

29 NOVEMBRE 2016

La Cour suprême du Canada confirme la protection offerte par les privilèges dans le cas d'une demande de production de documents en vertu de la loi

Auteur : [Maureen Littlejohn](#)

Le 25 novembre 2016, la Cour suprême du Canada a rendu deux décisions qui confirment l'exigence selon laquelle l'intention du législateur doit être expresse, claire et non équivoque pour forcer la production de documents protégés par le secret professionnel de l'avocat ou par le privilège relatif au litige, et qui confirment la solide protection offerte par ces privilèges.

Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary

Dans l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53 (l'« arrêt Alberta IPC »), la Cour suprême du Canada a décidé, à la majorité, qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner la production de documents à l'égard desquels l'Université de Calgary a invoqué le secret professionnel de l'avocat en réponse à une demande faite pour le compte de la Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Alberta.

L'université a été poursuivie par une ancienne employée qui alléguait avoir fait l'objet d'un congédiement déguisé. En octobre 2008, l'ancienne employée a présenté, en vertu de la loi de l'Alberta intitulée *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* (la « FOIPP »), une demande d'accès à l'information en vue d'obtenir des documents que l'université avait en sa possession. L'université a fourni certains des documents demandés, mais elle a refusé d'en produire d'autres au motif que ceux-ci étaient protégés par le secret professionnel de l'avocat.

Bien que l'université ait pris des mesures afin de justifier sa demande d'application du secret professionnel de l'avocat à l'égard de la Commissaire, elle a reçu un avis d'un délégué de la Commissaire lui enjoignant de produire les documents en vue de leur examen aux termes du paragraphe 56(3) de la FOIPP, lequel prévoit l'obligation pour un organisme public de produire les documents exigés par la Commissaire à sa demande malgré « tout privilège que reconnaît le droit de la preuve ».

L'université n'a pas produit les documents et a plutôt, en octobre 2010, demandé le contrôle judiciaire de la décision du délégué enjoignant de produire les documents.

Citant la décision qu'elle a rendue en 2008 dans l'arrêt *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44 (l'« arrêt Blood Tribe »), la Cour suprême du Canada, à la majorité, a conclu que les documents n'avaient pas à être communiqués à la Commissaire, étant donné que le secret professionnel de l'avocat ne peut être écarté qu'au moyen d'un libellé législatif clair, explicite et non équivoque en ce sens.

Bien que la FOIPP oblige la production de documents « malgré [...] tout privilège que reconnaît le droit de la preuve », la Cour a conclu que ce libellé n'était pas suffisamment clair pour justifier qu'on porte atteinte à ce privilège, qui a évolué : « d'une règle de preuve, il est devenu une règle de fond »¹. Selon l'opinion majoritaire, cette interprétation est justifiée par le libellé du reste de la FOIPP (dont une autre disposition fait expressément référence au droit d'un organisme public de refuser de communiquer des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat).

Bien qu'elle considère l'accès à l'information comme « un élément important d'une société démocratique moderne », la Cour a insisté sur le fait que le secret professionnel de l'avocat est « essentiel au bon fonctionnement du système de justice et constitue l'une des pierres d'assise de l'accès à la justice »².

Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada

Dans l'arrêt *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, 2016 CSC 52 (l'« arrêt *Lizotte*»), la Cour suprême du Canada a conclu à l'unanimité que le privilège relatif au litige ne pouvait être écarté en l'absence de « termes clairs, explicites et non équivoques » en ce sens dans la législation. Par conséquent, cette conclusion est venue élargir la portée de la règle établie dans l'arrêt *Blood Tribe*, pour y inclure le privilège relatif au litige.

Les faits dans l'arrêt *Lizotte* sont les suivants : la syndique adjointe de la Chambre de l'assurance de dommages (la « syndique ») a demandé à un assureur, l'intimée Aviva, dans le cadre d'une enquête sur un expert en sinistre, de lui communiquer une copie complète du dossier de réclamation de l'une de ses assurées. La syndique a fondé sa demande sur l'article 337 de la *Loi sur la distribution de produits et services financiers* (la « LDPSF »), qui prévoit qu'un assureur « doit, à la demande d'un syndic, lui transmettre tout document ou tout renseignement qu'il requiert sur les activités d'un représentant ». Bien qu'Aviva ait collaboré et produit un certain nombre de documents, elle a expliqué avoir refusé d'en produire certains autres au motif que ceux-ci étaient protégés par le secret professionnel de l'avocat ou par le privilège relatif au litige. La syndique a présenté une requête en jugement déclaratoire et, bien qu'elle ait admis que le secret professionnel de l'avocat lui était opposable, elle a soutenu que la LDPSF permettait d'écarter le privilège relatif au litige.

La Cour suprême du Canada a conclu que l'article 337 de la LDPSF est une « disposition générale relative à la production de documents qui ne précise pas clairement qu'elle s'applique aux documents à l'égard desquels est invoqué le privilège »³ et qu'elle « ne contient pas de termes suffisamment clairs, explicites et non équivoques pour écarter le privilège relatif au litige »⁴. Par conséquent, les documents ne devaient pas être produits.

Par ailleurs, la Cour suprême du Canada a confirmé certains principes concernant le privilège relatif au litige. Pour ce faire, elle a largement cité l'arrêt *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39 (l'« arrêt *Blank*»), une décision clé en matière de privilège rendue sous la plume du juge Morris J. Fish, c.r.⁵. L'arrêt *Blank* établit le principe selon lequel le privilège relatif au litige se rattache aux documents créés principalement en vue du litige et fait la distinction entre le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige. Dans l'arrêt *Lizotte*, la Cour suprême du Canada :

- a confirmé que le privilège relatif au litige est un « privilège générique » qui fait naître une présomption d'inadmissibilité pour les documents en question;
- a statué que le privilège relatif au litige est sujet à des exceptions clairement définies, notamment (i) les exceptions existantes applicables au secret professionnel de l'avocat relatives à la « sécurité publique, à l'innocence de l'accusé et aux communications de nature criminelle »⁶ et (ii) l'exception pour la « divulgation d'éléments de preuve démontrant un abus de procédure ou une conduite répréhensible similaire de la part de la partie qui [...] revendique [le privilège relatif au litige] »⁷, reconnue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Blank*; et
- a conclu que le privilège relatif au litige est opposable à tous – y compris aux tiers enquêteurs ayant une obligation de confidentialité – et non pas seulement à l'autre partie au litige.

Conclusion

Il ressort des arrêts *Alberta IPC* et *Lizotte* que l'obligation de produire des documents aux termes d'une loi n'est pas présumée s'appliquer aux documents protégés par le secret professionnel de l'avocat ou par le privilège relatif au litige, à moins d'une disposition claire et non équivoque en ce sens. Bien que cette présomption de non divulgation ne soit pas nouvelle en ce qui concerne le secret professionnel de l'avocat (lequel a acquis un statut quasi constitutionnel ces dernières années), elle représente une avancée dans la protection des documents visés par le privilège relatif au litige.

Enfin, les personnes qui ont reçu une demande les enjoignant, en vertu d'une loi, de produire des documents protégés par le privilège relatif au litige ou par le secret professionnel de l'avocat sont à même de constater, aux termes des arrêts *Alberta IPC* et *Lizotte*, qu'il peut valoir le coup de refuser de produire ces documents.

¹Arrêt *Alberta IPC* au par. 38.

²Arrêt *Alberta IPC* au par. 30.

³Arrêt *Lizotte* au par. 66 citant l'arrêt *Blood Tribe* au para. 21.

⁴Arrêt *Lizotte* au par. 67.

⁵Juriste en résidence chez Davies Ward Phillips & Vineberg S.E.N.C.R.L., s.r.l.

⁶Arrêt *Lizotte* au par. 41.

⁷*Ibid.* au para. 41 citing *Blank* au para. 44.

Personnes-ressources : [Matthew Milne-Smith](#), [Maureen Littlejohn](#), [Louis-Martin O'Neill](#) et [Nick Rodrigo](#)