23 DÉCEMBRE 2016

La Cour fédérale refuse d'admettre le privilège de l'intérêt commun dans le contexte des transactions commerciales

Auteurs : [Maureen Littlejohn](#) et [Anthony M.C. Alexander](#)

La doctrine du « privilège de l'intérêt commun » veut qu'un document ou une communication qui est *déjà* protégé par le privilège du secret professionnel de l'avocat ou le privilège relatif au litige *ne perde pas* cette protection lorsqu'il est communiqué par une partie à une autre partie avec qui elle partage un « intérêt commun » dans un litige ou une transaction commerciale. Dans un long jugement publié le 12 décembre 2016, la Cour fédérale a refusé de reconnaître le précepte de cette doctrine qu'on appelle aujourd'hui le « privilège de l'intérêt commun dans les transactions commerciales ». Cette décision, rendue dans l'affaire *Iggillis Holdings Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2016 CF 1352 (« *Iggillis* ») est importante parce que, comme le dit la Cour elle-même, il s'agit de la première décision canadienne qui conclut que le privilège de l'intérêt commun ne devrait s'appliquer qu'en matière de litiges.

L'analyse qu'a faite la Cour dans l'affaire *Iggillis* s'écarte de façon marquée de la jurisprudence existante concernant le privilège de l'intérêt commun qui a été développée et appliquée de manière cohérente par les tribunaux canadiens. En concluant, dans la décision qu'elle a rendue dans cette affaire, que le privilège de l'intérêt commun ne s'appliquait pas dans le contexte des transactions commerciales, la Cour a défini la doctrine d'une manière qui diffère fondamentalement de la conception qui se dégage de la jurisprudence dominante au Canada. Plus précisément, la Cour a semblé considérer la doctrine comme une forme de privilège *autonome* plutôt que comme un moyen de défense limité contre les allégations de renonciation à *d'autres* formes de privilège. Pour cette raison, bien qu'elle s'étende sur près de 130 pages, la décision rendue dans l'affaire *Iggillis* soulève davantage de questions qu'elle n'apporte de réponses. En outre, étant donné la volumineuse jurisprudence canadienne qui appuie la conclusion contraire, il est permis de mettre en doute la valeur de précédent de cette décision. La Cour d'appel fédérale devra donner des indications additionnelles afin de lever toute incertitude sur cette importante question pour les parties.

Les préceptes du privilège de l'intérêt commun

Les tribunaux canadiens ont réitéré à maintes reprises le rôle fondamental que jouent les privilèges découlant de la loi dans la protection des droits individuels et la facilitation de l'administration de la justice. Reconnaissant l'importance du privilège du secret professionnel de l'avocat et celle du privilège relatif au litige, les tribunaux ont créé des mécanismes fondés sur des principes conçus pour faire en sorte que les avantages que procurent les privilèges soient préservés et ne soient perdus que lorsque les circonstances le justifient.

Un outil important auquel les tribunaux canadiens ont recours depuis des décennies pour empêcher la perte inappropriée d'un privilège est la doctrine dite du « privilège de l'intérêt commun ». Malgré son nom, le privilège de l'intérêt commun *n'est pas* un type de privilège découlant de la loi. Il s'agit plutôt d'une doctrine qui permet à des parties non affiliées qui possèdent un intérêt commun dans un litige ou dans une transaction commerciale d'échanger entre elles, sous le sceau de la confidentialité, des documents qui sont *déjà* protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat ou le privilège relatif au litige sans que cela n'entraîne la perte de ce privilège. Les tribunaux de première instance et les tribunaux d'appel au Canada admettent depuis des décennies le recours à cette doctrine (que l'on pourrait désigner de manière plus exacte par l'expression « exception d'intérêt commun à la renonciation »), et ce, aussi bien dans le contexte des litiges que dans celui des transactions commerciales.

Les conclusions de la Cour dans l'affaire *Iggillis*

Dans l'affaire *Iggillis*, la Cour a ordonné à un contribuable de communiquer à l'Agence du revenu du Canada (l'« ARC ») une note de service juridique qui portait sur les conséquences fiscales d'une transaction de vente. La note de service avait été rédigée par un conseiller juridique externe de l'acheteur, qui l'avait ensuite communiquée à l'avocat du vendeur. La question que la Cour devait trancher était celle

de savoir si la note de service était protégée par le privilège du secret professionnel de l'avocat dans les circonstances. Le contribuable vendeur et l'acheteur intervenant soutenaient que la note de service était protégée alors que l'ARC soutenait qu'elle ne l'était pas.

La Cour a donné raison à l'ARC. Le juge Annis a statué que le privilège de l'intérêt commun pouvait être invoqué pour préserver le privilège qui protège des documents communiqués seulement lorsque l'intérêt commun que partagent les parties est lié à un litige existant ou anticipé – *mais non* lorsque cet intérêt commun est lié à une transaction commerciale. Pour en arriver à cette conclusion, la Cour semble avoir fondé son analyse presque exclusivement sur des décisions et des précédents secondaires émanant de tribunaux américains. L'analyse (i) ne traite pas des différences importantes entre la portée du privilège du secret professionnel de l'avocat au Canada et la portée de ce privilège aux États-Unis et (ii) ne tient pas compte des nombreux précédents émanant de tribunaux canadiens qui ont admis et appliqué le privilège de l'intérêt commun aussi bien dans le contexte des litiges que dans celui des transactions commerciales. Figurent notamment parmi ces importants jugements d'appel ceux rendus dans les affaires *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321 (C.A.) (un arrêt fondamental concernant le privilège de l'intérêt commun dans le contexte des litiges) et *Maximum Ventures Inc. v. De Graaf*, 2007 BCCA 510 (un des arrêts de principe confirmant l'applicabilité du privilège de l'intérêt commun dans le contexte des transactions commerciales).

Un élément clé de la décision rendue dans l'affaire *Iggillis* est la crainte de la Cour que la possibilité d'invoquer le privilège de l'intérêt commun dans le contexte des transactions commerciales ne permette aux parties de jeter un voile sur leurs échanges et leurs négociations de nature commerciale, en invoquant leur propre intérêt pour mettre toutes les communications de cette nature à l'abri des regards. Cette crainte semble toutefois injustifiée, puisque le privilège de l'intérêt commun *n'est pas* en soi une forme de privilège. Comme nous l'avons expliqué précédemment, la doctrine du privilège de l'intérêt commun est une *exception* au principe général voulant que la communication d'un *document par ailleurs privilégié* à un tiers à la relation entre un avocat et son client équivaille à une renonciation permanente au privilège. Le privilège de l'intérêt commun *ne s'applique pas* lorsque la communication ou le document pertinent *n'est pas* déjà protégé soit par le privilège du secret professionnel de l'avocat, soit par le privilège relatif au litige. Par exemple, les communications que s'échangent des parties opposées dans le cadre de la négociation d'une transaction ne sont habituellement pas privilégiées, sauf lorsque ces communications ont pour objet le partage de documents qui sont *déjà* privilégiés (p. ex., des avis juridiques ou des documents rédigés aux fins d'un litige).

Conclusion

Dans des circonstances où les tribunaux canadiens ont passé les 30 dernières années à définir avec soin la portée du privilège du secret professionnel de l'avocat, la crainte de la Cour fédérale de voir une grande quantité de communications non privilégiées mises à l'abri de la divulgation en raison de l'« intérêt commun » des parties est surprenante. Malgré l'incertitude occasionnelle dans la jurisprudence, les juges canadiens ont clairement et constamment conclu, aussi bien dans le contexte des litiges que dans celui des transactions commerciales, que la doctrine du privilège de l'intérêt commun constitue une exception à la renonciation fondée sur des principes qui est utile mais *limitée*.

Bien que la décision rendue dans l'affaire *Iggillis* face actuellement bande à part au niveau de la jurisprudence canadienne portant sur le privilège de l'intérêt commun, ses conséquences pour les parties à des transactions commerciales pourraient être importantes. En attendant que la Cour d'appel fédérale statue sur l'affaire – soit en infirmant la décision ou, sinon, en donnant des indications concernant les questions qu'elle soulève – les parties qui échangent des documents et des communications privilégiés dans le contexte de transactions commerciales (en particulier des documents ou des communications portant sur des questions fiscales ou commerciales ou des questions de brevets ou de concurrence) doivent se méfier du précédent que la décision rendue dans l'affaire *Iggillis* a établi et du risque de perte de privilège auquel elles pourraient être exposées.

Personnes-ressources : [R. Ian Crosbie](#), [Anthony M.C. Alexander](#), [Maureen Littlejohn](#) et [Guy Du Pont, Ad.E.](#)

Les renseignements et commentaires fournis aux présentes sont de nature générale et ne se veulent pas des conseils ou des opinions applicables à des cas particuliers. Nous invitons le lecteur qui souhaite obtenir des précisions sur l'application de la loi à des situations particulières à s'adresser à un conseiller professionnel.