

Le 5 février 2004

Monsieur Todd Ducharme
Président, Professional Regulation Committee
Le Barreau du Haut-Canada
Osgoode Hall
130, rue Queen Ouest
Toronto (Ontario)
M5H 2N6

Monsieur,

Objet : Projets de modifications aux Règles de conduite professionnelle obligeant les avocats à informer la hiérarchie des sociétés clientes - Mémoire présenté par l'Association canadienne des conseillers et conseillères juridiques d'entreprises (« ACCJE »)

Je vous remercie de votre lettre du 17 octobre 2003, par laquelle vous invitiez l'ACCJE à commenter les projets de modifications aux Règles de conduite professionnelle qui obligerait les avocats à informer la hiérarchie des sociétés clientes en cas de conduite fautive.

Aux membres de votre Comité qui ne connaissent pas ou peu l'ACCJE, je rappelle qu'elle a été établie en 1988 par le Conseil national de l'Association du Barreau canadien afin de remplacer la Section nationale du droit des sociétés de l'ABC. Aujourd'hui, avec plus de 6000 membres et 11 chapitres régionaux, l'ACCJE offre une tribune nationale et se fait le porte-parole des conseillers et conseillères juridiques d'entreprises dans l'ensemble du Canada afin de promouvoir leur pratique du droit et leurs compétences professionnelles. Nos membres se composent de conseillers et conseillères juridiques chargés de représenter les intérêts juridiques de presque chaque industrie au pays ainsi que les sociétés de la Couronne et les organismes municipaux. L'étendue de cette représentation rivalise avec les plus grandes associations de l'industrie à l'échelle nationale et les données sur nos membres révèlent le niveau particulièrement élevé de leur éducation et de leur expérience tant en droit que dans le monde des affaires. En outre, dans de nombreux cas, ils assument des responsabilités qui vont au-delà des affaires juridiques de leur société.

Pour préparer notre analyse des projets de modifications visant à obliger les avocats à informer la haute direction des entreprises, nous avons bénéficié de l'avis éclairé de juristes familiers avec la situation américaine actuelle et conscients des pressions croissantes existant dans le contexte canadien. On pourrait formuler des commentaires d'ordre général au sujet du rapport entre ces projets de modifications et les critères distincts susceptibles d'être adoptés par la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario; nous avons cependant constaté que ces projets de modifications avaient une application plus générale excédant le champ de surveillance de la CVMO sur les sociétés cotées en bourse. Nous avons donc limité nos observations aux questions génériques applicables à tous les conseillers juridiques d'entreprises et les avons réduites à quatre questions que nous soumettons à votre examen, présumant que votre comité les a peut-être déjà analysées, en tout ou en partie. Nous voulons cependant insister sur l'importance que ces questions revêtent pour les membres de l'ACCJE :

1. Le retrait – Les modifications proposées aux règles 2.02(5.1)(d) et 5.2(c) obligent une ou un avocat, employé par une organisation décidée à mener ou à poursuivre une mauvaise conduite contrairement aux conseils donnés par l'avocat, à « se retirer de l'affaire conformément à la règle 2.09 ». Cette règle stipule simplement que, dans ce genre de situation, l'avocat doit « se retirer ». Dans la pratique privée, il s'agira simplement pour l'avocat de se « débarrasser » d'un de ses nombreux clients et les revenus de l'avocat ne s'en trouveront vraisemblablement pas compromis. En revanche, dans le cas d'un conseiller juridique d'entreprise, le « retrait » équivaldrait à une démission, ce qui en réalité signifierait être congédié par le seul client - soit l'entreprise - que le conseiller juridique possède, avec tout ce que cela entraîne comme incidence négative sur le plan de ses finances personnelles. Ainsi, cette modification, en référant à « l'affaire », permettrait au conseiller juridique de refuser de s'occuper plus avant de toute question spécifique concernant l'affaire, tout en continuant dans le cadre de ses fonctions à dispenser des conseils juridiques à propos d'autres affaires distinctes. Dans sa « Proposed Alternative to Noisy Withdrawal Rule », la SEC traite cet aspect en prescrivant plusieurs règles différentes entre les conseillers juridiques d'entreprises et les avocats de pratique privée, à l'effet que le conseiller juridique est tenu « de cesser immédiatement toute participation ou assistance au sujet de l'affaire visée par la violation », tandis qu'un avocat de pratique privée externe est simplement tenu de « cesser de représenter l'émetteur ». C'est également ce que prescrit la règle 10 du chapitre 9 des Règles du Barreau de l'Alberta. Cette clarification du concept de « retrait » à l'égard des conseillers juridiques d'entreprises devrait être également présente dans les projets de modifications aux règles 2.02(5.1)(d), 5.2(c) et 2.09.
2. La confidentialité - Les modifications proposées ne prennent pas en compte les éventuelles sanctions ou les mesures de représailles imposées aux conseillers juridiques ayant comparu à propos de problèmes. En outre, la règle 2.03(4) dans sa forme actuelle est très restrictive dans l'énoncé des seules exceptions autorisant un avocat à divulguer des renseignements confidentiels. Par conséquent, un conseiller juridique d'entreprise peut juger cette divulgation nécessaire pour

- démissionner ou alors peut être congédié par son entreprise qui refusera de lui accorder la rémunération adéquate bien qu'il s'agisse clairement d'une situation de congédiement déguisé et, qu'en outre, l'avocat ne bénéficie d'aucun recours en droit en raison de son obligation de préserver la confidentialité des communications. Dans une telle situation, le conseiller juridique d'entreprise devrait être autorisé, en vertu de la règle 2.03(4), à divulguer les motifs de sa démission ou de congédiement injustifié si une action légale était nécessaire afin de protéger les droits du conseiller juridique d'entreprise.
3. Les obligations envers la clientèle - Le projet de modification à la règle 2.02(1.1) énonce l'obligation de l'avocat employé ou engagé pour un contrat par une entreprise « d'agir avec honnêteté, de bonne foi et dans l'intérêt de l'entreprise ». On constate qu'il s'agit là d'un critère provenant de la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario, laquelle codifie les obligations et responsabilités des administrateurs d'entreprises. Il est inapproprié d'appliquer aux conseillers juridiques d'entreprises des concepts juridiques (et la responsabilité potentielle qui découle de ces concepts) spécifiquement réservés aux administrateurs ayant une responsabilité beaucoup plus importante vis-à-vis de l'entreprise. Quoiqu'il en soit, les avocats sont obligés, en vertu d'autres règles de déontologie professionnelle, d'agir honnêtement et de bonne foi au nom de leurs clients, ainsi la seule obligation applicable dans le domaine de la gouvernance d'entreprise devrait être celle « d'agir dans le meilleur intérêt de son client ». Ce qui démontre l'existence d'une lacune dans les modifications proposées puisqu'en fait il n'existe aucune définition précise de « client » lorsque l'on parle de « l'entreprise ». Cet état de choses est rendu encore plus ambigu dans le commentaire qui accompagne la modification à la règle 2.02(1.1) lorsqu'on lit : « A lawyer acting for an organization should keep in mind that ... ». Malgré les réserves formulées dans la note de bas de page accompagnant ce projet de modification, cette règle devrait clairement énoncer que l'avocat agit uniquement pour l'entité juridique de l'entreprise et non pas pour l'ensemble des administrateurs, actionnaires, membres ou dirigeants de l'organisation, dont l'obligation consiste, comme nous l'avons mentionné précédemment, à agir dans le meilleur intérêt de l'entreprise (qui est la cliente).
4. La connaissance – Les modifications proposées aux règles 2.02(5.1) et (5.2) obligent l'avocat à informer la hiérarchie de la société-cliente lorsqu'il « sait » que cette dernière agit ou a l'intention d'agir « malhonnêtement, frauduleusement, criminellement ou illégalement ». La question se pose alors de savoir quel est le critère concret permettant de déterminer que l'avocat a connaissance d'une conduite fautive? Les mentions de « violations déterminantes » (*material violations*) dans les lois américaines et de « manquements graves » (*material breaches*) à une obligation fiduciaire découlant des lois américaines telle qu'énoncée dans les règles de conduite professionnelle applicables aux avocats comparaisant et exerçant devant la SEC au nom des émetteurs, devraient, selon nous, servir de modèles pour les modifications proposées. Il faudrait préciser notamment qu'une obligation d'informer surgit dès que l'avocat est au courant

d'une preuve crédible qui inciterait un avocat compétent et prudent à conclure que, dans les circonstances, une violation importante ou un manquement grave s'est produit ou va vraisemblablement se produire.

En guise de commentaire additionnel, sans formuler de recommandations spécifiques, nous notons également que les modifications proposées ne prescrivent pas les critères servant à définir des notions subjectives, par exemple ce qui serait considéré comme une « réaction adéquate » et acceptable n'exigeant pas de l'avocat qu'il fasse plus que simplement informer la hiérarchie de l'entreprise de l'existence d'une conduite fautive. C'est une façon d'introduire des règles ou des modifications aux règles de conduite professionnelle sur un sujet ayant des répercussions plus générales impliquant d'éventuelles sanctions criminelles et une responsabilité civile excédant le champ de responsabilité du Barreau. Nous suggérons simplement de prêter une grande attention à l'équilibre entre « en dire trop peu » (et donc créer l'incertitude pour les conseillers juridiques d'entreprises et les autres avocats quant à la manière d'agir ou de ne pas agir) et une réglementation excessive (et faire en sorte que le Barreau assume le même rôle que celui d'une commission des valeurs mobilières, ce qui n'est pas dans son mandat).

Si la Commission a besoin de plus amples commentaires ou de précisions, l'ACCJE se fera un plaisir de vous les fournir.

Le tout respectueusement soumis, au nom de l'Association canadienne des conseillers et conseillères juridiques d'entreprises



John Scott
Président

