

**LA PROCLAMATION DE L'EXISTENCE EN
DROIT QUÉBÉCOIS DE LA RÈGLE DE COMMON LAW
DE L'ENGAGEMENT IMPLICITE DE
CONFIDENTIALITÉ : LAC D'AMIANTE, UNE DÉCISION
JUDICIAIRE ERRONÉE.**

Léo Ducharme*

Ottawa

Sur la base de l'apparente similitude entre le régime des interrogatoires préalables en droit québécois et le discovery process de common law, la Cour d'appel du Québec, par une décision majoritaire, dans l'affaire *Lac d'amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, [1999] R.J.Q. 970 (C.A.), a proclamé l'existence, en droit québécois, de la règle de common law de l'engagement implicite de confidentialité; par voie de conséquence, elle a déclaré, et ce, contrairement à la tradition juridique, que ces interrogatoires ne devaient pas avoir un caractère public. Il s'agit là d'une décision erronée. En effet, si le droit québécois, pour ce qui est des règles de l'interrogatoire préalable, s'est inspiré de la procédure de l'examen on discovery, il n'a jamais adopté, en ce qui concerne la divulgation des documents, la règle du discovery process qui, en common law, est à l'origine de l'engagement implicite de confidentialité, soit l'obligation imposée à toute partie à une instance de divulguer tous les documents en sa possession se rapportant au litige. Aussi, alors qu'en common law, la règle ne vise que les documents, en droit québécois, elle est devenue une règle qui régit tant les documents que les informations divulguées au cours d'un interrogatoire préalable. À cause de la spécificité du droit québécois, la règle dans son application aux documents va produire, dans ce système, des effets bien différents qu'en common law. La règle ne pourra pas s'appliquer telle quelle aux informations sans conduire à des résultats absurdes.

La Cour d'appel dans l'affaire *Lac d'amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*¹, par une décision majoritaire², a proclamé l'existence, en droit québécois, de la règle de *common law* de l'engagement implicite de

* Léo Ducharme, avocat et professeur émérite, Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, Ottawa, Ontario.

¹ *Lac d'amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, [1999] R.J.Q. 970 (C.A.) [ci-après : *Lac d'amiante*], en appel devant la C.S.C. au moment de terminer ce texte.

² Mme la juge Mailhot et M. le juge Fish pour la majorité et M. le juge Biron, dissident.

confidentialité, une règle qui n'est exprimée dans aucune loi et qui, jusqu'alors, était totalement inconnue.

Tel qu'il appert de la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Goodman c. Rossi*³, il semble bien que, dans les provinces de *common law*, l'existence de cette règle a été pendant longtemps ignorée. C'est l'onde de choc provoquée par la décision de la Chambre des Lords dans l'affaire *Harman c. Secretary of State for the Home Department*⁴, qui a amené les tribunaux de ces provinces à s'interroger son sujet et qui les a conduits, après certaines hésitations, à conclure à son existence. Si l'on prend le cas de l'Ontario, c'est l'arrêt de la Cour d'appel, dans l'affaire *Goodman c. Rossi*, qui a affirmé que cette règle fait partie du droit de cette province.

L'onde de choc vient maintenant de se propager au Québec. Les juges de la majorité, Mme la juge Mailhot et M. le juge Fish, dans l'affaire *Lac d'amiante* précitée⁵ au motif que les règles concernant les interrogatoires préalables, en droit québécois, tiraient leur origine de la *common law* et présentaient une similitude avec le *discovery process* des juridictions de *common law*, ont déclaré, dans un premier temps, que cette règle faisait également partie du droit procédural québécois et ils ont, dans un deuxième temps, proposé une formulation de cette règle qui la rend susceptible de s'appliquer non seulement aux documents, mais également à toute information divulguée au cours d'un interrogatoire préalable.

Or, force est de constater que les juges de la majorité se sont fondés sur une fausse similitude entre le régime des interrogatoires préalables en droit québécois et le *discovery process* de *common law* pour conclure à l'existence en droit québécois de la règle de l'engagement implicite de confidentialité de *common law*. Par ailleurs, la formulation qu'ils ont donnée de cette règle, de façon à ce qu'elle puisse s'appliquer tant aux documents qu'aux informations, appelle deux remarques. Dans son application aux documents divulgués sous la contrainte dans la phase initiale du procès, la règle, à cause de la spécificité du droit québécois, va produire des effets bien différents dans ce droit qu'en *common law*. Mais ce qui est plus grave, en formulant la règle de façon à ce qu'elle puisse s'appliquer aussi aux informations divulguées sous la contrainte lors d'un interrogatoire préalable, ils ont énoncé une règle qui conduit à des résultats absurdes. Mais avant d'entreprendre la critique de l'arrêt en question, il convient de voir quelle en a été la motivation.

I. De la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Lac d'amiante*

La décision dans l'affaire *Lac d'amiante* a été rendue dans le cadre d'un recours entre producteurs d'amiante fondé sur diverses ententes quant au partage des frais judiciaires occasionnés par des poursuites en responsabilité découlant de dommages causés par l'utilisation de l'amiante. Après production de leur

³ *Goodman c. Rossi* (1995), 24 O.R. 359.

⁴ [1983] 1 A.C. 280.

⁵ *Supra* note 1.

défense, l'intimée a assigné pour interrogatoire un haut dirigeant de l'appelante et lui a demandé de produire la preuve des montants réclamés à titre de dépenses remboursables, à savoir les factures d'honoraires des avocats qui l'ont défendue dans les poursuites en question et dans celle contre les assureurs qui ont refusé de prendre fait et cause pour elle, les règlements conclus auxquels ces poursuites ont donné lieu et des renseignements sur les frais engagés par les employés de l'appelante relativement à ces poursuites.

L'appelante a préparé les documents en question, mais a exigé que les avocats de l'intimée s'engagent à en préserver le secret, ce qu'ils ont catégoriquement refusé. C'est alors qu'elle a présenté une requête intitulée «Motion to suspend proceedings or order confidential certain documents and information and to declare that documents and information cannot be used for any other purposes than the present action». À cette requête était annexée un long inventaire des 14 boîtes de documents faisant l'objet de la divulgation. En première instance, le tribunal a rejeté cette requête sur la base du caractère public des audiences des tribunaux affirmé à l'article 13 du *Code de procédure civile*.

En appel, les juges de la majorité ont accueilli le pourvoi pour les motifs suivants : premièrement, que le principe de la publicité codifié à l'article 13 C.p.c. ne s'applique qu'aux audiences du tribunal et non aux interrogatoires préalables; et, deuxièmement, qu'il faut reconnaître, en droit québécois, l'existence de la règle de *common law* de l'engagement implicite de confidentialité vu la similitude qui existe entre le régime des interrogatoires préalables et le *discovery process* de *common law*.

M. Le juge Fish tire argument du fait que, depuis 1983, une déposition recueillie au cours d'un interrogatoire préalable ne fait plus partie de droit du dossier de la cour sauf si celui qui l'a recueillie décide de l'y verser, pour affirmer que les interrogatoires préalables ne peuvent plus maintenant être considérés comme des audiences du tribunal au sens de l'article 13 C.p.c., si tant est qu'il pût jamais en être ainsi. De plus, du fait de cette réforme, cette procédure serait devenue, en droit québécois, ce que le *discovery process* a été depuis un certain temps, ailleurs au Canada, soit une procédure de caractère exploratoire, «an essentially investigative or exploratory device»⁶. La similitude de finalité entre l'interrogatoire préalable et le *discovery process* justifierait qu'on puisse, au Québec, s'inspirer des décisions des tribunaux de *common law* pour conclure à l'existence, en droit québécois, de la règle de l'engagement implicite de confidentialité en ce qui concerne les informations obtenues au cours d'un interrogatoire préalable. Le fait que les tribunaux québécois aient comme mission de préserver la substance et l'esprit du droit civil dans la province n'impliquerait pas que, lorsqu'une question nouvelle se soulève, ils doivent rejeter de façon péremptoire les solutions que les juridictions de *common law* lui ont apportées. De plus, l'origine anglaise de la procédure de l'interrogatoire

⁶ *Ibid.* à la p. 991.

préalable justifierait qu'on puisse s'inspirer des précédents du droit anglais à ce sujet⁷.

Pour Mme la juge Mailhot, également, les interrogatoires préalables doivent échapper à la règle de l'article 13 C.p.c. vu qu'il ne s'agit pas d'une audience du tribunal⁸. Elle considère également que la question de savoir si la règle de l'engagement implicite de confidentialité existe en droit québécois relève de l'interprétation judiciaire, d'où la légitimité de s'inspirer des décisions rendues par les tribunaux de *common law*, étant donné que c'est dans ce système que se trouve la source des articles de notre *Code de procédure civile* sur l'interrogatoire préalable⁹.

Pour ce qui de la règle comme telle, Mme la juge Mailhot a commencé par en donner une formulation qui en restreignait la portée aux seuls documents communiqués sous la contrainte. Elle écrit à ce sujet:

En vertu de cette règle, tous les documents qu'une partie est contrainte de divulguer à l'autre avant l'enquête au fond sont automatiquement confidentiels, du moins jusqu'au procès. Une partie n'a pas à en faire la demande au tribunal. Cette règle ne vise que des documents qui seraient normalement demeurés confidentiels si la partie n'avait pas été contrainte de les produire au préalable.¹⁰

Mais par la suite, elle s'est ralliée¹¹ à l'opinion de M. le juge Fish qui a donné de la règle une formulation suffisamment large pour qu'elle puisse s'appliquer non seulement aux documents, mais aussi à toute information divulguée au cours d'un interrogatoire préalable. Voici comment M. le juge Fish s'est exprimé à ce sujet:

For the reasons mentioned, I would hold that all parties and their counsel are deemed to undertake not to use evidence or information obtained in virtue of articles 397 and 398 C.C.P. otherwise than for the purposes of the proceedings in relation to which the examinations were conducted.

I would hold as well, informed by Ontario's current scheme¹², that this implied undertaking of confidentiality does not prohibit any use to which the person who disclosed the evidence consents, or the use, for any purpose, of evidence made part of the record.

With leave of the court, I would permit the use of material obtained on discovery for any purpose, if it is shown on application to be otherwise accessible to the public; and I would allow information acquired on discovery in one case to be used, again with leave of the court, in other proceedings raising substantially the same issues between the same parties.

Finally, where a court, upon application, is satisfied that the interests of justice outweigh any prejudice that would result to a party who disclosed the evidence or

⁷ *Ibid* aux pp. 993 et 994.

⁸ *Ibid.* à la p. 979.

⁹ *Ibid.* à la p. 978.

¹⁰ *Ibid.* à la p. 976.

¹¹ *Ibid.* à la p. 985.

¹² See the Ontario Courts of Justice Act (R.S.O. 1990, c. C. 43), as amended and rule 30.1.01, adopted thereunder.

provided the information, the court may in my view order, subject to any conditions it deems appropriate, that the implied undertaking of confidentiality shall not apply to all or part of the evidence obtained on discovery.¹³

M. le juge Biron, dans une opinion dissidente, s'est prononcé contre l'existence en droit québécois de la règle de l'engagement implicite de confidentialité, pour les motifs suivants. Comme en droit québécois, la procédure, à la différence des provinces de *common law*, est régie par un code, les seuls pouvoirs que possèdent les tribunaux sont ceux que ce code leur attribue et ces pouvoirs ne comprennent pas celui de créer, par leurs jugements, des règles dont l'inobservance pourrait rendre coupable d'outrage au tribunal¹⁴.

La règle de l'engagement implicite de confidentialité est contraire à une tradition juridique bien établie selon laquelle le principe de la publicité des audiences affirmé à l'article 13 C.p.c. s'applique aux interrogatoires préalables. C'est au législateur qu'il appartient de légiférer si la règle doit faire partie de notre droit¹⁵. De plus, selon lui, la règle souffre d'imprécision et est de nature à créer des problèmes importants aux plaideurs, notamment en ce qui concerne sa violation, qui les rendraient passibles de sanction pour outrage au tribunal¹⁶.

Il est regrettable que l'opinion de M. le juge Biron n'ait pas prévalu. En effet, (II) la proclamation de l'existence de la règle de l'engagement implicite de confidentialité repose sur une fausse apparence de similitude entre les interrogatoires préalables et le *discovery process*; (III) cette règle, dans son application aux documents, va entraîner, en droit québécois, des effets bien différents de ceux qui en résulte en *common law*; et (IV) dans l'extension qu'on lui a donnée pour qu'elle puisse s'appliquer aux informations divulguées au cours d'un interrogatoire préalable, elle est susceptible de conduire à des résultats absurdes.

II. La proclamation de l'existence, en droit québécois, de la règle de l'engagement implicite de confidentialité repose sur une fausse apparence de similitude entre les interrogatoires préalables et le *discovery process*

Le *discovery process* de *common law* comporte deux volets: l'un relatif aux documents et l'autre, aux informations. Si, pour ce qui est de la divulgation des informations, le droit québécois s'est inspiré de la *common law*, il ne l'a pas fait en ce qui concerne la divulgation des documents. Aussi, s'il existe, une certaine similitude entre le régime québécois des interrogatoires préalables et l'*examination on discovery* de la *common law*, le régime québécois de la divulgation préalable des documents n'a aucune affinité avec le régime du *discovery process* de *common law*. Or, en *common law*, ce n'est pas le caractère exploratoire de l'*examination on discovery*, mais le caractère envahissant du

¹³ *Lac d'amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, *supra* note 1 à la p. 996.

¹⁴ *Ibid.* à la p. 986.

¹⁵ *Ibid.* aux pp. 987-990.

¹⁶ *Ibid.* à la p. 990.

régime de la divulgation des documents qui a donné naissance à la règle de l'engagement implicite de confidentialité. C'est donc à tort que les juges de la majorité se sont fondés sur le caractère exploratoire des interrogatoires préalables pour proclamer l'existence en droit québécois de la règle de l'engagement implicite de confidentialité.

A. *En common law, la règle de l'engagement implicite de confidentialité repose sur le caractère envahissant du discovery process relatif aux documents*

En *common law*, le régime du *discovery process* relatif aux documents implique l'obligation pour toute partie, dans la phase préalable à l'audience, de produire une liste assermentée de tous les documents en sa possession se rapportant à un fait quelconque en litige (*any matter in issue*) et le droit pour toute autre partie d'obtenir communication de ces documents, à l'exception de ceux qui ont été déclarés, par une décision judiciaire, comme ne pouvant pas faire l'objet de divulgation du fait de leur caractère privilégié. Tout manquement à cette obligation de dénonciation expose le contrevant à des sanctions, y compris à une condamnation pour outrage au tribunal. Tel que l'a affirmé Lord Roskill, dans l'affaire *Harman c. Secretary of State for the Home Department*¹⁷, l'engagement implicite de confidentialité prend naissance dès le dépôt de la liste des documents:

My Lords, I therefore start consideration of the problem by restating the nature of the undertaking at the time when it first comes into existence. That must, I think, be when the documents are first disclosed in an affidavit or list of documents. It is then that their existence and broad description will become known to the other side, often for the first time. Their contents, however, will not usually become known to the other side until production takes place. It should be remembered that the obligation to produce that which has already been disclosed is subject to a number of well-established exceptions.¹⁸

C'est donc la révélation de l'existence même d'un document, et non sa divulgation, qui fait naître l'obligation de confidentialité. Malgré l'intitulé de la règle, qui pourrait laisser croire qu'il s'agit d'une obligation à l'égard de la partie de qui émane la déclaration, c'est d'un engagement envers le tribunal qu'il s'agit. C'est l'équivalent d'une obligation résultant d'une ordonnance du tribunal et donc d'une ordonnance implicite de confidentialité. Si la règle ne s'appelle pas ainsi, c'est précisément parce que l'engagement prend naissance par l'effet même de l'obligation légale de dénonciation des documents et en l'absence de toute ordonnance du tribunal, comme l'affirme Lord Scarman dans l'affaire *Harman c. Secretary of State for the Home Department*¹⁹:

The duty is one of confidence imposed upon those to whom the documents are disclosed. Breach of the duty is a contempt of court. This is so because it is imposed by an undertaking impliedly given to the court. The position, however, would be the

¹⁷ *Harman c. Secretary of State for the Home Department*, *supra* note 4.

¹⁸ *Ibid.* à la p. 321.

¹⁹ *Supra* note 4.

same if, instead of an undertaking, the court made an order. No doubt, the value of the undertaking is that it comes into existence, as soon as discovery is made, by implication of law and without the necessity of a court order. It may also be more flexible than an order.²⁰

D'où l'on voit qu'à la contrainte légale imposée, d'une part, à une partie d'avoir à divulguer tous les documents en sa possession correspond, d'autre part, l'obligation de la partie à qui cette divulgation est faite, de ne pas faire usage de ces documents à des fins autres que le litige donnant lieu à cette divulgation. L'engagement implicite de confidentialité se veut une limite apportée à l'atteinte à la vie privée que constitue l'obligation de dénonciation des documents, tel que l'affirme Lord Denning, dans la cause *Riddick c. Thames Board Mills Ltd.*²¹, dans le passage suivant que Lord Roskill cite avec approbation, dans l'affaire *Harman c. Secretary of State for the Home Department*²²:

The memorandum was obtained by compulsion. Compulsion is an invasion of a private right to keep one's documents to oneself. The public interest in privacy and confidence demands that this compulsion should not be pressed further than the course of justice requires. The courts should, therefore, not allow the other party - or anyone else - to use the documents for any ulterior or alien purpose.²³

Le caractère envahissant de la dénonciation obligatoire des documents résulte de l'étendue même de cette obligation. La dénonciation doit porter sur tous les documents susceptibles d'avoir un rapport quelconque avec le litige. Elle ne se limite donc pas aux seuls documents pertinents et encore moins à ceux qui sont susceptibles de faire preuve par eux-mêmes d'un fait en litige. Une partie se voit ainsi contrainte de divulguer et de donner communication de documents compromettants qui n'ont qu'un rapport très éloigné avec le litige comme tel, mais qui pourraient, si aucune restriction n'était apportée à leur utilisation, causer préjudice à celui qui en fait la divulgation. De plus, en l'absence de telles restrictions, il y aurait risque que ces documents compromettants soient détruits ou qu'on en nie l'existence. C'est ce que Lord Denning M.R. souligne en ces termes dans son jugement dans l'affaire *Riddick c. Thames Board Mills Ltd.*²⁴:

Very often a party may disclose documents, such as inter-departmental memoranda, containing criticisms of other people or suggestions of negligence or misconduct. If these were permitted to found actions of libel, you would find that an order for discovery would be counter-productive. The inter-departmental memoranda would be lost or destroyed or said never to have existed. In order to encourage openness and fairness, the public interest requires that documents disclosed on discovery are not to be made use of except for the purposes of the action in which they are disclosed.²⁵

D'où l'on voit que c'est le caractère envahissant de l'obligation de divulgation des documents, et non le caractère exploratoire des interrogatoires préalables,

²⁰ *Ibid.* à la p. 313.

²¹ *Riddick c. Thames Board Mills Ltd.*, [1977] 1 Q.B. 881.

²² *Harman c. Secretary of State for the Home Department*, *supra* note 4 à la p. 321.

²³ *Riddick c. Thames Board Mills Ltd.*, *supra* note 21 à la p. 896.

²⁴ *Supra* note 21.

²⁵ *Riddick c. Thames Board Mills Ltd.*, *supra* note 21 à la p. 896; *Harman c. Secretary of State for the Home Department*, *supra* note 4 à la p. 321.

qui, en Angleterre, a donné naissance à la règle de l'engagement implicite de confidentialité.

C'est également en rapport avec un document ayant fait l'objet d'une dénonciation obligatoire en vertu des règles du *discovery process* que, dans l'affaire *Goodman c. Rossi*²⁶, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu à l'existence, dans le droit de cette province, de la règle de l'engagement implicite de confidentialité. C'est ce qui ressort de l'affirmation suivante de M. le juge Morden:

I say at the outset that, because this is a case concerned with a document obtained on discovery, and not information obtained on examination for discovery, I shall confine this discussion to documents obtained on discovery. It may be that information obtained on examination for discovery does not raise exactly the same issues. I shall discuss it briefly later.²⁷

En *common law*, donc, l'engagement implicite de confidentialité est un engagement pris par une partie envers le tribunal, qui prend sa source dans une obligation correspondante de la partie adverse, laquelle existe également envers le tribunal, de dénoncer tous les documents en sa possession se rapportant au litige. Or, nous allons voir qu'en droit québécois, il n'existe aucune obligation à la charge des parties d'avoir à dénoncer l'existence de tous les documents en leur possession se rapportant au litige.

B. *Le droit québécois n'a pas adopté, pour ce qui est de la divulgation des documents, les règles du discovery process*

L'obligation légale que la *common law* a imposée aux parties envers le tribunal de dénoncer tous les documents en leur possession, n'a jamais fait partie du droit québécois. La seule obligation légale qui existe à la charge d'une partie, au sujet de la divulgation des documents, réside en une obligation, non pas envers le tribunal, mais envers la partie adverse, de lui dénoncer et donner communication des pièces qu'elle entend produire en preuve lors de l'audience, afin que cette partie sache à quoi s'en tenir à ce sujet et ne soit prise par surprise lorsque ces pièces seront produites. L'omission de donner un avis de dénonciation au sujet d'une pièce n'entraîne, comme seule sanction, que l'impossibilité de produire cette pièce en preuve, sauf avec l'autorisation du tribunal. Si une partie fait défaut de donner communication d'une pièce ayant fait l'objet d'un avis de dénonciation, la partie adverse peut s'adresser au tribunal afin d'obtenir une ordonnance enjoignant à la partie en défaut de s'exécuter dans le délai qui lui est imparti. Si la partie n'obtempère à une telle ordonnance, elle s'expose, non à une condamnation pour outrage au tribunal, mais à ce que le tribunal, à la demande de la partie adverse, ordonne le rejet de la demande ou de la défense ou la radiation des allégations concernées (art. 331.3 C.p.c.).

Parce que l'obligation de divulgation se limite aux pièces qu'une partie a l'intention de mettre en preuve, elle est en droit de garder secrète toute autre pièce

²⁶ *Goodman c. Rossi*, *supra* note 3.

²⁷ *Ibid.* à la p. 365.

en sa possession se rapportant au litige, si elle n'a pas l'intention d'en faire usage, à moins que la partie adverse n'en requiert la divulgation. Mais pour faire cette demande encore faut-il que cette partie connaisse l'existence des documents en question. Si une partie connaît l'existence d'un tel document elle peut assigner la partie adverse pour qu'elle lui en donne communication au moyen d'un bref de *sub poena duces tecum*. Avant la production de la défense, tel qu'il appert de l'article 397 C.p.c., l'assignation ne peut viser que les documents se rapportant à la demande et ne revêt donc de ce fait aucun caractère exploratoire. Après la production de la défense, l'assignation, en vertu de l'article 398 C.p.c., peut viser tout document se rapportant au litige et revêt de ce fait un certain caractère exploratoire. Ce qui est certain, cependant, c'est qu'une partie ne peut avoir recours à une assignation pour communication de documents afin de se livrer à une recherche à l'aveuglette (*a fishing expedition*) dans les dossiers de la partie adverse, dans l'espoir d'y trouver une information susceptible d'étayer sa position²⁸.

Une assignation pour communication de documents a pour seul objet d'enjoindre à la personne assignée d'apporter avec elle, au moment de sa comparution, les documents y mentionnés. Une communication effective n'intervient que lorsque cette personne, à la suite d'une demande qui lui est faite, consent à les produire. Si elle refuse, ce qu'elle a toujours la possibilité de faire, la partie qui l'a assignée n'aura d'autre choix que de s'adresser à un juge en chambre, tel que le prévoit l'article 395 C.p.c., pour faire reconnaître son droit d'accès au document demandé.

Il est toujours loisible à une partie qui procède à un interrogatoire préalable de s'enquérir si le témoin a en sa possession des documents se rapportant au litige et, si oui, de lui demander de prendre l'engagement de lui en donner communication dans un certain délai. Mais si le témoin s'y oppose, cette partie devra également s'adresser à un juge en chambre pour faire déclarer cette opposition non fondée.

Même si la jurisprudence a reconnu que la procédure de communication des documents revêtait un caractère exploratoire, ce n'est pas tout document ayant un lien quelconque avec le litige qui peut être divulgué, mais seulement ceux qui sont pertinents au litige et qui sont susceptibles de faire preuve par eux-mêmes des faits qui y sont énoncés. C'est ainsi qu'une partie pourra s'opposer à la communication d'un document si les faits allégués ne sont pas suffisants pour lui donner ouverture²⁹.

²⁸ *Daishowa inc. c. Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec*, [1993] R.J.Q. 175 (C.S.); *Blaikie c. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1990] R.D.J. 473 (C.A.); *Canada (P.G.) c. Imperial Tobacco ltée*, [1989] R.D.J. 209 (C.A.); *Cie d'assurance-vie Crown c. Allaire*, [1986] R.D.J. 484 (C.A.); *Banque Royale c. Soeurs du Bon Pasteur de Québec*, B.E. 97BE-254 (C.S.); *Precious Valley Developments Inc./Dév. Précieuse Vallée inc. c. Langlois*, B.E. 97BE-254 (C.S.).

²⁹ *Bertucci c. Banque Toronto-Dominion* (16 août 1994), Montréal 500-09-002239-937, J.E. 94-1347 (C.A.); *Banque Royale du Canada c. Soeurs du Bon Pasteur de Québec*, *supra* note ; *Cie d'assurance-vie Crown c. Allaire*, *supra* note 28; *J.E. Verreault & Fils ltée c. N.G.M. Construction ltée* (20 septembre 1991), Montréal 500-09-000818-914, J.E. 91-1618 (C.A.); *Ouellet c. Proteau-Ouellet*, REJB 97-3892 (C.S.); *Allaire c. Gestions J.P. Lacasse inc.* (6 octobre 1993), Montréal 500-02-029259-913, J.E. 93-1830 (C.Q.).

De plus la communication se limite aux écrits qui sont susceptibles de faire preuve par eux-mêmes d'un fait en litige. C'est ainsi qu'avant l'entrée en vigueur du nouveau Code civil, comme les déclarations écrites de simples témoins étaient en principe irrecevables en preuve, en vertu de la prohibition de la preuve par ouï-dire, une partie ne pouvait être contrainte de donner communication d'un écrit qui comportait l'expression par une personne de sa connaissance d'un fait, tel un rapport d'employé³⁰, des notes de service³¹, un dossier d'un centre jeunesse³², un dossier de la Régie de l'assurance-maladie³³ et un rapport d'enquête³⁴, y compris un rapport de police³⁵ et un rapport d'un expert en sinistres³⁶. Si, depuis la réforme du Code civil, de tels documents sont devenus plus facilement accessibles, c'est à raison des assouplissements apportés, par cette réforme³⁷, à la prohibition de la preuve par ouï-dire.

Il est évident, par ailleurs, comme c'est le cas en *common law*, qu'une partie n'est pas obligée de donner communication d'un document lorsque celui-ci bénéficie d'une immunité de divulgation.

Comme il n'y a pas d'effet sans cause, l'absence en droit québécois de la règle de *common law*, qui est à l'origine de la règle de l'engagement implicite de confidentialité, aurait dû amener la Cour d'appel, dans l'affaire *Lac d'amiante*, à conclure à l'inexistence dans notre système de la règle de l'engagement implicite de confidentialité. En droit québécois, comme il n'existe aucune obligation légale à charge d'une partie d'avoir à divulguer à la partie adverse tous les documents en sa possession se rapportant au litige, si une partie a en sa possession un tel document dont elle n'entend pas faire usage, elle peut garder le silence à son sujet. Et si la partie adverse vient à en découvrir l'existence, c'est seulement par une ordonnance judiciaire qu'elle pourra être contrainte d'en donner communication, une ordonnance qui ne pourra être émise que sur preuve qu'il s'agit d'un document pertinent et susceptible de faire preuve par lui-même.

³⁰ *Bertucci c. Banque Toronto-Dominion*, supra note 29; *Boiler Inspection and Insurance Co. of Canada c. St-Louis de France (Paroisse)* (1993), [1994] R.D.J. 95 (C.A.); *Westinghouse Canada inc. c. Arkwright Boston Manufacturers Mutual Insurance Co.*, [1993] R.J.Q. 2735 (C.A.) (rapport d'inspection); *Kamir of Canada Ltd. c. Donohue St-Félicien Inc.*, [1989] R.D.J. 581 (C.A.).

³¹ *Commercial Union Assurance Co. of Canada c. Nacan Products Ltd.*, [1991] R.D.J. 399 (C.A.).

³² *Centre jeunesse de Tilly inc. c. St-Paul Fire & Marine Insurance Corp.*, [1989] R.D.J. 191 (C.A.).

³³ *Westbury, Cie d'assurance-vie c. Ferland*, [1989] R.D.J. 183 (C.A.).

³⁴ *I.C. Infrastructure Construction ltée c. P.G. du Québec* (23 juin 1986), Québec 200-09-000185-865, J.E. 86-715 (C.A.).

³⁵ *Goulet c. Lussier*, [1989] R.J.Q. 2085, (1991) 32 Q.A.C. 225, infirmant (29 novembre 1998), Longueuil 505-05-000077-872, J.E. 89-408 (C.S.); *Paquin c. Wise*, [1987] R.J.Q. 2540 (C.S.).

³⁶ *Guerling Global Cie d'assurance générale c. Sanguinet Express Inc.* (14 février 1989), Montréal 500-09-001006-881, J.E. 89-506 (C.A.); *Allstate Insurance Co. of Canada c. Sarrieu*, [1986] R.D.J. 457 (C.A.).

³⁷ Art. 2869-2874 C.c.Q.

En droit québécois, parce que c'est exclusivement par une ordonnance judiciaire, et jamais en vertu de la loi, qu'une partie peut être contrainte de divulguer l'existence d'un document en sa possession ou d'en donner communication, si cette divulgation forcée devait engendrer une obligation de confidentialité, elle serait la résultante de l'ordonnance; et c'est donc d'une «ordonnance implicite» et non d'un «engagement implicite» de confidentialité qu'il s'agirait.

Mais quelle justification pourrait bien avoir une telle ordonnance implicite? Certes pas la protection de la partie contre le caractère envahissant de la divulgation forcée des documents, puisqu'une telle divulgation ne peut avoir lieu que sous contrôle judiciaire. Et puisqu'il y a nécessairement contrôle judiciaire, n'est-il pas plus rationnel de poser comme principe que toute obligation de confidentialité nécessite une ordonnance expresse, comme cela a toujours été la pratique³⁸ jusqu'à la décision dans l'affaire *Lac d'amiante*.

C. *La similitude entre le régime des interrogatoires préalables et le régime de l'examination on discovery ne peut justifier l'existence en droit québécois de la règle de l'engagement implicite de confidentialité*

Il est vrai qu'en droit québécois le régime de l'interrogatoire préalable tire son origine du volet des déclarations orales du *discovery process* de common law. Cela suffit-il pour qu'on puisse conclure à l'existence en droit québécois de la règle de l'engagement implicite de confidentialité? Doit-on répondre par l'affirmative sur la foi de l'opinion exprimée par M. le juge Morden, dans l'affaire *Goodman c. Rossi*³⁹, qui ne voyait pas pourquoi la règle ne s'appliquerait pas aux déclarations orales faites lors d'un interrogatoire, vu le caractère obligatoire de la divulgation et l'atteinte qu'elle comporte au droit à la vie privée? Voici ce qu'il affirme à ce sujet:

Within the area of discovery itself, there is the question whether the rule should cover oral evidence given on examination for discovery. This question does not arise in this case and need not, therefore, be decided. Having said this, I must acknowledge that, having regard to the compulsory nature of oral discovery and its impingement on the right of privacy of a party, it is difficult to see why, as a matter of principle, the rule would not apply to this form of discovery. It has been held that the rule does apply to oral discovery evidence: *Reichmann v. Toronto Life Publishing Co.*⁴⁰, [...]. In the English text *Matthews and Malek, Discovery* (1992) at p. 312 the opinion is expressed that "[a]lthough there is no reported authority as to whether the implied undertaking on discovery in relation to documents applies to interrogatories, it is submitted that in principle the implied undertaking does extend to interrogatories, as they are a form of discovery to which answers are given under compulsion and not being provided voluntarily".⁴¹

³⁸ À titre d'exemple de cette pratique, voir *Montréal (Communauté Urbaine) c. Chubb du Canada, cie d'assurance*, [1998] R.J.Q. 759 (C.A.).

³⁹ *Goodman c. Rossi*, *supra* note 3.

⁴⁰ *Reichmann c. Toronto Life Publishing Co.*, (1988) 28 C.P.C. (2^e) 11 (Ont. H.C.J.).

⁴¹ *Goodman c. Rossi*, *supra* note 3 à la p. 376.

Des propos du juge Morgen, il ressort qu'en *common law*, le droit n'est pas encore définitivement fixé sur la question de savoir si l'engagement implicite de confidentialité s'étend aux déclarations orales faites aux cours d'un interrogatoire préalable. Ce qui démontre bien que ce n'est pas le caractère exploratoire de l'*examination on discovery* qui est à l'origine de la règle de l'engagement implicite de confidentialité, mais le caractère envahissant du *discovery process* relatif aux documents.

Il y a lieu de souligner, par ailleurs, que la relation étroite qui existe, dans le droit de l'Ontario, entre le *discovery process* relatif aux documents et l'*examination on discovery*, pourrait être un motif suffisant d'étendre à certaines informations divulguées au cours d'un interrogatoire préalable, soit celles qui portent sur les documents ayant fait l'objet d'une divulgation forcée, la règle de l'engagement implicite de confidentialité, en vertu du principe qu'on ne peut pas faire indirectement ce qu'on ne peut faire directement.

En effet, tel qu'il appert des règles de pratique de l'Ontario⁴², une partie assignée pour un interrogatoire préalable a l'obligation de produire pour inspection, sans la nécessité d'une demande à cette fin, les documents faisant partie de sa liste. Aussi, dans la mesure où l'information demandée se rapporte aux documents en question, il est normal que la règle de l'engagement implicite de confidentialité s'applique à ces informations. Mais, tel que nous le verrons plus loin, cette règle ne saurait être étendue à toute information divulguée au cours d'un interrogatoire préalable sans perdre sa raison d'être et conduire à des résultats absurdes.

L'erreur initiale des juges de la majorité dans l'affaire *Lac d'amiante*⁴³, qui a consisté à faire reposer la règle de *common law* de l'engagement implicite de confidentialité sur le caractère exploratoire de l'interrogatoire préalable, en a provoqué une seconde encore plus lourde de conséquences: celle d'assujettir à l'application de cette règle tant les documents que les informations qui sont divulgués au cours d'un interrogatoire préalable. Pour ce qui est de son application aux documents, nous verrons qu'à cause de la spécificité du droit québécois, son impact va y être bien différent qu'en *common law*. Mais surtout, nous verrons que cette règle ne peut être étendue aux informations sans être dénaturée.

III. De l'impact de la règle de l'engagement implicite de confidentialité en ce qui concerne les documents divulgués lors d'un interrogatoire préalable

Une règle élaborée dans un système juridique donné ne peut être transférée dans un autre système sans subir des modifications par le jeu des règles propres au système d'accueil. C'est ce qui va se produire en ce qui concerne la règle de l'engagement implicite de confidentialité. À ce propos, il convient de remarquer

⁴² Rule 30. Voir Ontario Annual Practice 2000-2001 (Canada Law Book Inc.).

⁴³ *Lac d'amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, *supra* note 1.

qu'il y a une différence considérable entre référer à la jurisprudence de *common law* pour définir la portée d'une règle, et aller puiser dans ce système une règle nouvelle. Aussi, est-ce à tort, d'après nous, que Mme la juge Mailhot et M. le juge Fish invoquent, à titre de précédent, à l'appui de leur décision, le jugement de la Cour d'appel dans l'affaire *Aluminium Co. of Canada c. Domaine Rivière inc.*⁴⁴. Dans cette affaire, il ne s'agissait pas de déclarer applicable en droit québécois une règle de *common law*, mais d'interpréter une règle qui avait pour origine la *common law*, soit de décider si une partie, au cours d'un interrogatoire préalable, pouvait être contrainte de révéler l'identité de ses témoins. Pour donner une réponse négative à cette question, la Cour d'appel s'est inspirée, à bon droit, de la jurisprudence de *common law*.

Dans l'affaire *Lac d'aminante*, la situation était tout autre puisqu'ils s'agissait, non pas de l'interprétation d'une règle ayant son origine en *common law*, mais de proclamer en vigueur, en droit québécois, une règle de *common law*. Par son dispositif et ses effets, mais non par ses motifs, cette décision s'apparente à celle de la Cour suprême dans l'affaire *Royal Victoria Hospital c. Morrow*⁴⁵ qui a affirmé l'existence en droit québécois de la règle de *common law* prohibant la preuve par oui-dire. Toutefois, alors que dans l'affaire *Royal Victoria Hospital*, c'est au nom de la logique interne du système québécois que l'existence de la règle de *common law* a été à juste titre reconnue, dans l'affaire *Lac d'amiante*, la spécificité du droit québécois aurait dû amener la Cour d'appel à se prononcer contre l'existence de la règle de l'engagement implicite de confidentialité.

Quant à ses effets, l'affaire *Lac d'amiante* s'apparente à l'arrêt *Royal Victoria Hospital c. Morrow*, en ce qu'elle rend nécessaire l'harmonisation d'une règle de *common law* avec les autres règles du droit québécois. Tout comme l'interaction entre la règle prohibant le oui-dire et les autres règles du Code civil a fait que cette règle n'a pas eu le même impact en droit québécois qu'en *common law*, c'est ce qui va ce produire en ce qui concerne la règle de l'engagement implicite de confidentialité tant dans son application aux documents qu'aux informations.

Par rapport à la situation qui prévaut en *common law*, l'embargo imposé sur l'utilisation qui peut être faite de documents qui ont été divulgués sous la contrainte va être bien différent en droit québécois à cause de la spécificité de celui-ci sur les trois points suivant: le caractère public de la Justice civile; le mode de mise en preuve des documents; et l'absence de toute obligation pour une partie d'avoir à révéler l'existence de tous les documents en sa possession se rapportant au litige.

De la spécificité du droit québécois quant au caractère public de la Justice civile et le mode de mise en preuve des documents, il résulte, notamment, que le problème qui s'est posé dans l'affaire *Harman*⁴⁶ ne pourrait pas se poser en droit québécois. Dans cette affaire, si la Chambre des Lords a pu juger qu'une

⁴⁴ *Aluminium du Canada c. Domaine de la Rivière inc.*, [1982] C.A. 239.

⁴⁵ *Royal Victoria Hospital c. Morrow*, [1974] R.C.S. 501.

⁴⁶ *Harman c. Secretary of State for the Home Department*, *supra* note 4.

avocate, qui avait donné communication de documents à un journaliste, s'était rendue coupable d'outrage au tribunal, même si elle avait donné lecture de ces documents à l'audience, c'est parce qu'en Angleterre les registres des tribunaux ne sont pas publics et que c'est par la lecture qu'un document est mis en preuve. Or, en droit québécois, les registres des tribunaux sont publics⁴⁷ et la mise en preuve des documents s'effectue par leur dépôt au dossier⁴⁸. Il s'ensuit que, dès qu'un document est déposé en preuve, il devient public, ce qui entraîne l'extinction de tout engagement de confidentialité pouvant exister à son sujet. C'est certes un sujet d'étonnement de constater que la transparence de la Justice civile en droit québécois y est plus grande qu'en Angleterre, rendant inutile une intervention par voie législative ou réglementaire, comme ce fut le cas en Angleterre⁴⁹ et en Ontario⁵⁰, pour que l'engagement implicite de confidentialité cesse de s'appliquer après qu'un document a été lu à la Cour ou par la Cour, ou qu'il lui a été fait référence lors de l'audience.

Comme nous l'avons vu précédemment, le régime de la divulgation des documents, en droit québécois, se caractérise par l'absence de toute obligation imposée à une partie d'avoir à révéler l'existence de tous les documents en sa possession se rapportant au litige; par l'obligation à la charge de toute partie de dénoncer et de donner communication de tout document en sa possession qu'elle entend produire en preuve à l'audience; et par le droit de toute partie d'exiger de la partie adverse la communication de tout écrit, en sa possession, qui est pertinent au litige et susceptible de faire preuve par lui-même et, au cas de refus, de pouvoir obtenir du tribunal une ordonnance lui enjoignant de respecter ce droit.

Comme la règle de l'engagement implicite de confidentialité ne s'applique qu'aux documents qu'une partie est tenue de divulguer par contrainte, la règle ne peut certes pas s'appliquer aux documents qu'une partie communique à la partie adverse parce qu'elle entend les mettre en preuve lors de l'audience. Il s'agit dans ce cas, non d'une divulgation forcée, mais d'une divulgation volontaire.

Qu'en est-il maintenant, au regard de la règle de l'engagement implicite de confidentialité, des documents qui sont communiqués sur une simple demande et sans intervention judiciaire? Peut-on vraiment considérer que la communication, dans ce cas, a lieu par contrainte? Il est difficile de le prétendre du fait que le refus d'accéder volontairement à une demande de communication de documents entraîne, comme seule conséquence, l'obligation de la partie requérante de s'adresser au tribunal pour faire reconnaître son droit d'accès aux documents en question. C'est donc seulement lorsqu'une communication a lieu

⁴⁷ *Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière civile*, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 8, art. 2; *Règles de pratique de la Cour du Québec (Chambre civile)*, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 5, art. 1.

⁴⁸ Art. 331.7 C.p.c.

⁴⁹ Voir à ce sujet J.B. Laskin, «The implied undertaking in Ontario» (1990) 11 Adv. Q. 298 à la p. 311.

⁵⁰ *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 30.1.

à la suite d'une ordonnance judiciaire, qu'on est en présence d'une divulgation forcée.

Comme, le plus souvent, en pratique, la communication de documents a lieu de consentement et sans intervention judiciaire, limiter l'application de la règle aux seuls documents qui ont été communiqués à la suite d'une ordonnance judiciaire, c'est créer une situation potentiellement dangereuse. Ou bien la protection qu'offre cette règle ne suscitera aucun intérêt chez les plaideurs et la pratique des échanges de documents de consentement va perdurer, avec la conséquence que la règle ne trouvera guère d'occasion de s'appliquer. Mais dans le cas contraire, il faut prévoir que cette pratique va cesser et que les parties n'accepteront de donner communication de documents qu'à la suite d'une ordonnance; d'où le risque que le système judiciaire croule sous une avalanche de requêtes pour de communication de documents. Lorsqu'on considère qu'à l'automne de 1999, dans certains districts judiciaires, dont le district de Longueuil, le délai d'audition d'une requête pour nomination de séquestre exigeant deux jours d'enquête était de 6 mois, il y a lieu de croire que le système est suffisamment surchargé en l'état actuel, sans l'alourdir davantage.

Même dans l'hypothèse où la règle devrait être étendue tant aux communications de documents faites à la suite d'une simple demande qu'à celles faites sous la contrainte d'une ordonnance, la règle n'aurait le plus souvent qu'un effet éphémère. En effet, comme, par hypothèse, les documents qu'une partie consent à ou est contrainte de communiquer sont des documents qui, à cause de leur nature et de leur pertinence, présentent un réel intérêt, ces documents, plus souvent qu'autrement, vont être produits au dossier lors de l'audience. Par cette production, ils vont devenir publics, ce qui mettra fin à tout engagement de confidentialité à leur sujet. C'est donc uniquement si l'action ne se rend pas à procès, par suite d'un règlement ou d'un désistement, que l'effet de la règle de l'engagement implicite de confidentialité aura un effet permanent. Mais la règle, au lieu d'être un incitatif à un règlement amiable d'une cause, comme semble le penser M. le juge Fish⁵¹, va plutôt être un incitatif à aller à procès afin de pouvoir, par ce moyen, lever l'embargo qui autrement va s'appliquer aux documents dont la partie adverse a donné communication.

L'affaire *Lac d'amiante*⁵² est une belle illustration de cette constatation. Tous les documents dont la communication était demandée par l'intimée étaient des documents que l'appelante aurait eu l'obligation de produire à l'audience afin d'établir le bien-fondé de sa réclamation de 12 000 000 \$. En effet, comment l'appelante aurait-elle pu obtenir le remboursement des sommes réclamées à titre d'honoraires d'avocat, en paiement de règlements intervenus à la suite de poursuites judiciaires, et en salaires payés à ses employés, sans produire les pièces justificatives appropriées. De plus, advenant que, parmi ces documents, il y en ait eu certains qui auraient été susceptibles de servir dans d'autres causes,

⁵¹ *Lac d'amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, *supra* note 1 à la p. 992.

⁵² *Ibid.*

peut-on concevoir que l'intimée aurait été disposée à consentir à un règlement sans faire du consentement à la levée de l'embargo sur ces documents, une condition de son acceptation.

Parce qu'en droit québécois, la divulgation forcée se limite aux seuls documents pertinents qui sont susceptibles de faire preuve par eux-mêmes, il n'y a aucun risque qu'une partie puisse, aux fins d'une instance donnée, obtenir communication d'un document dont la seule utilité serait de servir de preuve dans un autre litige, comme cela peut se produire en *common law*. Il est difficile de concevoir, par exemple, qu'une situation analogue à celle dont la Cour d'appel de l'Ontario a eu à débattre dans l'affaire *Goodman c. Rossi*⁵³ puisse se poser en droit québécois.

En effet, dans cette affaire, la demanderesse, un agent immobilier, s'adressait au tribunal pour obtenir la permission d'utiliser, aux fins d'une action en diffamation contre le président d'une entreprise, un document dont elle avait obtenu la communication dans le cadre d'un recours pour congédiement illégal exercé contre cette entreprise. Il s'agissait d'un rapport fait au ministère de la Consommation et des Relations Commerciales dans lequel le défendeur affirmait que la conduite de la demanderesse pendant qu'elle était au service de son entreprise avait été moins que satisfaisante et qu'en plusieurs occasions, cette conduite avait été discutable au regard de l'éthique. Or, si la poursuite pour congédiement illégal avait été intentée au Québec, l'entreprise aurait pu s'opposer avec succès à toute demande de divulgation concernant le rapport en question parce que non pertinent au litige et non susceptible de faire preuve par lui-même dans ce litige.

En *common law*, comme l'illustre l'affaire *Goodman c. Rossi*, vu la très grande étendue de l'obligation légale de dénonciation des documents se reportant au litige, une partie se voit contrainte de révéler l'existence de documents potentiellement dommageables à ses intérêts ou à ceux de tiers, alors même que leur utilité aux fins du litige comme tel est presque nulle. Il ne faut donc pas s'étonner, dans ces conditions, que, dans les provinces de *common law*, les demandes d'autorisation de documents à d'autres fins que celle du litige dans lequel ils ont été communiqués aient donné lieu à un important contentieux⁵⁴. Il y a peu de risques, pour les raisons que nous avons vues, que l'introduction de la règle de l'engagement implicite de confidentialité puisse donner lieu à un tel contentieux ici. Aussi l'impact de cette règle, pour ce qui de l'embargo qu'elle impose sur l'utilisation des documents ayant fait l'objet d'une divulgation forcée, va-t-il s'avérer très minime comparativement à la situation en *common law*. En revanche, cet impact risque d'être considérable dans un secteur que la *common law* a négligé jusqu'à présent, à savoir les informations divulguées au cours des interrogatoires préalables.

⁵³ *Supra* note 3.

⁵⁴ Voir à ce sujet la jurisprudence citée par G.S. Holmeste et G.D. Watson, *Ontario Civil Procedure*, feuilles mobiles, vol.3, par G.D. Watson and C. Perkins, Toronto, Carswell, 1993 aux pp. 30.1-4 et s.

IV. De l'impact de la règle de l'engagement implicite de confidentialité en ce qui concerne les informations divulguées au cours d'un interrogatoire préalable

Comme nous l'avons vu précédemment, même si M. le juge Morden a émis l'avis qu'il ne voyait pas pourquoi la règle de l'engagement implicite de confidentialité, qui s'applique à la divulgation des documents, ne s'appliquerait pas également aux divulgations orales faites au cours d'un interrogatoire préalable, il s'est bien gardé de reformuler la règle en conséquence. Mme la juge Mailhot et M. le juge Fish, dans l'affaire *Lac d'amiante*, se sont montrés moins timides et ont innové en donnant de la règle une formulation qui la rend applicable tant aux documents qu'aux informations qui sont divulgués sous la contrainte, dans la phase initiale du procès. Mais pour parvenir à ce résultat, ils devaient lever un obstacle de taille: le caractère public des interrogatoires préalables, consacré par la tradition juridique. Aussi, avant de proclamer le caractère confidentiel des informations divulguées au cours d'un interrogatoire préalable, ont-ils commencé, dans un premier temps, par déclarer que cette tradition n'était pas déterminante et qu'elle n'avait plus sa raison d'être.

A. De la remise en question de la tradition juridique qui a affirmé le caractère public des interrogatoires préalables

La remise en question de la tradition juridique qui a affirmé le caractère public des interrogatoires préalables constitue la première conséquence de l'extension de la règle de l'engagement implicite de confidentialité aux informations. Même si les juges de la majorité ont cherché à minimiser l'importance des décisions judiciaires qui sont l'expression de cette tradition, il n'en demeure pas moins, tel que l'affirme M. le juge Biron⁵⁵, que cette tradition était fermement établie. Pour remettre en question cette tradition, Mme la juge Mailhot et M. le juge Fish invoquent deux arguments, l'un fondé sur une interprétation restrictive de l'article 13 C.p.c. et l'autre sur la distinction qu'il conviendrait d'établir entre la Justice criminelle et la Justice civile. Parce que l'article 13 C.p.c. se contente d'affirmer que les audiences des tribunaux sont publiques, les juges de la majorité en déduisent que cette règle ne peut s'appliquer aux interrogatoires préalables, puisque ces interrogatoires n'ont pas lieu en audience publique⁵⁶. Ce serait donc en l'absence de toute disposition habilitante que la tradition juridique aurait soumis les interrogatoires préalables au principe énoncé à l'article 13 C.p.c.

Peut-on recourir ainsi à la règle d'interprétation «*inclusio unius est exclusio alterius*» pour soustraire à la règle de la publicité les interrogatoires préalables? Évidemment non, car, pour que cette règle puisse s'appliquer, encore faudrait-

⁵⁵ *Lac d'amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, *supra* note 1 aux pp. 988 et 989.

⁵⁶ *Ibid.* aux pp. 981-83, 994.

il qu'il soit avéré, par ailleurs, qu'en principe la Justice civile doit être secrète, car autrement, ce n'est pas parce que les audiences doivent être publiques qu'on doit en déduire que, dans le cas des autres modes d'administration de la preuve, le huis clos s'impose.

Mais est-il exact de prétendre que la tradition juridique ne trouve aucun appui dans une disposition habilitante du *Code de procédure civile*? Les règles concernant les interrogatoires préalables font partie du Chapitre III, intitulé: «Des règles spéciales de l'administration de la preuve», chapitre inséré au Titre relatif à l'administration de la preuve et à l'audition. Or, en vertu de l'article introductif du Chapitre en question, à savoir l'article 395 C.p.c., plusieurs dispositions concernant l'administration de la preuve lors de l'audience sont déclarées applicables aux preuves recueillies hors de l'audience «dans la mesure où elles peuvent s'appliquer». Au nombre des dispositions en question, se trouve l'article 294 C.p.c. qui s'énonce ainsi:

294. Sauf lorsqu'il y est autrement prescrit, dans toute cause contestée, les témoins sont interrogés à l'audience, la partie adverse présente ou dûment appelée.

Chaque partie peut demander que les témoins déposent hors la présence les uns des autres.

Exiger que les témoins déposent à l'audience, c'est prescrire que l'interrogatoire ait lieu publiquement. Comme il est possible de satisfaire à cette exigence même lorsqu'un témoin est interrogé hors de l'audience, l'article 395 C.p.c., par la référence qu'il contient à l'article 294 C.p.c., se trouve à étendre le caractère public des audiences affirmé à l'article 13 C.p.c. aux interrogatoires préalables ainsi qu'aux autres interrogatoires qui peuvent être tenus en vertu du chapitre III relatif aux règles spéciales de l'administration de la preuve. À l'époque où les interrogatoires préalables faisaient de droit partie du dossier de la cour, il allait de soi que l'audition des témoins n'ait pas lieu secrètement. Faut-il remettre en question cette pratique au motif que, depuis la réforme opérée en 1983, les dépositions recueillies lors d'un interrogatoire préalable ne font plus automatiquement partie du dossier? Prétendre que oui, au nom du droit au respect de la vie privée, c'est détourner cette réforme de sa vraie finalité.

Essentiellement, la réforme avait pour but de permettre à toute partie d'avoir librement recours à la procédure de l'interrogatoire sans qu'elle ait lieu de craindre qu'en recourant à cette procédure, elle ne compromettre ses droits. Avant la réforme, lorsqu'une action en justice avait pour fondement un contrat oral, le défendeur devait s'abstenir d'interroger le demandeur au sujet de ce contrat, si, en vertu de la loi, ce contrat ne pouvait pas se prouver par témoins, car autrement il se trouvait à permettre au demandeur de prouver par son témoignage le contrat invoqué, une chose que ce dernier n'aurait pas pu faire de son propre chef. En effet, du fait que toute déposition recueillie au cours d'un interrogatoire préalable faisait de droit partie du dossier, la jurisprudence considérait qu'en recourant à un interrogatoire préalable le défendeur se trouvait à avoir introduit lui-même au dossier la preuve testimoniale du contrat, ce qui l'empêchait, par la suite, de plaider le caractère illégal de cette preuve. C'est afin d'empêcher qu'une partie puisse s'exposer ainsi à desservir ses

intérêts en recourant à un interrogatoire préalable que la loi a été modifiée, afin qu'il appartienne exclusivement à la partie qui a procédé à un interrogatoire préalable de décider si cet interrogatoire doit faire partie du dossier ou non, et, si oui, en totalité ou partie seulement, sous réserve, dans ce dernier cas, du droit de toute partie de demander au tribunal que soit ajouté au dossier tout extrait de la déposition qui, à son avis, ne peut être dissocié des extraits déjà déposés (art. 398.1 C.p.c.).

Comme deuxième argument en faveur de la non-application du principe du caractère public des audiences aux interrogatoires préalables, les juges de la majorité invoquent la spécificité de la Justice civile par rapport à la Justice criminelle. En effet, c'est sur la base de la nécessaire distinction entre la Justice civile et la Justice criminelle que Mme la juge Mailhot⁵⁷ et M. le juge Fish⁵⁸ déclarent non applicable, en matière civile, la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Procureur de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*⁵⁹. On sait que, dans cette affaire, la Cour suprême a jugé que le principe de la publicité de la Justice s'appliquait même dans la phase préliminaire d'un procès criminel. De la jurisprudence de la Cour suprême⁶⁰, il ressort clairement que le principe du caractère public de l'administration de la justice trouve son fondement dans le principe de la liberté d'expression consacré à l'article 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés de la personne*⁶¹. Comment, dans ces conditions, concevoir que la liberté d'expression exigerait moins de transparence de la Justice civile que de la Justice criminelle. Dans l'affaire *Edmonton Journal c. Alberta (Attorney General)*⁶², la Cour suprême a jugé que les articles 30 et 31 de la *Judicature Act* de l'Alberta contrevenaient à l'article 2b) de la *Charte canadienne*. Or, l'un des objets de ces articles visait à interdire avant l'audition de toute procédure civile, ou en l'absence d'audition, avant que le jugement ne fût rendu, la diffusion de toute information autre que les noms et adresses des parties et de leurs procureurs ainsi qu'un exposé concis et en termes généraux de la demande et de la défense. Si vraiment la transparence de la justice devait être moins grande en matière civile qu'en matière criminelle, la Cour suprême aurait eu, dans cette affaire, une belle occasion de le dire, ce qu'elle n'a pas fait.

De plus, il y a lieu de souligner qu'une affirmation de Mme la juge Mailhot concernant les conditions d'émission, lors de l'audience, d'une ordonnance de confidentialité, semble pêcher par omission au regard des conditions imposées à ce sujet par la Cour suprême dans l'affaire *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*⁶³. En effet, Mme la juge Mailhot affirme qu'au

⁵⁷ *Ibid.* à la p. 980.

⁵⁸ *Ibid.* aux pp. 992-93.

⁵⁹ *Nouvelle-Écosse (P.G.) c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175.

⁶⁰ *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (P.G.)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Edmonton Journal c. Alberta (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

⁶¹ *Charte des droits et libertés de la personne*, reproduit dans L.R.C. [1985] app. II, n° 44.

⁶² *Edmonton Journal c. Alberta (P.G.)*, *supra* note 60.

⁶³ *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (P.G.)*, *supra* note 60.

moment du procès, si une partie considère que des documents doivent faire l'objet d'une ordonnance de non-publication ou de non-divulgaration, elle devra s'adresser au juge qui en disposera selon les circonstances de l'espèce⁶⁴, comme si à ce sujet un juge avait pleine discrétion. Or, la Cour suprême, dans l'affaire précitée, a défini très exactement en quelles circonstances une ordonnance de non-publication pouvait être émise, soit lorsque le requérant a démontré, d'une part, que l'ordonnance est nécessaire pour écarter un risque réel et important que le procès soit inéquitable et, d'autre part, que les effets bénéfiques de l'ordonnance sont plus importants que les effets préjudiciables sur la libre expression de ceux ainsi touchés. Même si ce critère a été énoncé par la Cour suprême dans une affaire criminelle, la Cour d'appel du Québec l'a déclaré applicable en matière civile⁶⁵, démontrant par là qu'en ce qui concerne la transparence de la Justice, il n'y a pas lieu de faire de distinctions entre la Justice civile et la Justice criminelle.

Par ailleurs, ce qui est certain, c'est que, si, en *common law*, on procède à huis clos aux interrogatoires faisant partie du *discovery process*, cette mesure ne trouve pas sa justification dans la règle de l'engagement implicite de confidentialité. Si, en droit québécois, c'est à raison de cette règle que les interrogatoires préalables devraient désormais se dérouler à huis clos, cela entraînerait un résultat assez étonnant. En effet, comme cette règle implique que le bénéficiaire de l'engagement de confidentialité peut y renoncer, il faudrait reconnaître que non seulement le tribunal, mais également la personne interrogée pourrait permettre que l'interrogatoire ait lieu en présence du public.

Mais le huis clos à propos des interrogatoires préalables ne constitue pas la principale conséquence qui va découler de l'application de la règle de l'engagement implicite de confidentialité aux informations divulguées au cours d'un interrogatoire préalable. Il est facile de démontrer, en effet, que cette règle, qui a été conçue pour faire contrepoids à l'obligation de dénonciation des documents, ne peut être étendue telle quelle aux informations divulguées sous la contrainte sans produire des résultats absurdes.

B. De l'impossibilité d'étendre la règle de l'engagement implicite de confidentialité aux informations divulguées sous la contrainte sans que cela conduise à des résultats absurdes

Si l'on se fie aux propos de M. le juge Morden, dans l'affaire *Goodman c. Rossi*, deux considérations justifieraient que la règle de l'engagement implicite de confidentialité soit étendue aux informations divulguées au cours d'un interrogatoire préalable: «[T]he compulsory nature of oral discovery and its impingement on the right of privacy of a party»⁶⁶. Or, s'il est exact que la

⁶⁴ *Lac d'amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, *supra* note 1 à la p. 983.

⁶⁵ *Dionne c. Tremblay*, (25 mai 1999) Montréal 500-09-007215-981, J.E. 99-1134 (C.A.); *B.B. c. Québec (P.G.)*, (1997), [1998] R.J.Q. 317 (C.A.), juge Mailhot, juges Baudouin et Robert; *D (J.L.) c. Vallée*, [1996] R.J.Q. 2480 (C.A.).

⁶⁶ *Goodman c. Rossi*, *supra* note 3 à la p. 376.

divulgarion d'une information au cours d'un interrogatoire préalable, a toujours lieu sous la contrainte, il est faux de prétendre qu'une telle divulgation constitue nécessairement un empiètement sur la vie privée du témoin. Comme la règle de l'engagement implicite de confidentialité trouve sa justification dans un souci de protection de la vie privée, en l'étendant à des situations qui n'impliquent pas comme telles d'atteinte à la vie privée, on lui fait perdre tout son sens, ce qui conduit à des résultats absurdes.

Tel qu'il appert des propos de Lord Denning, dans la cause *Riddick c. Thames Board Mills Ltd.* auxquels il a été fait référence précédemment⁶⁷, la règle de l'engagement implicite de confidentialité vise à restreindre au minimum l'atteinte à la vie privée que constitue l'obligation légale imposée à une partie de dresser la liste de tous les documents en sa possession se rapportant au litige. Ce qu'il importe de souligner, c'est que l'atteinte à la vie privée réside dans la contrainte exercée sur une partie pour qu'elle se dessaisisse d'une chose matérielle qui est sa propriété, ses documents. Ce n'est pas la divulgation de l'information qu'elle contient ces documents qui constitue un empiètement sur la vie privée de la partie qui les détient, mais l'atteinte à son droit de propriété sur ce qui sert de support matériel à cette information. Un document possède une individualité propre et constitue en tant que tel un moyen de preuve. Aussi, lorsqu'on frappe d'embargo un document, par l'effet de la règle de l'engagement implicite de confidentialité, le droit de suite sur ce document peut facilement s'exercer.

À la différence d'un document qui est chose matérielle susceptible d'appropriation, une information est une chose immatérielle non susceptible d'appropriation. Ce n'est pas non plus un moyen de preuve. Pour le devenir, il faut que cette information soit transmise au tribunal par une personne qui en a une connaissance de première main. Lorsqu'une personne est contrainte de faire part de cette connaissance au cours d'un interrogatoire préalable, il y a bien atteinte à sa liberté, mais non à sa vie privée. Comme elle n'a pas de droit de propriété sur l'information qu'elle détient, on ne peut prétendre que la divulgation forcée de cette information constitue un empiètement sur ce droit de propriété, comme c'est le cas lorsqu'on contraint une partie à se dessaisir d'un document qui lui appartient. D'où l'impossibilité d'appliquer aux informations divulguées par un témoin au cours d'un interrogatoire préalable la règle de l'engagement implicite de confidentialité, sans faire perdre à cette règle tout son sens.

La contrainte exercée sur un témoin pour qu'il divulgue une information n'a donc rien de comparable avec celle exercée sur une partie pour qu'elle se dessaisisse de ses documents. Tout d'abord, alors que l'obligation de divulgation des documents ne s'adresse qu'à une partie, l'obligation de divulgation d'information s'étend même à des tiers. C'est ainsi qu'en vertu de l'article 398 C.p.c. une partie peut, après la production de la défense, assigner de droit pour interrogatoire l'agent, l'employé ou l'officier d'une autre partie, de même que la personne pour laquelle le demandeur réclame en qualité de représentant légal,

⁶⁷ *Supra* note 21.

de prête-nom ou d'ayant-droit et, s'il s'agit d'une action en responsabilité, la victime de même que la personne impliquée dans la commission du fait dommageable. De plus, une partie peut, avec la permission du tribunal, assigner toute autre personne.

En étendant aux informations divulguées au cours d'un interrogatoire préalable la règle de l'engagement implicite de confidentialité, on se trouve à conférer au témoin assigné aux fins d'un interrogatoire préalable, un droit de propriété sur l'information qu'il divulgue à cette occasion, sous le fallacieux prétexte que cette divulgation constituerait une atteinte à sa vie privée.

Selon la règle formulée par M. le juge Fish, c'est bien de l'information contenue dans une déposition recueillie au cours d'un interrogatoire préalable qu'il s'agit. Il existe évidemment une distinction entre une déposition comme telle et l'information qu'elle contient. Il est normal qu'une déposition recueillie aux fins d'une instance donnée ne puisse pas normalement servir dans une autre instance. Cette règle s'applique aussi bien aux dépositions recueillies au cours d'un interrogatoire préalable qu'aux dépositions faites à l'audience, et ce, en vertu de l'interdiction de la preuve par ouï-dire. Aussi l'embargo imposé par la règle de l'engagement implicite de confidentialité, lorsque appliqué à un interrogatoire préalable, doit-il porter, non pas sur la déposition comme telle, mais sur autre chose, soit l'information qu'elle contient, à savoir l'existence ou la non existence du fait en litige sur lequel le témoin a été interrogé.

D'où l'on voit les conséquences absurdes que cette règle entraîne. Du seul fait qu'une partie ou un témoin est interrogé au cours d'un interrogatoire préalable sur un fait quelconque, cette information devient frappée d'un embargo et ce fait ne peut plus être invoqué dans une autre action, sans le consentement de cette partie ou de ce témoin, sauf si cette information devient publique par le dépôt au dossier de la déposition. Une personne fait une chute dans un terrain de stationnement et intente une action contre le propriétaire de ce terrain. Celui-ci au cours d'un interrogatoire vient déclarer qu'il neigeait le jour de l'accident. Est-il concevable qu'il soit dès lors impossible, dans une autre cause, de faire la preuve qu'il neigeait cette journée-là, sans le consentement de cette partie ou l'autorisation du tribunal. C'est pourtant le résultat auquel on aboutit lorsqu'on applique purement et simplement la règle de l'engagement implicite de confidentialité à toute information divulguée au cours d'un interrogatoire préalable.

Il convient de rappeler que, selon M. le juge Fish, le fait qu'une déposition porte sur des faits connus ou qui ont un caractère public ne dispenserait pas de la nécessité de faire lever l'embargo qui frappe l'information en question, mais constituerait seulement une circonstance particulière justifiant le tribunal de donner son autorisation. En effet, M. le juge Fish affirme ce qui suit à ce sujet:

With leave of the court, I would permit the use of material obtained on discovery for any purpose, if it is shown on application to be otherwise accessible to the public; [...]⁶⁸

⁶⁸ *Lac d'amiante du Québec ltée c. 2858-0702 Québec inc.*, *supra* note 1 à la p. 996.

Il faut savoir que, par hypothèse, les interrogatoires préalables portent sur des faits ayant un caractère public ou, à tout le moins, qui ont vocation à le devenir. En effet, comme le caractère public des registres des tribunaux s'étend aux procédures écrites produites au dossier de la cour, tous les faits allégués dans ces procédures et qui constituent les faits en litige sur lesquels doivent nécessairement porter les interrogatoires préalables acquièrent par la-même un caractère public. Comment ne pas voir la contradiction qu'il y a à imposer une obligation de confidentialité à propos de faits qui ont déjà acquis un caractère public.

De plus, advenant même qu'un interrogatoire préalable donne lieu à la divulgation d'une information qui n'a pas déjà un caractère public, il est évident que, si cette information est favorable à la partie qu'il l'a recueillie, celle-ci va faire en sorte de la transmettre au tribunal, lors de l'audience, et de lui conférer ainsi un caractère public. Si l'information lui est défavorable ou sert davantage les intérêts de la partie adverse, nul n'est besoin de lui imposer une obligation de confidentialité pour qu'elle veuille garder secrète cette information, son propre intérêt suffit. Mais par application de la règle de l'engagement implicite de confidentialité, on aboutit au curieux paradoxe suivant. Si l'information est favorable à la partie qui l'a recueillie, celle-ci devra la garder secrète jusqu'à l'audience, sous peine d'être condamnée pour outrage au tribunal. Mais si l'information lui est défavorable, la partie qui l'a divulguée va avoir pleine liberté de la diffuser. Comment ne pas voir l'illogisme d'une telle situation.

D'où l'on voit que la règle de l'engagement implicite de confidentialité qui a été conçue pour la protection du caractère privé des documents qui doivent faire l'objet d'une divulgation forcée aux fins d'un litige, ne peut pas être étendue aux informations qu'un témoin est tenu de divulguer au cours d'un interrogatoire préalable, et ce, pour la simple raison que la divulgation forcée d'informations n'implique pas comme telle d'atteinte à la vie privée.

Conclusion

Parce qu'en droit québécois, contrairement à la situation qui prévaut en *common law*, les règles quant à la divulgation des documents n'ont aucun caractère envahissant au regard du droit à la vie privée des parties, la Cour d'appel, pour ce motif, aurait dû conclure à l'inexistence dans notre droit de la règle de l'engagement implicite de confidentialité. Tant que la décision dans l'affaire *Lac d'amiante* va faire autorité, la règle devra s'appliquer. Par l'effet de cette décision, le législateur, en réformant, en 1983, le régime de l'interrogatoire préalable afin de conférer à cette procédure un caractère exploratoire, se trouve à avoir fait, à son insu, à la partie qui a recours à cette procédure, un cadeau de grec. En effet, le droit exclusif conféré à cette partie de décider si la déposition ainsi recueillie va faire partie de la preuve ou non, comporte désormais un revers: un engagement de sa part de garder confidentiels les documents et les informations dont elle a obtenu par ce moyen la divulgation.

Il s'agit d'une obligation de confidentialité dont la nouveauté n'a d'égale que son imprécision. Cette imprécision est d'autant plus grave que tout manquement à cette obligation expose le contrevenant à une condamnation pour outrage au tribunal. Cette décision a également pour effet de soumettre le déroulement des interrogatoires préalables à la règle du huis clos et de rompre ainsi avec la tradition juridique qui conférait jusqu' alors à cette procédure un caractère public.