

Cour fédérale



Federal Court

Date : 20171003

Dossier : T-186-13

Référence : 2017 CF 874

[TRADUCTION FRANÇAISE]

Ottawa (Ontario), le 3 octobre 2017

En présence de madame la protonotaire Mireille Tabib

ENTRE :

MAOZ BETSER-ZILEVITCH

demandeur

et

**NEXEN INC. ET CNOOC CANADA, INC.,
CHACUNE INDIVIDUELLEMENT ET
EXPLOITANT LEUR ENTREPRISE SOUS
LA DÉNOMINATION SOCIALE DE THE
LONG LAKE OIL SANDS PROJECT**

défenderesses

ORDONNANCE ET MOTIFS

[1] La Cour doit décider, dans la présente requête, si le cabinet d'avocats qui espère agir au nom du demandeur dans la présente instance a réussi à réfuter la présomption selon laquelle il n'est pas habilité à le faire, parce que l'un de ses associés principaux a déjà agi comme avocat inscrit au dossier pour le compte des défenderesses dans la même instance, alors qu'il travaillait

pour un autre cabinet d'avocats. Pour les motifs qui suivent, je conclus que la présomption de conflit entraînant inhabilité n'a pas été réfutée.

[2] Le demandeur, Maoz Betser-Zilevitch, a intenté la présente action en contrefaçon de brevet contre les défenderesses Nexen Inc. et CNOOC Canada Inc. au début de l'année 2013. Je désignerai les défenderesses collectivement sous le nom de Nexen dans les présents motifs. M. Betser-Zilevitch était, jusqu'à tout récemment, représenté par le cabinet d'avocats de Calgary Prowse Chowne LLP. Nexen a fait appel aux services du cabinet Heenan Blaikie pour la défendre. Jonathan Stainsby, associé et avocat principal chez Heenan Blaikie, a commencé à participer à la défense de Nexen en septembre 2013, alors que le mémoire de défense était sur le point d'être déposé. Il a signé le mémoire de défense en qualité de seul avocat inscrit au dossier pour Nexen, et il est demeuré l'unique avocat inscrit au dossier jusqu'au dernier jour de février 2014, alors que le cabinet d'avocats Heenan Blaikie a été dissout.

[3] M. Stainsby s'est joint au cabinet Aitken Klee le 1^{er} mars 2014, en même temps que cinq autres avocats et un parajuriste provenant du cabinet Heenan Blaikie. M. Stainsby a discuté avec Nexen de la possibilité d'amener le mandat de leur défense avec lui chez Aitken Klee, mais Nexen a plutôt choisi de retenir les services de Smart & Biggar, pour agir en tant que nouveaux avocats inscrits au dossier.

[4] En juin 2017, quelque trois années plus tard, M. Betser-Zilevitch a approché Aitken Klee pour remplacer Prowse Chowne comme avocats inscrits au dossier dans la présente action. Aitken Klee a avisé l'avocat de Nexen de son intention d'accepter le mandat, l'informant que

bien que M. Stainsby ait souvenir de l'existence de l'action, il [TRADUCTION] « avait un contact limité avec le client et n'a reçu aucun renseignement confidentiel de Nexen ou de CNOOC ». Quoiqu'il en soit, Aitken Klee a affirmé avoir érigé un mur éthique afin d'empêcher toute communication concernant l'affaire avec M. Stainsby ou tout autre ancien employé de Heenan Blaikie.

[5] Nexen a rapidement notifié son opposition au mandat de représentation d'Aitken Klee, pour des motifs de conflit d'intérêts, et dépose maintenant la présente requête en vue d'obtenir une ordonnance pour que le cabinet Aitken Klee cesse d'occuper à titre d'avocat inscrit au dossier pour le compte du demandeur. Les procédures de la présente instance ont essentiellement été suspendues dans l'attente d'une décision concernant cette requête.

[6] Le jugement qui fait jurisprudence en la matière est l'arrêt *Succession MacDonald c Martin*, [1990] 3 RCS 1235. Il enseigne que, pour décider si un cabinet d'avocats doit être déclaré inhabile à occuper dans une affaire où il est en possible conflit d'intérêts, il faut répondre aux deux questions suivantes :

1. L'avocat a-t-il appris des faits confidentiels, grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client, qui concernent l'objet du litige?
2. Deuxièmement, y a-t-il un risque que ces renseignements soient utilisés au détriment du client?

I. M. Stainsby a-t-il reçu des renseignements confidentiels de la part de Nexen?

[7] Le point de départ pour répondre à cette question est la présomption selon laquelle M. Stainsby, ayant agi en qualité d'avocat inscrit au dossier pour le compte de Nexen dans la

présente instance, a obtenu des renseignements confidentiels qui, s'ils étaient connus des représentants légaux de M. Betsler-Zilevitch, pourraient être utilisés au détriment de Nexen en l'espèce. Comme il est indiqué dans l'arrêt *Succession MacDonald*, à la page 1260 :

[...] dès que le client a prouvé l'existence d'un lien antérieur dont la connexité avec le mandat dont on veut priver l'avocat est suffisante, la Cour doit en inférer que des renseignements confidentiels ont été transmis, sauf si l'avocat convainc la Cour qu'aucun renseignement pertinent n'a été communiqué. C'est un fardeau de preuve dont il aura bien de la difficulté à s'acquitter.

[8] Le « client » en l'espèce est Nexen et l'existence d'une relation antérieure est démontrée par le fait que M. Stainsby s'est identifié lui-même comme avocat inscrit au dossier pour le compte de Nexen dans la présente instance. L'affaire concernant la défense de Nexen n'est pas simplement liée au mandat en cause en l'espèce, elle est la même. Le nouveau cabinet de M. Stainsby souhaite représenter M. Betsler-Zilevitch contre Nexen dans le cadre de la même instance pour laquelle il a déjà représenté Nexen.

[9] M. Stainsby, ou son cabinet, porte donc l'entier fardeau, difficile, de convaincre la Cour que Nexen ne lui a transmis aucun renseignement qui pourrait être pertinent.

[10] Même si le fardeau de la preuve ne lui incombe pas, mais peut-être parce qu'elle ressentait qu'elle devait répondre à l'affirmation initiale d'Aitken Klee selon laquelle M. Stainsby n'a reçu aucun renseignement confidentiel de sa part, Nexen a déposé l'affidavit de Bruce Jones, avocat général adjoint pour Nexen pendant la période pertinente. M. Jones affirme dans son affidavit que lorsque Heenan Blaikie a cessé de représenter Nexen, le cabinet a remis à Nexen son dossier concernant la présente instance, lequel inclut à la fois des communications

entre Heenan Blaikie et Nexen et des communications internes de Heenan Blaikie. M. Jones affirme dans son témoignage que M. Stainsby était soit l'expéditeur, soit le destinataire, ou le destinataire en copie conforme, de plus de 300 courriels liés à l'instance. D'après M. Jones, M. Stainsby a été, en raison de sa participation à titre d'avocat pour Nexen, mis au courant de renseignements confidentiels et privilégiés, y compris la stratégie de procès, la prise en considération de témoins experts éventuels, et les stratégies en matière de défense et de demande reconventionnelle à faire entendre, ainsi que l'art antérieur à faire valoir.

[11] M. Stainsby a souscrit un affidavit pour appuyer la réponse d'Aitken Klee. Cependant, l'affidavit de M. Stainsby n'établit pas de manière satisfaisante qu'aucun renseignement confidentiel ne lui a été transmis. Son affidavit indique qu'il ne se souvient pas que l'un ou l'autre des courriels auxquels a fait référence M. Jones aurait contenu des renseignements confidentiels, ou qu'il aurait fourni des conseils sur une éventuelle stratégie, ou qu'il aurait participé à l'examen d'éventuels témoins experts. L'affidavit de M. Stainsby indique que, pour autant qu'il s'en souvienne, les communications par courriel et les appels téléphoniques avec le mandant de Nexen [TRADUCTION] « étaient de nature générale et n'ont pas servi à me transmettre des renseignements confidentiels des défenderesses ». Parce qu'il ne se souvient pas « aujourd'hui » de renseignements transmis par Nexen qui pourraient être considérés comme étant confidentiels, M. Stainsby souscrit à l'interprétation d'Aitken Klee selon laquelle il [TRADUCTION] « n'a reçu aucun renseignement confidentiel ».

[12] Est-il nécessaire de rappeler qu'une personne ne peut pas s'acquitter du fardeau qui lui incombe de convaincre la Cour que quelque chose ne s'est pas produit en affirmant simplement

qu'elle n'en a pas de souvenirs. Nonobstant cette conclusion manifeste, M. Jones et M. Stainsby ont été tous deux contre-interrogés à propos de leur affidavit respectif.

[13] Le demandeur aurait pu demander à M. Jones, mais il semble qu'il ait choisi de ne pas le faire, d'apporter avec lui et de produire lors de son contre-interrogatoire les courriels mentionnés dans son affidavit, ou les factures envoyées par Heenan Blaikie à Nexen qui auraient pu permettre d'établir le nombre d'heures que M. Stainsby a consacrées au dossier et facturées. Lors de l'audience, l'avocat du demandeur a laissé entendre que la Cour devrait tirer une conclusion défavorable de l'omission de Nexen de produire ces documents dans le cadre de sa preuve. Cette suggestion est inappropriée dans la mesure où elle infère que c'est à Nexen qu'incombe le fardeau d'établir que M. Stainsby a reçu des renseignements confidentiels, alors que c'est le contraire. Il incombait à M. Stainsby, ou à Aitken Klee, de démontrer que, nonobstant la conclusion qui doit être tirée de sa relation avec Nexen, aucun renseignement confidentiel n'a été divulgué. Même si Aitken Klee n'avait pas les courriels et les renseignements sur la facturation en sa possession, le cabinet avait tout de même le droit de demander qu'ils soient produits par M. Jones en contre-interrogatoire, sous réserve de tout privilège pouvant être revendiqué. Si une conclusion défavorable doit être tirée, elle devrait l'être contre Aitken Klee et le demandeur.

[14] Quoi qu'il en soit, je souligne que certains documents qui semblent être des courriels envoyés ou reçus par M. Stainsby, ou dont il a reçu copie, ont été montrés à M. Stainsby pendant son contre-interrogatoire. Bon nombre de ces courriels étaient fortement expurgés, manifestement afin de protéger des renseignements privilégiés. Ces courriels concernent l'approche à adopter, en réponse à une requête portant sur un acte de procédure déposé par le

demandeur, de façon à ne pas nuire à la position de Nexen, la liste des experts avec qui il faudrait communiquer, y compris leurs CV, ainsi que les discussions quant à leurs aptitudes, le budget estimatif pour le litige, et même ce qui semble être une ébauche de tableau comparatif des demandes. M. Stainsby n'a pas été en mesure de se souvenir de la plupart de ces courriels, ou de les identifier, mais il n'était pas non plus dans une position lui permettant de nier que ces courriels étaient ce qu'ils étaient censés être. Certains ont même déclenché des souvenirs chez M. Stainsby, suffisamment pour qu'il concède finalement qu'il aurait pu en fait avoir reçu des renseignements confidentiels, ou y avoir eu accès, pendant qu'il travaillait sur cette affaire pour Nexen.

[15] J'estime que l'inférence selon laquelle M. Stainsby a bien reçu des renseignements confidentiels pertinents alors qu'il travaillait sur le dossier de Nexen n'a pas été réfutée et a même été confirmée.

[16] Il a été révélé par la suite, durant le contre-interrogatoire de M. Stainsby, qu'Andrew McIntyre, un autre avocat de Heenan Blaikie qui a intégré le cabinet Aitken Klee en même temps que M. Stainsby, avait également participé à la défense de Nexen. Il faut par conséquent en conclure que M. McIntyre a également reçu des renseignements confidentiels pertinents de Nexen. Rien n'a été fait pour tenter de réfuter cette inférence. M. McIntyre ne travaille plus chez Aitken Klee et il semble qu'il y soit resté très peu de temps avant de quitter. Il semble que tout le monde chez Aitken Klee ait tout simplement oublié que M. McIntyre y a travaillé et qu'il a travaillé sur le dossier de Nexen pendant qu'il était chez Heenan Blaikie. Néanmoins,

l'inférence, dans la mesure où elle est liée à M. McIntyre, ne saurait être écartée et elle sera examinée dans les présents motifs.

II. Y a-t-il un risque que des renseignements confidentiels que possèdent M. Stainsby et M. McIntyre soient utilisés au détriment de Nexen?

[17] Comme M. Stainsby est en possession de renseignements confidentiels pertinents transmis par Nexen, il en ressort très clairement qu'il se trouve au cœur d'un conflit entraînant inhabilité et qu'il ne pourrait représenter M. Betser-Zilevitch sans le consentement de Nexen :

Un avocat qui a appris des faits confidentiels pertinents ne peut pas agir contre son client ou son ancien client. Il sera automatiquement déclaré inhabile à agir. Peu importe qu'il donne l'assurance ou qu'il promette de ne pas utiliser les renseignements. L'avocat ne peut pas compartimenter son esprit de façon à trier les renseignements appris de son client et ceux obtenus d'autres sources. Au surplus, il risquerait de s'abstenir d'utiliser des renseignements obtenus licitement, par crainte de donner l'impression qu'ils proviennent du client. L'avocat serait ainsi empêché de bien représenter son nouveau client. Par surcroît, l'ancien client aurait le sentiment d'être désavantagé. Il ne pourrait s'empêcher de penser que les questions posées au cours du contre-interrogatoire au sujet de sa vie privée, par exemple, ont leur origine dans la relation antérieure.

Succession MacDonald, à la page 1261

[18] La question soulevée est la suivante : les autres partenaires et associés chez Aitken Klee sont-ils habilités à agir? C'est là qu'il faut interpréter la deuxième question soulevée dans l'arrêt *Succession MacDonald* de la façon suivante : existe-t-il un risque que les renseignements que M. Stainsby et M. McIntyre ont en leur possession ont été ou seront communiqués aux autres membres du cabinet Aitken Klee? En effet, le raisonnement qui s'applique pour déclarer inhabile un avocat qui a reçu des renseignements confidentiels directement d'un client s'applique

nécessairement pour déclarer inhabile un avocat qui obtient des renseignements confidentiels indirectement d'un confrère.

[19] Dans sa réponse à cette deuxième question, la Cour suprême nous enseigne de tirer la conclusion que des avocats qui travaillent ensemble échangent des faits confidentiels, et que cette conclusion peut uniquement être réfutée si la Cour est convaincue, par des éléments de preuve clairs et convaincants, que toutes les mesures raisonnables ont été prises pour s'assurer que l'avocat en cause ne divulgue aucun renseignement à ceux qui travailleront sur le nouveau mandat.

[20] Par conséquent, la présomption qui s'applique est que parce qu'ils sont membres du même cabinet, M. Stainsby et M. McIntyre ont échangé des faits confidentiels avec d'autres confrères chez Heenan Blaikie et que tous les avocats de Heenan Blaikie qui sont passés chez Aitken Klee ont échangé et continueront d'échanger des faits confidentiels avec leurs confrères chez Aitken Klee. Ainsi, la présomption est que tous les avocats chez Aitken Klee sont inhabiles en raison d'un conflit.

[21] Une fois de plus, il incombe entièrement à Aitken Klee de réfuter cette présomption. Le fardeau de la preuve excède la simple prépondérance des probabilités : la preuve doit être claire et convaincante. La Cour suprême va plus loin en affirmant très clairement qu'il doit y avoir plus que des engagements et des affirmations catégoriques dans les affidavits des avocats :

A fortiori, les simples engagements et affirmations catégoriques contenus dans des affidavits ne sont pas acceptables. On peut s'attendre à les trouver dans toute affaire de cette nature qui est soumise aux tribunaux. Cela revient à une invitation de l'avocat à

lui faire confiance. Le tribunal a alors la tâche ingrate de décider quels avocats sont dignes de confiance et lesquels ne le sont pas. De plus, même si les tribunaux estimaient que cette pratique est acceptable, il est peu probable que le public soit convaincu s'il n'a d'autres garanties que les renseignements confidentiels ne seront jamais utilisés. À cet égard, j'approuve les propos du juge Posner dans la décision *Analytica*, précitée, selon qui les affidavits des avocats, qui sont difficiles à vérifier objectivement, ne rassureront pas le public.

Succession MacDonald, à la page 1263

[22] Quelles sont alors les mesures prises par Aitken Klee pour veiller à ce qu'aucune divulgation n'ait lieu?

[23] Je dois souligner, dès le départ, qu'aucune mesure n'a été prise ou n'était en place pour s'assurer que des renseignements confidentiels ne soient pas divulgués ou échangés entre les anciens avocats de Heenan Blaikie et leurs nouveaux confrères chez Aitken Klee pendant toute la période entre le moment où ils sont arrivés chez Aitken Klee en mars 2014 et le moment où Aitken Klee a érigé son mur éthique en juin 2017.

[24] L'avocat de M. Betser-Zilevitch et d'Aitken Klee ne semble pas troublé par cette lacune, croyant apparemment que le risque de divulgation de renseignements confidentiels entre des avocats qui travaillent ensemble ne se pose pas du tout, jusqu'à ce que l'un d'eux participe activement à un mandat de représentation en lien avec ces renseignements. Donc, puisque les avocats de Heenan Blaikie n'ont pas apporté avec eux le dossier de défense de Nexen en mars 2014, et qu'Aitken Klee n'a été approché afin de représenter M. Betser-Zilevitch qu'en juin 2017, il n'y aurait eu aucune raison pour que des faits confidentiels obtenus de Nexen aient été

communiqués par des avocats de Heenan Blaikie à des avocats d'Aitken Klee pendant cette période.

[25] Le défaut d'ériger un écran éthique au moment du transfert d'un avocat, alors qu'il n'existe aucun conflit, peut ne pas être nécessairement fatal à l'efficacité d'un écran érigé par la suite pour répondre à un mandat de représentation postérieur au transfert. Cependant, il ne s'agit ni d'une question non pertinente ni d'une question qui devrait être laissée de côté.

[26] Je ne connais aucune affaire dans laquelle on s'est penché sur la probabilité ou le risque que des renseignements confidentiels puissent être échangés par des avocats ayant changé de cabinet avant un mandat à l'origine d'un conflit. Toutefois, on trouve dans la jurisprudence des témoignages selon lesquels certains cabinets d'avocats exigent des avocats provenant d'autres cabinets qu'ils signent automatiquement un engagement les protégeant contre d'éventuels mandats donnant lieu à un conflit : dans la décision *Dow Chemical Canada Inc. v Nova Chemicals Corp.*, 2011 ABQB 509, au paragraphe 12, il est fait mention d'un engagement que devait signer un associé appelé à changer éventuellement de cabinet, selon lequel il [TRADUCTION] « ne communiquera pas à Bennett Jones, ou n'utilisera pas au profit de Bennett Jones ou de ses clients, des renseignements confidentiels obtenus dans le cadre de [son] emploi précédent ».

[27] Comme il est expliqué dans la décision *Succession MacDonald*, à la page 1263, la condition à remplir, c'est qu'un membre raisonnable du public au courant des faits en arriverait à la conclusion qu'aucun renseignement confidentiel n'a été divulgué sans autorisation.

[28] À cet égard, les faits sont les suivants : au moment où ils ont quitté Heenan Blaikie pour aller chez Aitken Klee, M. Stainsby et M. McIntyre travaillaient activement à la défense de Nexen. Ils faisaient partie d'un groupe de six juristes à se joindre au cabinet Aitken Klee, qui comptait à l'époque environ sept avocats. Le cabinet exerçait alors, et exerce encore aujourd'hui, dans un seul domaine de pratique : les litiges concernant les brevets. Bien que le cabinet ait des bureaux dans deux villes, Toronto et Ottawa, il n'a pas de départements distincts, ni de spécialités distinctes. Les associés travaillent en équipes, qu'ils se trouvent ou non dans la même ville. Aucun associé n'a de collaborateur désigné et aucun collaborateur n'est réservé exclusivement à un associé ou à un groupe d'associés en particulier. Six avocats plaidants de Heenan Blaikie ont donc fusionné avec sept avocats plaidants d'Aitken Klee pour former un cabinet d'avocats spécialisé dans les litiges concernant les brevets dont le travail semble caractérisé par le travail d'équipe. Même si les avocats de Heenan Blaikie n'ont pas apporté avec eux le dossier de Nexen et que rien ne nécessitait qu'ils en discutent avec leurs nouveaux collègues, il est tout à fait concevable que durant leur intégration, ils aient discuté de leurs mandats précédents. Dans un milieu où on favorise le travail en équipe, il ne serait également pas inhabituel que des stratégies adoptées dans des affaires similaires fassent l'objet de discussions entre les membres d'une équipe et que des faits confidentiels soient involontairement compromis.

[29] Le cabinet Aitken Klee lui-même ne semble pas avoir entièrement écarté la pertinence de s'enquérir de la possibilité que les avocats de Heenan Blaikie aient pu communiquer des renseignements pertinents avec les avocats d'Aitken Klee au cours de cette période. En fait, chaque membre du cabinet a déposé un affidavit dans lequel il affirme que

[TRADUCTION] « Jonathan Stainsby, Anna Hucman, William Mayo, Lesley Caswell ou Lilly Sormaz n'ont jamais discuté avec moi de renseignements concernant cette instance qu'ils auraient pu recevoir alors qu'ils étaient à l'emploi de Heenan Blaikie ».

[30] Comme l'a mentionné la Cour suprême dans l'arrêt *Succession MacDonald*, les affirmations catégoriques contenues dans ces affidavits, sans plus, ne sont pas acceptables. Il s'agit exactement du type d'affidavits qui sont « difficiles à vérifier objectivement [et qui] ne rassureront pas le public ». La preuve au dossier dans la présente requête remet en question l'exactitude et la fiabilité de ces mêmes affidavits.

[31] Dans son affidavit, M. Klee fait la même déclaration générale que ses collègues, affirmant que M. Stainsby n'a jamais discuté avec lui de quelque renseignement que ce soit concernant cette instance, renseignement qu'il aurait pu obtenir pendant qu'il était à l'emploi de Heenan Blaikie; M. Stainsby, dans le sien, affirme qu'en dehors de fournir les faits énoncés dans son affidavit, à aucun moment depuis son arrivée chez Aitken Klee en février 2014, il n'a parlé de cette instance avec l'un des membres du cabinet Aitken Klee.

[32] Toutefois, M. Stainsby a admis, en contre-interrogatoire, qu'il avait effectivement eu une discussion avec M. Klee en 2014 à propos de cette instance :

[TRADUCTION]

Q. Vous souvenez-vous, après avoir joint Aitken Klee le 1^{er} mars 2014, avoir eu des discussions avec quiconque chez Aitken Klee à propos de ce dossier?

R. Seulement à propos de la possibilité d'apporter ce dossier avec moi. C'est la seule discussion que j'ai eue, elle ne concernait pas le contenu du dossier.

Q. Mais, vous avez bien eu une discussion avec une personne chez Aitken Klee.

R. J'ai dit qu'il y avait une possibilité – j'avais travaillé sur cette affaire avec Nexen – et il y avait une possibilité que je puisse apporter le dossier avec moi, mais l'avocat du client principal se trouvait à Calgary, j'ignorais donc ce qui allait se produire.

Q. Avec qui avez-vous eu cette discussion?

Je ne m'en souviens pas. Probablement avec Marcus [Klee], mais peut-être avec les deux.

[33] Je trouve troublant qu'alors que leurs affidavits laissent entendre qu'ils n'ont jamais eu une seule conversation à propos de cette instance, M. Klee et M. Stainsby aient en fait eu au moins une discussion à propos de l'instance en 2014. En contre-interrogatoire, M. Stainsby a insisté sur le fait que la conversation ne portait que sur la possibilité qu'il puisse apporter le mandat avec lui, et qu'il n'a jamais été question du contenu du dossier ou de renseignements confidentiels quelconques, mais il est devenu manifeste durant son contre-interrogatoire que le souvenir de M. Stainsby était loin d'être fiable : il affirmait catégoriquement qu'il n'avait reçu aucun renseignement confidentiel dans le cadre de son travail pour Nexen, jusqu'à ce qu'il soit confronté avec des courriels indiquant le contraire.

[34] On ne saurait dire si les souvenirs de M. Klee, ou de tout autre membre du cabinet, concernant des discussions et des événements remontant à trois ans auparavant sont meilleurs que ceux de M. Stainsby. Après tout, ils semblent tous avoir oublié la présence de M. McIntyre parmi eux au cabinet. M. Aitken, qui avait déclaré dans son affidavit avoir travaillé sur deux dossiers seulement avec M. Stainsby depuis que ce dernier avait joint le cabinet, a reconnu en

contre-interrogatoire qu'il avait omis par inadvertance deux autres affaires sur lesquelles ils avaient collaboré.

[35] L'avocat du demandeur a insisté à l'audience pour dire que l'omission de M. Klee, qui n'a pas mentionné dans son affidavit la discussion qu'il avait eue avec M. Stainsby en 2014, n'était pas imputable à une mémoire défaillante, mais qu'il fallait plutôt interpréter sa déclaration dans laquelle il niait avoir eu des discussions à propos de renseignements concernant l'instance comme étant implicitement limitée aux renseignements confidentiels à propos de l'instance et non pas aux renseignements qui étaient accessibles au public.

[36] La simple existence d'une incertitude quant à savoir si la discussion de 2014 entre M. Klee et M. Stainsby a été omise de façon délibérée parce qu'on estimait qu'elle n'était pas pertinente, ou par inadvertance parce qu'elle avait été oubliée, montre pourquoi de tels affidavits sont difficiles à vérifier objectivement et ne convaincront pas le public.

[37] Je ne laisse pas entendre que la preuve démontre que les avocats de Heenan Blaikie ont bien transmis des renseignements confidentiels de Nexen à leurs collègues au cours de la période écoulée entre 2014 et 2017. Cependant, ce n'est pas là la question. La question est de savoir si, dans les circonstances, un membre du public bien informé serait convaincu qu'aucun renseignement confidentiel n'a été divulgué. Je ne crois pas que le public serait convaincu.

[38] Quoi qu'il en soit, je me suis aussi demandé si les mesures mises en place par Aitken Klee afin de se prémunir à l'avenir contre la communication non autorisée de renseignements

confidentiels seraient suffisantes pour réfuter la conclusion selon laquelle des renseignements portés à la connaissance d'anciens membres de Heenan Blaikie seront divulgués aux membres d'Aitken Klee agissant pour le compte du demandeur.

[39] Dès que la décision d'accepter le mandat de M. Betser-Zilevitch a été prise, Aitken Klee a érigé un mur éthique conçu afin d'éloigner tous les anciens avocats de Heenan Blaikie de l'équipe composée de deux associés, de deux avocats et de deux auxiliaires juridiques qui travaillera sur ce mandat. En établissant cet écran éthique, Aitken Klee a tenu compte des 11 lignes directrices mises au point par l'Association du barreau canadien dans son Code de déontologie professionnelle et portant le titre [TRADUCTION] « Mesures raisonnables pour assurer la non-divulgence de renseignements confidentiels ».

[40] Les défenderesses se demandent si l'écran satisfait aux lignes directrices 4 et 5, car on ne fait pas expressément mention que les avocats qui ne proviennent pas de Heenan Blaikie, mais qui n'ont pas été désignés pour travailler sur l'affaire Betser-Zilevitch, ne doivent pas avoir accès au dossier ou en discuter avec l'équipe Betser-Zilevitch. Ces petits détails ne m'inquiètent pas dans les circonstances.

[41] Je suis bien plus inquiète du fait que le mur éthique érigé par Aitken Klee ne tient pas compte de l'élément 11 des lignes directrices de l'Association du barreau canadien, qui exige que les avocats transférés qui ont été isolés aient recours à des associés et à du personnel de soutien autres que ceux qui travaillent sur le mandat à l'origine du conflit, et du fait que le cabinet n'ait pas l'intention de se conformer à cette ligne directrice.

[42] Le demandeur fait valoir qu'il n'est pas nécessaire dans tous les cas qu'un cabinet respecte chacune des lignes directrices pour éviter d'être déclaré inhabile, et que l'écran éthique du cabinet devrait être jugé raisonnable et efficace dans les circonstances, même s'il est possible qu'il ne soit pas conforme à chacune des lignes directrices.

[43] La Cour suprême, dans l'arrêt *Succession MacDonald*, a reconnu que des normes pourraient être élaborées par les organes directeurs de la profession concernant les mécanismes et dispositifs institutionnels qui pourraient être considérés comme des mesures raisonnables permettant de s'assurer qu'aucun renseignement confidentiel n'est divulgué dans le cas du transfert d'avocats. Les lignes directrices mises au point par l'Association du barreau canadien et le Barreau du Haut-Canada, pour ne nommer que ceux-là, précisent qu'il n'est pas possible d'offrir une série de « mesures raisonnables » qui conviendra dans chaque cas. L'adoption de seulement quelques-unes de ces lignes directrices pourrait être adéquate dans certains cas, alors que l'adoption de l'ensemble de celles-ci pourrait ne pas suffire dans d'autres cas.

[44] Pour évaluer le caractère suffisant des mesures adoptées dans les circonstances pour chaque affaire, la Cour ne doit pas oublier que ce qui rend nécessaire l'adoption de certaines de ces « mesures raisonnables », en plus des engagements des avocats, c'est la forte inférence que doit par ailleurs tirer la Cour, selon laquelle « les avocats qui travaillent ensemble échangent des renseignements confidentiels ».

[45] Comme je l'ai déjà mentionné, la pratique d'Aitken Klee semble, comme de nombreux autres cabinets exerçant dans le domaine des litiges concernant les brevets, être caractérisée par

le travail en équipe. M. Stainsby est un associé principal. Il a travaillé en étroite collaboration avec M. Aitken, un autre associé principal faisant partie de l'équipe Betser-Zilevitch, lors de deux procès importants, et il est prévu que leur collaboration se poursuive lors des appels interjetés concernant ces affaires. On a relevé deux autres mandats de moindre importance pour lesquels ces deux associés ont collaboré. M. Stainsby travaille également sur au moins deux autres affaires avec Devin Doyle, l'un des associés qui devrait travailler sur le mandat Betser-Zilevitch. M. Stainsby a également travaillé sur une demande d'avis de conformité avec M. Klee, l'autre associé principal travaillant sur l'affaire Betser-Zilevitch, et il a récemment pris le relais dans une autre instance en remplacement de M. Klee.

[46] La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans l'arrêt *Freyn c Banque de Montréal*, 2002 NBCA 69, au paragraphe 81, a exprimé la réserve suivante en ce qui a trait à l'efficacité d'un écran où les avocats d'un côté et de l'autre de l'écran continuent néanmoins de travailler ensemble sur d'autres dossiers :

[81] En ce qui concerne la question de la taille du cabinet, la Cour doit être convaincue que l'avocat qui change de cabinet peut être effectivement isolé de ceux qui travaillent au dossier en cause. Dans un monde juridique idéal, l'avocat isolé n'aurait pas de contact quotidien avec ceux qui travaillent à ce dossier. Donc, des avocats qui travaillent dans le même cabinet, mais dans des villes différentes, ne présentent pas les mêmes risques que ceux qui exercent dans les mêmes locaux. En fait, l'avocat isolé doit être en mesure d'exercer le droit indépendamment de ceux qui représentent le client actuel. Si l'avocat isolé continue à travailler à d'autres dossiers avec ceux qui travaillent au dossier dont découle le conflit d'intérêts, est-il logique de perpétuer la croyance que la conformité avec les Règles et lignes de conduite du Barreau a pour effet de préserver la confiance du public dans l'intégrité de la profession juridique et l'administration de la justice? Je ne pense pas.

[Non souligné dans l'original.]

[47] Le fait que M. Stainsby n'aura pas accès au dossier Betser-Zilevitch, qu'il est établi à Toronto alors que les avocats de l'autre équipe travaillent à partir du bureau d'Ottawa, et que dans la [TRADUCTION] « majeure partie » de sa pratique il travaille [TRADUCTION] « principalement » avec les avocats de Toronto et pas [TRADUCTION] « habituellement » avec les avocats établis à Ottawa, ne change rien au fait que les avocats affectés à l'affaire Betser-Zilevitch et lui ne sont pas uniquement des avocats qui travaillent pour le même cabinet, mais des avocats qui travaillent ensemble, et qui ont l'intention de continuer à le faire. Il n'y a aucune mesure ou étape vérifiable de manière indépendante, au-delà des engagements écrits donnés par les avocats d'un côté ou de l'autre de l'écran, garantissant qu'ils ne discuteront pas de cette affaire particulière pendant qu'ils travaillent ensemble sur d'autres dossiers. Comme la Cour suprême l'a indiqué dans l'arrêt *Succession MacDonald*, cela revient à une invitation des avocats à leur faire confiance, et cela ne saurait satisfaire un représentant raisonnable du public ou préserver la confiance du public envers l'intégrité de la profession.

[48] Le demandeur a cité l'arrêt *Robertson v Slater Vecchio*, 2008 BCCA 306, à titre d'exemple d'une affaire dans laquelle le respect même imparfait de cette ligne directrice a été excusé. La Cour a soulevé entre autres préoccupations que cette ligne directrice peut être difficile à respecter dans un petit cabinet, et qu'une déclaration d'inhabilité est une mesure drastique qui doit être soupesée par rapport aux deux autres valeurs concurrentes relevées par la Cour suprême dans l'arrêt *Succession MacDonald* : le droit du justiciable de retenir les services de l'avocat de son choix et la mobilité raisonnable qu'il est souhaitable de permettre au sein de la profession.

[49] L'arrêt *Slater Vecchio* est la seule affaire portée à mon attention où un écran éthique a été jugé efficace, même si l'avocat isolé a pu entretenir une relation de travail avec les avocats de l'autre côté de l'écran. Dans cette affaire, toutefois, la preuve n'était tout simplement pas claire quant à savoir si l'avocat isolé avait évité de travailler avec d'autres associés et membres du personnel participant au mandat à l'origine du conflit. La Cour a également souligné le fait qu'il était un simple associé, faisant observer que la ligne directrice concernant le recours à des associés est plus appropriée pour les associés principaux que pour un nouvel associé. Plus important encore, l'arrêt *Slater Vecchio*, comme la plupart des affaires de ce genre, portait sur un conflit soulevé au moment du transfert, alors que le fait de déclarer inhabile le cabinet aurait eu une incidence sur la mobilité d'un jeune avocat et aurait privé un client d'une relation préexistante avec l'avocat de son choix.

[50] Aucun de ces facteurs n'est présent dans les circonstances et ne l'emporte sur la préoccupation principale de maintenir des normes élevées pour la profession juridique et de maintenir la confiance du public envers l'intégrité du système de justice. M. Stainsby et ses collègues de Heenan Blaikie travaillent chez Aitken Klee depuis plus de trois ans. Il n'y a aucun élément de preuve indiquant une relation préexistante entre M. Betser-Zilevitch et Aitken Klee ou l'un de ses avocats. Rien n'indique que M. Betser-Zilevitch éprouverait des difficultés à retenir les services d'un avocat compétent pour le représenter autre que le cabinet Aitken Klee.

[51] En conclusion, les réponses aux deux questions soulevées par la Cour suprême dans l'arrêt *Succession MacDonald* sont les suivantes :

[52] En ce qui concerne la première question, M. Stainsby et M. McIntyre ont bien reçu des renseignements confidentiels en raison de leur relation avocat-client avec Nexen qui sont pertinents en l'espèce.

[53] Quant à la deuxième question, un membre raisonnable du public en possession de tous les renseignements tirerait la conclusion qu'il existe un risque que ces renseignements soient utilisés au détriment de Nexen. Cela parce qu'une forte présomption existe, du fait que tous les avocats chez Aitken Klee travaillent ensemble, qu'ils ont échangé et qu'ils échangeront des faits confidentiels. Cette présomption n'a pas été réfutée. Il n'y avait aucun mécanisme en place pour décourager un tel échange de renseignements par les avocats qui ont changé de cabinet au cours de la période allant de mars 2014 à juin 2017, et l'écran éthique érigé en juin 2017 permet aux avocats des deux côtés de l'écran de continuer à travailler ensemble et est donc inefficace.

[54] Le demandeur et Aitken Klee ne se sont pas acquittés du lourd fardeau qui leur incombait de réfuter la présomption qu'un conflit entraînant inhabilité existe en l'espèce. La requête des défenderesses en vue d'obtenir une ordonnance déclarant que Aitken Klee cesse d'être le cabinet d'avocats inscrit au dossier pour le demandeur dans la présente instance est donc accueillie. Les deux parties conviennent qu'il est approprié dans les circonstances d'adjudger des dépens payables immédiatement et quelle que soit l'issue de la cause, et ont suggéré de fixer les dépens entre 3 000 \$ et 5 000 \$.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE CE QUI SUIT :

1. Le cabinet Aitken Klee cesse par les présentes d'occuper à titre d'avocat inscrit au dossier pour le compte du demandeur.
2. Le demandeur doit, au plus tard dans les 30 jours suivant la date de la présente ordonnance, faire signifier et déposer un Avis de nomination d'un avocat inscrit au dossier ou un Avis d'intention d'agir en son propre nom.
3. Les dépens de la présente requête s'élevant à 4 000 \$ doivent être payés par le demandeur aux défenderesses, immédiatement, et quelle que soit l'issue de la cause.

« Mireille Tabib »

Protonotaire

Traduction certifiée conforme
Ce 6^e jour de février 2020

Lionbridge

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-186-13

INTITULÉ : MAOZ BETSER-ZILEVITCH c NEXEN INC. ET
CNOOC CANADA, INC., CHACUNE
INDIVIDUELLEMENT ET EXPLOITANT LEUR
ENTREPRISE SOUS LA DÉNOMINATION SOCIALE
DE THE LONG LAKE OIL SANDS PROJECT

LIEU DE L'AUDIENCE : OTTAWA (ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 26 SEPTEMBRE 2017

ORDONNANCE ET MOTIFS : LA PROTONOTAIRE TABIB

DATE DES MOTIFS : LE 3 OCTOBRE 2017

COMPARUTIONS :

Donald Cameron POUR LE DEMANDEUR

Daniel Davies POUR LES DÉFENDERESSES
Steven Garland

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Bereskin & Parr POUR LE DEMANDEUR DANS LA REQUÊTE
Avocats
Toronto (Ontario)

Aitken Klee LLP POUR LE DEMANDEUR DANS L'INSTANCE
Avocats
Ottawa (Ontario)

Smart & Biggar POUR LES DÉFENDERESSES
Avocats
Ottawa (Ontario)