

**Réaction au  
Rapport final du Comité consultatif sur les conflits d'intérêts de la Fédération des ordres  
professionnels de juristes du Canada**

**ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN  
AOÛT 2010**

## **PRÉFACE**

L'Association du Barreau canadien est une association nationale qui représente plus de 37 000 juristes, dont des avocats, des notaires, des professeurs de droit et des étudiants en droit de l'ensemble du Canada. Les principaux objectifs de l'association comprennent l'amélioration du droit et de l'administration de la justice.

Le présent mémoire a été préparé par le Groupe de travail sur les conflits d'intérêts de l'Association du Barreau canadien, avec l'aide de la Direction de la législation et de la réforme du droit du bureau national. Il a été approuvé à titre de déclaration publique de l'Association du Barreau canadien.

## TABLE DES MATIÈRES

<b>I. SOMMAIRE EXÉCUTIF .....</b>	<b>4</b>
<b>II. OBSERVATIONS.....</b>	<b>5</b>
A. L'analyse n'est pas limpide.....	7
B. L'accent doit être mis sur le risque .....	9
C. Problèmes pour les clients et les avocats .....	10
D. Éviter les changements précipités sans consultation.....	10
E. Mesures à adopter .....	10
i. Règle du client actuel proposée .....	10
ii. Principe du risque sérieux.....	11
iii. Consultations supplémentaires de la FLSC afin d'élaborer la meilleure règle, dans l'intérêt du public.....	11
iv. Permettre l'évolution de la common law .....	11
F. Autres recommandations .....	12
i. Représentation concurrente pour intérêts opposés .....	12
ii. Exceptions aux règles sur les conflits d'intérêts pour la représentation <i>pro bono</i> .....	12
iii. Extension aux conflits d'intérêts « probables ».....	13
iv. Extension des intérêts personnels rendant inhabile aux tiers.....	13
v. Extension de la règle des anciens clients aux tiers .....	14
vi. Extension des règles concernant l'avocat qui change de cabinet aux tiers .....	14
.....	
<b>III. ANALYSE DE LA RÈGLE DU CLIENT ACTUEL PROPOSÉE .....</b>	<b>15</b>
A. La question centrale .....	15
B. L'approche du Comité consultatif.....	16
C. Difficulté avec l'approche du Comité consultatif .....	17
i. La common law, telle qu'elle évolue en ce moment .....	17
ii. La règle du client actuel de l'ABC .....	22
iii. La règle proposée par le Comité consultatif .....	23
iv. L'intérêt public et les conflits d'intérêts .....	24

## **Réaction au Rapport du Comité consultatif sur les conflits d'intérêts**

### **I. SOMMAIRE EXÉCUTIF**

- L'ABC soutient l'harmonisation des codes de déontologie professionnelle à travers le Canada. Bien que l'ABC et le Comité consultatif sur les conflits d'intérêts (« Comité consultatif ») partagent plusieurs terrains d'entente, nous sommes en désaccord sur un enjeu d'importance fondamentale.
- L'ABC reconnaît l'importance et la difficulté des enjeux relatifs aux conflits d'intérêts. Il est primordial pour l'intérêt du public et l'administration de la justice, et pour les intérêts de la profession juridique partout au Canada, que des normes professionnelles suffisamment exigeantes demeurent en place.
- L'ABC est préoccupée par l'adoption d'une règle qui, par son étendue excessive et ses répercussions négatives sur l'accès aux services d'un avocat et le choix d'un avocat, nuit à l'intérêt public. Tout comme les tribunaux, les ordres professionnels de juristes doivent éviter les normes inflexibles et immuables.
- L'enjeu principal que soulève le Rapport final du Comité consultatif est de savoir si une nouvelle règle de déontologie devrait être adoptée, exigeant, dans tous les cas, le consentement du client actuel, même s'il n'y a pas de risque sérieux d'effet nuisible ou appréciable sur la représentation du client. Se pose également la question de savoir si une nouvelle règle de déontologie s'appuyant sur une interprétation de la common law qui n'est pas encore confirmée devrait être adoptée.
- L'ABC ne peut soutenir la recommandation du Comité consultatif sur les conflits d'intérêts concernant les clients actuels. Nos raisons sont exposées dans le présent mémoire. La règle proposée par le Comité consultatif pose des difficultés réelles et sérieuses, tant pour les clients que pour les avocats.
- Nous suggérons vivement à la Fédération d'entamer une réflexion et des consultations plus approfondies dans le but d'élaborer, dans l'intérêt du public, la meilleure règle possible.
- Nous croyons que s'il s'avérait impossible d'approfondir la réflexion et les consultations, il serait plus souhaitable de permettre à la common law de poursuivre son évolution plutôt que de codifier une des interprétations du droit actuel et d'en faire une règle de déontologie dépourvue de souplesse.

- Nous suggérons également à la Fédération de modifier les règles relatives aux conflits d'intérêts qui découragent la fourniture de services juridiques *pro bono*.
- Le Comité consultatif recommande que soit permise la représentation concurrente de deux clients ou plus malgré que leurs intérêts soient contraires. Cette règle doit être précisée davantage afin que des limites et des mesures de protection appropriées soient élaborées.
- Nous recommandons que soit modifié le commentaire 2.04(2), qui semble exiger que tous les avocats d'un cabinet, même ceux qui ne travaillent pas au dossier, dévoilent leurs intérêts personnels dans chacun des nouveaux dossiers acceptés par le cabinet.
- Nous suggérons un certain nombre d'autres changements au chapitre de la rédaction.

## II. OBSERVATIONS

L'Association du Barreau canadien remercie la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada de lui permettre de faire des observations sur le Rapport final. L'ABC soutient les initiatives de la Fédération en ce qui concerne l'harmonisation et la mise à jour des codes de déontologie à travers les provinces et territoires. L'ABC est fortement sensibilisée aux intérêts publics que soulèvent les conflits d'intérêts et aussi aux difficultés réelles auxquelles sont confrontés les avocats dans toutes les régions du pays, tant dans les grands cabinets que dans les plus petits.

En 2007, l'ABC a mis sur pied un groupe de travail à large assise chargé d'étudier les enjeux liés aux conflits d'intérêts. Le groupe de travail a effectué des consultations par le biais d'un rapport provisoire, obtenant ainsi les commentaires de clients et de membres de la profession juridique canadienne. Le groupe a tenu des rencontres de consultation avec un groupe représentatif de la profession dans chaque province et chaque territoire. Il a reçu des centaines de réponses. Après cette consultation étendue et sans précédent, son rapport a été adopté par le Conseil de l'ABC à Québec, en août 2008.

L'ABC reconnaît que les ordres professionnels de juristes et la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, qui les coordonne, ont des rôles et responsabilités auxquels l'ABC voue un profond respect. Ainsi que l'a écrit le juge Sopinka pour la majorité dans l'arrêt *Macdonald Estate* :

... la profession d'avocat est une profession qui se régit elle-même. C'est à elle, et non aux tribunaux, que le législateur a confié la responsabilité d'élaborer des normes. Les tribunaux ont simplement un rôle de surveillance et leur compétence porte sur cet aspect de la déontologie uniquement en ce qui a trait aux procédures judiciaires. Toutefois, les organes directeurs se préoccupent de l'application des normes relatives aux conflits d'intérêts non seulement en ce qui concerne le

contentieux, mais dans d'autres domaines qui constituent la plus grande part de la pratique du droit.

Les commentaires qui suivent ont pour but d'énoncer les dilemmes de principe fondamentaux qui sont en jeu, plus précisément la question de savoir si les codes de déontologie devraient simplement tenter de codifier la common law telle qu'élaborée actuellement par la jurisprudence, ou plutôt jouer un rôle dans l'élaboration du droit en question.

Malheureusement, le rapport du Comité consultatif n'est pas aussi clair qu'il aurait pu l'être sur les facteurs ayant mené à ses recommandations. Son analyse ne nous paraît pas bien étayée et mis à part une réunion préliminaire avec les représentants du groupe de travail de l'ABC, il ne semble pas y avoir eu de consultation. Nous discuterons des autres recommandations faites par le Comité consultatif dans le présent mémoire. Cependant, à cause du caractère fondamental de la règle du client actuel, c'est sur ce sujet que nous mettrons l'accent. Notre préoccupation principale concerne la portée trop étendue de la règle du client actuel que propose le Comité consultatif.

Le groupe de travail de l'ABC a recommandé le « principe du risque sérieux ». Subséquemment, celui-ci a été adopté et inséré dans le *Code de déontologie professionnelle de l'ABC*. La recommandation :

1. définit « intérêt conflictuel » comme étant un intérêt « engendrant un risque sérieux d'effet nuisible appréciable sur la représentation du client »;
2. prévoit qu'un avocat ne peut agir dans une affaire lorsqu'il y a intérêt conflictuel, sauf à la suite d'une divulgation suffisante au client et avec le consentement de ce dernier;
3. prévoit qu'un avocat peut agir dans une affaire qui est opposée aux intérêts d'un autre client actuel si les conditions suivantes sont réunies :
  - a) l'affaire n'est pas liée à une autre affaire pour laquelle l'avocat a le mandat d'agir pour le client actuel; et
  - b) il n'existe aucun intérêt conflictuel;
4. énonce un principe directeur, par le biais d'un commentaire, voulant qu'un intérêt conflictuel puisse survenir dans le contexte d'un conflit de devoirs et de relations, lorsque la relation de l'avocat avec son client subit un préjudice sérieux du fait du devoir de l'avocat envers une autre personne.

En revanche, la recommandation principale du Comité consultatif de la Fédération (la *règle du client actuel proposée*) est la suivante :

2.04 (3) Un juriste ne doit pas représenter un client dont les intérêts sont directement contraires aux intérêts légaux immédiats d'un client actuel - même si les deux dossiers sont sans rapport – à moins d'avoir le consentement des deux clients.

Le Comité consultatif se base sur les arguments qui suivent pour faire cette recommandation :

- La règle du client actuel est conforme à la « règle de la ligne de démarcation » telle qu'énoncée dans les arrêts *Neil* et *Strother*. Le Comité consultatif est d'avis que l'énoncé, dans l'arrêt *Neil*, de la « règle de la ligne de démarcation » n'était pas fait de manière incidente, et que de toute façon, cette règle avait été confirmée sans équivoque par la majorité dans *Strother*.
- L'adoption de la règle du client actuel contenue au *Code de déontologie professionnelle* de l'ABC (*règle du client actuel de l'ABC*) contreviendrait à l'interprétation de la common law adoptée par le Comité consultatif, puisque cela permettrait à un avocat d'agir sans divulgation ni consentement dans une affaire « sans rapport » et dans laquelle il n'y a pas de risque sérieux que la représentation du client soit compromise de manière appréciable.
- Le Comité consultatif ne désirait pas suggérer une règle du client actuel qui s'éloignait de son interprétation de la common law. Adopter une telle règle pourrait amener les tribunaux à déclarer les avocats inhabiles même s'ils ont respecté les règles établies par les ordres professionnels de juristes; le Comité consultatif qualifie cette situation d'intenable.
- Le Comité consultatif estime que la règle du client actuel de l'ABC ne tient pas suffisamment compte de la nature fiduciaire de la relation avocat-client. Il devient alors possible que le client se sente « trahi » si, en l'absence de divulgation et de consentement, l'avocat agit directement à l'encontre des intérêts immédiats du client.
- Mis à part ses propres interprétations de la common law et de la règle de l'ABC, le Comité consultatif ne discute d'aucune autre solution de rechange.

#### **A. L'analyse n'est pas limpide**

Le Comité consultatif n'explique pas son interprétation des arrêts *Neil* et *Strother*. Il n'était question d'une affaire sans rapport ni dans *Neil*, ni dans *Strother*. La Cour n'a pas eu à appliquer la « règle de la ligne de démarcation » ni dans la décision *Neil* ni dans la décision *Strother*, car dans les deux cas, on a conclu à un intérêt conflictuel. En effet, dans l'arrêt *Strother*, la majorité a conclu que la ligne de démarcation n'avait pas encore été franchie, mais a néanmoins conclu à l'existence d'une violation des devoirs fiduciaires.

Le Comité consultatif omet de mentionner que la décision *Strother* fut rendue à cinq contre quatre et que le juge en chef, dissident, a interprété la « règle de la ligne de démarcation » comme le fait l'ABC.

Le Comité consultatif n'a pas mentionné les autres interprétations judiciaires de la ligne de démarcation, entre autres la décision récente du juge Popescul, de la cour d'appel de la Saskatchewan (2009 SKQB 369, présentement frappée d'appel) dans *Wallace c. Canadian National Railway*. Ce jugement affirme que la règle du client actuel de l'ABC se base sur une interprétation appropriée des arrêts *Neil* et *Strother*.

Ni la Cour suprême du Canada, ni quelque autre cour d'appel provinciale ou territoriale n'ont pas encore été saisies d'un cas dans lequel la ligne de démarcation avait été franchie dans une affaire sans rapport, ou dans laquelle la ligne de démarcation est franchie sans qu'il existe de risque sérieux d'effet nuisible et appréciable sur la représentation du client. En fait, on ne peut affirmer clairement si quelque tribunal a conclu à une violation des devoirs fiduciaires ou a déclaré un avocat inhabile dans un tel cas.

La recommandation du Comité consultatif se base sur les conclusions qu'il tire de la common law telle qu'interprétée par le Comité consultatif. Ce dernier estime que la common law est établie au Canada et que la règle du client actuel de l'ABC, telle qu'il l'interprète, entre en contradiction avec la common law du Canada. Ce qui précède est énoncé, mais n'est pas expliqué. Le Comité consultatif n'indique pas non plus pourquoi il serait souhaitable de codifier une des interprétations de la common law.

Le Comité consultatif n'explique pas pourquoi l'adoption de la règle du client actuel de l'ABC mettrait en péril les intérêts des clients ou les valeurs professionnelles. Il ne tient pas compte des mesures de protection adoptées par l'ABC au sein de la règle du client actuel de l'ABC, lesquelles protègent contre le risque que le client perde confiance car il se sent trahi.

Nous croyons qu'il n'est aucunement nécessaire de codifier cette interprétation de la common law et qu'il serait nuisible de la mettre en œuvre. Nous sommes d'avis que l'absence de référence à la règle du client actuel est préférable à la codification d'une règle nuisible. Si les ordres professionnels de juristes mettaient en œuvre la règle du client actuel proposée, il est probable que les tribunaux en concluraient qu'étant donné que les ordres professionnels de juristes se sont penchés sur la question, l'interprétation de la common law adoptée par le Comité consultatif devrait être appliquée universellement et les tribunaux devraient cesser d'élaborer le droit sur une base de cas par cas. S'il est nécessaire de ne pas avoir de règle permettant ce qu'un tribunal pourrait interdire, alors la meilleure solution serait de ne codifier aucune règle. Si les ordres professionnels de juristes décident de s'en remettre aux tribunaux car ils craignent le manque de cohérence, il serait préférable de laisser l'enjeu aux tribunaux jusqu'à ce que la common law soit établie.

L'ABC encourage la Fédération à assumer le rôle de chef de file décrit dans *MacDonald Estate* et d'aider les tribunaux à élaborer la common law dans l'intérêt du public, plutôt que d'adopter une règle rigide à portée envahissante.

## **B. L'accent doit être mis sur le risque**

Le problème fondamental de politique publique que pose la règle du nouveau client proposée par le Comité consultatif est son ampleur excessive. La règle du client actuel proposée empêcherait les clients de retenir les services de l'avocat de leur choix même si la représentation du client n'était sujette à aucun risque d'effet nuisible et appréciable. Bien qu'il soit légitime de débattre la question de savoir si le risque sérieux doit être

toléré, il n'existe aucune base fondée sur des principes pour mettre en place un droit de veto de refus déraisonnable lorsqu'il n'y a pas de risque de préjudice. Bien qu'il existe parfois un risque réel de dommage à la relation avocat-client car ce dernier se sent « trahi », ce n'est pas toujours le cas. Le Comité consultatif ne fournit aucune explication justifiant la portée excessive de la règle du client actuel qu'il propose. Il ne discute pas de l'effet qu'aura son interprétation de la « règle de la ligne de démarcation », laquelle, ainsi que l'a découvert le Groupe de travail de l'ABC à la suite de ses consultations approfondies, cause des problèmes aussi réels qu'inutiles aux clients et aux avocats.

L'analyse que fait le juge Binnie des cas dans lesquels un avocat peut être déclaré inhabile pour cause de loyautés conflictuelles ne s'est pas arrêtée à la « ligne de démarcation ». En effet, à la page suivante de l'arrêt *Neil*, le juge Binnie adopte la notion de « conflit » qui apparaît au paragraphe 121 de l'ouvrage *Restatement Third, The Law Governing Lawyers* (2000), vol. 2, aux pp. 244-45 : [TRADUCTION] « un risque sérieux que les intérêts personnels de l'avocat ou ses devoirs envers un autre client actuel, un ancien client ou une tierce personne nuisent de façon appréciable à la représentation du client par l'avocat ». Par la suite, les tribunaux ont interprété ce qui précède de la façon suivante : l'introduction de deux conditions qui doivent être remplies avant qu'un avocat puisse être déclaré inhabile à cause d'un conflit de loyautés, soit premièrement, l'existence d'un risque sérieux d'effet nuisible sur la représentation du nouveau client, et deuxièmement, le caractère appréciable de cet effet. Ces importantes conditions supplémentaires n'apparaissent pas dans les recommandations du Comité consultatif.

### **C. Problèmes pour les clients et les avocats**

Le Groupe de travail de l'ABC a constaté, partout au Canada, dans les villes comme dans les localités retirées, pour les praticiens exerçant seuls, dans les cabinets d'avocats de toute taille, dans les domaines de pratique générale et spécialisée, et chez les individus tout comme chez les grandes entreprises clientes, la profondeur et l'étendue des préoccupations concernant la règle du client actuel proposée. Le groupe de travail a été surpris d'entendre, de la part de juristes en entreprise, à quel point la règle de la « ligne de démarcation » leur causait des ennuis en les empêchant de poursuivre leur travail avec l'avocat de leur choix. Il est clair que ces préoccupations affectent l'intérêt public.

Le rapport du Groupe de travail de l'ABC énonce les problèmes pratiques que crée l'interprétation de la common law faite par le Comité consultatif pour les clients et membres de la profession juridique. À titre d'exemple :

- Dans les domaines de pratique au sein desquels il y a un manque d'avocats, ou au sein desquels il y a une concentration de compétences professionnelles, une règle rendant les avocats inhabiles sans que le risque soit évalué de manière appropriée pourrait entraver l'accès à la justice. On a fait part au Groupe de travail de l'ABC d'exemples d'avocats pratiquant dans des localités éloignées, dans lesquelles il y avait peu d'avocats, particulièrement dans les territoires du Canada.

- L'interprétation semble empêcher les avocats d'avoir recours à une exception relative au *plaideur institutionnel* lorsqu'ils font affaires avec des gouvernements, de grandes institutions financières et d'autres organismes qui sont souvent impliqués dans des litiges devant les tribunaux.
- Finalement, permettre à un client d'apposer son veto sur le choix de l'avocat d'un autre client, même lorsqu'il n'y a pas de lien entre les deux mandats ni de risque de préjudice, encourage les déclarations d'inhabilité tactiques, qui ne se basent pas sur les principes, que les tribunaux eux-mêmes ont dénoncées. Chacun de ces conflits empêche un autre client de choisir son avocat.

#### **D. Éviter les changements précipités sans consultation**

Les enjeux abordés par le Comité consultatif sont d'une importance trop critique, et portent à une trop grande controverse pour qu'une analyse sommaire permette d'en tirer des conclusions sans que soient tenues des consultations supplémentaires. Ne pas consulter met en péril l'harmonisation des règles sur les conflits d'intérêts partout au Canada. Laisser aux ordres professionnels individuels de juristes la responsabilité des consultations est susceptible de mener à l'adoption de règles qui diffèrent d'un ressort à l'autre. Susciter de nombreux commentaires au sein de tous les secteurs de la profession avant d'adopter une règle type encouragerait des discussions, à l'échelle nationale, sur cet enjeu d'importance fondamentale.

L'ABC encourage fortement la FLSC à s'engager dans un processus formel de consultation avant d'adopter une règle du client actuel. Les ordres professionnels de juristes pourraient également entamer des consultations avant de décider quelles seront les mesures à adopter. Nous avons identifié quatre de ces mesures et énoncé les avantages et désavantages de chacune.

#### **E. Mesures à adopter**

##### **i. Règle du client actuel proposée**

Recommandée par le Comité consultatif

<b>Avantages</b>	<b>Inconvénients</b>
Brièveté et simplicité. Reflète l'une des interprétations de la « règle de la ligne de démarcation ». Les avocats qui respectent la règle ne seraient pas susceptibles d'être déclarés inhabiles par les tribunaux. Exige divulgation et consentement en tout temps.	Portée excessive et plus rigide que la common law. Risque de rendre immuable une des interprétations de la common law qui n'est pas encore confirmée en droit, qui crée des difficultés substantielles et passe outre sans nécessité au droit du client à l'avocat de son choix. Codifier l'interprétation du Comité consultatif dans le code d'un ordre professionnel de juristes pourrait être interprété par les tribunaux de manière à favoriser cette interprétation de la common law. La common law semble être en évolution depuis les arrêts <i>Neil</i> et <i>Strother</i> .

	Exacerbe le manque d'avocats, particulièrement dans les localités éloignées et rurales. Irréalizable dans certains domaines de pratique. Ne tient pas compte des divers genres d'avocats et de clients. Restreint le choix à l'avocat dans les situations où il n'y a pas de risque d'effet nuisible et appréciable sur la représentation du client.
--	--

## ii. Principe du risque sérieux

Recommandé par le Groupe de travail de l'ABC et adopté par l'ABC dans ses modifications au *Code de déontologie professionnelle*.

Avantages	Inconvénients
Conforme à une autre interprétation donnée par les tribunaux de la « règle de la ligne de démarcation », telle qu'énoncée par la jurisprudence. Encourage l'accès et le choix à l'avocat. L'accent est mis sur les risques pour les clients.	Le Comité consultatif de la FLSC affirme que les avocats se retrouveraient dans une position invivable s'ils pouvaient être déclarés inhabiles par les tribunaux alors même qu'ils se conformeraient aux règles des ordres professionnels de juristes sur le risque. Le consentement du client ne serait pas requis dans les cas où il n'y a pas de risque sérieux de préjudice.

## iii. Consultations supplémentaires de la FLSC afin d'élaborer la meilleure règle, dans l'intérêt du public

Reconnaît que les ordres professionnels de juristes devraient adopter une règle qui sert le mieux possible l'intérêt public, plutôt que de choisir entre ce qui est perçu comme deux solutions possibles.

Avantages	Inconvénients
Conforme au rôle des organismes dirigeants. Aiderait à l'évolution de la common law plutôt que de la rendre immuable.	Pourrait être contraire à l'une des interprétations de la common law.

## iv. Permettre l'évolution de la common law

Reconnaître la divergence entre l'ABC et le Comité consultatif. Ne pas agir, conserver le *statu quo*. Les codes de déontologie resteraient muets sur les enjeux.

Avantages	Inconvénients
Permet l'évolution de la common law.	L'ABC et les ordres professionnels de juristes pourraient faire l'objet de critiques pour avoir omis de prendre une position de principe sur cet enjeu complexe.

## F. Autres recommandations

Dans l'ensemble, les autres recommandations du Comité consultatif ne portent pas à controverse et nous les soutenons. Elles forment, de bien des façons, un parallèle avec les recommandations du groupe de travail de l'ABC. À titre d'exemple, bien que des mots différents soient utilisés pour définir le conflit d'intérêts, en pratique, les deux approches sont identiques. Le Comité consultatif suivrait l'ABC au chapitre de la définition du client, à l'exclusion des parties apparentées et des tiers, mais il existe des préoccupations liées à la rédaction des recommandations qui méritent qu'on s'y attarde. Ces dernières sont résumées ci-dessous. Le Comité consultatif adapte la règle de l'Ontario sur l'emprunteur et le prêteur et suggère son insertion dans le *Code type* de la Fédération. Nous soutenons ces changements.

### i. Représentation concurrente pour intérêts opposés

Le Groupe de travail de l'ABC n'endosse pas la règle type plus controversée qui porte sur la représentation concurrente. Selon cette règle, un cabinet d'avocats pourrait, si les clients y consentent, assigner deux équipes à des clients ayant des « intérêts opposés » qui travailleraient derrière un écran déontologique. Le concept d'« intérêts opposés » n'est ni défini, ni expliqué. Le commentaire apposé à cette modification utilise l'exemple d'offres concurrentes visant l'achat d'une société, mais la règle de représentation concurrente n'est pas limitée à de telles circonstances. Il pourrait certes être tout à fait acceptable pour deux acheteurs en concurrence de consentir à ce qu'un cabinet d'avocats protège leurs renseignements confidentiels avec un écran déontologique, mais la représentation concurrente ne saurait s'étendre à un litige dans lequel les deux parties seraient directement opposées. Il n'est pas clair si la règle type proposée permettrait à des avocats du même cabinet séparés par un écran déontologique d'agir pour des parties aux intérêts opposés au sein d'une même transaction. La règle proposée doit être clarifiée et, selon le but qu'elle poursuit, limitée ou justifiée.

### ii. Exceptions aux règles sur les conflits d'intérêts pour la représentation *pro bono*

Certaines provinces canadiennes, dont l'Ontario et l'Alberta, ont récemment modifié leurs Codes de déontologie pour traiter des questions de conflit d'intérêts dans les cas où des services juridiques limités sont fournis *pro bono* à court terme, par l'intermédiaire de l'avocat de service ou des programmes d'aide juridique. Le Groupe de travail de l'ABC a

reçu les arguments de plusieurs groupes *pro bono* et bureaux d'aide juridique dans un certain nombre de juridictions.

L'ABC encourage depuis longtemps les avocats à fournir des services *pro bono* afin de promouvoir un meilleur accès à la justice pour tous. Nous croyons que la Fédération devrait soutenir les projets *pro bono* en limitant autant que possible, dans le *code type*, les barrières auxquelles les avocats agissant bénévolement pourraient faire face. Il n'est pas possible dans des situations d'assignations à un tribunal, de clinique communautaire ou de bureau *pro bono* d'effectuer le genre de recherche sur les conflits d'intérêts qui pourrait être faite au sein d'un cabinet de praticiens pendant les heures régulières de bureau. Partout au Canada, les règles devraient reconnaître ce qui précède plutôt que de rendre inhabiles tous les avocats d'un cabinet au sein duquel un avocat ou sous-groupe du cabinet a été exposé à des renseignements confidentiels, ou a pu fournir des conseils limités, sur une courte période de temps, à des personnes qui par la suite deviennent les parties adverses de leurs clients actuels.

La rédaction des éléments qui suivent soulève des préoccupations qui ne sont pas expliquées dans le rapport du Comité consultatif :

### iii. Extension aux conflits d'intérêts « probables »

<p><b>2.04(2)</b> « Un juriste ne doit pas agir ou continuer d'agir dans une affaire où il y a ou risque d'y avoir des intérêts contraires à moins que le client y consente après avoir été avisé ».</p>	<p>La définition d'« intérêts contraires » des règles types proposées se base sur l'existence d'un « risque sérieux ». L'inclusion des mots « ou risque d'y avoir » n'est pas indiquée. Un avocat ne peut s'appuyer sur aucune base pour prédire si un risque est susceptible d'exister dans l'avenir si ce risque n'est pas encore perçu. Si le changement est intentionnel, distinguer entre les futurs risques probables et les risques actuels diminue, de manière non intentionnelle, l'effet de la règle, telle que rédigée.</p>
--	--

### iv. Extension des intérêts personnels rendant inhabile aux tiers

<p><b>Commentaire sur la règle 2.04(2)</b></p> <p>« Un juriste ne doit pas agir pour un client si son obligation envers le client ou ses intérêts personnels ou ceux d'un associé de son cabinet ou d'un associé sont en conflit ».</p>	<p>Ce commentaire suggère que les intérêts personnels de tous les associés et autres avocats d'un cabinet doivent faire l'objet d'une enquête, et qu'on doit en tenir compte même si ces avocats ne sont pas impliqués dans la représentation du client. Nous présumons que ce n'était pas l'intention des rédacteurs, puisque les</p>
---	--

	<p>intérêts personnels d'avocats non impliqués ne peuvent nuire à la représentation d'un client. Exiger que tous les avocats d'un cabinet qui ne sont pas impliqués dans chacun des nouveaux dossiers en comprennent la substance et divulguent tous les intérêts personnels suscite des inquiétudes.</p>
--	---

#### v. Extension de la règle des anciens clients aux tiers

<p><b>2.04(5)</b> « À moins que le client donne son consentement, le juriste qui a représenté un client dans une affaire ne doit pas agir ultérieurement contre lui ou contre des personnes qui s'étaient engagées ou associées avec lui... »</p>	<p>Aucune explication n'est fournie pour justifier l'inclusion des tiers (envers lesquels aucune obligation fiduciaire et aucun devoir de confidentialité avocat-client ne sont dus) dans la règle régissant le fait d'agir contre d'anciens clients. Bien que certaines obligations, incluant les devoirs ordinaires de confidentialité, puissent être dues à certains tiers, il est préoccupant que ces obligations soient élevées au même rang que celles qui sont dues au client<sup>1</sup>. Si le but visé est de régir la possession de renseignements privilégiés qui concernent des tiers, il serait préférable, comme le prévoit la jurisprudence récente<sup>2</sup>, d'effectuer un tri approprié lorsque l'on se trouve en possession de renseignements privilégiés pertinents concernant un tiers.</p>
---	--

#### vi. Extension des règles concernant l'avocat qui change de cabinet aux tiers

<p><b>2.04(17)</b> « Client », dans le présent</p>	<p>La règle 2.04(17) concerne les avocats qui</p>
--	---

<sup>1</sup> Bien qu'il existe des cas dans lesquels des avocats ont été déclarés inhabiles pour cette raison, il existe des litiges dans lesquels les tribunaux ont conclu que la confiance en l'administration de la justice était mise en péril compte tenu du contexte particulier du dossier. Néanmoins, cette règle s'applique bien au-delà du contexte dans lequel les tribunaux l'ont déclarée applicable. cf. *Canadian Union of Public Employees, Local 569 c. Human Rights Commission*, (2009), 289 T.-N. & Î.-P.-E. 283 (C.A.T.-N.)

<sup>2</sup> *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 189; *Roadrunner Apparel Inc. et al. c. Gendis Inc. et al.*, [2007] 3 W.W.R. 459 (C.A. Man.); *Stewart c. Humber River Regional Hospital* (2009), 95 O.R. (3d) 161, 248 O.A.C. 331 (C.A. Ont.); *Euclide Cormier Plumbing and Heating Inc. et al. c. Canada Post Corporation et al.*, (2008), 334 N.B.R. (2d) 211, 296 D.L.R. (4th) 738 (C.A. N.-B.)

<p>paragraphe, a la même signification que celle dans le chapitre des définitions et inclut également toute personne envers qui le juriste a une obligation de confidentialité, même si aucune relation juriste-client n'existe entre eux</p>	<p>changent de cabinet. Aux fins de cette règle, la définition étendue de « client » exige qu'un cabinet cesse d'agir pour un client existant, en l'absence de tri adéquat, lorsque l'avocat qui change de cabinet se trouve en possession de renseignements confidentiels pertinents, mais pas suite à une relation avocat-client. Outre ce qui concerne les renseignements privilégiés, la raison d'être de cette imputation au cabinet recevant l'avocat du devoir de confidentialité dû par l'avocat changeant de cabinet à des tiers, et pour la protection des tiers, est source de préoccupation. Ceci donne préséance aux intérêts d'anciens clients liés à l'avocat qui change de cabinet sur ceux des clients existants du nouveau cabinet, ainsi qu'aux tiers.</p>
---	---

### III. ANALYSE DE LA RÈGLE DU CLIENT ACTUEL PROPOSÉE

#### A. La question centrale

Depuis longtemps, le droit a établi que les fiduciaires, incluant les avocats, ne peuvent agir ou continuer d'agir dans des affaires où il y a conflit d'intérêts à moins qu'après divulgation, le client n'y consente. Existant de longue date, le concept du conflit d'intérêts a été décrit de plusieurs façons. Un fiduciaire ne peut, sans le consentement approprié, remplir une obligation potentiellement contraire ou agir par intérêt personnel.

Cette notion de conflit d'intérêts a été clairement définie par la Cour suprême dans les arrêts *Neil* et *Strother*. Selon ceux-ci, il aurait la signification suivante :

un risque sérieux que les intérêts personnels de l'avocat ou ses devoirs envers un autre client actuel, un ancien client ou une tierce personne nuisent de façon appréciable à la représentation du client par l'avocat.

Ce qui est en jeu ici est une nouvelle règle de common law s'appliquant aux avocats et qu'on appelle parfois la « règle de la ligne de démarcation ». Avant 2002, cette nouvelle règle ne faisait pas partie du droit canadien. Son but est de protéger la représentation du client.

La question de savoir si cette élaboration de la common law requiert le consentement du client même dans le cas où il n'y aurait pas de risque réel ou appréciable d'effet nuisible sur sa représentation n'est pas encore déterminée.

La question centrale est de savoir si une nouvelle règle de déontologie correspondante devrait être adoptée. Cette règle exigerait invariablement le consentement du client actuel, même dans le cas où il n’y aurait pas de risque réel ou appréciable d’effet nuisible sur sa représentation. Savoir si une nouvelle règle de déontologie devrait être adoptée sur la base de la théorie que la règle proposée codifierait la common law, alors que celle-ci n’est pas encore fixée sur la question, est aussi un enjeu à débattre.

Cette question est soulevée à cause de l’effet d’une exigence rigide et à portée trop étendue, qui empêcherait les clients d’avoir accès à l’avocat de leur choix, et qui empêcherait les avocats d’accepter certains mandats. La règle proposée s’appliquerait même quand il n’y a pas de risque réel que la représentation du client soit mise en péril, que ce soit à cause d’un préjudice causé à la relation avocat-client ou autrement, et que le consentement ne peut être obtenu.

## B. L’approche du Comité consultatif

Le Comité consultatif explique la raison d’être de la règle du client actuel proposée aux paragraphes 31 à 44 de son Rapport final. Le Comité consultatif recommande essentiellement que soit codifiée son interprétation de la common law.

Paragraphe	Rapport du Comité consultatif	Analyse
31 à 34	Le Comité consultatif souligne le contraste entre son interprétation de la « règle de la ligne de démarcation » de l’arrêt <i>Neil</i> et la règle du client actuel adoptée par l’ABC dans son Code de déontologie professionnelle (la règle du client actuel de l’ABC).	La règle du client actuel de l’ABC n’est pas décrite correctement. Ceci nuit à la considération qui devrait lui être accordée.  La déclaration faite au sujet de la « règle de la ligne de démarcation » de l’arrêt <i>Neil</i> est l’une des interprétations de cette règle. L’autre interprétation exige l’évaluation du risque d’effet nuisible.
35 à 37	Le Comité consultatif allègue que sa recommandation est justifiée car elle est compatible avec la règle du client actuel établie par la jurisprudence, alors que celle de l’ABC ne l’est pas. Il allègue que les ordres professionnels de juristes ne devraient pas adopter une règle sur le client actuel qui diffère de la règle sur le client actuel établie par les tribunaux (la « règle de common law »).	Cet argument omet de reconnaître le fait que la common law a été interprétée de diverses façons et se trouve actuellement en pleine évolution. Une interprétation retenue dans un nombre peu élevé d’arrêts est comparée avec la règle de l’ABC, laquelle n’est comprise qu’en partie.
38 à 40	Le Comité consultatif affirme que la règle recommandée est	Les bases sur lesquelles s’appuient ces affirmations ne

	conforme au droit des fiducies en ce qu'elle exige la divulgation et le consentement. De plus, il rejette la règle de l'ABC en affirmant que (i) on « pourrait soutenir » que l'adoption de la règle de l'ABC pourrait contrevenir au devoir des ordres professionnels de juristes envers l'intérêt public et (ii) que la règle de l'ABC « ne tient pas suffisamment compte » de la nature fiduciaire de la relation entre un client et son juriste.	sont pas expliquées en profondeur.
41 à 44	Le Comité consultatif discute de l'enjeu posé par le consentement tacite des clients avertis et le fait que certains clients fassent appel à des cabinets pour de mandats minimes dans le but de créer, pour des raisons stratégiques, une situation artificielle où le cabinet serait déclaré inhabile, empêchant ainsi le cabinet d'agir pour d'autres dans un dossier sans rapport. Il note que de créer des conflits pour des raisons purement tactiques est contraire à la déontologie des avocats, selon laquelle ils doivent agir de bonne foi	La question de savoir si l'adoption de la règle du client actuel que le Comité consultatif propose sert, en réalité, l'intérêt public, n'est pas prise en compte.

### C. Difficultés avec l'approche du Comité consultatif

L'analyse contenue au Rapport final est truffée de problèmes fondamentaux. Parce qu'elle n'a pas été bien évaluée, la règle de l'ABC ne reçoit pas la considération qu'elle mérite, tant du point de vue de l'intérêt public que de celui du droit des fiducies. De plus, le défaut de reconnaître qu'il existe d'autres interprétations de la common law mène à une comparaison boiteuse entre la règle de l'ABC et ce qui est tenu pour une règle confirmée par les tribunaux. Recommander que les ordres professionnels de juristes codifient la règle élaborée par les tribunaux pose problème lorsqu'il est évident que cette règle est différente de la règle recommandée. En l'absence d'analyse claire et explicite de la question de savoir si la règle recommandée sert l'intérêt public, la recommandation de choisir entre l'interprétation que fait le Comité consultatif de la common law et la règle de l'ABC est sans fondement.

#### i. La common law, telle qu'elle évolue en ce moment

Le Comité consultatif ne semble pas avoir tenu compte de la question de savoir si la règle de common law s'applique réellement lorsqu'il n'y a pas de risque, ou qu'il n'y a pas de risque sérieux d'effet nuisible et appréciable sur la représentation du client. Ceci est tenu pour acquis dans son rapport final, sans analyse ni explication.

Bien qu'il s'agisse là d'une des interprétations des arrêts *R. c. Neil*<sup>3</sup> et *Strother c. 3464920 Canada Inc.*<sup>4</sup>, une autre interprétation a reçu le soutien des tribunaux. Tel que l'affirmait le Groupe de travail sur les conflits d'intérêts de l'ABC, après la tenue de discussions importantes<sup>5</sup> :

Nous concluons... que l'interprétation correcte des arrêts *Neil* et *Strother* (interprétation qui concilie les motifs de la minorité dans *Strother*) est qu'en l'absence du consentement approprié, un avocat ne peut pas agir si la représentation est directement opposée aux intérêts immédiats d'un client actuel à moins que l'avocat ne soit capable de démontrer qu'il n'y a pas de risque sérieux que sa représentation d'un autre client dans une affaire non reliée nuise de façon substantielle à sa représentation du client actuel.

Dans l'arrêt *Wallace c. Canadian Pacific Railway*<sup>6</sup>, le juge Popescul a adopté l'interprétation de la règle de *Neil* citée ci-dessus, comme l'indique l'extrait suivant de son jugement :

[TRADUCTION] [30] Une lecture rapide et superficielle de la « règle de la ligne de démarcation » pourrait mener à une interprétation selon laquelle il existe une interdiction virtuelle absolue qui empêche les cabinets d'avocats d'agir pour deux clients dont les intérêts sont opposés, même dans des affaires sans rapport, en l'absence du consentement informé ou tacite des deux clients. Cependant, un examen de la règle plus approfondi, et basé sur le contexte, mène à une conclusion plutôt différente.

[31] Je suis d'avis que l'interprétation appropriée de l'arrêt *Neil* est la suivante : en l'absence d'un consentement approprié, un avocat ne peut agir directement à l'encontre des intérêts immédiats d'un client actuel à moins d'être capable de démontrer qu'il n'existe pas de risque sérieux qu'à cause de la nouvelle affaire sans rapport, la représentation du client actuel par l'avocat subira un effet nuisible et appréciable. Cette interprétation de l'arrêt *Neil* a été adoptée par le Groupe de travail sur les conflits d'intérêts de l'ABC : « *Conflits d'intérêts : Rapport final, recommandations et trousse de documents modèles* », août 2008, Association du Barreau Canadien (le « Groupe de travail de l'ABC »). [...]

Dans l'arrêt *Neil*, à la page suivant celle à laquelle le juge Binnie a articulé la « règle de la ligne de démarcation », il a adopté la notion de « conflit » contenue au paragraphe 121 de *Restatement Third, The Law Governing Lawyers* (2000), vol. 2, aux pages 244-245 :

---

<sup>3</sup> [2002] 3 R.C.S. 631, 2002 CSC 70

<sup>4</sup> [2007] 2 R.C.S. 177

<sup>5</sup> Rapport final du Groupe de travail de l'ABC sur les conflits d'intérêts, pages 43 à 46.

<sup>6</sup> *Wallace c. Canadian Pacific Railway*, [2009] 12 W.W.R. 157 (C.S.Sask.), appel en instance devant la cour d'appel de la Saskatchewan.

« un risque sérieux que les intérêts personnels de l'avocat ou ses devoirs envers un autre client actuel, un ancien client ou une tierce personne nuisent de façon appréciable à la représentation du client par l'avocat ». Des arrêts subséquents ont affirmé que l'utilisation de cette définition ajoute deux conditions qui doivent être remplies avant qu'un avocat puisse être déclaré inhabile à cause d'un conflit de loyautés, soit : qu'il existe un risque sérieux que la représentation du nouveau client subisse un effet nuisible, et que ledit effet soit appréciable.

L'arrêt *Strother* tient compte de l'application de la règle de *Neil*, entre autres choses, aux paragraphes 54 et 55 des raisons de la majorité. Rejetant l'applicabilité de la règle de *Neil* sur la conduite de M. Strother, la majorité déclare ce qui suit : « La question de savoir s'il existe un risque réel d'atteinte est une question de faits. À mon sens, ce risque n'aurait pas existé, en l'espèce, si la représentation impartiale requise n'avait pas été compromise par l'intérêt financier personnel non divulgué de M. Strother ». Cette observation, qui apparaît dans les raisons de la majorité, semble indiquer que la règle de *Neil* ne devrait pas s'appliquer en l'absence de « risque sérieux d'effet nuisible ».

Cette interprétation est conforme à d'autres jugements récents de tribunaux inférieurs. Dans l'arrêt *Belair c. McAllister*<sup>7</sup>, le juge Hennessy décidait que la règle judiciaire exige de conclure en l'existence d'un risque d'effet nuisible. Il note ce qui suit :

[TRADUCTION] [31] Dans l'arrêt *Phillips c. Goldson*, le juge Gordon a interprété l'arrêt *Neil* comme incluant deux conditions devant être remplies avant qu'un avocat puisse être déclaré inhabile pour cause de conflit de loyautés :

L'existence d'un risque sérieux que la représentation du nouveau client subisse un effet nuisible et le caractère appréciable de cet effet.

[32] Dans leur article intitulé « Beyond Conflicts of Interest to the Duty of Loyalty: From *Martin v. Gray* to *R. v. Neil* » (Au-delà des conflits d'intérêts, jusqu'au devoir de loyauté : de *Martin c. Gray* à *R. c. Neil*)<sup>8</sup>, Richard Devlin et Victoria Rees suggèrent que la règle de l'arrêt *Neil* n'est pas suffisamment claire pour imposer un devoir de loyauté avant d'en venir à la conclusion qu'existe un risque nuisible et appréciable pour l'un des clients.

[33] Dans la présente affaire, la preuve ne me convainc pas que l'une ou l'autre des parties ou des plaignants fait face à un risque nuisible et appréciable si M. Doucet continue d'agir comme avocat pour le plaignant.

---

<sup>7</sup> *Belair c. McAllister*, 2008 CanLII 43577, juge Hennessy, aux paragraphes 30-32 (cour supérieure de justice de l'Ontario)

<sup>8</sup> (2005) 84 R. du B. can. 433

De même, dans l'arrêt *Doucet c. Cousineau*<sup>9</sup>, le juge Kane étudie l'arrêt *Neil* et conclut ce qui suit sur la définition du devoir de loyauté contenue dans cet arrêt :

[TRADUCTION] [26] [elle] crée deux conditions qui doivent être remplies avant qu'un avocat puisse être déclaré inhabile à cause d'un conflit de loyautés, soit : qu'il existe un risque sérieux que la représentation du nouveau client subisse un effet nuisible, et que cet effet soit appréciable.

Tout comme le juge Popescul, les juges Gordon, Hennessy et Kane ont tous conclu que la règle de l'arrêt *Neil* ne s'appliquait pas en l'absence d'un certain degré de risque d'effet nuisible et appréciable sur la représentation du client.

Il est pertinent, dans un tel contexte, de rappeler le contenu des arrêts *Neil* et *Strother*.

L'arrêt *Neil* était une affaire criminelle. L'avocat ne comptait pas parmi les parties au litige. La question à trancher était de savoir si les poursuites criminelles devaient être suspendues à cause du fait que les avocats de l'accusé se trouvaient en conflit d'intérêts. Tout en concluant à l'existence d'un conflit d'intérêts, soit un devoir envers un autre client qui créait un risque sérieux d'effet nuisible et appréciable sur la représentation, la Cour a conclu que manifestement, le dossier à l'étude n'était pas l'un de ces cas les plus clairs dans lesquels le verdict du jury devait être suspendu. En ce qui concerne la « règle de la ligne de démarcation » (telle que décrite par le Comité consultatif), elle n'a pas été appliquée étant donné la conclusion de risque sérieux avec effet nuisible et appréciable sur la représentation. L'arrêt *Neil* ne clarifie donc pas l'application appropriée de la « règle de la ligne de démarcation » dans les cas où il n'y aurait pas de risque sérieux d'effet nuisible et appréciable sur la représentation du client.

Dans l'arrêt *Strother*, la majorité a conclu que les intérêts personnels de Strother entraient en conflit avec ses devoirs envers son client étant donné qu'un mandat de représentation en justice se poursuivait. La majorité a conclu que les intérêts personnels de Strother créaient un risque sérieux d'effet nuisible et appréciable sur la représentation du client. Quant à la minorité, elle a conclu à l'inexistence de mandat continu de représentation en justice. La majorité a également conclu que le devoir de Strother envers son client subséquent n'était pas directement contraire aux intérêts immédiats de son client actuel. Encore une fois, la Cour était aux prises avec une situation dans laquelle il existait un risque, ou un risque sérieux, d'effet nuisible et appréciable sur la représentation d'un client.

Étant donné qu'il a été conclu qu'un risque sérieux d'effet nuisible et appréciable sur la représentation du client existait dans les arrêts *Neil* et *Strother*, il devient difficile de comprendre la conclusion du Comité consultatif à l'effet que la règle de *Neil*, telle qu'interprétée par le Comité consultatif, n'est pas un *obiter dictum* et puisse être le *ratio decidendi* de l'un ou l'autre de ces arrêts. Le Comité consultatif affirme que la « règle de

---

<sup>9</sup> *Doucet v. Cousineau*, 2009 CanLII 1801, juge Paul Kane, J.S.C., au par. 26 (Cour supérieure de justice de l'Ont.)

la ligne de démarcation » s'applique en l'absence de risque sérieux. Cependant, la cour a conclu à l'existence d'un risque sérieux tant dans l'arrêt *Neil* que dans l'arrêt *Strother*.

La Cour suprême du Canada n'a pas encore étudié l'application appropriée de la « règle de la ligne de démarcation » dans un cas où il n'existerait pas de risque sérieux. En l'absence d'un tel risque, les tribunaux inférieurs n'ont pas interprété l'arrêt *Neil* comme le fait le Comité consultatif. Aucune cour d'appel ne s'est encore penchée sur cette question dans un cas où il n'y aurait pas de conclusion à l'existence d'un risque sérieux ou d'un risque quelconque<sup>10</sup>.

Le Comité consultatif se base sur le fait que les ordres professionnels de juristes ne devraient pas adopter une règle du client actuel qui diffère de la common law pour conclure que la « règle de la ligne de démarcation » devrait être adoptée dans le *Code type*. Ce raisonnement s'écroule, cependant, lorsque l'on reconnaît que la common law est encore en évolution et que la « règle de la ligne de démarcation », telle qu'interprétée par le Comité consultatif n'a pas encore été appliquée dans des situations où n'existe pas de risque sérieux.

Pour en venir à sa conclusion, le Comité consultatif s'appuie également en partie sur la proposition inexplicitée selon laquelle les avocats seraient placés dans une position intenable si les tribunaux pouvaient les déclarer inhabiles dans des affaires où le fait d'agir ne contreviendrait pas aux règles des ordres professionnels de juristes. Cette assertion découle de deux hypothèses qui ne sont pas énoncées. La première hypothèse est que la déclaration d'inhabileté ne peut découler que de l'inconduite de l'avocat. En fait, un avocat peut être déclaré inhabile sans que soit même suggéré qu'il s'est conduit de façon inappropriée. La seconde hypothèse est que les tribunaux déclarent les avocats inhabiles à représenter leurs clients en l'absence de risque ou de risque sérieux d'effet nuisible et appréciable sur la représentation du client. Le Comité consultatif ne suggère pas que ce soit réellement le cas, et d'ailleurs, ce ne l'est pas. En fait, le juge Binnie, dans des remarques faites hors du cadre judiciaire, a énoncé l'opinion selon laquelle une déclaration d'inhabileté devrait être réservée aux affaires dans lesquelles un risque sérieux existe<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Le fait qu'on ne retrouve pas, dans la jurisprudence, de conflits sans conclusion à l'existence de risque sérieux suggère que le seuil du risque sérieux fonctionne. Les tribunaux n'ont pas trouvé approprié, en pratique, d'appliquer la règle de l'arrêt *Neil* de la façon dont l'interprète le Comité consultatif. Ceci suggère qu'il n'existe pas de nécessité réelle pour une règle supplémentaire controversée qui n'existait pas avant 2002 et qui n'existe nulle part ailleurs qu'aux États-Unis. Même aux États-Unis, l'évolution du droit le porte à s'éloigner de la « règle de la ligne de démarcation » telle qu'interprétée par le Comité consultatif. En effet, dans le cadre des travaux de sa commission de déontologie (ABA Commission on Ethics 20/20), l'American Bar Association est en train de réétudier sa règle type du client actuel. Il n'existe pas, dans le monde de la common law, d'autre endroit où un mandat dépourvu de risque peut servir de base pour rendre inhabile à occuper ou donner ouverture à une réclamation pour violation au devoir fiduciaire.

<sup>11</sup> « Sondage Après Sondage . . . A few Thoughts about Conflicts of Interest » (Sondage après sondage . . . Quelques idées au sujet des conflits d'intérêts), par le juge Ian Binnie, version publiée de remarques faites lors d'un débat d'experts sous la direction des Journées strasbourgeoises à Strasbourg, France, le 4 juillet 2008, page 6.

L'étude des bases sur lesquelles s'appuie le Comité consultatif pour recommander sa règle démontre que cette dernière est fondée sur deux fausses prémisses. À moins, et d'ici à ce qu'on puisse affirmer avec confiance que la « règle de la ligne de démarcation » s'applique en l'absence de risque sérieux, ou de quelque risque ayant un effet nuisible et appréciable sur la représentation du client, recommander de codifier une interprétation incertaine du droit en évolution n'est pas justifiable.

.....

## ii. La règle du client actuel de l'ABC

Le Comité consultatif n'a pas apprécié à sa juste valeur la règle de l'ABC. Dans son Rapport final, le Comité consultatif ne mentionne pas et n'étudie pas le paragraphe 2(c) des commentaires apparaissant au chapitre V du *Code de déontologie professionnelle de l'ABC*.

Les commentaires de l'ABC expliquent qu'un intérêt conflictuel peut surgir dans le contexte d'un « conflit de devoirs et de relations » qui survient « lorsque les obligations de l'avocat envers une autre personne engendrent un risque sérieux d'effet nuisible et appréciable sur la relation avocat-client ». La règle de l'ABC exige qu'il y ait divulgation et que le consentement soit obtenu lorsque le risque d'un tel effet existe.

Nous sommes d'accord avec l'observation du Comité consultatif voulant que la possibilité que le client se sente « trahi » par son avocat est préoccupante. Cependant, le Comité consultatif n'a pas pris en compte l'approche prise dans le *Code de déontologie professionnelle de l'ABC* aux fins de la protection de la relation avocat-client.

La base de la règle de l'ABC a été énoncée en détail dans le Rapport final du Groupe de travail de l'ABC, après discussion et analyse<sup>12</sup> :

Le fait est que lorsque les devoirs de diligence ne sont pas en conflit, une analyse objective du risque d'effet sérieux et préjudiciable sur l'un ou l'autre des mandats exige que soient prises en considération la nature des deux mandats, la nature des clients concernés et l'importance des mandats pour l'avocat; il faut aussi se demander si le même avocat agit dans les deux mandats. Dans certains cas, il peut y avoir risque de préjudice considérable à la relation avocat-client parce que le client pourra avoir l'impression d'être trahi ou à cause de la position opposée que l'avocat devra prendre. Dans certains cas, la connaissance que l'avocat a du caractère et des méthodes du client pourrait procurer un avantage indu. Dans d'autres cas, le fait que l'avocat ait intérêt à plaire à un client peut créer un risque véritable d'interférence avec l'exécution adéquate d'un mandat contre ce même client. Mais il peut arriver souvent qu'aucune de ces préoccupations ni aucune autre considération ne soient soulevées.

Aux paragraphes 38 et 39 de son Rapport final, le Comité consultatif rejette la règle de l'ABC en alléguant qu'on « pourrait soutenir » que l'adoption de la règle de l'ABC

---

<sup>12</sup> Rapport final du Groupe de travail de l'ABC sur les conflits d'intérêts, pp. 71 à 73.

pourrait contrevenir au devoir des ordres professionnels de juristes envers l'intérêt public et que la règle de l'ABC « ne tient pas suffisamment compte » de la nature fiduciaire de la relation entre un client et son juriste. Ces déclarations ne sont pas expliquées.

Ces assertions ne fournissent pas une base suffisante pour rejeter la règle de l'ABC en se basant sur une politique, compte tenu tout particulièrement des délibérations, de l'analyse et des consultations étendues effectuées par le Groupe de travail de l'ABC, et de l'adoption, à l'unanimité, de la règle de l'ABC par le Conseil de l'ABC. Le défaut apparent d'évaluer l'approche de la règle de l'ABC aux fins de la protection de la relation avocat-client mine la qualité de l'analyse effectuée dans le Rapport final.

### **iii. La règle proposée par le Comité consultatif**

La question de savoir si l'adoption de la règle du client actuel proposée sert l'intérêt public n'est pas abordée dans le Rapport final. Celle de savoir s'il existe une autre règle du client actuel qui servirait mieux l'intérêt public ne l'est pas non plus. Le Rapport final ne contient aucune étude de l'application pratique de quelque règle du client actuel dans la pratique du droit. On ne suggère pas non plus qu'en pratique, le seuil du risque sérieux prévu par la règle sur les conflits d'intérêts ne fonctionne pas de sorte qu'une règle supplémentaire, plus stricte, serait nécessaire. Les conséquences involontaires ne sont pas prises en considération.

Le Rapport final ne tient pas compte de la portée excessive de la règle qu'il recommande. Les buts reliés à la politique publique ne sont pas contestés. La représentation du client ne devrait pas faire l'objet d'un risque<sup>13</sup>, en l'absence de divulgation et de l'obtention du consentement du client, que ce soit à cause de devoirs contraires, d'intérêts conflictuels ou de mise en péril de la relation avocat-client. Il n'est pas souhaitable de restreindre le choix de l'avocat sans motif valable. Bien que cet argument soit de moindre importance, on pourrait également soutenir qu'en l'absence de justification valable, l'intérêt public commande que la conduite d'un avocat ne soit pas frappée d'interdiction par les ordres professionnels de juristes.

En termes simples, le problème que crée la règle proposée est qu'elle exige le consentement du client même lorsqu'il n'existe pas de risque réel que la représentation du client soit mise en péril. Le Rapport final ne contient pas d'explication justifiant l'exigence du consentement en l'absence de risque de mise en péril. La règle recommandée priverait les clients de leur choix à l'avocat, même dans les dossiers dans lesquels les tribunaux ne croiraient pas qu'il soit indiqué de déclarer leur avocat inhabile.

---

<sup>13</sup> De toute évidence, un débat légitime fait rage, à savoir si un « risque réel de mise en péril » devrait être toléré plutôt qu'un « risque sérieux ». Le juge Binnie, dans ses remarques extrajudiciaires citées ci-dessus, précise que l'exigence fiduciaire de divulgation et de consentement s'applique non seulement lorsqu'il y a un risque sérieux de mise en péril mais aussi lorsqu'il y a un risque [réel] de mise en péril. Il n'existe, cependant, aucune suggestion qu'une telle exigence existe en droit des fiducies lorsque aucun risque n'est présent. Les fiduciaires peuvent agir sans restriction en l'absence de risque de mise en péril de leurs obligations envers leurs bénéficiaires.

Il se pourrait qu'il existe une meilleure façon de formuler la règle du client actuel que suggère l'ABC. Malheureusement, le Comité consultatif ne semble pas avoir tenu compte de solutions autres que son interprétation de la common law et de la règle de l'ABC.

#### **iv. L'intérêt public et les conflits d'intérêts**

Le rôle public des ordres professionnels de juristes et de la Fédération est d'appliquer posément la vision commune de l'intérêt public aux réalités de la pratique du droit. C'est l'avantage qu'ont les ordres professionnels de juristes sur les tribunaux. Les juges ne peuvent élaborer le droit qu'en se basant sur les dossiers dont ils sont saisis. Presque invariablement, ces derniers sont des cas litigieux soulevant, d'ordinaire, des enjeux de politique publique différant de celles soulevées par les dossiers non contentieux. Ainsi que l'a dit le juge Sopinka, pour la majorité, dans l'arrêt *Macdonald Estate*:

.... Toutefois, les organes directeurs se préoccupent de l'application des normes relatives aux conflits d'intérêts non seulement en ce qui concerne le contentieux mais dans d'autres domaines qui constituent la plus grande part de la pratique du droit. Par conséquent, il ne conviendrait pas de fermer l'ensemble de la pratique à l'organe directeur d'une profession autonome par l'imposition d'une norme inflexible et immuable dans l'exercice d'une compétence de surveillance à l'égard d'une partie de cette pratique.

Toujours dans l'intérêt public, les ordres professionnels de juristes sont en mesure d'adopter une perspective plus profonde et plus large de la pratique du droit. Ils sont bien placés pour étudier l'existence réelle d'un problème et pour en soupeser les implications politiques. Or, l'évaluation de la nature et de l'étendue du problème, s'il existe, qui doit être réglé est d'une importance critique pour la formulation adéquate de nouvelles règles. Tout particulièrement, lorsque c'est une règle d'étendue plus vaste qui est proposée, il convient de déterminer posément s'il existe réellement un problème auquel s'attaquer et aussi, la portée de ce problème, ainsi que les problèmes que la solution proposée pourrait créer ou exacerber.

Ce travail n'a pas été effectué par le Comité consultatif qui s'est malheureusement basé sur la prémisse qu'un choix devait être fait entre recommander la règle de common law ou recommander celle de l'ABC, telles qu'interprétées par le Comité dans les deux cas. Le Comité consultatif n'a pas déterminé si la règle de common law, telle qu'il l'interprète, sert l'intérêt du public, laissant ce fardeau aux tribunaux. Le Comité consultatif ne s'est pas demandé s'il existait quelque règle du client actuel qui serait meilleure que la règle de common law, telle qu'il l'interprète, et ce faisant, il a manqué à son devoir d'aider les tribunaux. En l'absence d'un tel travail, la meilleure solution aurait été de ne rien faire et de laisser les tribunaux continuer à élaborer la common law au cas par cas.

Cependant, le meilleur chemin à suivre continue d'être que les ordres professionnels de juristes, par l'intermédiaire de leur Fédération, se penchent sur la question de savoir si une règle du client actuel est requise pour servir l'intérêt public. Le cas échéant, il faudra élaborer la meilleure règle possible et la soumettre à une étude et à des consultations poussées avant de l'adopter.

L'Association du Barreau canadien se déclare prête à aider les ordres professionnels de juristes de toutes les façons que ceux-ci pourraient trouver utiles et adéquates.