

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20140912

**Dossiers : A-350-12
A-351-12
A-358-12**

Référence : 2014 CAF 201

**CORAM : LE JUGE PELLETIER
LA JUGE DAWSON
LE JUGE STRATAS**

Dossier : A-350-12

ENTRE :

**LE CHEF ET LES CONSEILLERS DE LA
PREMIÈRE NATION DE GRAND RAPIDS,
SOIT LE CHEF OVIDE WILLIAM
MERCREDI ET LES CONSEILLERS
WILLIAM EUGENE FERLAND, KENNETH
GEORGE COOK et RONALD JOSEPH
BALLANTYNE, agissant en leur propre nom et
au nom de la PREMIÈRE NATION DE GRAND
RAPIDS (aussi appelée la NATION CRIE DE
MISIPAWISTIK et les CRIS DE GRAND
RAPIDS)**

appelants

et

**SA MAJESTÉ LA REINE
DU CHEF DU CANADA**

intimée

Dossier : A-351-12

ET ENTRE :

LE CHEF ET LES CONSEILLERS DE LA

**NATION CRIE D'OPASKWAYAK, SOIT LE
CHEF NORMAN GLEN ROSS ET LES
CONSEILLERS BERNICE GENAILLE,
KAREN INNES, OMAR CONSTANT, STAN
HEAD, CLARENCE CONSTANT, GARTH
FLETT, DANNY YOUNG, JOHN PAUL
MARTIN, EDMIN JEBB, KERRY BIGNESS,
RON A. CONSTANT et GARY COOK, agissant
en leur propre nom et au nom de LA NATION
CRIE D'OPASKWAYAK**

appelants

et

**SA MAJESTÉ LA REINE
DU CHEF DU CANADA**

intimée

Dossier : A-358-12

ET ENTRE :

**ALPHEUS BRASS, FLOYD GEORGE, RALPH
THOMAS, RAYMOND CATT, STEVE
YOUNG, WILLIAM JOHN THOMAS, SAM
GEORGE, DORIS GEORGE, REGINALD
WALKER, ROBERT WALKER, FRANK
TURNER, ALBERT PACKO et CLARENCE
EASTER, agissant en leur propre nom et au nom
de tous les autres membres de la Première
Nation de Chemawawin, et la PREMIÈRE
NATION CHEMAWAWIN (aujourd'hui
appelée la NATION CRIE DE
CHEMAWAWIN)**

appelants

et

SA MAJESTÉ LA REINE

intimée

Audience tenue à Winnipeg (Manitoba), le 16 janvier 2014.

Jugement rendu à Ottawa (Ontario), le 12 septembre 2014.

MOTIFS DU JUGEMENT PAR :

LA JUGE DAWSON

Y ONT SOUSCRIT :

LE JUGE PELLETIER
LE JUGE STRATAS

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20140912

**Dossiers : A-350-12
A-351-12
A-358-12**

Référence : 2014 CAF 201

**CORAM : LE JUGE PELLETIER
LA JUGE DAWSON
LE JUGE STRATAS**

Dossier : A-350-12

ENTRE :

**LE CHEF ET LES CONSEILLERS DE LA
PREMIÈRE NATION DE GRAND RAPIDS,
SOIT LE CHEF OVIDE WILLIAM
MERCREDI ET LES CONSEILLERS
WILLIAM EUGENE FERLAND, KENNETH
GEORGE COOK et RONALD JOSEPH
BALLANTYNE, agissant en leur propre nom et
au nom de la Première Nation de GRAND
RAPIDS (aussi appelée la NATION CRIE DE
MISIPAWISTIK et les CRIS DE GRAND
RAPIDS)**

appelants

et

**SA MAJESTÉ LA REINE
DU CHEF DU CANADA**

intimée

Dossier : A-351-12

ET ENTRE :

LE CHEF ET LES CONSEILLERS DE LA

**NATION CRIE D'OPASKWAYAK, SOIT LE
CHEF NORMAN GLEN ROSS, LES
CONSEILLERS BERNICE GENAILLE,
KAREN INNES, OMAR CONSTANT, STAN
HEAD, CLARENCE CONSTANT, GARTH
FLETT, DANNY YOUNG, JOHN PAUL
MARTIN, EDMIN JEBB, KERRY BIGNESS,
RON A. CONSTANT et GARY COOK, agissant
en leur propre nom et au nom de LA NATION
CRIE D'OPASKWAYAK**

appelants

et

**SA MAJESTÉ LA REINE
DU CHEF DU CANADA**

intimée

Dossier : A-358-12

ET ENTRE :

**ALPHEUS BRASS, FLOYD GEORGE, RALPH
THOMAS, RAYMOND CATT, STEVE
YOUNG, WILLIAM JOHN THOMAS, SAM
GEORGE, DORIS GEORGE, REGINALD
WALKER, ROBERT WALKER, FRANK
TURNER, ALBERT PACKO et CLARENCE
EASTER, agissant en leur propre nom et au nom
de tous les autres membres de la
Première Nation de Chemawawin, et la
PREMIÈRE NATION DE CHEMAWAWIN
(aujourd'hui appelée la NATION CRIE DE
CHEMAWAWIN)**

appelants

et

SA MAJESTÉ LA REINE

MOTIFS DU JUGEMENT

LA JUGE DAWSON

[1] Les appels dont nous sommes saisis soulèvent les questions fondamentales suivantes : (i) la Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en confirmant que certains documents devaient être soustraits à la divulgation à l'étape des communications préalables au motif qu'ils étaient visés par le privilège relatif au litige, ainsi que le gouvernement fédéral le faisait valoir? (ii) la Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en confirmant que les documents que le gouvernement fédéral avait divulgués aux demandeurs étaient protégés par le secret professionnel de l'avocat, ainsi que le gouvernement fédéral le faisait valoir? Pour les motifs qui suivent, j'ai conclu que la Cour fédérale a commis une erreur et que les documents en cause doivent être divulgués selon les modalités décrites plus loin dans les présents motifs.

I. Contexte factuel

[2] Pour comprendre les revendications de privilèges soulevées, il est important de saisir le litige sous-jacent entre les parties.

[3] Dans les années 1960, Manitoba Hydro a entamé la construction d'un barrage hydroélectrique sur la rivière Saskatchewan, sachant que les travaux entraîneraient l'inondation de terres de réserve détenues par les Nations cries d'Opaskwayak, de Chemawawin et de

Misipawistik. Dans le cadre de ce projet, la province du Manitoba voulait aussi bâtir une ligne de transport d'électricité et une autoroute provinciale qui traverserait les terres de réserve de la Nation crie de Misipawistik.

[4] Compte tenu des effets nuisibles du projet de barrage sur les terres et le mode de vie des appelants, le Canada a demandé au Manitoba et à Manitoba Hydro de conclure des ententes de dédommagement avec les Premières Nations concernées.

[5] Les Premières Nations concernées ont par la suite fait valoir que ces ententes n'étaient pas suffisantes pour les dédommager de toutes les pertes sociales, économiques et culturelles liées au projet hydro-électrique. Ces premières nations, parmi lesquelles figuraient les appelants, ont sollicité et obtenu du Canada des fonds destinés à la recherche et à des activités connexes de manière à pouvoir négocier un dédommagement plus satisfaisant.

[6] Les négociations se sont ensuite déroulées pendant de nombreuses années, avec la participation occasionnelle du Canada, mais surtout celle du Manitoba et de Manitoba Hydro. Elles ont finalement été rompues, et les appelants ont déposé une déclaration contre le Manitoba et Manitoba Hydro en mai 1980. Dans une lettre datée du 2 mai 1980, le Canada a été avisé que ces derniers comptaient le mettre en cause.

[7] Un certain nombre de lettres, d'énoncés de position et un avis juridique échangés entre le Canada et les appelants entre 1980 et le début des années 1990 montrent que ces derniers tenaient le Canada responsable de leurs pertes; le Canada nie toute responsabilité. Cependant, le

ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC) a déclaré à un certain moment que [TRADUCTION] « si une preuve formelle venait établir durant les négociations que le Canada a manqué à ses obligations juridiques, le gouvernement fédéral négociera avec les [appelants] une réparation juste et raisonnable ».

[8] Tout au long du processus, les avocats du ministère de la Justice ont fourni au Canada des avis juridiques et assisté à des réunions avec les Premières Nations et leurs avocats.

[9] En fin de compte, après avoir signé de nouvelles ententes de dédommagement avec le Manitoba et Manitoba Hydro, les appelants ont poursuivi le Canada pour sa participation au projet hydro-électrique. Dès le début, les actions ont traîné en longueur. Cela a notamment amené le Canada à déposer une requête en jugement sommaire pour cause de retard. Il cherchait à faire appliquer des délais de prescription et la doctrine de l'inertie.

[10] C'est au cours de ce très long litige avec le Canada que les appelants sont entrés en possession d'environ 96 documents à l'égard desquels le Canada invoque des privilèges. La plupart d'entre eux ont été divulgués dans le cadre des communications préalables et figurent à l'annexe I des divers affidavits de documents du Canada.

[11] La majorité des documents en cause sont antérieurs au début de la poursuite contre le Canada. Certains d'entre eux renferment des avis juridiques et des communications entre le ministère de la Justice et des employés du MAINC. D'autres documents font référence à des avis juridiques contenus dans des notes préparatoires ainsi qu'à des documents internes confidentiels

concernant des événements pertinents, des négociations, des propositions de règlement et l'éventuelle responsabilité du Canada.

[12] Ayant été avisés que le Canada cherchait à obtenir un jugement sommaire, les appelants ont déposé des requêtes pour le forcer à produire des documents additionnels. Ils demandaient en substance la divulgation d'un certain nombre de documents jamais mis à leur disposition, mais à l'égard desquels le Canada revendiquait le privilège relatif au litige.

[13] Quelques jours après le dépôt d'une requête à cet effet, le Canada a demandé que les appelants rendent tous les documents protégés qui se trouvaient en leur possession. Cette demande a été refusée, après quoi le Canada a passé en revue les documents produits en annexe I de ses divers affidavits de documents et a découvert qu'il en avait divulgué un grand nombre censés être protégés. Le Canada prétendait que cette divulgation était accidentelle. Il a ensuite déposé une requête en vue de récupérer quelque 96 documents censés être protégés, mais divulgués par lui, ainsi que six documents dont les appelants ont obtenu communication par des moyens inconnus. Cette requête a été instruite en même temps que celle qui visait à forcer la production de documents additionnels, présentée par les appelants.

II. Historique judiciaire

[14] Les requêtes visant à obtenir le retour des documents censés être protégés et la divulgation de documents additionnels ont d'abord été instruites par un protonotaire sur la base d'une preuve commune. Dans les motifs publiés sous la référence 2011 CF 1102, 398 F.T.R. 26, ce dernier a rejeté les requêtes des appelants en production additionnelle et a fait droit en partie à

la requête du Canada. Plus précisément, il a statué que tous les documents produits lors des communications préalables et non visés par le secret professionnel de l'avocat (c.-à-d. à l'égard desquels le Canada revendiquait uniquement le privilège relatif au litige ou le privilège de règlement) n'étaient plus protégés, car le Canada n'avait pas démontré qu'ils avaient été divulgués par accident. Le Canada n'a pas porté cette décision en appel. Le protonotaire a également conclu que le privilège avait été établi à l'égard des documents divulgués dans des circonstances inconnues ou jamais mis à la disposition des appelants. Tous les documents détenus par eux et visés par le secret professionnel de l'avocat devaient être retournés au Canada, étant donné que le protonotaire a conclu que les appelants n'avaient pas prouvé que le Canada avait renoncé à ce privilège.

[15] Les appelants ont interjeté appel de l'ordonnance du protonotaire devant un juge de la Cour fédérale. Pour les motifs exposés dans la décision sous la référence 2012 CF 927, 416 F.T.R. 50, le juge a rejeté l'appel, pour des raisons similaires à celles du protonotaire. Les appelants ont chacun porté cette décision en appel.

III. Les questions en litige

[16] Les parties soulèvent un certain nombre de questions litigieuses, mais j'estime que celles qu'il faut trancher sont les suivantes :

1. À quelle norme de contrôle en appel la décision du juge doit-elle être soumise?
2. Quels sont les documents véritablement en litige dans les présents appels?

3. Le juge a-t-il commis une erreur en concluant que le Canada avait établi que les documents non divulgués étaient visés par le privilège relatif au litige?
4. Le juge a-t-il commis une erreur en concluant que le Canada avait accidentellement divulgué les documents à l'égard desquels il invoque à présent un privilège, de telle sorte qu'il n'avait pas renoncé audit privilège?
5. Le juge a-t-il commis une erreur en confirmant que le secret professionnel de l'avocat s'appliquait à quatre documents, ainsi que le Canada le faisait valoir?

IV. Examen des questions en litige

2. *À quelle norme de contrôle en appel la décision du juge doit-elle être soumise?*

[17] Une cour d'appel ne peut modifier la décision d'un juge des requêtes que si ce dernier n'avait aucun motif de modifier la décision du protonotaire ou, advenant l'existence d'un tel motif, si sa décision était mal fondée ou manifestement erronée (*Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450, au paragraphe 18).

2. *Quels sont les documents véritablement en litige dans les présents appels?*

[18] La Nation crie de Chemawawin conteste dans le présent appel le privilège relatif au litige invoqué par le Canada à l'égard des quatre documents qu'elle décrit comme suit : la note préparatoire de M. Bloodworth, le premier document de M^{me} Marion, le second document

M^{me} Marion, et les notes de Dick Bell. Le Canada n'a pas divulgué ces documents aux appelants; la Nation crie de Chemawawin les a obtenus par des moyens inconnus.

[19] Les prétentions des autres appelants ont une portée plus large : ils cherchent à obtenir la production des documents décrits aux appendices A et B de leur mémoire des faits et du droit. Les quatre documents mis en cause par la Nation crie de Chemawawin en font partie.

[20] Les Nations cries de Misipawistik et d'Opaskwayak contestent le privilège relatif au litige invoqué par le Canada à l'égard d'environ 119 documents décrits aux appendices A et B de leur mémoire des faits et du droit.

[21] L'appendice A énumère 44 documents à l'égard desquels le Canada invoque le privilège relatif au litige dans ses affidavits de documents et qui n'ont pas été divulgués aux appelants. Le protonotaire et le juge ont conclu que les 44 documents de l'appendice A étaient visés par le privilège relatif au litige, et que cinq d'entre eux étaient également couverts par le secret professionnel de l'avocat ou le privilège de règlement. Les quatre documents mis en cause par la Nation crie de Chemawawin sont inclus à l'appendice A.

[22] L'appendice B énumère 75 documents à l'égard desquels le Canada invoque le secret professionnel total ou partiel de l'avocat. Ces pièces consistent en : 64 documents déjà inclus à l'annexe I des divers affidavits de documents du Canada et divulgués par lui aux appelants; et 11 pièces déjà incluses à l'annexe I de l'affidavit de documents de la Nation crie de Chemawawin.

[23] Le Canada soutient, et les appelants le concèdent, que les seuls documents de l'appendice A véritablement en litige sont ceux dont le juge a conclu qu'ils étaient visés par le privilège relatif au litige, mais pas entièrement protégés en vertu du secret professionnel de l'avocat ou du privilège de règlement. Comme les appelants ne contestent pas le secret professionnel de l'avocat ou le privilège de règlement invoqués à l'égard des documents identifiés par le Canada, je suis d'accord. Il s'ensuit que les documents 16, 21, 26, 27 et 28 de l'appendice A du mémoire des faits et du droit des Nations cries d'Opaskwayak et de Misipawistik sont soustraits à la divulgation.

[24] Le Canada soutient en outre que les seuls documents de l'appendice B véritablement en litige sont ceux qui ont été produits dans le cadre des communications préalables aux Nations cries d'Opaskwayak ou de Misipawistik, parce que la Nation crie de Chemawawin ne fait plus valoir dans son appel que le Canada a renoncé à son privilège à l'égard des documents qui lui ont été divulgués.

[25] Encore une fois, je suis d'accord. Bien qu'elles soient liées, ces trois poursuites n'ont pas été jointes et il revenait à la Nation crie de Chemawawin d'invoquer la renonciation du privilège à l'égard des documents divulgués à elle seule. Par conséquent, les documents suivants de l'appendice B du mémoire des faits et du droit des Nations cries d'Opaskwayak et de Misipawistik sont soustraits à la divulgation : A1, A5, A24, A27, A41, A42, A46, A49, A131, A146, A168, A171-A178, A47, A50/B12, A51, A52/B14, B15, A53, B16, A54/B17, A58/B20, A59/B21 et A60/B23 (suivant la numérotation employée dans l'ordonnance du protonotaire).

3. *Le juge a-t-il commis une erreur en concluant que le Canada avait établi que les documents non divulgués étaient visés par le privilège relatif au litige ?*

[26] Le juge a entamé son analyse concernant le privilège relatif au litige en énonçant les principes juridiques qui doivent la gouverner. Il a signalé que ce privilège doit être établi pour chaque document par la partie qui l'invoque, et qu'à cette fin, deux éléments doivent être prouvés : d'une part, le litige devait être en instance ou raisonnablement envisageable au moment de la création du document; d'autre part, celui-ci a principalement été créé afin de se préparer à ce litige (*Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319).

[27] La présente affaire a été plaidée en partant du principe que le critère habituel lié au privilège relatif au litige s'applique aux communications créées par une partie ou un agent d'une partie à un litige imminent ou en instance, dans la mesure où elles n'ont pas été préparées en vue d'obtenir un avis juridique et donc ne sont pas couvertes par le privilège qui s'y rapporte. Je ne me prononcerai pas sur le bien-fondé juridique de cette analyse.

[28] Pour trancher cette question, il faut déterminer si le juge a oui ou non commis une erreur dans son application du droit, tel qu'il l'a énoncé, à l'affaire dont il était saisi. À mon avis, le juge a commis une erreur, et ce, pour les motifs suivants.

[29] L'analyse du juge concernant le privilège relatif au litige se trouve aux paragraphes 151 et 152 de ses motifs; on peut y lire :

151. [...] Étant donné la longue histoire du différend qui nous occupe, on ne peut guère s'étonner que le Canada n'ait pas produit d'affidavit pour chacun des documents en litige. Mais cette omission ne me paraît pas fatale, et je dois rendre

une décision en me fondant sur la preuve dont je dispose. Voici ce que cette preuve me paraît établir :

- a. Les demandeurs avaient bien fait comprendre au Canada qu'ils le considéraient comme légalement responsable, et tenu de les indemniser, des pertes subies par suite du projet hydroélectrique, et/ou qu'il serait mis en cause par le Manitoba.
- b. Les demandeurs étaient en mesure de savoir qu'ils avaient une cause d'action éventuelle contre le Canada pendant toute la période considérée – comme il ressort à l'évidence de l'avis de M^e Wilson et d'autres documents – et ils l'ont informé de ce fait.
- c. Selon l'affidavit de M. Bloodworth, lui-même et d'autres fonctionnaires du MAINC avaient de 1979 à 1992

[TRADUCTION] le sentiment que les Premières Nations pouvaient à tout moment engager une procédure judiciaire contre le Canada. Celui-ci a créé un grand nombre des documents énumérés dans son annexe II en ayant cette éventualité à l'esprit et, dans certains cas, afin d'essayer d'éviter l'introduction du litige envisagé.

- d. M. Bloodworth a développé la question de l'objet principal en contre-interrogatoire. Il avait examiné un grand nombre de documents un à un et les avait cochés pour montrer que [TRADUCTION] « selon [son] analyse de ces documents et des circonstances de leur rédaction, ceux qui les avaient établis avaient connaissance des faits, étaient conscients de la possibilité qu'un litige oppose le Canada et les Premières Nations ». Il s'agissait de documents de la période précontentieuse. Pour ce qui concerne ceux qui datent d'après l'engagement des procédures judiciaires, M. Bloodworth avait utilisé ce qu'il savait [TRADUCTION] « des connaissances de la personne ayant autorisé la création du document, ainsi que des connaissances, de l'expérience et des titres de la personne à qui il s'adressait et/ou qui devait l'envoyer », pour établir lesquels de ces documents étaient protégés par le privilège relatif au litige. Il faut aussi prendre en compte l'affirmation suivante formulée par M. Bloodworth dans son affidavit : [TRADUCTION] « Étant donné les postes que j'ai occupés dans l'administration fédérale, je connaissais bien et connais bien les divers types de privilèges qui peuvent s'appliquer aux documents de cette administration. » Cette affirmation n'a pas été contestée.

- e. Chose importante dans la présente requête, il y a aussi les documents mêmes qui ont été produits devant la Cour et dont, à mon avis, l'objet principal est tout à fait évident à première vue, sans compter que le caractère manifestement privilégié et confidentiel de leur contenu confirme cet objet.

152. En fin de compte, le point de savoir quel est l'objet principal du document [TRADUCTION] « doit être décidé en fonction des faits de l'espèce », comme la CAC-B l'a noté dans l'arrêt *Hamalainen*, précité. Étant donné les faits de la présente espèce, et en particulier les éléments de preuve récapitulés ci-dessus, j'estime devoir conclure de mon examen *de novo* de cette question que l'introduction d'un litige était raisonnablement envisagée au moment de la création de chacun des documents en cause, et que l'objet principal de la création de chacun était probablement de demander un avis juridique ou de contribuer à la conduite dudit litige.

[30] Comme le note le juge au paragraphe 151 de ses motifs, le Canada n'a produit aucune preuve concernant l'objet principal de la création de chacun des documents à l'égard desquels il invoquait le privilège relatif au litige. La déposition de M. Bloodworth, citée par le juge à l'alinéa 151c), n'a pas permis d'établir que les documents avaient principalement été créés en vue d'obtenir un avis juridique ou de contribuer à la conduite du litige, car elle ne concernait que quelques documents qui n'ont pas été identifiés. Plus important encore, s'efforcer d'éviter un litige n'équivaut pas à recevoir un avis juridique ou à contribuer à la conduite du litige.

[31] De même, le témoignage de M. Bloodworth durant le contre-interrogatoire, auquel le juge se rapporte à l'alinéa 151d), n'a pas permis d'établir l'objet principal de la création du moindre document, ce qui est différent du fait d'être conscient [TRADUCTION] « de la possibilité qu'un litige oppose le Canada et les Premières Nations ». Par ailleurs, les connaissances, l'expérience et les compétences de celui qui expédie ou reçoit un document ne démontrent pas à quelle fin celui-ci a été créé. Enfin, le fait que M. Bloodworth connaisse les différents types de

privilèges n'a rien à voir avec la question de savoir s'ils existent. C'est à la Cour et non à M. Bloodworth qu'il appartient de trancher cette question.

[32] Le juge a ensuite passé les documents en revue, et en a conclu que leur objet principal était « tout à fait évident à première vue ». Je suis d'accord pour dire qu'en théorie, le contenu d'un document peut établir l'objet de sa création. Par conséquent, j'ai examiné chacun des documents non divulgués à l'égard desquels le Canada revendique le privilège relatif au litige (figurant à la partie confidentielle D.5 du dossier d'appel). Avec respect, je ne suis pas convaincue, compte tenu de mon évaluation, que le contenu de ces documents établit qu'il est plus probable que le contraire que chacun d'entre eux ait été préparé dans le but principal de demander un avis juridique ou de contribuer à la conduite du litige.

[33] Pour conclure, la preuve dont disposait le juge était insuffisante pour démontrer, document par document, que chacun de ceux qui n'avaient pas été divulgués avait été créé dans le but de demander un avis juridique ou de contribuer à la conduite du litige.

[34] Quoique cette conclusion suffise à trancher la revendication du privilège relatif au litige par le Canada à l'égard des documents non divulgués, je doute que le dossier permette d'établir que le litige était raisonnablement envisageable au moment de la création d'un grand nombre d'entre eux. Les conclusions du juge énoncées aux alinéas 151a) et b) de ses motifs sont loin de le démontrer.

4. *Le juge a-t-il commis une erreur en concluant que le Canada avait accidentellement divulgué les documents à l'égard desquels il invoque à présent un privilège, de telle sorte qu'il n'avait pas renoncé audit privilège?*

[35] Les Nations cries d'Opaskwayak et de Misipawistik soutiennent que le juge a commis une erreur en confirmant la conclusion du protonotaire portant que le Canada avait accidentellement divulgué des documents protégés. Elles soutiennent qu'il y avait une preuve considérable établissant que cette divulgation était volontaire, et que le juge aurait dû tirer une inférence défavorable du fait que le Canada n'a fait déposer aucun témoin ayant une connaissance personnelle des circonstances liées à cette divulgation. Or, d'après la preuve présentée par le Canada, celui-ci ne savait pas pourquoi tant de documents protégés avaient été divulgués, et rien ne démontrait d'après lui qu'il avait volontairement décidé de les communiquer.

[36] Le juge a tenu compte des éléments de preuve étayant la prétention voulant que la divulgation de documents protégés par le Canada ait été délibérée. Au paragraphe 164 de ses motifs, il les a résumés ainsi :

164. Les demandeurs font valoir à l'appui de leur thèse de la renonciation expresse que la preuve a ajouté les facteurs suivants aux aveux faits par les témoins du Canada, facteurs où ils voient autant d'arguments en leur faveur :

- a. Le Canada a inscrit comme non privilégiés un grand nombre de documents dans trois premiers affidavits de documents distincts produits de 1998 à 2002.
- b. Après avoir inscrit ces documents, le Canada les a communiqués aux demandeurs à de nombreuses reprises sur plus d'une décennie.
- c. Le Canada ne leur a communiqué ces documents qu'après que ses avocats les aient minutieusement examinés dans le but exprès d'établir s'il y avait lieu d'invoquer le privilège à leur égard.

- d. Le Canada a poursuivi sa communication volontaire avec la production de ses listes supplémentaires de documents en 2004.
- e. Encore un autre document supposé « privilégié » a été communiqué en exécution d'engagements pris dans le cadre d'un interrogatoire préalable mené en 2005 dans l'affaire *Opaskwayak*.
- f. Au moins trois avocats (y compris l'avocat plaidant actuel) et trois chargés de dossiers ont participé à la production de tous ces documents.
- g. Le Canada n'a pas demandé avant 2009 qu'on lui rende l'un quelconque des documents à l'égard desquels il invoque aujourd'hui le privilège.

[37] Au paragraphe 171 de ses motifs, le juge a examiné la preuve étayant la position du Canada d'après laquelle la divulgation était accidentelle. Cette preuve a été produite au moyen de l'affidavit d'André Bertrand.

[38] M. Bertrand, un chargé de dossiers auprès de la Direction générale de la gestion et du règlement des litiges (DGGRL) du MAINC, a été affecté à ce litige en 2008. Pour préparer son affidavit, il s'est entretenu avec des collègues ayant travaillé sur les dossiers concernés et avec d'anciens chargés de dossiers. Il a également passé en revue divers documents.

[39] Son affidavit renferme une preuve utile quant à la chronologie des événements pertinents.

Dans les actions intentées par les Nations cries d'Opaskwayak et de Misipawistik :

- des affidavits de documents du Canada ont été souscrits le 17 juin 2002 puis signifiés aux demandeurs le 18 juillet suivant;
- des copies des documents du Canada figurant en annexe I ont été remises aux demandeurs le 26 septembre 2002. S'y trouvaient des documents à l'égard desquels le Canada revendique à présent le secret professionnel de l'avocat;

- des affidavits supplémentaires ont été souscrits par le Canada en février 2005 puis signifiés en mars suivant;
- des copies des documents contenus à l'annexe I supplémentaire du Canada ont été remises aux demandeurs en février 2005.

[40] Dans l'action intentée par la Nation crie de Chemawawin :

- l'affidavit de documents du Canada a été souscrit le 21 octobre 1998;
- le Canada a remis des copies de ses documents figurant à l'annexe I le 3 octobre 2007.

[41] Le Canada savait, dès le 13 mai 2004, que les demandeurs détenaient l'un des documents de M^{me} Marion à l'égard desquels il revendiquait le secret professionnel de l'avocat. Le 22 décembre 2008, l'avocat de la Nation crie de Chemawawin a écrit au Canada pour faire valoir la renonciation à l'égard des documents autrement protégés et remettre en question l'exactitude de l'annexe II du Canada.

[42] Néanmoins, ce n'est que le 12 juin 2009 que le Canada a demandé que les documents protégés lui soient rendus.

[43] Les paragraphes 67 et 70 de l'affidavit de M. Bertrand renferment les éléments de preuve les plus importants sur lesquels le juge s'est appuyé pour déterminer si la divulgation par le Canada était accidentelle ou non :

[TRADUCTION]

67. Après avoir passé en revue les dossiers de la DGGRL et m'être entretenu avec d'anciens chargés de dossiers ayant travaillé sur ces affaires, je n'ai pas réussi à déterminer comment tant de documents protégés du Canada, en tout ou en partie, se sont retrouvés dans l'annexe I. D'après nos dossiers, l'affidavit de M. Brass a été examiné par [le ministère de la Justice] afin d'établir s'il devait être protégé, une pratique standard également suivie pour les affidavits de MM. Mercredi et Ross. Cependant, de nombreux documents protégés ont été produits alors qu'ils n'auraient pas dû l'être. Je suis incapable de dire si l'examen était déficient, ou si un problème a empêché d'appliquer les conclusions de l'examen, mais en passant les dossiers en revue, je n'ai pas trouvé le moindre indice d'une décision délibérée ou volontaire de divulguer les documents.

[...]

70. Les chargés de dossiers de la DGGRL qui souscrivent un affidavit de documents ne détenaient pas plus hier qu'à présent les pouvoirs nécessaires pour renoncer à un privilège au nom de la Couronne. Le ministère de la Justice ne peut pas non plus procéder à une telle renonciation sans obtenir au préalable les instructions explicites du ministère client, lequel doit d'abord obtenir les approbations nécessaires du bureau du sous-ministre, tout au moins, et peut-être même aussi des échelons supérieurs d'autres ministères gouvernementaux. Aucune décision de la sorte n'a jamais été prise, et aucune approbation demandée, pour que le Canada renonce au privilège dans le cadre du présent litige.

[44] L'affidavit ne contient aucune preuve du type de celle qu'on attendrait en cas de divulgation accidentelle de documents protégés : à savoir, un témoignage quant à la surprise initiale et aux mesures prises pour déceler la cause de l'erreur et exiger le retour immédiat des documents.

[45] Le juge a conclu, sur la foi du dossier de preuve dont il disposait, que tous les documents censés être protégés « ont été mis à leur disposition par inadvertance dans un contexte où le Canada n'avait pas l'intention de renoncer au privilège » (motifs, paragraphe 172).

[46] J'estime respectueusement que la preuve n'étayait pas cette conclusion de fait.

[47] Au mieux, la preuve soumise par M. Bertrand montrait qu'il ne s'expliquait pas pourquoi les documents avaient été divulgués, et son examen *a posteriori* ne révélait aucune preuve directe de l'intention de renoncer au privilège. Cela ne suffit pas à démontrer que la divulgation était accidentelle. Aucune preuve directe n'a permis d'établir que le Canada n'avait pas l'intention de renoncer à son privilège.

[48] Ayant divulgué des documents de l'annexe I de ses divers affidavits de documents, et ayant négligé d'en exiger rapidement le retour, le Canada devait prouver de façon plus convaincante qu'il n'avait pas l'intention de renoncer à son privilège.

[49] En vertu de l'alinéa 224(1)d) des *Règles des Cours fédérales*, l'auteur de l'affidavit de documents doit être « un représentant autorisé de la Couronne », si celle-ci est partie au litige. Le sous-alinéa 223(2)a)(ii) des Règles exige une liste de tous les documents à l'égard desquels un privilège est revendiqué, et l'alinéa 223(2)b), un exposé des motifs de chaque revendication de privilège. Le paragraphe 224(2) des Règles oblige l'auteur de l'affidavit à se renseigner dans la mesure du raisonnable au sujet de toute question en litige dans l'action. Compte tenu de ce régime, permettre au Canada de revendiquer un privilège sur la base du dossier dont nous

disposons reviendrait à atténuer de façon importante la norme légale de diligence à laquelle doit satisfaire tout auteur d'affidavit de documents.

[50] Il s'ensuit que le Canada a renoncé au secret professionnel de l'avocat à l'égard de tous les documents en cause ayant été divulgués aux Nations cries appelantes d'Opaskwayak et de Misipawistik. Comme la Nation crie de Chemawawin n'a pas fait valoir que le Canada avait renoncé au secret professionnel de l'avocat à l'égard des documents qui lui ont été remis, le Canada est en droit de faire valoir ce privilège à l'égard des documents fournis à elle seule.

5. *Le juge a-t-il commis une erreur en confirmant que le secret professionnel de l'avocat s'appliquait à quatre documents, ainsi que le Canada le faisait valoir?*

[51] La Nation crie de Chemawawin conteste l'étendue du caviardage fondé sur le secret professionnel de l'avocat des trois documents controversés qui se trouvent en sa possession. Il s'agit de la note préparatoire de M. Bloodworth ainsi que des premier et second documents de M^{me} Marion. Ces documents n'ont pas été divulgués par le Canada et ont été obtenus par la Nation crie de Chemawawin par des moyens inconnus. Le quatrième document que cette dernière met en cause, les notes de Dick Bell, ne se trouvent pas en sa possession. Elles figurent dans la partie D.5 du dossier d'appel, déposée de façon confidentielle. Le Canada revendique le secret professionnel de l'avocat à l'égard d'un paragraphe contenu dans ces notes.

[52] Comme j'ai conclu que le Canada a renoncé à son droit de faire valoir le privilège, il n'est pas nécessaire que j'examine la portée du secret professionnel de l'avocat invoqué à l'égard des trois documents détenus par les appelants. Il est nécessaire d'examiner ce privilège

relativement aux notes de Dick Bell figurant à l'onglet 2 de la partie D.5 du dossier d'appel, déposée de façon confidentielle. Le Canada revendique le secret professionnel de l'avocat à l'égard du dernier paragraphe incomplet de la page 13 et du premier paragraphe incomplet de la page 14. Il semblerait qu'il n'ait pas été statué sur cette revendication.

[53] Les parties conviennent que les trois composantes du secret professionnel de l'avocat sont une communication entre un avocat et son client, qui suppose la demande ou la prestation d'un avis juridique et se veut confidentielle.

[54] Dans le paragraphe en question, l'avocat du Canada évoque certains sujets en se basant sur son interprétation de certains événements en l'enrichissant de son évaluation juridique. Je conclus que la revendication du secret professionnel de l'avocat est valide, car les trois critères sont remplis.

V. Conclusion

[55] Pour les motifs qui précèdent, je ferais droit aux appels et infirmerais l'ordonnance de la Cour fédérale. Pour ce qui est de prononcer le jugement que la Cour fédérale aurait dû rendre à l'égard des documents en cause dans le présent appel (précédemment décrits plus en détail), je rejetterais la revendication du privilège relatif au litige, en excluant la divulgation des documents ou parties de documents couverts par des revendications valides du secret professionnel de l'avocat ou par le privilège de règlement. En outre, je rejetterais la revendication du secret professionnel de l'avocat à l'égard de tous les documents en cause dans le présent appel et fournis aux Nations cries d'Opaskwayak et de Misipawistik par le Canada. Enfin, j'ordonnerais

que les Nations crie d'Opaskwayak et de Misipawistik reçoivent conjointement un mémoire des dépens liés au présent appel et que la Nation crie de Chemawawin obtienne le paiement de ses dépens relativement au présent appel.

[56] Une copie des présents motifs sera placée dans chacun des dossiers de la Cour.

« Eleanor R. Dawson »

j.c.a.

« Je suis d'accord.

J.D. Denis Pelletier, j.c.a. »

« Je suis d'accord.

David Stratas, j.c.a. »

Traduction certifiée conforme
Mario Lagacé, jurilinguiste

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : A-350-12

INTITULÉ : LE CHEF ET LES CONSEILLERS
DE LA PREMIÈRE NATION DE
GRAND RAPIDS ET AUTRES c.
SMLR DU CHEF DU CANADA

LIEU DE L'AUDIENCE : WINNIPEG (MANITOBA)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 16 JANVIER 2014

MOTIFS DU JUGEMENT : LA JUGE DAWSON

Y ONT SOUSCRIT : LE JUGE PELLETIER
LE JUGE STRATAS

DATE DES MOTIFS : LE 12 SEPTEMBRE 2014

COMPARUTIONS :

Harley Schachter POUR LES APPELANTS
Kaitlyn Lewis

Cary Clark POUR L'INTIMÉE
Jean-Daniel Boulet

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Duboff Edwards Haight and Schachter LLP POUR LES APPELANTS
Winnipeg (Manitoba)

William F. Pentney POUR L'INTIMÉE
Sous-procureur général du Canada

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : A-351-12

INTITULÉ : LE CHEF ET LES CONSEILLERS
DE LA NATION CRIE
D'OPASKWAYAK ET AUTRES c.
SMLR DU CHEF DU CANADA

LIEU DE L'AUDIENCE : WINNIPEG (MANITOBA)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 16 JANVIER 2014

MOTIFS DU JUGEMENT : LA JUGE DAWSON

Y ONT SOUSCRIT : LE JUGE PELLETIER
LE JUGE STRATAS

DATE DES MOTIFS : LE 12 SEPTEMBRE 2014

COMPARUTIONS :

Harley Schachter POUR LES APPELANTS
Kaitlyn Lewis
Cary Clark POUR L'INTIMÉE
Jean-Daniel Boulet

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Duboff Edwards Haight and Schachter LLP POUR LES APPELANTS
Winnipeg (Manitoba)

William F. Pentney POUR L'INTIMÉE
Sous-procureur général du Canada

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : A-358-12

INTITULÉ : ALPHEUS BRASS ET AUTRES c.
SMLR

LIEU DE L'AUDIENCE : WINNIPEG (MANITOBA)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 16 JANVIER 2014

MOTIFS DU JUGEMENT : LA JUGE DAWSON

Y ONT SOUSCRIT : LE JUGE PELLETIER
LE JUGE STRATAS

DATE DES MOTIFS : LE 12 SEPTEMBRE 2014

COMPARUTIONS :

Mark Underhill POUR LES APPELANTS

Cary Clark POUR L'INTIMÉE
Jean-Daniel Boulet

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Underhill, Boies Parker POUR LES APPELANTS
Vancouver (Colombie-Britannique)

William F. Pentney POUR L'INTIMÉE
Sous-procureur général du Canada