

13 MARS 2018

## Rétablissement de la confiance commerciale : la Cour d'appel fédérale réaffirme l'existence du privilège d'intérêt commun consultatif

Auteurs : [Anthony M.C. Alexander](#), [Patricia L. Olasker](#) et [Maureen Littlejohn](#)

Tous les jours au Canada, des avocats d'affaires et des avocats fiscalistes s'appuient sur la doctrine jurisprudentielle du « privilège d'intérêt commun consultatif » pour faciliter les contrôles diligents et procéder efficacement au montage et à la négociation d'opérations commerciales.

Cette doctrine avantageuse de la *common law* permet à une partie qui projette de conclure une opération de communiquer confidentiellement un document protégé par le secret professionnel de l'avocat (ayant été préparé par ses conseillers juridiques) à ses contreparties et à leurs conseillers juridiques, sans pour autant renoncer au privilège d'importance capitale qui s'attache au document transmis. À condition que les parties des deux côtés de l'opération projetée aient un « intérêt commun » à mener à bien l'opération en cause, les tribunaux canadiens affirment avec constance depuis deux décennies que les documents protégés par le secret professionnel de l'avocat que se communiquent les parties dans de telles circonstances *demeurent* protégés contre le reste du monde.

Faisant fi de cette jurisprudence de longue date, la Cour fédérale a sidéré la communauté juridique en déclarant, en décembre 2016, que le privilège d'intérêt commun consultatif *ne faisait pas partie* du droit canadien et *ne pouvait pas* empêcher la divulgation de documents par ailleurs protégés par le secret professionnel de l'avocat lorsque ceux-ci ont été communiqués à une contrepartie dans le cadre d'une opération commerciale.

Quinze mois plus tard, soit le 6 mars 2018, la Cour d'appel fédérale a infirmé le jugement de première instance et dissipé le nuage d'incertitude qui avait commencé à planer sur cette doctrine primordiale. Dans *IGillis Holdings Inc. c. Minister of National Revenue*, 2018 CAF 51 (« *IGillis* »), la Cour d'appel a formellement confirmé la capacité du privilège d'intérêt commun consultatif de préserver le secret professionnel de documents que les parties à une opération en cours de réalisation se sont communiqués sous le sceau de la confiance. Ce faisant, la Cour a réitéré que cette doctrine favorise l'efficacité et la qualité des services fournis aux clients dans les opérations complexes sur le plan juridique.

### Traitement du privilège d'intérêt commun consultatif par la Cour d'appel dans l'affaire *IGillis*

Dans l'affaire *IGillis* le litige portait sur une demande formulée par l'Agence du revenu du Canada en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et visant à forcer un contribuable à lui divulguer une note juridique exposant les incidences fiscales d'une vente projetée. La note avait été rédigée par les conseillers juridiques externes de l'acheteur, avec le concours des conseillers juridiques du vendeur. Une fois terminée, la note a été transmise au vendeur et à l'acheteur.

Il s'agissait donc de trancher la question à savoir si cette note, qui renfermait des conseils juridiques et était donc présumée protégée par le secret professionnel de l'avocat, continuait de l'être malgré sa communication aux parties. L'ARC soutenait que la Cour devait écarter la doctrine du privilège d'intérêt commun consultatif et statuer que la communication de la note avait entraîné la perte des avantages conférés par le secret professionnel de l'avocat. Malgré qu'elle ait explicitement reconnu que le privilège d'intérêt commun consultatif « est solidement implanté dans le droit canadien ainsi que dans le monde de la *common law* », la Cour fédérale a pris parti pour l'ARC et conclu que, sur la base de principes d'intérêt public, les décisions qui cautionnaient la doctrine étaient fautives et ne devraient pas être suivies. En conséquence, elle a ordonné la divulgation de la note juridique à l'ARC.

La Cour d'appel a rejeté aussi bien la conclusion que l'analyse qui la sous-tendait.

La Cour d'appel a jugé que le tribunal de première instance s'était fondé, à tort, sur un petit nombre de décisions émanant des États-Unis (qui niaient l'existence du privilège d'intérêt commun consultatif), cependant qu'il écartait ou minimisait une jurisprudence canadienne claire qui avait maintes fois réitéré la validité et l'efficacité de la doctrine. La Cour a souligné que, selon les termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les questions de privilège sont régies par le droit provincial qui s'applique par ailleurs aux parties, aux conseillers juridiques et à l'opération en cause. Les lois d'un pays étranger étaient donc dépourvues de pertinence en l'espèce et le juge de première instance a commis une erreur en refusant de suivre les décisions claires et péremptoires qui émanent des provinces concernées (la Colombie-Britannique et l'Alberta) et qui ont, de façon constante, reconnu l'existence du privilège d'intérêt commun consultatif.

De plus, la Cour d'appel a déclaré que le juge de première instance était tombé dans l'erreur en se posant la mauvaise question. Il s'est, à tort, lancé dans une évaluation subjective de la question à savoir si (à son avis) le droit en vigueur s'appuyait sur des considérations « de principe » valables, alors qu'il aurait dû se contenter de déterminer si le droit provincial applicable en vigueur reconnaissait le privilège d'intérêt commun consultatif et si les protections conférées par celui-ci s'appliquaient à la note en litige. Comme les lois de la Colombie-Britannique et de l'Alberta avalisent clairement cette doctrine, la Cour fédérale a eu tort de refuser de suivre la jurisprudence établie.

Enfin, la Cour d'appel s'est dite d'avis que le tribunal de première instance avait eu tort de rejeter le privilège d'intérêt commun consultatif au motif que cette doctrine empêche en quelque sorte les tribunaux d'examiner toute la preuve pertinente relative à un litige. Selon elle, cette considération illusoire n'avait pas sa raison d'être : un document protégé par le secret professionnel de l'avocat qui renferme des conseils juridiques fournis par l'avocat à son client ne constitue pas de ce seul fait de « la preuve ». C'est au juge saisi de l'affaire de décider comment la loi s'applique aux faits de l'espèce, et l'avis juridique d'un avocat sur cette question n'entre pas en ligne de compte du point de vue de la preuve.

Pour les raisons précitées, la Cour d'appel est arrivée à la conclusion que, du fait que les lois de la Colombie-Britannique et de l'Alberta avalisent clairement l'existence du privilège d'intérêt commun consultatif, la communication d'une note juridique protégée par le secret professionnel de l'avocat entre les parties à une opération de vente n'entraînait pas la perte des avantages découlant de celui-ci. En conséquence, la Cour d'appel a infirmé la décision du tribunal de première instance et rejeté la demande de divulgation de l'ARC.

### Autres aspects importants de la décision *IGGillis*

La décision de la Cour d'appel fait utilement ressortir plusieurs éléments dont devront tenir compte les avocats (et leurs clients) qui ont l'intention de se prévaloir du privilège d'intérêt commun consultatif à l'avenir.

Premièrement, la Cour a réaffirmé que la doctrine du privilège d'intérêt commun consultatif s'applique, peu importe que le document protégé ait été produit par le conseiller juridique d'une partie ou qu'il ait été de façon conjointe par les conseillers juridiques des deux parties. La Cour a fourni les deux précisions suivantes :

- la doctrine s'applique aux situations dans lesquelles le conseiller juridique du Client A prépare un document protégé qu'il communique non seulement à son propre client, mais aussi à la contrepartie de ce client dans le cadre de l'opération, à savoir le Client B;
- la doctrine s'applique également dans le cas où le conseiller juridique du Client A travaille en collaboration avec le conseiller juridique du Client B à l'élaboration d'un document protégé que chacun des conseillers juridiques communique à son client.

Deuxièmement, et de façon tout aussi utile, la Cour a confirmé que le privilège d'intérêt commun consultatif s'applique sans égard au fait que le document a été transmis à une partie à l'opération puis à l'autre, ou aux deux en même temps. Ainsi que l'a explicitement affirmé la Cour d'appel,

- la doctrine s'applique aux situations dans lesquelles le conseiller juridique du Client A a préparé puis a remis à son client un document protégé, qu'il a ultérieurement (et parfois beaucoup plus tard) communiqué au Client B dans le contexte d'une opération ultérieure;
- la doctrine s'applique également dans le cas où le conseiller juridique du Client A prépare un document protégé qu'il communique en même temps à son client et à la contrepartie de ce client dans le cadre de l'opération, à savoir le Client B.

Troisièmement, la Cour a rappelé à tous les conseillers juridiques que le privilège d'intérêt commun consultatif ne peut s'appliquer que si le document par ailleurs protégé par le secret professionnel de l'avocat qui appartient à une partie est communiqué à l'autre partie à l'opération de « façon strictement confidentielle ». C'est donc dire que les parties et leurs conseillers juridiques respectifs peuvent s'échanger des documents, mais ces derniers ne doivent pas, de façon générale, être communiqués à d'autres tiers.

Enfin, il convient de souligner qu'aucune des conclusions de la décision *IGillis* ne remet en question la doctrine parallèle du privilège d'intérêt commun relatif à un litige. Bien au contraire, le juge de première instance a expressément reconnu que, dans les cas où des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat sont communiqués aux parties ayant un « intérêt commun » relativement à l'issue du litige, le privilège sous-jacent s'attachant à ces documents n'est pas mis en péril. Bien qu'elle ne fut pas appelée à se prononcer directement sur cette question, la Cour d'appel a elle aussi (quoiqu'implicitement) entériné ce principe bien établi.

## Conclusion

La décision de la Cour d'appel dans *IGillis* vient rétablir, et c'est bienvenu, la certitude commerciale et réaffirmer la capacité de la *common law* de s'adapter de façon pragmatique à l'évolution du contexte social et économique. Bien que le privilège d'intérêt commun consultatif soit une doctrine jurisprudentielle relativement récente, il est maintenant bien ancré dans la pratique courante en droit commercial. Et c'est ce qu'a reconnu la Cour d'appel en infirmant le jugement du tribunal de première instance et en réaffirmant la validité du rôle qu'il occupe aujourd'hui en droit canadien.

Les avocats qui pratiquent en droit des sociétés, en droit commercial et en droit fiscal (et leurs clients) pourront dorénavant se fonder avec confiance sur le privilège d'intérêt commun consultatif au moment de communiquer de façon confidentielle des documents par ailleurs protégés par le secret professionnel de l'avocat aux autres parties à l'opération pendant le contrôle diligent et les négociations.

Il se pourrait que la Couronne présente une demande d'autorisation d'en appeler devant la Cour suprême du Canada, mais il est peu probable qu'une telle autorisation soit accordée. La décision de la Cour d'appel fédérale ne modifie pas le droit; elle vient simplement confirmer que les principes juridiques directeurs demeurent constants, stables et tout à fait judicieux.

Personnes-ressources : [Patricia L. Olasker](#), [Anthony M.C. Alexander](#) et [Maureen Littlejohn](#)