu lieu le 20 décembre 2007, était un document protégé et ils souhaitent que la Cour infirme les passages de son ordonnance qui reposent sur cette conclusion et qu'elle enjoigne à M. Jamieson de comparaître de nouveau pour être interrogé une fois de plus au sujet de la pièce A1.

LE CONTEXTE

[3] La présente instance, qui porte sur une demande de règlement d'assurance, concerne un litige opposant les demanderesses (les assurées) et les défendeurs (les assureurs) relativement à la question de savoir si la police d'assurance couvre certaines des dépenses engagées par les demanderesses à la suite du naufrage et du renflouement de l'*Irving Whale*, un navire qui a fait naufrage dans le golfe du Saint-Laurent le 7 septembre 1970, avec à son bord une cargaison de mazout et qui a été renfloué par le gouvernement fédéral le 31 juillet 1996.

[4] Le gouvernement fédéral a intenté contre les demanderessees une action en justice qui s'est soldée par une transaction le ou vers le 13 juillet 2000. Aux termes de cette transaction, les demanderessees convenaient de payer cinq millions de dollars au gouvernement sans pour autant admettre leur responsabilité.

[5] Les demanderessees ont ensuite tenté de se faire indemniser par les défendeurs à hauteur de la somme qu'elles avaient payée au gouvernement fédéral, et de se faire rembourser les frais de justice engagés dans le cadre de l'action intentée par le gouvernement. Les défendeurs ont refusé la demande de règlement d'assurance, sur quoi les demanderessees ont introduit la présente instance en juin 2001 en vue de se faire indemniser en vertu des polices d'assurance applicables.

[6] L'intérêt exprimé au sujet de la pièce A1 et au sujet de l'opportunité de contraindre M. Jamieson à répondre aux questions posées au sujet de ce document s'explique par l'aspect du différend qui oppose les parties sur l'identité des personnes qui doivent assumer les frais de justice engagés par le cabinet Ogilvy Renault, qui représentait les demanderessees dans l'action intentée par le gouvernement. Le document en question est une transcription d'une conversation téléphonique échangée entre M. W. David Jamieson (en sa qualité de représentant des demanderessees) et l'avocat du cabinet Ogilvy Renault qui occupait pour les demanderessees dans l'action intentée par le gouvernement.

LA DÉCISION DU PROTONOTAIRE

[7] Dans sa décision, le protonotaire Lafrenière a conclu que, bien qu'elle ait été communiquée aux défendeurs lors de la production d'autres documents, la pièce A1 demeurait néanmoins un document protégé, de sorte que les défendeurs ne pouvaient s'en servir ou l'invoquer dans la présente instance :

[TRADUCTION]

Compte tenu du témoignage non contredit de John A. MacDonald, je conclus que les demanderesse ont divulgué par inadvertance le document désigné sous la cote A1 lors de l'interrogatoire préalable de M. W. David Jamieson. À première vue, ce document est une transcription confidentielle d'une communication échangée entre une avocate et son client afin d'obtenir un avis juridique et il est donc de prime abord protégé par le secret professionnel de l'avocat. Les demanderesse ont revendiqué le secret professionnel de l'avocat sur ce document dès qu'elles se sont aperçues qu'il avait été divulgué en même temps que d'autres documents. Le fait que ce document protégé renferme des renseignements utiles est sans intérêt dans ces circonstances.

[8] Le protonotaire Lafrenière a ordonné aux défendeurs de remettre aux demanderesse ce document et toute copie de ce document et ne pas s'en servir en preuve dans le cadre de la présente instance.

[9] Les défendeurs affirment que le protonotaire Lafrenière a de toute évidence eu tort d'en arriver à cette conclusion, parce que la pièce A1 ne rend pas compte d'une communication échangée entre [TRADUCTION] « une avocate et son client » (l'action intentée par le gouvernement avait été réglée et le cabinet Ogilvy Renault ne représentait plus les demanderesse) et parce que la

communication ne visait pas de prime abord, à [TRADUCTION] « obtenir un avis juridique » (la conversation se rapportait seulement à des faits, et aucune question d'ordre juridique n'y était abordée).

[10] Les défendeurs affirment que la transcription de la conversation (pièce A1) ne renferme pas, à première vue, de renseignements ou de communications protégés par le secret professionnel de l'avocat.

LA NORME DE CONTRÔLE

[11] Les défendeurs se fondent sur la décision du juge Blais dans l'affaire *Groupe Tremca Inc. c. Techno-Bloc Inc.*, [1998] A.C.F. n° 1458 (C.F. 1^{re} inst.), à l'appui de la proposition qu'une erreur portant sur l'existence de renseignements ou de communications protégés et/ou confidentiels constitue une fausse appréciation des faits au sens de l'arrêt *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] A.C.F. n° 103 (C.A.F.), de sorte que les défendeurs affirment avoir droit à une nouvelle audience sur la question.

[12] Les demanderesses expliquent que, si la conclusion que le protonotaire a tirée au sujet du secret professionnel de l'avocat est une conclusion de droit, la norme de contrôle devrait alors être celle de la décision correcte, mais le résultat est le même, peu importe que la Cour emploie la norme de la décision correcte pour l'application du critère de l'arrêt *Aqua-Gem*, parce que la décision qui a été rendue dans le cas qui nous occupe n'est pas manifestement erronée. Suivant les demanderesses,

le protonotaire Lafrenière ne s'est pas livré à une fausse appréciation des faits portés à sa connaissance et sa décision va dans le sens de la jurisprudence applicable, qui insiste sur le caractère sacré des communications échangées entre l'avocat et son client.

[13] Je suis d'avis, conformément à l'arrêt *Merck & Co. c. Apotex Inc.* (2003), 30 C.P.R. (4th) 40 (C.A.F.), aux paragraphes 17 à 19, et à l'arrêt *Aqua-Gem*, que la question à laquelle je dois répondre est de savoir si la décision rendue par le protonotaire Lafrenière au sujet du caractère privilégié de la pièce A1 est entachée d'une erreur flagrante, en ce sens qu'elle est fondée sur un mauvais principe ou sur une mauvaise appréciation des faits.

ANALYSE

[14] Les défendeurs affirment que la pièce A1 ne renferme aucun renseignement protégé et que, même si elle en contenait, il y a eu renonciation à ce privilège lorsque la transcription a été communiquée aux avocats des demandereses.

[15] En ce qui concerne le privilège relatif à l'avis juridique, les défendeurs soutiennent qu'en droit canadien, bien que les communications échangées entre un avocat et son client au sujet d'un avis juridique bénéficient de la protection du privilège du secret professionnel, les communications portant sur des faits purs ne bénéficient pas de cette protection. Les défendeurs invoquent la décision rendue par le juge Scaravelli de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans l'affaire *A.B.*

c. Home of the Guardian Angel, 2008 NSSC 9, pour justifier cette distinction. Voici les propos qu'a tenus le juge Scaravelli dans cette décision, aux paragraphes 11 et 12 :

[TRADUCTION]

11 Ce ne sont pas toutes les communications échangées entre un avocat et son client qui bénéficient de la protection du privilège. Dans l'arrêt *Maranda c. Québec*, [2003] 3 R.C.S. 193, la juge Deschamps analyse la portée du privilège au paragraphe 42 :

Ce ne sont pas toutes les communications avec un avocat qui bénéficient de la protection du privilège. En d'autres mots, ce n'est pas la qualité de l'interlocuteur qui donne naissance au privilège. C'est le contexte de la communication qui justifie d'en reconnaître le caractère privilégié. Ainsi, l'avocat d'affaires qui travaille dans une agence de publicité et qui se consacre exclusivement au développement de produits de son client ne pourra pas invoquer de privilège pour son travail de promotion. De même, le simple fait qu'un client considère qu'une information est confidentielle ne suffira pas pour la protéger au moyen du privilège. Je mentionne ces exemples pour rappeler que les trois conditions préalables à l'existence du privilège établies par le juge Dickson, plus tard Juge en chef, dans *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, sont toujours valables (à la p. 837) :

[...] (i) une communication entre un avocat et son client; (ii) qui comporte une consultation ou un avis juridiques; et (iii) que les parties considèrent de nature confidentielle.

12 Il convient d'établir une distinction entre les communications visant à obtenir un avis juridique et les communications portant sur des actes ou questions de fait pur. Voici un extrait de l'ouvrage de Manes & Silver, à la page 127 :

L'avis juridique par opposition aux faits

1.01 Il convient d'établir une distinction entre une communication protégée et une communication portant sur une question de fait. Lorsqu'une communication échangée avec un avocat vise à transmettre ou à recevoir des renseignements sur une question de fait, la communication n'est pas protégée par le secret professionnel.

[16] La décision *A.B.* ne permet pas de savoir avec certitude ce qu'il faut entendre par distinction entre avis juridique et « questions de fait pur ».

[17] En l'espèce toutefois, on ne peut pas faire une telle distinction. Il ressort à l'évidence de la transcription que M. Jamieson a consulté son avocat dans le cadre de l'action intentée par le gouvernement sur la question se rapportant au paragraphe 28 de la défense déposée dans la présente instance. Le paragraphe 28 de la défense est ainsi libellé :

[TRADUCTION]

Le ou vers le 15 janvier 1998, aux termes d'une entente intervenue entre les demanderesse et les défendeurs plaidants, par l'intermédiaire de leurs avocats respectifs, il a été convenu que les demanderesse assumeront entièrement les frais de justice engagés par le cabinet Ogilvy Renault pour contester l'action intentée par le gouvernement, à l'exclusion des défendeurs plaidants.

[18] Une discussion portant sur l'existence d'une telle entente ne saurait, à mon avis, être qualifiée de discussion sur des « faits purs », quel que soit le sens qu'on puisse donner à cette expression dans d'autres contextes. La pièce A1 est de toute évidence un compte rendu d'une discussion portant sur une question qui est soulevée dans la présente instance et elle porte manifestement sur la communication de renseignements et de conseils sur cette même question.

[19] Il ressort de mon examen de la jurisprudence que les demanderesses ont raison de signaler la vaste portée du privilège du secret professionnel de l'avocat et son application à la pièce A1. Ainsi que la Cour suprême du Canada l'a récemment jugé dans l'arrêt *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, [2008] 2 R.C.S. 574; (2008), 294 D.L.R. (4th) 385, aux pages 393 et 394, « le privilège du secret professionnel de l'avocat [...] constitue sans aucun doute maintenant une règle de fond applicable à toutes les communications entre un client et son avocat lorsque ce dernier donne des conseils juridiques ou agit, d'une autre manière, en qualité d'avocat et non en qualité de conseiller d'entreprise ou à un autre titre que celui de spécialiste du droit ».

[20] Dans l'arrêt *Maranda c. Richer*, [2003] 3 R.C.S. 193, la Cour suprême du Canada a bien précisé que « le privilège a une portée large » et que « les tribunaux doivent faire preuve d'une grande prudence avant de tenter de le circonscrire ou d'y créer des exceptions [...] » (à la page 209).

[21] Le privilège vise toutes les communications échangées dans le cadre des rapports entre l'avocat et son client. Dans l'affaire *Maranda*, la Cour suprême du Canada traite expressément, à la page 213, des dangers que comporte toute tentative visant à établir le genre de distinction entre les faits et les autres communications que les défendeurs cherchent à faire en l'espèce :

La protection du privilège vise d'abord des actes de communication destinés à permettre au client de communiquer et d'obtenir les informations ou conseils nécessaires pour sa conduite, ses décisions ou sa représentation devant les tribunaux. La distinction cherche à éviter que des faits possédant une existence autonome ne puissent

être mis en preuve (*Stevens*, précité, par. 25). Elle reconnaît que tous les incidents des rapports entre un client et son avocat ne se situent pas dans le cadre de communications privilégiées, comme dans des cas où la jurisprudence note que l'avocat a agi non comme tel, mais comme simple intermédiaire pour des transferts de fonds [...]

[...] Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, soulignent la fragilité de cette distinction et les risques d'affaiblissement du privilège associés à son emploi (à la p. 734, §14.53) :

[TRADUCTION] Il est souvent difficile de distinguer les faits des actes de communication et les tribunaux doivent se garder d'établir une distinction trop subtile de crainte que le privilège ne s'en trouve grandement affaibli.

[22] En l'espèce, la communication revêt la forme suivante : il s'agit d'un client qui cherche à obtenir des renseignements de son avocat pour répondre au paragraphe 28 de la défense produite par les défendeurs. Elle ne porte pas sur des faits neutres dans une situation où l'avocat n'agit pas réellement en tant qu'avocat. Ainsi que la Cour d'appel fédérale le souligne dans l'arrêt *Nation et bande indienne de Samson c. Canada*, [1995] 2 C.F. 762 (C.A.), à la page 769, « il n'est pas nécessaire que la communication constitue une demande ou une offre expresse de conseils, dans la mesure où elle peut être tenue pour faire partie d'une communication continue au cours de laquelle l'avocat dispense des conseils; la communication protégée ne se limite pas à l'exposé du droit présenté au client, et elle comprend les conseils touchant les mesures à prendre dans le contexte juridique pertinent ».

[23] La communication contenue dans la pièce A1 est par définition limitée en raison des mesures de cloisonnement de l'information que les parties ont mises en place en l'espèce, mais elle fait toujours partie d'une communication continue dans le cadre de laquelle l'avocat dispense des

conseils à son client. Elle ne porte pas sur un fait neutre quelconque qu'on pourrait dissocier des rapports entre l'avocat et son client.

[24] Je ne décèle rien de manifestement erroné dans la conclusion du protonotaire Lafrenière suivant laquelle [TRADUCTION] « [à] première vue, ce document est une transcription confidentielle d'une communication échangée entre une avocate et son client afin d'obtenir un avis juridique et il est donc de prime abord protégé par le secret professionnel de l'avocat ». Même en appliquant la norme de la décision correcte et en reprenant l'affaire depuis le début, ma décision serait la même : la conclusion du protonotaire Lafrenière est bien fondée. J'en arrive à la même conclusion que lui après avoir examiné la pièce A1, vu l'ensemble du dossier qui m'a été soumis dans la présente requête.

[25] Comme j'en arrive à cette conclusion, il n'est donc pas nécessaire que je décide si, dans le contexte de la présente instance, la pièce A1 bénéficie également de la protection du privilège relatif au litige. La seule question qu'il me reste à examiner est de savoir si les demanderesse ont renoncé à ce privilège.

[26] Là encore, sur ce point, je dois conclure que le protonotaire Lafrenière n'a pas commis d'erreur flagrante. J'estime en fait qu'il avait tout à fait raison de conclure que la divulgation qui a été faite par inadvertance en l'espèce ne constitue pas une renonciation : [TRADUCTION] « Les demanderesse ont revendiqué le secret professionnel de l'avocat sur ce document dès qu'elles se sont aperçues qu'il avait été divulgué en même temps que d'autres documents. »

[27] Il ressort à l'évidence du témoignage non contredit de M. MacDonald que les demanderesses n'ont jamais eu l'intention de renoncer au privilège portant sur la communication contenue dans la pièce A1. Les demanderesses et leurs avocats n'étaient tout simplement pas au courant de l'existence de la transcription faite sur le CD lorsque les autres documents ont été divulgués. Dès qu'ils ont appris l'existence de la transcription, les avocats des demanderesses ont revendiqué à plusieurs reprises le secret professionnel de l'avocat sur ce document.

[28] Ainsi que les demanderesses le soulignent, la simple perte matérielle de la garde d'un document protégé ne met pas automatiquement fin au privilège, surtout dans le contexte actuel des procès, dans lequel de grandes quantités de documents, comme le CD qui a été produit par voie électronique dans le cas qui nous occupe, sont échangées entre les avocats et où il arrive inévitablement que des documents soient divulgués par inadvertance.

[29] En l'espèce, les demanderesses ignoraient quand le CD avait été transmis aux défendeurs, et elles ne sont pas demeurées muettes lorsqu'elles ont été mises au courant de la divulgation faite par inadvertance lors de l'enquête préalable.

[30] Ainsi que la Cour d'appel du Manitoba l'a souligné dans l'arrêt *Metcalfe c. Metcalfe* (2001), 198 D.L.R. (4th) 318 (C.A. Man.), aux paragraphes 13 et 14 :

[TRADUCTION]

13 Le privilège découlant de la relation entre l'avocat et son client appartient au client, et non à l'avocat [...] Seuls le client ou

son mandataire ou ses ayants droit peuvent renoncer au privilège du secret professionnel de l'avocat [...] D'après la jurisprudence, il n'y a renonciation au privilège que lorsque le titulaire du privilège est au courant de l'existence du privilège et démontre qu'il a nettement l'intention d'y renoncer [...]

14 Les tribunaux confirment en principe le privilège sur le document lui-même, en cas de communication involontaire d'un document qui serait autrement visé par le secret professionnel et lorsqu'il est alors évident qu'il n'y a pas d'intention d'y renoncer [...]

[31] En l'espèce, il ressort du témoignage non contredit de M. MacDonald qu'un document a été divulgué par inadvertance en même temps que d'autres documents et que les demandresses ont clairement exprimé leur intention de ne pas renoncer au privilège dès qu'elles ont été mises au courant de la divulgation en question. Il n'y a pas de renonciation en ce qui concerne ces faits.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. La requête des défendeurs est rejetée.
2. Les demanderesses ont droit aux dépens de la présente requête (mais pas sur la base procureur-client ainsi qu'elles l'ont demandé), lesquels seront payables sur-le-champ dans un délai de 30 jours, et ce, indépendamment de l'issue de la cause.

« James Russell »

Juge

Traduction certifiée conforme

Christian Laroche, LL.B.
Réviseur

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-1148-01

INTITULÉ : UNIVERSAL SALES, LIMITED
ATLANTIC TOWING LIMITED
J.D. IRVING, LIMITED
IRVING OIL COMPANY, LIMITED
IRVING OIL LIMITED

et

EDINBURGH ASSURANCE CO. LTD.
ORION INSURANCE CO. LTD
BRITISH LAW INSURANCE CO. LTD.
ENGLISH & AMERICAN INS. CO. LTD.
ECONOMIC INSURANCE CO. LTD.
ANDREW WEIR INS. CO. LTD.
INSURANCE CO. OF NORTH AMERICA
LONDON & EDINBURGH GENERAL INS. CO. LTD.
OCEAN MARINE INS. CO. LTD.
ROYAL EXCHANGE ASSURANCE
SUN INSURANCE OFFICER LTD.
SPHERE INSURANCE CO. LTD.
DRAKE INSURANCE CO. LTD.
EAGLE STAR INSURANCE CO. LTD.
STEPHEN ROY MERRITT, en sa qualité de
représentant des assureurs maritimes ayant souscrit à la
police n° 614/B94656-A/1582 de la LLOYD'S

LIEU DE L'AUDIENCE : TORONTO (ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 17 DÉCEMBRE 2008

MOTIFS DU JUGEMENT : LE JUGE RUSSELL

DATE DES MOTIFS : LE 12 FÉVRIER 2009

COMPARUTIONS :

Laura K. Fric
Jennifer Fairfax

POUR LES DEMANDERESSES

Matthew Liben

POUR LES DÉFENDERESSES

SOLICITORS OF RECORD :

Osler, Hoskin & Harcourt
Toronto (Ontario)

POUR LES DEMANDERESSES

Stikeman Elliott SRL
Montréal (Québec)

POUR LES DÉFENDERESSES