

**L'AFFAIRE GOLD : DE LA LUMIERE SUR LES CONFLITS  
D'INTERETS DES AVOCATS CORPORATIFS DANS LES  
LITIGES ENTRE ACTIONNAIRES.**

**PAR ME CHANTAL PERREAULT, LL.M.  
DU CABINET D'AVOCATS PAQUETTE GADLER INC.**

**CONFÉRENCE DU 11 MAI 2007  
COLLOQUE EN DÉONTOLOGIE, DROIT PROFESSIONNEL  
ET DISCIPLINAIRE**

**FORMATION PERMANENTE DU BARREAU DU QUÉBEC**

# L'AFFAIRE GOLD : DE LA LUMIERE SUR LES CONFLITS D'INTERETS DES AVOCATS CORPORATIFS DANS LES LITIGES ENTRE ACTIONNAIRES.

PAR ME CHANTAL PERREAULT, LL.M.

## TABLE DES MATIÈRES

1.	INTRODUCTION.....
2.	ÉVOLUTION DES SITUATIONS D'INHABILITE PAR LE DEVOIR DE LOYAUTE.....
2.1	Les articles pertinents du Code de déontologie.....
2.2	Rappel historique.....
2.2.1	Droit garanti par la Charte.....
2.2.2	La jurisprudence des autres provinces sur la double représentation...
2.2.3	La jurisprudence québécoise.....
2.3	L'arrêt Neil .....
2.4	L'affaire Gold .....
3.	IMPACT SUR LES DEVOIRS DE L'AVOCAT CORPORATIF EXTERNE .....
3.1	Choisir son client .....
3.2	Le mode de nomination.....
3.3	Facturation des services .....
3.4	À qui faire rapport? .....
3.5	Quoi faire devant un cas de <i>whistleblower</i> ?.....
4.	LES NOMINATIONS JUDICIAIRES DE PROCUREURS.....
5.	IMPACT SUR LE SECRET PROFESSIONNEL .....
5.1	Qui peut le soulever ou y renoncer? .....
6.	CONCLUSION .....

# L'AFFAIRE GOLD : DE LA LUMIERE SUR LES CONFLITS D'INTERETS DES AVOCATS CORPORATIFS DANS LES LITIGES ENTRE ACTIONNAIRES.

PAR ME CHANTAL PERREAULT, LL.M.<sup>1</sup>

---

## 1. INTRODUCTION

Il est toujours bon de se rappeler la source des principes pour comprendre leur importance et garder le focus sur leur préservation.

L'interdiction pour un avocat de se placer en situation de conflit d'intérêts est en soi un principe qui fait l'unanimité. Tout le monde est pour la vertu. C'est lorsque des situations réelles se présentent que la vertu est mise en sourdine et que bon nombre d'avocats divergent d'opinion sur les éléments pouvant créer un tel conflit.

C'est un sujet fort vaste et mon propos est de vous aider à cerner une réalité dans un cadre bien particulier qui est celui des différends entre actionnaires.

---

<sup>1</sup>Avocate chez Paquette Gadler Inc. L'auteure tient à remercier à Me Guy Paquette, Crina Mihalache et Fiorina Posteraro pour leur aide à la présentation et à la révision du texte. L'auteure s'est permise de prendre certains passages de ses textes antérieurs pour le sujet que le lecteur pourra consulter également : Chantal PERREAULT, *L'avocat corporatif et les conflits d'intérêts : Quel maître servez-vous?*, (2003), 187, Développements récents en droit des affaires, Service de la formation permanente Barreau du Québec, Éditions Yvon Blais, p. 181 à 263; Chantal PERREAULT, *Êtes-vous « habile » à reconnaître votre conflit d'intérêts?* (2003), 191, Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Éditions Yvon Blais, p. 107 à 171

La particularité de cette situation se comprend mieux lorsque l'on examine l'évolution qu'ont connue la jurisprudence et la législation sur les droits des actionnaires minoritaires<sup>2</sup>.

D'une époque où la règle de la majorité et la non-intervention judiciaire dans les affaires internes des compagnies hormis les cas de fraude faisaient foi de principes sacro saints, la règle de droit a évolué de façon importante pour reconnaître le droit des minoritaires à une plus grande protection et le pouvoir des tribunaux d'intervenir face à des situations d'abus de droit.

L'avocat corporatif a longtemps confondu les intérêts de la compagnie avec les désirs et les intérêts de l'actionnaire majoritaire et personne ne se posait beaucoup de questions sur la capacité de représenter à la fois l'une et l'autre.

Le désir de conserver un mandat n'est pas négligeable dans un certain laxisme et parfois un aveuglement à reconnaître le besoin d'assurer à chaque partie une représentation totalement indépendante et une entière loyauté.

C'est donc sur cette toile de fond que je vous propose de faire la lumière sur les obligations déontologiques de l'avocat qui est consulté dans un tel genre de

---

<sup>2</sup> Maurice MARTEL et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec, les aspects juridiques*, vol. 1, Québec, Éditions Wilson & Lafleur, Martel Ltée, 2005, pages 31-1 à 31-145 ; Guy PAQUETTE, *La protection des actionnaires soumis aux Lois du Québec-où en sommes-nous rendu?*, 2000, *Développements récents en droit des actionnaires*, vol.136, Éditions Yvon Blais, pp. 133 à 166 ; Chantal PERREAULT, *Le recours en oppression: où en sommes-nous*, vidéo-conférence du 23 novembre 2006, Association du Barreau Canadien-Division Québec, Section Droit des affaires, [www.abcqc.qc.ca](http://www.abcqc.qc.ca), 76 pages.

conflit qui soulève presque inmanquablement des questions de devoir de loyauté non seulement de la part des protagonistes qui y jouent le rôle d'administrateurs et/ou d'actionnaires de contrôle, envers la compagnie mais aussi dans la représentation juridique de ces factions lorsque conjuguée à celle de la compagnie.

Cette difficulté a occupé beaucoup de temps judiciaire avec des résultats mitigés pour orienter les procureurs qui se demandent quel mandat ils peuvent accepter sans s'exposer à contrevenir à leurs obligations déontologiques.

L'affaire *Gold* est donc une première qui a le mérite de donner une orientation claire et que tout avocat aura intérêt à connaître pour s'éviter des conséquences potentiellement dramatiques pour sa pratique.

## 2. ÉVOLUTION DES SITUATIONS D'INHABILITE PAR LE DEVOIR DE LOYAUTE

### 2.1 Les articles pertinents du Code de déontologie

Les articles suivants du *Code de déontologie des avocats* sont plus particulièrement pertinents, naturellement en sus du devoir général d'agir avec intégrité :

*«Art. 2.00.01 L'avocat doit agir avec dignité, intégrité, honneur, respect, modération et courtoisie.*

*Art. 2.01.01 L'avocat doit servir la justice.*

*Il doit soutenir l'autorité des tribunaux. Il ne peut agir de façon à porter préjudice à l'administration de la justice. Il ne peut notamment faire une déclaration publique de nature à nuire à une affaire pendante devant un tribunal.*

*Art. 3.00.01 L'avocat a, envers le client, un devoir de compétence ainsi que des obligations de loyauté, d'intégrité, d'indépendance, de désintéressement, de diligence et de prudence.*

*Art. 3.03.04 L'avocat peut, pour un motif sérieux et sauf à contretemps, cesser d'agir pour le client, à la condition de faire tout ce qui est immédiatement nécessaire pour prévenir une perte.*

*Constituent notamment des motifs sérieux :*

- a) la perte de la confiance du client;*
- b) le fait d'être trompé par le client ou son défaut de collaborer;*
- c) l'incitation, de la part du client, à l'accomplissement d'actes illégaux, injustes, immoraux ou frauduleux;*
- d) la persistance, de la part du client, à continuer une poursuite futile ou vexatoire;*
- e) le fait que l'avocat soit en situation de conflit d'intérêts ou dans un contexte tel que son indépendance professionnelle puisse être mise en doute;*
- f) le refus par le client de reconnaître une obligation relative aux frais, déboursés et honoraires ou, après un préavis raisonnable, de verser à l'avocat une provision pour y pourvoir.*

*Art. 3.05.06 L'avocat ne doit pas personnellement agir dans un litige, s'il sait ou s'il est évident qu'il y sera appelé comme témoin.*

*Toutefois, il peut accepter ou continuer d'agir, si le fait de ne pas occuper est de nature à causer au client un préjudice sérieux et irréparable, ou si son témoignage ne se rapporte qu'à :*

- a) une affaire non contestée;*
- b) une question de forme et s'il n'y a aucune raison de croire qu'une preuve sérieuse sera offerte pour contredire ce témoignage;*
- c) la nature et la valeur des services professionnels rendus au client par lui-même ou par une autre personne exerçant ses activités au sein de la même société.*

*Art. 3.05.17 S'il constate, dans ses rapports avec une personne qui représente le client, que les intérêts respectifs du client et de cette personne peuvent vraisemblablement diverger, l'avocat doit aviser cette dernière de son devoir de loyauté envers le client.*

*Art. 3.05.18 L'avocat doit dénoncer au client tout fait dont il a connaissance dans le cadre de sa prestation de services professionnels et qui, à son avis, peut constituer une violation d'une règle de droit par le client.*

*Dans le cas d'un client autre qu'une personne physique, l'avocat fait cette dénonciation au représentant du client avec lequel il est en rapport dans le cadre de la prestation de ses services professionnels. S'il vient, par la suite, à sa connaissance que le client n'a pas remédié à la situation d'illégalité, il doit aviser l'autorité hiérarchique appropriée lorsqu'il s'agit :*

*1° d'une violation importante d'une règle de droit en matière de valeurs mobilières ou d'une règle de droit ayant pour objet la protection des détenteurs de valeurs mobilières ou des membres d'une société ou d'une personne morale ;*

*2° de la violation de toute autre règle de droit, si elle est susceptible d'entraîner des conséquences sérieuses pour le client.*

Art. 3.06.02 *L'avocat ne peut accepter de fournir des services professionnels si cela comporte ou peut comporter la communication ou l'utilisation de renseignements ou documents confidentiels obtenus d'un autre client sans le consentement de ce dernier, sauf si la loi l'ordonne.*

Art. 3.06.05 *L'avocat doit sauvegarder son indépendance professionnelle quelles que soient les circonstances dans lesquelles il exerce ses activités professionnelles. Il ne peut notamment subordonner son jugement professionnel à l'effet d'une pression exercée sur lui par quiconque.*

Art. 3.06.06 *L'avocat doit éviter toute situation de conflit d'intérêts.*

Art. 3.06.07 *L'avocat est en conflit d'intérêts lorsque, notamment:*

*1° il représente des intérêts opposés;*

*2° il représente des intérêts de nature telle qu'il peut être porté à préférer certains d'entre eux ou que son jugement et sa loyauté peuvent en être défavorablement affectés;*

*3° il agit à titre d'avocat d'un syndic ou d'un liquidateur, sauf à titre d'avocat du liquidateur nommé en vertu de la Loi sur la liquidation des compagnies (L.R.Q., c. L-4), et représente le débiteur, la compagnie ou la société en liquidation, un créancier garanti ou un créancier dont la réclamation est contestée ou a représenté une de ces personnes dans les 2 années précédentes, à moins qu'il ne dénonce par écrit aux créanciers ou aux inspecteurs tout contrat de services professionnels antérieur reçu du débiteur, de la compagnie ou de la société ou de leurs créanciers pendant cette période.*

*Dans tous les cas où l'avocat exerce ses activités professionnelles au sein d'une société, les situations de conflits d'intérêts s'évaluent à l'égard de tous les clients de la société.*

Art. 3.06.08 *Pour décider de toute question relative à un conflit d'intérêts, il faut considérer l'intérêt supérieur de la justice, le consentement exprès ou implicite des parties, l'étendue du préjudice pour chacune des parties, le laps de temps écoulé depuis la naissance de la situation pouvant constituer ce conflit, ainsi que la bonne foi des parties.*

*Art. 3.06.10 L'avocat qui se retire d'un dossier pour un motif de conflit d'intérêts doit prendre les dispositions conservatoires nécessaires pour éviter au client un préjudice sérieux et prévisible. »*

## **2.2 Rappel historique**

### **2.2.1 Droit garanti par la Charte**

Le droit à un procès impartial garanti par l'article 23 de la Charte des droits et des libertés de la personne implique non seulement l'impartialité du tribunal mais aussi l'indépendance et le désintéressement des avocats chargés de faire valoir les droits de leurs clients tel que l'enseigne la décision de *Thomson c. Smith Mechanical Inc.* dont les passages suivants sont éloquentes :

*Thomson c. Smith Mechanical Inc.*<sup>3</sup>, aux pages 783, 784, 785-786 :

p. 783 : *« Il appartient certes au Tribunal d'assurer une audition impartiale dans le respect des droits et obligations de chacun. À ce titre, le Tribunal doit s'assurer entre autres que les avocats sont habiles à remplir leur fonction propre de représentants des intérêts de leurs clients conformément aux règles d'éthique notamment dans le respect du secret professionnel et en l'absence de tout conflit d'intérêts. »*

pp. 783-784 : *«La Charte des droits et libertés de la personne<sup>(1)</sup> reconnaît expressément ces droits à l'article 23 comme suit :*

*Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle. »*

---

<sup>3</sup> *Thomson c. Smith Mechanical Inc.*, [1985] C.S. 782

p. 784 : « Le Tribunal peut donc au besoin rendre les ordonnances requises<sup>(2)</sup>. L'audition impartiale implique non seulement l'impartialité du Tribunal mais également l'indépendance et le désintéressement des avocats qui sont chargés de faire valoir les droits de leurs clients. Ceci implique également l'accès en toute confiance du justiciable à son avocat, confiance qui ne peut être assurée que par le respect des confidences et une entière loyauté. »

pp. 785-786: « L'absence de conflit d'intérêts est inhérente au contrat qui lie l'avocat à son client et est requis par le Code de déontologie des avocats<sup>(3)</sup>. Il appartient au Tribunal de ne pas entériner ou cautionner de quelque façon un manquement à cette obligation, obligation dont l'objet est d'assurer le plein accomplissement par l'avocat de sa fonction auprès du Tribunal. »

(...)

« Cette disposition comporte une interdiction absolue de représenter des intérêts opposés. Elle y ajoute une obligation de sauvegarder en tout temps l'indépendance professionnelle et éviter toute situation de conflit d'intérêts. Aucune exception n'est prévue à cette règle. »

Ainsi, dans un litige entre actionnaires, l'avocat qui entend représenter les intérêts de la compagnie a un rôle très important à jouer pour assurer une telle audition impartiale par l'entière loyauté qu'il doit à sa cliente, la compagnie, et qui fait de lui un interlocuteur valable dans le processus judiciaire.

Les tribunaux ont intérêt à ne pas escamoter cette question et à la traiter avec la plus grande rigueur compte tenu que les recours pour la protection des droits des actionnaires minoritaires sont de plus en plus fréquents devant nos tribunaux.

Ce droit des parties à une absence de conflit d'intérêt, garanti par la Charte, a aussi été reconnu dans *Société d'histoire du Haut-Richelieu c. Romme*<sup>4</sup>, aux pages 6 et 7:

p. 6: « *Il semble ressortir du dossier, et de la preuve, que Me L. Dugas a agi comme conseiller juridique, avisant et répondant à toutes les parties impliquées, énonçant des possibilités, des projets, a eu connaissance des échanges d'idées, comme des divergences d'opinions, des conflits entre les parties et les personnes impliquées, comme il l'a reconnu d'ailleurs lors de son témoignage, le 6 avril dernier.*

*Le Tribunal considère qu'il ne s'agit pas ici tellement d'un cas qui comporterait la révélation ou l'usage de renseignements ou documents confidentiels, obtenus auparavant par ce conseiller juridique, même s'il a peut-être pu acquérir certaines informations, certains détails, connaître des positions ou arguments des parties en conflit (article 3.06.02 Code de déontologie du Barreau). Il s'agit plutôt d'appréhension de conflit d'intérêts, que tout avocat doit éviter particulièrement (3.06.06 Code de déontologie).*

*En vertu de la Charte des droits, on peut donc dire que l'absence de conflit d'intérêts est un droit des parties, (voir page 600, le traité : Le Conflits d'intérêts de Me P.G.Guimont). »*

(...)

pp. 7-8: « *Selon la règle ou maxime bien connue, il faut non seulement que justice soit rendue, mais il faut qu'il soit évident qu'elle est rendue.*

*En l'instance engagée, Me L. Dugas a auparavant, durant une période de temps, agi comme conseiller juridique de l'ensemble des parties impliquées, participant à des réunions, offrant des conseils, des suggestions, répondant à des questions, puis son étude légale représente*

---

<sup>4</sup> *Société d'histoire du Haut-Richelieu c. Romme*, J.E. 95-1227 (C.S.)

*maintenant et les défendeurs et la mise-en-cause, dans les circonstances exposées à la déclaration. »*

*(...)*

*« "L'absence de conflit d'intérêts est inhérente au contrat qui lie l'avocat à son client et est requis par le Code de déontologie des avocats. Il appartient au Tribunal de ne pas entériner ou cautionner de quelque façon un manquement à cette obligation dont l'objet est d'assurer le plein accomplissement par l'avocat de sa fonction auprès du Tribunal."*

*"Le Code de déontologie ne prévoit pas de façon expresse la situation présente où dans une même affaire un avocat a agi pour plusieurs clients et suite à un conflit entre ces clients, il est mandaté par certains d'entre eux pour agir contre les autres toujours dans la même affaire.*

*Pour admettre une telle pratique, il faudrait interpréter le Code de déontologie comme n'interdisant que la représentation simultanée d'intérêts opposés. Le texte de l'article 3.05.04 ne comporte pas une telle restriction. La deuxième phrase de l'article invite au contraire à une interprétation large du conflit d'intérêts. Le paragraphe h) précise et élargit encore davantage cette notion."*

*"Permettre qu'un avocat puisse conseiller et agir pour des clients ayant des intérêts opposés, même successivement, dans une même affaire sans leur accord, serait miner la confiance que doit avoir le justiciable envers son avocat et serait incompatible avec la loyauté dont ce dernier est redevable envers son client."*

*Voir aussi Martin vs W.H. Gray es-qualité, [1990] 3 R.C.S., 1235. Dans cette cause, il a été souligné, entre autres, que bien que la nécessité de choisir un autre avocat cause certainement des inconvénients à une partie, l'intégrité du système judiciaire revêt une importance tellement fondamentale qu'elle doit être tenue pour le facteur décisif. »*

Ainsi, ce que nous retenons est que la qualité de la représentation de chaque partie devant le tribunal est indissociable du respect des règles qui traitent de

l'entière loyauté et de l'absence de tout conflit d'intérêt, et que ce n'est qu'à ce prix que justice puisse être réellement rendue.

Dans *Millette c. Cigana*<sup>5</sup>, L'Honorable Juge Pierre J. Dalphond écrit :

p. 7: « Ce code de déontologie est plus qu'un simple règlement interne adopté par la profession, dont le respect est imposé aux avocats par les instances du Barreau. En effet, il est devenu suite à son adoption par le Gouvernement du Québec conformément à l'article 16 de la Loi du Barreau (L.R.Q., ch. B-1) et à l'article 95 du Code des professions (L.R.Q., ch. C-26), « un acte normatif, de caractère général et impersonnel édicté en vertu d'une loi et qui, lorsqu'il est en vigueur, a force de loi », conformément à la Loi sur les règlements (L.R.Q. ch. R-18, art. 1). Or, ce règlement, le Tribunal en a connaissance d'office (art. 2897 C.c.Q.).

Il s'ensuit que les dispositions du Code de déontologie concernant les conflits d'intérêts, le devoir de loyauté, et l'inhabilité d'un procureur assigné comme témoin, font partie du droit en vigueur au Québec et que le Tribunal doit les appliquer. (Il se peut donc que la situation soit différente au Québec, de celle d'autres provinces où les normes de conduite édictées par le Barreau local n'ont pas nécessairement force de loi).

De plus, la Cour supérieure possède tous les pouvoirs inhérents lui permettant de rendre toute ordonnance nécessaire au respect du droit à une audition impartiale consacrée dans les chartes, incluant la possibilité de déclarer un avocat inhabile, et ce afin de préserver l'intégrité du processus judiciaire et de l'apparence de justice, même dans les cas où le Code de déontologie pourrait être vu comme permettant à un avocat de continuer d'agir.

En pareils cas, on ne déclarera un procureur inhabile qu'après s'être assuré que cela est nécessaire pour préserver l'intégrité du processus judiciaire et de l'apparence de justice, considérant tous les éléments du dossier et ayant à l'esprit le droit d'une partie de ne pas

---

<sup>5</sup> *Millette c. Cigana*, J.E. 97-1854 (C.S.)

*être privée, sans motifs graves, des services de l'avocat de son choix. »*

*(nos soulignés)*

On peut donc constater de ces extraits que le tribunal peut intervenir même si une situation ne constitue pas une infraction au *Code de déontologie*. Le pouvoir d'intervention est plus large compte tenu de son objectif et ainsi on peut retenir que non seulement un manquement à la déontologie mais également une apparence de manquement pourra justifier la Cour d'exercer sa discrétion et son pouvoir d'intervention<sup>6</sup>.

Cette approche nous apparaît tout à fait justifiée et aussi respectueuse des procureurs en cause, car autrement une déclaration d'incapacité pourrait comporter automatiquement une reconnaissance d'un comportement non éthique du procureur avec des impacts potentiels sur sa responsabilité disciplinaire.

Les autorités soumises ci-haut démontrent qu'en matière de déclaration d'incapacité, il n'est donc pas nécessaire de conclure que les parties ont commis une infraction déontologique qui pourrait être sanctionnée par un comité de discipline puisque par le pouvoir inhérent de la Cour, celle-ci doit s'assurer non seulement que justice a été rendue, mais qu'elle apparaît avoir été rendue et

---

<sup>6</sup> Voir aussi *Ségal c. Aaron*, J.E. 93-1132 (C.S.)

qu'une apparence de conflit aux yeux d'un homme raisonnablement informé suffit pour que la Cour intervienne et déclare inhabile un bureau d'avocats.

La préservation de l'intégrité du processus judiciaire a toujours été la pierre angulaire des décisions majeures en matière de conflits d'intérêts. En effet, tel que le soulignait la Cour suprême du Canada dans *Succession MacDonald c. Martin*<sup>7</sup>, le facteur le plus impérieux à considérer est la **préservation de l'intégrité du système judiciaire**<sup>8</sup>.

Les passages suivants sont sans ambiguïté :

p. 8: « (...) *Les tribunaux, qui ont le pouvoir inhérent de priver un avocat du droit d'occuper pour une partie en cas de conflits d'intérêts, ne sont pas tenus d'appliquer un code de déontologie. Leur compétence repose sur le fait que les avocats sont des auxiliaires de la justice et que le comportement de ceux-ci à l'occasion de procédures judiciaires, dans la mesure où il peut influencer sur l'administration de la justice, est soumis à leur pouvoir de surveillance. Néanmoins, les normes exposées dans un tel code relativement à une question dont un tribunal est saisi doivent être considérées comme un important énoncé de principes.* »

(...)

p. 20: « Le plus important de ces facteurs, le plus impérieux, est la préservation de l'intégrité de notre système judiciaire. La nécessité de choisir un autre avocat causera certainement des inconvénients au client, et entraînera des problèmes et des soucis. Les avocats jugeront peut-être importante la mobilité professionnelle. Mais l'intégrité du système judiciaire revêt une importance tellement fondamentale pour le pays, et en

<sup>7</sup> *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235 (version informatique)

<sup>8</sup> Voir également *Société en commandite Gazmont c. Mc Master, Meighen*, J.E. 97-1345 (C.S.); *Services Environnementaux Laidlaw (Mercier) Ltée c. Québec (Procureur Général)*, J.E. 95-1669 (C.A.); *Intersuivi inc. c. Logiciels Teamcoordination inc.*, J.E. 98-711 (C.S.)

*fait pour toutes les sociétés libres et démocratiques, qu'elle doit être tenue pour le facteur décisif quand il s'agit de déterminer le poids relatif de ces trois valeurs.*

*Les avocats font partie intégrante de notre système judiciaire et y jouent un rôle absolument indispensable. C'est à eux qu'il incombe de préparer et de défendre les causes de leurs clients devant les tribunaux. En vue de l'audition d'une question litigieuse, le client doit souvent confier des renseignements confidentiels à l'avocat qu'il a mandaté. Il doit souvent, par nécessité, dévoiler à son avocat ses plans et ses désirs les plus secrets, ses craintes les plus vives. Le client doit avoir la certitude que l'avocat ne révélera pas ses confidences ni n'en tirera profit.*

*Sans cela, notre système judiciaire serait incapable de fonctionner. Si le public se demande si les renseignements confidentiels communiqués par un client à un avocat seront divulgués ou s'il soupçonne qu'ils pourraient l'être, le système ne peut pas fonctionner normalement. »*

*(nos soulignés)*

Notre système serait selon moi incapable de bien fonctionner pour rendre justice si le public se demande si la compagnie est ou non assurée de la totale loyauté de son avocat à ses seuls intérêts.

Ces notions sont réitérées dans *Boissonneault c. Lessard*<sup>9</sup>, à la page 4 :

*« [17] Notre cour a rappelé, à quelques reprises<sup>3</sup>, le fondement de la règle de l'interdiction du conflit d'intérêts, une règle essentielle à la préservation de l'intégrité du système judiciaire et du maintien de la confiance du public à son endroit. Dans l'affaire Laidlaw, notre collègue, le juge Paul-Arthur Gendreau, s'exprimait ainsi :*

---

<sup>9</sup> *Boissonneault c. Lessard*, REJB 1998-05872 (C.A.)

*L'avocat, on l'a assez répété, est un auxiliaire de la justice et, à ce titre, il a des obligations envers les tribunaux.*

*Certes, doit-il représenter son client « to the end », écrit Lord Denning<sup>4</sup>, qui s'empresse néanmoins d'ajouter : « He (the barrister) must accept the brief and do all he honourably can on behalf of his client. I say "all he honourably can" because his duty is not only to his client. He has a duty to the court which is paramount ».*

*À cause de cela et parce que notre système judiciaire repose sur le principe du débat contradictoire, doit être préservée l'indépendance de l'avocat, incarnée dans la double notion du respect de la confidentialité des informations révélées par son client et de l'entière loyauté à ses intérêts. [...]*

*C'est pourquoi le conflit d'intérêt, préjudiciable aux droits du justiciable, doit être réprimé. C'est à ce prix que sera assurée la confiance du public dans l'intégrité des avocats, confiance dont la perte déconsidérerait l'administration de la justice. En ce sens, l'on peut affirmer que cette règle est d'ordre public, quoique relative, car le client, bénéficiaire de la protection et titulaire du droit, peut y renoncer. [pp. 1667, 1668] [j'ai souligné]. »*

*(nos soulignés)*

Comme on le constate de l'arrêt *McDonald* et des décisions subséquentes, le danger de transmission de renseignements confidentiels a longtemps été le principal critère pour juger de l'inhabilité d'un avocat au motif de conflit d'intérêt.

Plus récemment, l'arrêt *Neil*<sup>10</sup> est venu consacrer l'importance du parent oublié qu'était le devoir de loyauté.

### **2.2.2. La jurisprudence des autres provinces sur la double représentation**

---

<sup>10</sup> *R. c. Neil*, 2002 C.S.C. 70

La jurisprudence des autres provinces a reconnu à plusieurs reprises qu'un procureur ne peut représenter la compagnie et les administrateurs majoritaires lorsque les actes des administrateurs majoritaires sont au cœur du conflit.

Dans *Diamond c. Kaufman*<sup>11</sup>, le demandeur Diamond avait une entente avec le défendeur Kaufman et la compagnie par laquelle il devenait un employé de la personne morale laquelle devait lui consentir des options sur les actions de la compagnie jusqu'à concurrence de 40 % du capital-actions. L'entente prévoyait que le consentement des deux (2) parties serait requis pour certaines activités de la compagnie telle celles impliquant un changement significatif dans les affaires, l'acquisition et la disposition d'actifs, le paiement de dividende, l'endettement de la compagnie ou tout prêt consenti par la compagnie à un actionnaire. L'entente prévoyait finalement qu'une convention d'actionnaires plus formelle serait préparée et signée dans un délai de cinq (5) mois.

Par la suite, le défendeur Kaufman ignorant l'entente, fit contracter un prêt de DEUX CENTS CINQUANTE MILLE DOLLARS (250 000 \$) par la compagnie afin que cette somme soit reprêtée sans garantie à son épouse pour l'achat d'une maison. Le demandeur s'est opposé fermement à cette transaction et il fut congédié sans préavis. Malgré l'exercice de ses options, le défendeur refusa d'y donner suite prétextant que l'entente ne le liait pas vu que l'entente plus formelle n'était pas intervenue.

---

<sup>11</sup> *Diamond c. Kaufman*, le 27 août 1984, no. 12626/83, (Ont. S.C.), p. 4

Le demandeur dans son recours recherchait des ordonnances visant à enjoindre à la compagnie et son actionnaire majoritaire à émettre les certificats d'actions, une reddition de compte sur les affaires de la compagnie, le paiement de son salaire, des ordonnances pour prévenir toute autre contravention à l'entente et des conclusions déclaratives pour protéger le prêt fait à l'épouse du défendeur.

Le demandeur demandait à la Cour de déclarer que le défendeur et son épouse ne devaient pas être représentés par le même procureur que la compagnie au motif qu'il existait un conflit d'intérêts inhérent entre ces parties.

La Cour reconnaît que l'utilisation des fonds de la compagnie à des fins personnelles est un cas *prima facie* de bris d'obligation fiduciaire de l'administrateur et compte tenu que cette transaction de prêt a été faite en plus sans aucune garantie et intérêts, cela pourrait nécessiter des recours par la compagnie pour protéger ses droits.

C'est donc le conflit potentiel ou la possibilité de divergence d'intérêts entre la compagnie et son administrateur qui fait conclure la Cour que le même avocat ne peut représenter les intérêts de ces deux (2) parties. Le conflit des parties devient le conflit de l'avocat et pour éviter tout risque de préjudice, la Cour déclare l'avocat inhabile à agir pour la corporation défenderesse.

Les extraits suivants sont particulièrement intéressants :

« Par. 12: Now it is good company law that even a minority shareholder would have the right to require the Company to act with proper corporate responsibility.

(...)

*It would then be his right to bring action to require the Company to proceed against the Kaufmans, for using the corporation's borrowing powers for their own personal needs, particularly if the Court upholds the agreement.*

Par. 14: *There is prime facie in this case evidence of breach of fiduciary duty by Ilia Kaufman to the Company and his utilization of the Company as a mere personal tool.*

Par. 15: *It is my opinion, that having regard to the conflict of position between the Company and the Kaufmans that the same solicitor cannot represent both interests.*

Par. 16: *As to the law dealing with the subject, it is well documented in such authorities as MTS Int. Services Inc. v. Warnat Corp. (1980), 31 O.R. (2d) 221, 18 C.P.C. 212, 118 D.L.R. (3d) 561 (H.C.) and McCallum v. McCallum (1981), 47 N.S.R. (2d) 530, 90 A.P.R. 530 (T.D.) The duty of a lawyer on the subject of impartiality and conflict of interest is set forth in the Law Society of Upper Canada Professional Conduct Handbook, R. 5. The beginning words of R. 5 read:*

*The lawyer must not advise or represent both sides of a dispute and, save after adequate disclosure to and with the consent of the client or prospective client concerned, he should not act or continue to act in a matter when there is or there is likely to be, a conflicting interest. (Emphasis added.)*

*In my opinion that Rule together with the principles stated in the precedents above-noted are sufficient to persuade me that counsel for the defendants has a conflict of interest. The high etiquette of the Bar based on years of professional experience of the Bar is incorporated into R.5. Counsel before this Court are officers of this Court. The principles of R. 5. will be maintained in this Court to avoid potential harm to the public. Therefore I am of the opinion*

*that the proper case has been made out; and an order will go that the corporate defendant is not to be represented by its present solicitors of record. »*

De même, dans *Mottershead v. Burdwood Bay Settlement Co.*<sup>12</sup>:

pp. 4-5-6 : *« In my view, it is clear that Mr. Davies and his law firm are in a conflict or interest. As corporate solicitor and counsel for the Company, Mr. Davies' duty is to the Company; as counsel for the three personal defendants who are also the majority shareholders, his duty is to those individuals. The best interest of the Company are not necessarily those of the majority shareholders and directors. The Company is a separate legal entity and it is no answer for Mr. Davies to say that his instructions from the individual majority shareholders as personal defendants are one and the same as those instructions which they provide as majority directors of the Company. The duty of the solicitor for the Company is to advise all of the directors so that they may make an informed decision as a board with respect to the best interests of the Company.*

*In shareholder litigation, there existed a potential conflict of interest between the personal interests of the individual parties both plaintiffs and defendants as shareholders and their fiduciary duties as directors of the Company. A solicitor acting both for the majority shareholders and for the Company on the sole basis of the instructions of that same majority personifies that conflict.*

*Moreover, a solicitor owes a duty of confidentiality to her client and information received from the majority shareholders in their capacity as personal defendants would be privileged. Surely a conflict arises when that solicitor receives privileged information in his capacity as solicitor for the majority shareholder defendants and declines to advise the board of directors which includes the minority shareholders of that information notwithstanding his role as corporate solicitor and counsel for the defendant Company. »*

<sup>12</sup> *Mottershead v. Burdwood Bay Settlement Co.*, [1991], B.C.J., No. 2554 (Cour supérieure de la Colombie-Britannique)

(...)

p. 10: « *I have considered Mr. Davies' arguments set out in his chambers brief and the material subsequently forwarded to me through the registry. I do not agree with Mr. Davies' position. There is a fundamental flaw in the argument that the interests of the Company and the majority shareholders are one and the same; it fails to recognize the independent legal existence of the Company as an entity separate from its shareholders and it precludes the possibility of any future independent decisions by the Director.*

*In the result, I found that there is an actual conflict of interest, and not simply the appearance of a conflict. In the particular circumstance of this case, Mr. Davies and his law firm must be removed as solicitor of record for both the individual defendants and the Company. »*

(nos soulignés)

Dans le cadre d'un recours en oppression en vertu de la *Loi sur les compagnies de la Colombie-Britannique*, l'actionnaire minoritaire également administrateur poursuivait les actionnaires et administrateurs majoritaires de même que la compagnie.<sup>13</sup>

Le même procureur ayant comparu pour toutes les défenderesses, le demandeur cherchait à faire disqualifier les avocats relativement à la compagnie. La Cour décide de suivre la cause de *Mottershead* et réfère au *Law Society of British Columbia Rules* qui prévoit à son article 1.01 que “ *a conflict of interest exists where the duty and loyalty owed by the member to one party is, or is likely to become, adverse to the duty and loyalty which he owes to another.*”

<sup>13</sup> *Gaylor v. Galiano Trading Co.*, (1996), 1 C.P.C. (4<sup>th</sup>) 303 (B.C.S.C), par. 12-15, pp.2-3, par. 22-23, p. 3, par. 25-27, p.3 et par. 29, p.4

«Par.12-15: *In that case, Allan J. noted MacDonald Estate v. Martin, [1991] 1 W.W.R. 705 (S.C.C.), and, while finding it distinguishable, stressed at p.3 that the case:*

*... underscores the court's jurisdiction to preserve the integrity of our system of justice by exercising its inherent jurisdiction to remove from the record solicitors who have a conflict of interest or who give the appearance of conflict of interest. »*

*Allan J. concludes (at p.3, line 22 to p.4, line 18):*

*« In my view, it is clear that Mr. Davies and his law firm are in conflict of interest. As corporate solicitor and counsel for the Company, Mr Davies' duty is to the Company; as counsel for the three personal defendants, who are also the majority shareholders, his duty is to those individuals. The best interests of the Company are not necessarily those of the majority shareholders and directors. The Company is a separate legal entity and it is no answer for Mr. Davies to say that his instructions form the individual majority shareholders as personal defendants are one and the same as those instructions which they provide as majority directors of the Company. The duty of the solicitor for the Company is to advise all of the directors so that they may make an informed decision as a board with respect to the best interests of the Company. In shareholder litigation, there exists a potential conflict of interest between the personal interests of the individual parties – both plaintiffs and defendants – as shareholders and their fiduciary duties as directors of the Company. A solicitor acting both for the majority shareholders and for the Company on the sole basis of the instructions of that same majority personifies that conflict.*

*While Allan J. went on to find actual conflict in the case before her, it does not seem that that is critically necessary. Conflict rules, somewhat like the law of bias, apply to disqualify solicitors who actually have, or who give the appearance of having, a conflict of interest. This view is buttressed by the wording of the Law Society's Rule:*

*A "conflict of interest" exists where the duty and loyalty owed by the member to one party is, or is likely to become,*

*adverse to the duty and loyalty which he owes to another.  
(Emphasis added)*

*As was noted in Martin (supra), while the inherent jurisdiction of the court to remove from the record solicitors who have a conflict of interest is not constrained by a code of ethics, such codes should be considered an important statement of public policy.*

*(...)*

*Par. 22-23: Here, as well, the conflict appears to be an actual one. It arises, without more, as Allan J. observed, by virtue of the fact that as counsel for the company, the solicitor's duty is to the company and as counsel for the majority shareholders, his duty is to those individuals and the best interests of the company are not necessarily those of the majority shareholders and directors.*

*The respondent argues that the fiction here should give way to the reality. That is, what is real is that this closely held company is controlled effectively by the majority shareholders/directors who will be the ones actually instructing counsel on behalf of the company. But it is not a fiction that the petitioner holds fully 40% of the shares in the company. He says with some force, as did counsel in Mottershead:*

*The duty of the solicitor for the company is to advise all of the directors so that they may make an informed decision as a Board with respect to the best interests of the company.*

*(...)*

*Par. 25-27: He notes:*

*First, the company has corporate counsel for regular corporate matters and he continues to be consulted on these matters;*

*Second, the majority directors/shareholders have separately consulted with independent counsel to obtain advise as to their duties in the conduct of the litigation in all of the circumstances; and*

*Third, the majority directors/shareholders in the pre-petition negotiations and dealings, in which a claim was clearly advanced by the minority director/shareholder against both the company and the majority directors/shareholders, nonetheless themselves paid the legal fees prior to the petition being issued, and now propose to share the legal fees equally between the majority directors/shareholders and the company, from the date of petition on.*

*Mr. Taylor's first and second points seem, ironically, to underline the inherent conflict by indicating the need for separate counsel for the interests there described.*

*His third point, on legal fees, suggests to me that indeed the company may well be bearing part of the legal fees otherwise payable by the majority shareholders/directors.*  
*Whereas previously the majority shareholders/directors paid 100% of those fees, they now pay 50% and one assumes that the work has not doubled. If it has, the independent counsel for the company may well advise the company to take a less active role in these proceedings unless future circumstances force it to more fully participate. »*

*(...)*

*Par. 29: « Galiano should, as it is advised, consult and retain independent counsel. If the company is deadlocked on this issue then, as held in Alles v. Maurice (1992), 9 C.P.C. (3d) 49 (Ont. Gen. Div.), any shareholder may apply to this court to have a solicitor appointed for the corporation. The solicitor, once appointed, may apply for directions if he or she is unable to obtain the instructions from the company. »*

*(nos soulignés)*

C'est à bon droit que la Cour affirme que les meilleurs intérêts de la compagnie ne sont pas nécessairement ceux de la majorité des actionnaires - administrateurs et qu'en ayant le même procureur, la compagnie peut avoir à

assumer des frais qui devraient plutôt être payables par les actionnaires - administrateurs majoritaires.

La Cour, également fort à propos, fait ressortir qu'un procureur d'une compagnie dans le cadre d'un tel conflit interne doit conseiller tous les administrateurs afin qu'ils puissent en tant que conseil d'administration prendre une décision éclairée, cette remarque étant faite en réponse au procureur des majoritaires qui prétendait que, dans la réalité, ce serait les majoritaires qui donneraient les instructions à l'avocat au nom de la compagnie.

Cela fait clairement ressortir que la résolution du conflit d'intérêt par un changement de procureurs ne doit pas être qu'une apparence et que la conduite du nouvel avocat devra être véritablement impartiale et loyale à la compagnie ce qui me semble impliquer que seul le conseil d'administration pourra instruire le procureur et, à défaut d'administrateur indépendant non en conflit dans le litige, seul le tribunal pourrait donner des directives au procureur.

Ce conflit de loyauté et la nécessité d'une nomination d'un procureur à la compagnie par des personnes non en conflit ont de nouveau été reconnus dans *Algonquin Mercantile Corp. c. Cockwell*<sup>14</sup> :

« Par. 9:       « *In Alles v. Maurice (1992), 9 C.P.C. (3d) 49 (Gen. Div.), the Court held that in an oppression action the same counsel should not represent both the company and the*

---

<sup>14</sup> *Algonquin Mercantile Corp. c. Cockwell*, le 15 mai 1996, no. B26/96, (Ont. Gen. Div.), par. 9, p.4, par. 28-29, p. 6, par. 31-32, pp. 6-7 et par. 34-36, p.7

*individual director accused of misconduct. Austin J. concluded at p.51 as follows:*

*Having regard to the allegations against Lawrence, it seems to me almost inevitable that there will be a conflict between counsel's duty to him and counsel's duty to the company.*

*(...)*

*Par. 28-29: In utilizing the mechanism of the independent directors to make the decision as to the appropriate representation in the oppression application, Enfield quite properly followed the admonition of Austin J. in *Alles v. Maurice*, supra, who stated at pp.53-54:*

*In my view, there is considerable wisdom in the view that, to the extent corporations such as TASCOCO and Marlba actually need representation in this proceeding, it should be chosen by persons chosen independently of the litigating individuals. As matters stand, there is at least a suggestion of conduct unfairly prejudicial to or unfairly disregarding the interests of the plaintiff. (Emphasis added)*

*There is no question that the three independent directors are very experienced and are completely independent of both of the controlling shareholder group and the wrongdoing alleged in the action. The defendants, therefore, submit that the client, namely Enfield, through the independent directors on the board, has made the appropriate business decisions with respect to legal representation for the conduct of the litigation and such decisions should not be interfered with.*

*(...)*

*Par. 31-32: (...) Although Austin J. in *Alles v. Maurice*, supra, at pp. 51-52 thought there was little to the distinction, he did so in the context of a shareholder dispute within a small closely-held family company and all the shareholders were before the court. In *Alles v. Maurice*, supra, the derivative action procedure had not been followed and the same lawyers were acting for both the alleged wrongdoing directors and for the corporation itself. The alleged wrongdoers were instructing those lawyers acting for them as well as on behalf of the corporation. There was no disinterested*

*directors in a position to choose and instruct counsel for the corporation.*

*The situation is very different here, where there is a public company which has legal representation separate from the directors and officers, and there are independent directors available to instruct counsel on behalf of the corporation.*

*(...)*

*Par. 34-36: The role of the company and what constitutes its best interests in an oppression action is unclear. Much, of course, depends upon the merits of the action.*

*...Moreover, just as it should be recognized that the corporate entity has a legitimate interest in recovering the fruits of mismanagement or fraud on the part of its own directors, so too, it has a legitimate interest, and perhaps a role to play, in the defence of actions which have been frivolously or even wrongfully brought against its directors. [Per Stern, District Judge, United States District Court, in Messing v. FDI Inc.(1977), 439 F. Supp. 776 at 782.]*

*The independent members of the board of Enfield were of the view that the situation is fluid and that its position in this litigation requires continuing review depending on how the litigation proceeds and circumstances change.*

*The determination of appropriate legal representation best lies with directors who are completely independent, both of the controlling shareholding group and the wrongdoing alleged in the action. In such circumstances, there is no need to interfere with the integrity of the corporation as a self-governing unit as far as dealing with the litigation is concerned. The board acting through the independent directors retains the ability to select and instruct counsel on behalf of the corporation. These duties are clearly within the authority of the board which has been duly elected by the shareholders to run the corporation. »*

*(nos soulignés)*

Il ne semble pas y avoir eu de précédent au Québec qui aurait permis à la Cour d'Appel d'établir des paramètres de représentation dans de pareilles situations

pour assurer à une corporation d'être adéquatement représentée lorsqu'elle peut avoir des intérêts distincts des administrateurs qui la contrôlent dans le cadre d'un conflit pour oppression ou d'une action dérivée où justement des majoritaires se servent de la compagnie pour effectuer leur oppression ou ont agi à l'encontre des intérêts de la compagnie.

### 2.2.3 La jurisprudence québécoise

Certaines décisions de la Cour supérieure ont par ailleurs reconnu cette problématique dans le contexte de conflits internes entre actionnaires ou administrateurs. Le débat porte donc souvent sur le conflit réel *versus* le conflit potentiel. Selon mon opinion, je suis en accord avec la tendance jurisprudentielle qui favorise le test plus exigeant d'un conflit potentiel comme étant suffisant pour faire droit à une demande en déclaration d'inhabilité. Entre autres, dans *Leb c. Weiner*<sup>15</sup>, l'Honorable juge John H. Gomery, ordonne que la mise en cause soit représentée par une autre firme que celle ayant comparu tant pour elle que pour le défendeur, seul dirigeant et administrateur de la mise en cause.

*Leb c. Weiner*<sup>16</sup>:

pp. 4-5:       « Respondent and the Mise-en-cause are presently represented in the litigation by the same firm of attorneys, Messrs. Meyerovitch Goldstein Flanz and Fishman. Petitioners submit that they are unable to represent both clients at one and the same time because the interests of Respondent as a 50% shareholder of the company and

---

<sup>15</sup> *Leb c. Weiner*, J.E. 91-617 (C.S.)

<sup>16</sup> *Leb c. Weiner*, précitée note 15, pp. 4-5

*its sole director are in conflict with those of the Mise-en-cause, or may come into conflict as the case proceeds.*

*Counsel for Respondent and the Mise-en-cause argues that there is no conflict of interests at the present time. Respondent Weiner, as sole director of the Mise-en-cause, properly appointed his law firm to represent the company's interests, and also mandated it to represent his personal interests. Both parties represented have the same objective, which is to defeat the application. He adds that a decision to require the Mise-en-cause to engage independent counsel would expose it to unnecessary expense, delay the suit, and would pre-judge the outcome.*

*Petitioners acknowledge that they are not able to show that there is a conflict of interests at the present time, but they foresee future difficulties. For example, when Petitioner Leb presents his shares for conversion into voting stock, if Respondent's attorneys are asked to give advice as to what position the Mise-en-cause should take, will they do so in the company's interest? Or will they be inclined to consider the consequences for Respondent, who is at present the sole shareholder with the right to vote? What is appropriate advice to the Mise-en-cause when one of its shareholders seeks to examine its financial records? And if there is a meeting of shareholders, should it not be assumed that Respondent's attorneys will be present, and if so, will they be there as Respondent's attorney or as the company's? »*

*(...)*

- p. 6: « *Therefore, the issue becomes one of deciding whether or not attorneys should be required to avoid a potential or anticipated conflict of interest.*

*Art. 3.05.04 of the Code de déontologie of the Bar of Quebec commences with the following words:*

*« L'avocat ne peut représenter des intérêts opposés. Il doit sauvegarder en tout temps son indépendance professionnelle et éviter toute situation où il serait en conflit d'intérêts... »*

The use of the conditional tense represented by the word “serait” instead of the present tense should be interpreted to mean that it is up to each advocate to foresee a situation where his duty to one client will conflict with his professional responsibility to another.

*The law relating to an advocate’s duty to avoid conflicts of interest is in rapid evolution. Two recent decisions of the Supreme Court of Canada and the Quebec Court of Appeal indicate that a very strict adherence to professional ethic will be required. It is probably unwise to rely upon earlier jurisprudence in the light of the statements made in these cases. »*

p. 7: « *After reviewing the evolution of the law in various jurisdictions Cory J. concludes that the appropriate standard for lawyers to adopt is the stringent “possibility of mischief” rule, based on the ancient precept that justice must not only be done but must manifestly be seen to be done. Any appearance of impropriety should be avoided, so as to preserve the confidence of the public in the integrity of the profession, and in the administration of justice. »*

pp. 8-9: « From the foregoing it may be deduced that the courts should now look upon potential conflicts of interest, if they can be foreseen and forestalled with greater severity than has been the case in the past. »<sup>17</sup>

Bien que reconnaissant que « légalement », le seul dirigeant avait l'autorité légale de retenir les services d'un procureur pour représenter la compagnie (page 5), l'Honorable juge Gomery indique qu'il est de mise d'adopter des critères plus stricts et rigoureux et de maintenant considérer les situations où il y

---

<sup>17</sup> *Leb c. Weiner*, précitée note 15, pages 6, 7, 8-9

a des conflits « potentiels » et non seulement des conflits d'intérêts réels ou actuels (pages 8-9).

Il apparaît évident pour le juge Gomery qu'il serait inacceptable que l'administrateur ou le dirigeant poursuivi instruisse le procureur de la personne morale de protéger ses intérêts personnels aux frais de la personne morale. Le juge Gomery est clair à ce sujet :

p.6:           « Obviously, it would not be proper for him to instruct the corporation's attorneys to protect his personal interests at the expense of those of the corporation, but there is no basis for saying that this has occurred. »

De même aux pages 9 et 10:

*« In this case two shareholders, each owning fifty percent of the issued and outstanding capital stock of the Mise-en-cause, have become involved in litigation involving its past and future administration, its liability for certain debts, and its future existence. One of them, by reason of a shareholders' agreement, controls the property and records of the mise-en-cause and is in a position to appoint its legal representatives. It is not certain that the other shareholder is bound in perpetuity to the terms of that agreement. Without prejudging the litigation, it would probably appear inequitable to an ordinary citizen that the Respondent should be able to use the assets of the Mise-en-cause, to which Petitioner has as much right as he does, to hire legal counsel to contest the latter's claims. As a technical question of law, Respondent may be able to do so, but the situation would perhaps be misinterpreted by a lay person.*

*«An affidavit in the file establishes that, prior to the commencement of this case, a different firm of attorneys handled the corporate affairs of the Mise-en-cause and has possession of its corporate records. An appearance of neutrality would be better preserved if that firm were to be given a mandate to represent their client in this litigation. »*

(nos soulignés)

Ces derniers passages soutiennent le besoin que la personne morale ait un représentant et conseiller neutre et impartial des parties en litige, qui est une préoccupation que le juge Gomery cherchait certainement à régler en suggérant que ce soit la firme qui, avant le début du litige était les avocats corporatifs, qui reçoive le mandat de représenter la personne morale.

Nous croyons cette remarque fort sage, avisée et respectueuse de la personne morale qui doit pouvoir bénéficier d'un avocat totalement loyal à ses seuls intérêts lesquels peuvent souvent être tout à fait à l'opposé de ceux d'un actionnaire et/ou administrateur majoritaire ou de contrôle.

Dans une autre affaire, *Martin c. Ultron Management Ltd*<sup>18</sup>, l'Honorable juge Guthrie a accueilli une requête en déclaration d'incapacité des procureurs qui avaient comparu pour toutes les défenderesses et toutes les mises en cause à l'exception de l'IGIF.

Il s'agissait d'une demande de liquidation de la compagnie par un actionnaire minoritaire qui était aussi administrateur soutenant que les deux autres actionnaires et administrateurs agissaient illégalement à son égard et avaient placé leurs intérêts individuels au-dessus de ceux de la personne morale.

---

<sup>18</sup> *Martin c. Ultron Management Ltd*, J.E. 95-612 (C.S.)

La firme d'avocats avait rendu des services à la personne morale et ses dirigeants depuis plus de 20 ans, de sorte que le demandeur était en droit d'être considéré par la firme comme s'il avait été un de ses clients. De multiples autres facteurs ont été considérés de la façon suivante :

p.12 :       *« CONSIDERING that, because of the long professional and personal association that Me Tétarult has had with Petitioner, Gauld and Webster, Petitioner is entitled to feel that he should be treated by McCarthy as if he were one of its clients;*

*CONSIDERING the relationship of trust and confidence that existed between Petitioner, as shareholder and director of Stermar, and Me Tétrault, at least up to 1991;*

*CONSIDERING that Me Tétrault has, in the past, apparently advised against executing a unanimous shareholders' agreement among the shareholders of Stermar;*

*CONSIDERING that Me Tétrault has, as a shareholder of Stermar, a personal interest in the outcome of the principal Petition;*

*CONSIDERING that Me Tétrault will probably be required to testify at the trial on the principal Petition;*

*CONSIDERING that the legal profession has historically struggled, and continues to struggle, to maintain the respect of the public;*

*CONSIDERING that a lawyer has the obligation to ensure that justice appears to be done in the eyes of the public;*

*CONSIDERING that the Court is satisfied that the present Motion is not simply tactical manoeuvring on the part of Petitioner; »<sup>19</sup>*

---

<sup>19</sup> *Martin c. Ultron Management Ltd*, précitée note 18, p.12

La Cour ordonnait donc à la firme de cesser d'occuper pour toutes les parties et ordonnait à la personne morale de se constituer un procureur différent de celui qui serait mandaté par les autres administrateurs et/ou leurs compagnies de gestion.

Dans la cause de *Investissements Jafel Inc. c. 3069362 Canada Inc. et al*<sup>20</sup>, l'Honorable juge Normand a accueilli une requête en déclaration d'inhabilité des procureurs qui avaient comparu pour la personne morale poursuivie et pour son seul actionnaire dans le cadre d'un litige en oppression en vertu de l'article 241 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

En effet dans cette affaire, le demandeur prétendait avoir droit à 50% des actions de la compagnie mais au moment où le différend survient, l'organisation juridique corporative n'avait pas été effectuée. C'est d'ailleurs l'avocat qui s'est occupé par la suite de faire ladite organisation sur les instructions de l'actionnaire défenderesse, gestes qui ont résulté dans l'abstraction totale des intérêts du demandeur dans la compagnie.

Avant le recours, plusieurs échanges avaient eu lieu entre l'avocat, le demandeur et la défenderesse à l'égard de leurs prétentions respectives quant aux droits du demandeur. Il semble qu'il y ait eu ambiguïté sur la nature du statut de l'avocat dans le cadre de ces consultations avec le demandeur. Comme le

---

<sup>20</sup> *Investissements Jafel Inc. c. 3069362 Canada Inc. et al*, J.E. 96-1536 (C.S.)

souligne le juge, « qui était consulté? Était-ce l'ami, l'avocat, l'ami-avocat ou l'avocat-ami? » (page13)

L'avocat affirmait n'avoir eu comme cliente que l'actionnaire défenderesse mais selon le juge il y a plutôt un élément qui sème le doute puisque l'avocat a aussi agi à la demande du demandeur Jafel.

Le juge Normand conclut :

p. 11: *« Le statut de JAFEL est au cœur même de la requête pour oppression. Les allégations de la requête sont à l'effet de manœuvres de la part de GAGNON pour évincer JAFEL de la COMPAGNIE. »*

(...)

p. 12: *« Tout en connaissant les prétentions de JAFEL relativement à ses intérêts dans la COMPAGNIE, même après la mise en demeure R-9, maître Lacoste s'est chargé de préparer l'organisation juridique de la COMPAGNIE. C'est de ce travail qu'il ressort que JAFEL est complètement désintéressé de la COMPAGNIE. C'est là une facette majeure ayant donné lieu à l'institution par JAFEL de son recours pour oppression.*

*Il y a déjà là un élément suffisant aux termes de l'article 3.05.06 du Code de déontologie des avocats pour accorder la requête.*

*Mais il y a plus. Il y va de la préservation de l'intégrité de la justice et, cela jusqu'à l'apparence de l'intégrité. »*

(...)

p. 14: *« Aux yeux d'une personne du public, ceci ne donne pas une conviction que, au moins en apparence, l'intégrité de la justice serait préservée en permettant à maître Lacoste de continuer de représenter les intimés.*

*D'autre part, dans le contexte de la présente affaire, il apparaît que le fait pour le même avocat de l'actionnaire dont la prétention est d'être l'unique actionnaire et la compagnie dont la moitié de l'actionnariat est au cœur du litige est de nature à créer un situation de conflit d'intérêt.*

Les obligations déontologiques des avocats leur commandent d'éviter les conflits d'intérêts potentiels. »

(...)

pp. 15-17: « Sur la portée de ces mots, dans *Leb c. Weiner*, monsieur le juge Gomery écrivait à la page 6 :

*The use of the conditional tense represented by the word « serait » instead of the present tense should be interpreted to mean that it is up to each advocate to foresee a situation where his duty to one client will conflict with his professional responsibility to another.*

En l'espèce, rien n'indique que jusqu'à ce jour les procureurs des intimés aient de quelque façon préféré les intérêts de l'une des deux intimées. Il n'est d'ailleurs pas prouvé que, à ce jour, il y ait eu intérêts divergents entre les intimées. Toutefois, il n'est pas impossible qu'une telle situation puisse se présenter à l'avenir. Dans ce cas, n'y a-t-il pas, aux yeux d'un profane, la croyance que les intérêts de GAGNON seraient préférés à ceux de la COMPAGNIE. Les intérêts de la première sont peut-être les mêmes que ceux de la seconde, mais l'inverse n'est pas nécessairement vrai.

*Théoriquement, il est possible que la COMPAGNIE modifie ses statuts ou ses règlements, passe diverses résolutions, consente un prêt à son actionnaire enregistré, etc. Si l'avocat actuel est celui qui est consulté, et en toute logique, c'est lui qui devrait l'être car il s'est occupé de l'organisation de la compagnie, ne serait-il pas alors placé en situation conflictuelle? Est-il acceptable aux yeux d'une personne du public en général que les biens de la COMPAGNIE servent à payer pour la représentation des intérêts de GAGNON alors que JAFEL prétend avoir droit à la moitié des actions? »*

(...)

*Au nom de l'intérêt supérieur de la justice, il y a lieu de le déclarer inhabile à représenter les intimées dans le cadre de la requête pour oppression. L'inhabilité de maître Lacoste entraîne l'inhabilité des autres membres de l'étude Lacoste, Langevin.*

*Il est souhaitable que les parties conviennent du choix de l'avocat qui représentera la COMPAGNIE et déterminent elles-mêmes les modalités afférentes. À la rigueur, elles pourraient demander l'aide du Barreau en suggérant une liste de noms. Le Tribunal ne croit pas qu'il y a lieu à ce moment-ci de rendre une ordonnance à ce sujet. Si malheureusement, les parties ne s'entendent pas, il leur sera toujours loisible de présenter une requête à cette fin. »<sup>21</sup>*

*(nos soulignés)*

L'avocat et son étude sont donc déclarés inhabiles à occuper pour les intimées. Il est à souligner que la Cour a également tenu compte dans ses motifs que l'avocat aurait vraisemblablement à témoigner.

À nouveau, il est apparu clair que la compagnie devait avoir son propre procureur indépendant de l'actionnaire-administrateur poursuivi.

La Cour indique qu'il est souhaitable que les parties conviennent du choix de l'avocat qui représentera la compagnie et déterminent elles-mêmes les modalités afférentes, en demandant si nécessaire l'aide du Barreau pour la suggestion de noms. À défaut d'entente, la Cour souligne qu'il sera loisible aux parties de présenter une requête à cette fin (page 16-17).

---

<sup>21</sup> *Investissements Jafel Inc. c. 3069362 Canada Inc. et al*, précitée note 20, pp. 11, 12, 14, 15-17

Plusieurs autres décisions ont par ailleurs refusé des requêtes en inhabilité, ne concluant pas à conflit d'intérêt ou en regardant le problème sous l'angle traditionnel des renseignements confidentiels ou de la règle de la majorité.<sup>22</sup>

### 2.3 L'arrêt Neil

Ce souci des tribunaux de s'assurer de la totale loyauté de l'avocat envers son client dépasse la notion de conflit d'intérêt et c'est d'ailleurs cette obligation que la Cour suprême du Canada a réaffirmé dans l'arrêt *R.c. Neil*<sup>23</sup> sous la plume de l'Honorable Juge Binnie.

C'est d'ailleurs la première phrase de son jugement :

*«Par. 1 : Quelles sont les limites du «devoir de loyauté» d'un avocat envers son client actuel, lorsque l'avocat n'a reçu aucun renseignement confidentiel qui était (ou qui est) pertinent quant à l'affaire dans laquelle il entend agir à l'encontre de l'intérêt de son client actuel? »*

*Par. 3 : « J'estime que le cabinet avait un devoir de loyauté envers l'appelant à l'époque pertinente et qu'il n'aurait pas dû accepter la cause d'une des présumées victimes de l'appelant (Darren Doblanko) en instance devant un tribunal civil, tout en maintenant avec l'appelant une relation avocat-client relativement à d'autres affaires simultanément en instance devant un tribunal criminel (les affaires Canada Trust). Même s'il n'avait aucun lien factuel ni juridique avec les affaires, le mandat Doblanko allait à l'encontre de l'intérêt de l'appelant. En sa qualité*

<sup>22</sup> *Laurent c. Buanderie Villeray Itée*, l'Honorable Juge Sylviane Borenstein j.c.s., 2 avril 2002, 500-05-065381-012, porté en appel, règlement hors Cour J.E. 2002-3; *Sugesco Acquisitions Inc. c. Nautilus Plus Inc.*, l'Honorable Juge Jean-Pierre Sénécal j.c.s., 8 janvier 1998, 505-003178-974 et appel rejeté 500-09-006133-987, J.E. 99-1877; *Simard c. Moisan*, l'Honorable Juge Daniel Tingley j.c.s., 19 janvier 2005, 500-11-021288-036, requête pour permission d'en appeler refusée, J.E. 2005-319 (C.S.)

<sup>23</sup> *R.c. Neil*, 2002 CSC 70

de fiduciaire, le cabinet ne pouvait servir deux maîtres à la fois. »

(nos soulignés)

Même s'il s'agissait d'une affaire criminelle, les énoncés de ce jugement sont tout aussi pertinents en matière civile.

En effet, les extraits suivants démontrent que le devoir de loyauté est essentiel à l'administration de la justice et qu'il est primordial de préserver la confiance du public dans cette intégrité.

*« Le devoir de loyauté de l'avocat*

*12. L'avocat de l'appelant nous rappelle la déclaration du devoir de loyauté de l'avocat faite par Henry Brougham, devenu par la suite lord chancelier, dans sa défense de la reine Caroline accusée d'adultère par son époux, le roi George IV. Il s'adressa à la Chambre des lords en ces termes :*

***L'avocat, dans l'accomplissement de son devoir, ne reconnaît qu'une personne au monde et cette personne est son client. Le sauver par tous les moyens, aux dépens et aux risques de tous les autres et, parmi les autres, de lui-même, est son premier et son unique devoir et il doit s'en acquitter sans se préoccuper de l'inquiétude, des tourments ou de la destruction qu'il peut causer à autrui. Il doit faire la distinction entre ses devoirs de patriote et ses devoirs d'avocat et agir sans se soucier des conséquences, jusqu'à entraîner son pays dans la confusion si malheureusement tel doit être son destin.***

*Voilà des mots fort éloignés, dans le temps et dans l'espace, du monde juridique dans lequel évoluait le cabinet Venkatraman, mais le principe de base - le devoir de loyauté - demeure le même. Il subsiste parce qu'il est essentiel à l'intégrité de l'administration de la justice et il primordial de préserver la confiance du public dans cette intégrité : Succession MacDonald c. Martin, [1990] 3*

R.C.S. 1235, p. 1243 et 1265, et Tanny c. Gurman, [1994] R.D.J. 10 (C.A. Qué.). Si une partie à un litige n'est pas assurée de la loyauté sans partage de son avocat, ni cette partie ni le public ne croiront que le système juridique, qui leur paraît peut-être hostile et affreusement complexe, peut s'avérer un moyen sûr et fiable de résoudre leurs conflits et différends; R. c. McClure, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14, par. 2 : Smith c. Jones, [1999] 1 R.C.S. 455. Comme le faisait remarquer le juge d'appel O'Connor (maintenant juge en chef adjoint de l'Ontario) dans R. c. McCallen (1999), 43 O.R. (3d) 56, à la p. 67 :

**... la relation entre client et avocat exige que les clients, qui n'ont généralement pas de formation en droit et ne possèdent pas le savoir-faire propre aux avocats, confient l'administration et la conduite de leur cause à l'avocat qui agit en leur nom. Il ne devrait y avoir aucun doute possible quant à la loyauté de l'avocat et à son dévouement à la clause de son client.**

13. La valeur d'un barreau indépendant se trouvera réduite si l'avocat n'est pas libre de tout conflit d'intérêts. En ce sens, la loyauté favorise la représentation efficace, sur laquelle repose la capacité d'un système contradictoire de résoudre les problèmes. Il est possible, à mon avis, de rattacher d'autres objectifs au premier. Ainsi, dans l'arrêt Succession MacDonald précité, le juge Sopinka dit qu'en « contrepoids, [il y a] le droit du justiciable de ne pas être privé sans raison valable de son droit de retenir les services de l'avocat de son choix » (p. 1243). Le juge d'appel Dubin a fait remarquer dans l'arrêt Re Regina and Speid (1983), 8 C.C.C. (3d) 18 (C.A. Ont.), à la p. 21 :

**Il nous serait paru évident qu'un client ne jouit pas du droit de retenir les services d'un avocat si ce dernier, en acceptant le dossier, se place dans une situation de conflit entre les intérêts de son nouveau client et ceux d'un ancien client. »**

(nos soulignés)

«Par. 19: Les aspects du devoir de loyauté pertinents quant au présent pourvoi incluent effectivement des questions de confidentialité relativement aux affaires Canada Trust, mais les trois aspects suivants sont plus particulièrement en cause :

- (i) *le devoir d'éviter les conflits d'intérêts : Davey c. Woolley, Hames, Dale & Dingwall (1982), 35 O.R. (2d) 599 (C.A.) et Services environnementaux Laidlaw (Mercier) Ltée c. Québec (Procureur général), [1995] R.J.Q. 2393 (C.A.); notamment en ce qui concerne l'intérêt personnel de l'avocat : Szarfer c. Chodos (1986), 54 O.R. (2d) 663 (H.C.) conf. Par (1988), 66 O.R. (2d) 350 (C.A.); Moffat c. Wetstein (1996), 29 O.R. (3d) 371 (Div. gén.); Stewart c. Canadian Broadcasting Corp. précité;*
- (ii) *le devoir de dévouement à la cause de son client (qu'on appelle parfois la «représentation zélée»), qui existe dès le moment où les services de l'avocat sont retenus et pas seulement pendant le procès, c'est-à-dire veiller à ce qu'une situation de loyauté partagée n'incite pas l'avocat à «mettre une sourdine» à la défense de son client par souci d'en ménager un autre, comme dans les affaires R. c. Silvini (1991), 5 O.R. (3d) 545 (C.A.); R. c. Widdifield (1995), 25 O.R. (3d) 161 (C.A.) R. c. Graham, [1994] O.J. No. 145 (QL) (Div. prov.);*
- (iii) *un devoir de franchise envers son client pour les questions pertinentes quant au mandat : R. c. Henry, [1990] R.J.Q. 2455 (C.A.), le juge Gendreau, p. 2461; Spector c. Ageda, [1971] 3 All E.R. 417 (Ch. D.), p. 430; le Code de déontologie professionnelle de l'Association du Barreau canadien, (1988), ch. 5, Commentaires 4 à 6. S'il survient un conflit, le client devrait être parmi les premiers à en entendre parler. »*

*(nos soulignés)*

Il explique également le fondement et l'étendue du devoir de loyauté :

«Par. 25: *Le devoir général de loyauté a été expliqué fréquemment. Dans la décision Ramrakha c. Zinner (1994), 157 A.R. 279 (C.A.), le juge Harrandence a tenu les propos suivants dans ses motifs concourants, au par. 73 :*

*[TRADUCTION] L'avocat a avec son client une relation de fiduciaire et il doit éviter les situations où il se trouve en conflit d'intérêts ou celles qui pourraient donner naissance à un conflit d'intérêts [ . . . ] Le fondement logique de ce*

principe est très solide, car l'avocat doit pouvoir faire preuve à l'égard de son client d'une loyauté entière et sans partage, de dévouement, d'une transparence totale et de bonne foi, autant d'attitudes susceptibles d'être menacées s'il représente plus d'un intérêt.

Par. 26: Le devoir de loyauté a été décrit de façon similaire par le juge Wilson (plus tard juge de notre Cour) dans l'arrêt *Davey c. Woolley, Hames, Dale & Dingwall*, précité, à la p. 602 :

[TRADUCTION] Le principe sous-jacent [ . . . ] est que, la nature humaine étant ce qu'elle est, l'avocat ne peut consacrer aux intérêts de son client son attention pleine, entière et exclusive s'il est déchiré entre les intérêts de son client et ses propres intérêts ou entre les intérêts de son client et ceux d'un autre client envers qui il a ce même devoir de loyauté, de dévouement et de bonne foi.

Par. 29: Néanmoins, c'est le cabinet, et pas seulement l'avocat, individuellement, qui a un devoir de fiduciaire envers ses clients, et une ligne de démarcation très nette est requise. Cette ligne de démarcation très nette est tracée par la règle générale interdisant à un avocat de représenter un client dont les intérêts sont directement opposés aux intérêts immédiats d'un autre client actuel – même si les deux mandats n'ont aucun rapport entre eux – à moins que les deux clients n'y aient consenti après avoir été pleinement informés (et de préférence après avoir obtenu des avis juridiques indépendants) et que l'avocat ou l'avocate estime raisonnablement pouvoir représenter chaque client sans nuire à l'autre. »

(nos soulignés)

Cette décision vient donc selon moi apporter une vision beaucoup plus large des critères à appliquer pour analyser une situation d'inhabilité d'un procureur et les avocats doivent en tenir compte dans leur pratique et se poser plus de questions avant d'accepter un mandat de représentation dans le cadre de conflit entre actionnaires.

L'obligation de loyauté semble avoir maintenant récupéré ses lettres de noblesse et il n'est pas surprenant que plusieurs requêtes en inhabilité aient été présentées dans le cadre de litiges entre actionnaires dans lesquels presque inmanquablement la représentation de la compagnie constitue un enjeu avec un fort potentiel de difficultés à respecter ces règles d'absence de conflits d'intérêt et d'entière loyauté.

#### **2.4 L'affaire Gold**

Cette affaire revêt une importance majeure pour plusieurs raisons. Premièrement, elle est à notre connaissance la première à avoir été rendue dans le créneau spécifique de la double représentation d'une compagnie et d'un actionnaire majoritaire dans le cadre d'un conflit entre actionnaires.

Deuxièmement, elle comporte une sanction du devoir de loyauté qu'aucun avocat ne peut ignorer s'il désire préserver son droit de pratique.

Troisièmement, elle est on ne peut plus claire ce qui a l'avantage de donner des lignes directrices dont les avocats et les Tribunaux devront tenir compte dans leurs décisions.

Il s'agit donc de l'affaire *Allan Jeffrey Gold*<sup>24</sup> où l'avocat était accusé d'avoir fait défaut de sauvegarder son indépendance professionnelle et d'éviter de se placer en situation de conflit d'intérêt en agissant à la fois pour la compagnie et pour deux des actionnaires à l'encontre d'un troisième actionnaire.

Les faits étaient les suivants :

M. Metzen par le biais d'une compagnie qu'il contrôle devient actionnaire à 33% d'une entreprise de distribution de fruits et légumes, les deux autres tiers étant détenus par un nommé M. Manousos et Mme Panzara. Ces trois personnes sont administrateurs de la compagnie Sonita Fruits et Légumes ci-après «Sonita».

Constatant que M. Manousos vendait les produits de Sonita en bas du prix du marché et de leurs coûts d'acquisition et craignant collusion entre M. Manousos et un autre distributeur au détriment de Sonita, M. Metzen convoque une assemblée des administrateurs pour le 29 janvier 2001.

L'intimé Me Gold se présente à cette réunion à titre de procureur de Mme Panzara et y demeure malgré l'opposition de M. Metzen. Ce dernier convoque une deuxième réunion pour le 6 février, et voyant la présence à nouveau de Me Gold, il aurait quitté immédiatement. Il semble que les deux autres administrateurs auraient tenu la réunion en son absence et adopté une résolution

---

<sup>24</sup> *Avocats (Ordre professionnelle des) c. Gold*, Comité de discipline du Barreau du Québec, AZ-50235798 (décision du 26 février 2004 sur culpabilité, et du 11 mars 2005 sur sanction);

le révoquant à titre d'officier et d'employé de Sonita, réunion dont le procès-verbal est préparé par Me Gold.

Mme Panzara et M. Manousos convoquent une autre réunion pour le 14 février qui se déroule en présence de M. Manousos, Mme Panzara, Me Gold, M. Metzen et son fils. M. Metzen refuse de signer le procès-verbal de cette réunion et le 20 février, une dernière réunion se termine dans le tumulte avec l'intervention des policiers.

Le 8 mars, Me Gold écrit à Me Jean Gagnon en s'identifiant comme procureur de Mme Panzara et M. Manousos. Le 23 mars, Me Gold fait signifier une mise en demeure à M. Metzen et autres personnes de sa famille dans laquelle il s'adresse au nom de Mme Panzara, M. Manousos et Sonita. Le 3 mai, Me Gold signe une déclaration judiciaire au nom de Mme Panzara, M. Manousos et Sonita.

Mme Panzara et M. Manousos reprochent à M. Metzen d'avoir pris le contrôle total de Sonita, de refuser de leur rendre compte et de retirer, au profit des membres de sa famille, tous les revenus générés par Sonita, mettant ainsi en danger la survie même de la Compagnie, reproches contestés par M. Metzen.

Le Comité de discipline a statué sur 2 chefs de plainte, l'un d'avoir manqué d'objectivité, de modération et de dignité et l'autre d'avoir fait défaut de sauvegarder son indépendance professionnelle et d'éviter de se placer en

situation de conflit d'intérêts en agissant à la fois pour la Compagnie et deux des actionnaires à l'encontre du troisième actionnaire.

Sur le premier chef, le comité disciplinaire l'a trouvé coupable pour le fait d'avoir rédigé le procès-verbal de la réunion du 14 février à l'avance et ne contenant que la position de Mme Panzara sans les prétentions de M. Metzen.

Le comité s'exprime comme suit :

- «[72] *L'intimé connaissait l'extrême climat de tension qui existait entre les administrateurs et il devait agir avec prudence;*
- [73] *L'intimé prépare à la demande de sa cliente Mme Panzara, actionnaire de la Compagnie, le procès-verbal de la réunion du 14 février 2001;*
- [74] *Les honoraires de l'intimé sont assumés par Mme Panzara;*
- [75] *A son arrivée à la réunion du 14 février 2001, Mme Panzara avait déjà entre les mains, préparé par l'intimé, le procès-verbal de cette réunion;*
- [76] *Le document préparé par l'intimé ne constitue pas le texte d'une proposition que l'intimé aurait préparé à la demande de sa cliente Mme Panzara pour être présentée lors de la réunion des administrateurs; il s'agit bel et bien du texte du procès-verbal de cette réunion;*
- [77] *Le procès-verbal de la réunion du 14 février, préparé par l'intimé, ne contient que la position de Mme Panzara et n'indique pas les prétentions de M. Metzen;*
- [78] *Les procès-verbaux des réunions des administrateurs d'une compagnie constituent la mémoire de cette compagnie et ils n'appartiennent pas à un groupe d'actionnaires, fut-il majoritaire;*

- [79] Les procès-verbaux doivent être neutres et relater fidèlement ce qui a été dit lors de la réunion;
- [80] *L'intimé devait agir avec prudence et non pas se présenter avec sa cliente, à la réunion du 14 février 2001, avec le procès-verbal déjà rédigé, ce qui n'a fait qu'envenimer une situation déjà explosive;*
- [81] L'intimé n'a pas fait preuve d'objectivité en rédigeant, avant la tenue d'une assemblée des administrateurs de la Compagnie, le procès-verbal de cette réunion qui ne contient, par ailleurs, que la position de sa cliente Mme Panzara;
- [82] *L'intimé n'a pas fait preuve d'objectivité, de modération et de dignité en se présentant à une réunion des administrateurs de la Compagnie, où il sait que sa présence est contestée par un des administrateurs, en possession du procès-verbal de cette réunion rédigé d'avance;*
- [83] *Dans les circonstances, le Comité conclut que l'intimé n'a pas eu une conduite empreinte d'objectivité, de modération et de dignité lors de la réunion des administrateurs de la Compagnie tenue le 14 février 2001; »<sup>25</sup>*

*(nos soulignés)*

Ces propos sont très importants pour les avocats qui acceptent de préparer les procès-verbaux des réunions des administrateurs ou des actionnaires comme lignes de conduite quant à leur contenu.

Quant au deuxième chef, le Comité de discipline tient compte de plusieurs facteurs dont qu'il ait représenté les actionnaires majoritaires, qu'il est évident lors de la lettre du 8 mars 2001 qu'il y a conflit opposant deux des administrateurs actionnaires au troisième, qu'aucun procès-verbal des

<sup>25</sup> Ces passages sont cités avec approbation par le Tribunal des Professions dans sa décision du 3 mai 2006, *Gold c. Avocats*, 2006 AZ-50372388, par. 30

administrateurs ne nomme Me Gold, procureur de la Compagnie Sonita, qu'il est avisé par M. Metzen à l'effet qu'il n'est pas autorisé à représenter la compagnie et que malgré cela, il adresse une mise en demeure et dépose une déclaration judiciaire où il s'identifie comme procureur des demandeurs incluant la compagnie Sonita<sup>26</sup>.

Le comité statue comme suit :

- «[117] *La Compagnie est une entité juridique distincte qui a des intérêts différents de ceux des actionnaires;*
- [118] *Cette distinction est évidente lorsqu'il y a conflit entre des actionnaires;*
- [119] *Le procureur de la Compagnie ne peut et ne doit pas prendre position en faveur d'un ou de plusieurs actionnaires au détriment des autres actionnaires;*
- [120] *Lorsque l'intimé transmet une mise en demeure et dépose en Cour supérieure une déclaration judiciaire où il se décrit comme procureur de la Compagnie, il agit ou laisse croire qu'il agit à titre de procureur de la Compagnie;*
- [121] *Lorsque l'intimé, procureur de Mme Panzara et de M. Manousos, accepte le mandat de représenter la Compagnie, il doit apporter toute sa loyauté à la Compagnie;*
- [122] *Lorsque l'intimé accepte d'agir comme procureurs des administrateurs Panzara et Manousos il doit également leur apporter toute sa loyauté;*
- [123] *En agissant à la fois pour la Compagnie et les administrateurs Panzara et Manousos, l'intimé lie les intérêts de la Compagnie à ceux de ses clients Panzara et Manousos;*

---

<sup>26</sup> *Avocats (Ordre professionnelle des) c. Gold*, Comité de discipline du Barreau du Québec, AZ-50235798 (décision du 26 février 2004 sur culpabilité, et du 11 mars 2005 sur sanction). Voir par. 97, 100, 101, 108, 111, 114 de la décision.

- [124] L'intimé en agissant de cette façon n'agit pas de façon à éviter de se placer en situation de conflit d'intérêts;
- [125] Sa décision le prive de la liberté et de l'autonomie qu'il doit en tout temps conserver à l'égard de ses clients;
- [126] Comment l'intimé pourra-t-il, en cours de mandat, mener adéquatement des interventions qui pourraient lui prouver, ou à tout le moins semer un doute chez lui, que ses clients Panzara et Manousos ont peut-être tort et que c'est M. Metzen, et possiblement la Compagnie, qui est victime de leur conduite?
- [127] Comment l'intimé pourra-t-il objectivement prendre uniquement les intérêts de la Compagnie, sans aucune influence de la part de ses clients Panzara et Manousos?
- [128] Si l'intimé agit pour la Compagnie, le Comité n'a aucune hésitation à conclure qu'il s'est placé en situation de conflit d'intérêts;
- (...)
- [135] Malgré les explications fournies par l'intimé, le Comité considère que celui-ci a accepté de représenter la Compagnie et qu'il a effectivement entrepris une réclamation pour et au nom de la Compagnie en même temps que pour deux (2) des actionnaires de cette compagnie contre un troisième (3e) actionnaire;
- [136] En agissant ainsi, l'intimé s'est placé en situation potentielle de conflit d'intérêts et il a contrevenu à l'article 3.06.06 du Code de déontologie des avocats; »
- (nos soulignés)

La décision sur sanction fait ressortir l'importance d'assurer la protection du public en comportant un message clair auprès de l'ensemble des membres de la profession.

Le plaignant demandait 2 mois de radiation et le procureur de Me Gold, une réprimande sous les 2 chefs. Le Comité tient compte cependant qu'il n'existe

aucun antécédent en semblable matière mais énonce que cela accroît le devoir du Comité de faire une mise au point claire et un rappel à l'ordre à l'ensemble de la profession juridique.

En effet, le Comité s'exprime comme suit dans sa décision du 11 mars 2005 :

«[22] *Aucune de ces décisions ne concerne le rôle de l'avocat « corporatif » et de ses obligations envers la compagnie et envers les actionnaires à l'occasion de conflit entre actionnaires ou entre actionnaires et la compagnie elle-même;*

[23] *À la connaissance du plaignant, il n'existerait aucun antécédent en semblable matière, ce qui accroît le devoir du Comité de faire une mise au point claire et un rappel à l'ordre, en cette matière, à l'ensemble des membres de la profession juridique;*

(...)

[73] *Le Comité est conscient de la difficulté réelle, et non seulement intellectuelle, à laquelle est confronté un avocat qui représente une compagnie et qui est sollicité par un ou des actionnaires de cette compagnie pour le ou les représenter dans un litige l'(les) opposant à un autre actionnaire ou à un groupe d'actionnaires sinon à la compagnie elle-même;*

[74] *De plus en plus d'avocats agissent a titre de conseillers juridiques d'entreprises, de « in house counsels » et siègent sur différents conseils d'administration;*

[75] *Le Comité juge nécessaire de leur lancer un message clair à l'effet que, s'ils agissent en violation des règles interdisant les conflits d'intérêts, ils s'exposent à de sévères sanctions;*

[76] *Le Comité a clairement dit à l'intimé, et l'a écrit dans sa décision, qu'il ne peut à la fois représenter la compagnie*

Sonita Fruits et Légumes et deux (2) actionnaires contre un troisième actionnaire; »<sup>27</sup>

(nos soulignés)

Le Comité a tenu compte que l'intimé n'avait rien fait pour vraiment corriger la situation, qu'il refuse de reconnaître la situation de conflit d'intérêt dans laquelle il s'est placé et de l'absence de précédent pour imposer 1 mois de radiation.

Le Comité de discipline a donc condamné Me Gold sur le 2<sup>e</sup> chef (article 3.06.06 du Code de déontologie) à 30 jours de radiation. Le Tribunal des professions<sup>28</sup> a confirmé cette décision et a rejeté l'argument à l'effet que le fait que l'inhabilité n'ait pas été soulevée dans le cadre du litige civil puisse constituer une renonciation au droit d'invoquer l'existence d'une situation de conflit d'intérêts au niveau disciplinaire.<sup>29</sup>

Cette affaire doit être prise avec le plus grand sérieux compte tenu qu'avec maintenant un précédent sur le sujet, l'avocat sujet d'une plainte postérieure à cette décision pourrait être sujet à une sanction encore plus sévère.

Nous ne pouvons qu'espérer que la décision dans *Gold* apportera une plus grande prudence des avocats avant l'acceptation de ce type de mandat et que les tribunaux se pencheront sur cette question d'inhabilité d'avocats qui

---

<sup>27</sup> *Avocats c. Gold*, (C.D. Bar. 2004-02-06), SOQUIJ AZ-50235798, décision sur sanction du 11 mars 2005.

<sup>28</sup> *Gold c. Avocats* (Ordre professionnel des), Tribunal des professions, 3 mai 2006 AZ-50372388, 2006 QCTP43;

<sup>29</sup> *Gold*, précitée note 25, T.P. par. 43-44

représentent à la fois les administrateurs actionnaires majoritaires et la compagnie lorsqu'elle leur sera resoumise en tenant compte de la position adoptée par ces organismes de surveillance de l'éthique professionnelle.

Une chose est sûre, c'est que le temps où l'avocat corporatif pouvait, par aveuglement volontaire ou autrement, refuser de se questionner sur le conflit d'intérêts dans lequel il se trouvait en représentant en même temps la compagnie et certains de ses actionnaires est maintenant bel et bien révolu et ce, au plus grand bien de toutes les parties en commençant par la personne morale elle-même.

Il reste cependant du chemin à parcourir et il serait souhaitable que la Cour Supérieure et la Cour d'appel saisissent une prochaine occasion pour non seulement reconnaître la nécessité d'une représentation indépendante de la corporation dans un conflit interne d'une corporation, mais aussi pour fixer les modalités de cette représentation.

En effet, si ce sont les administrateurs poursuivis pour l'utilisation déloyale, illégale ou abusive de leurs devoirs et pouvoirs qui nomment et instruisent le procureur de la compagnie, quelle réelle protection assure-t-on à la compagnie dans le processus judiciaire? A-t-elle réellement une représentation pour ses seuls intérêts ? Il est permis d'en douter.

Seuls les tribunaux peuvent donner l'exemple par leurs jugements afin qu'une saine gouvernance soit appliquée à la représentation judiciaire des compagnies et qu'une saine administration de la justice et le droit à un procès juste et équitable soient ainsi préservés.

En l'absence d'administrateurs indépendants au conflit judiciaire, les tribunaux ne devraient pas hésiter à nommer judiciairement un procureur qui verra à prendre ses directives de la Cour à défaut d'administrateurs non en conflit pouvant l'instruire. Cela est certes préférable à un procureur qui reçoit ses instructions d'administrateurs en conflit potentiel ou actuel et qui ne peut ainsi garantir agir dans les seuls intérêts de la personne morale. Nous croyons que la Cour pourrait aussi, en vertu de ses pouvoirs inhérents, aller jusqu'à nommer un administrateur indépendant ad hoc uniquement pour les fins du litige judiciaire pour instruire le procureur et recevoir ses rapports et ainsi assurer à toutes les parties que chacun est en mesure de remplir son véritable rôle d'auxiliaire de justice devant le Tribunal.

Je crois que l'affaire *Gold* ne pourra qu'influencer nos tribunaux lorsqu'ils auront à décider de requêtes en inhabilité dans des recours en oppression que ce soit sous l'article 33 C.p.c. ou 241 et ss de la LCSA, en appliquant ce test du devoir de loyauté.

Je souhaite donc que le nouveau credo devienne : *Loyauté partagée non acceptée.*

### **3. IMPACT SUR LES DEVOIRS DE L'AVOCAT CORPORATIF EXTERNE**

#### **3.1 Choisir son client**

Dès qu'un avocat est consulté sur un recours en oppression entre actionnaires, il devra donc se questionner s'il agira pour l'actionnaire ou pour la corporation.

En effet, lorsque la situation en litige est de la nature d'un recours pour oppression contre la personne morale et/ou les administrateurs qui auraient agi abusivement ou à l'encontre des intérêts de la personne morale, il est raisonnable de s'attendre de l'avocat qu'il se questionne sur sa capacité d'accepter un mandat pour toutes les parties puisque si les actes attaqués sont vraiment des bris de l'obligation d'honnêteté ou de loyauté des administrateurs, la double représentation posera inévitablement le problème de la propre obligation de totale loyauté que l'avocat doit à chacun de ses clients. S'il y a un quelconque risque que l'avocat s'abstienne de faire quelque chose pour la personne morale parce que cela pourrait porter atteinte à l'administrateur ou actionnaire également représenté, il y a entorse au devoir fondamental de loyauté<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> *R. c. Silvini*, (1991) 68 C.C.C. 251 (Ont. C.A.)

S'il est depuis longtemps l'avocat corporatif de la compagnie et qu'il n'a pas participé par ses conseils ou ses services aux actes ou gestes oppressifs allégués, ou qu'il est un tout nouveau procureur, il pourrait choisir de ne représenter que la compagnie afin d'assurer que les services rendus ne le soient que dans l'intérêt de cette dernière.

Ainsi, ses conseils et représentations devraient normalement être de nature à préserver le bon fonctionnement de l'entité corporative, laquelle sert les intérêts de tous les actionnaires. Il pourrait par exemple être dans l'intérêt de la compagnie de verser une indemnité de départ raisonnable dans le cadre d'un congédiement sans cause et abusif d'un actionnaire employé ou même de soutenir une ré-intégration pour éviter un procès long et coûteux à la compagnie qui n'a généralement aucun intérêt à financer à même ses derniers un conflit d'actionnaires. La compagnie peut cependant avoir un intérêt réel à retenir des professionnels indépendants pour vérifier les allégations qui affecteraient son patrimoine et à récupérer tout actif dont elle aurait été illégalement privée.

S'il a conseillé l'actionnaire majoritaire dans les gestes reprochés, il ne peut pas selon moi comparaître pour la compagnie puisque inévitablement, comment pourrait-il avoir un regard objectif sur des gestes auxquels il a prêté son concours?

En pratique, l'avocat a ses principaux contacts avec la personne morale par l'intermédiaire des actionnaires-administrateurs de contrôle de la personne

morale. Il s'établit donc avec ces personnes une relation de confiance et il n'est point besoin d'être devin pour comprendre que ce sont ces mêmes personnes qui ont le pouvoir de choisir l'avocat de la personne morale.

Lorsque naît un conflit interne, les avocats corporatifs sont souvent les premiers consultés sur ce qui peut être fait pour se débarrasser du problème et/ou de l'indésirable et ils sont donc susceptibles d'être partie à la stratégie adoptée par le « management ».

Pourront s'en suivre des décisions de congédiement, de vote sur des augmentations de salaire ou déclarations de boni à certains administrateurs ou dirigeants à l'exclusion de l'indésirable, de destitution de l'administrateur, de démotion, de transfert d'actifs à une autre corporation nouvellement formée, de changement de vérificateurs, etc.

Surviennent alors des procédures pour se plaindre de l'oppression et où le minoritaire peut rechercher des ordonnances de destitution des administrateurs qui ont pu commettre des actes contraires à leurs devoirs envers la personne morale, en nomination de vérificateurs indépendants, en réintégration du minoritaire, en annulation de décisions prises par certains administrateurs hors conseil ou de décisions du conseil d'administration adoptées malgré la dissidence, etc.

Les administrateurs majoritaires qui sont parties à l'action vont nécessairement défendre la ou les décisions attaquées même si le maintien de cette position illégale et abusive va contre les intérêts de la personne morale.

Si les procureurs comparaissent pour les administrateurs défendeurs et pour la personne morale, cette double représentation démontre que les procureurs ne peuvent agir pour la personne morale contre les administrateurs puisque personne ne leur donnera de telles instructions et ils ne pourraient le faire sans se trouver en conflit d'intérêt puisque à bon droit les administrateurs défendeurs pourraient invoquer la transmission d'informations confidentielles.

Si en cours de route, les administrateurs décident de se constituer un autre procureur, la situation reste toujours aussi cornélienne puisque ayant déjà, dans les faits agi pour les administrateurs majoritaires et juridiquement comparu pour ces derniers, les procureurs seraient automatiquement en conflit d'intérêts s'ils devaient agir pour la personne morale contre lesdits administrateurs, anciennement représentés par eux.

Il s'ensuit que l'avocat qui a participé par ses services ou ses conseils est également dans une situation très délicate pour comparaître pour les administrateurs poursuivis personnellement puisqu'il pourrait se trouver en situation de conflit vis-à-vis un ancien client qui est la compagnie à qui il aurait rendu des services en rapport avec les actes attaqués. Il pourrait même être

appelé à témoigner si les administrateurs invoquent les opinions reçues pour justifier leur conduite, ou encore être poursuivi en responsabilité professionnelle pour sa participation à ses gestes attaqués comme illégaux ou abusifs.

Une chose est cependant maintenant claire, il ne peut choisir de représenter les deux à la fois.

### **3.2 Le mode de nomination**

Si les faits et circonstances permettent de représenter la compagnie, l'avocat doit s'assurer de la légalité à tous égards de sa nomination.

Il devrait s'assurer qu'il est nommé par le conseil d'administration et dans le cas où il n'existe pas d'administrateurs non en conflit, demander à ce que sa nomination soit faite par le tribunal.

Comme nous le verrons plus loin, ce type de nomination a le grand avantage de donner une liberté de pensée et d'action au procureur qui ne pourra se faire "dicter" par des administrateurs en conflit, quoi dire et quoi faire.

En effet, si la résolution est adoptée par les administrateurs poursuivis formant la majorité du vote, leur conflit d'intérêt aurait commandé qu'ils se retirent de la réunion sur ce point et que le ou les administrateurs non en situation de conflit puissent discuter et voter seuls.

Dans *HJM Investments Ltd c. Les sources St-Élie Inc. et als*<sup>31</sup>, l'Honorable Juge Guibeault faisait face à une telle situation:

- « 7...           1.     *Le mandat confié à Me Barchichat pour représenter les deux compagnies serait irrégulier et invalide, plus particulièrement en ce qu'un seul des deux actionnaires impliqués dans les deux litiges, Mme Lavoie, aurait mandaté Me Barchichat sans qu'une résolution appropriée du conseil d'administration des compagnies ait été adoptée à cet effet.*
2.     *Me Barchichat serait en conflit d'intérêt, dans la mesure où ni l'un ni l'autre des deux actionnaires concernés ne pourrait, au détriment de l'autre, donner des instructions à Me Barchichat pour la conduite du dossier.*

(...)

11.   *Comme une décision unanime des deux seuls actionnaires pour nommer un procureur aux deux compagnies est à toutes fins pratiques impossible, vu le profond désaccord qui les oppose, aucun mandat ne peut formellement être confié à un avocat pour représenter les compagnies.*

13.   *De plus, ayant reçu mandat de Mme Lavoie de représenter les compagnies, qu'en est-il des instructions qui pourront être données à Me Barchichat par M. Muller, plus particulièrement si elles entrent en conflit avec les instructions données par Mme Lavoie?*

15.   *Si Mme Lavoie avait, dans le cadre de la gestion quotidienne des affaires des deux corporations, le pouvoir de confier mandat à un procureur pour les représenter, ce pouvoir ne pouvait, selon le tribunal, être interprété comme l'autorisant à confier mandat dans un conflit l'opposant au seul autre actionnaire.*

17.   *Il n'y a pas de règles déontologiques plus fondamentales que celle voulant qu'en toute circonstance, l'avocat évite de se placer dans une situation de conflit*

---

<sup>31</sup> *HJM Investments Ltd c. Les sources St-Élie Inc. et als*, C.S. Montréal No : 500-11-020087-033 et 500-11-020324-030, 11 décembre 2003, pp. 3 à 5

d'intérêt et le tribunal se doit d'intervenir chaque fois qu'une telle situation risque de se produire, car autrement il cautionnerait un manquement à une telle règle.

18. Me Chantal Perreault dans Développements récents en droit des affaires a écrit :

**« Il coule donc de source que les procureurs qui ont représenté et conseillé les administrateurs majoritaires depuis le début du conflit peuvent difficilement aux yeux d'une personne avertie, adopter pour la personne morale une autre position que celle qu'ils ont défendue et/ou été les portes-parole pour les administrateurs qui leur donnaient leurs instructions.**

(...)

**La personne morale doit pouvoir être représentée par des procureurs totalement indépendants et loyaux aux SEULS intérêts de cette dernière, ce que les procureurs impliqués par les administrateurs parties au litige ne peuvent faire aux yeux d'une personne raisonnablement informée.**

**Est donc en jeu le droit pour la personne morale à un procureur indépendant des parties au litige. Les principes de droit corporatif et le devoir de loyauté envers la personne morale commandent qu'un procureur rende compte au conseil d'administration dans un tel type de situation de conflit interne.**

(...)

**L'indépendance et le désintéressement des avocats commandent que l'on examine la situation plutôt sous l'angle de l'apparence de conflit, tel qu'il appert à la cause Chassé c. Caron à la page 3 :**

**« En appliquant les principes émis par la Cour suprême dans l'arrêt Succession MacDonald c. Martin, le tribunal doit déterminer ce qu'en penserait « l'homme de la rue raisonnablement informé » face à une telle situation.**

(...)

**Il est essentiel et primordial qu'aux yeux du public et des justiciables, il soit démontré non seulement qu'il n'existe pas de conflit réel mais aussi qu'il n'y a pas de conflit apparent. »**

(...)

**Lorsque, malheureusement, il n'y a pas, au sein du conseil d'administration de la personne morale, d'administrateur indépendant externe au conflit qui pourrait choisir les procureurs et leur donner des instructions, le problème se pose dans toute son acuité.**

**Dans un tel cas, un procureur indépendant s'il ne peut recevoir les instructions du Conseil d'administration parce que tous sont en conflit, devrait pouvoir demander des directives à la Cour et pourrait ainsi adopter une conduite différente dans le sens des seuls intérêts de la personne morale. »**

19. Si dans les litiges opposant les deux seuls actionnaires, les corporations ont intérêt à être représentés par avocat, à défaut d'entente, l'un ou l'autre pourra s'adresser au tribunal pour qu'il le nomme et lui donne les instructions appropriées. »

(nos soulignés)

Ainsi, ce n'est pas tant la légalité au strict sens juridique contractuel que la légitimité du mandat qui peut être remise en question par toute personne intéressée y compris les tribunaux. En effet, toute personne partie à un dossier a un intérêt suffisant pour soulever un conflit d'intérêt car il s'agit d'une question d'ordre public<sup>32</sup>.

Je suis d'avis que les avocats qui font de l'aveuglement volontaire et qui acceptent un mandat sans résolution du Conseil d'administration ou basé sur une résolution adoptée sans respecter les règles de conflit d'intérêt des administrateurs et qui, sur cette base, persistent à facturer une personne morale

---

<sup>32</sup> *Deux temps trois mouvements post-production Inc. (Syndic de)*, JE 99-722 (C.S.)

pour défendre des actes oppressifs ou posés contrairement à ses intérêts par ses administrateurs ou dirigeants pourraient tout aussi bien se voir ordonner de rembourser la partie ou la totalité des honoraires reçus si la nullité du mandat est établie occasionnant ainsi une remise en état.<sup>33</sup>

Je vous réfère pour une étude plus poussée sur les devoirs de l'avocat corporatif au texte que j'ai écrit il y a quelques années sur le sujet<sup>34</sup> et à l'ouvrage de M. Paul M. Perell que tout avocat corporatif devrait lire et qui s'intitule "*Conflict of Interest in the legal profession*".<sup>35</sup>

Il me semble que les principes de bonne gouvernance dictent que la meilleure procédure à suivre pour les administrateurs en conflit, à défaut d'autres administrateurs indépendants non en conflit, serait de former un comité *ad hoc* et y nommer un ou des administrateurs indépendants qui seraient ceux qui nommeraient le procureur, recevraient ses rapports et lui donneraient ses instructions.

L'avocat, nommé de façon indépendante des parties en conflit, aura à déceler si le but poursuivi par les gestes attaqués étaient dans l'intérêt ou non de la compagnie ou pour les administrateurs poursuivis de s'avantager

---

<sup>33</sup> *Bordeleau c. Lessard*, J.E. 99-1578 (C.S.)

<sup>34</sup> Chantal PERREULT, "L'avocat corporatif et les conflits d'intérêts : quel maître servez-vous ?", dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 187, *Développements récents en droit des affaires*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, pp. 181 à 264.

<sup>35</sup> Paul PERELL, *Conflicts of Interest in the legal profession*, Toronto, Butterworks, 1995.

personnellement sans tenir compte des impacts pour la personne morale ou sur des actionnaires minoritaires, par exemple :

- a) Si les administrateurs-actionnaires majoritaires cherchaient à faire un « squeeze out » d'un actionnaire minoritaire,
- b) Si il y a eu un prêt sans intérêt et sans garantie à une compagnie apparentée et que cela fragilise la compagnie prêteuse,
- c) Si il y a eu un transfert d'actifs à une compagnie apparentée qui bénéficie aux majoritaires mais qui dévalue l'avoir des actionnaires minoritaires;
- d) Si le congédiement effectué était cause juste et suffisante mais pour des motifs visant à l'affaiblir financièrement pour racheter ses actions ou options ou encore parce qu'il s'opposait aux manœuvres de d'autres dirigeants ou des majoritaires sur le conseil d'administration qui étaient contraires aux intérêts de la personne morale,
- e) Si la déclaration de bonis ou d'augmentation de salaire excessive à certains dirigeants, était une façon de s'assurer ne rien distribuer en dividendes aux autres actionnaires.

L'auteur Paul Perell décrit bien ce type de situation et les pistes de solution pour y remédier<sup>36</sup> :

*« Conflicts of interest arise here for corporate lawyers because the interest of the corporation as a separate legal entity may be adverse to the interests of the person or group from whom the lawyer usually receives instructions. An example from this class, which may be described as the Corporate Conflict Class, is the case where a shareholder sues the corporation for an oppression remedy and the corporation's lawyer would also act for the majority shareholder accused of masterminding the oppression. »<sup>37</sup>*

*« Related to the circumstance of one lawyer being unable to act for both the corporation and one of its warring actions is the problem that the corporate conflict may mean that the management of the corporation is deadlocked or*

<sup>36</sup> Paul PERELL, précitée note 35, pp. 65 à 76

<sup>37</sup> Id., p. 67

otherwise unable to appoint anyone to represent the corporation. This was also a problem in the Alles case, where the court ruled that the lawyers for the corporation should be appointed by someone independent of the litigating individuals. Since, here, there were no independent directors, the court solved the problem by directing that any shareholder might apply to the court to have a solicitor appointed for the corporation. The solicitor, once appointed, could apply to the court for directions if he or she was unable to obtain instructions for the corporation. »<sup>38</sup>

(nos soulignés)

Les actionnaires minoritaires, parties à un recours en oppression, peuvent donc, selon moi, questionner le mode de nomination desdits procureurs puisque l'administrateur, officier, dirigeant et actionnaire de la compagnie et défendeur à l'action pourrait fort bien être considéré en conflit d'intérêts et ne pouvoir alors voter sur pareille nomination. Dans un conflit entre actionnaires sur les affaires internes de ladite compagnie, je suis d'avis que le dirigeant, s'il est en conflit, n'aurait pas le pouvoir implicite de retenir les services de procureurs pour la compagnie.<sup>39</sup>

Les administrateurs poursuivis et à qui il est fait reproche d'avoir agi contre les intérêts de la compagnie ne peuvent, selon moi, délibérer et voter sur la nomination des procureurs de la compagnie.

---

<sup>38</sup> Paul PERELL, *Conflicts of Interest in the legal profession*, Toronto, Butterworks, 1995., p. 75

<sup>39</sup> *Anderson c. Envoy Realty Ltd.*, 2002 BCCA 10, 2002 Carswell BC 9, par. 27: [In any event, I would have difficulty in finding a company president has the implied authority to instruct counsel in an action that concerns the affairs of the company rather than its business. The action concerns an agreement the company had made, signed on its behalf by its only directors and officers. It involves the allotment and issuance of shares, the capitalization of the company, matters beyond the power of any president of any B.C. company, fundamental to the relationships among shareholders and between them and the company.]

La confiance des justiciables dans l'administration de la justice exige que nos tribunaux veillent à ce qu'aucune situation de loyauté partagée pouvant porter atteinte aux droits légitimes d'une autre partie ne soit tolérée.

L'actionnaire minoritaire a le droit légitime de s'assurer que les deniers qui seront employés par la compagnie pour sa représentation le soient dans le strict respect des règles d'absence de conflits d'intérêts.

Pour ne prendre qu'un exemple où pareille situation peut se produire, voici un extrait d'un article du professeur Raymonde Crête :

*« (...) La mise en évidence de comportements abusifs ou illégaux apparaît plus particulièrement dans le contexte des sociétés fermées qui sont caractérisées par un nombre relativement restreint d'actionnaires et par la participation de ces derniers à l'administration de l'entreprise. L'analyse des décisions rendues dans ce contexte met souvent en relief l'histoire d'une relation d'affaires continue fondée sur la confiance mutuelle où s'entremêlent des liens familiaux ou amicaux et qui dégénère en un conflit majeur à la suite d'un ensemble d'actes préjudiciables commis à l'égard de certains de ses membres, principalement envers des actionnaires minoritaires. Les autorités judiciaires n'hésitent pas alors à intervenir pour prévenir les comportements abusifs, notamment lorsque la majorité exerce ses pouvoirs de manière discriminatoire en excluant un membre minoritaire de toute participation à l'administration de l'entreprise, lorsqu'elle prive la minorité de toute information sur les affaires de la société ou encore lorsqu'elle profite de son contrôle pour s'accorder des avantages indus ou excessifs sous forme de salaires ou de primes. Dans une société fermée, les actionnaires qui occupent également des postes au sein de l'administration peuvent aussi, pour des raisons fiscales, préférer distribuer les profits sous forme de salaires, de primes ou d'autres avantages plutôt que de les partager sous forme de*

dividendes, et ce, bien qu'il n'existe pas nécessairement de corrélation entre la rémunération accordée et les services rendus. Ce choix pourra aussi être injuste à l'égard des autres actionnaires de la société qui n'occupent pas de telles fonctions d'administration et qui, en conséquence, se voient exclus de toute distribution de profits.

Dans des cas semblables, les tribunaux peuvent facilement déceler une absence de bonne foi ou un détournement de pouvoir de la part des défendeurs. »<sup>40</sup>

(...)

« Dans les contestations impliquant les sociétés fermées, les tribunaux constatent généralement la présence d'un nombre restreint d'actionnaires et un chevauchement important entre les fonctions d'investissement, de direction et d'administration. Les actionnaires dominants qui cumulent les fonctions de dirigeants et d'administrateurs sont ainsi placés dans une position privilégiée pour exercer un contrôle de manière abusive ou injuste à l'égard de la minorité. Contrairement aux sociétés ouvertes où la surveillance exercée par les administrateurs indépendants peut permettre d'assurer un partage équitable des profits, il n'en est pas de même dans les sociétés fermées en raison de ce cumul des fonctions. Le contrôle judiciaire peut dès lors pallier cette absence de mécanisme interne de surveillance. »<sup>41</sup>

(nos soulignés)

Il ne s'agit pas d'empêcher le conseil d'administration de gérer les affaires de la compagnie durant l'instance, mais seulement de s'assurer que les décisions concernant le dossier judiciaire seront traitées au conseil d'administration de façon indépendante des majoritaires-défendeurs, qui sont en conflit d'intérêts.

<sup>40</sup> Raymonde CRETE, *La rémunération excessive des dirigeants d'entreprise et le contrôle judiciaire comme instrument de gouvernance*. (2004) 45 Les Cahiers de droit, p. 447

<sup>41</sup> Id., précitée note 40, p. 459

C'est la seule façon de s'assurer que la compagnie aura une véritable voix au chapitre et ne se fera pas seulement l'écho de la position des majoritaires. Dans un tel conflit interne, la Cour doit s'assurer que chaque partie se trouvant devant elle est protégée adéquatement et que chacune d'elle est en position de remplir son véritable rôle.

Dans le cas contraire, les actionnaires majoritaires obtiennent un avantage marqué par rapport à leurs vis-à-vis minoritaires, soit celui de pouvoir dicter à l'avocat de la personne morale pour défendre leur conduite et surtout de pouvoir faire payer indirectement leurs honoraires encourus à leur avantage par cette dernière ce qui serait en soi en autre geste oppressif tel que souligné dans la décision *Szijarto c. Densham*<sup>42</sup> :

*« [101] The Plaintiff claims that Cast has engaged in oppressive conduct towards him as a shareholder because it has paid the legal expenses of Densham in respect of the proposed transaction but refuses to pay the legal expenses of the Plaintiff in respect of the proposed transaction.*

*[102] Mr. Parry said there was an agreement between the parties that, in the normal course, Cast would pay for the legal fees of the Plaintiff in respect of the proposed transaction. What Mr. Parry meant by "the normal course" is not clear. The transaction was essentially a transaction between two shareholders with Cast having a subsidiary role to perform for the benefit of the transaction. In the absence of an agreement between the Shareholders, it would be proper for Cast to pay the legal expenses properly attributable to the participation of Cast but not to pay the legal expenses properly attributable to one Shareholder to the exclusion of those of the other. To the extent that the payment by Cast of Mr. Nadler's account in*

---

<sup>42</sup> *Szijarto c. Densham*, 2006 CanLII 36495 (ON.S.C.), par. 101-102

*effect paid for work for Densham, that payment constituted oppressive conduct on the part of Cast against the Plaintiff by disregarding his interests. Mr. Densham admitted that Cast paid all his fees in respect of the transaction. The oppression in this regard can be remedied by requiring Cast to pay the Plaintiff the amount of his legal expenses on the transaction. Accordingly, Cast is required to pay \$44,648.94 to the Plaintiff on account of his legal fees. In view of the determination made above that the Plaintiff is to pay to Cast the amount of \$25,552 on account of advances, the net result is that the difference between the two amounts, i.e. \$19,096.94 is payable by Cast to the Plaintiff. »*

Qu'est-ce que cela veut dire en pratique? Cela veut dire que l'avocat corporatif doit agir uniquement pour la personne morale qu'il représente, dans les seuls et meilleurs intérêts de cette dernière et qu'il devra recevoir ses instructions soit de membres du conseil d'administration totalelement indépendants des parties en litige, que ces derniers soient actionnaires majoritaires ou minoritaires, ou, à défaut de tels administrateurs indépendants, de la Cour directement.

L'Honorable juge Danièle Mayrand de la Cour Supérieure du Québec a, le 17 octobre 2003, adressé directement cette question dans la cause de *Paris c. Kom International Inc.*<sup>43</sup>. Dans cette affaire, le cabinet d'avocats qui avait agi pour toutes les parties lors de l'exécution de la Convention entre actionnaires de la société voulait maintenant agir pour la société, ses administrateurs et actionnaires majoritaires à l'encontre de son ancien client, soit le demandeur Paris.

---

<sup>43</sup> *Paris c. Kom International Inc.*, REJB 2003-49651;

Après avoir fait une analyse approfondie de la notion du devoir de loyauté de l'avocat et après avoir déterminé qu'il existait une situation de conflit d'intérêts potentielle pour le cabinet d'avocats en question dans le fait de représenter à la fois les actionnaires, les administrateurs et la société, l'Honorable juge Mayrand a accueilli la requête, déclaré le cabinet d'avocats inhabile à agir tant pour ses administrateurs et actionnaires majoritaires que pour la société et ordonné que les administrateurs et actionnaires majoritaires soient représentés par un procureur différent de celui de la société.

Ce qui est particulièrement intéressant est qu'elle a ordonné que les procureurs devant agir pour la société soient choisis par entente entre les défendeurs et le demandeur dans les dix (10) jours du jugement à intervenir et autorisé, à défaut d'une telle entente, toute partie à s'adresser à la Cour pour qu'un tel procureur puisse être nommé judiciairement, ce qui fut subséquemment fait.

Quelques temps plus tard, soit le 20 novembre 2003, la requête pour permission d'en appeler du jugement de l'honorable juge Mayrand fut rejetée par l'Honorable Juge Yves-Marie Morissette de la Cour d'appel du Québec<sup>44</sup>. Dans les motifs de son jugement rejetant la requête pour permission d'en appeler, l'Honorable Juge Morissette émettait les commentaires suivants :

---

<sup>44</sup> *Kon International Inc. c. Paris*, Cour d'appel du Québec, District de Montréal, 500-09-013912-035, 20 novembre 2003, L'Honorable Yves-Marie Morissette J.C.A..

« (...) »

*En ce qui concerne par ailleurs les conclusions de la juge de première instance quant à la représentation des requérants MacRae, Kolh et Taliaferro par les procureurs requérants, et, d'autre part, quant aux modalités de désignation des nouveaux procureurs de Kom International, le jugement visé par la requête apparaît conforme au droit et ne soulève aucune question de principe qui rende opportune à ce stade des procédures une intervention de la Cour d'appel. »*

Deux (2) décisions subséquentes de l'Honorable Juge Jean Guibault J.C.S., dans deux affaires différentes, s'inscrivent dans le même sens que la décision précitée de l'Honorable Juge Mayrand<sup>45</sup>, ce qui confirme une prise de conscience de l'importance de la question dans les dossiers de conflits d'actionnaires.

L'autre décision qui mérite d'être analysée quant à la gravité des faits est celle plus ancienne mais toujours d'actualité de *Lagacé c. Lagacé*<sup>46</sup>. Dans cette affaire, l'Honorable Juge Yves Bernier fait, entre autres, les commentaires suivants :

*« Ce recours est donc permis par la loi et nous avons vu dans quelles conditions. Avant de passer à l'analyse de la preuve, vu la nature du litige, il convient de souligner la situation légale des administrateurs par rapport à la société et aux actionnaires. Individuellement, ils n'ont aucun pouvoir, ils ne peuvent agir que collectivement par résolutions et règlements adoptés à des assemblées du*

---

<sup>45</sup> *HJM investments ltd. c. Les sources Élie Inc. et al.*, (Cour supérieure du Québec, District de Montréal, 500-11-020087-033 et 500-11-020324-030, du 11 décembre 2003 (Honorable Juge Jean Guibault J.C.S.), 2003 IIJCan 23894; *Tzantrizos c. Pascali*, Cour supérieure du Québec, District de Montréal, 500-11-022266-049, 500-11-022267-047 et 500-17-018174-030 29 janvier 2004 (Honorable Jean Guibault J.C.S.)

<sup>46</sup> *Lagacé c. Lagacé*, (1996) C.S. 489, pé 499

conseil d'administration légalement tenues ; individuellement et même collectivement, ils ne peuvent se considérer propriétaires des biens de la société, quelle que soit la portion du capital-actions qu'ils possèdent personnellement ou comme fondés de pouvoir ; leurs pouvoirs n'en sont que d'administration suivant les limites plus ou moins larges posées par la loi, la charte, les règlements et les décisions des actionnaires ; ils sont les délégués des actionnaires à qui ils doivent rendre compte de leurs actes et décisions ; c'est pourquoi un membre du conseil d'administration ne devra pas agir comme tel s'il y a conflit entre l'intérêt général de la société et son intérêt personnel ; il doit alors s'abstenir de voter ; pour la même raison, il y aura abus de pouvoir équivalent à fraude si, prenant avantage des pouvoirs qui lui sont délégués, il s'en sert pour en retirer des bénéfices personnels au détriment de la collectivité ;

(...)

La preuve devait révéler que la situation était bien telle que le demandeur le craignait. Les affaires de la société étaient menées par les deux défendeurs comme si celle-ci appartenait à eux seuls et qu'ils n'avaient à rendre compte à personne, abusant de leur majorité au conseil d'administration et des pouvoirs que leur conférait leur fonction, sans se préoccuper des prescriptions même les plus élémentaires de la loi, et profitant de leur situation pour retirer de la société des bénéfices personnels au détriment de la collectivité.»

(...)

Le refus d'agir de la part de la société s'infère de son défaut d'obtempérer aux trois mises en demeure et aussi de la régie absolue exercée par les deux défendeurs sur la société; il serait utopique de penser que le conseil d'administration aurait pu autoriser des poursuites contre les défendeurs alors que, sans leur concours, la passation d'une telle résolution était impossible.»

(...)

Dans le présent cas, une telle autorisation n'a jamais été donnée par les actionnaires. À l'assemblée du 7 novembre 1960, le président, le défendeur Léopold Lagacé, refusa,

*quoique requis de ce faire par le demandeur, de permettre à l'assemblée de prendre connaissance de leurs dépenses, d'en connaître la nature et le moment. Dans de telles circonstances, il ne peut être question de ratification.*

*Il appert, par ailleurs, que, dans l'ensemble, ces dépenses sont excessives et injustifiées; les défendeurs ont été incapables d'en préciser la nature, les détails et les circonstances; contrairement à ce qu'avait affirmé le défendeur Léopold Lagacé, à l'assemblée du 7 novembre 1960, il a été établi à l'enquête que ces dépenses n'étaient généralement pas appuyées de pièces justificatives et que, souvent, elles avaient été encourus pour le compte des autres sociétés, mais mises au compte de la société défenderesse, pour la seule raison qu'elle était solvable et en mesure de payer, ce qui est pour le moins très irrégulier. »*

*(nos soulignés)*

### **3.3 Facturation des services**

L'avocat qui choisit de représenter l'administrateur-actionnaire personnellement devrait facturer ce dernier et non la compagnie.

Il reviendra à l'actionnaire de payer les honoraires à moins qu'il existe un règlement d'indemnisation lui donnant droit de se faire rembourser par la compagnie et/ou une police d'assurance dirigeants et officiers couvrant ses frais de défense.

L'avocat qui ne représente que la compagnie peut facturer celle-ci en s'assurant que les services rendus sont au seul profit de cette dernière.

Martel et Martel s'expriment comme suit à ce sujet :

*« d) Conflit d'intérêts – procureurs. Lorsqu'un actionnaire intente un recours sous l'article 241 contre la société, cela peut entraîner, pour les fins de ce litige (comme d'ailleurs de n'importe quel autre litige entre l'actionnaire et la société), la disqualification pour cause de conflit d'intérêts des procureurs de la société, surtout si ceux-ci représentent également les actionnaires majoritaires. En effet, les intérêts de la société ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux des majoritaires. Le plaignant peut par ailleurs exiger que la société n'assume pas ou récupère le paiement des honoraires des procureurs, dans la mesure où ceux-ci n'agissent pas exclusivement dans l'intérêt de la société, mais plutôt dans celui des majoritaires. »<sup>47</sup>*

C'est d'ailleurs le dilemme de la facturation qui a souvent mis en lumière le conflit de loyauté de l'avocat qui comparait pour la compagnie et l'actionnaire ou administrateur poursuivi<sup>48</sup>.

### **3.4 À qui faire rapport et de qui prendre ses instructions?**

L'avocat qui représente la compagnie devrait en principe faire rapport au conseil d'administrateurs de la compagnie et recevoir ses instructions dudit conseil.

Si tous sont en conflit, qui va recevoir la reddition de compte du procureur et lui donner ses instructions? C'est véritablement dans ce type de situation où la compagnie se retrouve en quelque sorte orpheline qu'elle a le plus besoin d'avoir un procureur qui ne se préoccupe que de ses intérêts.

---

<sup>47</sup> M. MARTEL et P. MARTEL, précitée note 2, pp. 31-104 et 31-105

<sup>48</sup> *Gaylor v. Galiano Trading Co.*, précitée note 13

S'il y a plusieurs membres sur le conseil d'administration et qu'il s'en trouve qui ne sont pas poursuivis ou impliqués dans le litige, ils peuvent alors être ceux qui recevront les rapports du procureur et qui lui donneront les instructions requises pour l'accomplissement du mandat de représentation.

En l'absence d'administrateurs non en conflit pouvant instruire le procureur de façon indépendante, le procureur peut soit demander des directives à la Cour et/ou choisir de s'en remettre à la justice avec un rôle plus passif.

En effet, l'article 324 du *Code civil du Québec* est clair et Mes Martel soulignent que les administrateurs ne doivent jamais se placer dans une situation où ils auraient à choisir entre leur intérêt personnel et celui de la personne morale :

*« Les administrateurs ne doivent jamais se placer dans une position où leurs intérêts personnels risquent de s'opposer à ceux de la compagnie. Une telle position les mettrait en face d'un choix, alors qu'en fait aucun choix n'est permis : l'intérêt de la compagnie doit toujours primer.*

*L'article 324 du Code civil du Québec, imitant en cela la common law, interdit à l'administrateur de « se placer dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et ses obligations d'administrateur ».<sup>49</sup>*

La Cour pourrait également, selon moi, s'autoriser de ses pouvoirs pour nommer un administrateur indépendant pendant le litige pour instruire le procureur<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> M. MARTEL et P. MARTEL, précitée note 2, p. 23-62

<sup>50</sup> Art. 341 du *Code civil du Québec* et art. 241 (3) d) de la L.S.C.A.

Les procureurs de la personne morale ne peuvent selon moi assurer une entière loyauté à cette dernière vu le rôle qu'ils risquent de jouer pour la personne morale s'ils sont sous les instructions des administrateurs-actionnaires majoritaires. La représentation de ces derniers comme clients ou la réception d'instructions des mêmes personnes qui ne sont pas le conseil d'administration et le fait qu'ils continuent de ne rendre compte qu'à ces seules personnes et non au conseil d'administration démontrent l'entièreté du problème qui peut se poser.

Lorsque, malheureusement, il n'y a pas, au sein du conseil d'administration de la personne morale, d'administrateur indépendant externe au conflit qui pourrait choisir les procureurs et leur donner des instructions, le problème se pose dans toute son acuité.

Dans un tel cas, un procureur indépendant s'il ne peut recevoir les instructions du Conseil d'administration parce que tous sont en conflit, devrait pouvoir demander des directives à la Cour et pourrait ainsi adopter une conduite différente dans le sens des seuls intérêts de la personne morale.

En effet, les procureurs de la personne morale qui représenteraient ou recevraient ses instructions des administrateurs-actionnaires poursuivis pourraient-ils agir pour cette dernière contre les administrateurs dans un recours récursoire si les actes posés par ses administrateurs ont été faits de mauvaise foi ou constituent une faute lourde ou une faute quant à leur obligation de loyauté

envers la personne morale? Poser la question, c'est y répondre et constitue la démonstration qu'ils ne peuvent être totalement loyaux à la personne morale.

Étant des auxiliaires de justice et devant s'assurer du respect des dispositions légales, portant sur l'interdiction des administrateurs de se placer en situation de conflit d'intérêts, je suis d'avis que le mécanisme de demande de directives à la Cour est le seul permettant d'assurer une représentation totalement loyale à la compagnie.

Ce mécanisme est peu connu et n'entre pas dans nos habitudes qui sont plutôt d'avoir une ou des personnes physiques comme interlocuteurs mais peut s'approcher du procureur à l'enfant en matière matrimoniale.

Dans *Proulx-Michaud c. Proulx*<sup>51</sup>, l'Honorable juge Dalphond nous fournit des enseignements très utiles qui pourraient fort bien s'appliquer par analogie pour une compagnie où tous les administrateurs seraient en conflit et que malgré tout la majorité décide de choisir le procureur et de lui donner des instructions.

Dans cette affaire, il s'agissait d'une guérilla judiciaire entre membres d'une famille concernant la manière dont les sociétés familiales étaient gérées. Une des sœurs, représentée par le même avocat que son frère, semblait avoir une capacité de compréhension limitée, étant pourvue d'un conseil judiciaire.

---

<sup>51</sup> *Proulx-Michaud c. Proulx*, J.E. 99-121 (C.S.)

Rappelant dans un premier temps que l'intégrité du processus judiciaire et la nature de la relation entre l'avocat et son client "exigeant d'un avocat que son mandat soit exécuté uniquement dans l'intérêt de son client, sans intervention aucune d'un tiers (art. 3.05.03 du Code de déontologie)", le juge Dalphond poursuit en s'interrogeant comme suit :

p. 6:           *« Diane Proulx est actuellement sous un régime de protection, sa capacité ayant été jugée en 1998 non suffisante pour assumer seule le plein exercice de ses droits civils. Conteste-t-elle les procédures de sa soeur Monica concernant sa capacité parce qu'elle les croit non justifiées ou plutôt parce que Robert Proulx a compris qu'elles pourraient ne viser qu'à enlever des mains de Diane Proulx le sort de son action contre Avolyn, de même que toutes les décisions relatives au 25 % d'actions qu'elle détient dans cette personne morale? Me Samuel prend-t-il ses instructions dans le présent dossier de Robert Proulx ou de Diane Proulx? »*

*Le Tribunal n'a pas à répondre à ces questions, mais il est clair qu'une personne raisonnable bien informée pourrait craindre que la stratégie et les procédures entreprises au nom de Diane Proulx, dans le cadre de la requête en révision et modification de son régime de protection, soient arrêtées par son avocat et Robert Proulx, plutôt que par elle. Or Robert Proulx n'est pas son conseiller, son tuteur ad hoc ou son tuteur. Il est, pour l'instant du moins, un tiers au sens de l'art. 3.05.03 du Code de déontologie.*

*L'intérêt supérieur de la justice commande que l'intégrité du processus judiciaire ne soit pas mise en doute par la crainte de l'observateur raisonnable que l'avocat de Diane Proulx soit considéré comme prenant ses instructions de Robert Proulx, plutôt que de Diane Proulx. Par conséquent, Me Samuel et son cabinet doivent être déclarés inhabiles à représenter Diane Proulx dans le présent dossier. »*

Le même parallèle peut être fait pour une personne morale qui n'a pas de procureur totalement indépendant des administrateurs en conflit, ces derniers étant selon moi des tiers qui ne devraient pas être ceux qui choisissent ni qui donnent les instructions au procureur agissant pour la personne morale.

### 3.5 Quoi faire devant un cas de whistle blower?

Notre *Code de déontologie* a maintenant une disposition qui donne une base minimale de conduite de l'avocat corporatif.

Il s'agit de l'article 3.05.18 :

*«Art. 3.05.18 L'avocat doit dénoncer au client tout fait dont il a connaissance dans le cadre de sa prestation de services professionnels et qui, à son avis, peut constituer une violation d'une règle de droit par le client.*

*Dans le cas d'un client autre qu'une personne physique, l'avocat fait cette dénonciation au représentant du client avec lequel il est en rapport dans le cadre de la prestation de ses services professionnels. S'il vient, par la suite, à sa connaissance que le client n'a pas remédié à la situation d'illégalité, il doit aviser l'autorité hiérarchique appropriée lorsqu'il s'agit :*

*1° d'une violation importante d'une règle de droit en matière de valeurs mobilières ou d'une règle de droit ayant pour objet la protection des détenteurs de valeurs mobilières ou des membres d'une société ou d'une personne morale ;*

*2° de la violation de toute autre règle de droit, si elle est susceptible d'entraîner des conséquences sérieuses pour le client.»*

*(nos soulignés)*

Ainsi, lorsque l'avocat, censé représenter les intérêts de la compagnie, reçoit une dénonciation, anonyme ou non, quant à des actes posés à l'encontre des intérêts de la compagnie, il a le devoir de rapporter la situation à un niveau d'autorité qui pourra juger des mesures appropriées à prendre.

Naturellement, si les actes visés sont posés par un ou des administrateurs, le procureur devrait demander de faire rapport aux administrateurs non visés et s'il ne s'en trouve pas, demander de référer à un comité de vérification où ne siègerait que des personnes indépendantes lequel pourrait nommer un consultant pour faire enquête et leur faire rapport.

Si les vérifications effectuées démontrent la justesse des dénonciations, le procureur devrait recommander que des mesures correctives soient prises et vérifier la mise en place de procédés pour s'assurer que de telles choses ne puissent se reproduire dont un mécanisme de dénonciation totalement confidentiel.

Il me semble également que les vérificateurs devraient nécessairement être mis à contribution pour que les divulgations nécessaires soient faites aux états financiers de façon à faire rapport aux actionnaires avec une certaine transparence puisque les actionnaires étant ceux qui élisent à chaque année les administrateurs, ils ont droit de donner un consentement éclairé et, pour ce faire,

ont droit à toute l'information pertinente particulièrement si la probité d'un administrateur en élection est en cause.

Devant l'inaction du conseil d'administration, je suis d'avis que les actionnaires ont le droit et le procureur de la compagnie le devoir de les informer en tant qu'«autorité hiérarchique appropriée» si cela est la seule façon de faire cesser un préjudice que subit la compagnie.

#### 4. LES NOMINATIONS JUDICIAIRES DE PROCUREURS

Ce mécanisme semble déjà connu et utilisé par les tribunaux de common law lorsqu'il est démontré que la compagnie a besoin d'une représentation dans le cadre de tels recours entre actionnaires.

On peut le constater des décisions suivantes :

*Alles c. Maurice*<sup>52</sup> :

*« I conclude that it is not clear that the companies need not be represented. If the present solicitors are removed and it is thought that new counsel should be appointed, such appointment can be made either by agreement amongst the parties or by the court on the motion of any shareholder. If new solicitors are appointed in one manner or another and no means is found whereby they can be properly instructed, those solicitors may apply to the court for directions.*

*The foregoing deals with the position of McMillan Binch which presently acts for both Lawrence and Kirby-Maurice.*

---

<sup>52</sup> *Alles c. Maurice*, le 12 février 1992, no. B263/91, (92-CU-43323), (Ont.Gen.Div.), par. 18-23, p.4

*The motion also attacks the appointment of Davies, Ward & Beck on behalf of TASCOCO and Marlba. This attack is not upon the ground of dual representation or the potential conflict. The basis is that in an oppression application, if counsel is to be appointed, it must be by disinterested directors or shareholders of the corporation. For this proposition, counsel cited *Brant Investments Ltd. V. KeepRite Inc.* (1991), 1 B.L.R. (2d) 225, 3 O.R. (3d) 289, 45 O.A.C. 320, 80 D.L.R. (4th) 161 (C.A.), at pp. 304-305 [O.R.], and *Messing v. FDI, Inc.*, 439 F. Supp. 776 (D.N.J 1977).*

*It does not seem to me that KeepRite supports the proposition. Messing, on the other hand, was a case involving dual representation. The court ruled that that was improper in the circumstances. It went on to state that in choosing a new representative, the corporation had to choose independent counsel. There was discussion about independent directors and, in the absence of such, the court being called upon to appoint counsel. In Messing, the court declined to specify a process, stating that it was the duty of the directors to find a way.*

*It is apparent from the jurisprudence that there are mixed views as to the propriety of letting directors who are themselves defendants appoint corporate counsel. J.W. Bishop, *Law of Corporate Officers and Directors: Indemnification and Insurance* (Illinois: Callaghan, 1986), 4.05 at p.13; *Cannon v. U.S. Acoustics Corp.*, 398 F. Supp. 209 (1975) at p.220, para.13; *Rowen v. LeMars Mutual Insurance Co. of Iowa*, 230 N.W. (2d) 905 at pp.914-916.*

*In my view, there is considerable wisdom in the view that, to the extent corporations such as TASCOCO and Marlba actually need representation in this proceeding, it should be chosen by persons chosen independently of the litigating individuals. As matters stand, there is at least a suggestion of conduct as unfairly prejudicial to or unfairly disregarding the interests of the plaintiff. »*

*(nos soulignés)*

*International Capital Corp. c. Schafer*<sup>53</sup> :

« One of the primary reasons a law firm is retained by a corporation (as opposed to being personally retained by an individual corporate officer), is to ensure that the law firm can continue to represent the interests of the corporation without concern for the conflicting interests of the individuals who are involved in the control or ownership of it. Another reason is to ensure that the law firm can continue to act for the corporation despite changes in the officers, directors or shareholders of the corporation. »

Déjà, dans plusieurs instances, les procureurs ont pris soin de ne comparaître que pour les actionnaires et/ou administrateurs majoritaires, laissant les compagnies sans représentation pour échapper aux requêtes en inhabilité ou, maintenant, aux possibles sanctions déontologiques.

Cela ne règle pourtant pas le problème pour la compagnie qui peut avoir besoin d'un procureur pour voir à ses seuls intérêts.

Certains juges ont procédé tel que vu précédemment à des nominations judiciaires de procureurs indépendants aux compagnies<sup>54</sup> soit *proprio motu*, soit à la demande d'une partie<sup>55</sup>, ce qui est la meilleure façon selon nous de procéder pour assurer une vraie représentation à la compagnie.

---

<sup>53</sup> *International Capital Corp. c. Schafer*, [1997] 5 W.W.R. 80, (Sask.C.Q.B.), 1996 CanLII 6847 (SK Q.B.), pp. 10-11

<sup>54</sup> *Tzantrizos c. Pascali*, nos. : 500-11-022266-049, 500-11-022267-047 et 500-17-019192-049, l'Honorable Juge Guibault, jugement du 29 janvier 2004

<sup>55</sup> *Paris c. Kom International*, 500-05-074434-026, l'Honorable Pierre Journet j.c.s., le 4 février 2004

Les nominations judiciaires évitent de revenir à une situation de blanc bonnet, bonnet blanc qui se reproduirait autrement selon nous comme lorsque le même procureur agissait pour les deux parties.

En effet, deux procureurs se retrouvant sous les instructions des mêmes personnes peuvent-ils ne pas chanter la même chanson ?

Malheureusement, certains ne voient pas le bénéfice à long terme, pour les parties, la compagnie et le système judiciaire, découlant de cette réelle représentation indépendante pour la compagnie et ne voient qu'une économie de frais d'avocats à court terme lorsqu'ils acceptent le même procureur pour les deux parties, ou, encore ne voient pas comment le procureur pourra agir si aucun administrateur ne peut lui donner des instructions. Or, ce n'est pas parce que des difficultés peuvent se poser pour le procureur indépendant qu'il faut ignorer le problème de fond.

Malgré les exhortations de la professeure Crête qui croit que les tribunaux ont un rôle important à jouer par leurs décisions comme outils de gouvernance externe, il n'y a pas eu de message clair et constant de la Cour supérieure ou de la Cour d'appel dans les litiges entre actionnaires à notre connaissance<sup>56</sup> sur le sujet.

---

<sup>56</sup> La Cour d'appel a refusé une permission d'en appeler sur le sujet de la nomination d'un procureur à la compagnie dans *Simard c. Moisan*, EYB 2005-87221, 21 mars 2005, l'Honorable Juge François Doyon j.c.a., 2005 QCCA 293 (IIJCan) suite au jugement rendu *Simard c. Moisan*, l'Honorable Juge Daniel Tingley, 500-11-021288-036, le 19 janvier 2005, J.E. 2005-319 (C.S.)

Le résultat, les compagnies se font nommer un procureur par leurs administrateurs en conflit, paient pour des honoraires en double inutiles et de nombreuses requêtes en inhabilité monopolisent les énergies et ressources des parties et des tribunaux avec des résultats fort variables.

Nous préconisons donc l'utilisation par les tribunaux de ce mode de nomination qui, le temps du conflit, donne à la Cour un interlocuteur neutre, libre et objectif, beaucoup plus susceptible d'aider la compagnie à protéger ses intérêts et la Cour à trouver la solution la plus juste.

## **5. IMPACT SUR LE SECRET PROFESSIONNEL**

### **5.1 Qui peut le soulever ou y renoncer?**

Je ne peux aujourd'hui qu'effleurer le sujet pour seulement soulever la problématique mais en vous rassurant que celle-ci fera l'objet d'une réflexion plus approfondie de ma part à l'occasion du prochain colloque en droit commercial de la Formation permanente du Barreau qui aura lieu en octobre prochain.

Dans le cas de ce que les auteurs anglophones nomment "*intra-client conflict*" ou "*intracorporate dispute*", on peut se demander si les administrateurs poursuivis pour bris de leurs obligations envers la compagnie peuvent se cacher derrière le privilège du secret professionnel ?

N'est-ce pas détourner le but du secret professionnel que de permettre à des fautifs de s'en enrober pour se protéger de leur responsabilité envers la compagnie et autres actionnaires lésés ?

L'indépendance des personnes agissant pour la compagnie et parlant pour elle prend alors ici toute son importance. En effet, si ceux qui le soulèvent sont sous la dictée des personnes dont les agissements sont attaqués, il me semble qu'il y a là un sérieux problème de légitimité.

Un procureur représentant la compagnie, nommé par des personnes externes au conflit, qui reçoit ses instructions des mêmes personnes pourrait très bien être d'avis qu'il est dans intérêt de la compagnie que les réponses recherchées des procureurs ou comptables de la compagnie soient dévoilées, particulièrement dans le cadre de recours dérivés où ce qui est recherché est la réparation du tort causé à la compagnie.

Il serait en effet anachronique qu'il soit soulevé à l'encontre de la personne à qui il serait censé bénéficier.

Plusieurs auteurs et décisions américaines ont soulevé cette problématique<sup>57</sup> et nous abondons dans ce courant à l'effet que les actionnaires ne sont pas des

---

<sup>57</sup> P.R. Rice, « The Corporate Attorney-Client Privilege : Loss of Predictability Does Not Justify Crying Wolfinbarger » (2000) 55 :2 The Business Lawyer 735; « The Application in the Federal Courts of the Attorney-Client Privilege to the Corporation », (1970-1971) 39 Fordham L. Rev. 281; *Garner c. Wolfinbarger*, 430 F.2d 1093 (5th Cir. 1970); *Fausek c. White*, 965 F.2d 126 (6th

tiers mais font partie de cette entité qui est le client et qu'ils ne devraient pas se faire opposer le secret professionnel s'ils démontrent une base sérieuse pour avoir accès à l'information recherchée que ce soit dans le cadre d'un recours en oppression ou d'une action dérivée.

D'ailleurs, dans *Catalyst Fund General Partner Inc. c. Hollinger*<sup>58</sup>, la lumière a pu être faite sur de nombreuses transactions entre apparentés et la Cour a le pouvoir de mettre de côté une telle transaction si elle n'a pas été autorisée dans le respect des obligations des administrateurs.<sup>59</sup>

## 6. CONCLUSION

Maintenant que le Comité de discipline a laissé un message aussi clair que celui de l'affaire *Gold*, les tribunaux civils devraient en tenir compte et appliquer avec plus de rigueur le devoir de loyauté en s'assurant qu'aucune situation même potentielle de loyauté partagée ne soit tolérée dans ces litiges internes.

---

Cir. 1992); *In re Transocean Tender Offer Securities Litigation*, 78 F.R.D. 692 (N.D.Ill. 1978); *Bailey c. Meister Brau, Inc.*, 55 F.R.D. 211 (N.D.Ill 1972); *Commodity Futures Trading Com. c. Weintraub*, 471 U.S. 343 (1985); *Ward c. Succession of Freeman*, 854 F.2d 780 (5th Cir. 1988); *Weil c. Investment/Indicators, Research & Management*, 647 F.2d 18 (9th Cir. 1981); *Discovery Enterprises Inc. c. Ebco Industries Ltd.*, [1998] B.C.J. n° 2674 (QL); *Polycast Technology Corp. c. Uniroyal Inc.*, 125 F.R.D. 47 (S.D. N.Y. 1989); *In re Lancaster Factoring Co. c. Mangone*, 1996 W.L. 706925 (S.D. N.Y. 1996); *Cohen c. Uniroyal Inc.*, 80 F.R.D. 480 (E.D. Penn. 1978); *In re Grand Jury Subpoena Duces Tecum*, 391 F. Supp. 1029 (S.D. N.Y. 1975);

<sup>58</sup> *Catalyst Fund General Partner Inc. c. Hollinger* (2004), W.L. 2034510 (C.S. Ontario)

<sup>59</sup> *UPM-Kymmene Corp. c. UPM-Kymmene Miramichi Inc. et al.*, (C.S.) 214 D.L.R. (4th), p. 496 à 552 et *UPM-Kymmene Corp. c. UPM-Kymmene Miramichi Inc. et al.*, (C.A.) 2004CanLII 9479 (ON. C.A.) (aussi connue sous l'appellation « cause Repap »)

Comme je l'ai déjà souligné<sup>60</sup>, l'information et l'argent sont les deux nerfs de la guerre des litiges en oppression et/ou actions dérivées.

Si les administrateurs-actionnaires sont privés de financer leur litige à même les deniers de la compagnie, il y a fort à parier que la raisonnable reviendra vite au menu du jour.

On évitera que la compagnie ne devienne le banquier et l'otage de ceux qui n'ont pas agi dans son intérêt.

L'affaire *Gold* reconnaît donc le droit de la compagnie à un procureur totalement loyal à ses intérêts et qui aura l'objectivité nécessaire pour évaluer quels services sont nécessaires pour la protection de la compagnie.

---

<sup>60</sup> Chantal PERREAULT, *Le recours en oppression : où en sommes-nous ?*, vidéo-conférence donnée dans le cadre de l'ABC-QC, le 23 novembre 2006 et disponible sur le site web de l'ABC-QC (76 pages)