

DOSSIER: SCT-5004-11
RÉFÉRENCE: 2013 TRPC 04
DATE: 20130626

TRADUCTION OFFICIELLE

TRIBUNAL DES REVENDICATIONS PARTICULIÈRES

SPECIFIC CLAIMS TRIBUNAL

ENTRE :

PREMIÈRE NATION
KAHKEWISTAHAW

Revendicatrice

– et –

SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DU
CANADA
Représentée par le ministre des Affaires
indiennes et du Nord canadien

Intimée

Stephen M. Pillipow et Adam Touet, pour la
revendicatrice

Lauri Miller et Donna Harris, pour l'intimée

ENTENDUE: Le 3 juin 2013

MOTIFS DE LA DÉCISION

L'honorable Johanne Mainville

[1] La revendicatrice dépose une demande visant à obtenir une ordonnance enjoignant à l'intimée à fournir quinze documents, lesquels sont énumérés à l'annexe A de la présente décision. L'intimée conteste la demande au motif que les documents sont protégés par le privilège des communications entre avocat et client.

[2] Conformément au paragraphe 59(2) des *Règles de procédure du Tribunal des revendications particulières* (« Règles de procédure du TRP »), les procureurs des parties acceptent que j'examine les documents afin de statuer sur la présente demande. L'intimée a transmis au Tribunal une copie des documents n° 1, 2, 3, 5, 7, 8, 9, 12, 13 et 14. Elle a avisé le Tribunal que sa recherchiste n'avait pas été en mesure de trouver les documents n° 4, 6, 10, 11 et 15. Dans ses observations écrites, l'intimée indique que la recherchiste tente toujours de trouver ces documents, précisant qu'il y avait deux explications possibles : soit que les documents ont été mal classés à Bibliothèque et Archives Canada (« BAC »), ou soit que les documents n'ont pas été reclassés depuis qu'ils en ont été extraits conformément aux lois sur l'accès à l'information et à la protection des renseignements confidentiels quand les recherchistes de la revendicatrice en ont fait la demande.

[3] Après avoir reçu ces renseignements, la revendicatrice a informé le Tribunal qu'elle retirait sa demande relativement aux documents n° 4, 6, 9, 10 et 15. Quelques jours avant le début de l'audience, la revendicatrice a apporté une correction et a indiqué qu'elle retirait sa demande relativement aux documents n° 4, 6, 9, 11 et 15, mais pas au document n° 10. Il convient de rappeler que la recherchiste de l'intimée n'a pas trouvé le document n° 10.

I. CONTEXTE

[4] Dans sa déclaration de revendication, la revendicatrice soutient que l'intimée a dépensé à tort l'argent de la revendicatrice qui avait été déposé aux comptes de capital et de recettes tenus par le Canada pour la revendicatrice.

[5] En vue de l'instruction de la présente revendication, la revendicatrice a demandé à Joan Holmes & Associates Inc. de faire une recherche sur la gestion et l'administration des sommes d'argent détenues dans les fonds en fiducie, y compris la législation, les politiques et les pratiques relatives aux sommes détenues par l'intimée.

[6] Dans le cadre de sa recherche, Joan Holmes & Associates Inc. a examiné des dossiers de BAC qui se rapportaient à la gestion et à l'administration de sommes d'argent détenues dans des fonds en fiducie. Dans un affidavit souscrit le 5 avril 2013, et déposé au nom de la revendicatrice, Joan Holmes déclare ce qui suit :

[TRADUCTION]

7. Dans le cadre de notre recherche, nous avons pris des photographies numériques de certains documents pour nos dossiers conformément à la politique de BAC selon laquelle il est permis de le faire. Cependant, après avoir examiné les documents de nouveau, nous avons découvert que certains d'entre eux pouvaient être ceux que BAC pensait avoir retirés du dossier. Nous avons donc remis le dossier aux employés de BAC et nous leur avons demandé de procéder à un deuxième examen du dossier afin de confirmer que tous les documents qu'ils nous avaient fournis s'y trouvaient. Quelques jours plus tard, un employé de BAC nous a informés que certains documents que nous avions pu obtenir auraient dû être retirés du dossier; cela comprenait certains documents que nous avons photographiés. (...)
8. Comme quelques-uns des documents que nous avons photographiés auraient dû être retirés du dossier, nous n'avons pas fait imprimer ces photographies, nous n'avons pas non plus divulgué ou donné des copies numériques de ces photographies à la revendicatrice ou à son procureur. Nous leur avons seulement fourni les renseignements que BAC avait ajoutés à ses notes se trouvant au dossier (c.-à-d. la date, les correspondants et/ou titres, et la raison pour laquelle le document avait été retiré du dossier).

[7] Alena Dufault est la gestionnaire des Services des documents archivistiques et opérationnels, Division de l'AIPRP, Accès au contenu, BAC. Dans son affidavit souscrit le 19 avril 2013, et déposé au nom de l'intimée, elle explique les objectifs de BAC, ainsi que les procédures à suivre relativement aux demandes de renseignements lorsque la communication de ces renseignements est restreinte. Elle déclare aussi que [TRADUCTION] « *[s]i l'enveloppe contenant les documents qui avaient été retirés du dossier se trouvait parmi les documents remis à Joan Holmes and Associates Inc., il s'agissait d'une erreur involontaire commise par inadvertance* ».

II. ANALYSE

[8] Il incombe à la partie qui invoque le privilège des communications entre avocat et client d'établir qu'elle a le droit de le faire : *Ross River Dena Council c. Canada (AG)*, 2009 YKSC 4,

[2009] 2 C.N.L.R. 334, par. 15, [*Ross River*], conf. par 2009 YKCA 8, [2009] 3 C.N.L.R. 361.

[9] La notion des communications privilégiées entre avocat et client est depuis longtemps reconnue comme essentielle à l'administration de la justice : *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, par. 21. Dans cet arrêt, le juge Dickson, au nom de la Cour, a dit ce qui suit au sujet du privilège des communications entre avocat et client :

23. Wigmore [8 Wigmore, *Evidence* (McNaughton rev. 1961), par. 2292] formule comme suit le principe moderne du privilège des communications entre avocat et client :

[TRADUCTION] Lorsque l'on consulte un conseiller juridique en titre, les communications qui se rapportent à la consultation et que le client a faites en confiance font l'objet à son instance d'une protection permanente contre toute divulgation par le client ou le conseiller juridique, sous réserve de la renonciation à cette protection.

24. Le privilège connaît des exceptions. Il ne s'applique pas aux communications qui n'ont trait ni à la consultation juridique ni à l'avis donné, c'est-à-dire, lorsque l'avocat n'est pas consulté en sa qualité professionnelle. De même, le privilège ne se rattache pas à une communication qui n'est pas censée être confidentielle, *O'Shea c. Woods*, ([1891] P. 286) à la p. 289. Plus significatif, si un client consulte un avocat pour pouvoir perpétrer plus facilement un crime ou une fraude, alors la communication n'est pas privilégiée et il importe peu que l'avocat soit dupe ou un participant. (...)

[10] Le juge Dickson a énoncé les critères permettant d'établir l'existence du privilège avocat-client au par. 28 :

28. (...) le privilège ne peut être invoqué que pour chaque document pris individuellement, et chacun doit répondre aux critères du privilège : (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.

Voir aussi : *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2006] 2 R.C.S. 319, par. 24, motifs du juge Fish; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, par. 46, motifs du juge Cory et par. 5, motifs du juge Major; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, p. 601; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353, p. 382 et 383.

[11] Les principes qui suivent ont été énoncés par la Cour fédérale dans l'affaire *Canada (Ministre du Revenu national) c. Reddy*, [2006] C.F. 277, par.12, [2006] 3 CTC 17 :

12. Il existe une distinction entre le devoir de confidentialité de l'avocat et le privilège du secret professionnelle de celui-ci. Les communications peuvent être confidentielles sans être protégées par le privilège du secret professionnel. Pour

que s'applique le privilège du secret professionnel, quatre conditions doivent être réunies :

- a) il doit y avoir communication écrite ou verbale;
- b) la communication doit être de nature confidentielle;
- c) la communication doit avoir lieu entre un client ou un mandataire du client et un conseiller juridique;
- d) la communication doit être directement liée à la recherche, à la formulation ou à la transmission d'avis juridique.

[12] Dans *Lac La Ronge Indian Band c. Canada*, [1996] S.J. No. 555, [1996] 10 W.W. R. 625, le juge Grotsky de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, a indiqué au par. 13 que les communications avec les avocats salariés de l'État pouvaient être protégées par le privilège :

[TRADUCTION] 13. Les communications doivent avoir lieu entre un avocat qualifié agissant en sa qualité professionnelle et son client. Au gouvernement, le client est, au sens le plus large, la branche exécutive du gouvernement et, selon la loi, le conseiller juridique salarié de la Couronne est considéré en tous points de la même façon que ceux qui pratiquent à leur compte. Voir : *Weiler c. Canada (ministère de la Justice)*, [1991] 3 C.F. 617 (C.F. 1^{re} inst.), p. 623 et 624, et *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd. c. Commissioners of Customs & Excise (No. 2)*, précité, Lord Denning, maître des rôles, p. 129, conf. par [1974] A.C. 405 [C.L.].

[13] Dans *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)* [2004] 1 R.C.S. 809, le juge Major, citant *R. c. Campbell*, précité, a écrit ce qui suit :

19. Selon notre Cour, le privilège avocat-client s'applique lorsqu'un avocat salarié de l'État donne un avis juridique à son client, l'organisme gouvernemental.

[14] En se fondant sur l'arrêt *R. c. Campbell*, précité, l'intimée prétend que les avis juridiques préparés par les avocats du ministère de la Justice en réponse aux demandes de conseils juridiques sont protégés par le privilège avocat-client. Elle ajoute que bien que la Couronne soit le client « ultime » du ministère de la Justice, étant donné la réalité pratique, le client est souvent un employé d'un ministère ou d'un organisme.

[15] Au par. 49 de l'arrêt *R. c. Campbell*, le juge Binnie a affirmé ce qui suit :

Le secret professionnel de l'avocat est fondé sur les besoins fonctionnels de l'administration de la justice. (...)

La consultation donnée au capl. Reynolds par M. Leising du ministère de la Justice cadre parfaitement avec cette définition fonctionnelle, et le fait que M. Leising soit à l'emploi d'un service juridique gouvernemental « interne » ne change rien à l'égard de la création ou de la nature du privilège.

[16] De plus, en renvoyant à l'arrêt *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, l'intimée soutient qu'il n'est pas nécessaire que la communication soit faite au conseiller juridique pour ouvrir droit au privilège avocat-client. Elle peut être faite à un clerc, à un membre du personnel administratif, à un technicien juridique ou à un autre agent, dans la mesure où elle est faite en vue d'obtenir un avis juridique.

[17] Dans *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, le juge Lamer, plus tard Juge en chef, a écrit ce qui suit à la p. 877 :

Les renseignements que requiert un avocat d'une personne pour décider s'il acceptera de la conseiller ou de la représenter sont tout autant des communications faites dans le but d'obtenir un avis juridique que ceux qui lui seront communiqués par après. Il a été depuis longtemps reconnu que même si l'avocat n'accepte pas d'aviser la personne qui sollicite ses services, les communications faites à cette fin par cette personne à l'avocat ou à ses préposés n'en sont pas moins privilégiées (*Minter c. Priest* [1930] A.C. 558; *Philson on Evidence*, 12^e éd., 1976, p. 244, n^o 589; 8 Wigmore, *Evidence* (McNaughton rev. 1961), p.587, par. 2304).

[soulignements ajoutés]

[18] La revendicatrice se fonde aussi sur l'arrêt *R. c. Campbell*, précité, et prétend que les avis juridiques donnés par les avocats du gouvernement peuvent, dans certaines circonstances, ouvrir droit au privilège avocat-client, mais ce ne sont pas tous les avis des avocats au service du gouvernement qui sont considérés comme des « avis juridiques » ouvrant droit au privilège. Dans cet arrêt, le juge Binnie a écrit ce qui suit au par. 50 :

50. Le secret de l'avocat ne protège évidemment pas l'ensemble des services rendus par un avocat, qu'il soit au service du gouvernement ou non. Bien qu'une partie du travail des avocats du gouvernement soit semblable à celui des avocats de pratique privée, ils peuvent avoir — et ont souvent — de nombreuses autres responsabilités comme, par exemple, la participation à divers comités opérationnels de leur ministère. Les avocats du gouvernement qui œuvrent depuis des années auprès d'un ministère client peuvent être invités à donner des conseils en matière de politique qui n'ont rien à voir avec leur formation et leur expertise

juridiques mais font appel à leur connaissance du ministère. Les conseils que donnent les avocats sur des matières non liées à la relation avocat-client ne sont pas protégés. (...)

[19] En l'espèce, les documents en cause consistent en des notes de service et des lettres entre le ministère de la Justice du Canada et d'autres ministères fédéraux.

[20] J'ai soigneusement examiné chaque document. De toute évidence, ils comprennent tous des communications d'un procureur, d'un sous-ministre ou d'un sous-ministre adjoint du ministère de la Justice adressées à différents ministères clients, notamment le ministère des Mines et des Ressources et le Conseil du Trésor. Les communications étaient faites en vue de donner ou d'obtenir des conseils juridiques.

[21] Je conclus que les communications en question, soit les documents n° 1, 2, 3, 5, 7, 8, 9, 12, 13 et 14, sont protégées par le privilège avocat-client.

[22] La revendicatrice maintient sa demande relativement au document n° 11. Rappelons-le, l'intimée n'a pas été en mesure de trouver ce document et, par conséquent, je n'ai pas pu en obtenir une copie afin de l'examiner. La revendicatrice n'a présenté aucun argument se rapportant à la présente situation et n'a pas non plus fait des demandes particulières. Vu que la revendicatrice n'a présenté aucun argument et qu'elle a retiré sa demande relativement aux autres documents que l'intimée n'a pas pu trouver, la demande relative au document n° 11 est rejetée, mais sans porter atteinte au droit de la revendicatrice de demander sa divulgation à une date ultérieure si le document finit par être retrouvé.

[23] Enfin, rien n'indique que l'intimée a renoncé au privilège. Les éléments de preuve dont je dispose révèlent que le gouvernement n'a jamais eu l'intention d'y renoncer. En l'espèce, BAC a involontairement divulgué certains documents à Joan Holmes & Associates Inc. Dans *Celenase Canada c. Murray Demolition*, [2006] 2 R.C.S. 189, le juge Binnie a écrit ce qui suit au par. 34 :

34. Le problème est que, peu importe que ce soit consciemment ou par inadvertance, des renseignements échangés entre un avocat et son client se sont retrouvés dans les mauvaises mains. Même en admettant que les renseignements confidentiels protégés par le privilège avocat-client n'ont pas tous la même importance et le même caractère crucial, la possession de tels renseignements par la partie adverse compromet l'intégrité de l'administration de la justice. Des parties doivent être libres de soumettre leurs différends aux tribunaux sans

craindre que leur adversaire ait pris injustement connaissance des secrets qu'elles ont confiés à leurs conseillers juridiques. (...)

[24] À la fin de l'audience, l'intimée a fait une requête verbale afin que le Tribunal ordonne à Joan Holmes & Associates Inc. de retourner à BAC tous les documents qu'elle avait toujours en sa possession. L'intimée n'a présenté aucune jurisprudence à l'appui de sa requête.

[25] Joan Holmes a déclaré ce qui suit au par. 8 de son affidavit :

[TRADUCTION]

8. Comme quelques-uns des documents que nous avons photographiés auraient dû être retirés du dossier, nous n'avons pas fait imprimer ces photographies, nous n'avons pas non plus divulgué ou donné des copies numériques de ces photographies à la revendicatrice ou à son procureur. (...)

Le procureur de la revendicatrice a confirmé au Tribunal n'avoir jamais vu les documents.

[26] Compte tenu de ce qui précède, si l'intimée souhaite obtenir une ordonnance adressée à Joan Holmes & Associates Inc., elle doit alors déposer une demande appropriée étayée par un dossier complet, y compris de la jurisprudence, afin de permettre à la revendicatrice et à Joan Holmes & Associates Inc. de produire une réponse adéquate. Ainsi, je ne rendrai aucune ordonnance relativement à Joan Holmes & Associates Inc. conformément à la présente décision.

[27] Par conséquent, la demande de la revendicatrice est rejetée.

JOHANNE MAINVILLE

L'honorable Johanne Mainville
Tribunal des revendications particulières
Canada

Traduction certifiée conforme
Mylène Borduas

TRIBUNAL DES REVENDICATIONS PARTICULIÈRES
SPECIFIC CLAIMS TRIBUNAL

Date : 20130626

Dossier : SCT-5004-11

OTTAWA (ONTARIO), le 26 juin 2013

En présence de l'honorable Johanne Mainville

ENTRE :

PREMIÈRE NATION KAHKEWISTAHAW

Revendicatrice

et

SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DU CANADA
représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien

Intimée

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

AUX : **Avocats de la revendicatrice PREMIÈRE NATION**
KAHKEWISTAHAW
Représentée par Stephen M. Pillipow et Adam Touet
Woloshyn & Company

ET AUX : **Avocates de l'intimée**
Représentée par Lauri Miller et Donna Harris
Ministère de la Justice

ANNEXE A

1. Note de service du directeur adressée au sous-ministre, datée du 25 septembre 1943;
2. Lettre du procureur adressée au sous-ministre, datée du 25 novembre 1947;
3. Lettre du sous-ministre de la Justice adressée au sous-ministre des Mines et des Ressources, datée du 28 août 1946;
4. Lettre du procureur à M. Hoey, datée de 1946;
5. Lettre du sous-ministre de la Justice adressée au Conseil du Trésor, datée du 11 décembre 1944;
6. Lettre du sous-ministre de la Justice adressée aux Affaires indiennes, datée du 19 août 1946;
7. Lettre du sous-ministre de la Justice adressée au Trésor, datée du 15 avril 1946;
8. Lettre du sous-ministre de la Justice, datée du 23 mars 1938;
9. Lettre du sous-ministre de la Justice, datée du 17 août 1946;
10. Lettre du directeur, datée du 28 juillet 1945;
11. Lettre du directeur adressée à M. Allan, datée du 27 juillet 1945;
12. Lettre du sous-ministre de la Justice adressée au Trésor, datée du 18 avril 1945;

13. Lettre du sous-ministre de la Justice adressée au Trésor, datée du 11 décembre 1944;

14. Lettre du sous-ministre de la Justice à D. J. Allan, datée du 14 novembre 1944;

15. Lettre du sous-ministre adjoint de la Justice adressée au secrétaire des Mines et des Ressources, datée du 2 novembre 1944.