

L'impact des privilèges génériques de common law sur l'autonomie du droit civil québécois : le cas du privilège aux règlements des litiges.

Mémoire de citoyen
Par Laurence Tilmant-Rousseau

Présenté au Comité consultatif sur les enjeux constitutionnels du Québec au sein de la
fédération canadienne


2024-08-07

Table des matières

Introduction	3
Le privilège juridique	4
Le privilège relatif aux règlements en common law depuis l'Arrêt Sable Offshore	4
Le privilège relatif aux règlements en droit civil québécois avant l'Arrêt Sable Offshore	5
Le privilège relatif aux règlements en droit civil québécois après l'Arrêt Sable Offshore	7
L'écart d'un privilège générique dans une loi	10
L'enjeu constitutionnel d'écarter le privilège générique de l'avocat client et du secret professionnel.	12
L'impact des privilèges génériques dans le cadre d'une loi d'accès à la l'information.....	14
L'impact du privilège aux règlements sur le Code de procédure civile	17
L'impact du privilège aux règlements dans la médiation familiale et les échanges confidentiels	21
L'impact du privilège aux règlements dans le régime de la copropriété divise au Québec	25
Conclusion concernant les impacts des privilèges de common law sur le droit civil québécois...	29
Recommandations	31
Table de jurisprudence et législative	33
Cour suprême du Canada	33
Cour d'appel du Québec	33
Cour du Québec.....	33
Commission d'accès à l'information du Québec	34
Loi	34

Introduction

Le Comité consultatif sur les enjeux constitutionnels du Québec au sein de la fédération canadienne (le Comité) a reçu le mandat de recommander des mesures visant à protéger et promouvoir les droits collectifs de la nation québécoise, à assurer le respect de ses valeurs sociales distinctes et de son identité distincte, à garantir le respect des champs de compétence du Québec et à accroître son autonomie au sein de la fédération canadienne, notamment sur la question des moyens de favoriser l'autonomie du droit québécois¹.

Le comité est composé de

- **Madame Amélie Binette**, professeure au Département de droit de l'Université du Québec en Outaouais;
- **Monsieur Luc Godbout**, professeur titulaire au Département de fiscalité de l'Université de Sherbrooke, titulaire de la Chaire en fiscalité et en finances publiques de l'Université de Sherbrooke;
- **Madame Catherine Mathieu**, professeure à la Faculté de science politique et de droit de l'Université du Québec à Montréal;
- **Monsieur Sébastien Proulx**, avocat, ancien ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport et ancien ministre de la Famille;
- **Monsieur Guillaume Rousseau**, professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke et directeur des programmes de droit et politique appliqués de l'État;
- **Madame Martine Tremblay**, consultante en affaires publiques, ancienne sous-ministre et ancienne cheffe de cabinet des premiers ministres René Lévesque et Pierre Marc Johnson.

Dans le cadre des consultations du comité, ce mémoire est déposé afin de souligner l'influence des privilèges génériques de common law sur l'autonomie du droit civil québécois.

L'auteur de ce mémoire n'est pas un avocat, n'est pas membre du Barreau du Québec et n'a pas suivi une formation universitaire en droit, ce faisant, ce mémoire ne constitue pas un avis juridique et n'a pas la prétention d'émettre une opinion juridique. Aux meilleurs de ses connaissances, l'auteur veut partager son expérience dans le cadre de ses demandes d'accès à l'information ainsi que les conséquences de l'influence qu'ont eues des privilèges de common law sur ces demandes. Ce mémoire suggère des solutions dans le but de renforcer l'autonomie du droit civil québécois par rapport à l'influence de la common law.

¹ Lien URL : <https://www.quebec.ca/gouvernement/ministere/justice/comites-consultatifs/comite-consultatif-enjeux-constitutionnels-quebec>

Le privilège juridique

Dans un contexte de litige juridique, un privilège est une règle d'admissibilité de preuve devant un tribunal judiciaire. Le juge doit déterminer si la preuve présentée par l'une des parties est admissible. Dans le cas du privilège ordinaire, le juge doit déterminer au cas par cas si celui-ci s'applique. Dans le cas du privilège générique, des critères et des exceptions sont énumérés afin de déterminer s'il s'applique et dans le cas où tous les critères sont remplis, le tribunal est lié à appliquer le privilège.

Le privilège relatif aux règlements en common law depuis l'Arrêt Sable Offshore

Le privilège relatif aux règlements est une règle de preuve qui protège la confidentialité des communications et renseignements échangés en vue de régler un différend². En 2013, dans l'Arrêt Sable Offshore, « *Sable Offshore Energy Inc. a poursuivi plusieurs défenderesses et réglé à l'amiable avec certaines d'entre elles. Les autres défenderesses veulent connaître les sommes sur lesquelles les parties se sont entendues. [La CSC] devait décider si ces sommes négociées doivent être divulguées ou si elles sont protégées par le privilège relatif aux règlements* »³.

La Cour suprême du Canada (CSC) affirme que

[11] °[le]privilège vise à favoriser les règlements amiables. Le règlement amiable permet aux parties de résoudre leur différend de façon mutuellement satisfaisante sans faire augmenter le coût et la durée d'une poursuite judiciaire pour les personnes concernées et le public. °»

[12] Ce privilège entoure d'un voile protecteur les démarches prises par les parties pour résoudre leurs différends en assurant l'irrecevabilité des communications échangées lors de ces négociations. [...] il s'agit d'un privilège générique [...] il bénéficie d'une présomption prima facie d'inadmissibilité, mais cette présomption souffre d'exceptions. °»

[13] [Avec cette protection], les discussions tenues lors des négociations seront plus transparentes et donneront par le fait même de meilleurs résultats si les parties savent que leur contenu ne pourra pas être dévoilé par la suite.

² Association de médiation familiale du Québec c. Bouvier, 2021 CSC 54, para 95

³ Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp., 2013 CSC 37, para 3

La CSC se range dans la tradition de la *common law* britannique et américaine. Elle applique alors le privilège à l'entente, car « *la somme négociée constitue un élément clef du contenu de négociations fructueuses* »⁴.

Toutefois, la CSC rappelle les exceptions prévues au privilège

[19] Le privilège souffre inévitablement d'exceptions. Pour en bénéficier, le défendeur doit établir que, tout compte fait, [traduction] « un intérêt public opposé l'emporte sur l'intérêt public à favoriser le règlement amiable » (Dos Santos Estate c. Sun Life Assurance Co. of Canada, 2005 BCCA 4, 207 B.C.A.C. 54, par. 20). On a retenu parmi ces intérêts opposés les allégations de déclaration inexacte, la fraude ou l'abus d'influence (Unilever plc c. Procter & Gamble Co., [2001] 1 All E.R. 783 (C.A. div. civ.), Underwood c. Cox (1912), 26 O.L.R. 303 (C. div.)), et la prévention de la surindemnisation du demandeur (Dos Santos).

Bien que la CSC établisse qu'un montant contenu dans une entente à l'amiable soit protégé par le privilège aux règlements, celle-ci ne conclut pas qu'une entente est elle-même automatiquement écartée en évoquant le privilège. Un demandeur peut évoquer un motif de divulgation qui l'emporterait sur le principe suivant lequel il faut favoriser les règlements amiables.

*[30] Pour analyser comme il se doit la revendication d'une exception au privilège relatif aux règlements, il ne faut pas se demander simplement si les défendeurs non parties au règlement tirent un quelconque avantage tactique de la divulgation, **mais si le motif de la divulgation l'emporte sur le principe suivant lequel il faut favoriser les règlements amiables.** Bien que le fait d'empêcher la divulgation du contenu et des résultats des négociations en vue d'un règlement ait l'avantage évident de favoriser les règlements amiables, le refus de divulguer les sommes convenues aux ententes en l'espèce ne cause guère de préjudice corrélatif.*

Le privilège relatif aux règlements en droit civil québécois avant l'Arrêt *Sable Offshore*

En 2012, dans *Bombardier c. Union Carbide Canada*⁵, la Cour d'appel du Québec a dû se pencher si une transaction est protégée par le privilège aux règlements des litiges.

Le jugement concerne le droit « [...] *d'alléguer et de prouver les faits nécessaires pour définir l'objet d'une transaction intervenue entre les parties à l'occasion d'une médiation extrajudiciaire*

⁴ *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, 2013 CSC 37, para 18

⁵ *Bombardier inc. c. Union Carbide Canada inc.* 2012 QCCA 1300

encadrée par une convention de médiation qui assujettit les parties à une obligation de confidentialité. »

La Cour d'appel affirme que le privilège de Common Law aux règlements est reconnu en droit québécois, mais la médiation extrajudiciaire, contrairement à la médiation judiciaire ou la conférence de règlement à l'amiable, n'est pas encadrée de façon législative⁶. Elle établit les critères suivants.

- l'existence d'un litige réel ou éventuel,
- une communication faite pour régler le litige,
- une communication faite sous la condition expresse ou implicite de demeurer confidentielle
- la communication ne doit pas avoir donné lieu à une transaction

Le terme transaction se réfère ici à l'article 2631 du Code civil du Québec.

La transaction est le contrat par lequel les parties préviennent une contestation à naître, terminent un procès ou règlent les difficultés qui surviennent lors de l'exécution d'un jugement, au moyen de concessions ou de réserves réciproques.

Elle est indivisible quant à son objet.

En se basant sur plusieurs auteurs afin d'appuyer la doctrine, ainsi qu'une jurisprudence abondante, la Cour d'appel est sans équivoque, une communication cesse d'être privilégiée si elle conduit à une transaction⁷ et n'est donc pas protégée par le privilège. La Cour d'appel conclut son jugement comme suit :

[42] Si une contestation surgit quant à l'existence d'une transaction, l'une ou l'autre des parties peut en faire la preuve. L'obligation de confidentialité rattachée aux communications faites durant la médiation n'a plus d'application puisque les raisons qui justifiaient de conserver le caractère confidentiel des communications des parties ont disparu. Une partie ne peut donc plus se réfugier derrière le caractère confidentiel des communications faites durant la médiation et faire valoir leur caractère préjudiciable. En effet, dans ce cas, il n'y a plus de litige en raison de la transaction qui y a mis fin.

[43] L'une ou l'autre des parties peut donc faire la preuve des communications échangées à l'occasion d'une médiation pour prouver

⁶ Il est à noter que depuis le jugement de la Cour d'appel, l'Assemblée nationale a procédé à l'adoption du projet 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile, où plusieurs dispositions d'encadrement à la médiation et à l'arbitrage furent introduites ou précisées.

⁷ *Bombardier inc. c. Union Carbide Canada inc.* 2012 QCCA 1300, par. 34

l'existence ou non d'une transaction ainsi que son étendue, le cas échéant. En cas d'échec dans cette démonstration, ces communications ne seront pas admissibles en preuve à d'autres fins. Elles ne pourront donc pas être utilisées comme élément de preuve à l'occasion du litige qui oppose les parties. L'auteur Ducharme précise, à ce sujet, que le privilège de confidentialité n'empêche pas comme tel la divulgation de ces communications. Le juge doit, en effet, en prendre connaissance pour vérifier si les conditions d'existence du privilège sont réunies.

[Mes soulignements]

Le privilège relatif aux règlements en droit civil québécois après l'Arrêt *Sable Offshore*

Lorsque le jugement de la Cour d'appel est porté en appel devant la CSC, l'Arrêt *Union Carbide*, celle-ci se retrouve avec une patate chaude entre les mains. D'un bord, la Cour d'appel établit sans aucune ambiguïté qu'en droit québécois, le privilège ne couvre pas les transactions alors que dans l'Arrêt *Sable Offshore*, un litige étant survenu dans une juridiction de common law, la transaction est protégée par le privilège. La CSC trouve une porte de sortie par la question litigieuse qui lui est présentée en espèce soit « *d'alléguer et de prouver les faits nécessaires pour définir l'objet d'une transaction intervenue entre les parties à l'occasion d'une médiation extrajudiciaire* ». Dans *Sable Offshore*, il s'agissait d'établir si le privilège couvrait la transaction et s'il était opposable à des tiers tandis que dans *Union Carbide*, la question est de savoir si le privilège couvrait la transaction et s'il était opposable à l'une des parties ayant participé à la transaction, dans un contexte où l'une des parties veut prouver l'objet de l'entente. Au lieu de considérer que « *la communication ne doit pas avoir donné lieu à une transaction* » comme un critère à l'application du privilège, la CSC la considère comme une exception quant à l'application du privilège si sa divulgation est nécessaire pour prouver l'existence ou la portée du règlement. La CSC réitère également que le privilège aux règlements n'empêche pas une partie de divulguer des renseignements :

[35] L'exception au privilège relatif aux règlements en cause dans la présente affaire est la règle voulant que les communications protégées puissent être divulguées afin de faire la preuve de l'existence ou de la portée d'un règlement. [...]

*Il s'agit d'une règle simple et conforme à l'idée de promouvoir les règlements. Une communication cesse d'être privilégiée si elle conduit à un règlement et si sa divulgation est nécessaire pour prouver l'existence ou la portée du règlement. Dès que les parties arrivent à un règlement, il importe, pour favoriser les règlements en général, que les parties soient en mesure de faire la preuve des modalités convenues. Loin de l'emporter sur le principe suivant lequel il faut favoriser les règlements à l'amiable (*Sable Offshore*, par. 30), la*

divulgarion — en vue de prouver les modalités d’une entente — favorise en fait ce principe. Cette règle est logique, car elle vise le même objectif que le privilège lui-même, soit favoriser les règlements.

[...]

[37] Bien que cette règle ne soit pas codifiée dans le droit québécois, les ouvrages de doctrine sur le droit de la preuve en traitent et elle fait partie du droit civil du Québec. [...] En droit québécois, tout comme en common law, le privilège relatif aux règlements constitue une règle de preuve qui porte sur l’admissibilité de la preuve de communications. Il n’empêche pas une partie de divulguer des renseignements, mais fait en sorte que les renseignements soient inadmissibles en preuve dans un litige. [...]

[Mes Soulignements]

La CSC prend bien soin de souligner que les parties peuvent renoncer de manière claire et explicite au privilège, **incluant son exception**. Les parties peuvent se prévaloir d’une « *clause de confidentialité absolue* » écartant cette exception au privilège si cette clause l’écarte clairement et explicitement. Les parties pourraient aussi renoncer à tout contrôle judiciaire ou d’homologation de leur entente si c’est prévu de manière claire et explicite dans l’entente afin que celle-ci soit totalement inadmissible en preuve et confidentiel en toutes circonstances :

[47] Par contre, le privilège relatif aux règlements souffre d’exceptions reconnues en common law qui limitent la portée de sa protection, alors que les clauses de confidentialité peuvent ne pas comporter de telles exceptions. Il s’agit de savoir si une clause de confidentialité absolue d’une entente de médiation a pour effet d’écarter l’exception de la common law, empêchant de ce fait les parties de produire en preuve, afin d’établir les modalités d’un règlement, les communications faites dans le cadre de la médiation.

[...]

[49] [...] Il faut se demander si la clause de confidentialité entre effectivement en conflit avec le privilège relatif aux règlements ou avec ses exceptions reconnues. Lorsque les parties concluent un contrat qui leur assure une protection supérieure à celle qu’offre la common law, il y a lieu à première vue de confirmer leur volonté, sous réserve de préoccupations concernant la fraude ou l’illégalité. J’ai déjà examiné les raisons pour lesquelles les parties pourraient vouloir renforcer la protection de la confidentialité des renseignements; le fait de permettre aux parties de contracter librement à cet égard facilite la réalisation de l’important objectif public qui consiste à favoriser les règlements extrajudiciaires.

[...]

[51] [...] Il est loisible aux parties contractantes d'établir leurs propres règles de confidentialité et d'écarter complètement le privilège relatif aux règlements de la common law. Elles favorisent alors la liberté contractuelle et la probabilité d'un règlement, deux importants objectifs publics. Cependant, le simple fait de signer une entente de médiation assortie d'une clause de confidentialité n'écarte pas automatiquement le privilège et ses exceptions. Comme je l'ai déjà mentionné, ces mesures de protection n'ont pas la même portée. À titre d'exemple, le privilège relatif aux règlements s'applique à toute communication qui mène au règlement, même à celles faites après la fin de la séance de médiation. On ne saurait affirmer que les parties qui acceptent de garder confidentielle la teneur d'une séance de médiation se privent de ce fait de l'application du privilège relatif aux règlements après la fin de la séance de médiation. La protection qu'offre le privilège ne se dissipe pas dès que les parties concluent un contrat assurant le caractère confidentiel de la médiation, sauf s'il s'agit là de l'effet recherché au contrat.

[...]

[54] Lorsqu'une entente pourrait avoir pour effet d'empêcher l'application d'une exception reconnue au privilège relatif aux règlements, elle doit l'exprimer clairement. On ne saurait présumer que les parties, qui ont renforcé par contrat la confidentialité afin de favoriser l'échange en toute franchise des communications et de promouvoir de ce fait un règlement, entendaient également écarter une exception au privilège relatif aux règlements dont l'objet est aussi de promouvoir un règlement. Les parties ont toute liberté de le faire, pourvu qu'elles le fassent clairement. Pour éviter un conflit au sujet des modalités d'un règlement, les parties peuvent également prévoir que, pour être valide, tout règlement conclu au cours de la médiation doit être immédiatement constaté par écrit. Cette pratique est envisagée spécifiquement à l'art. 1414 du Code civil du Québec, qui prévoit que, « [l]orsqu'une forme particulière ou solennelle est exigée comme condition nécessaire à la formation du contrat, elle doit être observée ». Une telle stipulation soulignerait le caractère exécutoire de toute entente conclue au cours de la médiation.

[Mes soulignements]

Bien que toutes ces distinctions et exceptions complexes semblent superflues à première vue, celles-ci auront des conséquences significatives sur le processus de médiation prévu dans le droit québécois. Nous y reviendrons plus tard.

L'écart d'un privilège générique dans une loi

Dans l'arrêt Lizotte⁸, la Cour suprême s'est penchée sur l'interprétation et la signification d'un texte de loi claire et explicite qui écarte un privilège. Pour déterminer si le législateur a voulu écarter un privilège générique, la Cour suprême permet une interprétation moderne qui s'inscrit dans le « *contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, son objet et l'intention du législateur* »⁹. C'est-à-dire :

- Le législateur ne doit pas forcément utiliser l'expression littérale d'un privilège générique pour le mettre à l'écart
- Dans le cadre d'une mise à l'écart qui reste clair, explicite et non équivoque, il pourrait employer une autre expression qui puisse s'interpréter comme référant sans ambiguïté à ce privilège générique.
- Lorsqu'on constate la présence d'une référence précise au privilège générique, encore faut-il interpréter les termes choisis pour décider si abrogation il y a et, le cas échéant, en mesurer la portée

La cour précise qu'un privilège ne peut être abrogé par inférence. Ainsi, dans Lizotte, la volonté du législateur d'inscrire dans une loi de fournir « *tout document* » n'était pas suffisamment claire et explicite afin d'écarter le privilège :

[5] Les exigences posées dans l'arrêt Blood Tribe s'appliquent au privilège relatif au litige. Vu son importance, ce privilège ne peut être abrogé par inférence et ne peut être mis à l'écart que par une disposition claire, explicite et non équivoque à cet effet. Puisque la disposition en cause ne prévoit que la communication de « tout document » sans plus de précision, elle n'a pas pour effet d'écarter ce privilège. Il s'ensuit qu'Aviva pouvait invoquer ici le privilège relatif au litige et refuser de fournir à la syndique les documents visés par celui-ci.

[...]

⁸ *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, 2016 CSC 52

⁹ *Idem*, para 61

[60] Pour justifier ces exigences, la Cour s'appuie sur l'importance unique et fondamentale du secret professionnel de l'avocat, qui est « essentiel au bon fonctionnement du système de justice » (Blood Tribe, par. 9). La Cour renvoie à une abondante jurisprudence voulant que ce secret est un « principe de droit fondamental » (par. 11) qui doit être « aussi absolu que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent » (par. 10, citant R. c. McClure, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, par. 35). La Cour note également que le secret professionnel de l'avocat est capital en ce qu'il favorise « l'accès à la justice », la « qualité de la justice » et « la libre circulation des conseils juridiques » (par. 9). Je retiens que l'arrêt Blood Tribe reconnaît ainsi une exigence qui s'apparente à celle qui s'impose en la matière au Québec en raison de l'art. 9 de la Charte québécoise, qui exige une dérogation législative « expresse » pour écarter le secret professionnel.

[61] Cela dit, Blood Tribe ne représente pas un retour à la « règle du sens ordinaire » (« plain meaning rule ») ni une renonciation au recours à la méthode moderne d'interprétation des lois, qui privilégie non pas uniquement ce que le texte révèle précisément, mais plutôt le [traduction] « contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, son objet et l'intention du législateur » : E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87; Blood Tribe, par. 26. D'abord, le législateur ne doit pas forcément utiliser l'expression « secret professionnel » de l'avocat pour le mettre à l'écart. Dans le cadre d'une mise à l'écart qui reste claire, explicite et non équivoque, il pourrait employer une autre expression qui puisse s'interpréter comme référant sans ambiguïté à ce secret. Ensuite, même lorsque l'on constate la présence d'une référence précise au secret professionnel de l'avocat, encore faut-il interpréter les termes choisis pour décider si abrogation il y a et, le cas échéant, en mesurer la portée. Dans *Canada (Revenu national) c. Thompson*, 2016 CSC 21, [2016] 1 R.C.S. 381, par. 22-34, la Cour a récemment appliqué cette approche moderne à une loi abrogeant expressément le secret professionnel de l'avocat afin d'en cerner le sens et la portée. Par contre, conformément à Blood Tribe, en l'absence de termes clairs, explicites et non équivoques prévoyant une mise à l'écart du secret professionnel de l'avocat, on doit conclure qu'il n'est pas levé.

[Mes soulignements]

L'enjeu constitutionnel d'écarter le privilège générique de l'avocat client et du secret professionnel.

L'écart du privilège de common law avocat client et son penchant québécois, le secret professionnel, est une question délicate sur le plan constitutionnel puisque le privilège d'avocat client est devenu une règle de fond protégé par la Charte canadienne. Dans son arrêt *Chambre des notaires*¹⁰, la CSC a élevé le secret professionnel comme étant un droit protégé par l'article 8 de la Charte concernant les fouilles abusives.

Cependant, l'arrêt ne portait pas si le législateur peut écarter expressément le privilège d'avocat client lorsque ce dernier démontre une intention claire et non équivoque de supprimer le secret professionnel pour une catégorie de documents ou d'informations. La question se limitait à déterminer si une suppression de ce privilège a pour effet de permettre la saisie de documents autrement couverts par le secret professionnel et si cela constitue une atteinte au droit à la protection contre les saisies abusives garanti par l'article 8 de la charte canadienne¹¹.

La formalité d'écarter le privilège générique de l'avocat client par le législateur fut élaborée dans l'arrêt *Thompson*¹², tout en tenant compte des critères énumérés dans *Lizotte*.

Dans ce jugement, la CSC précise les critères pour déterminer d'une mise à l'écart claire et explicite.

- Le libellé d'une disposition législative qui supprime à l'égard de certains renseignements un privilège générique doit révéler l'intention claire du législateur d'arriver à ce résultat.
- L'intention ne peut simplement être inférée de la nature du régime législatif ou de son historique, bien que ceux-ci puissent offrir un contexte à l'appui lorsque le texte de la disposition est déjà suffisamment clair.
- Le législateur est présumé ne pas utiliser de mots superflus ou dénués de sens, ne pas se répéter inutilement, ni s'exprimer en vain

[25] Les deux parties reconnaissent donc qu'un tribunal ne peut conclure du libellé d'une disposition législative que le secret professionnel de l'avocat est supprimé à l'égard de certains renseignements que si ce libellé révèle l'intention claire du législateur d'arriver à ce résultat. Une telle intention ne peut simplement être inférée de la nature du régime législatif ou de son historique, bien que ceux-ci puissent offrir un contexte à l'appui lorsque le texte de la disposition est déjà suffisamment clair. Cependant, lorsque la disposition n'est pas claire, il ne faut pas considérer qu'elle vise à soustraire

¹⁰ *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20

¹¹ *Idem*, para 77

¹² *Canada (Revenu national) c. Thompson*, 2016 CSC 21

à la protection du secret professionnel de l'avocat des communications ou des documents qui en bénéficieraient normalement.

[...]

[32] Il nous apparaît donc clair que si, en définissant le « privilège des communications entre client et avocat » comme il le fait au par. 232(1) de la LIR, le législateur n'entend pas soustraire le relevé comptable à la protection de ce privilège, cette définition et l'exception manifeste qu'elle renferme n'ont essentiellement aucune utilité. Un tel résultat irait à l'encontre de la présomption d'absence de tautologie suivant laquelle [traduction] « [Il]e législateur est présumé ne pas utiliser de mots superflus ou dénués de sens, ne pas se répéter inutilement ni s'exprimer en vain » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6e éd. 2014), p. 211, citant *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831, p. 838). Au contraire, chaque mot « joue un rôle précis dans la réalisation de l'objectif du législateur » (Sullivan, p. 211). Puisqu'une loi doit être interprétée dans son contexte global et eu égard à son objet et à son économie générale (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, p. 578), il importe à tout le moins de veiller à ce que la qualification de l'intention du législateur qui sous-tend la définition du privilège des communications entre client et avocat au par. 232(1) soit compatible avec l'objet des pouvoirs de vérification et d'exécution que la LIR confère au Ministre.

L'impact des privilèges génériques dans le cadre d'une loi d'accès à la l'information

En 2006, dans l'Arrêt Blank¹³, la CSC devait se prononcer si le gouvernement fédéral pouvait invoquer des privilèges génériques de common law dans le cadre d'une loi d'accès à l'information, tel que le secret professionnel de l'avocat et le privilège relatif aux litiges. La CSC a refusé d'appliquer le privilège relatif au litige comme un concept parallèle à égalité avec le secret professionnel de l'avocat, mais a plutôt adapté le privilège relatif au litige à la tendance favorable de divulgation mutuelle et réciproque qui caractérise le processus judiciaire ainsi qu'à la tendance contemporaine qui favorise une divulgation accrue.

Bien que la CSC a voulu distinguer leur portée, leur durée et leur signification, celle-ci a toutefois conclu que ces privilèges peuvent être invoqués dans le cadre d'une loi d'accès à l'information tout en soulignant que le législateur peut écarter le privilège relatif aux litiges ou le moduler, car il « *découle inexorablement de la décision du Parlement d'édicter la Loi sur l'accès.* »

[1] Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à établir pour la première fois une distinction entre deux exceptions à la communication forcée qui sont connexes, mais distinctes sur le plan conceptuel : le privilège du secret professionnel de l'avocat (solicitor-client privilege) et le privilège relatif au litige (litigation privilege). Ces privilèges coexistent souvent et on utilise parfois à tort le nom de l'un pour désigner l'autre, mais leur portée, leur durée et leur signification ne coïncident pas.

[...]

[7] Compte tenu de leur portée, de leur objet et de leur fondement différents, j'estime qu'il serait préférable de reconnaître qu'il s'agit en l'occurrence de concepts distincts, et non de deux composantes d'un même concept. Par conséquent, dans les présents motifs, j'utiliserai l'expression « secret professionnel de l'avocat » comme s'entendant exclusivement du privilège de la consultation juridique et, à moins d'indication contraire, j'emploierai les deux expressions — secret professionnel de l'avocat et privilège de la consultation juridique — comme des synonymes interchangeables.

[...]

[51] Je m'empresse d'ajouter que la Loi sur l'accès établit un régime législatif destiné à favoriser la communication des renseignements détenus par le gouvernement. Rien dans la Loi ne laisse croire que le législateur voulait, en l'édicant, étendre la durée de vie du privilège relatif au litige dans le cas où

¹³ *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39

un membre du public cherche à avoir accès à des documents gouvernementaux.

[52] Le libellé de l'art. 23 crée en outre une faculté. Il prévoit que le ministre peut invoquer le privilège. Ce libellé favorise la communication en encourageant le ministre à s'abstenir d'invoquer le privilège, sauf s'il estime nécessaire de le faire dans l'intérêt public. Il étaye aussi une interprétation qui favorise une communication accrue, et non une communication plus restreinte, des documents gouvernementaux.

[53] Comme je l'ai indiqué précédemment, la définition élargie du terme « litige » s'applique autant au gouvernement qu'aux parties privées à un litige. Cependant, il se pourrait qu'en vertu de la Loi sur l'accès, la protection dont le gouvernement bénéficie soit moins efficace en pratique. Voici pourquoi. Tout comme les parties privées, le gouvernement ne peut invoquer le privilège relatif au litige qu'au cours ou en prévision de la procédure initiale ou de procédures connexes. En revanche, contrairement aux parties privées, le gouvernement peut être tenu, en vertu de la Loi sur l'accès, de divulguer de l'information une fois la procédure initiale terminée, lorsqu'aucune procédure connexe n'est en cours ni ne prévient. La simple possibilité qu'une procédure connexe puisse être engagée ultérieurement ne suffit pas. Si cette possibilité se matérialise — si une procédure connexe est effectivement engagée ultérieurement — il est fort possible qu'en vertu de la Loi sur l'accès, le gouvernement ait été tenu dans l'intervalle de divulguer de l'information qui, autrement, aurait été privilégiée selon la définition élargie du terme « litige ». Ce résultat relève non pas de la politique judiciaire, mais d'un choix du législateur. Elle découle inexorablement de la décision du Parlement d'édicter la Loi sur l'accès. De plus, d'autres dispositions de cette loi portent à croire que le législateur a effectivement reconnu qu'elle aurait cette conséquence pour le gouvernement en sa qualité de partie réelle ou éventuelle à un litige ou de gardien de la sécurité individuelle ou publique.

[...]

60 Je ne vois aucune raison de déroger au critère de l'objet principal. Bien qu'il confère une protection plus limitée que ne le ferait le critère de l'objet important, il me semble conforme à l'idée que le privilège relatif au litige devrait être considéré comme une exception limitée au principe de la communication complète et non comme un concept parallèle à égalité avec le secret professionnel de l'avocat interprété largement. Le critère de l'objet

principal est davantage compatible avec la tendance contemporaine qui favorise une divulgation accrue. [...]

[61] Tandis que le secret professionnel de l'avocat a été renforcé, réaffirmé et relevé au cours des dernières années, le privilège relatif au litige a dû être adapté à la tendance favorable à la divulgation mutuelle et réciproque qui caractérise le processus judiciaire. Dans ce contexte, il serait incongru de renverser cette tendance et de revenir au critère de l'objet important.

[Mes Soulignements]

Au Québec, en combinant les décisions de Blank, Sable Offshore, Union Carbide et Lizotte, ces privilèges génériques de common law s'appliquent désormais à Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels (loi sur l'accès).

Au Québec, entre 2018 et 2020, la commission d'accès à l'information s'est penchée dans au moins six causes de révision où un privilège générique de common law fut évoqué afin de restreindre l'accès aux renseignements, soit le privilège à la préparation des litiges et le privilège aux règlements des litiges¹⁴. Dans les six décisions, dans le but de défendre l'autonomie du droit civiliste québécois, la commission a essentiellement rejeté l'application de ces deux privilèges à la loi sur l'accès.

Dans les décisions Marcotte, Desmarais et Drapeau, la commission a évoqué le statut quasi constitutionnel de la loi sur l'accès afin de rejeter un privilège générique et que seules les dispositions de la loi s'appliquent¹⁵.

Dans la décision Tilmant-Rousseau, dont l'auteur du mémoire était le demandeur, la commission a aussi évoquée que « *le privilège relatif aux règlements constitue une règle de preuve et non pas une règle de fond. [...]. Cette distinction est primordiale, [...] la jurisprudence et la doctrine au Québec reconnaissent l'application de ce privilège **à titre de règle d'exclusion de la preuve.** Or, la Commission estime que seule une règle de fond peut avoir préséance sur le droit d'accès prévu à la Loi sur l'accès, [...] Il ne confère pas de droit absolu au secret des discussions aux fins de régler un litige ni de l'entente qui peut en résulter. Il s'agit d'une règle d'exclusion de la preuve qui n'a pas préséance sur l'exercice du droit d'accès en vertu de l'article 9 de la Loi sur l'accès* »¹⁶.

¹⁴ *Marcotte c. Revenu Québec*, 2018 QCCA 43
Desmarais c. Autorité des marchés financiers, 2018 QCCA 196,
Drapeau c. Chambre de la sécurité financière, 2019 QCCA 175,
Green c. Ministère du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques, 2019 QCCA 166,
Tilmant-Rousseau c. Office québécois de la langue française, 2019 QCCA 288,
Belzile c. Ministère de la Sécurité publique (Sûreté du Québec), 2020 QCCA 115

¹⁵ *Marcotte* para 22, 23, *Desmarais* para .9, 10, *Drapeau* para 76

¹⁶ *Tilmant-Rousseau*, para 49, 57, 61

Dans Belzile, la commission reprend essentiellement la jurisprudence des décisions énumérées précédemment.

Toutes ces décisions de la commission ont fait l'objet d'un appel et les tribunaux judiciaires¹⁷ ont essentiellement rejeté les arguments de la commission et des demandeurs en citant les précédents de la CSC tout en soulignant l'absence d'un écart clair et explicite dans la loi sur l'accès visant les privilèges génériques en cause.

L'impact du privilège aux règlements sur le Code de procédure civile

Au Québec, en 2016, le nouveau Code de procédure civile (C.p.c.) a été mis à jour avec l'introduction et certaines précisions sur plusieurs dispositions d'encadrement à la médiation et à l'arbitrage. Ce Code « *établit les principes de la justice civile et régit, avec le Code civil et en harmonie avec la Charte de la langue française (chapitre C-11), la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, la procédure applicable aux modes privés de prévention et de règlement des différends.* »

Le Code de procédure civil prévoit :

4. Les parties qui choisissent de prévenir un différend ou de régler celui qui les oppose par un mode privé et le tiers qui les assiste s'engagent à préserver la confidentialité de ce qui est dit, écrit ou fait dans le cours du processus, sous réserve de leur entente sur le sujet ou des dispositions particulières de la loi.

À cet égard, les parties peuvent s'entendre pour verser au dossier du tribunal le contenu d'un protocole préjudiciaire ainsi que les éléments de preuve échangés entre les parties pour l'élaborer et l'appliquer.

[...]

CHAPITRE III

LA FIN DE LA MÉDIATION

613. L'entente contient les engagements des parties et met un terme au différend. Elle ne constitue une transaction que si la matière et les

¹⁷ Agence du revenu du Québec c. Marcotte 2019 QCCQ 7877
Desmarais c. Autorité des marchés financiers 2019 QCCQ 7874
Chambre de la sécurité financière c. Drapeau 2021 QCCQ 1838
Procureur général du Québec c. Green 2021 QCCQ 4467
Nintendo du Canada Ltée c. Tilmant-Rousseau 2022 QCCQ 5610
Procureur général du Québec c. Belzile 2021 QCCQ 5291

circonstances s’y prêtent et que la volonté des parties à cet égard est manifeste.

Le médiateur veille à ce que l’entente soit comprise par les parties.

[Mes Soulignements]

Au meilleur de la compréhension de l’auteur de ce mémoire, lors d’une médiation, l’entente qui donne lieu à une transaction n’est pas incluse dans la confidentialité du processus, car elle met fin au processus et les parties se réservent le droit d’établir le niveau de confidentialité dans l’entente elle-même. La confidentialité de l’entente doit être alors négociée. Même si le contenu de l’entente peut refléter le contenu des discussions, il appartient alors aux parties de protéger le contenu de l’entente, par exemple en niant toute admissibilité de torts.

Le législateur québécois a voulu que des dispositions particulières de la loi aient préséance sur la confidentialité de l’entente. Cela permet d’éviter qu’une l’on utilise le mécanisme de médiation ou d’arbitrage afin de soustraire l’une des parties à son obligation de divulgation d’un renseignement prévu par la loi.

En ce qui concerne l’arbitrage, l’article 644 du *C.p.c.* prévoit que *l’arbitre est tenu de respecter la confidentialité du processus et le secret du délibéré, mais il n’y manque pas en exprimant ses conclusions et ses motifs dans la sentence.*

Le législateur québécois a voulu ainsi protéger le caractère non confidentiel de la décision de l’arbitre, afin d’éviter qu’une des parties accuse l’arbitre d’un manquement à la confidentialité au nom que les motifs et les conclusions reflètent le contenu des discussions.

En common law, le privilège aux règlements est une règle d’admissibilité de preuve devant un tribunal, à l’exception si sa divulgation est nécessaire pour prouver l’existence ou la portée du règlement. En droit civil québécois, lors d’une médiation, les parties s’engagent à préserver la confidentialité du processus, donc à ne pas divulguer des renseignements et communications durant le processus, sous réserve de leur entente sur le sujet ou des dispositions particulières de la loi, en plus de garantir une inadmissibilité en preuve absolue de tout ce qui peut se dire durant le processus¹⁸. Or, avec l’arrêt *Bouvier*¹⁹ de la CSC, malgré de ce qui est édicté dans le code, que nous examinerons en détail plus loin dans ce mémoire, les échanges confidentiels lors d’une médiation, incluant la médiation familiale, sont admissibles en preuve si sa divulgation est nécessaire pour prouver l’existence ou la portée du règlement. Nous y reviendrons plus tard.

Cette interférence entre les privilèges génériques de common law et les dispositions du Code de procédure civile créer une complexité en droit qui peut donner des résultats aberrants quant au statut de la confidentialité et de l’inadmissibilité en preuve d’une transaction résultante d’une médiation au Québec.

¹⁸ *Code de procédure civile*, art. 606

¹⁹ *Association de médiation familiale du Québec c. Bouvier*, 2021 CSC 54

L'auteur de ce mémoire a vécu une situation concrète sur le sujet qui n'est pas documenté dans aucune décision.

Le présent auteur du mémoire a soumis une demande d'accès à l'information le 2 décembre 2020 à Investissement Québec. Dans le cadre du programme de crédits d'impôt octroyés par la production d'un jeu vidéo au Québec, l'objet de la demande était d'obtenir tous documents concernant le critère de refus d'admissibilité aux crédits d'impôt lorsqu'un jeu vidéo encourage la violence, le sexisme ou la discrimination. La demande contenait aussi le nombre, par année, de tous les jeux vidéo et entreprises ayant fait l'objet d'un refus ainsi que tous les documents identifiant la ou les directions chez Investissement Québec étant responsable de déterminer si l'admissibilité du critère.

Investissement Québec a répondu²⁰ partiellement à la demande en identifiant la direction, les postes responsables de l'évaluation du critère ainsi que le nombre de titres et d'entreprises ayant fait l'objet d'un refus depuis 2010. Toutefois, en invoquant le secret industriel prévu à l'article 22 de la loi sur l'accès, Investissement Québec n'a pas voulu fournir ses documents détaillant l'évaluation du critère d'admissibilité :

Investissement Québec ne détient pas de directives ou de politiques internes concernant la mesure fiscale relative à la production de titres multimédias. Dans l'exercice de ses fonctions en lien avec cette mesure, la Société se réfère aux documents ministériels s'y rattachant et dont les liens sont joints en annexe. Vous trouverez également les liens vers les fiches techniques produites par Investissement Québec au sujet de cette mesure. Notez qu'en ce qui a trait aux autres documents de travail, nous ne pouvons vous les partager et invoquons en soutien à notre position comme applicable en l'espèce, l'article 22 de la Loi sur l'accès

Une demande de révision de la réponse d'investissement Québec fut déposée à la commission d'Accès à l'information le 28 janvier 2021.

Les deux parties ont accepté une séance de médiation de la commission d'accès à l'information.

Une transaction est survenue entre les parties mettant fin à la demande de révision résultant de cette séance de médiation.

Cependant, l'auteur de ce mémoire a eu plusieurs questionnements au sujet de la confidentialité du contenu de la transaction, à cause du privilège aux règlements.

D'entrée de jeu, dû à la confidentialité du processus qui le lie, l'auteur de ce mémoire ne peut confirmer ni infirmer si des discussions ont eu lieu entre les parties durant la médiation sur la portée du privilège aux règlements sur la transaction.

²⁰ Investissement Québec, 29 décembre 2020, Réponse à la demande d'accès à l'information N/D : 1-210-603

Au meilleur de sa compréhension, l'auteur de ce mémoire considère que ni le privilège aux règlements ni le processus de médiation n'empêche la divulgation des renseignements contenus dans l'entente. Cependant, la confidentialité prévue au Code de procédure civil l'obligerait à caviarder toutes références au fait que la transaction est le résultat d'une médiation s'il décide de divulguer le contenu de l'entente. De plus, même si le privilège aux règlements n'empêche pas aux parties de divulguer eux-mêmes le contenu, l'entente serait potentiellement inaccessible à toutes autres personnes qui en feraient la demande par le biais de la loi sur l'accès, car l'entente est protégée par le privilège et celui-ci est opposable aux tiers. Il suffirait que l'une des parties à l'entente se prévale du privilège afin que celle-ci soit refusée d'être remis à l'auteur de la demande d'accès. Cependant, dans le cas où les modalités de l'entente fait l'objet d'un litige devant un tribunal, afin de faire la preuve de la modalité de celle-ci, l'une des parties pourra déposer en preuve l'entente ainsi que les discussions qui a eu lieu lors de la médiation.

En date du dépôt de ce mémoire, vu la complexité du dossier, l'auteur s'est abstenu jusqu'à maintenant à diffuser une copie de l'entente et même son contenu craignant de commettre une erreur de droit et s'exposer potentiellement à des poursuites.

Ce cas réel illustre comment cette complexité du droit engendre un résultat surréaliste lorsque des règles provenant de deux systèmes juridiques s'entremêlent et engendre un fardeau supplémentaire quant à l'interprétation de ces mêmes règles, plus particulièrement pour les individus qui sont profanes en droit.

L'impact du privilège aux règlements dans la médiation familiale et les échanges confidentiels

Dans L'Arrêt Bouvier, la CSC affirme que la médiation familiale est soumise aux privilèges aux règlements, incluant l'exception de l'arrêt Union Carbide où « *une communication cesse d'être privilégiée si elle conduit à un règlement et si sa divulgation est nécessaire pour prouver l'existence ou la portée du règlement* ». Ce faisant, malgré ce qui est édicté dans le Code de procédure civil sur la nature confidentielle du processus de médiation, notamment à l'article 4, les échanges durant le processus de médiation sont admissibles en preuve si sa divulgation est nécessaire afin de prouver devant un tribunal l'existence ou la portée de la transaction issue de la médiation. Le libellé de l'article 4 du C.p.c. à l'effet que « *les parties [...] s'engagent à préserver la confidentialité de ce qui est dit, écrit ou fait dans le cours du processus* » n'est pas suffisant aux yeux de la CSC afin d'écarter l'exception du privilège aux règlements, bien au contraire, la Cour affirme que l'article codifie le privilège aux règlements en garantissant la confidentialité des échanges, **incluant l'exception au privilège**. Afin que les échanges soient à la fois confidentiels **et** inadmissibles en preuve devant un tribunal, le contrat de médiation devra contenir une clause de confidentialité absolue où celle-ci stipule clairement et explicitement que les parties renoncent à l'exception prévue au privilège.

La CSC ajoute une autre exception à l'écart de l'exception au privilège, les parties ne pourront exclure dans la clause de confidentialité absolue les dispositions relevant de l'ordre public, par exemple la garde des enfants et la pension alimentaire pour enfants, qui doit être contrôlé par le tribunal. Enfin, la CSC ajoute également que l'admissibilité en preuve de l'entente et de ses communications sera permise afin de prouver une faute professionnelle du médiateur, en vertu de l'article 606 du C.p.c. :

*[85] En médiation familiale, même si les parties concluent une entente ayant force obligatoire après les séances et qu'il existe un accord de volontés, **leur entente n'aura pas force exécutoire sans que les tribunaux aient l'occasion de réviser son opportunité**, comme l'a souligné le juge de première instance (motifs de la C.S., par. 51-52; voir aussi G. Latulippe, La médiation judiciaire : un nouvel exercice de justice (2012), p. 79 et 81). Cette « **garantie procédurale** » **additionnelle s'explique par le fait que toute question intéressant l'ordre public est sujette au regard du juge lorsque les parties demandent au tribunal d'entériner leur règlement. Ainsi, le contenu de tout règlement qui porte, comme ici, sur la garde d'enfants (art. 522, 604, 606 et 612 C.c.Q.), ou sur la pension alimentaire pour enfants (art. 586, 587.1 et 587.3 C.c.Q.; voir aussi Belleau et Talbot-Lachance, p. 632), est sujet à un contrôle d'opportunité par le tribunal. Ce principe s'applique aux parties en union de fait (V.F. c. T.D., 2005 QCCA 907, par. 13 (CanLII)), mais aussi en contexte de mariage et d'union civile. Je note, par ailleurs, que même après avoir été entérinés, ces règlements peuvent être révisés par un tribunal si « les circonstances le justifient » (voir, p. ex., art. 594 et 612 C.c.Q.). Il est vrai***

que dans les faits, ce ne sont pas tous les couples qui décident de faire entériner leur entente par les cours, mais il demeure important de souligner que si elles le font, les tribunaux peuvent alors intervenir au nom de l'ordre public et, à ce titre, protéger les conjoints les plus vulnérables (Belleau, no 8-6).

[95] Le privilège relatif aux règlements est une règle de preuve qui protège la confidentialité des communications et renseignements échangés en vue de régler un différend (Union Carbide, par. 1 et 31; Globe and Mail c. Canada (Procureur général), 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592, par. 80; Lafond et Thériault, no 3-9). Il est reconnu comme étant fondamental en vue de la conclusion de l'entente entre les parties (Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp., 2013 CSC 37, [2013] 2 R.C.S. 623; Union Carbide, par. 1), car il favorise les discussions franches et ouvertes, ce qui facilite le règlement du différend, dans tous les types de médiation (Union Carbide, par. 31). Le privilège s'applique en droit général de la médiation sans que les parties n'aient besoin de l'invoquer, parce qu'il « présuppose que toutes les discussions à l'occasion de la médiation entre les parties sont protégées en tout temps » (Piché, nos 1284-1286; voir aussi Union Carbide, par. 34). Contrairement à une clause contractuelle de confidentialité, « le privilège relatif aux règlements s'applique à toute communication qui mène au règlement, même à celles faites après la fin de la séance de médiation » (Union Carbide, par. 51). Cette règle établie par la common law, désignée souvent sous le vocable d'« obligation de confidentialité » en droit québécois, est codifiée à l'art. 4 n.C.p.c. depuis la réforme du Code de procédure civile (D. Ferland et B. Emery, Précis de procédure civile du Québec (6e éd. 2020), vol. 1, no 1-41). Le nouveau Code de procédure civile précise également le principe de non-contrainabilité du médiateur et des participants à la médiation (art. 606).

[96] Le privilège relatif aux règlements n'est toutefois pas absolu. D'abord, les parties peuvent modifier son étendue contractuellement (Union Carbide, par. 39, 54 et 58), tant qu'elles ne privent pas le tribunal de son pouvoir de surveillance sur les questions d'ordre public. Ensuite, il existe certaines exceptions développées par la jurisprudence ou consacrées par la loi, qui permettent de lever la confidentialité, exceptionnellement, en cas de fraude ou de faute professionnelle du médiateur, par exemple (Sable Offshore, par. 19; Union Carbide, par. 34 et 49; art. 606 n.C.p.c.; Guide 2016, p. 12).

[...]

[108] La clause 8 du contrat conclu entre les parties (reproduite ci-haut) — calquée sur la cl. 9 du contrat-type du COAMF (Guide 2016, p. 31; Guide 2012, p. 27) — porte sur la confidentialité du processus de médiation. À la lecture de la clause, un premier constat s'impose : les parties n'ont pas voulu que leurs échanges soient couverts par une confidentialité absolue, sans exception. Effectivement, la clause prévoit explicitement la possibilité de divulguer certains documents, à condition que les deux parties y consentent. La proposition de l'Association relativement à l'existence d'une confidentialité absolue échoue déjà à ce stade. Il faut aussi porter une attention particulière au fait que la cl. 9 du contrat-type (l'équivalent de la clause de confidentialité en l'espèce), renvoie aux art. 4, 5 et 606 n.C.p.c. (Guide 2016, p. 31, note 6). Dans ses commentaires sur l'art. 4 n.C.p.c., la ministre de la Justice de l'époque a clarifié les circonstances dans lesquelles la confidentialité de la médiation doit être levée : « Il peut en être ainsi de l'entente si sa mise en oeuvre et son application exigent qu'elle soit divulguée » (voir aussi Le grand collectif, p. 24-25, citant Union Carbide et son application au contexte familial). Ainsi, en faisant référence à ces articles du nouveau Code de procédure civile dans son contrat-type reproduit dans le Guide, le COAMF suggère que l'exception relative aux règlements s'applique en médiation familiale.

Ce jugement ne semble pas appliquer une norme constante quant à analyser la volonté du législateur d'écarter les exceptions aux privilèges. D'une part, la CSC stipule que l'article 4 du C.c.p, n'écarter pas l'exception au privilège, c'est-à-dire rendre inadmissible en preuve les communications lors de la médiation, car la seule mention d'une clause de confidentialité n'est pas jugée suffisante. Selon la CSC, le contenu de l'article 606 constitue une exception au privilège afin de « *permettre de lever la confidentialité, [...] en cas de faute professionnelle du médiateur* ». Or l'article 606 se lit comme suit :

Le médiateur ou un participant à la médiation ne peut être contraint de dévoiler, dans une procédure arbitrale, administrative ou judiciaire liée ou non au différend, ce qui lui a été dit ou ce dont il a eu connaissance lors de la médiation. Il ne peut non plus être tenu de produire un document préparé ou obtenu au cours de ce processus, sauf si la loi en exige la divulgation, si la vie, la sécurité ou l'intégrité d'une personne est en jeu, ou encore pour permettre au médiateur de se défendre contre une accusation de faute professionnelle. Enfin, aucune information ou déclaration donnée ou faite dans le cours du processus ne peut être utilisée en preuve dans une telle procédure.

[Mes Soulignements]

Comment la CSC peut-elle voir à l'article 606 une exception au privilège sans constater du même coup l'exclusion de cette exception dès la phrase suivante soit qu'« *aucune information ou déclaration donnée ou faite dans le cours du processus ne peut être utilisée en preuve dans une telle procédure [arbitrale, administrative ou judiciaire]* »?

Rappelons-nous des critères de l'arrêt Thompson et Lizotte, soit que « *Le législateur est présumé ne pas utiliser de mots superflus ou dénués de sens, ne pas se répéter inutilement ni s'exprimer en vain* » et que « *le législateur ne doit pas forcément utiliser l'expression littérale d'un privilège générique pour le mettre à l'écart [...], [il] pourrait employer une autre expression qui puisse s'interpréter comme référant sans ambiguïté à ce privilège générique* ».

Comment la CSC peut-elle affirmer que les parties peuvent rendre inadmissibles en preuve toutes les communications qui ont lieu lors de la médiation en inscrivant dans leur contrat une clause de confidentialité absolue qui écarte clairement et explicitement l'exception du privilège alors que c'est exactement ce qu'exige impérativement le législateur dans son Code de procédure ?

L'impact du privilège aux règlements dans le régime de la copropriété divise au Québec

Les arrêts de la CSC peuvent avoir un impact réel et significatif dans le recouvrement des charges communes dans le régime québécois de la copropriété divise.

Lorsqu'un nouveau projet de copropriété divise voit le jour, un syndicat est créé afin de veiller à la conservation des immeubles et l'entretien des parties communes où le promoteur du projet peut également agir comme administrateur provisoire.

Me Yves Papineau, auteur du livre *Manuel de gestion d'un syndicat de copropriété divise au Québec*²¹, explique les enjeux liés au recouvrement des charges communes entre le syndicat et un promoteur suite à la transition du conseil d'administration avec les copropriétaires :

« Chacun des copropriétaires contribue, en proportion de la valeur relative de sa fraction, aux charges résultant de la copropriété et de l'exploitation de l'immeuble, ainsi qu'au fonds de prévoyance » (art. 1064 C.c.Q.). Le « promoteur » (art. 1093 C.c.Q.) est propriétaire d'un certain nombre de fractions détenues depuis la date de « publication de la déclaration de copropriété » (art. 1038 C.c.Q.) au bureau de la publicité des droits jusqu'au moment de leur vente à un autre copropriétaire. Il est tenu de payer sa part des frais communs et des contributions au fonds de prévoyance durant cette période.

Dès la publication de la déclaration de copropriété, la comptabilité du syndicat doit démarrer ses activités avec ses propres comptes de banque.

Comme mesure d'incitation à l'égard d'acheteurs probables, certains promoteurs accordent des congés de « contributions » pour quelques mois. Il est clair que ces montants ainsi accordés « en prime » sont aux frais du promoteur qui doit verser lui-même ces contributions au compte de banque du syndicat.²²

[...]

À compter de « la publication de la déclaration de copropriété » (art. 1038 C.c.Q.), le promoteur choisit et nomme les personnes qui composeront le premier « conseil d'administration ». Habituellement, le promoteur est lui-même membre du conseil. Il peut s'entourer de quelques adjoints. Selon le

²¹ PAPINEAU, Yves - TRUDEL, Marie, - *Manuel de gestion d'un syndicat de copropriété divise au Québec*. 3e édition. Les Éditions Wilson & Lafleur Ltée, Montréal, 2020

²² *Idem*, page 82

nombre de fractions dans la copropriété, il arrive parfois que le conseil soit composé d'une seule personne, le promoteur lui-même. Il est fréquent que les membres, ou le seul membre, d'un tel conseil d'administration ne soient pas très enthousiastes à l'idée d'être remplacés par une nouvelle équipe choisie par les copropriétaires s'il n'a pas vendu toutes les fractions.²³

[...]

Suite au retrait du « promoteur » (art. 1093, 1104 C.c.Q.) du projet, il arrive régulièrement qu'un syndicat doive faire face à des copropriétaires qui invoquent certains avantages accordés par le promoteur au moment de l'achat [...]²⁴

Un groupe de copropriétaires « représentant 40 p. cent des voix de tous les copropriétaires » peut demander que « les états financiers » soient « vérifiés » (art. 1105 C.c.Q.). « Cette demande peut être faite en tout temps, même avant l'assemblée » (art. 1105 C.c.Q.). Le travail de préparation d'états financiers vérifiés doit obligatoirement être réalisé, aux frais du syndicat, par un comptable professionnel, qui aura « accès, à tout moment, aux livres, comptes et pièces justificatives qui concernent la copropriété ». Il pourra aussi « exiger du promoteur ou d'un administrateur les informations et explications qu'il estime nécessaires à l'accomplissement de ses fonctions » (art. 1106 C.c.Q.).

Seuls les comptables professionnels agréés (CPA) sont habilités à le faire.

L'article [Art. 1106 C.c.Q.] oblige et autorise le promoteur à collaborer avec le comptable et à fournir toutes les informations nécessaires.²⁵

[...]

Le budget prévisionnel doit inclure une contribution au fonds de prévoyance et le calcul du montant est précisé. Lorsque le fonds d'autoassurance (art. 1071.1 C.c.Q.) sera entré en vigueur, il devra en tenir compte. Si le budget du promoteur est irréaliste et qu'il est inférieur de 10 % aux dépenses réelles, le promoteur sera tenu de rembourser cette somme au syndicat, à moins que le nouveau conseil en soit responsable.²⁶

²³ *Idem*, page 298

²⁴ *Idem*, page 299

²⁵ *Idem*, page 300, 301

²⁶ *Idem*, page 320

Vu que le promoteur est responsable de collecter les charges communes lorsqu'il est en contrôle du conseil d'administration, dont ses propres charges, il n'est pas rare que des irrégularités soit découvert lors de la remise du registre de copropriété et des livres comptables suite à l'assemblée de transition. Conscient de cela, le législateur accorde le droit à l'assemblée des copropriétaires de vérifier les états financiers du syndicat lors de la transition avec le promoteur.

Le syndicat a l'obligation de déclarer l'état des dettes et créances et de les conserver au registre de copropriété. En d'autres mots, lors de l'assemblée annuelle, le syndicat a le droit et le devoir d'informer les copropriétaires de l'identité des débiteurs et de la ventilation des montants qui lui sont dus, incluant le promoteur ou les copropriétaires n'ayant pas acquitté ses charges communes.

Concernant les pénalités pouvant être chargées à des copropriétaires, Me Yves Papipeau souligne « qu'il est important que ce montant soit comptabilisé parmi « les créances » du syndicat et qu'il fasse partie de « l'état des... créances » qui doit accompagner « l'avis de convocation à l'assemblée annuelle des copropriétaires » (art. 347, 1087 C.c.Q.). La publication annuelle de ce document devrait créer une certaine pression sur les copropriétaires en défaut »²⁷. Il en va de même pour les charges communes impayées.

Dans le cas où le syndicat doit récupérer les charges impayées, le privilège aux règlements complexifie le mécanisme d'entente à l'amiable.

Comme mentionné précédemment, dans le code de procédure civile, des dispositions particulières de la loi peuvent avoir préséance sur le caractère confidentiel d'une entente résultant d'une médiation. Ce n'est pas le cas du privilège aux règlements, qui lui a préséance sur des dispositions particulières de la loi, à moins que ladite loi n'écarte le privilège, incluant ses exceptions, de manière claire et explicite.

Si le conseil d'administration veut régler la récupération des sommes qui lui sont dues, le privilège aux règlements le place en situation de faiblesse lors de la négociation. Le privilège aux règlements change la donne en offrant par défaut aux débiteurs une garantie d'inadmissibilité en preuve sur l'entente qui résulterait de la négociation. Cette inadmissibilité en preuve offre *de facto* une certaine protection de confidentialité pour les débiteurs. Or la confidentialité peut avoir une valeur significative dans une négociation.

Voyant une incertitude sur le plan juridique quant à la portée du privilège aux règlements sur ses obligations de transparence financière envers les copropriétaires, le conseil d'administration pourrait être tenté d'échanger une renonciation explicite du privilège aux règlements et à la confidentialité de l'entente contre une somme moindre qui lui ait dû dans le but de garantir la divulgation de son contenu aux copropriétaires lors de la présentation de l'état des dettes et créances en assemblée.

Bien que la CSC affirme que le privilège aux règlements n'empêche pas la divulgation d'une transaction, il soulève d'importantes questions juridiques quant aux droits des copropriétaires d'obtenir une copie de la transaction, car le privilège est opposable aux tiers.

²⁷ *Idem*, page 49

Il ne faut pas oublier que les administrateurs sont élus à l'assemblée des copropriétaires. Même si le fondement juridique des ententes négociées par les administrateurs est solide comme le roc, le contenu de ces ententes pourrait influencer le vote des copropriétaires envers les administrateurs ayant négocié lesdites ententes. Malgré plusieurs dispositions impératives prévues au Code civil quant à la transparence financière du syndicat, les copropriétaires pourraient être privés d'informations essentielles prévues par la loi à cause d'une question de privilège de common law.

Dans le cadre du régime de la copropriété divise, l'absence du privilège en common law ne veut pas dire nécessairement que les copropriétaires auraient le droit d'obtenir une copie d'une entente contractée par le conseil d'administration afin de recouvrir des charges impayées. Cependant, si un syndicat refuse de remettre une copie de l'entente à un copropriétaire qui en fait la demande et que ce dernier entame une procédure judiciaire afin de l'obtenir, le privilège court-circuite tout débat juridique en fonction du droit civil québécois.

Conclusion concernant les impacts des privilèges de common law sur le droit civil québécois

Pour remédier aux effets pervers causés par les privilèges génériques de common law, l'auteur de ce mémoire suggère au Comité des recommandations. L'une de ces recommandations est l'adoption d'un projet de loi omnibus qui écarte rétroactivement, de manière claire et explicite, les privilèges aux règlements des litiges ainsi qu'à la préparation des litiges à toutes les lois du Québec afin que seules les lois adoptées par l'Assemblée nationale s'appliquent au Québec. Je prends le soin d'expliquer pourquoi j'en arrive à cette recommandation, afin que le Québec retrouve sa pleine souveraineté en matière de droit civil.

Depuis l'arrêt *Union Carbide*, l'Assemblée nationale a procédé à l'adoption du projet 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile. Ce projet de loi a introduit ou a précisé plusieurs dispositions d'encadrement à la médiation et à l'arbitrage. Bien que l'on puisse débattre de l'utilité des arrêts de la CSC lorsqu'il y avait une absence de codification par rapport à la médiation extrajudiciaire, ce n'est plus le cas aujourd'hui au Québec.

On utilise souvent l'expression dialogue entre le législateur et les tribunaux pour illustrer l'évolution du droit. Force est de constater qu'il est devenu un dialogue de sourds. La CSC s'obstine à maintenir des privilèges de common law en droit civil québécois malgré des conséquences désastreuses que cela pourrait avoir sur la confiance du public envers la justice.

En adoptant son code de procédure, avec la coutume de rédiger ses lois dans un langage simple où une personne raisonnable puisse comprendre le sens du texte, le législateur avait une volonté claire que le processus de médiation soit absolument confidentiel et inadmissible en preuve.

Dans l'arrêt *Bouvier*, lorsque l'association de médiation familiale du Québec a voulu convaincre la Cour que « *sans cette confidentialité, la médiation comporterait des risques pour les conjoints vulnérables* », la Cour a répondu sèchement que la protection des personnes vulnérables n'est pas assurée par une confidentialité absolue, mais par la garantie procédurale. Autrement dit, pour la CSC, au nom de mieux protéger les conjoints vulnérables, des règles de preuve du droit britannique, qui ne sont inscrites nulle part dans le droit civil au Québec, doit l'emporter sur un texte de loi adoptée par des élus de l'Assemblée nationale.

Imaginer un conjoint vulnérable, après qu'il s'est fait rassurer par un professionnel du droit, que tout ce qui se dit en médiation est confidentiel et inadmissible en preuve, apprend que finalement ce n'est pas le cas. Comment peut-on expliquer à un citoyen ordinaire qu'« *aucune information faite dans le cours d'une médiation ne peut être utilisée en preuve dans une procédure judiciaire* » peut finalement l'être à cause qu'il n'a pas inclus dans son contrat « *une clause de confidentialité absolue* », dicit la CSC ?

Si la CSC est véritablement l'un des piliers de notre système de droit, j'explique mal comment celle-ci persiste à maintenir ses précédents malgré des effets néfastes pour la stabilité et la cohérence du système de droit québécois. Il est à se demander si la CSC, fortement influencé par la tradition britannique, n'est pas motivé à assujettir le droit civil québécois à la common law, une source de tension politique et juridique depuis la Conquête, au point qu'il en devienne un résidu folklorique insignifiant.

Pour reprendre les propos du juge Michel Bastarache dans son jugement dissident de l'Arrêt Blank, « *Il est difficile de comprendre pourquoi, d'un point de vue juridique, le gouvernement pourrait se soustraire à son obligation légale de communiquer des renseignements en s'appuyant sur [un privilège générique de] common law* »²⁸. Près de 20 ans plus tard, force est de constater que les aberrations appréhendées du juge Bastarache se sont matérialisées.

Le Code civil du Québec, la Charte des droits et libertés de la personne (Charte québécoise), le Code de procédure civile ainsi que Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels (loi sur l'accès) sont amplement suffisant quant à garantir une confidentialité adéquate d'un système extrajudiciaire favorisant les ententes à l'amiable. Les privilèges génériques de common law complexifient inutilement le droit civil québécois au point où l'on peut s'interroger si ceux-ci remplissent véritablement les objectifs visés par la CSC.

Pour toutes ces raisons, ils doivent en être écartés dans toutes les lois adoptées par l'Assemblée nationale.

²⁸ *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, para 68

Recommandations

- Vu les six décisions unanimes de la commission d'accès à l'information quant à sa volonté d'écarter certains privilèges de common law, que l'Assemblée nationale adopte dans les plus brefs délais un projet de loi qui écarte rétroactivement, de manière claire et explicite, les privilèges aux règlements des litiges ainsi qu'à la préparation des litiges dans la loi sur l'accès.
- Que le Comité se penche sur l'adoption d'un projet de loi omnibus qui écarte rétroactivement, de manière claire et explicite, les privilèges aux règlements des litiges ainsi qu'à la préparation des litiges à toutes les lois du Québec afin que seules les lois adoptées par l'Assemblée nationale s'appliquent au Québec. Ce projet de loi pourrait inclure des modifications à la Charte québécoise ainsi que le recours à une disposition de souveraineté parlementaire envers la Charte canadienne afin de protéger la loi.
- Que le Comité se penche sur la pertinence d'un projet de loi afin que le secret professionnel garanti par la Charte québécoise ait préséance sur l'interprétation que font les tribunaux sur le privilège de common law avocat client²⁹ relativement à la Charte canadienne, incluant le recours à une disposition de souveraineté parlementaire envers la Charte canadienne afin de protéger la loi.
- Que l'Assemblée nationale examine le libellé de l'article 4 du Code de procédure civile afin de déterminer si l'entente résultant d'un mode privé de résolution des litiges est incluse dans la confidentialité du processus ou si cette confidentialité doit être mentionnée explicitement dans l'entente afin qu'elle puisse l'être, sous réserve des dispositions particulières de la loi. Compte tenu du caractère distinct de la Nation québécoise et de son Code civil qui favorise le droit positif au détriment du droit naturel, il faut se questionner si l'absence de clause de confidentialité dans une entente exprime la volonté réelle des parties qu'il n'y en ait véritablement aucune. Comme le dit l'adage, *Si ça n'est pas écrit, ça n'a jamais existé*.
- Afin de combler l'écart du privilège aux règlements au Québec, que le Comité se penche sur la pertinence de faire la distinction entre la confidentialité et l'inadmissibilité en preuve d'une entente résultantes d'un mode privé de résolution des litiges. Cette distinction a pour but de permettre la divulgation des renseignements contenus dans l'entente sans que celle-ci puisse être utilisée comme preuve dans un litige connexe, où le Québec a la compétence exclusive, sous réserve des dispositions particulières de la loi.

²⁹En anglais, *Solicitor client privilege*

- Compte tenu de l'interprétation très large de l'article 8 de la Charte canadienne par les tribunaux lorsque le secret professionnel est impliqué dans l'admissibilité de la preuve, que le Comité examine les moyens dont dispose le gouvernement du Québec et l'Assemblée nationale afin de remédier à l'utilisation abusive du secret professionnel afin de commettre des crimes, incluant l'évasion fiscale et le blanchiment d'argent, de faciliter le complot afin de commettre des crimes ³⁰ainsi que l'évitement fiscal. Ces moyens pourraient inclure des modifications à la Charte québécoise, des modifications aux lois régissant les ordres professionnels ainsi que le recours à une disposition de souveraineté parlementaire envers la Charte canadienne afin de protéger ces modifications.
- Que le Comité effectue un inventaire de tous les privilèges ordinaires et génériques de common law au Québec. Par la suite, examiner la possibilité de les écarter rétroactivement, de manière claire et explicite, dans un projet de loi omnibus afin que seules les lois adoptées par l'Assemblée nationale s'appliquent au Québec. Ce projet de loi pourrait inclure des modifications à la Charte québécoise, au Code civil, au Code de procédure ainsi que le recours à une disposition de souveraineté parlementaire envers la Charte canadienne afin de protéger la loi.

³⁰ Voir *Rizzuto c. R.*, 2018 QCCS 582, *R. c. Rizzuto*, 2019 QCCQ 971, *R. c. Rizzuto*, 2021 QCCA 1789.

Pour un résumé de cette affaire juridique, voir le reportage de la Marie-Claude Denis :

DENIS, Marie-Claude, RADIO-CANADA, *Ces avocats qui dépassent la ligne*, reportage diffusé le 22 octobre 2020, lien url : <https://youtu.be/K8Eef1th55s?si=pJcWCHTX2BpaG5KW>

Table de jurisprudence et législative

Cour suprême du Canada

Association de médiation familiale du Québec c. Bouvier, 2021 CSC 54

Blank c. Canada (Ministre de la Justice), [2006] 2 R.C.S. 319, 2006 CSC 39

Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health, [2008] 2 R.C.S. 574, 2008 CSC 44

Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec, 2016 CSC 20

Canada (Revenu national) c. Thompson, 2016 CSC 21, [2016] 1 R.C.S. 381

Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada, 2016 CSC 52, [2016] 2 R.C.S. 521

Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp., 2013 CSC 37, [2013] 2 R.C.S. 623

Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier Inc., 2014 CSC 35, [2014] 1 R.C.S. 800

Cour d'appel du Québec

Bombardier inc. c. Union Carbide Canada inc., 2012 QCCA 1300

Cour du Québec

Agence du revenu du Québec c. Marcotte, 2019 QCCQ 7877

Chambre de la sécurité financière c. Drapeau, 2021 QCCQ 1838

Desmarais c. Autorité des marchés financiers, 2019 QCCQ 7874

Nintendo du Canada ltée c. Tilmant-Rousseau, 2022 QCCQ 5610

Procureur général du Québec c. Belzile, 2021 QCCQ 5291

Procureur général du Québec c. Green, 2021 QCCQ 4467

Commission d'accès à l'information du Québec

Belzile c. Ministère de la Sécurité publique (Sûreté du Québec), 2020 QCCA 115

Marcotte c. Revenu Québec, 2018 QCCA 43

Desmarais c. Autorité des marchés financiers, 2018 QCCA 196

Drapeau c. Chambre de la sécurité financière, 2019 QCCA 175

Green c. Ministère du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques, 2019 QCCA 166

Tilmant-Rousseau c. Office québécois de la langue française, 2019 QCCA 288

Loi

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada. R.U. (1982). c. 11.

Code civil du Québec, RLRQ, c. CCQ-1991

Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12

Loi instituant le nouveau Code, de procédure civile, Projet de loi n° 28, 1^{re} sess., 40^e légis. (Qc)

Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, RLRQ, c. A-2.1