

22 NOVEMBRE 2019

À la défense du privilège de l'intérêt commun consultatif

Auteur : [Maureen Littlejohn](#)

La version anglaise du présent article a initialement été publiée par *The Lawyer's Daily* (www.thelawyersdaily.ca), qui fait partie de LexisNexis Canada Inc.

Le 31 octobre 2019, *The Lawyer's Daily* a publié un article d'Alexander Gay intitulé « Transactional common interest privilege: Not over till it's over ». Au sujet de la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Iggillis Holdings Inc. c. Canada* (Revenu national), 2018 CAF 51, M. Gay critique Bay Street qui conclut erronément, selon lui, que l'incertitude entourant le privilège de l'intérêt commun consultatif créée par la décision du tribunal de première instance dans l'affaire *Iggillis* (2016 CF 1352) a maintenant été écartée par la Cour d'appel fédérale, qui a infirmé la décision du premier juge. Il estime que le privilège de l'intérêt commun consultatif « nuit à l'administration de la justice » et que ce n'est qu'une question de temps avant que ce privilège unique en son genre ne soit une fois de plus contesté devant les tribunaux canadiens.

En toute déférence, les préoccupations soulevées par M. Gay – et par le juge de première instance dans la décision rendue dans l'affaire *Iggillis* – ne semblent pas être fondées sur l'interprétation de la doctrine du privilège de l'intérêt commun consultatif (qui serait mieux comprise sous le nom plus descriptif d'exception relative à la renonciation en cas d'intérêt commun) telle qu'elle a cours au Canada, mais plutôt sur des inquiétudes soulevées par la création d'un nouveau privilège qui permettrait aux parties de soustraire à tout examen les communications ordinaires échangées dans le cadre d'opérations commerciales.

Quand on s'y attarde bien, le privilège de l'intérêt commun n'est pas, en soi, un privilège. Il s'agit plutôt d'une doctrine qui permet aux parties qui ont un intérêt commun suffisant d'échanger des documents déjà visés par le secret professionnel sans perdre la protection que leur accorde ce secret. Un intérêt commun peut exister dans le contexte d'un litige en cours ou imminent ou, comme c'était le cas dans l'affaire *Iggillis*, d'une opération commerciale que les deux parties ont intérêt à réaliser. Les deux cas peuvent impliquer l'échange de documents visés par le secret professionnel. Toutefois, seul l'échange de documents dans le contexte d'une opération commerciale était remis en question dans l'affaire *Iggillis*. Fait à noter, la décision du juge de première instance dans l'affaire *Iggillis* s'inscrit en porte-à-faux par rapport à l'ensemble de la jurisprudence canadienne, étant la seule décision à rejeter la validité de la doctrine du privilège de l'intérêt commun consultatif.

Lorsque l'on considère les motivations d'ordre public qui sous-tendent le privilège de l'intérêt commun consultatif, il importe de rappeler que, pour profiter de la protection offerte par celui-ci, les documents échangés doivent déjà être protégés par le secret professionnel. Loin de nuire à l'administration de la justice, la protection offerte par le secret professionnel de l'avocat est confirmée par des décennies de jurisprudence canadienne voulant qu'il s'agisse non seulement d'une règle de fond, plutôt que d'une simple règle de preuve, mais aussi d'une question d'une importance si capitale pour l'administration de la justice qu'on lui accorde un caractère quasi constitutionnel (pour un bref survol, se reporter à l'affaire *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, par. 38 à 45). De même, la Cour suprême du Canada a conclu que le privilège relatif au litige constitue « une règle fondamentale pour l'administration de la justice qui se situe au cœur du système judiciaire » (se reporter à l'affaire *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, 2016 CSC 52, par. 4).

Les tribunaux canadiens ont choisi de donner une portée étroite au secret professionnel de l'avocat, limitant ainsi les circonstances dans lesquelles les communications avec des tiers pourront bénéficier d'une protection. Toutefois, une fois l'existence du privilège confirmée, celui-ci est vigoureusement protégé et la renonciation au privilège se limite habituellement à ce qui est strictement nécessaire pour que

justice soit rendue dans les circonstances de l'affaire. Le traitement réservé à la doctrine du privilège de l'intérêt commun aux États-Unis est peu pertinent en droit canadien puisque l'étendue du secret professionnel de l'avocat n'y est pas la même.

Les préoccupations soulevées par M. Gay (et par le juge de première instance dans l'affaire *Iggillis*) semblent reposer sur l'impression que le privilège de l'intérêt commun consultatif permettrait aux parties à une opération de « mettre à l'abri de l'examen du tribunal l'information même qui a motivé leurs décisions de réaliser l'opération alors que l'opération se trouve au cœur du litige ». Toutefois, ce n'est évidemment pas toute l'information échangée dans le cadre d'une opération qui sera protégée par le privilège et la seule existence d'un intérêt commun entre les parties ne crée pas d'emblée un privilège à l'égard des communications échangées entre elles.

Les discussions ordinaires qui interviennent entre des parties à une opération ne sont pas visées par un privilège et ne seront pas protégées de toute divulgation. En outre, M. Gay laisse entendre que le privilège de l'intérêt commun soustrait les opérations commerciales à tout examen judiciaire et empêche ainsi les tribunaux « d'évaluer la nature de l'opération et les documents mêmes qui en constituent le fondement », ce qui n'est pas étayé par les faits de l'affaire *Iggillis* : la récapitulation des faits présentée par le juge de première instance démontre clairement qu'il disposait de suffisamment d'information pour comprendre les paramètres de l'opération examinée et que seule une note de service protégée par le secret professionnel de l'avocat était au cœur du litige concernant le privilège de l'intérêt commun.

Les tribunaux canadiens auront sans aucun doute l'occasion de se pencher à nouveau sur le privilège de l'intérêt commun consultatif dans les années à venir. Toutefois, la thèse centrale soutenue par le juge de première instance dans l'affaire *Iggillis* et par M. Gay dans son article – à savoir que la doctrine favorise des considérations commerciales au détriment de l'administration de la justice – n'est tout simplement pas corroborée par l'examen de la jurisprudence canadienne pertinente.

Le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif au litige sont au cœur de l'administration de la justice au Canada, et les efforts visant à assurer que la protection dont ils jouissent perdure au moyen de doctrines d'exception à la renonciation, comme le privilège de l'intérêt commun, favorisent l'administration de la justice plutôt que nuisent à celle-ci.

Personnes-ressource : [Maureen Littlejohn](#)