



Le 22 janvier 2014

[TRADUCTION]

Par courriel : jstrawcz@flsc.ca

Monsieur Gavin Hume, c.r.
Président, Comité permanent sur le Code type
de déontologie professionnelle
Fédération des ordres professionnels de
juristes du Canada
World Exchange Plaza
45, rue O'Connor, bureau 1810
Ottawa (Ontario) K1P 1A4

Madame Frederica Wilson
Directrice principale des affaires de réglementation
et affaires publiques
Fédération des ordres professionnels de
juristes du Canada
World Exchange Plaza
45, rue O'Connor, bureau 1810
Ottawa (Ontario) K1P 1A4

Objet : Modifications proposées aux commentaires des règles 3.4-1 et 3.4-2 du Code type

Monsieur, Madame,

Nous vous remercions d'avoir sollicité les commentaires de l'Association du Barreau canadien (ABC) sur les modifications proposées au *Code type de déontologie* concernant les conflits d'intérêts et la preuve matérielle incriminante. Nous encourageons la Fédération à mener de vastes consultations auprès du public, de la profession et des ordres professionnels de juristes au sujet de ces modifications et de toute modification future au *Code type*.

J'écris pour vous transmettre les observations de l'ABC au sujet des modifications proposées aux commentaires accompagnant les règles 3.4-1 et 3.4-2, par suite de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *CN c. McKercher*¹. Ces observations ont été formulées avec le concours de membres du Groupe de travail de l'ABC sur les conflits d'intérêts. Nous aborderons séparément, d'ici la nouvelle date limite du 7 avril 2014, les autres modifications proposées au *Code type de déontologie* de la Fédération qui étaient présentées dans votre note de service du 29 octobre 2013.

Règle type 3.4-1

La règle type 3.4-1 prévoit que : « Un juriste ne doit pas agir ou continuer d'agir pour un client lorsqu'il y a un conflit d'intérêts, sauf dans les circonstances permises en vertu du présent Code. »

Le *Code type* définit un conflit d'intérêts comme « l'existence d'un risque sérieux que l'intérêt personnel du juriste ou ses devoirs envers un autre client, un ancien client ou une tierce personne nuise de façon appréciable à la loyauté du juriste envers un client ou à la représentation du client par le juriste (règle 1.1-1) ».

¹

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher LLP, 2013 CSC 39 (CanLII)

Il est essentiel que les commentaires accompagnant la règle type 3.4-1 indiquent clairement la possibilité qu'un conflit d'intérêts survienne en raison d'un intérêt personnel ou d'un devoir envers un autre client actuel, un ancien client ou une tierce personne. Depuis l'arrêt *R. c. Neil*² de la Cour suprême, les discussions et les débats ont surtout porté sur les conflits d'intérêts qui surviennent en agissant directement à l'encontre des intérêts légaux immédiats d'un client. Cependant, des conflits d'intérêts peuvent découler d'un devoir envers un client actuel en l'absence d'une opposition directe aux intérêts légaux immédiats d'un client; tel qu'indiqué, ils peuvent aussi découler d'un intérêt personnel ou de devoirs envers d'anciens clients ou envers des tierces personnes.

Les nouveaux commentaires proposés pour la règle type 3.4-1 ne traduisent pas convenablement l'étendue de cette réalité, et risquent d'engendrer de la confusion chez les juristes en insistant sur un seul aspect des intérêts opposés. En traitant de la règle de la « démarcation très nette » dans les commentaires [1] et [2] et en se limitant, dans le commentaire [10], aux conflits dans le contexte d'un mandat opposé aux intérêts légaux immédiats d'un client, on limite indûment la portée de la règle. Le commentaire [6] contribue aussi à l'insistance excessive sur ce contexte particulier.

L'ABC recommande que le commentaire [3], qui décrit les différents types de conflits, soit présenté comme premier commentaire afin de clarifier d'emblée toute la portée de la règle type.

Commentaire [1] (précédemment [3])

Cette règle s'applique à la représentation d'un client par le juriste dans toutes les circonstances où le juriste agit pour un client, lui donne des conseils ou exerce son jugement au nom du client. La représentation risque d'être moins efficace si un juriste est tenté de donner la préférence à d'autres intérêts plutôt qu'à ceux de son propre client : les propres intérêts du juriste, ceux d'un client actuel, d'un ancien client ou d'une tierce personne.

Le commentaire [2] devrait être présenté ensuite, mais ne devrait pas commencer par une référence à la « règle de la démarcation très nette »; il devrait plutôt commencer par l'évaluation générale du « risque sérieux » d'un conflit. En outre, tout en reconnaissant que l'expression « représentation simultanée des clients » provient de *McKercher*, l'utilisation du mot « simultanée » dans ce commentaire risque de causer de la confusion au vu du titre de la règle type 3.4-4 (où le mot « concourante » est utilisé dans le même sens). L'ABC recommande la reformulation indiquée ci-dessous.

Commentaire [2] révisé

~~Dans les cas où la règle de la démarcation très nette est inapplicable,~~ Il sera quand même interdit au juriste ou au cabinet juridique d'agir si la représentation simultanée des clients pour un client opposé à un autre client actuel si cela pose 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. Le risque doit être plus qu'une simple possibilité; le mandat doit poser un véritable risque sérieux pour l'obligation de loyauté ou la représentation du client.

Quant au commentaire [1], l'ABC recommande qu'il figure en troisième position et qu'il y soit inséré l'énoncé du paragraphe 35 de l'arrêt *McKercher*, « [la règle de la démarcation très nette] s'applique principalement dans les instances civiles et criminelles », immédiatement avant les mots « Toutefois, la règle de la démarcation très nette... » Cet ajout aiderait à comprendre le sens des « intérêts légaux » (conformément à l'intention de la Cour, ainsi qu'en témoigne le paragraphe 35 de *McKercher*) et procurerait le contexte nécessaire à l'évaluation des attentes raisonnables. Sans savoir quel est le

²

R. c. Neil, [2002] 3 R.C.S. 631

domaine principal d'application de la règle de la démarcation très nette, il n'est pas possible de comprendre ce qui est exceptionnel.

L'ABC recommande aussi que la référence à la règle 3.4-2 et au commentaire [6] soient supprimées du commentaire [1] (devenu [3]). La règle type 3.4-2 traite du consentement. Le consentement est requis uniquement si la règle type 3.4-1 est d'application. Lorsqu'il est déraisonnable qu'un client s'attende à ce qu'un juriste n'agisse pas, il ne peut pas y avoir de conflit d'intérêts et le consentement n'est pas requis. En outre, si l'évaluation des attentes raisonnables est un exercice objectif, l'évaluation du consentement – exprès ou implicite – exigerait un examen subjectif par ailleurs superflu.

Commentaire [3] (précédemment [1]) révisé

~~Les juristes ont l'obligation déontologique d'éviter les conflits d'intérêts.~~ Certaines situations où il est question de conflits d'intérêts entrent dans les cadres de la règle de la démarcation très nette, telle que formulée par la Cour suprême du Canada. La règle de la démarcation très nette interdit à un juriste ou un cabinet juridique de représenter un client dont les intérêts légaux s'opposent directement aux intérêts légaux immédiats d'un autre client même si les dossiers sont sans rapport, à moins que les clients donnent leur consentement. La règle de la démarcation très nette s'applique principalement dans les instances civiles et criminelles. Toutefois, la règle de la démarcation très nette ne peut être invoquée pour sanctionner les abus tactiques et ne s'appliquera pas dans les circonstances exceptionnelles où il est déraisonnable de la part du client de s'attendre à ce que le juriste ou le cabinet juridique n'agisse pas contre lui dans des dossiers sans rapport. ~~Reportez-vous à la règle 3.4-2 et au commentaire [6].~~

Il est recommandé de déplacer le commentaire [6], s'il comprend du contenu qui n'a pas été abordé convenablement ailleurs, à la suite du commentaire [1], lui-même passé en troisième position. En effet, le commentaire [6] apporte la justification de la règle de la « démarcation très nette » décrite dans le commentaire [1].

Commentaire [4] (précédemment [6])

Un client doit être assuré de pouvoir compter sur la loyauté sans réserve du juriste sans que la relation entre le juriste et le client se détériore. Une situation où la représentation d'un client par le juriste est directement contraire aux intérêts immédiats d'un autre client pourrait causer du tort irréparable à la relation entre le juriste et le client. Un client pourrait être en droit de craindre que le juriste ne poursuive pas la représentation par égards pour l'autre client.

L'ABC recommande que le commentaire [7] évite d'indiquer qu'une des deux obligations mentionnées est « accompagnée » de l'autre puisque c'est probablement inexact sauf dans la mesure où les deux obligations sont envers les clients actuels et les anciens clients. En outre, il serait utile d'expliquer l'objet du commentaire en affirmant que l'existence de l'une ou l'autre de ces obligations envers un autre client actuel ou un ancien client peut engendrer un risque sérieux d'entrave à la représentation du client. Selon la formulation actuelle, ce n'est pas nécessairement évident au lecteur. De plus, il serait utile de renvoyer à la règle type 3.4-10, qui insiste sur l'importance d'une sensibilisation au risque de conflits tout au long d'un mandat.

Commentaire [7] révisé

L'obligation de confidentialité du juriste est envers les clients actuels et les anciens clients ~~et est accompagnée de~~, comme l'est l'obligation de ne pas critiquer le travail juridique effectué dans le cadre d'un mandat ou de miner la position de l'ancien client dans un dossier qui était essentiel au mandat. Ces obligations peuvent engendrer un risque sérieux d'entrave à la représentation du client. Voir aussi la règle 3.4-10.

En ce qui concerne le commentaire [8], la première phrase risque de faire comprendre que l'obligation de s'engager permet de laisser tomber un client pourvu que ce ne soit pas fait sommairement et subitement. L'ABC recommande de supprimer les mots « sommairement et subitement ». L'applicabilité de la deuxième phrase est aussi douteuse puisque, selon la logique de *McKercher* (par. 63 à 65), c'est la considération dont jouit l'administration de la justice et non la sensibilité du client qui importe lorsqu'un mandat est abandonné de façon injustifiée. L'ABC recommande d'enlever cette phrase. En outre, il serait utile de renvoyer à la règle type 3.7-1, qui aborde le retrait du juriste.

Commentaire [8] révisé

L'obligation qu'a le juriste de s'engager à défendre la cause du client l'empêche de laisser tomber un client ~~sommairement et subitement~~ pour contourner les règles sur les conflits d'intérêts. ~~Le client pourrait, à juste titre, se sentir trahi si le juriste cesse d'agir pour son compte dans le but d'éviter un conflit d'intérêts. Voir aussi la règle 3.7-1.~~

L'ABC recommande que le commentaire [9] suive de plus près l'arrêt *McKercher*, pour clarifier le sens du commentaire, et d'y ajouter un renvoi à la règle type 3.2-2 au sujet de l'obligation d'honnêteté et de franchise.

Commentaire [9] révisé

L'obligation de franchise exige que le juriste ou le cabinet juridique ~~informe un client actuel de tous les faits qui concernent le mandat~~ fasse part de tout facteur influant sur son aptitude à bien représenter le client, y compris d'un mandat opposé au client, peu importe que le client considère qu'il y a ou non conflit d'intérêts. Si le devoir de confidentialité envers le client interdit une telle communication, le juriste ne peut pas agir pour le nouveau client. Voir aussi la règle 3.2-2.

L'ABC recommande que les facteurs figurant dans le commentaire [10] soient supprimés ou déplacés dans le commentaire [1] (devenu [3]), parce qu'ils s'appliquent uniquement quand la règle de la « démarcation très nette » entre en jeu et ils diluent l'argument du commentaire [10] selon lequel un juriste doit rester attentif aux conflits potentiels tout au long d'un mandat. La présence des facteurs dans le commentaire [10] pourrait faire croire à tort au juriste que ceux-ci sont pertinents à d'autres fins que pour situer la « démarcation très nette ».

Commentaire [10] révisé

Un juriste doit voir si un conflit d'intérêts existe, non seulement au début du mandat, mais également tout au long de celui-ci, puisque de nouvelles circonstances ou des nouveaux renseignements pourraient entraîner ou mettre au jour un conflit d'intérêts. ~~Les facteurs dont le juriste doit tenir compte pour déterminer s'il y a conflit d'intérêts incluent :~~

- ~~(a) si les intérêts légaux sont immédiats;~~
- ~~(b) si les intérêts légaux sont directement contraires;~~
- ~~(c) s'il s'agit d'une question de fond ou de procédure;~~
- ~~(d) la relation temporelle entre les dossiers;~~
- ~~(e) l'importance de la question pour les intérêts immédiats et à long terme des clients en question; et~~
- ~~(f) les attentes raisonnables du client lorsqu'il engage le juriste pour l'affaire ou la représentation en question.~~

Dans le commentaire [12], l'ABC recommande que soient supprimés les mots « appliquent les principes en matière fiduciaire qu'ils ont élaboré ». La référence aux principes en matière fiduciaire est superflue et n'est pas entièrement exacte. Par exemple dans les affaires *Succession MacDonald*³ et *Celanese*⁴, la Cour suprême du Canada a exclu des cabinets juridiques qui n'avaient aucune obligation fiduciaire envers la partie requérante (qui n'était jamais leur client). L'exclusion au nom du rôle de surveillance quant aux instances judiciaires n'est pas fonction de l'existence d'un rapport fiduciaire. Il est aussi possible de soutenir, au vu du raisonnement de *McKercher*, que la règle de la « démarcation très nette » est une règle qui protège l'administration de la justice plutôt qu'une règle en matière fiduciaire. Il n'est pas nécessaire que le commentaire tente d'aborder cette question difficile et plutôt théorique, et il ne devrait pas le faire.

L'ABC recommande aussi d'indiquer dans ce commentaire que si un tribunal renonce à exclure, ce fait ne constitue pas nécessairement une défense dans une poursuite d'un ordre professionnel de juristes, mais que les motifs donnés par un tribunal pour justifier la non-exclusion peuvent être pertinents dans le cadre de la détermination de la sanction. L'élément important est que les tribunaux et les ordres professionnels de juristes ont des compétences complémentaires et prennent en compte certains facteurs communs, mais restent maîtres de leurs propres décisions.

Commentaire [12] révisé

Ces règles établissent des normes d'éthique que tous les membres de la profession doivent respecter. Les tribunaux ont un rôle de surveillance distinct quant aux instances judiciaires. En jouant ce rôle, les tribunaux ~~appliquent les principes en matière fiduciaire qu'ils ont élaborés pour régir~~ régissent les relations des juristes avec leurs clients, ce qui leur permet de veiller à l'administration adéquate de la justice. Un manquement aux règles sur les conflits d'intérêts pourrait entraîner une sanction imposée par un ordre professionnel de juristes même si un tribunal qui a été saisi de l'affaire refuse de déclarer le juriste inhabile, bien que les motifs de la décision rendue à ce sujet par le tribunal pour justifier la non-exclusion puissent être pertinents dans le cadre de la détermination de la sanction.

Règle type 3.4-2

La règle type 3.4-2 se lit comme suit :

« Un juriste ne doit pas représenter un client dans une affaire lorsqu'il y a un conflit d'intérêts à moins d'avoir le consentement exprès ou implicite de tous les clients et que le juriste peut raisonnablement croire qu'il est en mesure de représenter chaque client sans qu'il y ait de risque sérieux d'effet négatif sur la représentation de l'autre client ou la loyauté envers l'autre client.

(a) Le consentement exprès doit être donné en toute connaissance de cause et en toute liberté.

(b) Le consentement peut être implicite et n'a pas à être donné par écrit si toutes les situations suivantes s'appliquent :

- i. le client est un gouvernement, une institution financière, une société ouverte ou une entité d'envergure similaire, ou une entité employant un avocat;
- ii. les dossiers sont sans rapport;
- iii. le juriste n'a aucun renseignement confidentiel d'un client pouvant raisonnablement avoir une incidence sur l'autre; et
- iv. le client a accepté d'un commun accord que les juristes agissent pour et contre lui dans des dossiers sans rapport. »

³ *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235

⁴ *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 189

L'ABC recommande que le commentaire [6] se rapportant à la règle 3.4-2, qui traite du consentement explicite, soit révisé de façon à supprimer les mots biffés ci-dessous. Ainsi qu'il en a été question plus haut, lorsqu'il est déraisonnable qu'un client s'attende à ce qu'un avocat n'agirait pas à l'encontre du client dans une affaire sans rapport, il n'y a pas de conflit d'intérêts. Quand il n'y a pas de conflit d'intérêts, nul n'est besoin d'obtenir le consentement et la règle 3.4-2 est sans objet. Les mots dont nous recommandons la suppression confondent la question objective des attentes raisonnables comme limite de la portée de la règle de la « démarcation très nette » et la question subjective du consentement – exprès ou implicite.

Commentaire [6] révisé

Dans des cas restreints, le consentement peut être implicite plutôt qu'expressément accordé. ~~Et dans certains cas, un client ne peut raisonnablement s'attendre à ce que la loyauté du juriste ou du cabinet juridique soit sans réserve et que le juriste ou le cabinet juridique s'abstienne d'agir contre le client dans des dossiers sans rapport. Pour déterminer si les attentes du client sont raisonnables, il faut tenir compte de la nature de la relation entre le juriste et le client, des conditions du mandat et des dossiers qui sont en cause.~~ Les gouvernements, les banques à charte et les entités qui pourraient être considérés comme des consommateurs avertis de services juridiques peuvent accepter que des juristes agissent contre eux dans des dossiers sans rapport lorsqu'il n'y a aucun risque de mauvais usage de renseignements confidentiels. Plus le client est averti en tant que consommateur de services juridiques, plus on pourra présumer qu'il y a consentement. La simple nature du client n'est toutefois pas suffisante pour permettre de présumer qu'il y a consentement implicite; les dossiers ne doivent avoir aucun lien entre eux, le juriste ne doit pas avoir de renseignements confidentiels d'un client qui peuvent avoir une incidence sur l'autre client et on doit pouvoir raisonnablement conclure que le client a accepté d'un commun accord que les juristes pourraient agir contre lui dans de telles circonstances.

Il se peut que la règle 3.4-2(b) et le commentaire [6] ne soient plus d'actualité au vu des motifs de l'arrêt *McKercher*. On peut supposer qu'un client s'attendrait raisonnablement à ce qu'un avocat puisse agir à l'encontre des intérêts du client dans les circonstances décrites à la règle 3.4-2(b), auquel cas la règle 3.4-2 ne serait jamais d'application puisqu'il n'y aurait pas de conflit d'intérêts exigeant un consentement.

Conclusion

Nous sommes reconnaissants d'avoir pu présenter des commentaires sur les modifications proposées aux dispositions du *Code type* de la Fédération concernant les conflits d'intérêts. Nous répondrons volontiers à vos questions sur nos recommandations. Ainsi que nous l'avons indiqué plus haut, nous transmettrons d'ici la date limite du 7 avril 2014 les commentaires de l'ABC au sujet des autres modifications proposées dans la note de service du 29 octobre 2013 de la Fédération.

Je vous prie d'agréer, Monsieur, Madame, l'expression de ma considération respectueuse.

(originale signée par Fred Headon)

Fred Headon