

ACTUALITÉS – LITIGE

NOVEMBRE 2005

Une modification au droit ontarien portant sur la divulgation aux vérificateurs de documents privilégiés

Philip Services Corp. (Séquestre de) c. Commission des valeurs mobilières de l'Ontario
[2005] O.J. No. 4418 (Cour divisionnaire), inf. (2004), 27 O.S.C.B. 10003 (Commission des valeurs mobilières de l'Ontario)

La Cour divisionnaire de l'Ontario a récemment étudié la législation ontarienne sur les protections juridiques applicables aux communications privilégiées entre client et avocat transmises par un client à ses vérificateurs. Dans un jugement de 1994, *Cinéplex Odéon*¹, il a été décidé qu'un client est tenu de renoncer au privilège entre client et avocat à toutes fins lorsque son vérificateur demande que lui soit remis un document privilégié requis en vue de la réalisation d'une vérification. Dans la nouvelle décision, la Cour divisionnaire conclut que, compte tenu de l'obligation prévue par la loi qu'a une société de coopérer avec son vérificateur, et compte tenu des motifs d'intérêt public favorisant la divulgation complète et franche, lorsqu'une société fournit un document privilégié à son vérificateur aux fins de la vérification, le document continue d'être protégé par le privilège contre toute divulgation ultérieure.

Contexte

Le 6 novembre 1997, Philip Services Corp. (« **Philip** ») a réalisé une offre publique d'environ vingt millions d'actions ordinaires, dont quinze millions devaient être vendues aux États-Unis et cinq millions au Canada et à l'étranger. À la même date, Philip a déposé auprès de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (la « **Commission** ») un prospectus comprenant ses états financiers vérifiés pour les exercices terminés en 1995 et en 1996, et ses états financiers non vérifiés pour les neuf premiers mois de 1997.

En janvier 1998, deux mois après l'appel public à l'épargne, Philip a fait la première d'une série d'annonces qui ont entraîné une diminution considérable du bénéfice présenté dans ses états financiers vérifiés de 1995 et de 1996, et qui modifiaient grandement sa situation financière pour 1997. À la suite de ces divulgations, le cours des actions de Philip a subi une baisse importante et la société s'est placée sous la protection de la loi sur la faillite.

En mai 1998, le personnel de la Commission chargé de l'application de la loi (le « **personnel** ») a entamé une enquête sur la régularité de la divulgation faite par Philip

Le groupe de litige national de Stikeman Elliott est classé parmi les meilleurs groupes de litige en droit des affaires du Canada

Description complète à la page 3

¹ Corporation Cinéplex Odéon c. Canada (ministre du Revenu national – Impôt) (1994) 114 D.L.R. (4^e) 141 (C. Ont., Div. gén.)

dans le cadre de l'appel public à l'épargne. Le personnel a envoyé une assignation à Deloitte & Touche s.r.l. (« **Deloitte** »), vérificateurs de Philip, exigeant la production des documents pertinents à l'enquête.

En réponse à l'assignation, Deloitte a fourni au personnel un certain nombre d'avis juridiques (les « **avis juridiques** ») qu'elle avait en sa possession et qui avaient été préparés pour Philip par ses avocats et fournis par Philip à Deloitte avant le début de l'enquête. Deloitte n'avait pas tenté d'obtenir le consentement ou l'autorisation de Philip en vue de produire ces documents.

Le 30 août 2000, la Commission a délivré un avis d'audition et un énoncé des allégations de fait contre Philip et sept de ses anciens dirigeants et administrateurs (les « **intimés** ») alléguant qu'ils n'avaient pas fait une divulgation complète, véridique et claire des faits importants dans le prospectus. Dans l'énoncé des allégations de fait, le personnel citait à profusion certains des avis juridiques.

À la suite de la délivrance de l'énoncé des allégations de fait, Philip s'est objectée à l'utilisation par le personnel des avis juridiques prétextant que ces documents étaient toujours protégés par le privilège entre client et avocat. La Commission a demandé au personnel de présenter une requête visant à lui permettre de se pencher sur la question de savoir si le personnel devrait avoir le droit de se fier aux avis juridiques dans le cadre de l'exécution d'une décision. En réponse, Philip (alors sous séquestre) a fait valoir que le personnel ne pouvait pas se fier aux avis juridiques car Philip n'avait pas eu l'intention de renoncer au privilège les visant lorsque les documents avaient été fournis à Deloitte, et que Deloitte n'avait pas la capacité de renoncer à ce privilège au nom de Philip.

En rendant sa décision à l'égard de la requête, la Commission a tenu compte de l'affaire *Cinéplex*, dans laquelle le tribunal avait décidé qu'un document privilégié remis à un comptable ne pouvait le demeurer que si le comptable utilise ses habiletés de comptable en agissant à titre de mandataire du client pour obtenir des conseils juridiques, et non lorsque le comptable reçoit le document privilégié en sa capacité de vérificateur. La Commission a décidé, dans les faits, que les avis juridiques avaient été fournis à Deloitte en sa capacité de vérificateur, et non pas pour venir en aide à Philip pour obtenir des conseils juridiques. Par conséquent, le privilège visant les avis juridiques a été déclaré perdu lorsque le contenu des documents a fait l'objet de discussions en la présence de membres de Deloitte et lorsque Philip a fourni les documents à Deloitte. Par conséquent, le personnel pouvait se fier aux avis juridiques dans le cadre du recours contre les intimés.

Philip en a appelé de la décision de la Commission auprès de la Cour divisionnaire de l'Ontario.

La Cour divisionnaire reconnaît le besoin d'étendre la protection offerte par le privilège

Le juge Lane (qui a rédigé la décision unanime de la Cour) a commencé par évaluer si la divulgation de documents privilégiés à un vérificateur dans le cadre de ses fonctions de vérification entraînait une renonciation au privilège à toutes fins utiles. Le juge Lane a observé que les restrictions imposées au privilège entre client et avocat en vue d'atteindre d'autres objectifs importants d'intérêt public doivent être observées attentivement et doivent être limitées à ce qui est absolument nécessaire à cette fin pour n'avoir qu'une incidence minimale sur le privilège entre client et avocat.

La Cour a décidé que les vérificateurs, dans le cadre de leur fonction publique importante visant à assurer la présentation fidèle des comptes de sociétés ouvertes, se voient attribuer par la loi le pouvoir de forcer leurs clients de vérification à leur remettre les documents que les vérificateurs considèrent nécessaires aux fins de la vérification. La Cour a conclu que la loi oblige une société à produire tous les documents demandés par le vérificateur même lorsque la société croit que les documents sont protégés par le privilège entre client et avocat.

Compte tenu que les vérificateurs sont des tiers par rapport à leurs clients, la Cour a jugé que la remise de documents privilégiés à un vérificateur doit nécessairement entraîner une sorte de renonciation au privilège entre client et avocat.

La Cour a cependant également décidé qu'il n'était pas nécessaire, en vue d'atteindre l'objectif d'intérêt public relatif à la présentation d'états financiers fidèles attestés par des vérificateurs parfaitement informés, que la renonciation au privilège s'étende au-delà des vérificateurs. Par conséquent, la Cour a statué que lorsque Philip a discuté des avis juridiques avec Deloitte et lorsqu'elle a fourni les documents à Deloitte, il ne s'agissait que d'une renonciation limitée à ce privilège. Ces documents, lorsqu'ils étaient en la possession de Deloitte, devaient être protégés contre une divulgation au personnel.

La Cour a alors examiné si, dans l'éventualité où les avis juridiques demeuraient privilégiés au moment où Philip les a remis à Deloitte, les mesures ultérieures prises par Deloitte ou par le personnel pouvaient avoir une incidence défavorable sur le privilège entre client et avocat invoqué par Philip. La Cour a décidé que la divulgation au personnel de documents privilégiés faite par Deloitte ne constituait pas une renonciation au privilège visant les documents, puisque Deloitte n'avait pas le pouvoir nécessaire pour renoncer au privilège protégeant ces documents. La Cour a également décidé que la publication non autorisée par le personnel d'extraits des avis juridiques ne pouvait avoir pour effet de modifier le statut privilégié des documents. Le juge Lane a conclu que lorsque le personnel a obtenu les avis juridiques de Deloitte, il aurait dû tenter d'obtenir des directives de Philip sur la façon de traiter les documents et ne pouvait pas faire valoir que leur publication pouvait avoir une incidence sur la nature privilégiée de ces documents.

Pour ces motifs, la Cour a renversé la décision de la Commission et a ordonné que les extraits des avis juridiques contenus dans l'énoncé des allégations de fait en soient retirés.

? Philip (séquestre de) était représenté par David R. Byers et Bradley M. Davis du groupe de litige national de Stikeman Elliott.

Pour de plus amples renseignements, communiquez avec David Byers (dbyers@stikeman.com) ou votre personne-ressource habituelle chez Stikeman Elliott.

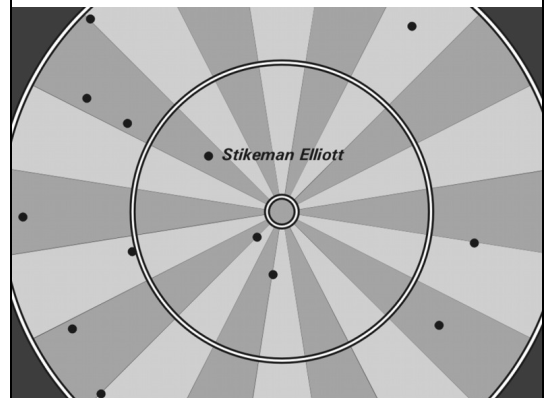
Groupe de litige national de Stikeman Elliott : Un chef de file canadien dans le domaine des litiges commerciaux

Le groupe de litige national de Stikeman Elliott a acquis une réputation de chef de file dans les plus grands centres d'affaires du Canada. Les membres du groupe représentent régulièrement des clients dans le cadre d'une variété de litiges ayant trait aux contrats commerciaux, aux recours collectifs, aux valeurs mobilières, à la fiscalité, à la concurrence/antitrust, à la responsabilité du fait des produits, à la propriété intellectuelle, à la négligence

AVOCATS PLAIDEURS CLASSÉS PARMIS LES MEILLEURS EN DROIT DES AFFAIRES

Le groupe de litige national de Stikeman Elliott est classé parmi les trois meilleurs groupes de litige en droit des affaires au Canada dans les tableaux de classement de Lexpert publiés récemment.

**LE CERCLE D'ÉLITE -- LITIGES
COMMERCIAUX AU CANADA**



100 MEILLEURS AVOCATS PLAIDEURS TRANSFRONTALIERS (CANADA-É.-U.)

Dix membres de notre groupe figurent dans le *Guide to the Leading 100 Canada/U.S. Cross-Border Litigators in Canada* de Lexpert, soit le nombre le plus élevé de tous les cabinets canadiens.

CONCURRENCE

Paul Collins (Toronto)

DROIT DES SOCIÉTÉS ET DES AFFAIRES, RECOURS COLLECTIFS ET VALEURS MOBILIÈRES

David Byers (Toronto)

Suzanne Côté (Montréal)

Michel Décary, c.r. (Montréal)

Mortimer Freiheit (Montréal)

Peter Howard (Toronto)

INSOLVABILITÉ ET RESTRUCTURATION D'ENTREPRISE

David Byers (Toronto)

Sean Dunphy (Toronto)

ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL Marc Lalonde, c.r. (Montréal)

MEILLEURS AVOCATS PLAIDEURS À SURVEILLER

Alan D'Silva (Toronto)

Katherine Kay (Toronto)

professionnelle, à l'assurance de la responsabilité civile des administrateurs et des dirigeants, notamment les questions de violation du devoir fiduciaire, à la diffamation, à l'assurance, à l'immobilier, à l'insolvabilité, à la fraude, à la construction, à l'emploi, aux droits de la personne, à l'environnement et à la constitution.

Le groupe est classé parmi les trois meilleurs groupes de litige en droit des affaires dans les tableaux de classement de Lexpert publiés récemment. Dix membres de notre groupe figurent dans le *Guide to the Leading 100 Canada/U.S. Cross-Border Litigators in Canada* de Lexpert, soit le nombre le plus élevé de tous les cabinets canadiens (octobre 2005). Le groupe s'est classé comme un chef de file dans le domaine des litiges commerciaux généraux dans *The World's Leading Lawyers 2004* de Chambers Global. Cinq avocats plaideurs de Stikeman Elliott (représentant les bureaux de Toronto et de Montréal) figurent dans la prestigieuse revue *The 2004 Guide to the 500 Leading Lawyers in Canada*, publiée conjointement par *The American Lawyer* et *Lexpert*. En outre, le répertoire *The Canadian Legal Lexpert Directory 2005* cite les avocats plaideurs de Stikeman Elliott comme « très souvent recommandés » en matière de recours collectifs, de droit des affaires et de valeurs mobilières.

Expérience acquise à chaque palier des tribunaux canadiens

On retient régulièrement les services des membres du groupe de litige national pour agir dans un large éventail d'instances judiciaires, tant pour des demandes d'injonction que pour des procès et des appels complexes à tous les paliers des tribunaux provinciaux et fédéraux. Les membres du groupe plaident régulièrement devant les autorités de réglementation des valeurs mobilières et de l'énergie, les conseils municipaux, le Tribunal de la concurrence, l'Office des transports du Canada, le CRTC (l'autorité de réglementation des communications du Canada), les commissions des permis d'alcool, les commissions des droits de la personne, les groupes d'arbitrage, les commissions d'enquête et les organismes dirigeants de diverses institutions et professions.

La confiance règne

Les membres du groupe de litige ont agi à titre de conseillers juridiques pour d'importantes sociétés ouvertes et fermées dans une grande variété de secteurs de l'économie, pour d'importantes institutions financières canadiennes et étrangères, pour tous les paliers du gouvernement (y compris les autorités de réglementation provinciales) et pour une variété d'organisations caritatives. Les membres du groupe ont représenté des fiduciaires, des séquestres, des contrôleurs, des créanciers ou des débiteurs dans la plupart des affaires d'insolvabilité et de restructuration importantes qui sont survenues au cours des dernières années. La nomination de Stikeman Elliott à titre de conseiller juridique canadien de l'Institute of London Underwriters fait état de son expérience dans les poursuites en matière d'assurance et de négligence, tant dans la défense de réclamations pour négligence médicale que dans les poursuites pour négligence des vérificateurs.

Spécialistes transfrontaliers du Canada

Le groupe de litige national a une vaste expérience des questions juridiques qui transcendent les frontières du Canada. Que ce soit dans une affaire d'insolvabilité internationale ou dans la défense d'un recours collectif identique à un autre recours intenté à l'étranger, les avocats plaideurs de Stikeman Elliott ont acquis une réputation de spécialistes transfrontaliers qui collaborent efficacement avec les avocats et les experts d'autres territoires.

TORONTO

5300 Commerce Court West,
199 Bay Street
Toronto, Canada M5L 1B9
N° de tél.: (416) 869-5500
Télécopieur: (416) 947-0866

MONTREAL

1155, boul. René-Lévesque Ouest,
40^e étage
Montréal (Québec) Canada H3B 3V2
N° de tél.: (514) 397-3000
Télécopieur: (514) 397-3222

OTTAWA

Suite 1600, 50 O'Connor Street
Ottawa, Canada K1P 6L2
N° de tél.: (613) 234-4555
Télécopieur: (613) 230-8877

CALGARY

4300 Bankers Hall West
888 - 3rd Street S.W.
Calgary, Canada T2P 5C5
N° de tél.: (403) 266-9000
Télécopieur: (403) 266-9034

VANCOUVER

Suite 1700, Park Place
666 Burrard Street
Vancouver, Canada V6C 2X8
N° de tél.: (604) 631-1300
Télécopieur: (604) 681-1825

NEW YORK

Tower 56, 14th Floor
126 East 56th Street
New York, USA 10022
N° de tél.: (212) 371-8855
Télécopieur: (212) 371-7087

LONDRES

Dauntsey House
4B Frederick's Place
London EC2R 8AB England
N° de tél.: 44 20 7367 0150
Télécopieur: 44 20 7367 0160

SYDNEY

Level 12, The Chifley Tower
2 Chifley Square
Sydney N.S.W. 2000 Australia
N° de tél.: (61-2) 9232 7199
Télécopieur: (61-2) 9232 6908

www.stikeman.com