

Groupe de travail de l'ABC sur les conflits d'intérêts

Conflits d'intérêts :
Rapport final,
recommandations et
trousse de documents
modèles

Août 2008



THE CANADIAN BAR ASSOCIATION
L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN

© L'Association du Barreau canadien
865, avenue Carling, bureau 500
Ottawa (Ontario) K1S 5S8
Téléphone : 613 237-2925 / 800 267-8860
Télécopieur : 613 237-0185
Courriel : info@cba.org
Page d'accueil : www.cba.org
Site Web : www.cba.org/ABC/groups_f/conflicts/

TOUS DROITS RÉSERVÉS

Ce document ne peut être reproduit en tout ou en partie, sous quelque forme ou par quelque moyen que ce soit, sans la permission par écrit de l'éditeur.

Imprimé au Canada

Available in English

Le Groupe de travail remercie le Fonds pour le Droit de demain de l'Association du Barreau canadien, qui a assuré le soutien financier de ses consultations et ses recherches, y compris la production de ce rapport. Les points de vue exprimés dans ce rapport ne sont pas nécessairement ceux du donateur, ni de l'ABC.

Groupe de travail de l'ABC sur les conflits d'intérêts

Conflits d'intérêts :
Rapport final,
recommandations et
trousse de documents
modèles

Août 2008

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL DE L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN

Conflit d'intérêts : Rapport final, recommandations et trousse de documents modèles

Rapport du Groupe de travail de l'ABC sur les conflits d'intérêts
ISBN 978-1-897086-67-4

Août 2008

Composition du Groupe de travail de l'ABC sur les conflits d'intérêts

R. Scott Jolliffe, président

Joan Bercovitch, directrice du projet

Allan P. Fineblit, c.r., chargé de liaison avec la Fédération
des ordres professionnels de juristes du Canada

Robert C. Brun, c.r.

Simon Chester

Stuart H. (Kip) Cobbett

Gordon A. M. Currie

Susan T. McGrath

Malcolm M. Mercer

Robert G. Patzelt, c.r.

Daniel E. Pinnington

Isabel J. Schurman

W. Iain Scott

Robert P. Stack

Alan J. Stern, c.r.

Gerald G. Tegart, c.r.

Sean Weir

Message du président du Groupe de travail

Ce rapport est le fruit d'une coopération, si vaste qu'elle est peut-être sans précédent, entre avocats et cabinets d'avocats de tout le Canada. Réunis par une volonté de trouver des solutions aux dilemmes que soulèvent les questions de conflits dans nos pratiques variées, nous avons attaché le plus grand soin à la préparation de ce rapport, de ses recommandations et la trousse de documents modèles.

Les milliers d'heures de travail bénévole consacrés à la tâche par de nombreux participants témoignent de l'urgent besoin de changements dans nos codes de déontologie. Des centaines de membres ont répondu aux questions posées dans notre document de consultation, plusieurs ont offert leurs commentaires et points de vue lors de nombreuses réunions dans toutes les régions du pays, des spécialistes des conflits ont partagé leurs connaissances et divers membres du Groupe de travail ont lu, écouté, discuté, débattu, écrit et révisé afin que ce rapport puisse vous être soumis.

Le Groupe de travail est convaincu que les règles actuelles sur les conflits doivent changer. Nous croyons que des règles claires et harmonieuses partout au pays profiteront aux avocats et à leurs clients. En outre, elles réduiront l'utilisation tactique des contestations au nom des conflits d'intérêts, une tendance récente qui entrave l'efficacité de notre système juridique et mine la confiance du public envers notre profession et l'administration de la justice au Canada.

Nous avons hâte de pouvoir discuter de nos recommandations avec nos collègues et nous espérons que nous avons présenté une proposition de changement acceptable.

Diriger le Groupe de travail a été pour moi un honneur et un privilège. Je tiens à remercier sincèrement tous les membres du Groupe de travail et tous ceux et celles qui nous ont aidé. La générosité dont vous avez fait preuve avec votre temps et vos talents est grandement appréciée. Je vous remercie. Et maintenant, en avant!

R. Scott Jolliffe, président

Groupe de travail de l'ABC sur les conflits d'intérêts

Table des matières

| | |
|---|----------|
| Sommaire exécutif | i |
| La démarche du Groupe de travail et son contexte | i |
| Sommaire contextuel des recommandations du Groupe de travail sur les conflits d'intérêts | iii |
| Comment analyser un conflit d'intérêts potentiel | xvi |
| Rapport du Groupe de travail de l'ABC sur les conflits d'intérêts | 1 |
| Introduction..... | 1 |
| Recommandations | 7 |
| Trois décisions clés de la Cour suprême du Canada | 10 |
| Chapitre 1 – Perspectives sur les services juridiques au 21 ^e siècle | 11 |
| Chapitre 2 – Intérêts conflictuels | 23 |
| Chapitre 3 – Confidentialité..... | 77 |
| Chapitre 4 – Clients, clients potentiels et non-clients..... | 109 |
| Chapitre 5 – Lettres-contrats..... | 139 |
| Conclusion | 159 |
| Annexe 1 – Jurisprudence citée et bibliographie | 161 |
| Annexe 2 – Groupe de travail de l'ABC sur les conflits d'intérêts – Rapport de consultation, mars 2008 | 169 |
| Annexe 3 – Groupe de travail de l'ABC sur les conflits d'intérêts - Mission et composition..... | 187 |
| Annexe 4 – Remerciements | 189 |

| | |
|---|------------|
| Trousse de documents modèles sur les conflits d'intérêts | 193 |
| Documents généraux relatifs aux systèmes de gestion des conflits d'intérêts | |
| Comment analyser un conflit d'intérêts potentiel | 198 |
| Liste de vérification pour les systèmes de gestion des conflits d'intérêts | 200 |
| Clients « fantômes » | |
| Liste de vérification pour éviter les clients fantômes | 202 |
| Modèle des conditions d'utilisation du site Web du cabinet et dégage- ment de responsabilité | 204 |
| Modèle de politique de protection des renseignements personnels | 206 |
| Conflits stratégiques | |
| Éviter les conflits stratégiques | 210 |
| Formulaire de filtrage à l'accueil | 211 |
| Représenter parents et amis | |
| Attention aux dangers de représenter parents et amis | 214 |
| Les « non-mandats » et la résiliation de mandats | |
| Lignes directrices pour les « non-mandats » écrits | 216 |
| Modèle de « non-mandat » écrit | 217 |
| Modèle de lettre de résiliation de mandat | 219 |
| Lettres-contrats | |
| Modèle de lettre-contrat (version détaillée) | 221 |
| Modèle de lettre contrat (version abrégée [Modèle de lettre d'entente sur des services juridiques] | 232 |
| Modèle de lettre « Je ne suis pas votre avocat » | 240 |
| Représentation commune/de clients multiples | |
| Lignes directrices en matière de représentation de clients multiples | 242 |
| Renonciations | |
| Liste de vérification pour la renonciation des clients en cas de conflit d'intérêts | 244 |
| Modèle de lettre confirmant le consentement des clients à procéder malgré un conflit possible | 245 |

Avis juridique indépendant

| | |
|---|-----|
| Lignes directrices pour donner un avis juridique indépendant | 247 |
| Liste de vérification pour avis juridique indépendant – Générale | 248 |
| Liste de vérification pour avis juridique indépendant – Questions de droit de la famille | 250 |

Écrans déontologiques

| | |
|--|-----|
| Suggestions pour la construction d'écrans déontologiques | 253 |
| Modèle de note de service aux membres des équipes concernant les écrans déontologiques | 255 |
| Modèle de note de service concernant un conflit d'intérêt potentiel en raison d'un mandat antérieur | 259 |

Demandes de propositions et « concours de beauté »

| | |
|--|-----|
| Modèle de lettre avant rencontre dans le cadre d'un « concours de beauté » | 262 |
| Modèle de lettre avant rencontre dans le cadre d'une demande de propositions et de son examen | 263 |
| Modèle de lettre de réponse à une demande de propositions | 264 |

Ressources en matière d'emploi

| | |
|---|-----|
| Liste de vérification pour l'entrevue d'un avocat qui change de milieu de travail | 266 |
| Modèle de note de service concernant l'embauche latérale | 267 |

Conflits concernant l'intérêt personnel d'un avocat

| | |
|---|-----|
| Lignes directrices pour identifier des conflits concernant l'intérêt personnel d'un avocat | 270 |
|---|-----|

Mandat à titre d'administrateur d'une société cliente

| | |
|--|-----|
| Points à examiner avant de siéger à titre d'administrateur d'une société cliente | 271 |
|--|-----|

Éviter et gérer les conflits

| | |
|--|-----|
| Évaluation continue des conflits | 273 |
| Liste de vérification pour la gestion d'un conflit ultérieur et prévisible | 274 |
| Plan d'action pour gérer une situation de conflit | 275 |

Sommaire exécutif

La démarche du Groupe de travail et son contexte

Le Groupe de travail axe sa démarche sur la relation avocat-client. Ce rapport et ses recommandations tiennent compte de la façon dont la relation avocat-client est créée, des devoirs de base des avocats envers leurs clients et de l'avantage à consigner par écrit les accords conclus entre clients et avocats.

En tant qu'association nationale représentant les avocats de partout au pays, l'ABC contribue depuis longtemps à l'élaboration de codes de déontologie et au droit de la responsabilité professionnelle. Dès 1920, elle adoptait le document *Canons of Legal Ethics*¹. Son actuel Code de déontologie professionnelle date de 1976; il a fait l'objet de révisions majeures en 1987 et en 2004. Ses dispositions ont été prises en compte, à divers degrés, dans les codes de déontologie professionnelle des barreaux provinciaux et territoriaux et dans les décisions des tribunaux.

Dans les années 1990, l'ABC a pris l'initiative de déterminer des mesures que les cabinets d'avocats pourraient prévoir pour protéger les renseignements confidentiels des clients. Ce travail faisait suite à l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Succession MacDonald c. Martin*². Il a fourni aux organes directeurs de la profession juridique des lignes directrices mises au point en consultation avec des avocats de tout le pays qu'ils pourraient considérer au moment de réviser leurs codes de déontologie.

Évidemment, le rôle du Groupe de travail et de l'ABC est limité. Il ne produira des effets que si les organes directeurs de la profession juridique et les tribunaux trouvent son analyse et ses recommandations utiles, puisque ce sont eux qui sont les décideurs dans leurs domaines de compétence respectifs.

La Cour suprême du Canada a fait cette réflexion sur le rôle des organes directeurs et du pouvoir judiciaire dans l'arrêt *Succession MacDonald* :

... il convient de se rappeler que la profession d'avocat est une profession qui se régit elle-même. C'est à elle, et non aux tribunaux, que le législateur a confié la responsabilité d'élaborer des normes. Les tribunaux ont simplement un rôle de surveillance et leur compétence porte sur cet aspect de la déontologie uniquement en ce qui a trait aux procédures judiciaires. Toutefois, les organes directeurs se préoccupent de l'application des normes relatives aux conflits d'intérêt non seulement en ce qui concerne le contentieux mais dans d'autres domaines qui constituent la plus grande part de la pratique du droit.

En ce qui concerne la protection des renseignements confidentiels des clients, la Cour a pris soin d'insister sur le pouvoir qui appartient aux organes directeurs :

¹ Le document de 1920 de l'ABC *Canons of Legal Ethics* affirme au paragraphe 3(2) : [TRADUCTION] « [Au client] Il devrait en recevant un mandat, communiquer au client toutes les circonstances pertinentes à ses relations avec les parties et à ses intérêts ou ses liens à l'égard du sujet en cause, le cas échéant, qui pourraient influencer le client dans son choix d'avocat. Il devrait éviter les conflits d'intérêts. »

² *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235 [*Succession MacDonald*].

Par conséquent, il ne conviendrait pas de fermer l'ensemble de la pratique à l'organe directeur d'une profession autonome par l'imposition d'une norme inflexible et immuable dans l'exercice d'une compétence de surveillance à l'égard d'une partie de cette pratique.

Les questions en jeu dans l'affaire *Succession MacDonald* ont été soumises aux tribunaux dans le cadre d'une requête en déclaration d'incapacité d'avocats dans des procédures judiciaires. La décision rendue en 2007 par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Strother c. 3464920 Canada Inc.*³ porte sur la compétence des tribunaux à l'égard de requêtes de clients pour manquement au devoir fiduciaire ouvrant droit à des recours en *equity* tels que dommages-intérêts⁴, restitution⁵ et injonctions⁶. Les principales compétences des tribunaux sont de surveiller l'éthique dans les procédures judiciaires et d'étudier les requêtes pour violation du devoir fiduciaire introduites par des clients à l'encontre d'avocats.

Les organes directeurs ont deux compétences connexes importantes. En premier lieu, ils doivent établir par voie de réglementation des normes professionnelles⁷. Deuxièmement, ils doivent veiller au respect des normes professionnelles et des mesures disciplinaires afférentes.

Les organes directeurs précisent des normes dans les codes de déontologie. Il appartient aux tribunaux, quand on le leur demande, d'accepter ou rejeter les normes élaborées au regard de la loi en général et de l'intérêt public. Dans l'arrêt *Succession MacDonald*, la Cour suprême du Canada s'est exprimée comme suit à ce sujet :

Les codes de déontologie des divers barreaux du pays constituent un important énoncé de principes à l'égard des devoirs professionnels des avocats. La profession d'avocat est autonome. Dans chaque province, il existe un organe directeur, habituellement élu par les membres exerçant dans la province. Cet organe établit des règles de déontologie professionnelle au nom des membres. Ces règles sont censées représenter le point de vue des membres sur les normes qui doivent régir la profession⁸.

La compétence des tribunaux et le rôle des organes directeurs de la profession sont inter reliés. Les tribunaux s'expriment au moyen de décisions judiciaires et de motifs. Les organes directeurs s'expriment au moyen d'études, de codes et de décisions disciplinaires. Les tribunaux ne sont pas tenus d'accepter les normes établies, mais la responsabilité de fixer des normes n'en est pas moins importante⁹. Il existe un dialogue nécessaire et permanent qui aide les tribunaux et les organes directeurs à exercer leurs compétences respectives dans l'intérêt du public.

³ *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 177 [*Strother*].

⁴ *Szarfer v. Chodos* (1986), 54 O.R. (2d) 663 (H.C.), conf., (1988), 66 O.R. (2d) 350 (C.A.).

⁵ *Strother*, *supra* note 3.

⁶ *Chapters Inc. v. Davies, Ward & Beck LLP* (2001), 52 O.R. (3d) 566, 10 B.L.R. (3d) 104, 141 O.A.C. 380 (C.A.).

⁷ Au Québec, le *Code de déontologie des avocats*, R.Q. c. B-1, r.1, est un règlement pris en vertu du *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26, et de la *Loi sur le Barreau*, L.R.Q., c. B-1. Étant un règlement sanctionné par un décret, le *Code de déontologie des avocats* bénéficie d'une plus grande autorité juridique que les codes de déontologie des barreaux ailleurs au pays.

⁸ *Succession MacDonald*, *supra* note 2.

⁹ Le juge Sopinka a rédigé la préface de l'édition de 1994 du *Guide sur les conflits d'intérêts* publié par le Barreau du Québec après que des modifications ont été apportées en 1993 au *Code de déontologie des avocats*. Ces modifications faisaient suite à l'arrêt *Succession MacDonald*. Le juge Sopinka a écrit que « tout en énonçant le critère à retenir pour juger de l'habilité d'un cabinet à représenter une partie en cas de conflits d'intérêts, j'ai souligné, au nom de la Cour, qu'il revenait à la corporation professionnelle des avocats et non aux tribunaux d'élaborer des normes de déontologie. »

Le Groupe de travail espère que ce rapport sera utile aux organes directeurs de la profession au moment de fixer les normes déontologiques de la profession et aux tribunaux appelés à examiner des cas. Le Groupe de travail soumet ce rapport dans le plus grand respect des rôles des organes directeurs et des tribunaux.

Sommaire contextuel des recommandations du Groupe de travail sur les conflits d'intérêts

Le Groupe de travail présente à l'ABC 21 recommandations sur les moyens de résoudre les difficultés que comportent les règles en vigueur en matière de conflit d'intérêts, tout en notant qu'il appartient aux organes directeurs de la profession juridique de décider des codes de déontologie et aux instances judiciaires de se prononcer sur l'application des règles prévues dans ces codes au regard de la loi et de l'intérêt général.

Le Groupe de travail estime que l'adoption de ces recommandations se traduira par une approche fondée sur des principes relatifs à l'identification et la gestion des conflits d'intérêts potentiels dans la relation avocat-client et continuera à protéger les renseignements confidentiels confiés aux avocats. Il estime également que leur application accroîtra les possibilités pour les clients de retenir l'avocat de leur choix, améliorera l'accès aux services juridiques à travers le Canada et clarifiera considérablement les possibilités de conflit pour tout le monde, sans pour autant compromettre les importantes responsabilités légales et déontologiques de l'avocat, lesquelles sont fondamentales pour préserver l'intégrité de la profession et la confiance du public dans l'administration de la justice au Canada.

À la suite de consultations à l'échelle nationale et de recherches approfondies, le Groupe de travail a conclu à l'urgence d'une réforme.

Le présent sommaire de ses recommandations en explique le contexte et l'objet.

Les éléments d'un intérêt conflictuel

Au cœur de la question du conflit d'intérêts, on trouve des principes immuables. L'avocat ne doit jamais permettre que ses propres intérêts ou ses obligations envers quelqu'un d'autre compromettent le travail qu'il fait pour un client. Il doit le représenter avec zèle et il doit protéger ses confidences. Le client a le droit de s'attendre à ce que son avocat le représente avec intégrité et lui donne des consultations judicieuses. En bref, l'objet central d'ordre public des lois et des règles applicables en matière de conflit d'intérêts est la protection de l'intégrité de la représentation du client.

Le Groupe de travail a recensé la jurisprudence ainsi que les codes déontologiques du Canada, des États-Unis et des pays du Commonwealth dans son analyse de la portée des responsabilités de l'avocat. À la lumière de cette information, il a conclu que le devoir d'éviter les conflits d'intérêts comporte en fait trois éléments.

Le « conflit de devoirs et d'intérêts » interdit à l'avocat de représenter un client lorsque ses propres intérêts s'opposent aux intérêts de celui-ci.

Le « conflit de devoirs et d'obligations » interdit à l'avocat d'accepter le mandat lorsque son devoir de service envers un client est en conflit avec son devoir de service envers un autre client.

Le « conflit de devoirs et de relations » interdit à l'avocat d'accepter le mandat lorsque son devoir envers un client compromet sa représentation d'un autre client dans une autre affaire, en compromettant la relation avocat-client dans cette dernière. Ce conflit a pour point de mire la relation avocat-client qui est essentielle à la représentation efficace du client.

Dans la plupart des cas, un client pleinement informé peut consentir au conflit et permettre à l'avocat d'agir pour un autre client. Il y a cependant des cas où la confidentialité interdit à l'avocat de demander le consentement du client. Ou bien encore le client peut refuser son consentement pour diverses raisons, y compris le fait qu'il ne se donne pas la peine de répondre ou qu'il ne tient pas à aider l'autre client.

Il est de la plus haute importance pour les avocats d'avoir à leur disposition des principes clairs à appliquer et des règles claires à suivre lorsqu'il s'agit de juger s'il y a ou non conflit. L'appréciation des conflits possibles fait partie intégrante de l'exercice de la profession.

Le Groupe de travail recommande en conséquence que le Code de déontologie professionnelle de l'ABC soit modifié de façon à inclure la définition suivante :

1. « intérêt conflictuel » s'entend soit du « conflit de devoirs et d'intérêts », soit du « conflit de devoirs et d'obligations », soit du « conflit de devoirs et de relations ».

Le principe du risque substantiel et les affaires distinctes

Le Groupe de travail estime que la meilleure façon d'apprécier s'il y a conflit relève du « principe du risque substantiel », dégagé par la Cour suprême du Canada dans son arrêt *Neil* et adopté par la majorité dans la cause *Strother*. Il y a des intérêts conflictuels lorsqu'il y a un risque substantiel que la représentation du client serait réellement compromise par les propres intérêts de l'avocat ou par le devoir contracté par ce dernier envers un autre client actuel ou ancien, ou envers un tiers.

Dans le cas où un avocat agit pour des clients dont les intérêts sont opposés dans des affaires liées, il y a normalement un risque substantiel que son devoir envers l'un d'entre eux ou envers les deux pourrait être réellement compromis. Ce risque tient au lien entre les deux affaires et aux intérêts opposés de ces clients dans ces affaires. Lorsque ces affaires n'ont aucun rapport l'une avec l'autre, il y a bien moins de chances de conflit pour ce qui est du devoir de service et il est très peu probable que la « règle du conflit entre devoir et d'obligations » entre en jeu. Cependant, la règle de l'affaire distincte, dégagée dans l'arrêt *Neil*, affirme que l'avocat ne puisse agir pour un client dont les intérêts immédiats dans une affaire sont directement opposés à ceux d'un autre client même si les deux affaires n'auraient aucun rapport l'une avec l'autre, à moins que les deux clients n'y consentent et que l'avocat ne soit convaincu qu'il est possible de représenter les deux à la fois, sans aucun effet adverse pour l'un ou pour l'autre.

Le Groupe de travail conçoit qu'il y ait des cas où un mandat d'agir dans une affaire distincte contre un client actuel porte atteinte au principe du risque substantiel. Il ne pense cependant pas qu'il s'agisse là de quelque chose qui se produit dans la plupart des cas et adopte en conséquence la position que le fait d'agir au titre d'un mandat distinct n'est généralement pas susceptible de porter atteinte à ce principe, en particulier dans les affaires non contentieuses.

Le Groupe de travail note que la règle de l'affaire distincte n'était pas connue en droit au Canada avant l'arrêt *Neil* de la Cour suprême et qu'elle peut être considérée comme une observation incidente dans cet arrêt. La plupart des barreaux du Canada, à l'exception de l'Alberta et de la Colombie-Britannique, ne l'ont pas intégrée dans leur code de déontologie. Le Groupe de travail estime qu'une règle absolue de l'affaire distincte pose des problèmes pratiques, qu'elle est inutilement restrictive à la fois pour le client dans son choix d'un avocat et pour les avocats eux-mêmes et qu'elle n'est pas nécessaire à l'objectif primordial de la protection de l'intégrité de la représentation du client.

Les recommandations du Groupe de travail sont fondées sur la conviction que, faute de consentement dûment donné, l'avocat ne peut se charger d'une nouvelle affaire pour un client de façon à porter directement préjudice aux intérêts d'un client actuel, à moins qu'il ne soit en mesure de prouver qu'il n'y a aucun risque substantiel que sa représentation du client actuel serait réellement compromise par la nouvelle affaire, qui n'a aucun rapport avec le mandat confié par ce dernier.

En cas de mandat adverse sans rapport avec le mandat en cours, l'avocat est tenu d'examiner le potentiel de préjudice réel sur la représentation du client et de demander le consentement de celui-ci, s'il y a un risque substantiel de préjudice réel. De toute évidence, la nature des deux affaires et la nature des deux clients affecteront cet examen. Le contexte litigieux peut créer des risques qui n'existent pas dans les opérations commerciales. Tous les litiges ne donnent pas lieu au même risque. Le potentiel de préjudice pour la relation avocat-client peut être plus grand si le client est une personne physique ou si un même avocat agit dans les deux affaires, que si deux avocats appartenant à un même cabinet agissent séparément dans ces dernières. C'est une question de jugement à décider par l'avocat concerné selon les circonstances; elle est, bien entendu, toujours soumise au contrôle du barreau et du tribunal compétent.

Pour résumer, le Groupe de travail recommande que le conflit d'intérêts soit évalué au regard du principe du risque substantiel et que faute d'intérêts conflictuels, à savoir un risque sérieux d'effet nuisible et appréciable sur la représentation du client, il soit permis à l'avocat concerné d'agir contre un client actuel dans une affaire sans aucun rapport avec le mandat confié par ce dernier. En d'autres termes, le consentement du client est nécessaire pour que son avocat puisse agir contre lui dans une affaire ayant un rapport avec son mandat ou dans une affaire distincte là où il y a un risque substantiel de préjudice réel.

Le Groupe de travail recommande que le Code de déontologie de l'ABC soit modifié de façon :

2. à définir « intérêt conflictuel » comme étant un conflit engendrant un « risque sérieux d'effet nuisible et appréciable sur la représentation du client »;
3. à prévoir qu'un avocat ne peut agir dans une affaire lorsqu'il y a un intérêt conflictuel, sauf à la suite de divulgation suffisante au client et avec le consentement de ce dernier;
4. à prévoir qu'un avocat peut agir dans une affaire qui est opposée aux intérêts d'un autre client actuel si les conditions suivantes sont réunies :
 - a) l'affaire n'est pas liée à une autre affaire pour laquelle l'avocat a le mandat d'agir pour le client actuel; et
 - b) il n'existe aucun intérêt conflictuel;

Devoirs après la fin du mandat

Une fois le mandat terminé, le devoir de service prend fin. Sans devoir de service, il ne peut y avoir devoir de représentation zélée, ni devoir de loyauté entière ni devoir d'éviter les conflits d'intérêts. Il reste cependant le devoir de ne pas défaire ou compromettre subséquemment ce dont l'avocat a été retenu pour faire.

Une fois le mandat terminé, le Groupe de travail estime qu'outre le devoir continu de confidentialité, il y a aussi le devoir de ne pas attaquer le travail qui a été accompli pour le client.

Le Groupe de travail recommande en conséquence que le Code de déontologie professionnelle de l'ABC soit modifié de façon :

5. à clarifier que le devoir de loyauté envers un client à la suite de l'exécution du mandat empêche un avocat de s'attaquer au travail juridique qui a été effectué au cours du mandat ou d'agir pour la partie adverse dans une affaire qui est centrale au mandat préalable;

Confidentialité et intérêts conflictuels

La confidentialité des communications avec le client doit toujours être protégée. À la différence du devoir de service, le devoir de protéger cette confidentialité ne change ni ne prend fin, une fois le mandat terminé. Il est utile de distinguer entre devoir fini et devoir continu, tout comme il est utile de distinguer entre devoir d'éviter les intérêts conflictuels et devoir de protéger la confidentialité.

Ces distinctions sont utiles par exemple dans l'appréciation d'une « affaire ayant un rapport avec le mandat actuel ». Dans le contexte du « conflit de devoirs et d'obligations », un dossier lié est celui où il peut y avoir conflit de devoirs de service. Dans le contexte de la loyauté et du mandat antérieur, un dossier lié est celui où l'avocat finira probablement par attaquer le travail juridique accompli durant un mandat antérieur ou, de fait, par changer de camp dans une question centrale dans le mandat antérieur. Dans le contexte des renseignements confidentiels, un dossier lié en est un au sujet duquel il est probable que des renseignements confidentiels soient en jeu.

Le Groupe de travail recommande en conséquence que le Code de déontologie professionnelle de l'ABC soit modifié de façon :

6. à reconnaître qu'un risque d'usage à mauvais escient de renseignements confidentiels équivaut possiblement à un manquement de se conformer au devoir de confidentialité et est distinct d'un intérêt conflictuel;
7. à inclure une règle qui précise les différents devoirs de loyauté et de confidentialité qu'un avocat a envers son client après l'exécution d'un mandat;
8. à réaffirmer l'obligation de ne pas utiliser à mauvais escient les renseignements confidentiels du client, ni pendant l'exécution du mandat, ni par la suite.

Confidentialité, écrans déontologiques et le moment de les mettre en place

Le devoir de confidentialité protège la relation avocat-client et en est un élément fondamental.

Il y a près de 20 ans, la Cour suprême du Canada, par son arrêt *Succession MacDonald*, a relevé la nécessité de mécanismes institutionnels pour protéger la confidentialité des communications avec le client, ce qui a eu pour résultat de mener à des changements considérables dans les règles de déontologie professionnelle et de créer une jurisprudence abondante en la matière. Un groupe de travail réuni en 1993 par l'ABC a proposé des lignes directrices sur les modalités de protection des renseignements confidentiels. Ces dernières étaient principalement adoptées par les organes directeurs de la profession juridique.

De nos jours, certaines faiblesses dans ces règles et pratiques sont devenues manifestes, en particulier pour ce qui est de l'inférence que des avocats qui travaillent ensemble partagent des confidences et de la présomption que le fait de ne pas avoir mis en place immédiatement des écrans déontologiques est en soi une preuve concluante d'une violation de la confidentialité.

Le Groupe de travail estime que l'intérêt public n'est pas bien servi par des règles excessivement rigides qui peuvent avoir de graves effets adverses sur les clients dans les cas où la preuve peut être faite qu'il n'y a pas eu divulgation ou partage des renseignements confidentiels.

Pour ce qui est de l'inférence que des avocats qui travaillent ensemble partagent des confidences, le Groupe de travail a étudié plusieurs cas et a conclu qu'elle n'est pas fondée dans les faits. Dans les gros cabinets par exemple, les avocats peuvent travailler dans différentes villes, dans des spécialités complètement différentes sans rien savoir des dossiers des uns et des autres, et ayant en place des politiques et des pratiques élaborées de protection. De leur côté, les avocats qui exercent seuls peuvent partager les locaux et une réceptionniste, mais peuvent maintenir une complète séparation quant aux clients, de telle façon que la confidentialité de ces derniers est pleinement protégée.

Le Groupe de travail pense que des avocats qui exercent séparément, mais partagent les mêmes locaux ne doivent pas être considérés comme constituant un cabinet sous l'angle du conflit d'intérêts si leurs arrangements sont tels que la confidentialité des communications avec les clients est pleinement protégée. Des facteurs tels que l'agencement du lieu de travail, la présence de logiciels qui limitent l'accès aux dossiers, et l'application de politiques rigoureuses de protection des renseignements communiqués par les clients sont bien plus déterminants que le partage des locaux ou l'importance du cabinet.

En ce qui concerne le moment requis pour la mise en place des écrans, il ressort d'une recension de la jurisprudence par le Groupe de travail que le fait de ne pas ériger des écrans immédiatement a été souvent considéré comme étant fatal pour leur efficacité, bien que les juridictions du Québec et de l'Alberta aient été plus tolérantes que l'Ontario sur la question du retard dans leur mise en place. Le Groupe de travail trouve troublante l'approche mécanique suivie dans certaines causes, à savoir que le « moment » est déterminant. Il pense que le juge doit être en mesure de juger le conflit supposé à la lumière de la question à savoir s'il y a eu en fait abus ou divulgation de renseignements confidentiels, sans égard au moment de la mise en place de l'écran.

Dans l'affaire *Strother*, la Cour suprême du Canada a expressément fait état des problèmes que peut causer l'extension excessive des règles en matière de conflits d'intérêts là où les ressources juridiques sont restreintes. Le Groupe de travail a constaté que les ressources juridiques pourraient être difficiles d'accès pour les clients dont l'affaire est complexe et qui porte sur un domaine de spécialisation juridique, dans des régions reculées ou dans les régions où l'accès à l'expertise juridique est limité. Vu la multitude de situations et de cadres dans lesquels les avocats exercent, au sein de gros et de petits cabinets, dans des grandes et des

petites agglomérations, dans des domaines de spécialité et dans des régions reculées, le Groupe de travail conclut qu'une approche plus souple et plus spécifique d'appréciation des conflits est nécessaire lorsqu'il s'agit d'examiner si un nouveau mandat peut avoir des effets adverses pour un ancien client. Il est d'avis que la règle établie par le Barreau du Haut-Canada, qui s'apparente à l'approche adoptée dans d'autres provinces telle que la Colombie-Britannique, est de mise.

Le Groupe de travail recommande en conséquence que le Code de déontologie professionnelle de l'ABC soit modifié de façon :

9. à prévoir qu'un cabinet juridique pour lequel la mise en place d'écrans déontologiques a été retardée ne soit pas obligé de cesser d'agir au nom d'un client s'il peut démontrer qu'aucun renseignement confidentiel n'a été divulgué;
10. à adopter la règle 2.04(5) du Barreau du Haut-Canada, qui se lit comme suit :

« Si l'avocat ou l'avocate a déjà représenté un client ou une cliente et a alors obtenu des renseignements confidentiels pertinents dans une nouvelle affaire, son associé ou associée, un professionnel salarié ou une professionnelle salariée peut agir dans cette nouvelle affaire contre l'ancien client ou l'ancienne cliente si, selon le cas :

 - a) l'ancien client ou l'ancienne cliente consent à ce que l'associé, l'associée, le professionnel salarié ou la professionnelle salariée agisse ainsi;
 - b) le cabinet décide que son intervention dans l'affaire sert l'intérêt de la justice, en tenant compte de tous les faits pertinents, notamment de ce qui suit :
 - (i) la suffisance et l'opportunité des mesures prises pour faire en sorte que les renseignements confidentiels concernant l'ancien client ou l'ancienne cliente ne soient pas divulgués à l'associé, à l'associée, au professionnel salarié ou à la professionnelle salariée qui s'occupe de l'affaire,
 - (ii) l'étendue du préjudice causé à n'importe quelle partie,
 - (iii) la bonne foi des parties,
 - (iv) la disponibilité d'un autre avocat ou d'une autre avocate capable de s'occuper de l'affaire,
 - (v) l'intérêt public. »

Confidentialité et mouvements de personnel d'un cabinet à l'autre

Les avocats ne sont évidemment pas les seules personnes au sein d'un cabinet à avoir accès aux renseignements confidentiels communiqués par les clients. Le personnel professionnel (agents de brevet et de marque de commerce, stagiaires, commis juridiques, assistants juridiques, etc.), le personnel spécialisé (documentalistes, huissiers, examinateurs de titres de propriété, etc.)

et le personnel administratif (comptables, programmeurs informatiques, etc.) peuvent tous y avoir accès en raison de leur travail, bien qu'ils n'interviennent pas tous directement ou ne touchent pas aux questions de fond dans les affaires des clients.

Le Groupe de travail considère qu'on peut raisonnablement conclure que le personnel professionnel pourrait se trouver à même de partager les confidences avec ceux avec lesquels ils travaillent directement sur des questions de fond concernant les clients et que de ce fait, il faut les inclure dans les écrans déontologiques lorsqu'ils sont exposés aux renseignements confidentiels provenant de clients. Il n'est pas nécessaire que les membres du personnel spécialisé et administratif soient régis par ces règles, mais il faut qu'ils soient informés au moment de leur embauche de leur obligation de préserver la confidentialité des communications avec les clients du cabinet où ils travaillaient auparavant.

Le Groupe de travail estime que ces catégorisations du personnel des cabinets d'avocats doivent porter sur le fond et non sur la forme. Si, par exemple, un membre du personnel spécialisé participe directement à une question de fond dans les affaires des clients, il faut qu'il fasse l'objet de pleines mesures de protection malgré son titre ou sa désignation.

Le Groupe de travail recommande en conséquence que le Code de déontologie professionnelle de l'ABC soit modifié de façon :

11. à présenter un commentaire clarifiant la procédure à suivre lorsque des employés professionnels, spécialisés et administratifs passent d'un cabinet d'avocats à un autre.

Confidentialité et fusion de cabinets d'avocats

Les tribunaux ont toujours jugé que des mécanismes de protection doivent être en place lorsque des cabinets d'avocats s'entendent pour fusionner. Ceci pose malheureusement de nombreux problèmes pratiques pour ces derniers.

Une fusion est un ensemble complexe d'arrangements commerciaux, professionnels et technologiques qui peut prendre des mois à compléter. Au moment de l'accord, les cabinets fusionnants ont des bureaux, des installations et des systèmes séparés, ce qui limite leur capacité de mettre en place des mesures de protection. Bien que certains conflits puissent être manifestes avant la fusion, l'aptitude des cabinets fusionnants à identifier tous les conflits préalablement à la fusion est limitée pour des raisons pratiques et déontologiques. Une fois l'accord de fusion conclu, il faut travailler fort pour dénicher les conflits dans les cabinets fusionnés.

Le Groupe de travail estime qu'il convient d'analyser le scénario de fusion de tel ou tel cabinet en examinant s'il y a un risque réel de violation de la confidentialité des communications avec les clients.

Le Groupe de travail recommande en conséquence que le Code de déontologie professionnelle de l'ABC soit modifié de façon :

12. à modifier les lignes directrices de l'ABC sur les conflits d'intérêts découlant d'un changement de cabinet juridique afin de reconnaître que dans le cas de fusion de cabinets juridiques, le risque de violer la confidentialité d'un client ne se produit pas simplement du fait de conclure un accord de fusion et que tout écran nécessaire ne devrait être obligatoire que si les avocats dans le cabinet ainsi fusionné travaillent ensemble ou partagent les renseignements d'un client

Clients, clients potentiels et non-clients

Le Groupe de travail a soigneusement examiné la question d'intérêts conflictuels et du devoir de confidentialité pour clarifier la portée des devoirs en ces matières. Une question particulière qui se pose est de savoir à qui l'avocat est redevable. La simple réponse est qu'il est redevable aux clients, mais cette réponse suscite à son tour d'autres questions : qui est le client? Et est-ce que l'avocat a des devoirs envers quelqu'un qui n'est pas un client?

Clients

Le Groupe de travail croit que le client est la personne physique, ou la personne morale par son représentant, qui a consulté l'avocat. Par exemple, le fait qu'une firme consulte un avocat ne signifie pas nécessairement que ses filiales ou affiliées (ou leurs actionnaires, administrateurs, cadres dirigeants ou employés pris individuellement) soient aussi des clients.

À moins qu'il ne soit prouvé que l'avocat entretient une relation avocat-client avec un groupe plus important, le Groupe de travail estime que cette relation avocat-client n'inclut que l'entité qui a retenu ses services et non pas les entités affiliées, ni leurs administrateurs, cadres dirigeants, actionnaires ou employés. Si cependant, à la lumière de preuves objectives, il y a des raisons de conclure que l'entité qui a retenu les services de l'avocat ou d'autres entités au sein du groupe peut raisonnablement penser que l'avocat en question assume une relation avocat-client avec elles, il y a alors bien une relation avocat-client, avec les devoirs y afférant.

Le Groupe de travail juge que le devoir de loyauté est dû exclusivement aux clients puisqu'ils sont les seuls à l'égard desquels l'avocat soit tenu à un devoir de service.

Clients potentiels

Il ressort de causes récentes qu'il peut être parfois difficile de distinguer entre clients potentiels et clients actuels, ce qui se traduit par un manque de clarté quant aux différentes obligations dues aux uns et aux autres. Le Groupe de travail considère qu'il ne faut pas voir dans la relation avocat-client potentiel une relation avocat-client, avec tous les devoirs y afférant, dans les cas où, pour quelque raison que ce soit, les services de l'avocat ne sont jamais retenus. Une analyse plus juste dans ces cas est que, bien que le devoir de confidentialité et le secret des communications entre client et avocat protègent les discussions préliminaires avec le client potentiel, ce dernier ne peut prétendre à aucun devoir de service ni à aucun devoir de loyauté tant qu'il n'a pas décidé de retenir les services de l'avocat et que celui-ci n'a pas accepté. Pour plus de clarté cependant, le secret des communications entre avocat et client peut protéger les communications du client potentiel sans qu'il soit nécessaire pour le tribunal de conclure que l'avocat a été retenu pour représenter ce dernier.

Non-clients

La personne physique ou morale qui n'a aucune relation avocat-client avec l'avocat concerné ne peut prétendre à aucun devoir de service de sa part puisqu'elle n'a pas retenu ses services. Un avocat ne doit aucun devoir de loyauté à quelqu'un qui n'est pas son client puisqu'il n'y a aucune relation avocat-client à protéger.

Dans certains cas cependant, l'avocat peut être tenu au devoir de confidentialité envers quelqu'un qui n'est pas son client, au sujet des renseignements confidentiels reçus de celui-ci. Bien que les renseignements confidentiels communiqués par un client potentiel ou un non-client ne soient pas protégés, un possible devoir de confidentialité interdit à l'avocat concerné d'agir contre ce client potentiel ou ce non-client et peut nécessiter des mesures de protection tels les écrans déontologiques ou la constitution d'équipes distinctes d'avocats.

Le Groupe de travail a conclu que le devoir de loyauté doit être exclusivement réservé aux clients et ne doit pas être étendu à d'autres. Pour ce qui est du devoir de confidentialité, il a conclu qu'en règle générale, le devoir de confidentialité doit être réservé aux clients.

Le Groupe de travail recommande en conséquence que le Code de déontologie professionnelle de l'ABC soit modifié de façon à intégrer les clarifications suivantes :

13. est client la personne qui :

- a) consulte un avocat qui rend ou s'engage à rendre des services juridiques en son nom; ou
- b) a consulté un avocat et pour qui il est raisonnable de conclure que l'avocat a accepté de rendre des services juridiques;

14. si un individu consulte un avocat à titre de représentant, le client devient l'entreprise, la société de personnes, l'organisation ou l'entité juridique que cet individu représente;
15. la définition d'un client ne s'étend pas aux clients potentiels, entités connexes, administrateurs, actionnaires, employés et aux membres de la famille à moins qu'il existe de la preuve objective démontrant qu'il était raisonnable pour ces derniers de s'attendre à ce qu'une relation avocat-client serait établie;
16. les avocats ont un devoir de loyauté envers leurs clients seulement et que ce devoir ne s'étend pas à d'autres personnes;
17. les avocats ont un devoir de confidentialité envers leurs clients et qu'un devoir semblable de confidentialité peut s'étendre aux clients potentiels et aux non-clients lorsque ceux-ci ont communiqué des renseignements confidentiels à l'avocat durant la durée du mandat et s'attendent raisonnablement à ce que ces renseignements seront protégés et que l'avocat sait ou devrait savoir que les renseignements sont confidentiels.

Lettres-contrats

Les règles de déontologie professionnelle en vigueur au Canada n'imposent pas à l'avocat l'obligation de faire parvenir au client qui retient ses services une lettre-contrat, bien que le code albertain, lui, fasse obligation d'informer le client au sujet des honoraires et des frais.

Le Groupe de travail pense que la lettre-contrat a une grande valeur pratique. Elle identifie le client, la personne envers laquelle l'avocat est tenu aux obligations fiduciaires. Elle clarifie les attentes du client et de l'avocat et améliore le service au client. Elle est encore utile sur le plan de la gestion du risque puisqu'elle définit la portée du mandat et peut prévoir la possibilité de conflits à l'avenir.

Certains répondants à la consultation du Groupe de travail pensent que l'institution obligatoire de la lettre-contrat assurerait « l'égalité des chances » pour tous, mais d'autres ont soulevé des objections, y compris la résistance possible du client, les frais administratifs élevés, les difficultés créées par les situations d'urgence et la pertinence de contrats écrits pour tous les clients.

Bien que, tout bien pesé, la lettre-contrat puisse avoir un effet favorable sur la relation avocat-client, le Groupe de travail n'en recommande pas l'institution obligatoire.

Le Groupe de travail recommande en conséquence que le Code de déontologie professionnelle de l'ABC soit modifié de façon :

18. à encourager fortement l'utilisation de lettres-contrats comme façon privilégiée de :

- a) définir et déterminer la nature et la portée de la relation avocat-client; et
- b) préciser les attentes des avocats et des clients quant à leur relation.

Mesures à prendre

Le Groupe de travail reconnaît que son rôle de même que celui de l'ABC sont limités. Les organes directeurs de la profession juridique ont pour responsabilité de mettre en place les normes professionnelles, d'en assurer l'observation et de maintenir la discipline professionnelle. Il appartient aux tribunaux, quand ils en sont saisis, d'approuver ou de rejeter les normes articulées, compte tenu de la loi et de l'intérêt public.

N'empêche qu'en sa qualité d'association nationale de juristes de toutes les régions du pays, l'ABC a un rôle important à jouer en analysant les règles de déontologie professionnelle et la loi et en engageant un dialogue sur les moyens d'améliorer le système de justice au Canada.

Le Groupe de travail recommande en conséquence que l'ABC :

19. entreprenne le travail nécessaire afin de rédiger des règles et observations pour le Code de déontologie professionnel de l'ABC à partir des recommandations du Groupe de travail

Puisque les non-juristes ne sont pas personnellement soumis aux règles de déontologie professionnelle, le Groupe de travail suggère que des organismes comme l'*Association of Legal Administrators* et les associations de commis juridiques considèrent la possibilité d'adopter des règles de déontologie pour renforcer les obligations déontologiques de leurs membres respectifs.

Le Groupe de travail recommande en conséquence que l'ABC :

20. porte la recommandation 11, concernant le déplacement des employés professionnels, spécialisé et administratif à un cabinet différent, à l'attention de leurs associations professionnelles respectives afin que ces dernières puissent adopter des provisions analogues dans leurs codes de déontologie.

Le Groupe de travail sait que son travail n'aura un impact que si les organes directeurs et les tribunaux jugent fondées son analyse et ses recommandations.

Le Groupe de travail recommande en conséquence à l'ABC de :

21. transmettre le Rapport du Groupe de travail à la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada pour que cette dernière le consulte lors de l'élaboration d'un modèle de code de déontologie, en soulignant l'importance d'avoir des règles uniformes sur les conflits d'intérêts en place partout au Canada

Prises dans leur ensemble, les 21 recommandations ci-dessus explicitent les moyens d'appliquer des solutions pratiques aux questions de conflits d'intérêts auxquelles les avocats font face à chaque jour. Ces améliorations seront au profit de tous : les avocats, les cabinets d'avocats, les tribunaux et, ce qu'il y a de plus important, les clients.

Comment analyser un conflit d'intérêts potentiel

Ce diagramme indique la réflexion nécessaire au moment d'ouvrir un nouveau dossier. Il présente de façon graphique les quatre étapes permettant d'examiner les questions des conflits et de l'information confidentielle d'une façon disciplinée, en tenant compte des recommandations du Groupe de travail. Il ne s'agit pas d'un ordigramme ou d'un arbre décisionnel qui décrirait explicitement chaque étape du processus.

ÉTAPE 1 Collecte d'information

La première étape consiste à recueillir l'information nécessaire à l'analyse. Deux lignes y sont consacrées. À la première ligne, vous précisez qui est le client, ce que l'avocat est chargé de faire et qui peut être touché par le travail à entreprendre. Toute cette information est nécessaire à l'analyse (et à la rédaction d'une lettre-contrat adéquate).

À la deuxième ligne, l'avocat doit préciser chacun des trois éléments suivants : les dossiers actuels de parties adverses, tous les dossiers actuels à l'égard desquels les intérêts du nouveau client peuvent être opposés et tous les dossiers reliés d'anciens clients dont les intérêts peuvent être opposés dans le nouveau dossier.

ÉTAPE 2 Évaluer les questions soulevées par l'information recueillie

Les trois ovales au début de l'étape 2 mettent l'accent sur un point vital : les questions de conflits peuvent être évaluées selon trois perspectives : celle du nouveau client; celle de la partie opposée qui est ou a été un client; et celle de l'avocat et du cabinet d'avocats.

Il faut noter qu'une analyse différente est nécessaire pour les dossiers / clients actuels (toutes les cases) et pour les anciens dossiers / clients (cases de couleur foncée).

Dans chaque cas où l'avocat ou le cabinet d'avocats a des dossiers pour des parties adverses dans le nouveau dossier et dans chaque cas où l'avocat ou le cabinet d'avocats a des dossiers adverses au nouveau client, l'avocat doit déterminer (suivez toutes les cases) :

- a) si un des trois intérêts conflictuels est présent (devoirs de diligence, relations ou intérêts personnels);
- b) s'il y a risque de mauvaise utilisation de renseignements confidentiels.

Dans chaque cas où l'avocat ou le cabinet d'avocats a déjà eu des dossiers pour des parties adverses dans le nouveau dossier, l'avocat doit déterminer (suivez les cases de couleur foncée) :

- a) si le nouveau dossier exigerait que l'avocat mine le travail effectué dans l'ancien dossier;
- b) s'il y a risque de mauvaise utilisation de renseignements confidentiels obtenus dans l'ancien dossier.

ÉTAPE 3 Dénouements possibles

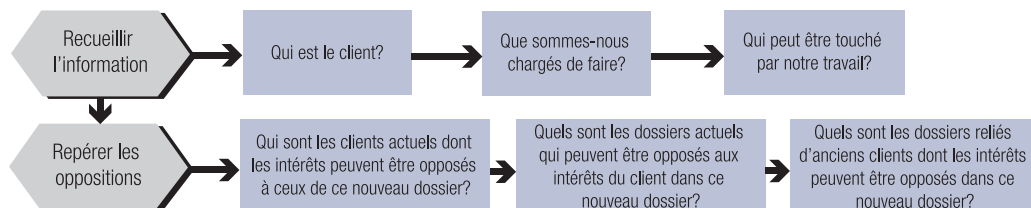
Il y a quatre dénouements possibles selon les résultats de votre analyse. Certains exigent de prendre des mesures supplémentaires (mettre en place des écrans déontologiques ou obtenir le consentement du client).

ÉTAPE 4 Soyez prêts à reconsidérer

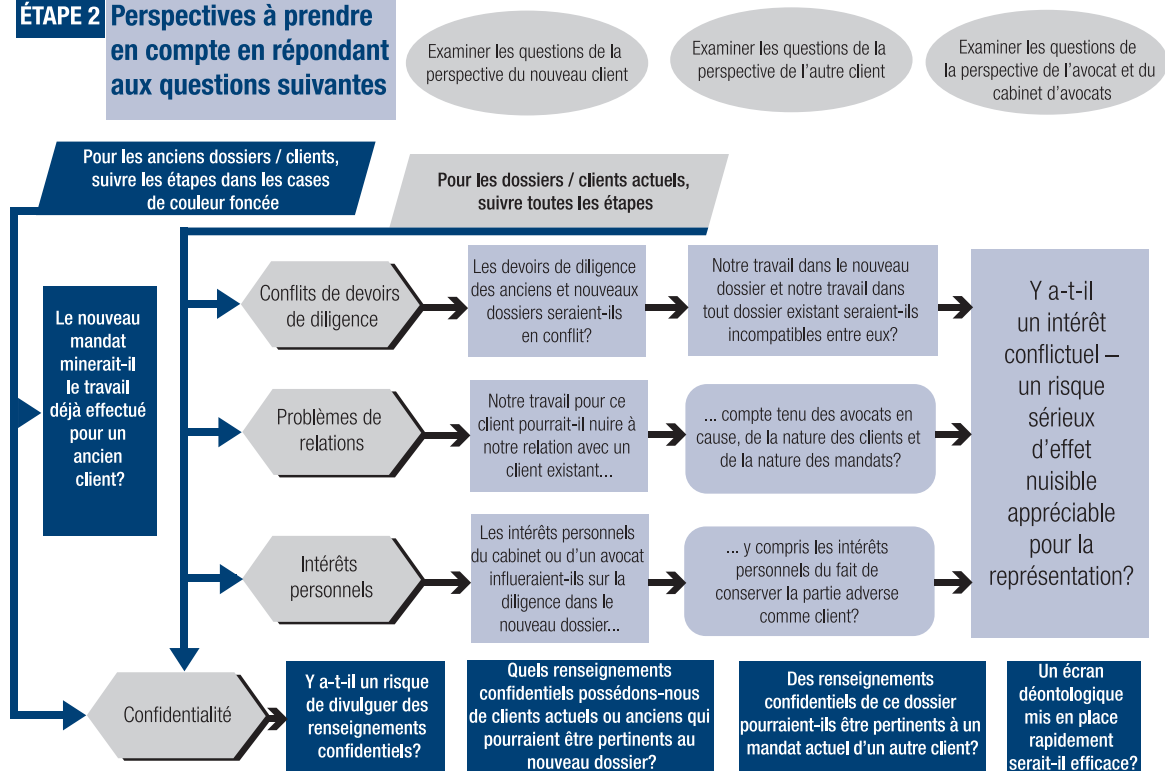
Rappelez-vous que les faits et les circonstances peuvent changer à mesure que progresse un dossier. Vous devez toujours être prêts à refaire cette analyse.

COMMENT ANALYSER UN CONFLIT D'INTÉRÊTS POTENTIEL

ÉTAPE 1 Les faits nécessaires



ÉTAPE 2 Perspectives à prendre en compte en répondant aux questions suivantes



ÉTAPE 3 Dénouements possibles selon les résultats de votre analyse

Note – Le recours à des lettres-contrats est fortement recommandé.

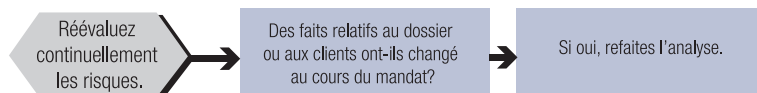
Allez-y – pas de problème.

Allez-y, avec un écran déontologique mis en place rapidement, s'il y a lieu.

Allez-y, avec le consentement éclairé du client.

Arrêtez – n'agissez pas.

Étape 4 Reconsidération



Introduction

Les préoccupations relatives à l'efficacité des règles actuelles sur les conflits d'intérêts et sur les renseignements confidentiels¹, ainsi que les difficultés d'ordre pratique qui en découlent, s'alourdissent sans cesse au sein de la profession juridique depuis déjà un certain temps. Dans le contexte des réalités modernes de la pratique du droit dans les divers ressorts au Canada, ces règles se révèlent être trop larges et inutilement restrictives. Le Groupe de travail a constaté que non seulement les règles sur les conflits d'intérêts entraînent des pratiques inefficaces dans la prestation de services juridiques, mais en outre elles semblent avoir des incidences négatives sur les clients parce qu'elles limitent leur choix et leur accès à des conseillers juridiques.

En mars 2007, l'Association du Barreau canadien a mis sur pied le Groupe de travail sur les conflits d'intérêts pour chercher des moyens plus pratiques, tant pour les clients que pour les avocats, de gérer les conflits d'intérêts et pour élaborer de la documentation et des modèles utiles pour les avocats.

Ce n'est pas la première fois que l'ABC répond à un besoin d'orientation, sinon de réforme, relativement aux règles sur les conflits d'intérêts. À la suite de l'arrêt *Succession MacDonald* de la Cour suprême du Canada, l'ABC a mis sur pied un groupe de travail et lui a confié le mandat de définir les précautions appropriées pour protéger les renseignements confidentiels d'un client lorsqu'un avocat passe d'un cabinet à un autre. Dans les motifs de la majorité, la Cour souligne :

On peut s'attendre à ce que l'Association du barreau canadien, qui a pris l'initiative par l'adoption en 1974 d'un Code de déontologie professionnelle, prenne encore l'initiative de déterminer si les dispositifs institutionnels sont efficaces et d'élaborer des normes en matière d'utilisation des dispositifs institutionnels qui seront uniformes au Canada².

Les lignes directrices élaborées par le Groupe de travail de l'ABC de 1993 ont été largement adoptées par les organismes directeurs de la profession juridique et incorporées dans le Code de déontologie professionnelle de l'ABC en 2004. Aujourd'hui, ces lignes directrices sont suivies partout dans le pays. Fait significatif, la Cour suprême du Canada a réitéré la reconnaissance du rôle important de la profession juridique dans l'arrêt prononcé en 2007 dans une autre affaire de conflit, *Strother*³, soulignant que les ordres professionnels de juristes sont « plus au fait que les tribunaux des réalités modernes de la pratique du droit et des besoins des clients ».

¹ Dans ce document, nous appelons ces règles collectivement « règles sur les conflits d'intérêts ».

² *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235 [*Succession MacDonald*].

³ *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 177 [*Strother*].

Le mandat du Groupe de travail

Déterminé à protéger les intérêts des clients, à chercher des façons de définir clairement les devoirs des avocats envers leurs clients et à alléger les restrictions impraticables face aux réalités modernes de la pratique du droit, le Groupe de travail a entrepris de remplir sa mission, soit :

1. de proposer des lignes directrices pour la profession quant à
 - a. l'application du devoir de loyauté,
 - b. la mise en œuvre des modifications ou des renoncements opportuns à ce devoir;
2. d'étudier la portée et le contenu appropriés des lettres de mission des clients;
3. de proposer à la profession des lignes directrices pratiques pour l'application du devoir de confidentialité, notamment dans les situations de présomption et de pertinence des renseignements.

Les 16 membres du Groupe de travail sont représentatifs de la profession juridique : ils proviennent de petits, de moyens et de grands cabinets d'avocats, tant de grands centres urbains que de régions rurales. Leurs champs de pratique sont variés et il se trouve parmi eux des avocats internes et des avocats gouvernementaux. Le Groupe de travail comprend aussi une personne assurant la liaison avec la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

Le Groupe de travail a rédigé à l'intention des membres de l'ABC un document de consultation contenant des renseignements sur le droit en matière de conflits d'intérêts à la suite des arrêts *Neil*⁴ et *Strother*. Ce document présentait des points de vue préliminaires sur les façons de respecter les principes en matière de conflits d'intérêts en adoptant une démarche plus pratique et demandait aux membres leurs commentaires à ce sujet.

Observations recueillies grâce aux consultations

Les membres du Groupe de travail ont participé à des rencontres et se sont adressés à des groupes dans toutes les régions du pays, sollicitant des commentaires sur les questions posées dans le document de consultation et recueillant des renseignements sur les problèmes qu'éprouvent les avocats voulant s'acquitter de leurs devoirs professionnels. De plus, près de 300 membres ont présenté des réponses détaillées aux 15 questions posées dans le document de consultation. Le message reçu des avocats de tous les coins du pays est clair.

Pour les clients, les règles actuelles sur les conflits d'intérêts entravent inutilement l'accès à un conseiller juridique; pour les avocats, elles présentent des difficultés d'interprétation et de mise en œuvre. En plus, elles entraînent des coûts additionnels, elles nuisent à l'efficacité des

⁴ *R. c. Neil*, [2002] 3 R.C.S. 631 [*Neil*].

services juridiques et elles créent de l'incertitude. Il nous arrive souvent d'oublier que chaque conflit d'intérêts déclaré signifie qu'un client est privé du droit de retenir les services de l'avocat de son choix.

Des avocats ont exprimé de la frustration face à la situation actuelle – pour eux, le besoin de réforme est urgent. Les commentaires de cadres supérieurs du système d'aide juridique nous ont particulièrement touchés. Ils ont déclaré qu'il leur est difficile de trouver des avocats qui consentent à offrir des services d'aide juridique et que l'une des causes du problème peut être attribuée aux règles sur les conflits d'intérêts qui, aux dires d'un correspondant, « constituent un obstacle au bon vouloir des avocats de participer à des programmes qui visent des services juridiques à court terme et dégroupés ». Pour que les citoyens les plus démunis puissent se payer les services d'un conseiller juridique et avoir accès à la justice, certaines modifications aux règles s'imposent.

Les répondants nous ont également fait part d'observations sur la situation de clients avertis, souvent des sociétés qui ont un contentieux et qui peuvent retenir les services de plusieurs cabinets d'avocats pour obtenir des conseils dans divers domaines. Lorsque ces sociétés ont besoin de services juridiques spécialisés en matière, par exemple, de fiscalité, de franchises ou de propriété intellectuelle, domaines où le nombre de praticiens compétents et chevronnés est limité, il est possible que les règles sur les conflits d'intérêts leur interdisent l'accès au conseiller juridique de leur choix.

Les problèmes découlant de conflits d'intérêts peuvent forcer les clients qui habitent de petites collectivités rurales ou en région éloignée à parcourir de grandes distances pour trouver un avocat qui sera en mesure de les représenter. Dans le Grand Nord, les règles sur les conflits d'intérêts peuvent même priver certains résidents de quelque représentation juridique que ce soit.

Des répondants représentant des clients autochtones ont décrit la façon dont les règles sur les conflits d'intérêts compromettent les relations avocat-client; ils ont aussi parlé de l'incidence négative qu'elles ont sur les clients parce qu'elles ne prennent pas en considération le fait que les mandats confiés par les Premières nations sont des mandats à long terme, le chevauchement de divers éléments des revendications territoriales et la complexité des relations entre les bandes.

Le besoin de changement

Bref, la consultation a renforcé la perception que les défis actuels en matière de conflits d'intérêts touchent tous les types de clients et tous les champs de pratique du droit et suscitent des préoccupations partout au pays. Le problème n'est pas exclusif aux grands cabinets, ce n'est pas un problème d'aide juridique et il ne se pose pas uniquement dans les grandes villes ni dans les petites villes. Collectivement, les avocats et leurs clients éprouvent des difficultés avec l'application des règles sur les conflits d'intérêts. À l'évidence, il faut trouver des solutions pratiques.

Pendant la consultation, certains répondants ont aussi dit s'inquiéter de la possibilité que les recommandations de changement que nous proposerions minent les principes fondamentaux de l'éthique qui sont essentiels au système judiciaire que nous chérissons tous. Tout au long de nos recherches et de nos délibérations, nous avons toujours gardé à l'esprit notre responsabilité de maintenir l'intégrité de l'administration de la justice, de protéger les intérêts des clients et de préserver la confiance du public dans notre profession. Le Groupe de travail sait que, s'il veut que ses travaux soient intégrés dans les codes de déontologie des organes directeurs et qu'ils soient éventuellement entérinés par les tribunaux, ses recommandations ne doivent pas compromettre les importantes mesures de protection du public qui existent aujourd'hui.

Les recommandations présentées dans le rapport reflètent la détermination à respecter les principes et les valeurs qui sont au cœur même du système judiciaire canadien. Elles sont fondées sur le principe que, dans la mesure du possible, les règles sur les conflits d'intérêts doivent atteindre leurs objectifs sans imposer des contraintes ou des fardeaux inutiles. Les membres du Groupe de travail ont soigneusement examiné les principes qui sous-tendent les règles actuelles sur les conflits d'intérêts et leurs effets afin de déterminer les modifications qu'il serait approprié de recommander.

Vue d'ensemble du rapport

Pour expliquer les motifs de ses recommandations, le Groupe de travail présente une analyse de l'état du droit en ce qui concerne le devoir de loyauté, le devoir de confidentialité, l'obligation de bien définir qu'est-ce qu'un client et les lettres-contrats. Il présente tout d'abord des données statistiques sur la profession juridique telle qu'elle existe aujourd'hui.

Chapitre 1 – Perspectives sur les services juridiques au 21^e siècle

Nous croyons qu'il est important de situer notre rapport dans le contexte dans lequel nous pratiquons le droit en 2008. Beaucoup de choses ont changé au cours des 20 dernières années, tant la taille et la composition des cabinets d'avocats que les outils dont les avocats disposent pour faire leur travail. Ces changements ont des incidences d'ordre pratique sur la façon dont les règles sur les conflits d'intérêts affectent notre travail et nos devoirs professionnels. Ce chapitre donne une vue d'ensemble des réalités de la pratique du droit au Canada aujourd'hui.

Chapitre 2 – Les Intérêts conflictuels

Un examen attentif des arrêts clés dans des affaires de conflits d'intérêts et des règles de déontologie professionnelle au Canada ainsi que de la jurisprudence d'autres ressorts nous a menés à conclure que le devoir de loyauté englobe en réalité le devoir d'éviter trois types différents d'intérêts conflictuels⁵. La définition des trois différents composants du devoir d'éviter les intérêts

⁵ Le devoir d'éviter les conflits d'intérêts comprend trois éléments : le devoir d'éviter un *conflit d'intérêts et d'obligations*, un *conflit de devoirs et d'obligations* et un *conflit de devoirs et de relations*. Les deux premiers sont bien connus. Ces conflits traditionnels surviennent lorsque les intérêts personnels d'un avocat ou ses obligations envers un autre client sont en conflit avec l'exécution d'un mandat pour un client. Il existe un *conflit de devoirs et de relations* lorsque le devoir d'un avocat envers un autre client nuit à sa relation avec un client et, par conséquent, est préjudiciable à sa représentation du client. Le concept de *conflit de devoirs et de relations* est lié à l'importance de la relation avocat-client pour assurer la représentation efficace du client; il est distinct des devoirs spécifiques acceptés au nom du client. Nous discutons plus longuement de ces derniers au chapitre 2.

conflictuels permet de déterminer les situations où pourrait survenir un conflit qui créerait pour la représentation un risque sérieux d'effet nuisible appréciable. Le Groupe de travail croit que tant et aussi longtemps qu'aucun des trois intérêts conflictuels n'est présent, rien ne devrait empêcher un avocat d'agir contre un client actuel dans une affaire non reliée.

Chapitre 3 – Confidentialité

Le devoir de loyauté ne peut exister qu'envers un client, il est spécifique au mandat et il peut avoir une durée limitée. Par contre, le devoir de confidentialité d'un avocat envers un client ne prend jamais fin et il peut exister en faveur de tiers (clients potentiels et, dans des circonstances précises, même des non-clients). Le défi, pour les avocats et les cabinets d'avocats, est de s'assurer que les renseignements confidentiels d'un client restent protégés même quand l'avocat représente d'autres clients, que de nouveaux avocats se joignent au cabinet ou que des cabinets d'avocats fusionnent. Il a été démontré, au cours des 15 dernières années, que les écrans déontologiques mis en place ont protégé efficacement les renseignements confidentiels des clients. Le Groupe de travail croit que, contrairement aux règles et à la jurisprudence actuelles dans certaines provinces et dans certains territoires, le retard à mettre en place un écran déontologique ne devrait pas entraîner automatiquement l'incapacité d'un avocat lorsqu'il peut être prouvé qu'il n'y a eu aucune divulgation. Ce chapitre examine en outre les règles visant à protéger les renseignements confidentiels d'un client détenus par des cabinets d'avocats qui fusionnent, ainsi que les règles applicables au personnel professionnel, spécialisé et administratif d'un cabinet d'avocats.

Chapitre 4 – Clients, clients potentiels et non-clients

Les avocats ont envers leurs clients un devoir de loyauté sans partage. Il est, par conséquent, essentiel que le client bénéficiaire de ce droit soit clairement identifié. Ce chapitre examine la jurisprudence traitant de la création de la relation avec un client, étudie les différentes situations qui ne mènent pas nécessairement à une relation avocat-client et énonce les éléments requis pour démontrer qu'il existe une relation avocat-client. Le Groupe de travail croit qu'un client doit être défini comme étant la personne qui consulte l'avocat et qui lui confie un mandat ou à qui l'avocat donne des conseils juridiques. Dans le cas de la personne qui consulte un avocat en tant que représentant, le client est la personne morale, la société de personnes, l'organisation ou l'entité juridique que cette personne représente. Enfin, le Groupe de travail ne croit pas que la définition de client doive s'étendre aux clients potentiels, entités affiliées, dirigeants, actionnaires, employés ou membres de la famille, à moins qu'une relation avocat-client n'ait été établie.

Chapitre 5 – Lettres-contrats

Après un examen des avantages des lettres-contrats et de la jurisprudence pertinente, le Groupe de travail examine le caractère exécutoire des renonciations à l'égard des conflits contenues dans les lettres-contrats. En terminant ce chapitre, le Groupe de travail encourage

fortement l'utilisation de lettres-contrats comme façon privilégiée de définir et de déterminer la nature et la portée de la relation avocat-client et d'établir clairement les attentes de chacun. Il ne va cependant pas jusqu'à recommander de rendre les lettres-contrats obligatoires.

Regard vers l'avenir

Nous présentons ce rapport et nos recommandations en tant que fruits d'une mûre réflexion sur la façon d'améliorer les choses. Nous croyons que notre analyse clarifiera le droit actuel et ses répercussions non souhaitées et qu'elle incitera la profession juridique canadienne et ses dirigeants à procéder à une nécessaire révision de ses codes de déontologie professionnelle.

Nous croyons que nos recommandations renforceront le Code de déontologie professionnelle de l'ABC et aideront la profession et ses organes directeurs à trouver des solutions pratiques aux problèmes quotidiens qu'éprouvent les avocats relativement aux conflits d'intérêts.

Nous espérons qu'il y aura des discussions, des débats et des décisions. Nous espérons que des améliorations seront apportées et qu'elles seront profitables à tous – avocats, cabinets d'avocats, tribunaux et, surtout, clients.

En guise de supplément à son rapport et à ses recommandations, le Groupe de travail a préparé une trousse de documents modèles sur les conflits d'intérêts, y compris des lettres modèles et des listes de vérification. Cette trousse se trouve aux pages 193 à 275. Les éléments suivants sont plus spécialement pertinents au présent chapitre.

| | |
|--|----------|
| Comment analyser un conflit d'intérêts potentiel | Page 198 |
| Modèle des conditions d'utilisation du site Web du cabinet et dégagement de responsabilité | Page 204 |
| Liste de vérification pour les systèmes de gestion des conflits d'intérêts | Page 200 |
| Évaluation continue des conflits | Page 273 |
| Liste de vérification pour la gestion d'un conflit ultérieur et prévisible | Page 274 |
| Éviter les conflits stratégiques | Page 210 |
| Plan d'action pour gérer une situation de conflit | Page 275 |

Recommandations

Intérêts conflictuels

Que le Code de déontologie professionnelle de l'ABC soit modifié de la façon suivante :

1. reconnaître qu'un « intérêt conflictuel » est soit un « conflit de devoirs et d'intérêts », soit un « conflit de devoirs et d'obligations » ou soit un « conflit de devoirs et de relations »;
2. définir « intérêt conflictuel » comme étant un conflit engendrant un « risque sérieux d'effet nuisible appréciable sur la représentation » d'un client;
3. stipuler qu'un avocat ne peut agir dans une affaire lorsqu'il y a un intérêt conflictuel, sauf à la suite d'une divulgation suffisante au client et avec le consentement de ce dernier;
4. stipuler qu'un avocat peut agir dans une affaire qui est opposée aux intérêts d'un autre client actuel si les conditions suivantes sont réunies :
 - a. l'affaire n'est pas liée à une autre affaire pour laquelle l'avocat a le mandat d'agir pour le client actuel; et
 - b. il n'existe aucun intérêt conflictuel;
5. préciser que le devoir de loyauté envers un client à la suite de l'exécution du mandat empêche un avocat de s'attaquer au travail juridique qui a été effectué au cours du mandat ou d'agir pour la partie adverse dans une affaire qui est centrale au mandat préalable;
6. reconnaître qu'un risque d'usage à mauvais escient de renseignements confidentiels équivaut possiblement à un manquement de se conformer au devoir de confidentialité et est distinct d'un intérêt conflictuel;
7. prévoir une règle précisant clairement les différents devoirs de loyauté et de confidentialité qu'un avocat a envers son client après l'exécution d'un mandat;
8. réaffirmer l'obligation de ne pas utiliser à mauvais escient les renseignements confidentiels du client, ni pendant l'exécution du mandat, ni par la suite;

Confidentialité et écrans déontologiques

9. prévoir qu'un cabinet juridique pour lequel la mise en place d'écrans déontologiques a été retardée ne soit pas obligé de cesser d'agir au nom d'un client s'il peut démontrer qu'aucun renseignement confidentiel n'a été divulgué;

10. adopter la règle 2.04(5) du Barreau du Haut-Canada, qui se lit comme suit :

« Si l'avocat ou l'avocate a déjà représenté un client et a alors obtenu des renseignements confidentiels pertinents à une nouvelle affaire, le partenaire ou l'associé de l'avocat peut agir dans cette nouvelle affaire contre l'ancien client si :

- a. l'ancien client ou l'ancienne cliente consent à ce que l'associé, l'associée, le professionnel salarié ou la professionnelle salariée agisse ainsi;
- b. le cabinet décide que son intervention dans l'affaire sert l'intérêt de la justice, en tenant compte de tous les faits pertinents, notamment de ce qui suit :
 - (i) la suffisance et l'opportunité des mesures prises pour faire en sorte que les renseignements confidentiels concernant l'ancien client ou l'ancienne cliente ne soient pas divulgués à l'associé, à l'associée, au professionnel salarié ou à la professionnelle salariée qui s'occupe de l'affaire,
 - (ii) l'étendue du préjudice causé à n'importe quelle partie,
 - (iii) la bonne foi des parties,
 - (iv) la disponibilité d'un autre avocat ou d'une autre avocate capable de s'occuper de l'affaire,
 - (v) l'intérêt public. »

11. présenter un commentaire clarifiant la procédure à suivre lorsque des employés professionnels, spécialisés et administratifs passent d'un cabinet d'avocats à un autre;

12. modifier les lignes directrices de l'ABC sur les conflits d'intérêts découlant d'un changement de cabinet juridique afin de reconnaître que dans le cas de fusion de cabinets juridiques, le risque de violer la confidentialité d'un client ne se produit pas simplement du fait de conclure un accord de fusion et que tout écran nécessaire ne devrait être obligatoire que si les avocats dans le cabinet ainsi fusionné travaillent ensemble ou partagent les renseignements d'un client;

Clients, clients potentiels et non-clients

13. préciser qu'un client est la personne qui, selon le cas :

- a. consulte un avocat qui rend ou s'engage à rendre des services juridiques en son nom;
- b. a consulté un avocat et pour qui il est raisonnable de conclure que l'avocat a accepté de rendre des services juridiques;

14. préciser que si un individu consulte un avocat à titre de représentant, le client devient l'entreprise, la société de personnes, l'organisation ou l'entité juridique que cet individu représente;

15. préciser que la définition d'un client ne s'étend pas aux clients potentiels, entités connexes, administrateurs, actionnaires, employés et aux membres de la famille à moins qu'il existe de la preuve objective démontrant qu'il était raisonnable pour ces derniers de s'attendre à ce qu'une relation avocat-client serait établie;
16. préciser que les avocats ont un devoir de loyauté envers leurs clients seulement et que ce devoir ne s'étend pas à d'autres personnes;
17. que les avocats ont un devoir de confidentialité envers leurs clients et qu'un devoir semblable de confidentialité peut s'étendre aux clients potentiels et aux non-clients lorsque ceux-ci ont communiqué des renseignements confidentiels à l'avocat durant la durée du mandat et s'attendent raisonnablement à ce que ces renseignements seront protégés et que l'avocat sait ou devrait savoir que les renseignements sont confidentiels.

Lettres-contrats

18. encourager fortement l'utilisation de lettres-contrats comme façon privilégiée de :
 - a. définir et déterminer la nature et la portée de la relation avocat-client et ;
 - b. préciser les attentes des avocats et des clients quant à leur relation.

Conclusion

Et que l'Association du Barreau canadien prenne les mesures suivantes afin mettre en œuvre le Rapport du Groupe de travail :

19. entreprenne le travail nécessaire afin de rédiger des règles et observations pour le Code de déontologie professionnel de l'ABC à partir des recommandations du Groupe de travail;
20. transmette la recommandation 11, concernant le déplacement des employés professionnels, spécialisé et administratif à un cabinet différent, à l'attention de leurs associations professionnelles respectives afin que ces dernières puissent adopter des provisions analogues dans leurs codes de déontologie;
21. transmettre le Rapport du Groupe de travail à la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada pour que cette dernière le consulte lors de l'élaboration d'un modèle de code de déontologie, en soulignant l'importance d'avoir des règles uniformes sur les conflits d'intérêts en place partout au Canada.

Trois décisions clés de la Cour suprême du Canada

Le présent rapport fait référence à de nombreuses décisions de tribunaux, notamment à ces trois arrêts clés prononcés au Canada dans des affaires de conflits d'intérêts.

- *Succession MacDonald c. Martin*⁶ a traité de l'efficacité des mesures visant à prévenir la divulgation de renseignements confidentiels révélés par un client lorsqu'un avocat change de cabinet.
- *R. c. Neil*⁷ concernait une requête en arrêt des procédures présentée parce que l'avocat de l'accusé avait violé son devoir de loyauté en laissant un avocat du cabinet agir pour une partie adverse impliquée dans l'instance. Suite à l'arrêt *Neil*, les avocats doivent maintenant obtenir le consentement de leurs clients avant d'agir « directement à l'encontre des intérêts immédiats d'un client actuel », même s'il s'agit d'affaires non reliées. Ce jugement est considéré comme ayant l'effet d'élargir le devoir de loyauté des avocats envers leurs clients actuels.
- Dans l'arrêt *Strother c. 3464920 Canada Inc.*⁸, la Cour a ordonné à un avocat de restituer les bénéfices personnels qu'il a réalisés lorsqu'il a laissé sa participation personnelle dans une entreprise, qui était en concurrence avec celle d'un client, entrer en conflit avec son devoir de dire au client que ses conseils antérieurs (au sujet de modifications au droit fiscal qui avaient effectivement mis fin à l'entreprise du client) pouvaient ne plus être exacts. La décision de la Cour suprême était partagée cinq juges contre quatre. L'arrêt est particulièrement intéressant parce qu'il souligne l'importance des mandats écrits.

Dans le présent rapport, lorsqu'il est question de ces affaires, nous y faisons référence comme suit : *Succession MacDonald, Neil et Strother*.

⁶ *Succession MacDonald*, *supra* note 2.

⁷ *Neil*, *supra* note 4.

⁸ *Strother*, *supra* note 3.

Chapitre 1

Perspectives sur les services juridiques au 21^e siècle

Essentiellement, les attentes d'un client à l'égard d'un avocat et les devoirs d'un avocat envers son client sont restés constants au fil des ans. Les clients s'attendent à ce que les avocats agissent avec intégrité et leur donnent des conseils juridiques éclairés. Ils s'attendent à ce que les avocats soient compétents, respectent le secret professionnel et les représentent avec zèle. Les avocats ne doivent jamais permettre que leurs propres intérêts ou les intérêts de tiers compromettent leur travail pour un client. Ces principes fondamentaux sont immuables.

Dans ce chapitre, nous examinons l'environnement actuel dans lequel interviennent ces principes fondamentaux et, par conséquent, le contexte dans lequel les règles sur les conflits d'intérêts sont appliquées aujourd'hui.

Les chiffres : accès aux avocats au Canada

Pour une population légèrement supérieure à 31 millions de personnes, le Canada compte environ 75 000 avocats. En théorie, cela signifie qu'il y a un avocat pour 415 personnes⁹.

Les chiffres bruts peuvent porter à croire qu'il est facile d'éviter les conflits d'intérêts et qu'un client pourrait sans difficulté trouver un autre avocat si un conflit d'intérêts était découvert. La réalité est fort différente, pour nombre de motifs :

- à peine 50 000 avocats sont en pratique privée; les autres sont avocats internes ou avocats gouvernementaux, ou font du travail autre que du travail juridique¹⁰;
- 91 p. 100 des avocats pratiquent leur profession en Colombie-Britannique, en Alberta, en Ontario et au Québec¹¹;
- près de 50 p. 100 des avocats pratiquent dans les quatre plus grandes villes du Canada : Vancouver, Calgary, Toronto et Montréal¹².

Comme plus de la moitié des résidents du Canada vivent dans les 10 villes les plus peuplées, la concentration d'avocats dans les grands centres urbains correspond en grande mesure à la concentration de la population canadienne¹³. Toutefois, même dans ces centres urbains, il est possible que les personnes de nombreuses communautés linguistiques et culturelles n'aient pas

⁹ Il n'existe pas de données exhaustives sur les avocats. Les chiffres présentés ici sont les meilleures estimations possibles élaborées à partir des données disponibles.

¹⁰ Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, statistiques 2006; en ligne : Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada <www.fosc.ca/fr/pdf/statistics2006.pdf> et Barreau du Québec, « Rapport annuel 2006-2007 », en ligne : Le Barreau du Québec <www.barreau.qc.ca/pdf/publications/rapports-annuels/2006-2007.pdf>.

¹¹ La répartition est la suivante, d'après les statistiques 2006 de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada et le rapport annuel 2006-2007 du Barreau du Québec : 13 p. 100 en Colombie-Britannique, 10 p. 100 en Alberta, 38 p. 100 en Ontario et 30 p. 100 au Québec.

¹² Law Society of British Columbia, Law Society of Alberta, Barreau du Haut-Canada et Barreau du Québec.

¹³ Statistique Canada, Recensement 2006, en ligne : <www12.statcan.ca/francais/census/index.cfm>.

accès à un large bassin d'avocats ayant le même bagage linguistique et culturel qu'elles. En 2006 par exemple, selon les données tirées du plus récent recensement, 20 p. 100 des Canadiens sont de langue maternelle autre que le français ou l'anglais et plus de 1,1 million de personnes sont de descendance autochtone¹⁴.

Les avocats sont rares dans les régions éloignées. Le Nunavut, avec une population de 31 000 habitants, compte 40 avocats, mais seuls 18 d'entre eux sont en pratique privée – soit un avocat pour 1725 résidents¹⁵.

En outre, à mesure que la complexité des lois et des règlements a augmenté et que la pratique du droit s'est spécialisée, surtout dans certains domaines particulièrement pointus, la rareté relative d'avocats chevronnés dans ces domaines a imposé aux clients des restrictions sévères sur le choix de conseiller juridique possédant les compétences et l'expérience dont ils ont besoin.

Dans les situations où un petit nombre d'avocats desservent une petite collectivité – à cause de la proximité géographique, de la langue, de la culture ou du domaine de pratique – le risque de conflit d'intérêts qui limite le choix de conseiller juridique pour le client s'accroît, tout comme le risque que l'accès à la justice soit entravé pour ce client.

En règle générale, le type de clients et la taille des cabinets sont liés. Les problèmes d'ordre juridique qu'éprouvent les particuliers et les petites entreprises peuvent habituellement être résolus par un, peut-être deux avocats. Les grandes entreprises et les clients institutionnels ont souvent besoin d'une gamme beaucoup plus étendue de services juridiques offerts par une équipe plus nombreuse d'avocats.

De fait, la nature de la pratique des juristes autonomes et de ceux qui travaillent dans de petits cabinets¹⁶ est très différente de celle des grands cabinets. Le rapport final du Groupe de travail sur les juristes autonomes et les petits cabinets du Barreau du Haut-Canada¹⁷ donne certaines indications sur les différences entre ces pratiques.

[TRADUCTION]

Les avocats pratiquant seuls et les petits cabinets qui ont répondu ont déclaré que 77 p. 100 de leurs clients sont des particuliers, comparativement à 30 p. 100 seulement pour le groupe composé de plus grands cabinets. Il n'est pas surprenant que les avocats pratiquant seuls et les petits cabinets affirment que seuls 26 p. 100 de leurs clients sont des entreprises, des organisations ou des gouvernements, tandis que les grands cabinets estiment que leur clientèle se compose à 71 p. 100 d'entreprises, d'organisations ou de gouvernements.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, graphique de la répartition des membres au 31 décembre 2006. De ces 40 avocats, 22 ne sont pas assujettis à l'exigence concernant l'assurance-responsabilité professionnelle. Nous avons présumé que les avocats couverts par l'assurance-responsabilité sont les avocats en pratique privée.

¹⁶ Pour alléger le texte, il sera parfois question de petits cabinets et ce terme englobera les juristes autonomes.

¹⁷ Voir également : The Law Society of British Columbia, « Report of the Small Firm Task Force » (2007), en ligne : The Law Society of British Columbia <www.lawsociety.bc.ca/publications_forms/report-committees/docs/SmallFirmTF.pdf>.

En ordre de grandeur, les avocats qui pratiquent seuls ou dans de petits cabinets disent que leurs domaines de pratique se répartissent comme suit : immobilier (46 p. 100), litiges civils (39 p. 100), testaments, successions, fiducies (35 p. 100), droit des sociétés et droit commercial (33 p. 100) et droit de la famille (26 p. 100). Pour leur part, les domaines de pratique des avocats qui font partie de grands cabinets se répartissent comme suit : litiges civils (44 p. 100), droit des sociétés et droit commercial (37 p. 100), immobilier (20 p. 100), testaments, successions et fiducies (8 p. 100) et droit de la famille (6 p. 100).

Étant donné que les juristes autonomes et ceux qui travaillent dans de petits cabinets représentent surtout des particuliers et que les autres avocats représentent des clients institutionnels, il n'est pas surprenant de constater que 61 p. 100 des membres du premier groupe pratiquent en droit de la famille et s'occupent de testaments, de successions et de fiducies, domaines où seuls 14 p. 100 des avocats du second concentrent leur pratique¹⁸.

Il vaut la peine de souligner également que le Groupe de travail ontarien sur les juristes autonomes et les petits cabinets a aussi relevé des différences entre les services offerts par les deux groupes d'avocats.

[TRADUCTION]

Les avocats qui exercent seuls et dans de petits cabinets sont établis à travers l'Ontario, dans les petites et grandes collectivités et les zones urbaines et rurales. Ils fournissent la vaste majorité des services d'avocats et avocates dans le reste de la grande région de Toronto à l'extérieur de la ville même et dans les régions non urbaines de l'Ontario; les services d'aide juridique partout dans la province et à toutes fins utiles, tous les services d'avocats offerts dans des langues autres que l'anglais, le français ou l'italien. Ils forment le groupe le plus susceptible d'inclure des avocats et avocates de souches différentes et répondre aux besoins culturels, linguistiques et communautaires de la population diversifiée de l'Ontario¹⁹.

Il y a au Canada quelque 3500 cabinets d'avocats :

- 50 à 60 comptent plus de 50 avocats;
- 30 comptent plus de 110 avocats;
- 11 comptent plus de 400 avocats et ont des bureaux dans plusieurs des plus grandes villes du pays²⁰.

Dans l'ensemble, à l'extérieur du Québec, environ 65 p. 100 des avocats canadiens (soit 30 000 avocats) en pratique privée travaillent seuls ou dans des cabinets comptant moins de 10 avocats. Quelque 20 p. 100 des avocats (soit 5500 avocats) font partie de cabinets comptant plus de 50 juristes²¹.

Les types de questions qui peuvent être sources de conflits d'intérêts varient, dans une certaine mesure, en fonction de la pratique de chaque avocat. Les juristes autonomes ou ceux qui exercent dans de petits cabinets peuvent être plus susceptibles d'être en situation de conflit s'ils ont rempli des mandats conjoints – pensons au cas du mari et de la femme qui ont

¹⁸ Barreau du Haut-Canada, rapport final du Groupe de travail sur les juristes autonomes et les petits cabinets, (2006), en ligne : Barreau du Haut-Canada <www.lsuc.on.ca/media/convmr06_solepracfinal.pdf>.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Lexpert, « The 30 Largest Law Firms in Canada », *Lexpert Directory* (2008) en ligne : Lexpert <http://lexpert.ca/Directory/files/1-Canada-Top30Firms.pdf>.

²¹ Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, statistiques de 2006, *supra* note 10.

conjointement retenu les services d'un avocat lorsqu'ils ont acheté une maison ou pour rédiger leurs testaments, mais qui divorcent alors que l'un des deux voudrait de nouveau retenir les services du même avocat. Les avocats qui exercent leur profession dans de grands cabinets sont plus susceptibles de se trouver en situation de conflit lorsque des collègues d'un autre groupe de pratique du cabinet sont appelés à agir pour un client dont les intérêts s'opposent à ceux de leur client.

La pratique du droit et les conflits d'intérêts potentiels : les réalités du 21^e siècle

Beaucoup d'avocats fournissent des services juridiques à divers clients dans divers contextes. D'autres avocats ne représentent aucun client. Ils enseignent. Ils agissent à titre de médiateurs ou d'arbitres. Ils font appel à leurs compétences dans d'autres domaines : médias, entreprises, organismes à but non lucratif, politique. Comme ils ne représentent aucun client, ils ne sont que rarement aux prises avec les problèmes soulevés par les conflits d'intérêts; par contre, s'ils restent membres de leur association professionnelle, ils doivent continuer à respecter son code d'éthique. Dans cette section, nous examinons certaines situations qui peuvent créer des conflits d'intérêts pour les avocats qui représentent des clients.

Avocats internes

Les avocats internes sont employés par des sociétés ou des entreprises. Ils ont un seul client ou un seul groupe de clients et il semble que par le passé, tant qu'ils tenaient les renseignements confidentiels de leurs employeurs à l'abri d'intervenants externes et ne faisaient pas passer leurs intérêts personnels devant ceux de leur client, ils ne couraient que peu de risques d'enfreindre les règles sur les conflits d'intérêts.

Toutefois, le rôle d'avocat interne a changé considérablement et de nombreuses façons au cours des dernières décennies, dans un environnement d'affaires mondial qui devient de plus en plus dynamique. Des fusions et acquisitions ont eu pour résultat que certaines très grandes sociétés canadiennes ont aujourd'hui de multiples filiales et entités connexes et détiennent des intérêts non seulement au Canada ou en Amérique du Nord mais aussi un peu partout dans le monde. En même temps, la taille des contentieux d'entreprise a constamment augmenté.

À l'intérieur d'une grande organisation, différents services et secteurs d'activités peuvent avoir des intérêts diamétralement opposés et même parfois se faire concurrence. Quand une organisation de grande envergure a beaucoup de filiales et d'entités connexes, il peut se présenter des situations où les intérêts d'entités appartenant à un même propriétaire divergent²². Les avocats internes doivent continuellement se demander qui est leur client afin de respecter leurs devoirs de confidentialité et de loyauté et pour obtenir des instructions de la personne qui, au sein de l'organisation, a l'autorité d'en donner.

²² L'affaire *Teleglobe USA Inc. v. BCE Inc. (In re Teleglobe Communications Corp.)* F. 3d (3d Cir. 2007) est un exemple pertinent.

Les avocats internes d'aujourd'hui ont avec leur client unique une relation significative et à volets multiples; par conséquent, les problèmes auxquels ils font face relativement aux conflits d'intérêts diffèrent des problèmes que doivent résoudre les avocats en pratique privée. Prenons par exemple le rapport juridique entre un avocat interne et les employés de l'entreprise. L'avocat peut être appelé à s'occuper de questions relatives au régime de pension où les intérêts de l'entreprise et ceux des employés sont opposés plutôt que similaires. Un autre exemple de terrain miné est la perception des cadres, de membres du conseil d'administration et d'actionnaires que le rôle du conseiller juridique est de défendre leurs intérêts.

Quand un avocat interne retient les services d'un conseiller juridique externe, il joue deux rôles : pour l'avocat de l'extérieur, il est un client ou, du moins le représentant du client. À l'intérieur de l'entreprise, il est l'avocat de la société et c'est elle qui est son client. À ce titre, une de ses responsabilités est de veiller à ce que les conseillers juridiques externes s'acquittent de leurs devoirs légaux et éthiques, que ni les stratégies de la société ni ses renseignements commerciaux ne soient divulgués par inadvertance et que leur caractère confidentiel soit respecté.

L'application des règles sur les conflits d'intérêts aux avocats internes est particulièrement difficile dans le contexte de leur mobilité. Quand un avocat interne quitte son emploi pour se joindre à un cabinet d'avocats, les problèmes relatifs aux conflits d'intérêts peuvent être relativement faciles à résoudre puisqu'il n'avait qu'un seul client²³. Toutefois, quand un avocat interne passe d'une société à une autre, il faut distinguer parmi les compétences et l'expérience dont il dispose dans un domaine et qui en font un employé précieux pour son nouvel employeur les compétences et l'expérience d'ordre général, qui ne sont pas confidentielles, et les renseignements précis sur son ancien employeur, qui sont confidentiels.

Dans le monde des affaires d'aujourd'hui, pour s'acquitter de ses responsabilités professionnelles, un avocat interne doit exercer une grande vigilance afin de déceler et d'éviter les situations de conflits.

Avocats gouvernementaux

Les avocats gouvernementaux jouent de nombreux rôles. Certains jouent, dans un ministère, une société d'État ou une autre organisation gouvernementale, un rôle fort similaire à celui d'un avocat interne d'une entreprise. Certains élaborent des systèmes réglementaires ou législatifs. Certains s'occupent de politique juridique. Certains rédigent des textes législatifs. D'autres assument les responsabilités du procureur général et s'occupent de litiges au nom de la Couronne. D'autres encore engagent des poursuites pénales.

Les avocats gouvernementaux sont assujettis à diverses obligations créées par les lois, par la common law, par les politiques et par leurs conditions d'emploi, ce qui les oblige parfois à soupeser leurs devoirs en tant que fonctionnaires par rapport à leurs devoirs en tant qu'avocats et à déterminer ensuite l'intérêt ou le devoir qui prévaut dans les circonstances. En qualité de

²³ Dans *Canadian Pacific Railway Co. v. Aikins, MacAulay, Thorvaldson*, [1998] M.J. No 77, la Cour d'appel du Manitoba a statué qu'un avocat qui avait quitté son emploi comme conseiller juridique au contentieux du CPR n'était pas en situation de conflit d'intérêts lorsque son nouveau cabinet d'avocats est intervenu dans un litige contre le CPR; la Cour a ajouté que dans le cas contraire, un avocat interne travaillant dans un domaine spécialisé pourrait difficilement passer à la pratique privée.

fonctionnaires, ils doivent respecter le caractère confidentiel des renseignements de l'État et rester loyaux envers la Couronne. En tant qu'avocats, ils doivent être membres d'une société de juristes, respecter des codes de déontologie dans la mesure appropriée et servir leur client, la Couronne, sans réserve. À l'occasion, mais pas toujours, ces devoirs peuvent être contradictoires.

Que l'on songe à la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*²⁴, entrée en vigueur le 15 avril 2007. La Loi crée un régime à deux volets pour les employés du secteur public fédéral : le premier a trait à la divulgation d'actes répréhensibles dans la fonction publique, le second vise à protéger contre les représailles pour une telle divulgation ou pour la coopération à une enquête sur une divulgation²⁵. Les avocats gouvernementaux ont la délicate tâche de déterminer le régime qui s'applique à eux et de pondérer l'obligation de divulguer l'acte répréhensible d'un client, la nature confidentielle des renseignements confiés par un client à son avocat et le devoir de confidentialité concernant les affaires d'un client.

Aujourd'hui, les gouvernements sont d'importants consommateurs de services juridiques, et ils retiennent souvent les services d'avocats et de cabinets d'avocats externes pour les aider. Les avocats gouvernementaux doivent s'assurer de protéger les intérêts de leur client et préserver la possibilité d'avoir accès à des conseillers juridiques externes de leur choix, tout en respectant les règles sur les conflits d'intérêts.

Enfin, quand des avocats gouvernementaux passent à la pratique privée, les obligations qu'ils avaient en tant que fonctionnaires survivent à perpétuité.

Avocats autonomes ou exerçant dans de petits cabinets

Comme nous l'avons déjà mentionné, les avocats autonomes et les avocats qui exercent dans de petits cabinets sont le plus souvent consultés par des particuliers et par de petites entreprises. Ces clients peuvent cultiver une relation étroite avec leur avocat et s'attendent à ce que ce dernier les représente chaque fois qu'ils ont besoin de lui. Donc, lorsqu'ils souhaitent, pour minimiser les coûts, que leur avocat accepte un mandat conjoint concernant une transaction, ils sont surpris que l'avocat leur recommande d'obtenir des conseils juridiques indépendants et sont souvent réticents à suivre cette recommandation.

Les membres de la famille peuvent eux aussi être désemparés en apprenant qu'ils ne sont pas les clients de l'avocat mais que le client est la personne qui a retenu les services de l'avocat. Ce genre de situation peut être perturbant, par exemple, pour les enfants d'une personne âgée qui croient que leurs décisions sont dans l'intérêt supérieur de cette dernière et qui veulent que l'avocat suive leurs instructions²⁶. Même si l'obligation de l'avocat envers son client est claire, il peut être difficile de gérer les attentes des membres de la famille, en particulier si ces derniers ne connaissent pas les exigences en matière de conflits d'intérêts.

²⁴ L.C. 2005, ch. 46.

²⁵ Le commissaire à l'intégrité du secteur public fait enquête sur les divulgations d'actes répréhensibles et sur les plaintes de représailles; il a le pouvoir de formuler des recommandations concernant les actions correctives et de s'adresser au Tribunal de la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles. Le Tribunal a le pouvoir d'ordonner des mesures disciplinaires ou des mesures correctives s'il détermine qu'il y a eu représailles.

²⁶ Même si c'est souvent le parent âgé qui paie les honoraires de l'avocat.

Dans les petites villes situées en régions éloignées, il arrive qu'un petit nombre d'avocats soient établis à une distance raisonnable. L'accès des clients à des services juridiques est à risque quand tous les avocats d'une ville sont en situation de conflit d'intérêts, par exemple si un différend familial ou entre petites entreprises exige l'intervention de nombreux avocats.

Dans le Nord, les avocats en pratique privée comptent souvent sur des dossiers que leur confient les gouvernements pour assurer la viabilité de leur cabinet; par contre, il arrive fréquemment que pour un particulier, la partie adverse est le gouvernement. De fait, un emploi au gouvernement et, par la suite, du travail pour le gouvernement sont une méthode efficace pour attirer et retenir des avocats dans le Nord du pays.

Les avocats autonomes et les petits cabinets d'avocats peuvent partager des locaux et conclure d'autres modalités de partage des coûts, par exemple pour l'équipement et le personnel de soutien. Ils doivent veiller à maintenir la séparation nécessaire entre leurs activités respectives pour ne pas créer de situations de conflit, même s'ils ne sont pas associés ou ne partagent pas les bénéfices.

Même si on peut penser qu'il est peu probable que les avocats autonomes et les avocats membres de petits cabinets soient aux prises avec des conflits d'intérêts étant donné le nombre limité de clients qu'ils représentent, il faut se rendre à l'évidence qu'ils font eux aussi face à de nombreux conflits. Si l'on considère que ces avocats sont la principale source de services juridiques pour la plupart des Canadiens et, pour la plupart des gens, les seuls conseillers juridiques disponibles à l'extérieur des grands centres urbains, les répercussions des règles sur les conflits d'intérêts sont considérables sur ces clients potentiels et sur leur accès aux services d'avocats.

Avocats de l'aide juridique

Les services d'aide juridique rapportent qu'il est difficile de trouver des avocats en pratique privée qui consentent à remplir des mandats d'aide juridique ou à agir comme avocat de service²⁷. Cette situation peut être attribuée, du moins en partie, aux règles sur les conflits d'intérêts. Par exemple, dans le contexte du travail comme avocat de service, il est à toutes fins utiles impossible de vérifier s'il y a un conflit d'intérêts avant de donner des conseils sommaires à la personne qui doit comparaître incessamment devant un tribunal.

Dans les petites villes situées en région éloignée, la présomption que les avocats d'un même cabinet échangent des renseignements signifie que deux avocats du même cabinet sont peu susceptibles de pouvoir représenter deux parties opposées (par exemple des codéfendeurs), ce qui signifie souvent que l'une d'elles n'est pas représentée – le cabinet étant peut-être le seul de la ville qui accepte des mandats d'aide juridique, alors que le client n'a pas les moyens de se rendre dans une autre ville.

Certains ressorts, notamment le Québec, où des avocats sont employés dans des services d'aide juridique, traitent chaque bureau d'aide juridique comme une entité distincte pour éviter les problèmes inhérents aux conflits d'intérêts²⁸. En 2004, le Manitoba a modifié sa loi sur l'aide juridique pour préciser qu'un avocat employé par la Société d'aide juridique du Manitoba

²⁷ Tiré de mémoires soumis au Groupe de travail par la Société d'aide juridique du Manitoba et la Legal Services Society de Colombie-Britannique.

²⁸ *Loi sur l'aide juridique*, L.R.Q., ch. A-14, art. 31.

peut agir pour un client admissible à l'aide juridique contre un autre client admissible à l'aide juridique représenté par un avocat employé par la Société d'aide juridique du Manitoba sans contrevenir à une règle de déontologie²⁹.

Dans la mesure où les règles sur les conflits d'intérêts (par opposition aux problèmes de financement) limitent le nombre d'avocats qui consentent à remplir des mandats d'aide juridique, elles contribuent à accroître le nombre de particuliers non représentés qui comparaissent devant les tribunaux civils et pénaux et à restreindre l'accès à la justice pour les citoyens les plus défavorisés au Canada.

Avocats qui travaillent dans de grands cabinets

En 1989, le magazine *Canadian Lawyer* rapportait que les 20 plus grands cabinets canadiens d'avocats comptaient chacun entre 95 et 310 avocats³⁰. En 1990, quand l'arrêt *Succession MacDonald*³¹ a été prononcé, il n'y avait au Canada que deux cabinets d'avocats avec des bureaux dans au moins deux des villes suivantes : Vancouver, Calgary, Toronto et Montréal.

Moins de 20 années plus tard, des 20 plus grands cabinets, tous sauf deux³² sont présents dans deux grandes villes canadiennes ou plus – Vancouver, Calgary, Toronto et Montréal – et la taille de ces 20 plus grands cabinets a doublé³³. La situation actuelle, dans laquelle les avocats d'un même cabinet qui travaillent dans différentes villes peuvent ne se rencontrer et ne communiquer ensemble que très rarement, affaiblit la présomption sur laquelle est fondé l'arrêt *Succession MacDonald*, soit que les avocats d'un même cabinet échangent d'office des renseignements sur un client.

Comme nous l'avons déjà souligné, 10 cabinets d'avocats canadiens comptent aujourd'hui plus de 400 avocats et sont établis dans plusieurs grandes villes³⁴. Les grandes entreprises et les gouvernements retiennent souvent plus d'un cabinet pour agir dans divers dossiers à cause de la complexité du travail requis et du besoin de faire appel à divers spécialistes pour traiter des questions. En réalité, il ne serait pas surprenant d'apprendre que le gouvernement fédéral est actuellement le client de la presque totalité des grands cabinets.

Le travail exécuté pour de grandes entreprises et pour des gouvernements peut viser de multiples parties, ce qui accroît la complexité inhérente à l'obligation de déceler et de gérer les conflits.

En 2002 par exemple, quand Air Canada a demandé la protection de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, plusieurs entreprises ont eu besoin des compétences en matière d'insolvabilité que possèdent les grands cabinets d'avocats.

²⁹ *Loi sur la Société d'aide juridique du Manitoba*, par. 20(2), C.P.L.M. ch. L105.

³⁰ « The 1990s and the Mega-Firms », *Canadian Lawyer Magazine* (mars 1989).

³¹ *Succession MacDonald*, *supra* note 2.

³² Deux grands cabinets qui ont plusieurs bureaux au Canada atlantique.

³³ Aujourd'hui, le nombre d'avocats dans les 20 plus grands cabinets varie de près de 200 à plus de 700.

³⁴ À titre de comparaison, ajoutons qu'il y a aux États-Unis 100 cabinets d'avocats qui comptent 400 avocats ou plus. Même si une grande entreprise américaine retient les services de 10 cabinets d'avocats pour divers mandats, il reste 90 cabinets qui peuvent représenter les autres parties dans une affaire.

Chaque cabinet a nécessairement accepté plusieurs mandats et mis en place, au besoin, des écrans déontologiques pour protéger le caractère confidentiel des renseignements. S'il avait été impossible d'agir ainsi, certains clients auraient été incapables d'obtenir les conseils spécialisés dont ils avaient besoin.

Un autre exemple de ce genre de situation est la présentation d'offres qui a entouré la vente de BCE. Les parties avaient besoin de compétences en matière de valeurs mobilières, de télécommunications, de concurrence, de règlements fédéraux sur l'investissement, de placements et de prêts. Étaient du nombre des parties : les soumissionnaires, les prêteurs qui avaient besoin de conseils concernant le financement de la soumission retenue, BCE, le comité indépendant BCE, les détenteurs d'obligations, les actionnaires et d'autres intervenants. Dans une telle situation, il est souvent problématique d'obtenir le consentement d'un client pour agir lorsqu'il y a une possibilité d'intérêt conflictuel. Il peut aussi être impossible de demander ce consentement pour des motifs de confidentialité. Ou encore, le client peut refuser de donner son consentement, sans motif valable mais simplement pour faire dérailler la transaction. Lorsque cela se produit, il n'y a aucun recours utile et une partie peut être incapable d'obtenir les conseils juridiques spécialisés dont elle a besoin.

Ces mandats multiples peuvent se présenter de manière soudaine. Quand la Banque Barings s'est effondrée, un jeudi de 1995 à la suite de la découverte d'une fraude massive, des centaines de clients se sont précipités pour trouver des conseillers juridiques à Londres tandis que les cabinets d'avocats s'empressaient de coordonner les mandats et de tirer au clair des dizaines de conversations apparemment contradictoires entre des clients et divers associés du cabinet. Les clients qui ont attendu le lundi suivant pour trouver un conseiller juridique en ont été pour leur frais et ont dû retenir des avocats sans expérience.

Du point de vue de la géographie, le Canada est un très grand pays. Mais pour les clients qui veulent des conseils juridiques très spécialisés, c'est un petit pays où il est parfois difficile pour eux de faire appel au cabinet d'avocats de leur choix à cause des défis que présentent les conflits d'intérêts.

Avocats qui travaillent dans un domaine spécialisé ou dans un cabinet « boutique »

Il y a quelques décennies, les avocats pratiquaient dans différents domaines du droit – droit pénal, droit de la famille, droit des sociétés, fiscalité, droit du travail, responsabilité civile – mais peu restreignaient leur travail à un domaine spécialisé. Aujourd'hui, avec les cadres réglementaires de plus en plus complexes et dans un monde des affaires planétaire, la spécialisation est beaucoup plus fréquente, et certains avocats concentrent leur pratique dans un seul secteur du droit, ou encore un petit cabinet « boutique » ou un grand cabinet occupant un créneau bien défini du marché. Certains des domaines spécialisés sont le droit de la concurrence, le droit concernant les instruments dérivés, le droit de l'insolvabilité, le droit des franchises, le droit des ressources en hydrocarbures, le droit de l'environnement, le droit des Autochtones, le droit maritime, le droit des affaires réglementaires, pour ne nommer que ceux-là.

Les clients veulent faire appel à des avocats qui ont la spécialisation dont ils ont besoin, et ils sont souvent déçus lorsqu'un conflit impossible à gérer les en empêche. La représentation en matière de propriété intellectuelle offre un bon exemple. Un avocat ou un petit cabinet spécialisé en droit de la propriété intellectuelle peut agir au nom d'un cabinet étranger qui a retenu les services d'avocats et d'agents canadiens pour ce qui est du volet canadien de l'enregistrement mondial de brevets et de marques de commerce. Il peut s'agir d'un mandat limité concernant des renseignements qui sont déjà du domaine public, mandat qui n'exige que peu ou pas de contacts directs avec le client. Si un conflit d'intérêts survient plus tard avec un autre client, la société internationale pourra simplement négliger de répondre à une demande d'autorisation concernant une affaire non reliée; le cabinet n'aurait alors d'autre choix que de diriger les clients vers un autre cabinet et ces derniers seraient ainsi privés des conseillers juridiques de leur choix, même s'il n'y a aucun risque de divulgation de renseignements confidentiels ni aucun lien avec le mandat limité antérieur.

En droit des Autochtones, il peut arriver que des Premières nations ou des bandes allient leurs forces dans certains dossiers et que leurs intérêts soient opposés dans d'autres; certains dossiers ne seront jamais réglés, les négociations de traités peuvent durer si longtemps qu'il devient difficile pour un cabinet d'avocats d'accepter de nouveaux clients sans devoir résoudre des problèmes complexes concernant les conflits d'intérêts, problèmes résultant de la rigidité des règles plutôt que du besoin de protection des clients.

Quand un petit nombre d'avocats servent un petit nombre de clients qui ont des intérêts d'ordre juridique précis, des conflits d'intérêts sont fréquents et ne peuvent pas être résolus simplement par le consentement des clients et par la mise en place d'écrans déontologiques pour protéger le caractère confidentiel des renseignements.

Avocats en droit de la famille

Les avocats qui exercent en droit de la famille travaillent souvent avec des gens qui traversent des événements traumatiques et qui peuvent être particulièrement émotifs et vulnérables. En outre, il est fréquent que les intérêts des enfants ou de parents âgés et en perte d'autonomie soient en jeu, ce qui accroît la tension et le stress éprouvés par les clients. Les règles sur les conflits d'intérêts protègent les intérêts des clients, mais elles peuvent parfois restreindre ses possibilités pour ce qui est du choix d'un avocat. Cela est particulièrement vrai lorsque le mari et la femme ont consulté un avocat à propos d'une autre affaire (par exemple l'achat de la maison familiale) et que l'un d'eux désire ensuite retenir les services du même avocat pour s'occuper de son divorce. Un client moyen n'a souvent pas les moyens de payer pour obtenir des conseils juridiques indépendants, conseils qui sont néanmoins essentiels pour l'avocat qui doit être certain que le client donne un consentement éclairé vu le conflit d'intérêts.

Encore ici, dans une petite ville ou en région éloignée, le nombre d'avocats disponibles est limité et les clients peuvent être dans l'impossibilité de se déplacer pour trouver un avocat qui n'aurait pas de conflit d'intérêts.

Avocats en droit pénal

Le choix de conseiller juridique est un droit constitutionnel fondamental des personnes accusées d'un crime ou soupçonnées d'être impliquées dans des activités criminelles et qui sont détenues par la police.

Tous les accusés font face à des conséquences graves pour leur vie et, parfois, pour leur liberté. Une déclaration de culpabilité aggrave ces conséquences. Les personnes (ou les sociétés) accusées ou soupçonnées d'un crime s'interrogent quant au conseiller juridique compétent pour les représenter, compte tenu des accusations portées contre elles (qu'elles soient formellement accusées devant un tribunal ou pendant un interrogatoire par la police), des lois applicables et du domaine de compétences de l'avocat envisagé.

Les avocats qui exercent en droit pénal sont souvent des juristes autonomes ou exerçant dans de petits cabinets. Beaucoup d'avocats qui exercent en droit pénal partagent des locaux et concluent des ententes de partage des coûts avec des collègues sans toutefois être associés à eux. Les règles sur les conflits d'intérêts peuvent soulever des difficultés lorsqu'il y a présomption que le fait pour des avocats de partager des locaux, même s'ils ne partagent pas les bénéfices et n'ont conclu aucune entente de société, et même si leurs pratiques ne sont pas jointes, a pu entraîner un risque de communication des renseignements confidentiels d'un client.

Deux nouvelles réalités opérationnelles : la technologie et la mobilité

Technologie

Il est difficile d'imaginer qu'il soit possible de pratiquer le droit sans ordinateurs, sans logiciels de gestion de la pratique, sans courrier électronique, sans Internet, sans téléphones cellulaires et sans beaucoup d'autres dispositifs et appareils électroniques qui font partie du 21^e siècle. Pourtant, il y a moins de 20 ans, quand la Cour suprême du Canada a tranché dans l'affaire *Succession MacDonald*, certains de ces outils aujourd'hui essentiels n'avaient même pas été inventés et ceux qui existaient n'étaient pas répandus.

Les lignes directrices sur les écrans déontologiques élaborées par l'ABC en collaboration avec d'autres organisations à la suite de l'arrêt *Succession MacDonald*, lignes directrices qui ont été largement adoptées partout au Canada, n'envisageaient pas le monde électronique qui fait aujourd'hui partie de la pratique des avocats. Les incidences de la technologie moderne n'ont pas été examinées de manière exhaustive parce que, dans une large mesure, la technologie était inconnue.

Dans le contexte des règles sur les conflits d'intérêts, on peut étudier les nouvelles technologies de deux façons. D'une part, il est possible, d'un seul clic, de transmettre un document autour du monde. D'autre part, il est aussi possible, à l'aide de logiciels perfectionnés, de contrôler les écrans déontologiques mis en place pour protéger le caractère confidentiel des renseignements,

en donnant l'accès aux renseignements uniquement aux personnes autorisées au moyen d'un mot de passe. Il est en outre possible, aujourd'hui, de déterminer si un avocat a accédé à un document électronique et d'examiner toutes les communications électroniques qui ont été échangées.

Les sources de renseignements objectives sur l'utilisation des renseignements confidentiels ont vraisemblablement changé la façon dont les risques de divulgation devraient être évalués.

La mobilité des avocats

Il arrive aujourd'hui beaucoup plus souvent qu'il y a une vingtaine d'années que des avocats passent d'un cabinet à l'autre. En 2002, la plupart des barreaux provinciaux ont signé l'Accord de libre circulation nationale. Depuis, un Accord de libre circulation territoriale a aussi été signé pour inclure les trois territoires. Selon la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, neuf ressorts ont mis l'accord en place³⁵. L'entente permet aux avocats, sous réserve des règles applicables, de pratiquer dans une province ou dans un territoire qui offre la réciprocité, pour un maximum de 100 jours au cours d'une année civile. Jumelé à l'essor des cabinets qui ont de nombreux bureaux à divers endroits, l'Accord de libre circulation nationale change le contexte de la pratique. Même s'il peut être plus facile de trouver un avocat qui n'a pas de conflit d'intérêts parce que la recherche peut viser des avocats d'un autre ressort, les possibilités de conflits augmentent à mesure que les anciens modèles de pratique limitée à une province disparaissent.

Actions stratégiques pour révoquer un avocat

Ce serait négligence de conclure ce chapitre sur les réalités de la pratique au 21^e siècle sans mentionner que les règles sur les conflits d'intérêts sont souvent utilisées dans le cadre d'une stratégie pour retarder ou décourager une partie adverse ou pour lui nuire. Les contestations invoquant les conflits d'intérêts sont de plus en plus fréquentes, au point que des magistrats expriment leurs préoccupations à cet égard.

[TRADUCTION]

Jusqu'à très récemment, les demandes visant à faire déclarer un avocat inhabile à occuper étaient si rares que du moins dans ce ressort, peu de juges ou d'avocats semblaient avoir plus qu'une vague connaissance de l'existence d'un tel recours. ... Depuis l'affaire *Succession MacDonald c. Martin*, la demande de déclaration d'incapacité a connu un essor ... la demande de déclaration d'incapacité est devenue une arme...³⁶

En l'absence de règles claires qui reconnaissent les réalités de la pratique et qui sont faciles à comprendre et à appliquer, le nombre de contestations en raison de conflits d'intérêts ne fera qu'augmenter, ce qui augmentera encore « la longueur, le coût et l'agonie d'un litige »³⁷ sans nécessairement accroître la protection des clients.

³⁵ La Colombie-Britannique, l'Alberta, la Saskatchewan, le Manitoba, l'Ontario, la Nouvelle-Écosse, le Nouveau-Brunswick, l'Île-du-Prince-Édouard et Terre-Neuve-et-Labrador.

³⁶ *Robertson v. Slater Vecchio*, 2007 BCSC 987 (CanLII), par. 60 [Robertson], citant *Manville Canada Inc. v. Ladner Downs* (1992), 63 B.C.L.R. (2d) 102 (S.C.), par. 53-54.

³⁷ *Ibid.*

Chapitre 2

Intérêts conflictuels

Le devoir de loyauté d'un avocat comprend :

- le devoir d'éviter les intérêts conflictuels;
- le devoir de dévouement à la cause de son client;
- le devoir de franchise envers le client sur les questions pertinentes au mandat;
- le devoir de ne pas utiliser à mauvais escient des renseignements confidentiels³⁸.

Ce chapitre du rapport met l'accent principalement sur le devoir d'éviter les intérêts conflictuels et sur le dévouement à la cause du client (parfois appelé « représentation zélée »). Le devoir d'éviter les intérêts conflictuels comprend le devoir d'éviter les conflits avec les intérêts personnels et les conflits avec les devoirs envers d'autres. Le devoir de dévouement à la cause de son client est décrit comme le devoir de « veiller à ce qu'une situation de loyauté partagée n'incite par l'avocat à “mettre une sourdine” à la défense de son client par souci d'en ménager un autre »³⁹ et à cet égard, il peut être considéré comme un prolongement ou une explication du devoir d'éviter les intérêts conflictuels.

Ce chapitre examine d'abord ces devoirs envers les clients actuels, puis envers les anciens clients; il conclut sur des recommandations.

PARTIE 1 : Clients actuels

Les devoirs de loyauté et de diligence

Le devoir de loyauté, élément essentiel du système judiciaire canadien

Au Canada, l'examen judiciaire du devoir de loyauté d'un avocat envers un client relève de la compétence du tribunal pour ce qui est de l'administration de la justice et du droit régissant les fiducies. L'importance du devoir de loyauté pour l'administration de la justice est mise en évidence dans l'extrait ci-dessous de la décision de la Cour suprême du Canada dans *Neil*⁴⁰ :

³⁸ *Neil*, *supra* note 4, par. 19.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*, par. 12 et 13.

[Le devoir de loyauté] subsiste parce qu'il est essentiel à l'intégrité de l'administration de la justice et il est 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 O'Connor (maintenant juge en chef adjoint de l'Ontario) dans *R. c. McCallen*, (1999), 43 O.R. (3d) 56 (C.A.), p. 67 :

[TRADUCTION] ... 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 cause de son client.

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.

Ces mots affirment sans équivoque le rôle de l'avocat et l'importance de ce rôle pour les clients et pour la société. Les tribunaux et la profession veillent rigoureusement à ce que ce rôle ne soit pas affaibli.

Une relation ancrée dans la confiance

Il est clairement établi, et depuis longtemps, que les avocats sont les fiduciaires de leurs clients⁴¹. Cela a été examiné dans *Neil*⁴² :

Le devoir de loyauté est étroitement lié à la nature fiduciaire de la relation avocat-client. L'une des racines du mot « fiduciaire » est *fides* ou loyauté, et la loyauté est souvent considérée comme l'une des caractéristiques fondamentales du fiduciaire : *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, p. 149; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, p. 405. L'avocat répond tout à fait à la définition du fiduciaire énoncée par le professeur Donovan Waters :

[TRADUCTION] Le choix des mots pour décrire un « fiduciaire » ne comporte bien sûr aucune difficulté immédiate. Presque tous diront qu'il s'agit d'une personne en qui une autre personne place sa confiance et qui doit agir en son nom. Cette autre personne (la bénéficiaire) a le droit de s'attendre à ce que le fiduciaire ne se préoccupe que de ses intérêts à elle, jamais de ses intérêts à lui. La « relation » doit être une relation de dépendance ou de confiance du bénéficiaire à l'égard du fiduciaire.

(D. W. M. Waters, « The Development of Fiduciary Obligations », dans R. Johnson et autres, dir., *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997* (2000), 81, p. 83)

⁴¹ Même si les fondements théoriques du devoir de loyauté diffèrent en droit civil québécois, le devoir de loyauté décrit dans l'arrêt *Neil* fait clairement partie du droit du Québec. Voir par exemple, *Métro Inc. c. Regroupement des marchands actionnaires Inc.*, [2004] R.J.Q. 2665 (C.A.); *Procureur général du Québec c. Bande de Betsiamites* [2005] 3 C.N.L.R. 155 (C.A.); *Côté c. Rancourt*, [2004] 3 R.C.S. 248, et le très utile « Guide sur les conflits d'intérêts » publié annuellement par le Barreau du Québec.

⁴² *Supra* note 4, par. 16.

Les devoirs fiduciaires sont souvent créés pour protéger des relations que le public juge importantes, par exemple, comme en l'espèce, la relation avocat-client. Le manque de loyauté détruit cette relation.

Le devoir d'éviter les intérêts conflictuels

C'est le devoir d'éviter les intérêts conflictuels qui était particulièrement en jeu dans *Neil*. L'extrait suivant de l'arrêt *Neil*⁴³ constitue une explication judiciaire de l'obligation fiduciaire d'éviter les intérêts conflictuels :

Le devoir général de loyauté a été expliqué fréquemment. Dans la décision *Ramrakha c. Zinner*, (1994), 157 A.R. 279 (C.A.), le juge Harradence 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.

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

Plus récemment, en Angleterre, dans une affaire concernant les devoirs des experts-comptables, la Chambre des lords a fait remarquer que [TRADUCTION] « [L]es devoirs d'un expert-comptable ne peuvent pas être plus étendus que ceux d'un avocat, mais ils peuvent l'être moins » (p. 234), avant de comparer le devoir de l'expert-comptable envers ses *anciens* clients (où c'est surtout la confidentialité des renseignements qui est en cause) avec son devoir envers ses clients *actuels* (où le devoir de loyauté l'emporte sans égard à l'existence ou à l'absence d'un risque de divulgation de renseignements confidentiels). Lord Millett a dit ceci, aux p. 234-235 :

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, j'affirmerais que [la possession de renseignements confidentiels] constitue le fondement de la compétence du tribunal pour intervenir au nom d'un **ancien** client. **Il en est autrement lorsque c'est un client actuel** qui demande au tribunal d'intervenir parce qu'un fiduciaire ne peut agir en même temps à la fois pour et contre un même client et son cabinet n'est pas en meilleure position. Une personne ne peut agir au nom d'un client alors que son associé agit au nom d'un autre client dont les intérêts sont opposés, à moins que les deux clients n'y aient consenti. L'incapacité de cette personne n'a rien à voir avec la confidentialité de renseignements appartenant au client. Elle repose sur l'inévitable conflit d'intérêts inhérent à la situation. [Nous soulignons]

(*Bolkiah c. KPMG*, [1999] 2 A.C. 222 (H.L.))

L'approche similaire adoptée par les ordres professionnels de juristes concernant le devoir d'éviter les intérêts conflictuels est aussi mentionnée dans l'arrêt *Neil*.

⁴³ *Ibid.*, par. 25 à 27.

Le Code de déontologie professionnelle de l'ABC énonce la même stipulation générale⁴⁴ :

L'avocat ne doit pas conseiller ou représenter des parties ayant des intérêts opposés, à moins d'avoir dûment averti ses clients éventuels ou actuels et d'avoir obtenu leur consentement. Il ne doit ni agir, ni continuer d'agir dans une affaire présentant ou susceptible de présenter un conflit d'intérêts.

Commentaires

Principes directeurs

1. Il y a conflit d'intérêts lorsque les intérêts en présence sont tels que le jugement et la loyauté de l'avocat envers son client ou envers un client éventuel ou en son nom peuvent en être défavorablement affectés.
2. Le bien-fondé de la règle est évident car les intérêts du client ou des clients peuvent être sérieusement compromis si le jugement et la liberté d'action de l'avocat ne sont pas à l'abri de toute influence compromettante.
3. La règle du conflit d'intérêts s'applique notamment au devoir de loyauté d'un avocat, de son associé ou de son employé envers tout autre client, qu'il soit engagé dans une transaction particulière ou non, et comprend l'obligation de communiquer toute l'information pertinente.

Dans *Neil*⁴⁵, la déclaration ci-après concernant le devoir d'éviter les intérêts conflictuels a été adoptée :

Je fais mienne à cet égard la notion de « conflit » décrite dans le *Restatement Third, The Law Governing Lawyers* (2000), vol. 2, p. 244-245, article 121, comme [TRADUCTION] « un risque sérieux que les intérêts personnels de l'avocat ou ses devoirs envers un autre client actuel, un ancien client ou une tierce personne nuisent de façon appréciable à la représentation du client par l'avocat ».

Les motifs de la majorité dans *Strother*⁴⁶ commencent au même effet :

Un devoir fondamental de l'avocat est d'agir dans l'intérêt de son client à l'exclusion de tout autre intérêt opposé, sauf les intérêts qu'il a dûment divulgués à son client et que ce dernier a acceptés de plein gré.

Cette réaffirmation de l'opinion traditionnelle est étayée par la règle qu'il est convenu d'appeler « règle de la ligne de démarcation très nette » énoncée dans *Neil* et dont il sera question plus tard dans ce chapitre.

⁴⁴ Voir le chapitre V – Impartialité et conflits d'intérêts entre clients.

⁴⁵ *Neil*, *supra* note 4, par. 31, confirmé dans *Strother*, *supra* note 3, par. 56.

⁴⁶ *Strother*, *supra* note 3, par. 1.

Le mandat définit le devoir de diligence

Il faut distinguer les obligations fiduciaires décrites plus haut de l'obligation contractée par chaque avocat envers son client dans le mandat. Certains commentaires et certaines décisions ont semblé confondre les obligations fiduciaires imposées par la loi et le devoir de diligence accepté par mandat.

Avant d'examiner l'évolution du devoir d'éviter les intérêts conflictuels, il est bon d'examiner les différences entre, d'une part, ces obligations fiduciaires et, d'autre part, les devoirs de diligence (ou devoirs de résultat). Les motifs de la majorité sont exprimés ainsi dans l'arrêt *Strother*⁴⁷ :

Lorsqu'un client retient les services d'un avocat, la portée du mandat de l'avocat est déterminée par contrat. Il appartient aux parties de déterminer le nombre, petit ou grand, des services que l'avocat devra fournir, ainsi que les autres conditions du contrat. La relation avocat-client ainsi créée est cependant assortie de certaines responsabilités fiduciaires imposées en droit. Le mémoire du cabinet Davis le précise avec justesse :

[TRADUCTION] La source de l'obligation est non pas le mandat lui-même, mais toutes les circonstances (y compris le mandat) qui créent un rapport de confiance dont découlent des devoirs de loyauté et de transparence. [par. 95]

Les violations du mandat ne constituent pas toutes un manquement à une obligation fiduciaire. Par contre, les obligations fiduciaires établissent les paramètres à l'intérieur desquels l'avocat fournit ses services et peuvent inclure des obligations qui vont au-delà de ce que les parties ont expressément négocié....

L'obligation d'un avocat de faire le travail pour lequel il est retenu peut être appelée « devoir de diligence »⁴⁸ ou le « devoir de diligence ordinaire »⁴⁹. Il s'agit d'un devoir positif dans le sens où l'avocat doit prendre des mesures positives au nom de son client. La portée et l'objet du devoir de diligence sont habituellement décrits dans une entente entre l'avocat et son client. Une fois

⁴⁷ *Ibid.*, par. 34. Même si le mandat de l'avocat est considéré comme étant régi par contrat, il faut se rappeler que les avocats peuvent assumer un devoir de diligence ordinaire sans qu'il existe un contrat pour des services juridiques. Par exemple, un avocat qui offre des conseils juridiques tout à fait bénévolement n'en assumerait pas moins un devoir de diligence ordinaire relativement à ces conseils.

⁴⁸ L'expression « *duty of performance* » (devoir de diligence) est tirée du *Restatement (Third) of Agency* (American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers*, vol. 2, (St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 2000) [le *Restatement*]). Le *Restatement (Second) of Agency* faisait auparavant référence aux « *duties of service and obedience* » (devoirs de service et d'obéissance) plutôt qu'aux « *duties of performance and loyalty* » (devoirs de diligence et de loyauté). Dans son article « *Disloyal Agents* » publié dans l'*Alabama Law Review*, vol. 58, n° 4, printemps 2007, la professeure DeMott écrit :

[TRADUCTION]

On établit traditionnellement une distinction entre les divers devoirs d'un mandataire. Le *Restatement (Third) of Agency* utilise les termes « *duties of performance and duties of loyalty* » (devoirs de diligence et devoirs de loyauté). Les devoirs de diligence d'un mandataire comprennent le devoir d'agir uniquement dans la mesure autorisée par le mandant; de remplir envers le mandant les obligations définies par contrat; d'agir avec la compétence, le soin et la diligence dont les mandataires font normalement preuve en pareilles circonstances; et de s'efforcer d'offrir au mandant les éléments importants des devoirs du mandataire dans l'exécution de ses devoirs. Les devoirs de diligence d'un mandataire sont souvent définis dans une entente entre lui et son mandant. Les devoirs de loyauté du mandataire découlent de son obligation élémentaire d'agir loyalement, pour le bénéfice du mandant, dans toutes les questions liées à la relation de mandataire. ...

⁴⁹ Dans l'arrêt *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, s'exprimant au nom de la majorité, le juge La Forest écrit :

En même temps, toutefois, c'est seulement si l'on tient compte des différences souvent subtiles qui existent entre ces causes d'action que le montant de dommages-intérêts accordé sera proportionnel à la responsabilité civile. Par exemple, l'obligation fiduciaire diffère, à des égards importants, de l'obligation de diligence ordinaire. Dans l'arrêt *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 C.S. 534, aux pp. 571 à 573, je fais l'historique de l'action de common law fondée sur une déclaration inexacte faite par négligence, depuis son origine dans le principe d'equity de la responsabilité fiduciaire; voir aussi l'arrêt *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932, aux pp. 968 à 971, lord Shaw of Dunfermline.

le mandat accepté, l'avocat doit exécuter avec compétence le travail confié. Si l'avocat n'exécute pas le travail entièrement ou avec compétence, il peut se rendre coupable de bris de contrat ou de négligence. Dans certaines circonstances, si l'avocat ne s'acquitte pas de son devoir de diligence, il peut en outre violer ses responsabilités juridiques et déontologiques concernant la prestation de services juridiques adéquats⁵⁰.

Le devoir de loyauté et le devoir de diligence

Par contraste, une obligation fiduciaire est habituellement une obligation négative, c'est-à-dire une obligation de ne pas faire quelque chose par opposition à une obligation de faire quelque chose⁵¹. Par exemple, il n'est pas permis aux fiduciaires de taire des conflits d'intérêts personnels et il ne leur est pas permis de tirer avantage des possibilités qui se présentent dans le contexte de leur rôle en tant que fiduciaires. Le devoir de loyauté peut être vu comme une série de devoirs négatifs : le devoir de ne pas avoir d'intérêts conflictuels, le devoir de ne pas dissimuler de renseignements et le devoir de ne pas divulguer les renseignements confidentiels ou de ne pas les utiliser à mauvais escient⁵². En contraste au devoir de l'avocat de faire le travail pour lequel il est retenu, le devoir de loyauté lui interdit certains comportements.

On peut relever que les obligations fiduciaires appuient et protègent habituellement les devoirs de diligence qui incombent aux fiduciaires en faveur des particuliers, mais l'obligation fiduciaire de loyauté d'un avocat envers son client a un autre objet parce qu'il vise à protéger tant les intérêts du client concerné que la confiance du public dans l'intégrité de l'administration de la justice. Comme l'écrivent les juges majoritaires dans l'arrêt *Strother*⁵³ :

Par contre, les obligations fiduciaires établissent les paramètres à l'intérieur desquels l'avocat fournit ses services et peuvent inclure des obligations qui vont au-delà de ce que les parties ont expressément négocié. Ce domaine du droit repose sur la nécessité de maintenir l'intégrité de l'administration de la justice : *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235, p. 1243 et 1265. « [I] est primordial de préserver la confiance du public dans cette intégrité » : *R. c. Neill*, [2002] 3 R.C.S. 631, 2002 CSC 70, par. 12.

Néanmoins, il est clair que le principal but du devoir de loyauté est d'éviter de porter atteinte au devoir de diligence c'est-à-dire à la représentation du client, dans le cadre d'un litige ou d'autres affaires.

⁵⁰ La règle 2 du chapitre II du Code de déontologie professionnelle de l'ABC stipule que « l'avocat doit accomplir sa tâche consciencieusement et fournir au client des services d'une qualité équivalente à celle que des avocats eux-mêmes attendraient, en général, d'un confrère compétent placé dans la même situation. »

⁵¹ Arthur B. Laby, « Resolving Conflicts of Duty in Fiduciary Relationships », (2004) 54 *American University Law Review* 75, à la p. 106 : [TRADUCTION]

« L'application de règles préventives démontre que le devoir de loyauté du fiduciaire est d'abord un devoir négatif qui doit être respecté sans exception et sans égard aux bénéfices qui peuvent en découler pour le fiduciaire ou le mandant. Dans ce sens, on peut trouver ses fondements philosophiques dans les textes d'Emmanuel Kant. Kant divisait les devoirs en devoirs parfaits et en devoirs imparfaits et le devoir de loyauté peut être qualifié de devoir parfait, « devoir qui n'admet aucune exception en faveur de l'inclination. »

⁵² Les expressions « devoir de dévouement à la cause de son client » et « représentation zélée » pourraient dénoter une obligation positive conforme au devoir de diligence, mais la jurisprudence citée dans *Neill*, *supra* note 14, et la description du devoir qui y est faite, c.-à-d. « veiller à ce qu'une situation de loyauté partagée n'incite par l'avocat à "mettre une sourdine" à la défense de son client par souci d'en ménager un autre » montrent qu'en réalité, c'est une autre obligation négative. Il n'est pas évident que ces expressions articulent un devoir qui est très différent du devoir d'éviter les conflits d'intérêts.

⁵³ *Strother*, *supra* note 3, par. 34.

Intérêts conflictuels : Angleterre, Australie et Nouvelle-Zélande

La loi de l'Angleterre est bien résumée dans *Snell's Equity*⁵⁴. Aux paragraphes 7 à 13, les auteurs écrivent :

[TRADUCTION]

Le devoir distinctif d'un fiduciaire est le devoir de loyauté. Le mandant a droit à la loyauté indéfectible de son fiduciaire. Ce devoir comporte plusieurs volets qui sont décrits séparément ci-dessous. Le juge Millett a dressé une liste non exhaustive de ces volets dans son jugement dans *Bristol & West Building Society v Mothew* (généralement considéré comme une étude remarquable de la doctrine moderne en matière d'obligations fiduciaires) : « Un fiduciaire doit agir de bonne foi; il ne doit pas tirer d'avantages de son rôle de fiduciaire; il ne doit pas se placer dans une situation où son devoir et son intérêt seraient en conflit; il ne peut pas agir à son propre bénéfice ni au bénéfice d'un tiers sans avoir obtenu le consentement éclairé de son mandant. »

L'obligation des fiduciaires d'éviter de se placer dans une situation où leur devoir et leurs intérêts personnels seraient en conflit est la règle classique en matière de conflits d'intérêts. Cette obligation a été examinée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Strother*⁵⁵ et la position est la même tant en Angleterre qu'au Canada. Cet aspect du devoir de loyauté a été qualifié de « règle sur les conflits de devoirs et d'intérêts »⁵⁶. Il exige que les fiduciaires ne laissent pas leurs propres intérêts entrer en conflit avec leurs devoirs de diligence.

Conflit de devoirs et d'obligations

Les paragraphes 7 à 16 de *Snell* traitent d'un type différent de conflit de devoirs :

[TRADUCTION]

Un autre développement, plus récent, a été la reconnaissance d'une règle qui interdit à un fiduciaire d'agir dans une situation où il y a conflit entre les obligations qu'il a envers plus d'un mandant. Cette règle découle de la règle sur les conflits entre les devoirs et les intérêts, mais elle a aussi été développée comme doctrine distincte et nous en traitons séparément ci-dessous.

Cette règle a été qualifiée de « règle sur les conflits de devoirs et d'obligations ». Cet aspect du devoir de loyauté exige que les fiduciaires n'assument pas de devoirs de diligence qui sont en conflit. À l'instar d'un conflit d'intérêts, un conflit concernant le devoir de diligence d'un fiduciaire envers un tiers peut nuire à l'exécution, par le fiduciaire, de ses obligations envers son mandant.

Un arrêt récent donne un énoncé du conflit de devoirs et d'obligations; il s'agit de l'arrêt *Bristol & West Building Society v. Mothew*⁵⁷. Dans cette affaire, un avocat a agi pour les acheteurs d'une maison et pour l'institution prêteuse de laquelle les acheteurs empruntaient l'argent pour financer l'achat de la maison en considération d'une hypothèque de premier rang.

⁵⁴ John McGhee, dir., *Snell's Equity*, 31^e éd. (Londres : Sweet & Maxwell, 2006).

⁵⁵ *Strother*, *supra* note 3, para. 50 et 70 : « C'est cet intérêt personnel [de M. Strother] qui est entré en conflit avec le devoir fiduciaire de M. Strother d'éviter les conflits d'intérêts dans l'exécution des obligations contractuelles assumées en vertu du mandat de 1998 » et « M. Strother ne pouvait pas servir avec la même loyauté Monarch et son propre intérêt financier, lequel entraînait clairement en conflit avec la reprise rapide des activités de Monarch dans le domaine du financement cinématographique ».

⁵⁶ Le professeur Finn, aujourd'hui juge à la Cour fédérale d'Australie, distingue la « règle sur les conflits de devoirs et d'intérêts » de la « règle sur les conflits de devoirs et d'obligations », les deux étant des volets différents du devoir de loyauté qui incombe à un fiduciaire.

⁵⁷ [1998] Ch. 1 (C.A.) [*Mothew*].

L'avocat savait que les acheteurs prenaient les dispositions nécessaires pour consolider leur endettement grâce à un deuxième emprunt sécurisé par une hypothèque de deuxième rang, mais il a par erreur dit le contraire au prêteur. Le lord juge Millett (tel était alors son titre) énonce comme suit le principe fiduciaire applicable⁵⁸ :

[TRADUCTION]

Un fiduciaire qui agit pour deux mandants dont les intérêts pourraient être en conflit sans avoir obtenu le consentement éclairé de chacun d'eux viole le devoir de loyauté sans partage; il se place dans une situation où son devoir envers un mandat peut être en conflit avec son devoir envers l'autre : voir *Clark Boyce v. Mouat* [1994] 1 A.C. 428 et la jurisprudence citée. C'est ce qui est parfois décrit comme la « règle du double emploi ». Une violation de la règle constitue d'office une violation de l'obligation fiduciaire. Mais ce n'est pas une situation dont la société peut se plaindre. Elle savait que la partie défenderesse agissait pour les acheteurs quand elle lui a donné des instructions. De fait, c'est pour ce motif qu'elle a choisi la partie défenderesse pour la représenter. Le conflit potentiel a découlé des actions de la société même : voir *Finn, Fiduciary Obligations*, p. 254 et *Kelly v. Cooper* [1993] A.C. 205.

Conflit de devoirs de diligence

Peu après l'arrêt *Mothew*, lord Millet a discuté de la règle sur les conflits de devoirs et d'obligations dans l'affaire *Bolkiah v. KPMG*⁵⁹. *Bolkiah* mettait en cause des comptables qui agissaient contre un ancien client dans une affaire où ils offraient des services de soutien en contentieux⁶⁰. La Chambre des lords a conclu qu'il y avait lieu d'empêcher le cabinet KPMG d'agir contre Bolkiah, son ancien client, dans une affaire liée parce que KPMG était en possession de renseignements confidentiels obtenus dans le cadre du mandat précédent rempli pour Bolkiah, mandat qui était pertinent au nouveau mandat de KPMG. Comme c'est habituellement le cas avec un ancien client, le devoir de diligence de KPMG envers Bolkiah a pris fin quand ce dernier a cessé d'être client de KPMG. Lord Millett a abordé ce point comme suit :

[TRADUCTION]

... Il en va autrement lorsque c'est un client actuel qui demande au tribunal d'intervenir parce qu'un fiduciaire ne peut agir en même temps à la fois pour et contre un même client et son cabinet n'est pas en meilleure position. Une personne ne peut agir au nom d'un client alors que son associé agit au nom d'un autre client dont les intérêts sont opposés, à moins que les deux clients n'y aient consenti. L'incapacité de cette personne n'a rien à voir avec la confidentialité des renseignements appartenant au client. Elle repose sur l'inévitable conflit d'intérêts inhérent à la situation.

⁵⁸ Incidemment, le consentement n'annulait pas le devoir de loyauté sans partage. Comme l'écrit le lord juge Millett, [TRADUCTION] « Même si un fiduciaire agit adéquatement pour deux mandants dont les intérêts pourraient éventuellement être en conflit, il doit agir de bonne foi dans l'intérêt de chacun; il ne doit pas agir avec l'intention de favoriser les intérêts de l'un au détriment de ceux de l'autre : voir *Finn*, p. 48. C'est ce que j'appellerai le "devoir d'agir de bonne foi". Mais ce devoir va plus loin. L'avocat ne doit pas permettre que sa relation avec un mandant influe sur l'exécution de ses obligations envers l'autre. Il doit servir chacun d'eux aussi fidèlement et loyalement que s'il était son unique mandant. Le fait que cela ne soit pas possible n'excuse pas la violation du devoir. »

⁵⁹ [1999] 2 AC 222 [*Bolkiah*].

⁶⁰ Le fait que le mandat était un mandat de soutien en contentieux a incité lord Millett à conclure qu'« un comptable qui offre des services de soutien en contentieux du type des services offerts au prince Jefri doit, pour les fins des présentes, être traité de la même façon que s'il s'agissait d'un avocat ».

Si un fiduciaire agit pour un client et que son associé agit pour un autre client dont les intérêts sont opposés aux intérêts du premier dans une même affaire, il y a conflit entre les devoirs de diligence de la société et la « règle sur les conflits de devoirs et d'obligations » s'applique. Dans une telle situation, les devoirs de diligence qui sont opposés l'un à l'autre se nuisent mutuellement et, par conséquent, ces devoirs sont en conflit.

Plus récemment, la Chambre des lords a de nouveau examiné la « règle sur les conflits de devoirs et d'obligations » dans l'affaire *Hilton v. Barker Booth and Eastwood (a firm)*⁶¹. Il s'agit d'un cas où deux avocats agissaient en même temps pour deux clients dans la même affaire. Lord Walker de Gestingthorpe, s'exprimant au nom de tous les membres du Comité écrit, au paragraphe 31 :

[TRADUCTION]

Le devoir de loyauté indéfectible de l'avocat envers son client fait qu'il est très souvent inapproprié pour lui d'agir pour deux clients dont les intérêts sont en conflit dans une transaction. Lord Jauncey de Tullichettle, s'exprimant au nom du Conseil privé dans l'affaire *Clark Boyce v. Mouat* [1994] 1 AC 428, 435 écrit :

« Il n'y a pas de règle de droit générale stipulant qu'un avocat ne doit jamais agir pour les deux parties dans une transaction si leurs intérêts peuvent être en conflit. Notre position est plutôt qu'il peut le faire à condition d'avoir obtenu le consentement éclairé des deux parties. On entend par consentement éclairé le consentement donné par les parties en toute connaissance du fait qu'il existe un conflit entre elles et que, par conséquent, l'avocat peut être empêché de divulguer à chacune toutes les connaissances qu'il a relativement à la transaction ou qu'il peut être empêché de donner à une partie des conseils qui sont en conflit avec les intérêts de l'autre. »

Les arrêts *Mothew* et *Hilton*, ainsi que les commentaires dans *Bolkiah*, traitent de la situation de l'avocat qui agit pour deux mandants dans la même affaire alors qu'il y a nécessairement conflit entre les devoirs de diligence qui lui incombent envers chaque partie. Il ne fait aucun doute qu'en l'absence du consentement éclairé, la « règle sur les conflits de devoirs et d'obligations » interdit aux avocats d'agir pour plus d'un client dans un dossier.

Conflit de devoirs : affaires non reliées

La Cour d'appel d'Angleterre a récemment examiné la « règle sur les conflits de devoirs et d'obligations » lorsque les mandats ne visent pas la même affaire. Dans *Marks & Spencer plc v. Freshfields Bruckhaus Deringer*⁶², le juge Pill a examiné la question de savoir si la règle sur les conflits de devoirs s'applique uniquement dans les affaires visant la même transaction dans la partie suivante de ses motifs :

⁶¹ [2005] 1 WLR 567, [2005] 1 All ER 651 [*Hilton*].

⁶² [2004] EWCA Civ 741.

[TRADUCTION]

M. Brindle allègue que malgré la terminologie générale utilisée par lord Millet, *Bolkiah* est une affaire où il est question de la même transaction, comme une affaire antérieure, *Bristol and West Building Society v. Mothew* [1998] Ch 1 où le lord juge Millett (tel était alors son titre) a fait une déclaration générale au même effet que celle que j'ai citée, tirée de *Bolkiah* à 234H.

M. Brindle prétend que le principe ne peut pas aller au-delà d'une situation où il s'agit de la même transaction. Il donne des exemples de situations où il est impossible que des conflits d'intérêts résultent du fait que le cabinet d'un avocat, qui peut évidemment avoir de nombreux bureaux au pays et à l'étranger, représente dans une transaction un client contre qui il agit dans une autre affaire. Je conviens qu'il doit y avoir un degré de relation entre les deux transactions, mais je ne puis pas accepter la prétention que le langage utilisé par lord Millett dans *Bolkiah* et, avec tous le respect que je lui dois, la sévérité relative avec laquelle il a énoncé les principes dans ce domaine du droit, doivent être confinés aux affaires où il s'agit de la même transaction.

En outre, même s'il doit y avoir des limites à l'application du principe, à mon avis, c'est un principe solide et j'accepte les prétentions de M. MacLean sur ce point. **La Cour doit examiner la relation entre les deux transactions en cause.** Comme l'a affirmé le juge Lawrence Collins dans son jugement, la transaction (qui était l'objet des observations qui lui ont été soumises, de celles qui nous sont présentées et qui constituent les principaux fondements de son jugement) était la rétention de Freshfields comme conseillers relativement aux ententes contractuelles de Marks and Spencer avec M. George Davies concernant Per Una, projet connu sous le nom de « Projet George ». Le juge a déclaré : « Je crois que le fait est maintenant établi que depuis qu'elle a été lancée, c'est l'une des lignes de produits qui connaît le plus de succès et une des plus rentables pour Marks and Spencer. » [Nous soulignons]

Dans ces motifs, le lord juge Pill affirme essentiellement que la règle sur les conflits de devoirs s'applique lorsque les devoirs de diligence peuvent se nuire mutuellement et que la relation entre les deux transactions doit être examinée pour déterminer si les devoirs de diligence sont en conflit. Le lord juge Pill convient qu'il doit y avoir un certain degré de relation entre les deux transactions pour que naisse un conflit et que, par inférence, il ne peut y avoir de conflit s'il n'y a aucune relation entre les deux mandats.

Cette application de la règle sur les conflits de devoirs et d'obligations à des affaires liées est tout à fait conforme au principe qui sous-tend la règle et au devoir de loyauté sous-jacent. Quand un avocat agit pour des clients qui ont des intérêts opposés dans des affaires liées, il existe un risque sérieux que ses devoirs de diligence envers l'un ou l'autre des clients, ou envers les deux, nuisent de façon appréciable à la représentation du client par l'avocat. Le risque est inhérent à la relation entre les deux affaires et aux intérêts opposés des deux clients dans ces affaires.

Devoir de loyauté sans partage

En Australie⁶³, un arrêt marquant concernant le devoir de loyauté a été rendu récemment en appel dans l'affaire *Spincode Pty Ltd v. Look Software Pty Ltd & Ors*⁶⁴. Alors que *Spincode* examine le devoir de loyauté envers un ancien client (et est un arrêt important, similaire à

⁶³ Pour une comparaison du droit australien et du droit anglais, voir : Sandro Goubran, « Conflicts of Duty: The Perennial Lawyers' Tale – A Comparative Study of the Law in England and Australia » (2006) 31(1) *Melbourne University Law Review* 88.

⁶⁴ [2001] VSCA 248 [*Spincode*].

*Re Credit Suisse First Boston Canada Inc.*⁶⁵ à cet égard), le devoir de loyauté envers un client actuel fait l'objet d'un examen utile dans l'extrait suivant des motifs du juge Brooking alors qu'il reprend, en les approuvant, les travaux du professeur Finn :

[TRADUCTION]

L'expression « devoir de loyauté » a été utilisée au cours des dernières années par des juges et d'autres pour déterminer si un avocat qui représente ou qui a représenté un client se trouve empêché d'en représenter un autre. La prévalence de l'expression dans cette acception résulte sans doute, du moins en partie, des écrits du professeur Finn avant son accession à la magistrature. Je n'ai relevé aucune référence au devoir de loyauté dans son ouvrage intitulé *Fiduciary Obligations* (1977), quoique le chapitre 22, intitulé « Conflict of Duty and Duty » (conflit de devoirs et d'obligations) commence par les mots « To ensure a loyalty which is undivided... » (Pour s'assurer d'une loyauté sans partage...). Écrivant en 1988, le professeur Finn disait que la « norme fiduciaire » enjoint une partie d'agir dans l'intérêt de l'autre – d'agir de manière désintéressée et avec une loyauté sans partage. Plus loin dans le même document, il décrit le principe fiduciaire comme étant une loyauté indéfectible au service des intérêts d'un autre. Les chapitres 21 et 22 d'un ouvrage relativement récent sur les avocats portent le titre « Duties of Loyalty » (devoirs de loyauté) et le chapitre 12 d'un livre très récent sur les avocats est intitulé « Conflict of Interest: Loyalty » (conflit d'intérêts : loyauté). Dans un document ultérieur, le professeur Finn se penche assez longuement sur les questions qui se posent lorsque les avocats ou d'autres fiduciaires agissent soit dans des « conflits concernant la même affaire » (où le fiduciaire agit dans la même affaire pour des parties différentes qui ont des intérêts opposés) et des « conflits concernant d'anciens clients » où après avoir représenté un client dans une affaire, un avocat ou un autre fiduciaire agit, dans la même affaire ou dans une affaire liée, pour un nouveau client contre l'ancien. Vers la fin de la discussion traitant des conflits concernant la même affaire, on peut lire :

« Ces questions sont au cœur même du droit des fiducies, même si le droit anglais, à la différence du droit de certains ressorts du Commonwealth (particulièrement le Canada et la Nouvelle-Zélande), a été long à en apprécier pleinement l'importance. **Non seulement le mandataire ou le conseiller qui représente deux parties ayant des intérêts opposés dans la même affaire a-t-il envers chacune, sous le régime de la common law, des obligations de diligence, de compétence et autres obligations similaires découlant de la fonction qu'il assume, mais il a également envers chacune un devoir de loyauté.** Nous ne faisons que commencer à comprendre à quel point ce dernier peut éclipser les premières en importance. La loyauté a un double effet. En premier lieu, si le fiduciaire est rémunéré par une partie ou par les deux, le volet « conflit de devoirs et d'intérêts » du devoir du fiduciaire l'oblige à divulguer à chacune qu'il est rémunéré par l'autre. En second lieu, et ce point est plus important encore, jusqu'à ce que chaque client ne convienne du contraire, ou à moins qu'il n'existe une coutume reconnue par la loi, chaque client a droit à la loyauté sans partage du fiduciaire qu'il a engagé, et il a le droit de supposer qu'il bénéficie de cette loyauté. La règle est simple et inéluctable : **“Sauf en cas de consentement éclairé, un mandataire ne peut légalement se placer dans une position où il assume envers un tiers un devoir incompatible avec son devoir envers son mandant.”** » (Notes de bas de page omises.)

Ce document a été rédigé en 1991. Dans un document datant de 1987, l'éminent auteur mentionne à de nombreuses occasions le devoir de loyauté du fiduciaire. Ce document, à l'instar de beaucoup d'autres travaux du professeur, a eu une grande influence⁶⁶. [Nous soulignons]

⁶⁵ (2004), 2 B.L.R. (4th) 109 (Commission des valeurs mobilières de l'Ontario) [*Re Credit Suisse*].

⁶⁶ *Spincode*, *supra* note 64, par. 42.

Une décision de la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande, *Farrington v. Rowe McBride & Partners*, est au même effet⁶⁷. Dans cette affaire *Farrington*, les avocats ont représenté une partie demanderesse dans une réclamation pour blessures, puis l'ont aidée à investir le montant de l'indemnité auprès d'un autre client dont ils administraient les finances. Le placement a été perdu. La Cour d'appel a conclu qu'il y avait eu violation de l'obligation fiduciaire puisqu'il existait, pour les avocats, un conflit non divulgué entre leurs devoirs envers la partie demanderesse, qui était leur client et l'emprunteur, qui était aussi leur client. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Woodhouse, écrit :

[TRADUCTION]

La loyauté d'un avocat envers son client doit être sans partage. Il ne peut pas s'acquitter adéquatement de ses obligations envers un client dont les intérêts sont opposés à ceux d'un autre client. S'il existe un conflit entre ses responsabilités envers l'un ou l'autre, il doit veiller à divulguer complètement les faits pertinents aux deux clients et à obtenir leur consentement éclairé à ses actions dans l'affaire.

« Aucun mandataire qui a accepté un mandat d'un mandant ne peut légalement accepter d'un second mandant un mandat incompatible avec son devoir envers le premier, à moins de divulguer, le plus complètement possible, son intérêt à chacun et d'obtenir le consentement de chaque mandant à son double emploi. » (*Fullwood v. Hurley* [1928] 1 KB 498, 502 par le lord juge Scrutton).

Il se présentera des situations où, malgré pareille divulgation, il sera impossible pour un avocat d'agir équitablement et adéquatement pour les deux parties.

Bref, la jurisprudence en Angleterre, en Australie et en Nouvelle-Zélande montre que l'obligation fiduciaire d'éviter les conflits d'intérêts englobe la règle dite sur les conflits d'intérêts et d'obligations, ainsi que la règle sur les conflits de devoirs et d'obligations. Alors que l'expression la plus simple de la « règle sur les conflits de devoirs et d'obligations » est le cas où un avocat représente deux clients ou plus ayant des intérêts opposés dans une même affaire, elle s'applique aussi dans toutes les situations où le devoir de diligence envers un client est en conflit avec le devoir envers un tiers, client ou autre, qu'il s'agisse ou non de la même affaire.

Si un avocat, ou un cabinet d'avocats, agit pour différents clients dans des affaires différentes mais liées, les devoirs de diligence qu'il assume envers ses différents clients peuvent être en conflit et, par conséquent, enfreindre la règle sur les conflits de devoirs et d'obligations. Par définition, il est difficile lorsque les affaires ne sont pas liées, de voir comment les devoirs de diligence pourraient être en conflit et comment la règle sur les conflits de devoirs et d'obligations pourrait intervenir.

Les intérêts conflictuels et la règle sur les affaires non liées

R. c. Neil et Strother c. 3464920 Canada Inc.

La règle ci-dessous, appelée règle de la ligne de démarcation très nette, est énoncée dans *Neil*⁶⁸ et réitérée dans les motifs de la majorité dans l'arrêt *Strother*⁶⁹ :

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. [En italique dans l'original]

Dans *Strother*, on peut lire, dans les motifs de la majorité⁷⁰ :

Des cas exceptionnels ne devraient toutefois pas occulter la principale fonction de la règle de la « démarcation très nette », qui concerne le devoir de l'avocat d'éviter les conflits qui compromettent la représentation respective des intérêts de ses clients concurrents, que ce soit dans le cadre d'un litige ou autrement; voir, par exemple, *Waxman c. Waxman*, (2004) 186 O.A.C. 201 (C.A.).

Cette description du principal objectif de la règle de la ligne de démarcation très nette est conforme à l'objectif de la règle sur les conflits de devoirs et d'obligations ». Les deux règles sont conçues pour éviter les conflits qui nuisent à la représentation du client.

Toutefois, la règle de la ligne de démarcation très nette semble prolonger la règle sur les conflits de devoirs et d'obligations au-delà de ce que l'on trouve dans tous les autres ressorts du Commonwealth. La règle de la ligne de démarcation très nette dit que les avocats ne doivent pas agir dans une affaire qui est directement opposée aux intérêts immédiats d'un client actuel **même si les deux mandats ne sont pas reliés** (la « règle sur les affaires non reliées »).

Origines de la règle sur les affaires non reliées

La règle sur les affaires non reliées ne peut être expliquée par l'inquiétude qu'il y ait conflit entre les devoirs de diligence dans les deux affaires puisque, par définition, elles ne sont pas liées. La règle sur les affaires non reliées est sans conteste un élargissement du devoir de loyauté comme il a d'abord été compris dans les lois du Canada, de l'Angleterre, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande. Aucun jugement, ni rien dans la doctrine citée dans les arrêts *Neil* ou *Strother*, n'offre d'explication pour cet élargissement. Aucune justification n'est donnée

⁶⁸ *Neil*, *supra* note 4, par. 29.

⁶⁹ *Strother*, *supra* note 3, par. 51.

⁷⁰ La Cour d'appel de l'Ontario réitère la règle traditionnelle comme suit, au par. 646 de l'arrêt *Waxman c. Waxman* (2004), 44 B.L.R. (3d) 165, 186 O.A.C. 201 (C.A.) (cité dans *Strother*) : [TRADUCTION] « Habituellement, un avocat ne devrait pas agir pour les deux parties à une transaction lorsque les intérêts d'un client peuvent être en conflit avec ceux de l'autre. S'il y a certaines transactions simples ou ordinaires où un avocat peut agir pour les deux parties, la vente d'actions n'est pas de ce nombre. »

dans l'un ou l'autre cas. Comme les mandats dans les affaires *Neil* et *Strother* ne visaient pas des affaires non reliées, l'élargissement ne découle pas des faits dans ces instances ni, peut-on le présumer, des arguments présentés à la Cour, il n'était pas nécessaire d'examiner l'élargissement du mandat pour rendre une décision dans l'une ou l'autre des affaires.

De plus, la définition de l'expression « conflit d'intérêts » dans *Neil*, définition tirée du droit des États-Unis et confirmée par la majorité dans *Strother*, n'explique ni n'étaye la règle sur les affaires non reliées. Comme la Cour l'a affirmé dans *Strother* :

Le devoir de loyauté est axé sur la capacité de l'avocat de bien représenter son client, mais il ne se limite pas à l'obligation d'éviter les conflits d'intérêts avec d'autres clients concurrents. La notion de « conflit d'intérêts » a été définie dans l'arrêt *Neil* comme étant

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

(*Neil*, adoptant, au par. 31, l'article 121 de *Restatement (Third) of Law Governing Lawyers*, vol. 2, p. 244-245)⁷¹.

Cette nouvelle formulation de la règle sur les conflits de devoirs et d'intérêts est, avec la règle sur les conflits de devoirs et d'obligations, conforme à la common law anglo-canadienne, puisque les intérêts et les devoirs qui sont en conflit avec le devoir de diligence donnent lieu à un risque sérieux d'effet nuisible appréciable sur la représentation du client. La norme reformulée a été appliquée comme suit par la majorité dans les conclusions défavorables à M. Strother :

Dans ces circonstances, le fait pour M. Strother d'avoir un intérêt direct et important dans les profits potentiels de la [TRADUCTION] « concurrent[e] commercial[e] » de Monarch (pour reprendre l'expression du juge Lowry, au par. 113) créait un risque sérieux que ses intérêts personnels nuisent de façon appréciable à sa représentation de Monarch (*Neil*, par. 31)⁷².

La juge en chef, s'exprimant au nom de la minorité dans *Strother*, conteste clairement l'élargissement potentiel du droit reflété dans la règle sur les affaires non reliées. Les motifs de la minorité sont exprimés ainsi :

Il est essentiel de mettre l'accent sur l'existence d'un conflit d'obligations ou d'intérêts fondé sur ce que l'avocat s'est engagé à faire dans le mandat. Si le devoir de loyauté est décrit comme un devoir général et variable qu'un avocat ou un cabinet d'avocats a envers chacun de ses clients, le risque de conflit est élevé. En fait, il est difficile d'imaginer comment un avocat ou un cabinet d'avocats pourrait, à quelque moment que ce soit, agir pour le compte de deux concurrents. Prenons l'exemple, comme en l'espèce, d'un avocat fiscaliste qui agit pour le compte des clients A et B, des concurrents. Le client A peut lui demander de l'aider à réduire au minimum son impôt sur les gains en capital. Le client B peut solliciter un avis sur un abri fiscal. L'avocat a, tant envers A qu'envers B, des obligations contractuelles

⁷¹ *Strother*, *supra* note 3, par. 56.

⁷² *Ibid.*, par. 69.

et des obligations fiduciaires connexes. Si l'obligation que l'avocat a envers chaque client est formulée en des termes larges et généraux, il est fort possible qu'elle empêche l'avocat d'agir pour chacun d'eux; à tout le moins, elle créera de l'incertitude. Par contre, si cette obligation est rattachée au mandat, ces problèmes ne se posent pas. L'avocat est néanmoins libre d'agir pour les deux clients, pourvu que les obligations qu'il a envers le client A n'entrent pas en conflit avec celles qu'il a envers le client B⁷³.

...

Pour déterminer si un intérêt est « directement » opposé aux intérêts « immédiats » d'un autre client, il faut se reporter aux obligations que les mandats pertinents imposent à l'avocat. Cette précision protège les clients tout en permettant aux avocats et aux cabinets d'avocats de fournir leurs services à divers clients du même secteur. Il est dans l'intérêt public qu'il en soit ainsi. Comme l'a fait remarquer le juge Binnie dans l'arrêt *Neil*, par. 15 :

Un élargissement inutile de ce devoir pourrait, tout autant que son atténuation, entraver le bon fonctionnement du système judiciaire. Le problème consiste toujours à déterminer quelles règles sont nécessaires et raisonnables et quel est le meilleur moyen d'atteindre un bon équilibre entre des intérêts divergents⁷⁴.

...

Pour ces motifs, j'estime que, pour décider si un conflit d'intérêts a pris naissance dans un cas donné, il faut commencer par examiner le mandat liant l'avocat et la partie plaignante. Il s'agit alors de déterminer si ces obligations entraînent en conflit soit avec les obligations que l'avocat avait envers un deuxième client soit avec les intérêts personnels de cet avocat. Dans l'affirmative, il y a manquement au devoir de loyauté de l'avocat et l'existence d'un manquement à une obligation fiduciaire est établie. Tel est le point de vue que la jurisprudence a adopté et que les tribunaux doivent suivre. Il est évident que cela n'empêche pas les barreaux d'imposer à leurs membres des obligations déontologiques supplémentaires. Ils sont plus au fait que les tribunaux des réalités modernes de la pratique du droit et des besoins des clients. S'il se révèle nécessaire d'élargir au-delà des limites existantes les obligations des avocats, il appartient à ces organismes, et non aux tribunaux, de le faire⁷⁵.

À la suite de l'arrêt *Strother*, nous sommes face à une division apparente de la Cour suprême du Canada quant à la règle sur les affaires non reliées. Les motifs de la majorité réitèrent simplement la règle sur les affaires non reliées qui a été invoquée dans *Neil*. Les motifs de la minorité rejettent cet élargissement du droit. Cette division n'a pas été résolue par *Strother* parce que *Strother* ne concerne pas une affaire non reliée. Alors que la juge en chef a saisi l'occasion d'articuler des motifs contre la règle sur les affaires non reliées dans l'opinion de la minorité dans *Strother*, aucun motif n'est articulé en faveur de cette règle dans *Neil* ou dans *Strother*.

⁷³ *Ibid.*, par. 136.

⁷⁴ *Ibid.*, par. 140.

⁷⁵ *Ibid.*, par. 142.

La règle sur les affaires non reliées en tant que remarque incidente

Puisque la règle sur les affaires non reliées n'était pertinente ni dans l'affaire *Neil* ni dans l'affaire *Strother*, il est clair que son élaboration constitue dans les deux cas des remarques incidentes⁷⁶. De plus, la règle sur les affaires non reliées n'a été invoquée ni dans les mémoires écrits ni dans les représentations verbales des parties et dans *Neil*⁷⁷ l'avocat n'était même pas partie aux procédures. Même si ni l'affaire *Neil* ni l'affaire *Strother* ne mettait en cause la règle sur les affaires non reliées, c'est dans ces deux arrêts que la règle a été énoncée.

Sans chercher à tirer de conclusions quant à l'effet de ces remarques, il est utile de garder à l'esprit l'explication suivante des effets de remarques incidentes que l'on trouve dans un arrêt de la Cour suprême du Canada :

Pour reprendre la formulation du comte Halsbury, il faut se demander chaque fois quelles questions ont été effectivement tranchées? Au-delà de la *ratio decidendi* qui est généralement ancrée dans les faits, comme l'a signalé le comte Halsbury, le point de droit tranché par la Cour peut être aussi étroit que la directive au jury en cause dans *Sellars* ou aussi large que le test établi par l'arrêt *Oakes*. Les remarques incidentes n'ont pas et ne sont pas censées avoir toutes la même importance. Leur poids diminue lorsqu'elles s'éloignent de la stricte *ratio decidendi* pour s'inscrire dans un cadre d'analyse plus large dont le but est manifestement de fournir des balises et qui devrait être accepté comme faisant autorité. Au-delà, il s'agira de commentaires, d'exemples ou d'exposés qui se veulent utiles et peuvent être jugés convaincants, mais qui ne sont certainement pas « contraignants » comme le voudrait le principe *Sellars* dans son expression la plus extrême. L'objectif est de contribuer à la certitude du droit, non de freiner son évolution et sa créativité. La thèse voulant que chaque énoncé d'un jugement de la Cour soit traité comme s'il s'agissait d'un texte de loi n'est pas étayée par la jurisprudence et va à l'encontre du principe fondamental de l'évolution de la common law au gré des situations qui surviennent⁷⁸.

À la lumière de la division entre la majorité de cinq juges contre quatre dans l'arrêt *Strother*, sans doute faut-il considérer la règle sur les affaires non reliées telle qu'elle est énoncée dans *Neil* comme étant surtout une explication utile ou persuasive.

⁷⁶ Entre autres, la Cour suprême du Canada n'a examiné ni dans *Neil* ni dans *Strother* la question de savoir si la règle sur les affaires non reliées s'applique au-delà du litige, à la lumière des motifs suivants énoncés par la Cour dans l'arrêt *Succession MacDonald*, *supra* note 2, concernant la compétence des tribunaux : À cet égard, il convient de se rappeler que la profession d'avocat est une profession qui se régit elle-même. C'est à elle, et non aux tribunaux, que le législateur a confié la responsabilité d'élaborer des normes. Les tribunaux ont simplement un rôle de surveillance et leur compétence porte sur cet aspect de la déontologie uniquement en ce qui a trait aux procédures judiciaires. Toutefois, les organes directeurs se préoccupent de l'application des normes relatives aux conflits d'intérêt non seulement en ce qui concerne le contentieux mais dans d'autres domaines qui constituent la plus grande part de la pratique du droit.

⁷⁷ Dans *Neil* un accusé interjetait appel parce qu'il prétendait qu'un conflit d'intérêts du procureur de la défense avait porté atteinte à son droit à une défense pleine et entière. Par conséquent, même si l'accusé et la Couronne étaient parties à l'appel, le procureur de la défense ne l'était pas.

⁷⁸ *R. c. Henry*, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 57.

La règle modèle de l'ABA sur les affaires non reliées

Quelle est l'origine de la règle sur les affaires non reliées? Alors que dans l'arrêt *Neil*, les motifs ne sont pas explicites, il semble évident que la réponse se trouve dans les *Model Rules of Professional Conduct* de l'American Bar Association (*Model Rules* de l'ABA). La règle 1.7 prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

1.7 (a) À l'exception de ce qui est prévu à l'alinéa (b), un avocat ne doit pas représenter un client si la représentation devait entraîner un conflit d'intérêts. **Il y a conflit d'intérêts si :**

- (1) **la représentation d'un client est en opposition directe aux intérêts d'un autre client;**
 - (2) **il existe un risque élevé que la représentation d'un ou de plusieurs clients sera considérablement limitée par les responsabilités de l'avocat envers un autre client, un ancien client ou un tiers, ou par un intérêt personnel de l'avocat.**
- (b) Malgré l'existence d'un conflit d'intérêts décrit à l'alinéa (a), un avocat peut représenter un client si :
- (1) l'avocat croit raisonnablement qu'il ou elle pourra assurer à chaque client en cause une représentation compétente et diligente;
 - (2) la représentation n'est pas interdite par la loi;
 - (3) la représentation ne vise pas la revendication d'un droit par un client aux dépens d'un autre client représenté par l'avocat dans le même litige ou un autre recours auprès d'un tribunal;
 - (4) chaque partie touchée donne son consentement éclairé, confirmé par écrit.

[Nous soulignons]

Alors que la règle 1.7(a)(2) de l'ABA est très similaire au §121 du *Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers* de l'*American Law Institute* (le *Restatement*) et à la common law anglo-canadienne traditionnelle, tel n'est pas le cas pour la règle 1.7(a)(1). La règle 1.7(a)(1) de l'ABA est, à une différence près, similaire à la règle sur les affaires non reliées; elle se lit comme suit : [TRADUCTION] « il y a conflit d'intérêts si la représentation d'un client sera en opposition directe aux intérêts d'un autre client ». Reformulée dans la même forme, la règle de la ligne de démarcation très nette énoncée dans *Neil* se lirait ainsi : « il y a conflit d'intérêts si la représentation d'un client sera directement opposée *aux intérêts immédiats* d'un autre client. »

Il semble que les motifs énoncés dans *Neil* reflètent en réalité une partie des *Model Rules* de l'ABA.

Politique à l'appui de la règle sur les affaires non reliées

La politique qui sous-tend la règle 1.7(a)(1) telle qu'elle semble avoir été adoptée dans *Neil* est expliquée dans les commentaires sur les *Model Rules* de l'ABA. On lit notamment au commentaire 6 :

[TRADUCTION]

Ainsi, en l'absence de consentement, **un avocat ne peut pas agir comme procureur** contre une personne qu'il représente dans une autre affaire, même lorsque ces affaires sont tout à fait étrangères l'une à l'autre. **Le client** par rapport à qui la représentation est directement opposée **éprouvera vraisemblablement le sentiment d'être trahi** et il est probable que les **dommages** à la relation avocat-client **nuiront à la capacité de l'avocat de représenter le client de manière efficace**. De plus, le client au nom de qui la représentation opposée est entreprise est raisonnablement en droit de craindre que l'avocat défendra sa cause moins efficacement par déférence envers l'autre client, c'est-à-dire que la représentation sera considérablement limitée par l'intérêt de l'avocat de conserver le client actuel. De la même façon, **un conflit directement opposé peut survenir lorsqu'un avocat doit contre-interroger un client** qui comparait comme témoin dans une poursuite à laquelle un autre client est partie, puisque le témoignage sera nuisible pour le client représenté dans la poursuite. Par contre, **la représentation simultanée, dans des affaires non reliées, de clients dont les intérêts ne sont opposés que sur le plan économique**, par exemple la représentation d'entreprises en concurrence économique dans des poursuites non reliées, **ne constitue habituellement pas un conflit d'intérêts** et, par conséquent, peut faire en sorte qu'il n'est pas nécessaire d'obtenir le consentement des clients respectifs. [Nous soulignons]

Dans une discussion de la règle sur les affaires non reliées, il est nécessaire de garder à l'esprit que la règle n'est applicable que lorsqu'un avocat agit dans au moins deux affaires⁷⁹. L'avocat agit directement contre les intérêts immédiats d'un client dans une affaire (l'affaire opposée) et agit simultanément pour le même client dans une autre affaire non reliée (l'affaire non reliée).

Le commentaire 6⁸⁰ soulève l'inquiétude qu'en ce qui a trait à l'affaire opposée, l'avocat pourrait ne pas représenter le client avec zèle à cause de son intérêt personnel qui est de protéger les revenus de son client actuel dans l'affaire non reliée. Le point qui soulève l'inquiétude est la possibilité que l'intérêt personnel de l'avocat nuise à son devoir de diligence dans l'affaire opposée.

Le commentaire soulève cette inquiétude parce que la relation avec le client actuel dans l'affaire non reliée pourrait être compromise par un sentiment de trahison qu'éprouverait le client, l'avocat agissant pour un autre client dans l'affaire opposée ou si, dans le cadre d'un litige, l'avocat devait contre-interroger le client actuel. En ce qui a trait à l'affaire non reliée, il n'est pas suggéré que le devoir de diligence est compromis par un conflit de devoirs ou par un conflit d'intérêts, mais plutôt parce que la relation entre l'avocat et le client actuel souffre de la réaction de ce dernier face au fait que l'avocat représente un autre client dans une affaire opposée.

⁷⁹ Même s'il peut y avoir de nombreuses affaires non reliées, l'analyse ne diffère pas, qu'il y ait une ou plusieurs affaires non reliées.

⁸⁰ La partie pertinente du commentaire de la règle 1.7 affirme ceci : [TRADUCTION] « de plus, le client ... peut craindre que l'avocat défendra sa cause moins efficacement par déférence envers l'autre client, c.-à-d. que la représentation sera considérablement limitée par l'intérêt de l'avocat de conserver le client actuel. »

Le *Restatement* traite en termes similaires de la politique qui sous-tend la règle sur les affaires non reliées⁸¹ :

[TRADUCTION]

... Un client a le droit d'être représenté par un avocat en qui il a confiance. Insuffler la confiance est en soi-même un objectif important. Par exemple, le principe qui sous-tend l'interdiction faite à un avocat de déposer une poursuite contre un client actuel dans une affaire non reliée (voir l'article 128, commentaire e) peut aussi être élargi à des situations autres qu'un litige où il y aurait un risque élevé que les attentes d'un client quant à la loyauté de l'avocat soient déçues. Les questions litigieuses, par exemple celles qui entraînent des accusations de mauvaise foi contre le client que l'avocat représente dans une autre affaire, soulèveraient une telle inquiétude. Il en irait de même pour des négociations au nom d'un client si une forte proportion de la valeur nette d'un autre client de l'avocat était à risque.

Effet préjudiciable sur la représentation du client

Une interprétation absolue de la règle sur les affaires non reliées veut qu'il y ait habituellement un risque sérieux d'effet préjudiciable substantiel sur la représentation du client. Même si la règle modèle de l'ABA, telle qu'elle est habituellement adoptée aux États-Unis, semble préconiser une application stricte, il est significatif que tel n'est pas le cas pour le *Restatement*⁸². Le *Restatement* adopte une position absolue contre le fait d'agir contre des clients actuels dans un litige mais non, comme on le voit ci-dessus, dans d'autres contextes.

Conformément au *Restatement*, alors que la règle modèle 1.7 de l'ABA est exprimée dans des termes absolus, il vaut la peine de souligner que le commentaire⁸³ de la même règle ne traite que d'une interdiction faite à l'avocat d'agir en tant que [TRADUCTION] « procureur contre une personne qu'il représente dans une autre affaire ». [Nous soulignons]

Il faut en outre souligner que dans les cas où il n'existe aucun risque sérieux que la représentation d'un client soit compromise, la jurisprudence aux États-Unis⁸⁴ adopte de plus en plus la position que la question concernant des litiges contre des clients actuels dans des affaires non reliées relève plus de l'organisme professionnel disciplinaire compétent que des tribunaux. Cette position est conforme au traitement judiciaire traditionnel, dans les ressorts du Commonwealth, du devoir de loyauté (c'est-à-dire que le devoir de loyauté veut que la représentation du client ne soit pas compromise et que les autres questions d'ordre éthique, s'il en est, relèvent des ordres professionnels de juristes). Il serait ironique que le résultat de l'adoption, au Canada, d'une règle de l'ABA soit que les tribunaux canadiens aient compétence exclusive, ou même principale, sur des questions qui, aux États-Unis, relèvent d'organismes professionnels disciplinaires.

⁸¹ Art. 121, commentaire b. Rationale.

⁸² Tel qu'il a été adopté dans *Neil*, *supra* note 4 et réitéré dans *Strother*, *supra* note 3.

⁸³ La partie pertinente du commentaire est mentionnée ci-dessus.

⁸⁴ Voir, par exemple, *SWS Financial Fund A. v. Salomon Bros. Inc.*, 790 F. Supp. 139 (USDC, Dale, ND Ill) et *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 98 F. Supp. 2d 449 (USDC, Dale, SDNY), deux décisions citées dans le *Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers*. Voir également *Research Corporation Technologies, Inc. v. Hewlett-Packard Company*, 936 F. Supp. 697 (USDC, Ariz. 1996), *The Prudential Insurance Company of America, et al. v. Anodyne, Inc.*, et al., 365 F. Supp. 2d 1232 (USDC S.D. Fla. 2005), *Great American Insurance Company v. General Contractors & Construction Management Inc. et al.*, 2008 U.S. Dist. LEXIS 37015 (USDC, S.D. Fla. 2005).

Lorsqu'elle a décidé de laisser à l'organisme professionnel disciplinaire compétent le soin de trancher la question concernant un litige contre un client actuel dans *SWS Financial Fund A. v. Salomon Bros, Inc.*, la Cour de district des États-Unis a écrit :

[TRADUCTION]

Un tribunal qui tranche une requête en inhabilité dans une affaire mettant en cause des mégacabinets (comme Schiff) et des mégaparties (comme Salomon Brothers) ne doit pas être insensible à la façon dont les avocats et les clients se comportent habituellement à la fin du 20^e siècle ni à ce qu'ils en sont venus à attendre l'un de l'autre quant à la continuation ou à la résiliation de la relation. » *Drustar*, 134 F.R.D. 226, 229. Comme l'a souligné le tribunal dans l'affaire *Drustar* : L'importance des concepts d'« avocat personnel » ou d'« avocat général d'entreprise » est aujourd'hui beaucoup moindre que par le passé, spécialement pour les utilisateurs avertis de services juridiques. Les clients peuvent avoir de nombreux avocats qui ont tous certains devoirs implicites et constants de loyauté. La spécialisation des avocats et le marketing ont contribué à fractionner les secteurs d'activités d'un client unique.

Si notre Cour devait conclure que la violation par Schiff de la règle 1.7 aurait dû entraîner sa disqualification, les conséquences seraient excessives. Les clients de très grande taille et très riches, qui ont d'énormes besoins en services juridiques, ne devraient pas être encouragés à fractionner leurs affaires entre le plus grand nombre possible d'excellents cabinets d'avocats comme moyen de créer à dessein la possibilité de conflits. Il suffirait pour ces clients de confier une affaire mineure à un cabinet d'avocats, un genre de « placement » qui constituerait en réalité une police d'assurance contre l'éventualité que ce cabinet agisse contre eux. Même s'il ne faut pas encourager les avocats à poursuivre leurs clients (d'où les sanctions dont il est question ci-dessus), la loi ne doit pas inciter les grandes sociétés à mettre en place des possibilités de conflits en disqualifiant automatiquement les avocats.

Malgré la position adoptée aux États-Unis, et pour les motifs énoncés dans le présent chapitre, le Groupe de travail n'est pas d'accord que ce raisonnement est applicable à tous les mandats de représentation.

Il ressort clairement de l'examen ci-dessus qu'une compréhension historique de la relation avocat-client (c'est-à-dire l'avocat d'un particulier ou l'avocat général d'entreprise), compréhension qui sous-tendait la règle modèle de l'ABA, n'est pas nécessairement la réalité d'aujourd'hui. C'est la réalité moderne qui présente la possibilité de préjudice. Les relations modernes entre l'avocat et son client sont plus variées et peut-être différentes de ce qu'elles étaient auparavant, de sorte que la règle obligatoire de la ligne de démarcation très nette, qui correspondait à une réalité différente, ne s'applique plus aujourd'hui, même aux États-Unis.

Le principe du risque sérieux

Le Canada, l'Angleterre, les États-Unis, l'Australie et la Nouvelle-Zélande ont tous essentiellement les mêmes règles fondamentales en matière de conflit d'intérêts et d'obligations et de conflit de devoirs et d'obligations. Ces règles viennent confirmer le devoir de diligence de l'avocat envers un client car elles prévoient qu'il ne peut avoir aucun autre intérêt et n'accepter

aucun autre devoir à moins d'obtenir le consentement éclairé du client. Ces règles sont établies tant dans l'intérêt des clients que dans l'intérêt du public et visent à préserver l'intégrité de l'administration de la justice.

L'article 121 du *Restatement*, adopté dans les arrêts *Neil* et *Strother*, intègre ces règles au principe suivant (le « principe du risque sérieux ») qui interdit à un avocat d'agir, à moins d'avoir obtenu un consentement éclairé, dans les situations où il existe :

[TRADUCTION]

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

Toutefois, avant l'arrêt *Neil*, la règle sur les affaires non reliées ne faisait pas partie du droit au Canada et, encore aujourd'hui, elle ne fait pas partie du droit en Angleterre, en Australie ou en Nouvelle-Zélande. Par contre, il n'est pas assuré que cet élargissement du droit fait aujourd'hui partie du droit au Canada, puisque c'était une remarque incidente dans l'arrêt *Neil* et qu'il a été contesté par l'opinion minoritaire dans l'arrêt *Strother*. De toute façon, il semble que la règle sur les affaires non reliées se soit infiltrée dans le droit canadien en tant qu'adaptation d'une partie de la règle 1.7 des *Model Rules* de l'ABA.

Comme ni l'arrêt *Neil* ni l'arrêt *Strother* n'ont abordé la question de mandats non reliés contre un client actuel, il n'est pas possible de bien comprendre l'intention de la Cour ou de savoir l'incidence qu'elle attendait de la règle sur les affaires non reliées dans la pratique quotidienne du droit. L'élément qui reste clair et qui est conforme au droit du Canada et du Commonwealth est le principe du risque sérieux.

Le Groupe de travail croit que la règle sur les affaires non reliées, qui semble avoir été énoncée pour orienter les avocats canadiens, ne devrait pas être plus large que ce qu'exige le respect de ce principe. Nous reconnaissons sans conteste qu'il y a des situations où un mandat non relié contre un client actuel enfreint le principe du risque sérieux. Néanmoins, nous ne croyons pas que ce soit toujours le cas. De fait, nous pensons qu'un mandat non relié est peu susceptible d'enfreindre le principe du risque sérieux, en particulier lorsque les questions ne sont pas litigieuses.

Le principe du risque sérieux et la règle sur les affaires non reliées

La Cour a adopté le principe du risque sérieux dans l'arrêt *Neil* et la majorité l'a adopté dans *Strother*. Dans *Strother*, la minorité n'a pas contesté le principe du risque sérieux. Si, comme nous le croyons fermement, il y a des situations où un mandat non relié contre un client actuel n'enfreint pas le principe du risque sérieux, il faudrait alors résoudre une incompatibilité potentielle entre la règle sur les affaires non reliées et le principe du risque sérieux.

Un examen du raisonnement dans l'arrêt *Neil* peut être utile à cet égard. Juste avant de se pencher sur la règle sur les affaires non reliées, le juge Binnie écrivait :

Dans des cas exceptionnels, il est possible de déduire qu'il y a eu consentement du client. Ainsi, les gouvernements reconnaissent généralement que les avocats en cabinet privé qui les représentent au civil ou au criminel agiront contre eux dans le cadre d'affaires qui n'ont aucun rapport avec ces mandats; **une position contraire adoptée dans un cas particulier pourra, selon les circonstances, être considérée comme liée à des considérations de tactique plutôt que de principe.** Les banques à charte, tout comme les entités qu'on pourrait qualifier de plaideurs d'habitude, peuvent faire preuve d'une ouverture d'esprit semblable dans des affaires qui sont si peu reliées entre elles que le risque d'utilisation à mauvais escient de renseignements confidentiels est inexistant. Ces cas exceptionnels s'expliquent par la notion de consentement éclairé, exprès ou implicite⁸⁵. [Nous soulignons]

Ces motifs traitent de la présomption de consentement dans le contexte d'un litige. Il s'ensuit logiquement que le consentement des entreprises, des gouvernements et d'autres clients à la représentation d'autres parties dans des affaires commerciales et autres affaires non contentieuses peut aussi être présumé. Il est particulièrement intéressant de relever la remarque où le juge affirme qu'« une position contraire adoptée dans un cas particulier pourra, selon les circonstances, être considérée comme liée à des considérations de tactique plutôt que de principe ».

Le contraste entre la position tactique et la position de principe est renforcé par l'extrait suivant tiré de l'arrêt *Neil* :

En cette ère de cabinets d'envergure nationale et de roulement élevé des avocats, surtout aux niveaux inférieurs, **il se peut que l'imposition d'exigences exagérées et inutiles quant à la loyauté envers le client,** réparties entre un grand nombre de cabinets et d'avocats qui ne connaissent, en fait, aucunement le client ni ses affaires particulières, **privilégie la forme au détriment du contenu et l'avantage tactique plutôt que la protection légitime.** Les avocats sont toutefois au service du système et, dans la mesure où leur mobilité se trouve gênée par des règles raisonnables et nécessaires visant à protéger les clients, c'est le prix à payer pour le professionnalisme. Les stratégies d'expansion commerciale doivent s'adapter aux principes juridiques plutôt que l'inverse. **Il est toutefois important de relier le devoir de loyauté aux politiques qu'il est censé promouvoir.** Un élargissement inutile de ce devoir pourrait, tout autant que son atténuation, entraver le bon fonctionnement du système judiciaire. Le problème consiste toujours à déterminer quelles règles sont nécessaires et raisonnables et quel est le meilleur moyen d'atteindre un bon équilibre entre des intérêts divergents⁸⁶. [Nous soulignons]

⁸⁵ *Supra* note 4, par. 28.

⁸⁶ *Ibid.*, par. 15.

Enfin, dans *Neil*, le juge Binnie exprimant les motifs de la Cour écrit ce qui suit :

Si une partie à un litige pouvait, au détriment de son adversaire, tirer **un avantage stratégique immérité** de la présentation d'une requête en inhabilité ou d'une demande de réparation « éthique » quelconque en se servant du principe de « l'intégrité de l'administration de la justice » comme d'un simple pavillon de complaisance, le caractère équitable du processus serait compromis⁸⁷.
[Nous soulignons]

Dans l'arrêt *Strother*, les motifs de la majorité disent :

En raison de l'augmentation de la taille des cabinets d'avocats et de la diminution de leur nombre, les cours ont de plus en plus été appelées, au cours des dernières années, à examiner les demandes de clients qui alléguaient que leurs avocats étaient en situation de conflit d'intérêts. Il arrive qu'un cabinet d'avocats soit la victime innocente d'un feu croisé entre deux ou plusieurs clients. **L'allégation de conflit est parfois fondée sur des raisons purement stratégiques, pratique condamnable critiquée dans l'arrêt *Neil*, aux par. 14-15, et facteur qu'une cour doit prendre en considération pour déterminer quelle réparation, s'il y a lieu, doit être accordée⁸⁸.** [Nous soulignons]

Il s'agit clairement d'une restriction relative à la règle sur les affaires non reliées. Si une plainte est liée à des considérations de tactique plutôt que de principe, le résultat sera différent. Mais quand une plainte est-elle simplement d'ordre stratégique? Nous croyons que la réponse se trouve dans le lien entre « le devoir de loyauté et les politiques qu'il est censé promouvoir ».

Selon l'analyse dans *Neil* et *Strother*, l'objectif stratégique de la règle sur les affaires non reliées est d'éviter les mandats qui créent un risque indu de préjudice pour la représentation du client. Suivant ce raisonnement, une plainte exprimée dans une situation où le principe du risque sérieux n'est pas en jeu doit être considérée comme étant simplement d'ordre tactique puisque par définition, il n'y a aucun risque sérieux de préjudice pour la représentation. Par contre, lorsqu'il y a infraction au principe du risque sérieux par un mandat non relié contre un client actuel, il n'y a aucun doute qu'une plainte serait liée à des considérations de principe et non simplement à des considérations tactiques.

Nous concluons par conséquent que la règle sur les affaires non reliées et le principe du risque sérieux sont conciliables. S'il existe un risque sérieux que des intérêts différents nuisent de façon appréciable à la représentation du client par l'avocat, ce dernier ne peut pas agir, que les deux affaires soient reliées ou non.

Bien que l'on puisse faire valoir qu'il appartient aux tribunaux de déterminer ce qui constitue une considération d'ordre tactique, force est de constater que le plus fort volume de travail légal se fait à l'extérieur des tribunaux et que les avocats doivent pouvoir analyser les conflits à la lumière de principes de base. Les tribunaux accorderont évidemment réparation lorsqu'il y a infraction au principe du risque sérieux, notamment des mesures de redressement par injonction, mais les avocats doivent pouvoir initialement évaluer les possibilités de conflits.

⁸⁷ *Ibid.*, par. 14.

⁸⁸ *Supra* note 3, par. 36.

Les tribunaux offrent des garanties pour les situations où des avocats ont erronément accepté des mandats. Toutefois, les tribunaux ne sont jamais appelés à trancher les affaires que les avocats n'acceptent pas. Comme l'écrivait le juge Binnie dans l'extrait cité ci-dessus, « un élargissement inutile de ce devoir pourrait, tout autant que son atténuation, entraver le bon fonctionnement du système judiciaire ». Il est donc nécessaire d'avoir un principe que les praticiens et les juges peuvent appliquer systématiquement pour s'assurer que le devoir n'est ni élargi ni atténué inutilement.

Nous concluons par conséquent que l'interprétation correcte des arrêts *Neil* et *Strother* (interprétation qui concilie les motifs de la minorité dans *Strother*) est qu'en l'absence du consentement approprié, un avocat ne peut pas agir si la représentation est directement opposée aux intérêts immédiats⁸⁹ d'un client actuel à moins que l'avocat ne soit capable de démontrer qu'il n'y a pas de risque sérieux que sa représentation d'un autre client dans une affaire non reliée nuise de façon substantielle à sa représentation du client actuel.

Nous arrivons à cette conclusion en nous fondant sur l'avertissement donné dans *Neil* que les règles doivent être fermement assises sur des principes et que les règles dont la portée est trop générale sont aussi préjudiciables à notre système judiciaire. Même si nous concluons que la portée de la règle modèle de l'ABA est trop générale, nous souscrivons néanmoins à la logique de fond qui la sous-tend. D'autres éléments que les conflits d'intérêts et les conflits de devoirs peuvent nuire à la représentation d'un client. Le but essentiel de politique publique en matière de droit et de règles sur les conflits d'intérêts est de protéger la représentation du client. Nos conclusions et nos recommandations visent à assurer l'avantage véritable de la règle modèle de l'ABA sans imposer de fardeaux qui ne sont d'aucune utilité pour la politique publique.

Effet substantiel et préjudiciable pour la représentation

La définition « d'intérêts conflictuels » tirée du *Restatement* et appliquée par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Neil* et *Strother* est la suivante :

un risque sérieux que les intérêts personnels de l'avocat ou ses devoirs envers un autre client actuel, un ancien client ou une tierce personne nuisent de façon appréciable à la **représentation du client par l'avocat**⁹⁰. [Nous soulignons]

L'élément fondamental de cette définition est que la représentation du client doit être protégée contre les intérêts conflictuels. Il y a une différence subtile mais importante entre cette formulation et les principes traditionnels de « conflit d'intérêts et d'obligations » et de « conflit de devoirs et d'obligations ». Les principes traditionnels protègent le devoir d'un fiduciaire contre les conflits d'intérêts personnels de devoirs envers d'autres. La nouvelle formulation protège la représentation du client plutôt que simplement le devoir de diligence envers un client.

⁸⁹ L'expression « directement opposée aux intérêts immédiats » n'a guère retenu l'attention des tribunaux. L'adjectif « *immediate* » (immédiats) n'est pas dans la règle de l'ABA. Il est possible que cette expression porte en elle la restriction alléguée ici. En d'autres mots, si le principe du risque sérieux n'est pas en cause, il est possible que le mandat ne soit pas directement opposé aux intérêts immédiats du client actuel.

⁹⁰ *Neil, supra* note 4, par. 31, confirmé dans *Strother, supra* note 3, par. 56.

Il est bien établi qu'un conflit d'intérêts met en cause l'intérêt personnel d'un avocat ou son devoir envers quelqu'un d'autre. Ce « quelqu'un d'autre » est habituellement un client actuel, mais c'est l'existence d'un conflit de devoirs qui importe plutôt que la personne envers qui l'avocat est tenu à ce devoir.

Il vaut la peine de souligner que la protection contre les intérêts conflictuels ne vise pas la protection des renseignements confidentiels du client⁹¹. Les renseignements confidentiels des clients doivent être protégés, qu'il y ait ou non conflit d'intérêts ou de devoirs, et que le mandat de l'avocat pour le client soit ou non terminé. Les tribunaux peuvent déclarer les avocats inhabiles en raison d'un conflit d'intérêts **ou** pour protéger des renseignements confidentiels. Même si les tribunaux disent parfois que la protection des renseignements confidentiels est un motif d'inhabileté à occuper parce qu'il y a « conflit »⁹², cette affirmation est à la fois inexacte et trompeuse.

La formulation du principe du risque sérieux renferme les mots « nuise de façon appréciable ». Il va sans dire que si l'effet sur la représentation est bénéfique plutôt que nuisible, il n'y a aucun conflit. La représentation est protégée contre les atteintes parce qu'elle est à l'abri des effets nuisibles. Toutefois, en plus d'être nuisible, l'effet doit aussi être substantiel.

Selon le *Restatement*, le caractère substantiel doit être déterminé par référence à la représentation du client par l'avocat. Autrement dit, il faut examiner les devoirs de diligence pour déterminer l'importance de l'effet nuisible. Il est raisonnable qu'il en soit ainsi parce que c'est l'effet substantiel et préjudiciable sur la représentation qui soulève l'inquiétude et par conséquent, le caractère substantiel doit être évalué par rapport à la représentation. Certains effets nuisibles peuvent ne pas être substantiels lorsqu'ils sont examinés dans le contexte des motifs pour lesquels l'avocat a été retenu. Il ne s'agit pas de la probabilité qu'il y ait un effet nuisible, mais plutôt de l'importance de l'effet préjudiciable par rapport au mandat. Par exemple, le devoir de l'avocat envers un autre client peut créer un conflit relativement à un élément fondamental du mandat ou à un élément qui n'a aucune importance. Le caractère substantiel est habituellement évalué en fonction de la nature du mandat de l'avocat, mais il faut aussi examiner son importance pour le client. Si un client déclare qu'un élément du mandat a une importance particulière, ou qu'un conflit précis est particulièrement important, l'effet sera considérable.

Il n'y a des intérêts conflictuels que s'il existe un risque sérieux d'effet nuisible appréciable. Le *Restatement* suggère que le risque doit être « appréciable et plausible », bien que « non certain ou même probable », exigeant ainsi plus que la simple possibilité d'effet nuisible.

La juge Dickson de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a récemment conclu, dans *Le Soleil Hotel & Suites Ltd v. Le Soleil Management Inc.*⁹³, qu'il y avait une probabilité suffisante d'effet nuisible s'il y avait un « risque sérieux ». C'est le seul jugement que nous avons trouvé où est pris en considération le degré de probabilité requis pour qu'il y ait intérêts conflictuels. Cette conclusion est conforme au *Restatement*.

⁹¹ Même s'il est parfois nécessaire de se prémunir contre la mauvaise utilisation des renseignements confidentiels en évitant les conflits d'intérêts.

⁹² Voir par exemple *Groupe-Tremca Inc. v. Techno-Bloc Inc.*, 1999 CanLII 9113 (F.C.A.) et *Greater Vancouver Regional District v. Melville* [2007] 9 W.W.R. 451 (B.C.C.A.).

⁹³ 2007 BCSC 1748.

Sur la question de la probabilité permise d'effet nuisible, il faut souligner que le Code de l'ABC et certaines règles de déontologie de barreaux semblent permettre un risque plus élevé d'effet nuisible que ce qui est permis dans les arrêts *Neil* et *Strother*. Il serait utile de concilier cette différence.

Règles de déontologie applicables

Codes de déontologie provinciaux et territoriaux et Code de déontologie professionnelle de l'ABC

À la suite de l'arrêt *Neil*, le Code de déontologie professionnelle de l'ABC⁹⁴ a expressément adopté⁹⁵ la règle de la ligne de démarcation très nette, y compris la règle sur les affaires non reliées.

En juin 2004, le chapitre 6 de l'*Alberta Code of Professional Conduct* (code de déontologie professionnelle de l'Alberta) a été modifié par l'ajout de la règle 3(a) qui stipule :

[TRADUCTION]

Sauf s'il a obtenu le consentement du client, un avocat ne doit pas représenter une personne dont les intérêts sont directement opposés aux intérêts immédiats de son client actuel.

On lit, dans le commentaire :

[TRADUCTION]

... un avocat ne doit pas, sans consentement, entreprendre un nouveau mandat ni prendre, dans un mandat de représentation existant, des mesures directement opposées aux intérêts immédiats du client, même si les deux dossiers ne sont pas liés. [Nous soulignons]

En 2001, avant que la Cour suprême du Canada ne se prononce dans *Neil*, le *British Columbia Professional Conduct Handbook* (code de déontologie professionnelle de la Colombie-Britannique) a été modifié⁹⁶ pour énoncer ce qui suit :

[TRADUCTION]

6.3 Un avocat ne doit pas représenter un client en vue d'agir contre les intérêts d'un autre client à moins :

- (a) que les deux clients soient informés que l'avocat se propose d'agir pour les deux et que les deux y consentent;
- (b) qu'il n'y ait aucun lien substantiel entre les affaires et que l'avocat ne soit pas, en conséquence de sa représentation d'un client, en possession de renseignements confidentiels qui pourraient raisonnablement nuire à sa représentation de l'autre.

⁹⁴ Chapitre V, commentaire 4

⁹⁵ Conseil de l'ABC lors de la Conférence juridique canadienne l'ABC.

⁹⁶ En décembre 2003, les conseillers de la *Law Society of British Columbia* ont présenté une proposition pour [TRADUCTION] « approuver en principe la modification du chapitre 6 du *Professional Conduct Handbook* de façon à permettre aux clients de donner leur consentement éclairé à l'utilisation d'écrans pour qu'un cabinet d'avocats qui les représente puisse satisfaire aux exigences de la règle 6.3(b) s'il ne peut pas y satisfaire autrement ... ». La modification n'a toutefois pas été apportée au manuel.

Cette règle semble s'appliquer aux affaires non reliées et constituer un critère plus strict que la règle de la ligne de démarcation très nette qui limite l'interdiction aux affaires qui sont « directement opposées aux intérêts immédiats » du client actuel.

Au Manitoba, à Terre-Neuve-et-Labrador, à l'Île-du-Prince-Édouard et en Saskatchewan, les codes de déontologie professionnelle stipulent que [TRADUCTION] « l'avocat ne doit pas... à moins d'avoir dûment averti ses clients éventuels ou actuels et d'avoir obtenu leur consentement... agir, ni continuer d'agir, dans une affaire présentant ou susceptible de présenter un intérêt conflictuel. »

Au Nouveau-Brunswick, le *Code de déontologie professionnelle* stipule : « L'avocat évite toutes les influences qui ont pour effet de compromettre son devoir de loyauté et l'exercice de son jugement impartial et indépendant de même que sa liberté d'action auquel il est tenu à l'égard du client. »

En Nouvelle-Écosse, le *Legal Ethics and Professional Conduct Handbook* stipule qu'[TRADUCTION] « un avocat a l'obligation de ne pas... agir ou continuer d'agir dans une affaire présentant ou susceptible de présenter un intérêt conflictuel, à moins d'avoir le consentement éclairé de chaque client ou client éventuel pour qui il se propose d'agir. »

En Ontario, la règle 2.04(4) du Barreau interdit à un avocat d'agir contre un client actuel dans la même affaire ou dans une affaire reliée, mais non dans des affaires non reliées.

Au Québec, l'alinéa 3.00.01 du *Code de déontologie des avocats* dit qu'un 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. L'alinéa 3.06.06 exige de l'avocat qu'il évite toute situation de conflit d'intérêts. L'alinéa 3.06.07 précise entre autres qu'il y a conflit d'intérêts lorsque l'avocat représente des intérêts opposés, lorsqu'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 être défavorablement affectés.

Comme on peut le constater, la règle sur les affaires non reliées n'a pas été adoptée par les sociétés de juristes provinciales sauf en Alberta et, à toutes fins utiles, en Colombie-Britannique.

Règles de déontologie en Angleterre, en Australie et en Nouvelle-Zélande

Les *Model Rules* de l'ABA constituent le fondement de la plupart des règles des états américains; par conséquent, la règle sur les affaires non reliées s'applique à presque tous les avocats américains. La situation est fort différente en Angleterre, en Australie et en Nouvelle-Zélande.

Angleterre

La *Solicitors Regulation Authority* (SRA) est l'organisme de réglementation indépendant de la Law Society of England and Wales. La SRA a apporté aux *Solicitors Practice Rules* (règles de pratique des avocats) des modifications qui sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2007. La règle pertinente est la règle 3.01 qui stipule :

[TRADUCTION]

3.01 Obligation de ne pas agir

- (1) L'avocat ne doit pas agir s'il existe un conflit d'intérêts (sauf dans les circonstances limitées dont il est question dans la règle 3.02).
- (2) Il existe un conflit d'intérêts si :
 - (a) l'avocat a, ou son cabinet a, des devoirs séparés d'agir dans le meilleur intérêt de deux clients ou plus dans les mêmes affaires ou dans des affaires reliées et qu'il y a conflit ou un risque sérieux de conflit entre ces devoirs;
 - (b) le devoir de l'avocat d'agir dans le meilleur intérêt d'un client relativement à une affaire crée un conflit, ou s'il y a un risque sérieux qu'il y ait conflit avec ses propres intérêts relativement à cette affaire ou à une affaire reliée.
- (3) Aux fins du paragraphe 3.01(2), une affaire reliée inclut toujours toute autre affaire qui vise le même actif ou la même responsabilité.

Il n'y a aucune règle sur les affaires non reliées dans les règles de la SRA. La règle 3.01 est similaire à l'article 121 du *Restatement* américain.

Le commentaire qui suit la règle 3.01 de la SRA donne certaines explications. Ces directives suivent la logique de l'arrêt *Marks & Spencer plc v. Freshfields Bruckhaus Deringer*⁹⁷ :

[TRADUCTION]

Définition de conflit – 3.01

2. On entend par conflit un conflit entre le devoir d'agir dans le meilleur intérêt de deux clients ou plus, ou entre vos intérêts et ceux d'un client. La définition est donnée dans le paragraphe 3.01(2). Cela englobe toutes les situations où agir dans le meilleur intérêt d'un client dans une affaire causera un préjudice à un autre client dans la même affaire ou dans une affaire reliée.
3. La définition de conflit donnée au paragraphe 3.01(2) exige que vous déterminiez si deux affaires sont reliées. Le paragraphe 3.01(3) dit clairement que si deux affaires visent le même actif ou la même responsabilité, elles sont reliées. Par conséquent, si l'avocat agit pour un client qui négocie avec des éditeurs pour la publication d'un roman, le fait pour l'avocat de représenter un autre client qui allègue que le roman est un plagiat et enfreint le droit d'auteur serait une affaire reliée.

4. Il doit néanmoins y avoir un degré raisonnable de relation pour que naisse un conflit. Si l'avocat agit pour une entreprise dans un différend avec un garage relativement à des réparations à un véhicule appartenant à l'entreprise, le cabinet ne serait pas empêché d'agir pour un acheteur éventuel de l'entreprise, même si le véhicule est un actif peu important de l'entreprise et serait visé par l'achat. Si l'avocat agit pour un client qui vend une entreprise, il peut conclure que son cabinet pourrait aussi agir pour un acheteur éventuel concernant la création d'un programme d'actionnariat des employés qui s'adresserait à toutes les entités du groupe de l'acheteur, travail qui pourrait éventuellement exiger l'inclusion de la cible dans le programme et soulever la question de savoir si cela cause des problèmes particuliers.
5. Dans chaque cas, l'avocat doit prendre une décision en se fondant sur les faits. Pour trancher, il pourrait prendre en considération l'opinion de son client existant s'il est en mesure de discuter de la question avec lui sur le plan professionnel. Il devrait en outre vérifier si son cabinet détient des renseignements confidentiels appartenant à son client actuel qui seraient pertinents aux nouvelles instructions et, dans l'affirmative, s'assurer de se conformer à la **règle 4 (Caractère confidentiel et divulgation)**.

Si le client y consent, l'avocat ou son cabinet peuvent agir dans des situations définies où il y a conflit, à la condition de prendre les précautions appropriées.

6. Cela reflète le fait qu'il peut y avoir des circonstances où, malgré l'existence d'un conflit périphérique ou potentiel, l'intérêt des clients sera mieux servi si l'avocat ou son cabinet peuvent agir pour deux clients ou plus qui sont en mesure de donner un consentement éclairé. Les situations dans lesquelles l'avocat pourrait agir en dépit d'un conflit sont énoncées au paragraphe 3.02.

Australie

Le Law Council of Australia ressemble à l'ABC ou à l'ABA en ce que les avocats australiens sont régis soit par des ordres professionnels de chaque état ou par des organismes créés par la loi. Comme c'est le cas à l'ABA et un peu à l'instar de l'ABC, le Law Council of Australia publie des *Model Rules of Professional Conduct* (règles modèles de déontologie professionnelle). Le chapitre intitulé « Relations with Clients » (relations avec les clients) s'ouvre sur cette déclaration de principe générale :

[TRADUCTION]

Les praticiens doivent servir leurs clients avec compétence et diligence. Ils **doivent être parfaitement conscients de la nature fiduciaire de leur relation avec leurs clients et toujours traiter avec eux de manière équitable, à l'abri de l'influence de quelque intérêt qui pourrait être en conflit avec les meilleurs intérêts de leur client**. Les praticiens doivent protéger le caractère confidentiel des affaires de leurs clients, mais donner à ces derniers le bénéfice de tous les renseignements dont ils ont connaissance et qui sont pertinents aux affaires de leurs clients. Les praticiens ne doivent pas, lorsqu'ils sont au service de leurs clients, poser des gestes ou aider à poser des gestes dont le dessein est de contrecarrer les fins de la justice ou qui sont contraires à la loi. [Nous soulignons]

Les règles 8.2, 9.1 et 9.2 prévoient :

[TRADUCTION]

8.2 Un praticien doit éviter les conflits d'intérêts entre deux ou plus de ses clients ou des clients de son cabinet.

9.1 Dans ses contacts avec un client, un praticien ne doit pas :

- 9.1.1 permettre que ses intérêts personnels ou les intérêts de l'un de ses associés soient en conflit avec les intérêts du client;
- 9.1.2 exercer sur le client une influence indue dans le but de l'inciter à lui verser un montant supérieur à la juste rémunération à laquelle il a droit pour les services juridiques fournis.

9.2 Un praticien ne doit pas accepter d'instructions d'agir ou de continuer d'agir pour une personne dans une affaire lorsqu'il sait ou qu'il apprend que les intérêts de cette personne dans l'affaire sont ou pourraient être en conflit avec ses intérêts ou avec les intérêts de l'un de ses associés.

Quoique la déclaration de principe et les règles soient plutôt générales, elles concordent avec l'article 121 du *Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers* et il n'y a ni suggestion ni introduction de la règle sur les affaires non reliées.

Nouvelle-Zélande

La New Zealand Law Society s'occupe aussi de coordination plutôt que de réglementation directe des avocats. Il y a en Nouvelle-Zélande 14 ordres professionnels de juristes, chacun étant un organisme indépendant avec ses propres pouvoirs conférés par la loi. Toutefois, la New Zealand Law Society publie aussi des *Rules of Professional Conduct*.

La règle 1.07 du code de déontologie de la New Zealand Law Society prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Règle 1.07

1. En cas de conflit d'intérêts ou de conflit d'intérêts probable entre clients, un praticien doit immédiatement prendre les mesures suivantes :

- (i) informer tous les clients concernés des domaines de conflit ou de conflit possible;
- (ii) informer les clients concernés qu'ils devraient demander une opinion indépendante et prendre sur demande des dispositions à cette fin;
- (iii) cesser d'agir pour une partie dans l'affaire si cela cause ou risque vraisemblablement de causer un désavantage à un ou à plusieurs des clients concernés.

2. Une fois qu'une situation du type des situations décrites à l'alinéa 1.07(1)(iii) survient, il n'est pas acceptable que des praticiens du même cabinet continuent d'agir pour plus d'un client dans une transaction, même si un écran théorique connu sous le nom de « muraille de Chine » est ou peut avoir été mis en place. Un tel dispositif ne supprime pas la situation de conflit.

Commentaires

- (1) Pour des directives plus détaillées, les praticiens sont priés de se reporter à *Farrington v Rowe McBride & Partners* [1985] 1 NZLR 83 (CA) et à *Clark Boyce v Mouat* [1993] 3 NZLR 641 (PC).
- (2) Lorsqu'ils prennent des mesures en vertu de l'alinéa 1(i) de cette règle, les praticiens doivent prendre en considération les devoirs que leur imposent la règle 1.08 et la Loi sur la protection des renseignements personnels de 1993.
- (3) Les praticiens sont priés de se reporter à *Re A, High Court Auckland*, AP59 – SW01; 19.12.01, juges Fisher, Williams, Harrison, dans laquelle l'ensemble de la Cour affirme (au paragraphe 43) qu'il y a conflit d'intérêts chaque fois que les intérêts de deux clients s'opposent et que le risque de divulgation n'est pas un facteur pertinent.

Les *New Zealand Rules of Professional Conduct* (code de déontologie de la Nouvelle-Zélande) ne comportent pas de règles sur les affaires non reliées.

Le besoin de règles claires et uniformes partout au Canada

Notre examen des codes de déontologie des ordres de juristes du Canada et du Commonwealth révèle clairement qu'il ne s'y trouvait aucune règle sur les affaires non reliées avant l'arrêt *Neil*. Les règles sont conformes au principe du risque sérieux. Dans l'ensemble, la règle sur les affaires non reliées n'a pas été ajoutée aux règles, malgré l'arrêt *Neil*.

Il vaut la peine de souligner que les différents codes de déontologie adoptés au Canada tentent de dire essentiellement la même chose, mais différemment. Le Groupe de travail plaide fortement en faveur d'une plus grande uniformité et d'une plus grande clarté dans ce domaine bien établi de la réglementation professionnelle. Les importantes différences et la complexité au niveau provincial sont inutiles et vont à l'encontre du but recherché. Les clients, les avocats et le public sont mieux servis par des règles claires et uniformes faciles à comprendre par toutes les parties concernées.

Des modifications récentes renforcent le bien-fondé de l'uniformisation et de la clarté des règles⁹⁸ en permettant une mobilité considérablement accrue des avocats entre les provinces et les territoires du Canada. Le fait que les avocats pratiquent de plus en plus fréquemment dans deux ressorts canadiens ou plus est un argument de poids en faveur de règles de déontologie professionnelle plus uniformes que celles qui existent actuellement.

⁹⁸ Au 3 novembre 2006, neuf ressorts au Canada (Colombie-Britannique, Alberta, Saskatchewan, Manitoba, Ontario, Nouvelle-Écosse, Nouveau-Brunswick, Île-du-Prince-Édouard et Terre-Neuve-et-Labrador) avaient mis en œuvre l'Accord de libre circulation nationale (ALCN). Les Territoires du Nord-Ouest, le Nunavut, le Yukon et les 10 provinces ont signé un Accord de libre circulation territoriale. Le Barreau du Québec a signé l'ALCN mais ne l'a pas encore mis en œuvre.

PARTIE 2 : Anciens clients

Devoir de confidentialité envers un ancien client

Il est raisonnable de s'attendre à ce que les obligations fiduciaires prennent elles aussi fin quand il n'y a plus de relation à protéger et une fois que les engagements du fiduciaire sont terminés.

Comme l'écrivait lord Millett dans *Bolkiah v. KPMG*⁹⁹ :

[TRADUCTION]

La relation fiduciaire qui subsiste entre l'avocat et le client prend fin une fois le mandat accompli. Par la suite, l'avocat n'a pas d'obligation de défendre et de promouvoir les intérêts de son ancien client. Le seul devoir envers l'ancien client qui survit à la fin de la relation avec ce dernier est un devoir continu de protéger le caractère confidentiel des renseignements communiqués pendant la relation avocat-client.

Même si lord Millett affirme que la relation fiduciaire prend fin, il ajoute que le devoir de protéger le caractère confidentiel de l'information survit. Personne ne doute que le devoir de confidentialité d'un avocat survit une fois le mandat terminé. On pourrait considérer que ce devoir découle du droit en matière de renseignements confidentiels¹⁰⁰ au lieu d'être une obligation fiduciaire survivante. Cette approche présente certains attraits puisqu'elle est celle qui porte le moins atteinte au principe que les obligations fiduciaires prennent fin en même temps que le mandat. Il semble toutefois fallacieux d'avancer que le devoir de confidentialité est une obligation fiduciaire pendant l'exécution du mandat mais pas par la suite. Une telle supposition réduit en outre l'importance du devoir de confidentialité de l'avocat et les recours disponibles, parce qu'elle le traite comme n'étant nullement différent de l'obligation de confidentialité qui protège les renseignements confidentiels ordinaires.

⁹⁹ *Bolkiah*, *supra* note 59.

¹⁰⁰ L'arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574 énonce clairement que le droit applicable aux rapports de confiance et le droit relatif aux obligations fiduciaires ont beaucoup de choses en commun. Il existe néanmoins des différences importantes. Comme le souligne le juge La Forest, « l'abus de confiance ne peut être établi que s'il est démontré que celui qui a reçu les renseignements les a utilisés au détriment de celui qui les a communiqués. Le droit relatif aux obligations fiduciaires, qui s'intéresse à l'imposition d'une obligation de loyauté, n'exige pas la preuve qu'il en est résulté un préjudice »; plus loin : « Une autre distinction tient à ce que l'abus de confiance a aussi un fondement juridictionnel en common law, alors que les obligations fiduciaires sont uniquement des créations de l'*equity*. Bien que cela perde de l'importance, ces origines différentes donnent en matière d'abus de confiance un éventail de recours plus large que celui qu'offre le droit applicable aux obligations fiduciaires. En effet, dans le premier cas, il existe des recours disponibles aussi bien en droit qu'en *equity*, alors que dans le second, seuls des recours propres à l'*equity* sont accessibles. » Il ne peut y avoir de doute qu'un client n'a pas à démontrer qu'il a subi un préjudice pour obtenir réparation contre un avocat relativement à des renseignements confidentiels. Il serait surprenant d'apprendre qu'un client ainsi lésé n'a pas droit à la gamme complète de réparations en *equity*. Cela doit être une obligation fiduciaire survivante plutôt qu'une simple obligation de confidentialité.

Autres devoirs envers un ancien client

Dans *Strother*, les motifs de la majorité affirment que l'arrêt *Succession MacDonald* traitait du devoir de loyauté. Cette affirmation étaye la conclusion que le devoir de confidentialité qui survit est une obligation fiduciaire survivante. Les motifs de la majorité soulignent aussi que la nature et la portée des devoirs fiduciaires qui survivent sont des questions qui devront être examinées par la Cour suprême du Canada dans une affaire pertinente :

Il ne s'agit cependant pas d'un cas où un ancien client allègue un manquement au devoir de loyauté, comme dans les affaires *Stewart v. Canadian Broadcasting Corp.* (1997), 150 D.L.R. (4th) 24 (C. Ont. (Div. gén.)); *Credit Suisse First Boston Canada Inc., Re.*, (2004), 2 B.L.R. (4th) 109 (C.V.M.O.), et *Chiefs of Ontario c. Ontario* (2003), 63 O.R. (3d) 335 (C.S.J.). La question de loyauté envers un ancien client a été traitée dans *Succession MacDonald c. Martin* (pas dans *Neil*) et elle soulève des questions complexes qui ne sont pas pertinentes à notre propos¹⁰¹. [Nous soulignons]

Si lord Millett avait simplement conclu, dans *Bolkiah*, que les obligations fiduciaires de représentation zélée et d'évitement de conflits d'intérêts prennent fin avec la fin du mandat, il n'y aurait aucune difficulté conceptuelle. Une fois que l'avocat a rempli son mandat, il n'a plus, par définition, d'obligation de le poursuivre. Le devoir de représentation zélée de l'avocat et le devoir d'éviter les intérêts conflictuels doivent prendre fin dès qu'il n'a plus d'obligation de représentation et qu'il ne reste aucun devoir de diligence avec lequel un autre devoir ou un intérêt personnel pourrait être en conflit.

Toutefois, lord Millett dit clairement que le seul devoir qui survit est le devoir de protéger le caractère confidentiel. Au Canada et en Australie¹⁰², la situation n'est pas aussi claire¹⁰³. Alors que ni la Cour suprême du Canada ni la *High Court* d'Australie n'ont résolu la question, certains tribunaux canadiens et australiens ont conclu que ce n'est pas uniquement l'obligation de protéger le caractère confidentiel des renseignements qui survit.

Devoir de ne pas miner le travail fait antérieurement

Dans l'arrêt *Re Regina and Speid*¹⁰⁴, le juge Dubin, alors juge à la Cour d'appel de l'Ontario, a fait remarquer :

[TRADUCTION]

Un client a droit à des services professionnels. M^{lle} Nugent avait ce droit, tout comme M. Speid. Il était essentiel pour protéger ses droits que son avocat respecte ses confidences et qu'il fasse preuve de

¹⁰¹ *Strother*, *supra* note 3, par. 53.

¹⁰² La récente discussion juridique en Australie constitue une précieuse ressource pour les avocats canadiens qui s'inquiètent du droit applicable aux avocats et du droit relatif aux fiduciaires dans ce contexte. *Spincode*, *supra* note 75, fournit une étude du devoir de loyauté envers un ancien client. Le droit de l'Australie à la suite de l'arrêt *Spincode* est examiné par Mark Bender dans son article intitulé « Taking up the Cudgels: When may a lawyer act against a former client? » (prendre fait et cause : quand un avocat peut-il agir contre un ancien client?), *Murdoch University Electronic Journal of Law*, vol. 13, n° 2, novembre 2006, et par Sandro Goubran dans son article « Conflicts of Duty: The Perennial Lawyers' Tale – A Comparative Study of the Law in England and Australia » (conflits de devoirs : l'éternel dilemme des avocats – étude comparative du droit en Angleterre et en Australie), *supra* note 63.

¹⁰³ Pour une lecture critique de *Strother* sur ce point, voir James Edelman « Unanticipated fiduciary liability » (responsabilité fiduciaire imprévue), *Law Quarterly Review* (2008), 124, p. 21-25.

¹⁰⁴ (1984), 8 C.C.C. (3d) 18 (C.A. Ont.), p. 22

loyauté à son égard. Un client a parfaitement le droit de croire que l'avocat dont il a retenu les services n'adoptera pas ultérieurement une position opposée à celle du client relativement à l'affaire pour laquelle il a reçu un mandat. Cette obligation fiduciaire, comme je l'ai souligné, ne prend pas fin une fois que les services ont été rendus et ont pris fin.

Le juge Dubin n'a pas conclu que l'obligation qui survit n'est que la protection des renseignements confidentiels; il a plutôt conclu qu'il survit une obligation fiduciaire de ne pas adopter ultérieurement une position opposée relativement à la même question.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a récemment examiné la portée des obligations fiduciaires qui survivent dans l'arrêt *Greater Vancouver Regional District v. Melville*. Le juge Levine écrit :

[TRADUCTION]

Il est bien établi qu'un avocat peut avoir envers un ancien client une obligation fiduciaire continue de loyauté. Dans les trois arrêts cités dans *Strother*, des avocats dont les mandats pour d'anciens clients avaient pris fin lorsqu'ils ont accepté d'agir contre les intérêts de ces clients ont été déclarés (dans *Stewart*) responsables de dommages pour violation de l'obligation fiduciaire de loyauté et (dans *Credit Suisse* et dans *Chiefs of Ontario*) ils ont été déclarés inhabiles à continuer de représenter le nouveau client.

Ce qui est important pour l'analyse dans le cas sous étude est que toutes les décisions étaient très factuelles et n'ont pas considéré uniquement l'utilisation des renseignements confidentiels reçus dans le cadre du mandat précédent, mais également les positions particulières adoptées par les avocats dans leurs actions ultérieures. Certains termes utilisés dans ces arrêts sont suffisamment vagues pour étayer la thèse des appelants voulant que lorsqu'un avocat agit contre un ancien client relativement à la question même pour laquelle ce dernier avait retenu ses services, il n'est pas possible de conserver la confiance du public dans l'administration de la justice et dans l'intégrité de la profession juridique. Toutefois, un examen plus attentif montre que tant la portée de l'obligation fiduciaire continue de loyauté que la possibilité qu'elle soit violée reposent sur les faits particuliers de l'affaire, l'un des facteurs considérés étant l'utilisation des renseignements confidentiels pertinents reçus de l'ancien client¹⁰⁵.

Plus récemment, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a aussi conclu, dans *Brookville Carriers Flatbed GP Inc. v. Blackjack Transport Ltd*¹⁰⁶, que le devoir de loyauté envers un ancien client subsiste même lorsqu'aucun renseignement confidentiel n'est en jeu. Dans les motifs, où la jurisprudence et la doctrine canadiennes sont examinées de près, le juge Cromwell, s'exprimant au nom de la Cour, écrit :

[TRADUCTION]

À mon avis, les avocats ont l'obligation de ne pas agir contre un ancien client dans la même affaire ou dans une affaire reliée et les tribunaux peuvent faire respecter cette obligation. Même si, en règle générale, l'analyse tentera surtout de déterminer si, en agissant, l'avocat fait courir un risque aux renseignements confidentiels de l'ancien client, l'obligation ne se limite pas aux situations où tel est le cas. Le juge de première instance a eu raison de ne pas limiter le devoir de cette façon¹⁰⁷.

¹⁰⁵ *Greater Vancouver*, supra note 92, par. 17-18.

¹⁰⁶ 2008 NSCA 22 (CanLII).

¹⁰⁷ *Ibid.*, par. 49.

et :

[TRADUCTION]

... la façon d'aborder la question de savoir si deux affaires sont reliées est tout à fait différente dans une situation similaire à celle qui a été à l'origine de l'arrêt *Succession MacDonald* et dans un dossier d'un conflit d'intérêts de nature à rendre l'avocat inhabile alors que les renseignements confidentiels ne courent pas de risque. Dans l'arrêt *Succession MacDonald*, l'évaluation de la relation entre les deux mandats avait pour objectif de déterminer s'il y avait lieu d'inférer que les renseignements confidentiels obtenus dans le cours de l'exécution du premier mandat étaient pertinents au deuxième. **Quand les renseignements confidentiels ne sont pas à risque, comme c'est le cas ici, la relation entre les deux mandats est examinée pour déterminer si le deuxième mandat exigera que l'avocat attaque le travail d'ordre juridique exécuté dans le cadre du premier mandat ou si, tout compte fait, le deuxième mandat signifie que l'avocat change de côté sur une question fondamentale au premier mandat. À cet égard, le concept d'« affaires reliées » est beaucoup plus étroit et porte sur un aspect tout à fait différent de l'objet de l'analyse dans l'arrêt *Succession MacDonald*.** [Nous soulignons]

Je dois ajouter que dans le cas ci-dessus, aucun argument n'a été invoqué quant à la portée du devoir pour les avocats qui ont réellement agi pour l'ancien client¹⁰⁸.

Il importe de souligner que le juge Cromwell utilise le mot « related » (reliée, reliées) dans deux acceptions, selon que des renseignements confidentiels sont en jeu ou non. Si des renseignements confidentiels ne sont pas en jeu, le devoir de loyauté envers un ancien client consiste à ne pas attaquer le travail juridique exécuté dans le cadre du premier mandat ou, en réalité, à ne pas changer d'opinion sur une question fondamentale du premier mandat. C'est une interprétation étroite de l'adjectif « reliée ». Le juge Cromwell semble aussi avoir laissé en suspens la question de savoir si ce devoir échoit à tous les membres d'un cabinet ou uniquement aux avocats qui ont accompli le mandat précédent.

Étant donné les autorités citées en appel ainsi que les arrêts *Stewart v. Canadian Broadcasting Corporation*¹⁰⁹, *Re Credit Suisse*¹¹⁰ et *Chiefs of Ontario v. Ontario*¹¹¹, il semble que le droit canadien et le droit anglais divergent actuellement sur ce point. Sous réserve de l'opinion que pourra exprimer la Cour suprême du Canada, il semble raisonnable de conclure qu'en droit canadien, le devoir de protéger les confidences n'est pas la seule obligation fiduciaire qui survit à la résiliation du mandat.

Au risque d'une répétition inutile, il n'y a aucun motif de conclure que le devoir de représentation zélée et le devoir d'éviter les intérêts conflictuels subsistent à la fin du mandat, puisque leur rôle est terminé. Par contre, les arrêts canadiens étayaient sans conteste l'hypothèse qu'il subsiste une obligation fiduciaire de ne pas agir contre un ancien client sur la question

¹⁰⁸ *Ibid.*, par. 55-56.

¹⁰⁹ (1997), 150 D.L.R. (4th) 24, par. 387 [*Stewart*].

¹¹⁰ *Re Credit Suisse*, *supra* note 65, par. 136 : [TRADUCTION] « Le comité d'audience n'a pas conclu que le cabinet Stikeman Elliott a été empêché d'agir contre RS en général. Il a plutôt déterminé que Stikeman Elliott ne pouvait pas, agissant pour CSFB, attaquer les conseils juridiques mêmes que le cabinet avait donnés au TSE et, par extension, à RS, dans le cadre du mandat. À cet égard, nous souscrivons aux conclusions du conseil. »

¹¹¹ (2003), 63 O.R. (3d) 335 [*Chiefs of Ontario*], par. 146 : [TRADUCTION] « Il y a des choses qu'un cabinet d'avocats ne peut tout simplement pas faire. Un cabinet d'avocats ne peut pas agir pour un client en vertu d'un mandat confidentiel représentant un million de dollars sur cinq années puis, sans consentement explicite, attaquer ce client en alléguant violation de l'obligation fiduciaire, tromperie et versement de pots-de-vin relativement à des affaires reliées de près. »

même qui faisait l'objet du mandat rempli. En d'autres mots, il peut subsister un devoir de ne pas chercher à annuler ou à compromettre ce que le fiduciaire a fait ou tenté de faire dans le cadre du mandat. Il n'est pas possible d'expliquer cette obligation fiduciaire comme étant protectrice d'un devoir de diligence accompli. Elle peut néanmoins être expliquée comme étant destinée à protéger la relation originale et l'intégrité de l'administration de la justice. La préoccupation selon laquelle la relation originale avocat-client serait négativement affectée si le client devait s'inquiéter de la possibilité que l'avocat soit ultérieurement libre de chercher à défaire ce pourquoi il a d'abord été retenu est implicite dans l'existence de ce devoir résiduel. Si cette préoccupation était justifiée, la confiance du public dans l'administration de la justice serait ébranlée.

Devoir de ne pas tirer un avantage indu de la relation

Deux autres obligations fiduciaires peuvent aussi subsister après l'accomplissement du mandat, même si les autorités sont moins claires sur ces points.

La première est l'obligation d'un fiduciaire de ne pas tirer un avantage indu de la relation fiduciaire. Cette obligation est différente de l'obligation d'éviter les conflits d'intérêts personnels. L'arrêt *Stewart* peut être en partie expliqué par la survie de cette obligation. Dans *Stewart*, la Cour s'est préoccupée du fait que l'avocat a cherché à utiliser son mandat précédent comme outil d'expansion des affaires sans le consentement de son ancien client. Le juge Macdonald a conclu que l'avocat avait violé son obligation fiduciaire :

[TRADUCTION]

Il a placé ses intérêts financiers au-dessus des intérêts du demandeur, comme ce dernier l'allègue au point 25(h) de sa déclaration.

Il a placé son auto-promotion au-dessus des intérêts du demandeur, comme ce dernier l'allègue au point 25(i) de sa déclaration.

Par la façon dont il a parlé publiquement de son ancien client et du dossier de ce dernier en 1991, il a compromis les bénéfices et la protection qu'il lui avait offerts en tant que conseiller juridique et a, par conséquent, augmenté les effets négatifs publics sur le demandeur de son crime, du procès et de la sentence, ce qui correspond aux allégations du point 25(j) de sa déclaration¹¹².

La dernière conclusion évoque ce qui a été décrit plus haut dans ce chapitre comme un devoir de l'avocat de ne pas défaire ou compromettre ce pourquoi le mandat original lui a été confié. La première et la deuxième conclusions doivent être considérées comme des violations de

l'obligation fiduciaire de ne pas tirer un avantage indu du client, même si le mandat est terminé. Quoique ces conclusions soient exprimées en termes de conflit d'intérêts personnel, cela ne peut pas constituer une base adéquate pour affirmer qu'un devoir survit puisque le devoir d'éviter les conflits sous-tend le devoir de diligence et que ce dernier prend fin en même temps que le mandat. La force de *Stewart* en tant qu'autorité pour la survie du devoir de ne pas tirer un avantage indu pourra être réduite par l'existence de la troisième conclusion ci-dessus qui peut expliquer entièrement l'arrêt *Stewart*. Dans ce cas, le fait qu'il subsiste un devoir de ne pas tirer d'avantage indu pourrait aussi être expliqué par la possession continue de renseignements confidentiels et leur apparente utilisation par l'avocat.

En réalité, le fait que subsiste un devoir de ne pas tirer un avantage indu sous-tend peut-être l'arrêt *Can. Aero v. O'Malley*¹¹³. Le juge Laskin, alors juge de la Cour suprême, conclut :

Lorsque je dis que, d'après les faits constatés par le juge de première instance, **O'Malley et Zarzycki ont violé une obligation de fiduciaire qui subsistait après leur démission**, il ne faut pas considérer que j'établis une règle de responsabilité qui doit être interprétée comme s'il s'agissait d'une loi. **Les critères généraux de loyauté, bonne foi et d'évitement de conflit d'intérêts et d'obligations, auxquels la conduite d'un administrateur ou d'un fonctionnaire supérieur doit être conforme, doivent, dans chaque cas, être examinés en regard de nombreux facteurs qu'il serait présomptueux de tenter d'énumérer de façon exhaustive. Parmi ces facteurs, nous retrouvons celui du poste ou des fonctions exercées, la nature de l'occasion d'affaires de la compagnie, sa maturité, son caractère spécifique et la relation entre elle et l'administrateur ou le fonctionnaire de gestion, l'importance quantitative de la connaissance possédée, les circonstances dans lesquelles cette connaissance a été obtenue et si elle était d'une nature spéciale ou, en fait, privée même, le facteur temps quant au maintien de l'obligation de fiduciaire lorsque la violation alléguée se produit après qu'est rompu le lien qui unissait la personne avec la compagnie, et les circonstances en vertu desquelles eut lieu la rupture du lien, à savoir, s'il s'est agi de retraite, de démission ou de licenciement.** [Nous soulignons]

Selon une interprétation étroite de *Can. Aero*, un fiduciaire ne peut pas se désister afin de tirer un avantage indu. Cette interprétation serait axée sur le manque de loyauté inhérent au désistement. Cependant, selon une interprétation plus large, le résultat serait le même peu importe que ce désistement soit de bonne foi pour quelque autre motif, ou qu'il s'agisse d'un manquement à l'obligation de loyauté. La portée du devoir résiduel de ne pas tirer un avantage indu n'est pas tout à fait claire, puisque les avocats, à l'instar des cadres supérieurs d'entreprises, ont le droit de tirer profit des connaissances, des compétences et de la réputation qu'ils acquièrent grâce à leurs mandats. Le devoir résiduel de ne pas tirer un avantage indu peut être lié à la possession de renseignements confidentiels. Cela serait conforme à l'obligation d'un fiduciaire de ne pas tirer un avantage indu des renseignements confidentiels ou d'autres renseignements exclusifs en sa possession. Si le fiduciaire reste en possession de ces renseignements une fois la relation fiduciaire terminée, il est plus facile d'expliquer le devoir résiduel.

¹¹³ [1974] R.C.S. 592. [*Can. Aero*].

Devoir de franchise

Enfin, il est fort vraisemblable que l'obligation fiduciaire de franchise soit une obligation fiduciaire qui subsiste. Les avocats ont un devoir de franchise quant aux questions pertinentes au mandat. À première vue, on peut conclure que la fin du mandat signifie que ce devoir prend aussi fin. Il ne peut toutefois pas en être ainsi.

Le Code de déontologie professionnelle de l'ABC stipule que : « L'avocat doit conseiller son client avec franchise et honnêteté. » Les commentaires précisent ceci :

Le devoir de franchise de l'avocat exige qu'il informe son client rapidement de toute erreur ou omission qui se serait produite dans son dossier, sans cependant en admettre la responsabilité, lorsque cette erreur ou omission est de nature à nuire aux intérêts de son client et ne peut être facilement corrigée.

La règle énonce l'obligation fiduciaire de franchise et les commentaires précisent un aspect du devoir de franchise. Personne n'avancerait que l'obligation de divulgation imposée à l'avocat relativement aux erreurs ou omissions prend fin avec la fin du mandat. Si l'avocat découvre une erreur ou une omission relativement à un mandat précédent, le devoir de franchise qui subsiste lui impose clairement de le divulguer.

*Strother*¹¹⁴ donne une illustration utile de la distinction entre la fin du devoir de diligence dans le mandat et la survie du devoir de franchise relativement à des questions pertinentes au mandat.

Comme nous l'avons vu, le jugement de première instance repose sur la conclusion qu'en 1998 Monarch n'avait pas expressément posé de questions au sujet de la possibilité d'utiliser de nouveau les abris de type SPCAF. Je conviens avec le juge de première instance qu'un avocat n'est *généralement* pas tenu de modifier, à la suite d'un changement de circonstances, l'avis qu'il a donné antérieurement. W. M. Estey a analysé cette question dans *Legal Opinions in Commercial Transactions* (2^e éd. 1997), p. 519 :

[TRADUCTION] Ainsi, lorsqu'un avis était juste à la date à laquelle il a été donné, mais qu'il devient par la suite erroné en raison d'un changement de la loi ou des faits sur lesquels il était fondé, l'avocat qui l'a donné n'est pas responsable d'avoir omis ultérieurement d'informer la personne à qui l'avis a été donné de l'effet du changement de circonstances.

Le raisonnement qui sous-tend cette règle générale est qu'un avis juridique est valable à la date à laquelle il est donné, et qu'un avocat est ainsi uniquement tenu de faire preuve de diligence raisonnable lorsqu'il donne un avis fondé sur les circonstances juridiques et factuelles alors existantes. Un client ne peut présumer que l'avis de l'avocat est valable indéfiniment.

Lorsqu'une opinion est donnée dans le cadre d'un mandat et qu'elle est correcte, il n'y a généralement pas d'obligation de la tenir à jour à mesure que les circonstances changent. Exiger qu'il en soit autrement signifierait le prolongement du devoir de diligence au-delà de la fin du mandat. Par contraste, si un avocat découvre, après que le mandat ait pris fin, qu'une opinion était erronée lorsqu'il l'a donnée, il ne fait alors aucun doute qu'il a l'obligation de divulguer ce fait au client. Cela ne peut se justifier que par le fait que subsiste le devoir de franchise relativement aux questions pertinentes au mandat terminé.

Que le devoir de franchise soit invoqué relativement à une erreur ou à une omission dans l'accomplissement du mandat, à l'existence d'un conflit d'intérêts relativement à l'accomplissement du mandat ou à quelque autre question pertinente au mandat, il n'est pas possible d'affirmer que le devoir de franchise prend fin avec le mandat.

Sommaire des devoirs envers les anciens clients

L'analyse ci-dessus vise à contester la conclusion de lord Millett, du moins par rapport au droit canadien, que la seule obligation fiduciaire qui subsiste est la protection des renseignements confidentiels. Par contre, l'objectif du présent chapitre n'est pas d'élaborer de manière exhaustive sur la nature et la portée d'une obligation fiduciaire de franchise et d'une obligation de ne pas tirer un avantage indu qui subsistent. C'est l'existence apparente de ces obligations qui est importante pour aider à étayer, sur le plan conceptuel, le fait que subsiste l'obligation de ne pas annuler ou compromettre les bénéfices procurés dans le cadre du mandat terminé.

C'est ce dernier concept qui est décrit comme étant le devoir de loyauté envers un ancien client. Il importe de souligner que ce devoir est fondamentalement différent du devoir de loyauté envers le client actuel et beaucoup plus étroit que ce dernier¹¹⁵. La différence s'explique par le fait que le devoir de diligence prend fin avec la fin du mandat. En l'absence de devoir de diligence, il ne saurait y avoir ni devoir de représentation zélée, ni devoir de loyauté sans partage, ni devoir d'éviter les conflits d'intérêts. Il peut néanmoins y avoir un devoir de ne pas annuler ou compromettre, après coup, le travail pour lequel le fiduciaire a été retenu.

La portée et la justification du devoir de loyauté envers un ancien client continueront sans doute de progresser. Il semble toutefois raisonnable de conclure que si un avocat accepte d'agir pour un client dans une affaire, il ne peut pas par la suite chercher à annuler ou à compromettre le travail fait pour le client dans cette affaire. Une règle simple à l'appui de ce principe serait peut-être qu'un avocat ne peut pas agir contre l'ancien client relativement aux mêmes affaires ou à des affaires reliées de près¹¹⁶ parce que le devoir de loyauté subsiste, tandis qu'un avocat ne peut pas agir dans des affaires reliées parce que le devoir de confidentialité subsiste. Cela étant dit, nous ne devons pas perdre de vue le principe parce que nous énonçons des règles.

¹¹⁵ Il serait utile, pour éviter toute confusion, que des termes différents soient utilisés pour les différents devoirs de loyauté envers les clients actuels et les anciens clients. Peut-être le devoir qui subsiste envers un ancien client pourrait-il être appelé « devoir de ne pas compromettre la représentation antérieure » ou « devoir de loyauté survivant » plutôt que simplement devoir de loyauté.

¹¹⁶ En Australie, le juge Brooking exprime cette idée comme suit dans l'arrêt *Spincode supra* note 64, [TRADUCTION] « ... Je crois qu'il faut convenir que le droit australien diverge du droit de l'Angleterre et que le danger de mauvaise utilisation des renseignements confidentiels n'est pas la seule pierre de touche pour une intervention lorsqu'un avocat agit contre un ancien client. Ce danger peut justifier, et justifie habituellement, une intervention, mais ce n'est pas le seul motif. ... on peut affirmer que le fait pour un avocat de prendre fait et cause contre un ancien client dans la même affaire ou dans une affaire reliée de près constitue une violation de ses obligations. »

Il est rare que le devoir de loyauté envers un ancien client naisse séparément et indépendamment du devoir de confidentialité parce qu'il y a habituellement des renseignements confidentiels en jeu lorsqu'un avocat agit contre un ancien client dans une affaire reliée, particulièrement s'il s'agit de la même affaire ou d'une affaire reliée de près. Pour se prémunir contre les rares situations où il n'en est pas ainsi, les avocats doivent comprendre qu'il leur faut regarder au-delà de la question des renseignements confidentiels pertinents pour déterminer s'ils peuvent agir contre d'anciens clients.

L'analyse qui précède a traité principalement des avocats en pratique privée. Même s'il ne semble pas y avoir de motif apparent pour que les avocats internes n'aient pas les mêmes obligations envers leurs anciens employeurs clients, il est fort possible qu'ils aient envers eux des obligations plus complexes, puisqu'un avocat interne est à la fois l'avocat d'un client et l'employé d'un employeur. De fait, un avocat interne est très souvent un cadre supérieur de l'entreprise.

Il ne s'agit pas ici d'examiner les obligations d'employés ou de cadres supérieurs qui quittent un employeur. Il importe néanmoins de souligner qu'un avocat interne d'expérience peut assumer, en raison de son emploi, des obligations fiduciaires et des devoirs de confidentialité similaires aux devoirs attachés à la relation avocat-client. À ces devoirs peuvent s'ajouter des ententes spécifiques de non-concurrence et de non-divulgaration. Les renseignements connus d'un avocat interne en raison de son emploi sont de toute évidence plus vastes et plus complexes que les renseignements dont dispose un conseiller juridique externe dans le cadre de la relation avocat-client. L'avocat interne doit évidemment avoir le droit de changer d'emploi et de ne pas être lié pour la vie et il est inévitable que des concurrents de son employeur pourront être des employeurs potentiels intéressants. Une réflexion rigoureuse et nuancée est nécessaire pour déterminer ce qu'un conseiller juridique principal qui change d'emploi peut faire pour son nouvel employeur et divulguer à ce dernier.

Préoccupations relatives aux incidences de la règle sur les affaires non reliées

En l'absence du consentement approprié, l'obligation fiduciaire interdisant les conflits d'intérêts et d'obligations et les conflits de devoirs et d'obligations est bien établie, et ce, depuis fort longtemps. Le Groupe de travail réaffirme l'importance de ce principe qui protège directement la représentation du client. Le Groupe de travail appuie également le principe selon lequel un avocat ne doit ni compromettre ni défaire le travail fait antérieurement pour un client. Il s'agit d'une restriction précise qui protège également la représentation du client. Toutefois, le Groupe de travail a des préoccupations importantes face à la façon dont la règle sur les affaires non reliées semble être comprise actuellement. C'est ce dont nous traiterons dans le reste de ce chapitre.

Accès restreint à des conseillers juridiques

Il est ironique que le Canada soit un grand pays à certains égards et un petit pays à d'autres égards. Parce qu'on trouve une grande diversité au Canada et parce que les avocats y pratiquent le droit dans des conditions fort variées, il est difficile de faire une généralisation utile sur la pratique actuelle. La pratique dans les grands cabinets établis dans les villes est fort différente de la pratique dans les petits cabinets de ces mêmes villes, laquelle est à son tour fort différente de la pratique dans les petites villes et dans les régions éloignées.

Là où il y a beaucoup d'avocats pour servir beaucoup de clients, les règles sur les conflits d'intérêts ne constituent pas un fardeau bien lourd pour les avocats ou pour les clients. En effet, les restrictions au choix sont moins contraignantes lorsque les clients ont facilement accès à de bonnes solutions de rechange. Pour beaucoup d'avocats et de clients, c'est ce qui se passe actuellement dans les grands centres urbains où les clients sont servis par des juristes autonomes et de petits cabinets. Cela ne signifie pas que le client qui doit sans bonne raison se tourner vers un autre avocat qu'il ne connaît et qui ne le connaît pas ne subit aucun préjudice.

Les répercussions des règles actuelles sur les conflits d'intérêts se font sentir plus lourdement lorsque le nombre de clients ou d'avocats est relativement restreint. Le Groupe de travail a été frappé par la situation à laquelle font face les avocats et les clients dans les petites collectivités, plus particulièrement dans le Nord et dans les petites villes dans les régions éloignées.

D'aucuns ont indiqué au Groupe de travail que dans les petites collectivités et dans les petites villes relativement éloignées, il est courant que les avocats soient obligés d'agir pour et contre les mêmes particuliers, les entreprises et gouvernements. Il n'y a tout simplement pas assez de clients pour assurer autrement la survie d'un cabinet juridique. Du reste, il n'y a pas assez d'avocats pour servir ces collectivités. Il est inévitable que si « l'offre » de clients et d'avocats est limitée, les conflits soulèvent d'importantes considérations d'ordre pratique, particulièrement si la collectivité est relativement éloignée et que l'accès à d'autres avocats est à la fois problématique et indûment onéreux.

Des intervenants ont affirmé sans ambages au Groupe de travail que dans le Nord, le travail confié par le gouvernement joue un rôle important dans la vie économique d'un cabinet d'avocats. Beaucoup d'avocats ont déclaré que ne serait-ce du travail pour le gouvernement, ils ne pourraient pas rester dans la région. En même temps, le gouvernement joue un rôle particulièrement important dans le Nord. Beaucoup des dossiers confiés par les clients mettent le gouvernement en cause. Pour les avocats et leurs clients qui résident dans le Nord, les difficultés habituellement associées au fait de résider dans une petite ville en région éloignée sont accrues à cause de la place importante qu'occupe le gouvernement, tant comme client que comme partie adverse.

Même si de prime abord la chose ne semble pas évidente, l'expérience des grands cabinets et des gros clients est plus proche de ce qui se passe dans les collectivités éloignées que de l'expérience des petits cabinets dans les grandes villes. C'est à cet égard que le Canada est un petit pays. Il y a au Canada un nombre relativement peu élevé de grands cabinets d'avocats qui servent un nombre relativement peu élevé de gros clients. La situation au Canada est

radicalement différente de la situation aux États-Unis, où les 200 plus grands cabinets, ceux du groupe « AmLaw 200 », agissent pour les entreprises du S&P 500. Dans les deux pays, la complexité des questions juridiques auxquelles font face les grandes entreprises a incité à la consolidation de cabinets d'avocats, ce qui signifie qu'il y a aujourd'hui moins de cabinets qu'auparavant mais que ces cabinets sont plus grands et capables d'offrir les services dont ces clients ont besoin. Par contre au Canada, le nombre de cabinets est relativement peu élevé.

Il en va de même pour certains des plus grands clients, sans égard à la taille des cabinets d'avocats. Le Groupe de travail a particulièrement relevé l'importance du gouvernement comme client et comme partie adverse. Il n'y a que peu de cabinets qui ne comptent pas le gouvernement comme client. Mais en même temps, il n'y a que peu de cabinets d'avocats qui n'agissent pas contre le gouvernement. Des représentants des avocats gouvernementaux se sont dits préoccupés de la possibilité que des règles trop restrictives en matière de conflits d'intérêts réduisent dramatiquement l'accès du gouvernement à des conseillers juridiques externes. Si le point de vue strict sur la règle sur les affaires non reliées était correct, chaque client qui a une réclamation ou autre affaire contre le gouvernement aurait de fait un droit de veto quant aux mandats ultérieurs confiés par le gouvernement¹¹⁷.

Le paradigme du petit pays s'applique aux compétences spécialisées. Par exemple, il n'y a au Canada que peu d'avocats spécialisés en droit de la concurrence et relativement peu d'avocats en mesure d'agir dans d'importants dossiers d'insolvabilité et de restructuration. Le nombre relativement petit de spécialistes au Canada, par rapport aux États-Unis, fait en sorte que le risque de conflits est très présent. Dans beaucoup de transactions d'envergure, il n'est pas possible pour les clients de retenir un conseiller juridique qui n'a pas, au même moment, l'une des parties adverses comme client.

Les réalités de l'offre limitée de services juridiques ont été reconnues dans *Strother*¹¹⁸ alors que la majorité s'est exprimée comme suit :

En général, rien n'empêche un fiscaliste comme M. *Strother* d'accepter différents clients qui proposent des arrangements consortiaux fiscaux à la même communauté d'investisseurs, malgré le marché restreint qui existe pour ces services dans le secteur où Sentinel et Monarch étaient en concurrence. En fait, dans certains domaines hautement spécialisés, dans de petites collectivités ou dans d'autres situations où les ressources juridiques sont rares, la preuve permet parfois de présumer que les clients ont consenti au chevauchement de représentation inhérent à une telle pratique du droit.

Les motifs de la minorité dans *Strother*¹¹⁹ vont dans le même sens dans le passage suivant :

De nos jours, le commerce, la fiscalité et la réglementation des différents secteurs d'activité forment des méandres complexes et parfois obscurs. Pour naviguer dans ces eaux, les clients ont besoin d'avocats spécialisés. Plus le domaine est spécialisé, plus l'avocat est susceptible d'agir éventuellement

¹¹⁷ Il est évidemment difficile de l'affirmer avec certitude, mais le Groupe de travail croit qu'il n'est pas fréquent que les clients pour qui un avocat agit déjà soient consultés pour donner leur consentement quand la partie adverse souhaite retenir le même avocat pour une affaire différente. Les avocats ne semblent pas reconnaître que l'ordre dans lequel les mandats leur sont confiés n'a aucune pertinence.

¹¹⁸ *Strother*, *supra* note 3, par. 55.

¹¹⁹ *Ibid.*, par. 137.

pour le compte de clients concurrents. Le fait que certaines formes d'activité économique puissent être concentrées dans certaines régions vient compliquer encore davantage cette réalité. Les membres de la profession juridique ont l'obligation de fournir les services requis.

C'est pour toutes ces raisons que le Groupe de travail s'inquiète des règles sur les conflits d'intérêts trop vastes, qui vont plus loin que ce qui est requis pour s'assurer que la représentation du client ne soit pas à risque.

Restrictions au choix de clients

Alors que les motifs de la majorité dans *Strother* parlent de consentement implicite, ce qui peut être souvent le cas, les membres du Groupe de travail sont très conscients des difficultés auxquelles font face les avocats et leurs clients potentiels lorsque, pour des motifs stratégiques ou autres, il est impossible d'obtenir un consentement même si la représentation du client n'est pas à risque¹²⁰. La conséquence non voulue de règles trop larges sur les conflits d'intérêts est la restriction inutile du choix qui s'offre aux clients, une concurrence réduite et les effets anticoncurrentiels qui en découlent¹²¹.

Besoins en ressources

En outre, il ne peut y avoir de doute que beaucoup de temps, d'énergie et d'argent ont été dépensés par des avocats et des cabinets d'avocats canadiens pour tenter de se conformer à la règle sur les affaires non reliées.

De différentes façons, la gestion du risque a pris une importance croissante dans les cabinets de moyenne et de grande taille. Beaucoup des grands cabinets ont aujourd'hui nommé officiellement un avocat général interne ou un avocat chargé de la gestion du risque¹²². En règle générale, lorsque ce rôle n'a pas été établi formellement, des associés ont assumé ces responsabilités de façon informelle. À mesure que les cabinets ont grandi et sont devenus plus complexes et à mesure qu'il est devenu de plus en plus difficile d'éviter les écueils juridiques et éthiques, les compétences spécialisées et l'expérience sont devenues essentielles pour

¹²⁰ En effet, l'espoir implicite que les gouvernements et d'autres grandes entités fassent preuve de retenue de façon à ce que le consentement implicite adoucisse la rigueur de la règle sur les affaires non reliées a souvent été déçu. Une récente demande de proposition d'une société d'État provinciale stipulait que le cabinet d'avocats retenu devrait s'engager à ne pas agir dans quelque autre litige (relié ou non) contre le gouvernement provincial à moins d'avoir obtenu au préalable le consentement de la société d'État, consentement qui serait accordé ou refusé au seul gré de cette dernière. Un autre gouvernement voulait exiger qu'aucun cabinet d'avocats qu'il retiendrait ne conteste la constitutionnalité d'aucune de ses lois, que l'autre affaire soit ou non reliée. Les cabinets d'avocats sont régulièrement aux prises avec des déclarations explicites de « non-consentement » par de grandes entités, qui doivent évidemment l'emporter sur le consentement implicite.

¹²¹ Rapport du Bureau de la concurrence du Canada intitulé « Les professions autoréglementées – Atteindre l'équilibre entre la concurrence et la réglementation », publié en décembre 2007 :

Le Bureau a observé de nombreux cas où la réglementation limite la concurrence peut-être un peu plus que nécessaire. La réglementation soulève des préoccupations en matière de concurrence lorsque celle-ci dépasse les objectifs légitimes de politique publique et restreint la concurrence, ce qui prive les consommateurs des avantages d'un marché libre et ouvert.

¹²² La tendance au Canada reflète ce qui se passe aux États-Unis. Un sondage réalisé en 2006 par Altman Weil auprès des cabinets faisant partie d'AmLaw 200 a révélé que 85 p. 100 de ces cabinets avaient nommé un avocat interne. Quatre-vingt-neuf pour cent de ces derniers étaient des associés du cabinet. En 2005, Altman Weil a déclaré : [TRADUCTION] « Dans l'ensemble, nous nous attendons à ce que la presque totalité des grands cabinets nomment un avocat général dans un avenir rapproché. De plus en plus de cabinets de taille moyenne adoptent aussi cette façon de faire, soit qu'ils désignent un de leurs avocats ou qu'ils retiennent les services d'un avocat d'un autre cabinet. »

gérer adéquatement nos responsabilités professionnelles. On peut considérer cette tendance comme étant le coût non souhaité de l'augmentation de la taille des cabinets d'avocats, mais aussi comme une avancée positive qui rehausse le professionnalisme dans un environnement fortement concurrentiel¹²³.

Par conséquent, et étant donné les efforts de collaboration entre les chefs de contentieux et les conseillers juridiques chargés de la gestion des risques, on peut affirmer en toute confiance que ces cabinets appliquent la règle sur les affaires non reliées à leur pratique. Cela pose des problèmes d'ordre pratique parce que (i) il n'est parfois pas possible d'obtenir le consentement à cause de questions de confidentialité, (ii) il n'y a aucun recours pratique lorsque le consentement est refusé dans les situations où il n'y a aucun risque réel de préjudice pour la représentation, (iii) il est évident que le consentement est souvent refusé sans réelle justification et (iv) beaucoup d'avocats arrivent difficilement à cerner le problème et à comprendre que le consentement est requis parce que, en particulier dans les dossiers autres que les affaires litigieuses, l'absence de relation requise entre les affaires fait que les avocats ne perçoivent pas ni n'envisagent facilement le besoin de consentement.

Interprétations divergentes

Mais dans un même temps, le Groupe de travail a entendu des chefs de contentieux affirmer que les cabinets d'avocats n'interprètent pas tous de la même façon les règles sur les conflits d'intérêts, ou peut-être ne les appliquent pas uniformément et que certains avocats acceptent des mandats qui repoussent les limites des règles sur les conflits d'intérêts au-delà de ce que certains conseillers juridiques internes considèrent approprié.

Lorsque la relation entre une entreprise cliente et un cabinet d'avocats a une large portée, ces questions posent peu de difficultés. Les cabinets d'avocats et leurs entreprises clientes en viennent à comprendre ou à convenir expressément, le cas échéant, quels mandats pour des parties adverses le cabinet peut accepter et ceux qu'il ne peut pas accepter. Même si le droit en matière de conflits d'intérêts et les codes de déontologie offrent en général des règles applicables par défaut, les entreprises clientes et les cabinets d'avocats arrivent habituellement à s'entendre sur les conflits d'ordre juridique et sur les conflits « d'affaires », élargissant ou rétrécissant de ce fait les règles applicables par défaut à leur relation. L'importance, dans la pratique, d'un dialogue réfléchi et la reconnaissance des intérêts légitimes des deux parties méritent d'être soulignées. Avec le temps, les entreprises et les cabinets d'avocats qui les représentent peuvent en venir à des ententes mutuellement acceptables ou aller chacun leur chemin.

C'est dans le contexte de relations étroites, ou de relations occasionnelles entre cabinets d'avocats et entreprises, que surviennent le plus grand nombre de problèmes d'ordre pratique. Une règle illimitée sur les affaires non reliées est un problème d'ordre pratique.

Quoiqu'il soit beaucoup plus difficile de généraliser lorsqu'il s'agit de la pratique de petits cabinets et des relations entre les avocats et les particuliers plutôt qu'avec de grandes entreprises, il n'en reste pas moins que les problèmes qui surviennent sont souvent les mêmes. Le Groupe de travail en est venu à bien comprendre que dans les petites collectivités, il est tout simplement impossible pour les clients d'obtenir des services juridiques parce qu'il n'y a pas d'avocats à qui la partie adverse ne fait pas appel au moins de temps à autre. En outre, la possibilité d'objections stratégiques et de différends coûteux devant les tribunaux semble malheureusement plus élevée dans les affaires où les parties n'ont pas vraiment les moyens d'assumer ces coûts, c'est-à-dire dans les instances en matière familiale. Le Groupe de travail a constaté que le nombre de requêtes visant à faire déclarer un avocat inhabile à occuper en raison de conflit est particulièrement élevé dans les affaires qui relèvent du droit de la famille où, malheureusement, les possibilités de combat semblent fort attirantes.

Conséquences non voulues

Comme nous l'avons déjà souligné, les règles juridiques et les règles d'éthique doivent être fermement étayées par des principes; des règles trop générales nuisent à l'efficacité du système judiciaire. Par conséquent, une démarche raisonnée axée sur le risque élevé d'entraver le devoir de diligence est préférable à une règle trop générale, avec ses coûts inhérents et les limites qu'elle impose au choix d'un avocat. Lorsque l'exécution du mandat n'est pas à risque, il n'y a aucune justification pour le coût et la perte de libre choix qui découlent d'une règle qui déborde de ses principes fondateurs.

Un autre risque inhérent à la règle énoncée dans *Neil*, telle qu'elle est habituellement comprise, est qu'elle offre une fausse assurance et peut éventuellement avoir une incidence négative non souhaitée. Depuis l'arrêt *Neil*, les avocats ont surtout adopté une démarche fondée sur les règles, démarche qui occulte les principes sous-jacents qui exigent que soit pris en considération le risque de nuire à la représentation de façon importante. Un examen mécanique des termes « opposition directe » et « intérêts immédiats » tend à détourner l'attention des principes fondamentaux. Les avocats pourraient ne chercher que la « ligne de démarcation très nette » et négliger de s'interroger sur le risque de préjudice pour la représentation¹²⁴, avec le résultat que l'approche actuelle fondée sur des règles fera que la représentation ne sera pas protégée.

Dans *Neil*, les motifs de la Cour indiquent que la règle de la ligne de démarcation très nette ne devrait pas poser de problèmes d'ordre pratique parce que des clients raisonnables donneront leur consentement et que les tribunaux peuvent trancher dans les cas de refus déraisonnables ou stratégiques. Nous soutenons respectueusement que c'est là une approche centrée sur les tribunaux. Dans beaucoup de situations, il n'est pas possible de demander le consentement du client à cause du caractère confidentiel des renseignements. Lorsque la confidentialité est

¹²⁴ La règle modèle 1.7 de l'ABA comprend tant une version de la règle de la ligne de démarcation très nette telle qu'elle est proposée dans *Neil* (c.-à-d. la règle modèle 1.7(a)(1)) que la règle traditionnelle sur les conflits de devoirs et d'obligations (c.-à-d. la règle modèle 1.7(a)(2)). Les motifs énoncés dans *Neil* tendent à occulter le fait que la règle sur les conflits de devoirs et d'obligations n'est pas remplacée par la règle de la ligne de démarcation très nette. Les devoirs de diligence peuvent être en conflit dans des situations où il n'y a pas d'opposition directe aux intérêts immédiats d'un client actuel.

en jeu, un consentement ou une approbation judiciaire ne sont d'aucun secours. En outre, la vaste majorité des affaires de conflits soumises aux tribunaux se situent dans un contexte de litige où les tribunaux doivent décider s'il y a lieu de révoquer les avocats au dossier. En pratique, ce sont les affaires non litigieuses qui représentent la plus grande partie du travail des avocats qui gèrent les conflits. Évidemment, les tribunaux voient et instruisent les affaires de conflits d'intérêts qui dégénèrent, mais ce n'est là qu'une petite partie de l'ensemble. Pour les avocats, la réalité est fort différente. Lorsqu'un client refuse déraisonnablement de donner son consentement, ou s'il n'est pas possible de demander son consentement pour des motifs de confidentialité, le résultat est que ni l'avocat ni son client éventuel ne s'adresseront et ne peuvent s'adresser à un tribunal pour obtenir de l'aide. Les coûts et les délais sont prohibitifs. Il est rare qu'un client veuille et soit capable d'attendre un jugement qui déterminera s'il peut retenir un avocat ou un cabinet d'avocats.

Une version stricte de la règle sur les affaires non reliées interdit d'accepter beaucoup de mandats de clients, même s'il n'y a aucun risque réel d'effet nuisible appréciable sur la représentation. Par ailleurs, le fait de limiter la règle de la ligne de démarcation très nette aux situations où il y a « opposition directe aux intérêts immédiats » ne protège pas complètement contre le « risque sérieux » d'effet « substantiel et préjudiciable » qui peut se produire ailleurs que dans le paradigme opposition directe/intérêts immédiats.

Les réactions à la consultation tenue par le Groupe de travail ont montré un appui considérable pour le point de vue préliminaire qu'il avait exprimé :

Lorsque les conditions s'y prêtent, un avocat ou un cabinet juridique devrait pouvoir agir dans une affaire non reliée concernant un autre client actuel, sans que cela soit considéré comme un conflit d'intérêts juridique ou une violation du devoir de loyauté. La confidentialité à l'égard du client doit évidemment être maintenue en tout temps et l'avocat ou le cabinet juridique doit toujours être en mesure d'assurer qu'il se consacrera à la représentation zélée des intérêts de ses clients actuels.

Beaucoup de répondants ont indiqué que tant et aussi longtemps que les renseignements confidentiels d'un client sont protégés, le fait de travailler pour un autre client dans une affaire non reliée opposée au premier client ne devrait pas être considéré comme constituant un conflit d'intérêts. Certains des facteurs que ces répondants ont dit considérer comme étant pertinents pour déterminer l'existence d'un conflit d'intérêts sont le type de travail juridique fait pour le client (conseils relatifs à un contrat conclu dans le cours normal des affaires par rapport à des services concernant une transaction commerciale complexe); le type de client (propriétaire d'une PME ou multinationale dont le contentieux compte de nombreux avocats) et les attentes du client (relation à long terme ou mandat limité à un projet précis).

Chez le petit nombre de répondants qui ont manifesté une certaine hésitation face à cette façon de faire, la préoccupation mentionnée le plus souvent a trait aux situations où, même s'il n'y a pas de lien entre les deux mandats, la connaissance que l'avocat a du caractère et de la personnalité du client (ou, s'il s'agit d'une entreprise ou d'un gouvernement, de ses politiques, de ses procédures et de ses pratiques opérationnelles) pourrait être utilisée au

détriment du client actuel dans le mandat non relié. D'après quelques répondants, il ne serait pas approprié d'accepter un mandat contre un client actuel s'il s'agit d'une question controversée et qu'il y a litige, lorsqu'un client est plus ou moins averti, ou que l'avocat agit pour les deux clients. Les préoccupations étaient moindres pour les cas où un autre avocat du même cabinet agirait contre un client actuel.

Certains répondants ont affirmé que les gros clients qui utilisent les services de nombreux avocats ou de cabinets différents ne devraient pas s'attendre à ce que les avocats n'agissent pas contre eux dans des affaires non reliées.

Après avoir examiné les préoccupations exprimées, le Groupe de travail a conclu qu'elles peuvent être suffisamment dissipées quand les renseignements confidentiels d'un client sont protégés adéquatement et qu'il n'y a aucun risque sérieux que les intérêts de l'avocat ou ses obligations envers un autre client actuel, un ancien client ou un tiers nuise de façon appréciable à sa représentation d'un client.

PARTIE 3 : Sommaire

Principes immuables

Au Canada, le droit et les règles de déontologie professionnelle reconnaissent depuis longtemps qu'en l'absence du consentement éclairé du client, les « conflits de devoirs et d'obligations » et les « conflits d'intérêts et d'obligations » sont des intérêts conflictuels inadmissibles.

Le Groupe de travail ne préconise aucune atténuation des principes du « conflit de devoirs et d'obligations » et du « conflit of devoirs et d'intérêts ». Le Groupe de travail considère au contraire qu'il est fondamental pour les clients, pour l'intérêt public et pour la profession, que les avocats ne permettent pas que leurs obligations envers d'autres ou leurs intérêts personnels soient en conflit avec leurs obligations envers leurs clients en l'absence du consentement de ces derniers, donné en bonne et due forme.

Risque sérieux d'effet substantiel et préjudiciable sur la représentation

Dans les arrêts *Neil* et *Strother*, la Cour suprême du Canada a adopté l'article 121 du Restatement comme étant le critère applicable pour déterminer les situations où il y a des intérêts conflictuels :

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

Le Groupe de travail recommande que l'ABC adopte, dans ses règles de déontologie professionnelle, la norme selon laquelle il y a conflit d'intérêts s'il existe « un risque sérieux que les intérêts personnels de l'avocat ou ses devoirs envers un autre client actuel, un ancien client ou une tierce personne nuisent de façon appréciable à la représentation du client par l'avocat ».

Pour les mêmes motifs, le Groupe de travail recommande également que l'ABC utilise systématiquement l'expression « intérêts conflictuels » pour signifier non seulement les conflits de devoirs et d'obligations et les conflits d'intérêts et d'obligations, mais également les conflits de devoirs et de relations. Ce troisième type d'intérêt conflictuel se produirait dans le contexte d'un mandat non relié où il existe un risque réel que la relation de l'avocat avec son client subisse un préjudice appréciable parce que l'avocat remplirait contre ce client un mandat non relié.

Intérêts conflictuels sans consentement : interdiction d'agir

Adoptant le principe cité dans les arrêts *Neil* et *Strother*, la règle de déontologie professionnelle interdirait les intérêts conflictuels en l'absence du consentement du client et stipulerait qu'il y a des intérêts conflictuels lorsqu'il existe « un risque sérieux que les intérêts personnels de l'avocat ou ses devoirs envers un autre client actuel, un ancien client ou une tierce personne nuisent de façon appréciable à la représentation du client par l'avocat ».

La règle reconnaîtrait que lorsque le devoir de l'avocat envers un client est en conflit avec son devoir envers un autre client ou avec les intérêts personnels de l'avocat, la représentation du client par l'avocat pourrait subir un préjudice appréciable. Il est presque certain que les devoirs seraient en conflit si un avocat agissait à la fois pour un client et contre lui dans des affaires reliées et le fait pour l'avocat d'agir contre un client dans une affaire non reliée pourrait nuire de façon appréciable à sa représentation du client¹²⁵.

Évaluation de l'effet substantiel et préjudiciable pour la représentation

La représentation pourrait, par exemple, subir un préjudice s'il y a des possibilités que l'avocat ait à contre-interroger son client ou à contester les allégations de ce dernier dans l'affaire opposée, ou si le client éprouvait le sentiment d'avoir été trahi par l'avocat à cause du mandat opposé. Le Code de déontologie professionnelle révisé de l'ABC permettrait à un avocat d'agir contre un client actuel dans une affaire non reliée, mais uniquement lorsqu'il n'existe pas de risque sérieux d'effet substantiel et préjudiciable sur la représentation du client.

Les avocats doivent évidemment user de prudence pour évaluer un conflit de devoirs et de relations et examiner l'importance de la question du point de vue du client. La réaction possible d'un client raisonnable face à un mandat opposé et l'effet de cette réaction sur la représentation sont des éléments critiques de cet examen. L'examen devrait nécessairement prendre en considération le motif pour lequel l'avocat a été retenu. Les ententes¹²⁶ conclues entre l'avocat et son client, et préférablement les ententes constatées par écrit, seraient des facteurs importants à considérer.

¹²⁵ C'est-à-dire lorsque le devoir de diligence ne suscite pas de conflit.

¹²⁶ Un client pourrait fort bien stipuler que certains mandats opposés seraient inacceptables ou qu'il n'en tolérerait aucun. L'avocat qui accepterait un mandat dans ces conditions serait par conséquent obligé de s'y tenir. Par contre, si un client retenait un avocat et précisait que des affaires opposées pourraient être acceptées, ce fait serait aussi pertinent.

Face à des demandes de révoquer un avocat pour violation de ses devoirs et de ses relations, les tribunaux devront regarder au-delà des affirmations du client quant à sa réaction. Un client pourrait chercher à gagner un avantage stratégique en exagérant son sentiment de surprise ou de trahison. Comme ils le font dans d'autres situations, les tribunaux devront se fonder sur une norme objective plutôt que sur une norme subjective, en tenant compte de la réaction d'un client raisonnable dans les circonstances.

Circonstances où le consentement du client est requis

L'effet pratique de cette proposition serait que le client actuel devrait obligatoirement donner son consentement avant qu'un avocat puisse agir contre lui dans la même affaire ou dans une affaire reliée¹²⁷, à cause du risque sérieux d'un effet nuisible appréciable sur la représentation, effet qui résulterait du conflit entre les devoirs de diligence dans la même affaire ou dans des affaires reliées.

Dans le cas d'un mandat opposé non relié, l'avocat devrait examiner la possibilité d'effet substantiel et préjudiciable sur la représentation et tenter d'obtenir le consentement du client s'il existe un risque sérieux à cet égard. L'analyse doit évidemment prendre en considération la nature des deux mandats et celle des clients. Un litige peut créer des risques que ne soulèveraient pas des transactions commerciales. Les litiges ne présentent pas tous les mêmes risques. La possibilité que la relation avec un client subisse un préjudice est plus grande lorsque le client est un particulier ou lorsque le même avocat agit dans les deux affaires que si deux avocats du même cabinet agissent séparément dans les deux affaires distinctes.

Intérêts conflictuels dans des affaires non reliées

De manière pratique, cette recommandation vise les effets suivants, dans la mesure où les conflits qui affectent les clients actuels sont concernés :

- lorsqu'il y a conflit entre les deux mandats, il est inutile de poursuivre l'examen puisqu'il est évident qu'il y a des intérêts conflictuels;
- il peut y avoir des intérêts conflictuels même lorsque les devoirs dans les deux mandats ne sont pas en conflit.

Voici des exemples de l'analyse à faire dans la seconde situation :

¹²⁷ Le fait qu'une affaire est « reliée » constitue une preuve suffisante de l'existence d'un conflit d'intérêts. Dans le contexte des clients actuels et du devoir d'éviter les conflits d'intérêts, une « affaire reliée » est une affaire où il est possible d'inférer qu'il y aura vraisemblablement conflit entre les devoirs de diligence. De la même façon, dans le contexte du devoir de confidentialité, une « affaire reliée » est une affaire où on peut inférer que les renseignements confidentiels pertinents à un dossier sont vraisemblablement pertinents à un autre dossier. En outre, dans le contexte d'anciens clients et du devoir de loyauté, une « affaire reliée » est une affaire où on peut inférer que l'avocat devrait vraisemblablement adopter une position opposée sur un aspect fondamental du mandat antérieur. L'utilisation de la « relation » entre les affaires en tant que preuve circonstancielle de trois problèmes potentiels différents peut créer de la confusion.

L'avocat représente un particulier dans un litige avec le gouvernement. Ce litige a une grande importance pour le particulier, qui a retenu l'avocat parce que ce dernier n'agit pas pour le gouvernement. Pendant le mandat, l'avocat accepte d'agir pour le gouvernement dans un dossier non relié de premier plan et très lucratif. Il y a risque que les intérêts personnels de l'avocat dans le nouveau mandat l'incitent à défendre insuffisamment les intérêts du particulier dans le litige contre le gouvernement. Le particulier pourrait raisonnablement s'estimer trahi¹²⁸ parce que l'avocat a accepté d'agir pour le gouvernement dans un dossier important, ce qui pourrait affecter défavorablement sa relation avec lui.

Par contre dans un grand cabinet d'avocats, un avocat pourrait représenter une entreprise dans un litige fiscal tandis qu'en même temps, un autre avocat du même cabinet représente le même gouvernement dans une transaction immobilière ou comme procureur de la poursuite dans une affaire tout à fait différente. Dans une telle situation, les avocats pourraient avoir raison de conclure qu'il n'existe pas de risque sérieux de quelque préjudice.

Un avocat peut représenter occasionnellement un particulier ou une entreprise. Si, pendant ce mandat, cet avocat devait accepter d'intenter une poursuite non reliée mais de grande envergure contre le client existant, la relation avec ce client pourrait fort bien souffrir des effets négatifs sur les mandats en cours, et il y aurait des motifs de s'inquiéter que l'avocat n'utilise contre son client existant, même inconsciemment, des renseignements qu'il détient sur ce dernier.

Par contre, la même action pourrait être entreprise contre une grande multinationale pour laquelle l'avocat a agi dans une affaire très spécialisée relativement à des activités non reliées puisque cette entreprise fait habituellement appel à d'autres avocats. On pourrait raisonnablement conclure qu'il n'y a aucun risque sérieux d'effet substantiel et préjudiciable sur l'un ou l'autre mandat.

Si un prêteur demande à un avocat de saisir en résiliation de sûreté hypothécaire la maison d'un particulier qui est client de l'avocat, l'effet sur la relation entre l'avocat et son client pourrait fort bien être substantiel. Par ailleurs, un avocat pourrait tout aussi bien recevoir le mandat de saisir en résiliation de sûreté une propriété commerciale appartenant à une entreprise cliente qui a choisi de délaisser une propriété achetée avec des moyens financiers limités. Ici encore, on peut raisonnablement conclure qu'il n'y a aucun risque d'effet préjudiciable.

Un avocat peut avoir agi pour des conjoints pendant des années dans des dossiers variés. Lorsqu'ils se séparent, l'avocat peut agir pour les deux conjoints concernant les modifications à leurs testaments respectifs. Si l'avocat représente l'un des conjoints dans un différend portant sur la garde des enfants tout en continuant de conseiller les deux conjoints relativement à leurs testaments, il est facile d'imaginer les inquiétudes relatives à la possibilité que des renseignements sur l'autre conjoint soient mal utilisés, aux répercussions éventuelles d'un contre-interrogatoire sur la suite de la relation avocat-client et à la possibilité que le mandat relatif aux testaments ait un effet préjudiciable sur la représentation du conjoint dans le différend sur la garde des enfants.

Par contre, si un avocat représente les deux conjoints pour la vente de la résidence familiale en même temps qu'il négocie pour l'un d'eux une entente relative à la séparation, il pourrait ne pas y avoir de risque d'effet substantiel et préjudiciable.

¹²⁸ Par contre, si ce client sait dès le début que l'avocat agit régulièrement pour le gouvernement et contre lui, il est possible qu'un nouveau mandat du gouvernement ne nuise pas vraiment à la relation.

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

Devoirs envers les anciens clients

Pour ce qui est de la loyauté et de l'ancien client, le Groupe de travail recommande que l'ABC envisage de reformuler les règles sur les anciens clients à la lumière des arrêts *Regina and Speid*¹²⁹, *Greater Vancouver Regional District v. Melville*¹³⁰ et *Brookville Carriers Flatbed GP Inc. v. Blackjack Transport Ltd*¹³¹.

Plus particulièrement, le Groupe de travail recommande que l'ABC envisage une règle qui établisse une distinction entre le devoir de loyauté et le devoir de confidentialité une fois le mandat terminé¹³².

Nous recommandons qu'il soit expressément interdit, une fois un mandat terminé, d'attaquer le travail juridique exécuté dans le cadre de ce mandat ou d'avoir une conduite qui équivaldrait à toutes fins utiles à miner la position du client sur un élément fondamental du mandat.

Nous recommandons de limiter l'utilisation de l'indicateur d'une « affaire reliée ». C'est dans le cadre de l'évaluation de l'incidence des renseignements confidentiels que le recours à des preuves circonstancielles est justifié pour éviter l'examen de ce qui ne peut pas être examiné, c'est-à-dire les renseignements confidentiels. Sinon, le fait d'utiliser une seule et même expression, « affaire reliée » et de lui donner trois significations différentes pourra créer de la confusion¹³³.

¹²⁹ *Supra* note 104.

¹³⁰ *Supra* note 92.

¹³¹ *Supra* note 106.

¹³² Il serait préférable de traiter expressément des devoirs relativement aux mandats terminés plutôt qu'envers les anciens clients puisque c'est la fin du mandat qui entraîne la fin du devoir de diligence pertinent. Les devoirs de loyauté ont trait à la représentation du client dans le contexte d'un mandat. S'il existe un mandat différent, c'est le devoir de diligence inhérent à ce mandat qui doit être examiné, non le devoir de diligence attaché à un mandat terminé. Par contre, les devoirs de confidentialité sont inchangés, que le mandat ait pris fin ou non, et qu'il existe ou non un autre mandat pour le même client une fois que le mandat concerné est terminé.

¹³³ Dans le contexte du « conflit de devoirs et d'obligations », une affaire reliée est une affaire où les devoirs de diligence sont vraisemblablement en conflit. Dans le contexte des renseignements confidentiels, une affaire reliée est une affaire dans laquelle il est vraisemblable que des renseignements confidentiels soient pertinents. Dans le contexte de la loyauté et d'un mandat antérieur, une affaire reliée est une affaire dans laquelle il est vraisemblable que l'avocat attaque le travail juridique accompli dans le cadre du mandat précédent ou qui exigera qu'il change d'opinion sur un élément fondamental du mandat précédent. Nous avons constaté, dans des affaires de conflits, la malencontreuse utilisation de termes ou de concepts applicables dans un contexte mais pas dans un autre. Il faut éviter d'utiliser une expression unique ayant trois significations différentes dans trois contextes différents.

RECOMMANDATIONS

Nous recommandons par conséquent :

Que le Code de déontologie professionnelle de l'ABC soit modifié de façon à :

1. reconnaître qu'un « intérêt conflictuel » est soit un « conflit de devoirs et d'intérêts », soit un « conflit de devoirs et d'obligations » ou soit un « conflit de devoirs et de relations »;
2. définir « intérêt conflictuel » comme étant un conflit engendrant un « risque sérieux d'effet nuisible appréciable sur la représentation » d'un client;
3. prévoir qu'un avocat ne peut agir dans une affaire lorsqu'il y a un intérêt conflictuel, sauf à la suite d'une divulgation suffisante au client et avec le consentement de ce dernier ;
4. prévoir qu'un avocat peut agir dans une affaire qui est opposée aux intérêts d'un autre client actuel si les conditions suivantes sont réunies :
 - a. l'affaire n'est pas liée à une autre affaire pour laquelle l'avocat a le mandat d'agir pour le client actuel; et
 - b. il n'existe aucun intérêt conflictuel;
5. clarifier que le devoir de loyauté envers un client à la suite de l'exécution du mandat empêche un avocat de s'attaquer au travail juridique qui a été effectué au cours du mandat ou d'agir pour la partie adverse dans une affaire qui est centrale au mandat préalable;

Remarques

Il y a des « intérêts conflictuels » lorsqu'existe un risque sérieux que les intérêts personnels de l'avocat ou ses devoirs envers un autre client actuel, un ancien client ou une tierce personne nuisent de façon appréciable à la représentation du client par l'avocat. Cette approche est conforme aux principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Neil* et *Strother*.

- Il y a « conflit de devoirs et d'obligations » lorsque des clients d'un avocat ont des intérêts opposés dans une affaire liée.
- Il y a « conflit de devoirs et d'intérêts » lorsque les devoirs d'un avocat sont en conflit avec ses intérêts.
- Il y a « conflit de devoirs et de relations » lorsque la relation de l'avocat avec son client subit un préjudice substantiel du fait du devoir de l'avocat envers un autre client.

La représentation peut subir un préjudice substantiel et appréciable si :

- l’avocat doit contre-interroger un client ou attaquer le client ou la crédibilité de ce dernier, ou
- le client n’est plus capable de travailler efficacement avec l’avocat ou de lui accorder sa confiance à cause de la nature de l’affaire opposée.

En l’absence d’intérêts conflictuels, un avocat peut agir contre un client actuel dans une affaire non reliée et, avec le consentement du client, peut agir contre ce dernier dans une affaire reliée.

Que le Code de déontologie professionnelle de l’ABC soit modifié de façon à :

6. reconnaître qu’un risque d’usage à mauvais escient de renseignements confidentiels équivaut possiblement à un manquement de se conformer au devoir de confidentialité et est distinct d’un intérêt conflictuel;
7. y inclure une règle qui précise les différents devoirs de loyauté et de confidentialité qu’un avocat a envers son client après l’exécution d’un mandat;
8. réaffirmer l’obligation de ne pas utiliser à mauvais escient les renseignements confidentiels du client, ni pendant l’exécution du mandat, ni par la suite.

Remarques

Une fois le mandat terminé, il ne subsiste aucun devoir de diligence envers le client. Par contre, le devoir de confidentialité survit, même une fois le mandat terminé.

En guise de supplément à son rapport et à ses recommandations, le Groupe de travail a préparé une trousse de documents modèles sur les conflits d’intérêts, y compris des lettres modèles et des listes de vérification. Cette trousse se trouve aux pages 193 à 275. Les éléments suivants sont plus spécialement pertinents au présent chapitre.

| | |
|---|----------|
| Lignes directrices pour identifier des conflits concernant l’intérêt personnel d’un avocat | Page 270 |
| Attention aux dangers de représenter parents et amis | Page 214 |
| Liste de vérification pour la renonciation des clients en cas de conflit d’intérêts | Page 200 |
| Modèle de lettre confirmant le consentement des clients à procéder malgré un conflit possible | Page 245 |

Chapitre 3

Confidentialité

Le devoir de l'avocat de préserver la confidentialité du client est au centre de la relation avocat-client. Comme l'a expliqué la Cour suprême du Canada :

[L]e 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 profit¹³⁴.

Le devoir de confidentialité est une des obligations fiduciaires des avocats envers leurs clients, protégeant la relation avocat-client.

[I]l importe, au premier chef, que les communications entre l'avocat et son client soient confidentielles¹³⁵.

Au Canada, toute discussion du devoir de confidentialité d'un avocat doit débiter par l'arrêt de 1990 de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Succession MacDonald*¹³⁶. Cet arrêt a entraîné d'importants changements dans les règles de conduite professionnelle et une abondante jurisprudence. Après avoir passé en revue ce contexte juridique, le présent chapitre se penche sur les enjeux et préoccupations qui dominent la scène presque 20 ans après l'affaire *Succession MacDonald*. Il discute ensuite des commentaires issus des consultations du Groupe de travail et il termine en présentant des recommandations au sujet du devoir de confidentialité.

La possibilité de préjudice réel opposée à la probabilité d'un abus

L'affaire *Succession MacDonald* concernait une avocate qui avait changé de lieu de travail. L'avocate en cause, en tant que stagiaire en droit, avait aidé à la défense contre une action avant d'être engagée comme avocate salariée par le cabinet qui représentait la partie plaignante dans la même cause. L'avocate possédait indiscutablement de renseignements confidentiels pertinents qu'elle ne pouvait pas communiquer ou utiliser. La question consistait à déterminer si le cabinet qui l'avait engagée devait pour cette raison être déclaré inhabile à continuer de représenter la partie plaignante.

¹³⁴ *Succession MacDonald*, *supra* note 2. L'opinion majoritaire du juge en chef Dickson et des juges La Forest, Sopinka et Gonthier a été exprimée par le juge Sopinka. Les motifs concordants des juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Cory ont été exposés par le juge Cory.

¹³⁵ *Ibid.* (juge Sopinka).

¹³⁶ Par exemple, en conséquence directe de l'arrêt *Succession MacDonald*, le Barreau du Québec a proposé d'importantes modifications au *Code de déontologie des avocats* qui ont été adoptées par un décret entré en vigueur le 5 mai 1993. Les tribunaux du Québec ont pris en compte et appliqué l'arrêt *Succession MacDonald* dans l'application du *Code de déontologie des avocats* modifié et dans leur interprétation du Code et d'autres lois pertinentes – voir *Castor Holdings Ltd. c. Richter & Associés Inc.*, [1995] R.J.Q. 1665 (C.A.), *Services environnementaux Laidlaw (Mercier) Ltée c. Procureur général du Québec*, [1995] R.J.Q. 2393 (C.A.) *Lumbermen's Underwriting Alliance c. Até-Sou-Ma Inc.*, [1999] R.J.Q. 1206 (C.A.) et *Côté c. Rancourt*, [2004] 3 R.C.S. 248.

La Cour a d'abord abordé la question du niveau de risque de mauvaise utilisation de renseignements confidentiels qu'un client devrait avoir à accepter et la Cour à autoriser. À cette époque, l'arrêt de principe dans le Commonwealth était *Rakusen v. Ellis, Munday & Clarke*¹³⁷, dans lequel la Cour d'appel d'Angleterre avait jugé que le critère pertinent était celui de la « probabilité d'un abus »¹³⁸ :

[TRADUCTION]

... le principe selon lequel le tribunal empêche un avocat d'entreprendre une action contre un ancien client est la prévention d'abus de la confiance faite à l'avocat par son ancien client; en conséquence, avant de rendre une ordonnance, la Cour doit être convaincue de l'existence d'une telle confiance et de la probabilité d'un abus de cette confiance...

Par contre, les tribunaux des États-Unis avaient à l'époque en général adopté le critère plus contraignant de la « possibilité de préjudice réel »¹³⁹.

Le critère de la probabilité d'un abus a été rejeté dans l'affaire *Succession MacDonald*, en faveur du critère de la possibilité de préjudice. Comme l'affirme le juge Sopinka dans les motifs de la majorité :

Quelle doit donc être la bonne approche? La norme de la « probabilité de préjudice » est-elle assez exigeante pour donner à la justice ce caractère apparent que le public exige d'elle? À mon sens, elle ne l'est pas; ce que confirment la jurisprudence que j'ai citée et le désir de la profession juridique d'avoir des règles strictes de déontologie, comme le démontre l'adoption du Code canadien de déontologie professionnelle. Le critère de la probabilité de préjudice correspond essentiellement à la norme de preuve en matière civile. Nous nous en tenons aux probabilités, tel est le fondement de l'arrêt *Rakusen*. Force m'est cependant de conclure que le public, et même les avocats et les juges, ont jugé cette norme insuffisante. L'utilisation de renseignements confidentiels est habituellement impossible à prouver. Comme le fait remarquer le lord juge Fletcher Moulton dans l'arrêt *Rakusen*, [TRADUCTION] « ce n'est pas possible de le prouver » (p. 841). J'ajouterais : « ou de le réfuter ». S'il en était autrement, le public se satisferait sans doute d'une preuve d'absence de préjudice. Mais comme c'est impossible à prouver, le critère retenu doit tendre à convaincre le public, c'est-à-dire une personne raisonnablement informée, qu'il ne sera fait aucun usage de renseignements confidentiels. Voilà, à mon sens, la ligne directrice primordiale que doit suivre la Cour en répondant à la question : sommes-nous en présence d'un conflit d'intérêts de nature à rendre l'avocat inhabile à agir? ...

¹³⁷ [1912] 1 Ch. 831 (C.A.). Deux avocats étaient associés mais menaient leurs affaires séparément, chacun sans connaître les clients de l'autre. M. Rakusen avait consulté un avocat au sujet d'une poursuite pour licenciement abusif. Il avait ensuite changé d'avocat et poursuivi l'entreprise. Après que l'affaire a été soumise à l'arbitrage, l'entreprise a retenu l'avocat Clarke, l'autre associé du cabinet. Aucun des deux associés n'était au courant des actions de l'autre. Le tribunal a refusé d'exclure Clarke. Les affaires anglaises ultérieures à *Rakusen* sont entre autres *Re a Firm of Solicitors*, [1992] QB 959, [1992] 1 All ER 353 (CA); *David Lee & Co. (Lincoln) Ltd. v. Coward Chance (A Firm)* [1991] Ch. 259, [1991] 1 All ER 668. La Chambre des lords s'est maintenant écartée de ce critère : voir *Bolkiah*, *supra* note 59. L'affaire *Bolkiah* a amené la Chambre des lords à déterminer si le cabinet de comptables KPMG pouvait fournir des services de juricomptabilité à un organisme de Brunei faisant enquête sur le prince Jefri alors que celui-ci avait longuement été client de KPMG. La cour a jugé que dans ce cas, les règles d'éthique sur les conflits d'intérêts étaient les mêmes pour les juricomptables que pour les avocats, et que si des écrans pouvaient protéger efficacement les confidences des clients, KPMG avait trop tardé à mettre des écrans en place.

¹³⁸ Le maître des rôles Cozens-Hardy conclut comme suit à la p. 835 : « sur le fond, avant de permettre que soit invoquée la compétence spéciale à l'égard des avocats, nous devons être convaincus qu'un préjudice réel s'ensuivrait, selon toute probabilité, si l'avocat était autorisé à agir ». Dans ses motifs concordants, le lord juge Fletcher Moulton affirme ceci [p. 841] : « En règle générale, le tribunal n'interviendra pas, sauf si un préjudice est prévu avec raison. »

¹³⁹ *Succession MacDonald*, *supra* note 2 (juge Sopinka).

Peu après l'arrêt *Succession MacDonald*, la Chambre des lords a reconsidéré la question dans le cadre de l'affaire *Bolkiah v. KPMG*¹⁴⁰ et adopté le même critère de la possibilité de préjudice. Lord Millett a dit ceci :

[TRADUCTION]

De nombreux critères différents ont été proposés dans la jurisprudence. Parmi eux figurent l'évitement d'un « risque appréciable » ou le « risque acceptable ». J'estime que de telles expressions ne sont guère utiles : la première parce qu'elle est ambiguë et la seconde parce qu'elle n'est pas informative. Je préfère simplement dire que le tribunal interviendra à moins d'être convaincu qu'il n'y a pas de risque de divulgation. Il va sans dire que le risque en cause doit être un risque véritable et non seulement une vue de l'esprit ou un risque théorique. Mais il n'a pas besoin d'être un risque important.

Et encore :

[TRADUCTION]

À mon avis, aucun avocat ne devrait accepter un mandat sans le consentement de son ancien client à moins qu'objectivement, le fait de l'accepter n'augmentera pas le risque que l'information confidentielle de l'ancien client puisse entrer en possession d'une partie ayant des intérêts contraires.

Succession MacDonald c. Martin

Dans l'affaire *Succession MacDonald*, après avoir étudié le critère à appliquer, la Cour suprême du Canada a examiné le cadre dans lequel il serait appliqué. Pour l'essentiel, elle a étudié deux questions. D'abord, comment le client peut-il établir que l'avocat qui change de lieu de travail possède de l'information confidentielle sans avoir à rendre l'information accessible à la partie adverse? Ensuite, s'il s'avère qu'il existe de l'information confidentielle pertinente, est-il légalement possible pour un cabinet d'établir qu'il n'y a pas de possibilité de mauvaise utilisation de cette information?

En répondant à la première question, une preuve circonstancielle (ou un indicateur) a été utilisée¹⁴¹. Afin d'éviter d'exiger une preuve directe de l'existence de renseignements confidentiels, il a été décidé que la Cour devrait déterminer si le mandat en cause se rapporte suffisamment au mandat précédent pour supposer qu'il y a de l'information confidentielle pertinente. Comme l'expliquent les motifs de la majorité :

Pour répondre à la première question, la cour doit résoudre un dilemme. Il peut en effet être nécessaire, pour examiner à fond la question, de révéler les renseignements confidentiels que l'on cherche justement à protéger. La requête perdrait alors tout sens. ... À mon avis, dès que le client a prouvé l'existence d'un lien antérieur dont la connexité avec le mandat dont on veut priver l'avocat est suffisante, la Cour doit en inférer que des renseignements confidentiels ont été transmis, sauf si l'avocat convainc la Cour qu'aucun renseignement pertinent n'a été communiqué. C'est un fardeau de preuve dont il aura bien de la difficulté à s'acquitter. Non seulement la Cour doit être convaincue, au point qu'un membre du public raisonnablement informé serait persuadé qu'aucun renseignement de

¹⁴⁰ *Bolkiah*, *supra* note 59.

¹⁴¹ Un indicateur est un fait dont on peut inférer l'existence d'un autre fait. Un fait indicateur est une preuve circonstancielle du fait principal.

cette nature n'a été transmis, mais encore la preuve doit être faite sans que soient révélés les détails de la communication privilégiée. Néanmoins, je suis d'avis qu'il ne convient pas de priver de tout moyen d'action l'avocat qui veut s'acquitter de ce lourd fardeau. (pp. 1260 - 1261)

La majorité a conclu que l'inférence de l'existence d'information confidentielle pertinente à partir de l'existence de la preuve circonstancielle devrait être réfutable. La minorité a exprimé un avis contraire au motif qu'une « présomption irréfutable est essentielle pour préserver la confiance du public dans l'administration de la justice ».

Enfin, la Cour a examiné les mesures qui, le cas échéant, seraient nécessaires pour qu'un tribunal puisse convenablement conclure à l'absence de risque de mauvaise utilisation après avoir constaté que l'avocat qui change de lieu de travail possédait de l'information confidentielle pertinente. La conclusion de la Cour à ce sujet a produit un effet important sur la pratique du droit, comme nous le verrons.

De toute évidence, l'avocat qui change de lieu de travail et qui possède de l'information confidentielle pertinente ne peut pas agir sans en faire un mauvais usage. Le risque de mauvais usage est évident malgré les meilleures intentions. Mais qu'en est-il des autres membres du cabinet? Sur cette question, les motifs de la majorité se présentaient comme suit :

Pourtant, il y a fort à présumer que les avocats qui travaillent ensemble échangent des renseignements confidentiels. Pour trancher cette question, le tribunal doit donc tirer les conséquences de cette présomption, sauf s'il est persuadé, par des preuves claires et convaincantes, que toutes les mesures raisonnables ont été prises pour veiller à ce que l'avocat en cause ne divulgue rien aux membres du cabinet qui agissent contre son ancien client. Parmi ces mesures raisonnables, on pourrait compter des mécanismes institutionnels comme les murailles de Chine et les cônes de silence. Ces concepts sont peu connus des tribunaux canadiens et même ne semblent pas avoir été adoptés par les organes directeurs de la profession. On peut s'attendre à ce que l'Association du barreau canadien, qui a pris l'initiative par l'adoption en 1974 d'un Code de déontologie professionnelle, prenne encore l'initiative de déterminer si les dispositifs institutionnels sont efficaces et d'élaborer des normes en matière d'utilisation des dispositifs institutionnels qui seront uniformes au Canada. Bien que je ne sois pas prêt à dire qu'un tribunal ne devrait jamais considérer ces dispositifs comme la preuve d'une protection suffisante tant que les organes directeurs ne les auront pas approuvés et n'auront pas adopté des règles régissant leur fonctionnement, je ne puis envisager qu'un tribunal le fasse sauf dans des circonstances exceptionnelles. Par conséquent, dans la grande majorité des cas, il est improbable que les tribunaux admettent l'efficacité de ces dispositifs, tant que la profession, par l'entremise de son organe directeur, n'aura pas étudié la question et déterminé qu'il existe des garanties institutionnelles répondant à la nécessité de conserver la confiance dans l'intégrité de la profession. À cet égard, il convient de se rappeler que la profession d'avocat est une profession qui se régit elle-même. C'est à elle, et non aux tribunaux, que le législateur a confié la responsabilité d'élaborer des normes. Les tribunaux ont simplement un rôle de surveillance et leur compétence porte sur cet aspect de la déontologie uniquement en ce qui a trait aux procédures judiciaires. Toutefois, les organes directeurs se préoccupent de l'application des normes relatives aux conflits d'intérêt non seulement en ce qui concerne le contentieux mais dans d'autres domaines qui constituent la plus grande part de la

pratique du droit. Par conséquent, il ne conviendrait pas de fermer l'ensemble de la pratique à l'organe directeur d'une profession autonome par l'imposition d'une norme inflexible et immuable dans l'exercice d'une compétence de surveillance à l'égard d'une partie de cette pratique. (p. 1262)

Trois éléments de cet extrait des motifs de la majorité méritent plus ample discussion. Le premier est que l'analyse découle de l'inférence logique voulant que des avocats travaillant ensemble échangent des confidences. Il s'agit assurément d'une inférence logique raisonnable lorsque des avocats travaillent véritablement ensemble. Le deuxième est que la confiance du public envers l'intégrité de la profession juridique est mise en cause dans cette analyse. Il est supposé que des mesures de protection doivent être évaluées en tenant compte de la confiance du public. Le troisième est le rôle de surveillance limité des tribunaux, touchant uniquement les procédures judiciaires et les rôles correspondants des barreaux.

Le Groupe de travail tient tout spécialement compte des deuxième et troisième éléments. La confiance du public envers l'intégrité de la profession juridique est fondamentale pour l'administration de la justice. La profession juridique, à titre de profession autoréglémentée, a un rôle crucial à jouer à l'égard de ces aspects de la déontologie juridique. Les rôles respectifs aussi bien des tribunaux que de la profession devraient être honorés.

Avant de passer en revue les réactions de la profession face au défi effectivement lancé par la Cour suprême dans l'arrêt *Succession MacDonald*, nous concluons notre examen de cette affaire en soulignant les valeurs dont la Cour a conclu qu'elles doivent sous-tendre l'analyse du devoir de confidentialité dans le contexte d'un avocat qui change de lieu de travail.

Pour résoudre cette question, la Cour doit prendre en considération au moins trois valeurs concurrentes. Au premier rang se trouve le souci de préserver les normes exigeantes de la profession d'avocat et l'intégrité de notre système judiciaire. Vient ensuite en contrepois, 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. Enfin, il y a la mobilité raisonnable qu'il est souhaitable de permettre au sein de la profession. (p. 1243)

Comme nous le verrons plus loin, des questions semblables de confidentialité surviennent relativement à d'anciens clients même quand il n'y a pas d'avocat changeant de lieu de travail qui soit en cause. Dans le contexte d'un ancien client, le respect des plus hautes normes de la profession juridique, la protection de l'intégrité de notre système de justice et la volonté d'éviter de priver indûment un justiciable du choix de son avocat sont des valeurs également applicables.

Réaction à l'arrêt *Succession MacDonald* : Le Groupe de travail de 1993 de l'ABC

L'arrêt *Succession MacDonald* a encouragé la profession par l'entremise de l'ABC, à déterminer si les mécanismes institutionnels sont efficaces et à adopter des normes prévoyant le recours à des mécanismes institutionnels uniformisés partout au Canada.

Peu après la publication de l'arrêt *Succession MacDonald*, l'ABC a réagi en mettant sur pied un groupe de travail (le Groupe de travail de 1993 de l'ABC)¹⁴². Son mandat était défini comme suit :

Le Groupe de travail limitera son étude à déterminer si les dispositifs institutionnels, tels les murailles de Chine et les cônes de silence, peuvent efficacement réduire le risque que les renseignements confidentiels connus d'un avocat qui se joint à un nouveau cabinet puissent être utilisés au détriment de son ancien client et, dans l'affirmative, si des normes uniformes devraient régir le recours à ces dispositifs.

...

Le Groupe de travail veut que ses conclusions s'appliquent tant aux matières contentieuses que non contentieuses. En matières non contentieuses, il est important de se rappeler que les conclusions de ce rapport s'appliquent seulement lorsque le passage d'un avocat d'un cabinet à un autre est la source du conflit¹⁴³.

Le Groupe de travail de 1993 de l'ABC a conclu que des écrans institutionnels bien conçus seraient efficaces. Il a produit un rapport final énonçant des lignes directrices sur la façon dont les cabinets devraient gérer les conflits découlant du mouvement d'avocats entre cabinets (lignes directrices de l'ABC). Ces lignes directrices abordent ce que sont des « mesures raisonnables » pour protéger les renseignements confidentiels; elles guident depuis lors les décisions ayant trait à l'embauche d'avocats venant d'un autre cabinet. Les lignes directrices de l'ABC ont été intégrées avec des modifications mineures aux diverses règles provinciales et territoriales.

Il faut comprendre que les lignes directrices de l'ABC ont été élaborées pour traiter de la confidentialité des clients dans le contexte des avocats changeant de lieu de travail, mais pas dans le contexte des anciens clients ni aucun autre contexte. Les lignes directrices ne visent pas à fixer un ensemble de règles qui seraient considérées comme raisonnables ou opportunes dans tous les cas. Pour satisfaire aux principes de l'arrêt *Succession MacDonald*, un cabinet doit décider dans chaque cas individuel des mesures particulières qui sont indiquées à la lumière des circonstances en cause et du contexte du cabinet.

Questions qui sont apparues depuis l'arrêt *Succession MacDonald*

Dans les années qui ont suivi l'arrêt *Succession MacDonald* et le rapport du Groupe de travail de 1993 de l'ABC, les tribunaux ont tranché plus de 500 cas mettant en cause les principes de *Succession MacDonald* et les lignes directrices de l'ABC. Ils ont reconnu que les écrans¹⁴⁴ conçus en tenant adéquatement compte de ces lignes directrices peuvent être efficaces pour protéger

¹⁴² Le Groupe de travail de 1993 de l'ABC a été mis sur pied en janvier 1991 et il a produit son rapport en 1993.

¹⁴³ *L'incapacité en matière de conflits d'intérêts : La cause Martin c. Gray et les dispositifs d'isolement* (Ottawa : Association du Barreau canadien, 1993), p. 16-17 [« le rapport de 1993 de l'ABC »]. À noter, la restriction indiquée à la fin de l'extrait semble avoir été perdue.

¹⁴⁴ Un « écran déontologique » est un ensemble de mesures institutionnelles que met en place un cabinet d'avocats pour veiller à ce que des renseignements confidentiels ne soient pas utilisés à mauvais escient. Les mesures choisies dans une situation donnée tiennent compte des lignes directrices qui se trouvent dans le code de déontologie pertinent. D'autres termes tels que « écran », « écran d'isolement » ou « écran de confidentialité » sont des synonymes d'« écran déontologique ».

la confidentialité des clients et contrer les présomptions quant à l'échange d'information au sein du cabinet¹⁴⁵. La diversité des situations de fait visées dans ces affaires ne se résume pas aisément. Il reste que certaines questions sont ressorties :

- Dans quelle mesure des avocats partageant des locaux devraient-ils être considérés comme un seul cabinet dans l'optique des conflits?
- Comment un non-avocat qui change de lieu de travail devrait-il être considéré en vertu de la loi et des lignes directrices?
- Comment faudrait-il traiter tout retard dans la mise en place officielle d'écrans?
- Comment les mesures d'isolement recommandées ont-elles fonctionné?
- Des écrans peuvent-ils être utilisés pour protéger l'information confidentielle d'anciens clients?

Les décisions des tribunaux après l'arrêt *Succession MacDonald*

Dans l'affaire *Succession MacDonald*, la Cour suprême a signalé le rôle de surveillance des tribunaux et le fait que leur compétence entre en ligne de compte uniquement en ce qui a trait aux procédures judiciaires. La Cour suprême a aussi insisté sur le rôle des organes directeurs de la profession à l'égard des normes sur les conflits d'intérêts non seulement en ce qui concerne le contentieux mais dans d'autres domaines qui constituent la plus grande part de la pratique du droit.

Les tribunaux, par les décisions qu'ils ont rendues après l'arrêt *Succession MacDonald* et le rapport du Groupe de travail de 1993 de l'ABC, ont tenu compte des rôles distincts des tribunaux et des organes de régie et les ont respectés.

L'évaluation des mesures de protection

Le jugement de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans l'affaire *Bank of Montreal v. Dresler*¹⁴⁶ illustre la façon dont les tribunaux évaluent les mesures de protection. Le tribunal a indiqué que les facteurs suivants revêtaient une importance particulière :

- le moment où l'écran a été mis en place;
- la taille du cabinet mis en cause;
- le nombre d'avocats déclarés inhabiles;
- le nombre de lignes directrices qui ont été mises en œuvre.

¹⁴⁵ Les écrans peuvent être efficaces. Voir des affaires telles que *Bramalea Inc. v. KPMG* (1998) 22 CPC (4th) 353; *Davies Ward & Beck v. Baker and McKenzie* (1998) 40 O.R. (3d) 257 (CA).

¹⁴⁶ *Bank of Montreal v. Dresler*, (2002), 224 D.L.R. (4th) 337, [2002] N.B.J. No. 324, 660 A.P.R. 37, 253 N.B.R. (2d) 37, 25 C.P.C. (5th) 1, 2002 NBCA 69 (N.B. C.A.) infirmant (2002), 16 C.P.C. (5th) 382, 2002 NBQB 28, 638 A.P.R. 143, 246 N.B.R. (2d) 143 (N.B. Q.B.) [*Bank of Montreal*].

Le tribunal explique par ailleurs que dans les cas où un écran efficace n'a pas été mis en place ou s'il reste des questions sur le degré auquel les règles et lignes directrices ont été observées, un tribunal est tenu de poursuivre son analyse. Le tribunal devra aussi prendre en compte l'incidence d'une ordonnance d'exclusion sur le client actuel du cabinet mis en cause. [TRADUCTION] « La justice doit être rendue et il doit être évident qu'elle a été rendue, non seulement du point de vue de l'ancien client mais aussi du point de vue de la partie adverse. »¹⁴⁷ Doivent être pris en compte, entre autres, les facteurs supplémentaires suivants :

- la disponibilité d'un autre avocat;
- la complexité et le degré d'avancement de l'affaire;
- la possibilité qu'une demande de déclaration d'incapacité soit utilisée comme un outil tactique, ce qui peut exiger de déterminer si l'ancien client a présenté une demande de déclaration d'incapacité en temps opportun¹⁴⁸.

Partage de locaux et confidentialité

Dans l'affaire *Succession MacDonald*, un élément fondamental de l'analyse était la supposition qu'il y a « fort à présumer que les avocats qui travaillent ensemble échangent des renseignements confidentiels ». Cette conclusion peut ou non s'appliquer logiquement lorsque des avocats travaillent en solo, mais dans des bureaux qui offrent les économies de locaux partagés¹⁴⁹.

Du point de vue des conflits, les tribunaux et organes directeurs de la profession ont eu tendance à considérer ces situations comme correspondant à un cabinet informel, en supposant qu'il y a partage de connaissances. De fait, dans la deuxième cause majeure de la Cour suprême touchant les conflits, *Neil*¹⁵⁰, l'avocat en cause a été présumé être associé à un autre cabinet – en raison de la façon dont s'appliquent les règles de déontologie de la Law Society of Alberta.

La question de fond consiste à savoir si les dispositions de partage donnent lieu à une véritable possibilité que la confidentialité des renseignements des clients soit compromise. Si des avocats partagent des ressources comme s'ils appartenaient à un même cabinet, alors des systèmes convenables de contrôle des conflits sont sans doute tout aussi nécessaires que s'il s'agissait d'un cabinet conventionnel. Pour éviter les conséquences de la présomption d'un partage d'information et la conclusion à l'existence d'un conflit d'intérêts, les avocats qui travaillent dans un contexte de partage de locaux devront mettre en place des mécanismes formels de protection de l'information confidentielle des clients¹⁵¹.

¹⁴⁷ *Ibid.*, par. 86.

¹⁴⁸ *Ibid.*, par. 86-95.

¹⁴⁹ Il est manifestement pertinent de savoir si des avocats partageant des locaux travaillent ensemble ou ont véritablement des pratiques entièrement distinctes; en revanche, en toute logique, le degré auquel les installations et le personnel sont partagés est aussi pertinent. Lorsque les installations et le personnel sont partagés, il peut y avoir un risque suffisant de mauvaise utilisation de renseignements confidentiels pour que le critère de la possibilité d'un préjudice réel entre en ligne de compte.

¹⁵⁰ *Neil*, *supra* note 4, par. 5.

¹⁵¹ Divers facteurs sont pertinents pour déterminer si des avocats partageant des locaux seront considérés comme étant effectivement un seul cabinet aux fins des conflits, y compris : partage de secrétaires et autres employés; partage de systèmes de comptabilité et de gestion de bureau; partage de technologie; utilisation d'en-tête de lettres, affiches et cartes d'affaires communs; marketing ou publicité communs, y compris sites Internet; aire de réception commune, y compris la façon dont le personnel à la réception répond au téléphone et accueille les clients; partage d'appareils périphériques tels que copieurs, numériseurs, imprimantes et télécopieurs; degré d'intégration physique des bureaux des avocats.

Certains barreaux ont fait valoir que les clients devraient être informés du degré d'intégration et du fait que leurs renseignements pourraient être accessibles à d'autres personnes partageant les bureaux. Dans une affaire ontarienne, *BET-Mur Investments Limited v. Spring et al.*¹⁵², le tribunal a jugé que si l'en-tête de lettre et l'enseigne sur la porte permettent de croire que les avocats sont des associés, il incombe à ces avocats de faire comprendre au public qu'ils ne le sont pas. Le Groupe de travail estime qu'aux fins des conflits d'intérêts, les avocats travaillant dans le cadre de dispositions de partage de locaux ne devraient pas être considérés comme s'ils constituent un cabinet si leurs dispositions sont telles que la confidentialité des clients est pleinement protégée.

Passage de la défense à la poursuite

Peu après l'affaire *Succession MacDonald*, l'hypothèse selon laquelle « il y a fort à présumer que les avocats qui travaillent ensemble échangent des renseignements confidentiels » a été examinée dans le cas d'un avocat de la défense changeant de lieu de travail. Dans l'affaire *R. c. Morales*¹⁵³, l'ancien avocat d'une personne faisant l'objet d'une poursuite criminelle était devenu procureur au sein du bureau du Procureur général du Québec. L'accusé demandait que deux autres procureurs du même bureau soient déclarés inhabiles à agir dans la poursuite criminelle en cause.

Le juge Doyon a conclu que la supposition de l'arrêt *Succession MacDonald* ne devrait pas s'appliquer, et ce, pour plusieurs raisons : (i) le rôle de procureur de la Couronne est différent de celui d'avocats de cabinets privés en ce sens où il n'a pas à proprement parler pour but de gagner la cause; (ii) les procureurs ne travaillent pas en partenariat; et (iii) l'ancien avocat de la défense n'était pas dans la même équipe ou section que les procureurs en cause. Cependant, le juge Doyon a insisté que l'exigence de la protection des renseignements confidentiels du client n'était pas moins importante que dans l'affaire *Succession MacDonald* et que c'était la différence de contexte qui produisait un résultat différent.

Le raisonnement selon lequel la supposition a une pertinence limitée lorsque des procureurs ne travaillent pas véritablement ensemble, ne discutent pas de leurs dossiers et ne sont pas en partenariat pourrait s'appliquer à certains arrangements de partage de locaux dans des cabinets privés. La même logique s'applique à des avocats qui partagent simplement des locaux mais par ailleurs ne travaillent pas ensemble.

Des décisions rendues depuis l'arrêt *Morales*¹⁵⁴ ont continué de juger qu'un procureur qui avait déjà agi pour un accusé dans une affaire connexe ne peut pas ensuite poursuivre l'ancien client. Vu la nature des poursuites criminelles, des affaires peuvent être liées entre elles du simple fait que le caractère et les antécédents de l'accusé peuvent être pertinents dans les deux cas.

¹⁵² (1994), 20 O.R. 417 (Gen.Div.) conf. (1999), 41 O.R. (3d) 800 (Ont.C.A.).

¹⁵³ [1993] R.J.Q. 2940.

¹⁵⁴ *R. v. Lindsok*, 1997 CanLII 11318 (Sask. Q.B.), *R. v. Stokes* (1999), 176 N.S.R. (2d) 290 (NS S.C.), *R. v. Standingwater*, 2007 SKQB 484.

Tous les arrêts ultérieurs n'ont pas accepté la pertinence analytique des rôles différents des procureurs et des autres avocats. Cependant, ils ont permis à d'autres procureurs d'agir sur la foi d'assurances qu'aucune information confidentielle n'avait été ou ne serait communiquée par le procureur changeant de lieu de travail. À cet égard, la supposition que les avocats travaillant ensemble échangeront des confidences à défaut de mesures de protection institutionnelles s'applique différemment aux bureaux de procureurs qu'ailleurs. La supposition semble être palliée par la preuve directe donnée par l'avocat changeant de lieu de travail. Il faut sans doute y voir une conséquence du rôle unique des avocats assumant les responsabilités du procureur général¹⁵⁵, la nature de la relation entre procureurs et l'organisation des bureaux de procureurs.

Taille du cabinet et renseignements confidentiels

La taille du cabinet peut être importante à deux égards. Lorsqu'un cabinet est très grand, qu'il dispose de nombreux bureaux et qu'il travaille dans de nombreux domaines, nombre de ses avocats ne travaillent de fait pas ensemble. En conséquence, la supposition que ces avocats partagent de l'information n'a guère de poids. Bien que cette réalité du grand cabinet ne justifie pas de se dispenser de mesures de protection à l'égard des confidences des clients, elle peut être pertinente au moment de choisir les mesures adéquates et de trancher la question de l'incapacité à occuper face à une allégation de conflit d'intérêts.

En revanche, il y a eu dans ces affaires des discussions quant à savoir si des mesures de protection peuvent être considérées comme étant véritablement efficaces dans les petits cabinets. Le Groupe de travail de 1993 de l'ABC a rejeté la notion qu'un cabinet doit compter au moins 30 avocats pour qu'un écran soit efficace; pour sa part, la Solicitors Regulation Authority d'Angleterre et du pays de Galles a soutenu qu'aucun ensemble de mesures de protection ne pourrait vraisemblablement être considéré comme étant adéquat lorsqu'un cabinet compte un seul dirigeant et aucun autre employé qualifié.

Dans *Robertson c. Slater Vecchio*¹⁵⁶, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a récemment étudié la question de savoir si le risque de communication par inadvertance est inévitable dans un petit cabinet tel que Slater Vecchio (qui compte neuf avocats). La Cour s'est fortement inspirée de l'affaire *Bank of Montreal v. Dresler*¹⁵⁷ concernant un cabinet de 20 avocats; elle a cité les déclarations suivantes de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick :

[TRADUCTION]

À mon avis, le principal obstacle auquel est confronté un cabinet de la région de l'Atlantique déterminé à mettre en place un écran efficace est l'exigence que le cabinet soit d'une taille suffisante. La taille se mesure selon : (1) le nombre d'avocats; et (2) les dispositions physiques; et (3) le nombre de domaines de pratique au sein du cabinet. Je suis d'accord avec le Groupe de travail pour rejeter l'opinion américaine qu'il faut un minimum de 30 avocats. Un nombre moindre peut être suffisant. Chaque cas doit être jugé selon ses propres faits. Dans certains cas, la réponse est évidente. Tenez par exemple un avocat représentant un plaignant qui, au cours du litige, passe à un cabinet de deux

¹⁵⁵ *R. c. Doucet*, [1994] 5 W.W.R. 305 (M.C.A.), confirmé en appel [1995] 1 R.C.S. 758.

¹⁵⁶ *Robertson*, *supra* note 36.

¹⁵⁷ *Bank of Montreal*, *supra* note 146.

avocats qui représente la partie défenderesse. Quelqu'un peut-il douter que le nouveau cabinet sera déclaré inhabile à représenter le défendeur? Dans ces circonstances, comment un cabinet mis en cause peut-il réfuter la supposition que les avocats du même cabinet échangent des confidences? Le fait de permettre au cabinet mis en cause de continuer de représenter la partie défenderesse minerait la confiance du public envers l'intégrité du système de justice. À l'autre extrémité de l'échelle se trouvent les « mégacabinets » ou cabinets « nationaux » pris en compte par le juge Sopinka dans *Succession MacDonald c. Martin*.

En ce qui concerne la taille du cabinet, le tribunal doit être convaincu que l'avocat changeant de lieu de travail peut être efficacement isolé des avocats travaillant à l'affaire en cause. Dans un monde juridique idéal, l'avocat isolé n'aurait pas de contacts quotidiens avec ceux travaillant à l'affaire en cause. Ainsi, des avocats d'un même cabinet travaillant dans des villes différentes ne posent pas le même risque que ceux travaillant dans les mêmes locaux. En somme, l'avocat isolé doit pouvoir pratiquer le droit indépendamment de ceux qui représentent le client en cause. Si l'avocat isolé continue de travailler à d'autres dossiers avec les avocats affectés au dossier en cause, est-il raisonnable de perpétuer la conviction que l'observation des règles et lignes directrices du barreau a pour effet de maintenir la confiance du public envers l'intégrité de la profession juridique et de l'administration de la justice? Je ne le crois pas.

Notons que la construction de murailles de Chine vise à empêcher la communication par inadvertance de renseignements confidentiels pendant les heures ouvrables. La loi est muette sur la possibilité qu'une telle communication survienne dans le cadre d'échanges informels. Il n'y a pas d'empêchement juridique à ce que les avocats d'un même cabinet se fréquentent, participent ensemble à des programmes de formation ou partagent des responsabilités dans la gestion du cabinet. Si la loi était différente, il serait futile même d'envisager l'adoption de mesures d'isolement efficaces. La déclaration d'inhabilité d'un cabinet serait pratiquement acquise et l'opinion de la minorité exprimée par le juge Cory dans *Succession MacDonald c. Martin* deviendrait de fait la règle de droit.

Il y a environ 20 avocats dans le bureau de Fredericton de McInnes Cooper. Personne n'a soutenu qu'il devrait être déclaré inhabile à représenter le défendeur Freyn en raison de la taille du cabinet. Je suis d'accord. Il n'y a rien dans le dossier qui me ferait douter de la viabilité de l'écran mis en place par McInnes Cooper. En particulier, rien n'indique que M^{me} McDonald ne peut pas travailler indépendamment de M. Windle et M. Young, les deux avocats représentant le défendeur Freyn...¹⁵⁸

Alors que dans l'affaire *Robertson*, le tribunal a reconnu que le risque de préjudice est plus grand dans les plus petits cabinets, il précisait qu'il existe aussi d'autres facteurs qui peuvent aisément influencer le risque, et dans certains cas compenser le désavantage de la taille – comme la configuration du lieu de travail et une plus grande attention à la supervision et à la formation du personnel. En outre, le tribunal a souligné le fait qu'aujourd'hui, les communications entre bureaux se font en grande partie par téléphone et par courrier électronique plutôt que par voie de contacts personnels et que la taille du cabinet n'a aucune importance dans ce contexte. Enfin, le tribunal a affirmé qu'il ne faudrait pas présumer que les personnes au sein de plus petits cabinets sont moins rigoureuses à l'égard de leurs responsabilités professionnelles que leurs collègues dans les grands cabinets.

¹⁵⁸ *Ibid.*, par. 80-83.

[TRADUCTION]

Quoi qu'il en soit, je conclus que Slater Vecchio, en raison de sa bonne gestion du lieu de travail, n'était pas, faute d'une grande taille, plus susceptible à la divulgation que de plus grands cabinets¹⁵⁹.

L'autorisation d'interjeter appel de l'arrêt *Robertson* a été accordée. Les avocats ont admis que la demande visant à empêcher le cabinet d'agir est pertinente au contexte plutôt spécialisé des blessures corporelles où un avocat cherche à « changer de bord » en passant d'une pratique représentant surtout le défendeur à une pratique représentant surtout le plaignant. Les appelants ont aussi voulu faire valoir que la question de la mobilité revêt une importance particulière lors du passage à un plus petit cabinet où il y a un plus grand risque de divulgation de renseignements confidentiels, du moins dans le cas où toutes les mesures de protection contre les conflits ne sont pas en place au moment du passage. La Cour d'appel a accordé l'autorisation pour trois raisons, y compris l'allégation selon laquelle le juge au procès n'aurait pas convenablement pris en compte les risques de divulgation de renseignements confidentiels dans un petit cabinet, surtout lorsque toutes les mesures de protection contre les conflits n'étaient pas en place au moment pertinent¹⁶⁰. La décision de la Cour d'appel sera importante pour déterminer si des petits cabinets doivent être autorisés à gérer la confidentialité au moyen d'écrans.

La Cour suprême a expressément reconnu¹⁶¹ les problèmes qui peuvent survenir dans les domaines de pratique spécialisés et dans les collectivités isolées par suite d'une application excessivement rigide des règles sur les conflits. Vu la grande diversité des situations et contextes dans lesquels les avocats travaillent, dans de petits et grands cabinets, de petites et grandes localités ainsi que dans des domaines spécialisés et des collectivités isolées, le Groupe de travail croit qu'il faut adopter une attitude plus souple qu'initialement envisagée dans l'affaire *Succession MacDonald* et par le Groupe de travail de 1993.

Mobilité du personnel de cabinets d'avocats

Lorsque des commis juridiques, assistants juridiques, traducteurs et autres employés de soutien passent d'un cabinet à un autre, faut-il y voir un conflit d'intérêts pouvant entraîner l'incapacité d'un avocat ou du cabinet à représenter un client? Cette question n'a pas été abordée dans l'affaire *Succession MacDonald* ou par le Groupe de travail de 1993 de l'ABC. Par la suite, les tribunaux ont examiné la question du personnel de soutien, mais en y apportant des réponses quelque peu discordantes. Nous croyons qu'il s'agit d'un domaine où une plus grande clarté des règles serait la bienvenue.

Il y a un nombre limité d'affaires canadiennes¹⁶² à ce sujet. Celles dont il est question ci-dessous illustrent deux approches différentes. Dans *J-Star Industries Inc. v. Berg Equipment Co. (Canada) Ltd.*¹⁶³, la Cour fédérale s'est penchée sur le cas d'un assistant juridique passant d'un cabinet à

¹⁵⁹ *Ibid.*, par. 55.

¹⁶⁰ [2007] B.C.J. No. 2359, par. 11-12 (C.A.).

¹⁶¹ *Strother supra*, note 3, par. 55.

¹⁶² Voir par exemple *R. v. Le*, [2001] A.J. No. 323 (Alta. Q.B.); *Gottschlich v. Gottschlich*, [2001] A.J. No. 696, [2001] 8 W.W.R. 667, 5 C.P.C. (5th) 407, 91 Alta. L.R. (3d) 346, 291 A.R. 173, (Q.B.); *A.K. Film Ltd Partnership v. Gallery Pictures Inc.*, [1996] O.J. No. 1741 (Ont. Gen. Div.).

¹⁶³ [1992] 3 C.F. 639, 45 C.P.R. (3d) 72, 57 F.T.R. 75 (T.D.) [*J-Star*].

un autre. La personne avait pris de la dictée et dactylographié de la correspondance et d'autres documents pertinents à une affaire de marque de commerce. Le nouveau cabinet agissait contre le client de l'ancien cabinet dans un litige en cours concernant la marque de commerce.

En rejetant la requête en déclaration d'incapacité, le tribunal a tenu compte de l'arrêt *Succession MacDonald*, mais a affirmé ceci :

[TRADUCTION]

... bien qu'il y ait une forte présomption que des avocats travaillant dans le même cabinet s'échangent des confidences, je ne crois pas qu'une présomption semblable puisse tenir à l'égard des échanges entre les avocats et leurs secrétaires. Dans le cas des « employés non avocats », le client doit démontrer que la personne travaillant maintenant pour l'avocat adverse a joué, lorsqu'elle travaillait pour l'avocat du client, un rôle dans la préparation du dossier du client de façon à avoir accès à des renseignements confidentiels.

... Rien ne prouve qu'elle ait assisté à des réunions où des renseignements confidentiels ont été communiqués par l'appelant ou durant lesquelles des stratégies du dossier ont été discutées. De plus, un examen de la preuve soumise par affidavit et contenant des copies de lettres et documents préparés par Dorothee Paquin à l'égard du dossier de l'appelant ne divulguent aucune information confidentielle qui, aux mains de la partie intimée, pourrait être utilisée contre les intérêts de l'appelant¹⁶⁴.

Le tribunal a conclu qu'un membre raisonnable du public ne croirait pas à la lumière des circonstances de cette affaire que les renseignements confidentiels étaient exposés à des risques. Du reste, le tribunal n'était pas convaincu que la confiance du public envers l'administration de la justice était exposée à des risques¹⁶⁵.

Par contre, la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan est arrivée à la conclusion opposée dans l'affaire *Ocelot Energy Inc. v. Jans*¹⁶⁶ concernant un assistant juridique qui changeait de cabinet. L'arrêt *J-Star* a été pris en compte mais écarté à la lumière des faits :

[TRADUCTION]

Je ne suis pas nécessairement d'accord avec le juge Denault que les échanges entre avocats et secrétaires ne porteraient pas sur des affaires confidentielles des clients. En outre, dans de nombreux cas, un assistant juridique d'expérience connaît autant ou mieux que l'avocat ce qui se trouve dans un dossier donné.

Je suis d'accord qu'un assistant juridique n'élaborerait pas la stratégie ou les arguments. Cependant, si un dossier contient de la correspondance, des notes de service ou d'autres documents confidentiels ou délicats, il serait normal que l'assistant juridique de l'avocat les connaisse très bien.

¹⁶⁴ *Ibid.*, par. 21 et 22.

¹⁶⁵ *Ibid.*, par. 23.

¹⁶⁶ [1998] 8 W.W.R. 708, 165 Sask. R. 252 [*Ocelot*].

Quoi qu'il en soit, l'arrêt du juge Denault dans *J-Star Industries* ne peut pas être transposé dans la présente requête. Dans ce cas, l'assistant juridique avait changé d'emploi trois jours avant l'audience. Le dossier de preuve pour l'audience sur l'opposition avait été préparé. Le seul élément qui manquait était l'argument juridique. Dans ces circonstances, tout risque de communication de renseignements confidentiels était si éloigné qu'il était presque inexistant¹⁶⁷.

Dans l'affaire *Ocelot*, le nouveau cabinet comptait deux personnes. Le juge a estimé que les possibilités d'avoir des discussions privées et d'échanger des confidences peuvent être plus grandes lorsque l'avocat et l'assistant juridique travaillent dans un cabinet de deux personnes¹⁶⁸. Le juge McLellan a fait suite à la demande d'exclusion et a conclu comme suit :

[TRADUCTION]

À mon avis, une personne raisonnablement renseignée ne serait pas convaincue qu'aucune utilisation de renseignements confidentiels ne serait faite si un ancien membre du personnel d'un cabinet qui avait entièrement accès au dossier d'un client et y avait abondamment travaillé, travaillait directement pour l'avocat représentant la partie adverse dans le même litige et semblait travailler directement à ce dossier précis pour le nouvel avocat¹⁶⁹.

Dans ces deux affaires, des approches différentes sont adoptées ou des conclusions différentes sont tirées des faits entourant la migration d'assistants juridiques. Pour l'essentiel, la distinction se trouve dans le degré auquel on peut à bon droit supposer que des assistants juridiques échangent des confidences avec les avocats pour lesquels ils travaillent. Le fait que la deuxième affaire concernait un cabinet de deux personnes plutôt qu'un plus grand cabinet peut être pertinent quant à l'applicabilité de cette inférence; il se peut que les assistants juridiques assument de nombreuses tâches et jouent un plus grand rôle dans les plus petits cabinets.

La nécessité de règles sur les changements de lieu de travail des employés

Le passage d'assistants juridiques et autres employés entre cabinets d'avocats est si fréquent que la règle devrait être claire et pratique. Il serait utile que les organes directeurs codifient la façon dont les règles s'appliquent au personnel de soutien, pour que des mesures adéquates puissent être prises en cas de changement d'employeur.

Dans l'élaboration d'une règle générale, il faudrait d'abord déterminer si on peut ou non conclure qu'un membre du personnel échangera des confidences avec des personnes s'occupant de l'affaire adverse. Nous ne croyons pas que cette conclusion soit logique lorsque le membre du personnel ne travaille pas de fait avec les avocats qui représentent la partie adverse. Bien que dans certaines situations il soit raisonnable de conclure que des avocats travaillant ensemble collaborent à la représentation d'un client peu importe que chacun soit ou non affecté au dossier, il n'en va pas nécessairement de même pour les membres du personnel.

¹⁶⁷ *Ibid.*, par. 15-17.

¹⁶⁸ *Ibid.*, par. 21. Il est ironique que telle était précisément la situation où, dans l'affaire *Rakusen*, *supra* note 137, la Cour d'appel anglaise avait accepté que les avocats n'avaient pas connaissance des affaires l'un de l'autre.

¹⁶⁹ *Ocelot*, *supra* note 166, par. 30.

La validité de la conclusion dépend de la nature du rôle et du domaine de compétence du membre du personnel. Certains membres du personnel travaillent directement et sur le fond aux dossiers des clients, et d'autres, non. Les stagiaires, commis juridiques, agents de brevets et de marques de commerce, planificateurs et autres paraprofessionnels (personnel professionnel) jouent souvent un rôle de fond dans les dossiers des clients. Les assistants juridiques ont un rôle continu, mais pas nécessairement sur le fond. Les chercheurs, traducteurs, huissiers, examinateurs de titres de propriété, spécialistes des documents électroniques¹⁷⁰ et opérateurs de systèmes de traitement de texte (personnel spécialisé) assument des tâches techniques précises dans les dossiers des clients, sans y jouer un rôle continu. D'autres membres du personnel ne participent pas du tout à la représentation des clients. Par exemple, le personnel de la comptabilité ou des services informatiques (personnel administratif) peut avoir accès à des renseignements confidentiels dans le cadre de son travail, mais ne participe pas aux dossiers des clients.

Le Groupe de travail estime qu'il est raisonnable de conclure que le personnel professionnel échangera des confidences avec les personnes avec lesquelles il travaille à des dossiers des clients. De plus, le Groupe de travail considère qu'il est raisonnable de conclure que les assistants juridiques échangeront des confidences avec un avocat avec lequel ils travaillent, mais les assistants juridiques sont habituellement affectés à des avocats en particulier et seuls ceux-ci seraient concernés. Le Groupe de travail ne croit pas que la conclusion s'applique logiquement au personnel spécialisé ou administratif.

Comme dans le cas des avocats, il ne devrait pas être possible de déclarer inhabile un cabinet auquel s'est joint un membre du personnel de soutien à moins que ce membre du personnel ne possède des renseignements confidentiels pertinents. Le Groupe de travail croit que le personnel professionnel devrait être assujéti aux mêmes règles que les avocats. Les assistants juridiques devraient être régis par les mêmes règles, mais uniquement lorsqu'ils secondent des avocats qui travaillent de fait pour la partie adverse. Le personnel spécialisé ou administratif ne devrait pas être assujéti à ces règles mais devrait être informé, au moment de l'embauche, de l'obligation de respecter le devoir de confidentialité à l'égard des clients de son ancien cabinet.

Ces catégorisations devraient être appliquées sur le fond plutôt que sur la forme. Si par exemple un membre du personnel spécialisé joue un rôle direct et de fond dans des dossiers de clients, il devrait être soumis à toutes les mesures de protection nonobstant son titre ou sa désignation.

Si le membre du personnel ne possède pas de connaissances véritables, le cabinet doit pouvoir démontrer par la mise en place opportune des écrans pertinents que toutes les mesures raisonnables ont été prises pour éviter que des renseignements confidentiels soient divulgués.

Comme les non-avocats ne sont pas personnellement assujettis aux règles de déontologie, nous suggérons aussi que des organismes tels que l'Association of Legal Administrators ou les associations de stagiaires en droit envisagent d'adopter des règles d'éthique qui renforceront les devoirs des leurs membres sur le plan de l'éthique.

¹⁷⁰ L'avènement de la divulgation électronique a exigé de nouveaux employés spécialisés. Les spécialistes des documents électroniques montent des bases de données de documents électroniques aux fins d'examen et de production.

Moment de la mise en place des écrans

Parmi tous les facteurs énumérés dans le rapport du Groupe de travail de 1993 de l'ABC, l'élément essentiel qui est ressorti est le moment de la mise en place des écrans. Dans tous les cas sauf les plus inusités, le fait d'avoir omis de mettre un écran en place au bon moment a privé l'écran de son efficacité. Curieusement, les tribunaux du Québec et de l'Alberta ont été plus tolérants que les tribunaux de l'Ontario envers la mise en place tardive des écrans. Les textes des règles édictées par les barreaux ont été divergents, et ce, pour des raisons qui ne semblent pas relever de conditions ou circonstances particulières. Des approches incompatibles ont été prises dans différents cas. Le Groupe de travail s'inquiète de la présomption parfois automatique que le moment de la mise en place des écrans devrait être déterminante. Dans notre document de consultation, nous avons soutenu que les tribunaux devraient pouvoir juger du conflit allégué selon que des renseignements confidentiels ont ou non été de fait mal utilisés ou divulgués, nonobstant la mise en place tardive de l'écran. Ceux qui ont réagi au document de consultation ont été très nombreux à insister que le moment de la mise en place des écrans ne devrait pas être déterminant pourvu qu'il puisse être prouvé qu'il n'y a eu aucune divulgation et que pour l'avenir, des moyens de protection adéquats sont en place pour éviter des divulgations.

Il est utile d'examiner la question du moment en considérant d'abord l'arrêt *Bank of Montreal*¹⁷¹. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a pris en compte les difficultés à déterminer si un conflit existe et s'il doit y avoir des exceptions aux exigences quant au moment de l'érection de l'écran¹⁷² :

[TRADUCTION]

Comme le Groupe de travail [de 1993], je suis sensible à la difficulté de déterminer s'il existe un conflit. Les méthodes de recherche habituelles peuvent ne pas toujours révéler aisément l'existence d'un conflit. La contre-vérification par ordinateur peut être aussi faillible que la mémoire. C'est ce qui justifie l'exception à l'exigence quant au moment : voir, de façon générale, les décisions citées dans *Saint John Shipbuilding* au paragraphe 66 et, en particulier, *Ford Motor Co. of Canada Ltd v. Osler, Hoskin & Harcourt et Canada Southern Petroleum v. Amoco Canada Petroleum Co.*¹⁷³

En clair, les tribunaux ont toujours été sceptiques face aux assurances que la confidentialité a été protégée convenablement s'il y a eu un délai dans la mise en place de barrières ou d'écrans¹⁷⁴. Par exemple dans *Bank of Montreal v. Dresler*, le juge Robertson a affirmé ceci¹⁷⁵ :

[TRADUCTION]

Sauf exception, le fait de ne pas ériger un écran au moment de ce changement d'employeur privera l'écran de son efficacité.

¹⁷¹ *Bank of Montreal v. Dresler*, supra note 146.

¹⁷² *Ibid.*, par. 76.

¹⁷³ *Ibid.*, par. 77-78.

¹⁷⁴ *Oxner and Keddy Estate v. National Life Insurance of Canada*, (2006), 244 N.S.R. (2d) 356 (S.C.); *Skye Properties Ltd v. Wu*, (2002), 58 O.R. (3d) 154 (Div. Ct.), [2003] O.J. No. 3481, par. 30-31 (Div. Ct.) conf., [2004] O.J. No. 3948 (C.A.); *Alcan Inc. v. Farris, Vaughan, Wills & Murphy* [2004] 9 W.W.R. 617, 32 B.C.L.R. (4th) 85; *Chippewas de Kettle et Stony Point c. Canada (Procureur général)*, (1993) 17 C.P.C. (3d) 5, [1993] O.J. No. 1578 (Div. Ct.); *Feherguard Products Ltd v. Rocky's of B.C. Leisure Ltd*, [1993] 3 F.C. 619, 54 C.P.R. (3d) 545 (C.A.); *Ford Motor Co. of Canada, Ltd v. Osler, Hoskin & Harcourt* (1996), 131 D.L.R. (4th) 419, 27 O.R. (3d) 181 (Gen. Div.); *James v. Vogue Developments (Phase II) Inc.*, [2000] O.J. No. 4107 (S.C.); *Saint John Shipbuilding Ltd v. Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd* (2002), 251 N.B.R. (2d) 102, [2002] N.B.J. No. 205 (C.A.) [*St. John Shipbuilding*].

Les répercussions de délais dans la mise en place d'un écran déontologique

Pourtant, certaines des affaires traduisent une attitude plutôt rigide face à ce facteur. Les problèmes rencontrés peuvent être démontrés en passant en revue huit affaires dans chacune desquelles le tribunal a pris en compte l'arrêt *Succession MacDonald* et les règles de déontologie applicables, mais où les résultats ont été très différents. Dans certains de ces cas, le délai de mise en place de mesures raisonnables était important. Par exemple dans *Poehler v. Langer*¹⁷⁶, les mesures n'ont été mises en place qu'environ cinq mois après l'arrivée de l'avocat dans son nouveau cabinet :

[TRADUCTION]

L'omission de la part du cabinet d'accueil de mettre en place des mécanismes institutionnels aussitôt qu'il a constaté le risque de divulgation, tout involontaire que soit la divulgation, entraînera le plus souvent sa disqualification, soit en vertu du critère de l'affaire *Succession MacDonald*, soit pour inobservation des règles du barreau. La barre a été mise haut, mais pas plus haut que ne le justifie la nécessité d'assurer une confiance complète envers le système juridique¹⁷⁷.

Dans ce cas, le simple fait du délai après la prise de connaissance du risque de divulgation a suffi à justifier l'exclusion. Dans d'autres cas cependant, les tribunaux ont effectivement exigé que les cabinets aient pris des mesures avant même d'avoir pu savoir qu'il existait un problème à régler.

*Alcan Inc v. Farris, Vaughan, Wills & Murphy*¹⁷⁸ témoigne de cette préoccupation. Un avocat qui avait représenté Alcan au sein de son cabinet précédent s'est joint au cabinet Farris, Vaughan, Wills & Murphy. Une vérification des conflits a été effectuée à son arrivée, et aucun conflit à l'égard d'Alcan n'a été repéré puisque le nouveau cabinet n'avait pas de dossiers connexes. Environ 17 mois plus tard, le cabinet accepte un nouveau mandat faisant d'Alcan une partie adverse. Les avocats d'Alcan ont informé le cabinet que l'avocat avait précédemment représenté Alcan et qu'il y avait donc conflit d'intérêts. Le tribunal a analysé la situation comme suit :

[TRADUCTION]

Farris & Co. pose essentiellement la question « Quelle mesure supplémentaire le cabinet pourrait-il prendre? », paraphrasant les remarques du juge Newbury dans l'affaire *Choukalos*¹⁷⁹. La réponse évidente est que Farris & Co. aurait pu prendre des mesures, préférablement avant d'accepter le mandat de Kitimat mais au plus tard à ce moment, afin d'alerter les membres de son cabinet que le cabinet avait l'intention de représenter ou représentait Kitimat face à Alcan. Cette vérification des conflits aurait vraisemblablement amené M. Gora à révéler le fait qu'il avait agi pour Alcan lorsqu'il était membre de Lawson Lundell. Je ne doute pas que Farris & Co. aurait alors mis en place dès août 2002 les diverses mesures qui ont fini par être appliquées le 16 février 2004.

¹⁷⁵ *Bank of Montreal*, supra note 146, par. 76.

¹⁷⁶ [1999] B.C.J. No. 217 (S.C.) [*Poehler*].

¹⁷⁷ *Ibid.*, par. 45.

¹⁷⁸ [2004] 9 W.W.R. 617, 32 B.C.L.R. (4th) 85, [2004] B.C.J. No. 1199 (S.C.) [*Alcan*].

¹⁷⁹ *Choukalos Woodburn McKenzie Maranda Ltd v. Smith, Lyons, Torrance, Stevenson & Mayer*, [1994] B.C.J. No. 1660, 97 B.C.L.R. (2d) 122, [1995] 1 W.W.R. 3 (B.C.S.C.).

À défaut, je n'ai rien que les affidavits des avocats de Farris & Co., qui ont affirmé sous serment ne pas avoir communiqué ou accepté de renseignements confidentiels au sujet d'Alcan. Cependant, comme je comprends les précédents qui m'ont été soumis, et surtout *Succession MacDonald, Manville et Saint John Shipbuilding*, cela ne suffit pas en soi à réfuter la présomption que M. Gora a partagé des renseignements confidentiels¹⁸⁰.

Dans *Alcan*, le tribunal a noté qu'en vertu du manuel de déontologie de la Colombie-Britannique, l'utilisation d'écrans était permise uniquement lorsqu'un avocat change de cabinet. Ce manuel n'aborde pas la question de l'utilisation d'écrans dans une situation où un cabinet entend agir contre un ancien client d'un membre actuel¹⁸¹.

[TRADUCTION]

En mars 2004, la Law Society of British Columbia a annoncé que les conseillers envisageaient des modifications au chapitre 6 du *Professional Conduct Handbook* visant à permettre aux avocats d'agir contre d'anciens clients dans certaines circonstances, sous réserve de la mise en place de mesures de protection adéquates. Dans le numéro de mars-avril 2004 du *Benchers' Bulletin*, la Law Society a annoncé ceci :

[TRADUCTION] Cette question s'est posée depuis lors : *des règles semblables devraient-elles être adoptées à l'égard de situations autres que celles où les avocats changent de cabinet?* Plusieurs tribunaux ont récemment étudié la portée des conflits imputés. Le barreau de l'Ontario permet maintenant aux cabinets d'agir contre d'anciens clients avec le consentement du client ou si le cabinet peut respecter certains critères (semblables à ceux prévus par la règle 7.4, chapitre 6 du *Professional Conduct Handbook* de la Colombie-Britannique).

Ainsi, il semble que la Law Society of British Columbia a présentement comme position que dans la province, les écrans déontologiques ne sont pas une mesure adéquate face à un conflit qui survient, comme c'est le cas ici, lorsqu'un cabinet veut représenter une partie contre un ancien client d'un de ses membres.

Même en supposant que des écrans déontologiques constituent une réponse adéquate à un conflit, je suis d'avis que de tels écrans déontologiques peuvent seulement régler les problèmes futurs et non pallier une importante lacune qui a subsisté pendant 17 mois. Si la création d'un écran déontologique est destinée à réfuter la forte présomption que des avocats travaillant ensemble partagent des confidences, le cabinet doit mettre l'écran en place en temps opportun. Alcan soutient, et je suis d'accord, que la mise en place de l'écran avec un délai de 17 mois dans le cas présent ne peut pas être considéré ayant été faite en temps opportun¹⁸².

¹⁸⁰ *Alcan*, supra note 178, par. 60 et 61.

¹⁸¹ Fait intéressant, le procès-verbal de la réunion des conseillers de la Law Society of British Columbia du 12 décembre 2003 contient l'inscription suivante. Malgré cette résolution, la règle n'a pas été modifiée même s'il semble que certains cabinets de la Colombie-Britannique donnent suite à la résolution : [TRADUCTION]

Il est proposé (Zacks/Sullivan) d'approuver en principe la modification du chapitre 6 du *Professional Conduct Handbook* de façon à permettre aux clients de donner leur consentement éclairé à l'utilisation d'écrans pour qu'un cabinet d'avocats qui les représente puisse satisfaire aux exigences de la règle 6.3(b) s'il ne peut pas y satisfaire autrement et à permettre aux avocats de satisfaire aux exigences de la règle 7(b) grâce à des écrans pourvu qu'ils puissent satisfaire à des exigences semblables à celles fixées par la règle 7.4.

La résolution est adoptée.

¹⁸² *Alcan*, supra note 178, par. 66-68.

Vérification des conflits et mandats ultérieurs

Depuis l'arrêt *Succession MacDonald* et les travaux du Groupe de travail de 1993 de l'ABC, les cabinets ont adopté pour les avocats changeant de cabinet des modalités de vérification des conflits qui examinent les conflits existant au moment du changement. Ces modalités ne règlent évidemment rien en ce qui concerne les mandats ultérieurs¹⁸³. L'arrêt *Alcan* indique effectivement que tous les avocats d'un cabinet doivent être interrogés quant aux conflits potentiels chaque fois qu'un nouveau dossier est ouvert, ce qui se produit des douzaines de fois par jour dans les grands cabinets. Bien que des listes de nouveaux dossiers sont souvent diffusées au sein de grands cabinets, nous croyons qu'il est irréaliste de croire que ces listes règlent efficacement la question des avocats changeant de cabinet et les mandats ultérieurs.

L'arrêt *Alcan* est aussi source de préoccupation en raison de l'apparente conclusion que la règle de la Colombie-Britannique à l'égard d'un avocat changeant de cabinet s'applique uniquement aux mandats existant au moment du changement et non aux mandats ultérieurs¹⁸⁴. En outre, *Alcan* ne fait pas de distinction entre les affidavits concernant des faits actuels et des intentions actuelles¹⁸⁵. C'est là une question à l'égard de laquelle l'importante évolution de la technologie survenue depuis 1990 est pertinente. Les affidavits d'avocats au sujet de faits actuels peuvent, si les systèmes voulus sont en place, être corroborés par des preuves quant à l'accès à des documents électroniques et courriels pertinents.

Contrairement à ceux de l'Ontario, les tribunaux de l'Alberta ont conclu qu'en cas de délai dans la mise en place d'un écran, les circonstances particulières de l'affaire doivent être prises en considération. Les tribunaux du Québec semblent aussi être souples dans leur examen des circonstances précises en cas de délai¹⁸⁶.

Dans l'affaire albertainne *Dreco Energy Services Ltd. v. Wenzel Downhole Tools Ltd.*¹⁸⁷, le défendeur a demandé que l'avocat des requérants soit déclaré inhabile à la suite d'une fusion entre cabinets qui était survenue le 1^{er} novembre 2005. En raison d'un défaut de communication et de l'hospitalisation puis de l'absence de l'avocat en cause, le conflit n'a été repéré que le 2 décembre, même si des dossiers électroniques avaient été transférés le

¹⁸³ Il sera rare que le mandat opposé n'existe pas au moment du changement de lieu de travail puisque d'habitude, la partie adverse sera déjà représentée. Dans l'affaire *Alcan*, le fait que le nouveau cabinet de l'avocat ait par la suite été retenu est une coïncidence malheureuse et inhabituelle.

¹⁸⁴ Il est vrai qu'un client risque moins de subir un tort lorsqu'un cabinet refuse un nouveau mandat en raison de l'embauche du nouvel avocat que si un mandat existant est résilié pour cette même raison. Dans chaque cas cependant, le choix d'avocat d'un client est compromis. La question de savoir si le mandat ultérieur à un changement de lieu de travail doit être examiné dans l'optique de l'avocat changeant de lieu de travail ou dans l'optique de l'ancien client reste discutable, puisque le scénario du mandat ultérieur se situe entre les deux autres scénarios. Il est plus facile de rejeter un nouveau mandat que de résilier un mandat existant. La possession de renseignements confidentiels pertinents risque d'être plus limitée lorsque la partie adverse est l'ancien client du nouvel avocat que si elle est un ancien client du cabinet d'avocats.

¹⁸⁵ Dans l'affaire *Succession MacDonald*, *supra* note 2, la Cour a fait remarquer que des engagements et déclarations sous serment équivalent simplement à demander de faire confiance à l'avocat en cause. C'est très différent d'un témoignage sous serment d'un officier de justice sur le fait que des confidences aient ou non été maintenues précédemment. La cour a affirmé ceci :

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

¹⁸⁶ Voir par exemple *Services environnementaux Laidlaw (Mercier) Ltée. c. Procureur général du Québec* [1995] R.J.Q. 2393, J-E 95-1669 (C.A.) *Loiselle c. Fortier*, [1995] D.D.O.P. 177 (T.P.) D.D.E. 95D-41 (T.P.), requête en évocation rejetée, C.S., 1995-08-30, 200-05-000914-957; permission d'en appeler C.A. no 200-09-000509-957, le 26-10-1995, appel qui a été déserté, C.A. no 200-09-000611-951, le 16-12-1996; *Alstom Canada Inc. c. Ace Ina Insurance Co.*, 2002 IJCan 5694; R.E.J.B. 2002-33473; J.E. 2002-1720 (C.S.); *Boissonneault c. Lessard*, R.E.J.B. 1998-05872; J.E. 98-981 (C.A.).

¹⁸⁷ [2006] ABQB 718 (CanLII), par. 40 [*Dreco*].

18 novembre dans le système informatique du cabinet fusionné. Le 7 décembre, des écrans ont été mis en place et le 13 décembre, les avocats de l'entité fusionnée ont signé des affidavits et des engagements.

La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta en a conclu que des renseignements confidentiels avaient été communiqués à un des deux cabinets ayant fusionné. La question plus délicate consistait à savoir s'il y avait un risque que de tels renseignements aient été ou seraient utilisés à mauvais escient. L'avocat de l'ancien client a soutenu que tout délai dans la mise en place d'un écran rend un cabinet inhabile à agir.

Le tribunal a jugé que dans ce cas, la mise en place tardive de l'écran était une mesure adéquate pour prévenir l'éventuelle divulgation de renseignements confidentiels. Il a aussi examiné la deuxième question, à savoir si une personne raisonnablement renseignée serait convaincue qu'aucune information confidentielle n'aurait été communiquée à d'autres avocats ou utilisée pendant la période en cause de façon à miner l'efficacité de l'écran mis en place par la suite. Une preuve claire et convaincante serait nécessaire pour s'acquitter du fardeau de la preuve. Le tribunal a jugé qu'en l'espèce, une personne raisonnablement renseignée serait convaincue qu'il n'y avait pas de risque que de l'information confidentielle avait été ou serait mal utilisée. En particulier, outre les engagements et les affidavits, le tribunal a affirmé que les faits suivants étaient importants :

- l'avocat mis en cause ne jouait aucun rôle dans les autres affaires;
- deux bureaux différents participaient au dossier;
- les dossiers étaient conservés sous clé dans un bureau séparé et n'étaient pas aisément accessibles;
- des mesures immédiates avaient été prises pour mettre des protections en place, y compris un mécanisme d'isolement, dès que la possibilité d'un éventuel conflit a été repérée.

Les documents électroniques pertinents n'étaient pas conservés dans le système normal de gestion des documents du cabinet fusionné, de sorte qu'ils n'étaient pas généralement accessibles aux avocats ou employés du cabinet. La preuve a démontré que personne n'avait tenté d'accéder ou accédé à cette information électronique avant que l'écran de protection soit mis en place¹⁸⁸.

Dans l'affaire *Dreco*, le tribunal a marqué la distinction d'avec les arrêts *Ford Motor* et *Skye Properties Ltd. v. Wu*¹⁸⁹, en partie au motif que la règle de l'Ontario, au contraire de la règle albertaine, exigeait expressément que les mesures de protection soient mises en place avant qu'un avocat ne change de cabinet¹⁹⁰.

Certaines des affaires de Colombie-Britannique témoignent d'un raisonnement semblable, où les tribunaux ont reconnu que le fait de ne pas respecter parfaitement l'exigence peut ne pas empêcher la réalisation du but de la protection du client. Dans l'affaire *Robertson*¹⁹¹,

¹⁸⁸ *Ibid.*, par. 42.

¹⁸⁹ (2001), 57 O.R. (3d) 46; conf., [2003] O.J. No. 3481; conf., [2004] O.J. No. 3948 (C.A.) [*Skye Properties*].

¹⁹⁰ *Dreco*, *supra* note 187, par. 38 et 39.

¹⁹¹ *Robertson*, *supra* note 36.

un avocat s'était joint le 1^{er} novembre 2006 au cabinet Slater Vecchio qui représentait les plaignants dans certains litiges. L'avocat était précédemment un associé au sein d'un cabinet qui représentait les défendeurs. L'avocat participait activement à la défense.

Slater Vecchio, un cabinet de neuf avocats, avait en grande partie mis en place les mesures de protection au 1^{er} novembre, lorsque l'avocat s'y était joint. Cependant, les mesures n'ont été complétées que le 19 novembre 2006. Le tribunal a jugé que la déclaration d'incapacité ne s'imposait pas :

[TRADUCTION]

... les tribunaux doivent aussi tenir compte du droit fondamental du plaignant à un avocat et du fait que les conséquences de la divulgation, soit les dégâts, soient réelles ou éventuelles. S'il n'y a pas de préjudice, pas de dégâts, les tribunaux doivent refuser le recours en injonction. Le tribunal doit analyser tous les facteurs pertinents¹⁹².

Le juge en chambre a estimé que le cabinet avait essentiellement – mais pas complètement – respecté les lignes directrices du barreau et conclu comme suit :

[TRADUCTION]

J'ai soupesé les faits à la lumière du critère formel exprimé par le juge Sopinka dans *Succession MacDonald*. Un mur pare-feu était nécessaire. Idéalement, il aurait dû être complètement en place au moment où M. Gordon a commencé à travailler chez Slater Vecchio le 1^{er} novembre 2006. À mon avis toutefois, même à défaut d'une conformité complète avec les lignes directrices édictées par le barreau, il y avait conformité dans l'esprit et conformité essentielle le 1^{er} novembre 2006.

À mon avis, le client informé et raisonnable, constatant les efforts réels déployés de bonne foi par Slater Vecchio pour parer à toute divulgation, conclurait qu'aucune divulgation non autorisée de renseignements confidentiels ne s'était produite ni n'était susceptible de se produire dans le cadre du passage de M. Gordon chez Slater Vecchio¹⁹³.

Preuve suffisante de non-divulgence

Il serait évidemment préférable qu'il n'y ait pas de délai et que les mesures de protection soient toujours mises en place avant l'arrivée d'un avocat changeant de cabinet. Cependant, le Groupe de travail estime qu'il serait inopportun d'exiger nécessairement qu'un client cherche un nouvel avocat si le tribunal reçoit une preuve suffisante pour conclure raisonnablement qu'il n'y a pas eu divulgation de renseignements confidentiels. Il arrive parfois que des délais surviennent pour des raisons qui ne sont pas susceptibles d'avoir d'effet sur la divulgation. Par exemple, un avocat peut être absent du bureau quelques semaines pendant un long procès dans une autre ville.

¹⁹² *Ibid.*, par. 44.

¹⁹³ *Ibid.*, par. 61 et 62.

Lorsqu'un avocat n'a pas été présent au bureau, la supposition que les avocats travaillant ensemble partagent des confidences n'a guère de poids. Il peut en aller de même dans d'autres situations pratiques qui assurent incidemment l'absence d'échange de renseignements. Sur la foi d'une preuve convenable par affidavit, il n'y a pas de raison évidente de déclarer inhabile un avocat pour mise en place tardive d'un écran déontologique.

Des cas et des exemples semblables ont amené le Groupe de travail à adopter la position énoncée dans son document de consultation, selon laquelle le moment ne devrait pas nécessairement revêtir une importance déterminante s'il peut être prouvé qu'aucune divulgation de renseignements confidentiels ne s'est en fait produite. De nombreux répondants ont souscrit au point de vue préliminaire du Groupe de travail. Pour eux, le facteur déterminant est le fait que des renseignements confidentiels aient ou non été divulgués et non le moment où un écran a été mis en place.

Bien que certains répondants aient indiqué que le moment est important et qu'un délai ouvre la voie à des soupçons, le Groupe de travail croit que le public n'est pas bien servi par une règle rigide qui peut avoir d'importants effets négatifs pour les clients lorsqu'il y a une preuve évidente d'absence de divulgation ou de partage de renseignements confidentiels.

Nous croyons qu'une règle stricte selon laquelle un délai entraîne une déclaration d'inhabilité crée un tort inutile. Nous recommandons par conséquent que les règles soient modifiées de façon à prévoir qu'un délai dans la mise en place des écrans ne devrait pas nécessairement être déterminant s'il peut être prouvé qu'aucune divulgation de renseignements confidentiels ne s'est en fait produite.

Cabinets d'avocats fusionnant

Des fusions ont donné lieu à d'importants problèmes. Dans *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.*¹⁹⁴, le tribunal a traité d'une fusion entre cabinets plutôt que d'un avocat changeant de cabinet. Dans ce cas, le cabinet fusionné représentait simultanément les deux parties d'un différend et n'a pris des mesures que 21 mois après la fusion :

[TRADUCTION]

Une ample jurisprudence soutient le point de vue qu'en cas de conflit d'intérêts à la suite de l'arrivée d'un avocat dans un cabinet ou, comme c'est le cas ici, à la suite d'une fusion, des mesures d'isolement, pour être efficaces, doivent être en place avant que le cabinet ne devienne une réalité dans sa nouvelle forme. Il est rare qu'une dérogation à cette règle générale soit justifiée. Il incombe à la partie voulant en déroger d'établir les circonstances le justifiant.

En l'espèce, aucune mesure d'isolement n'était en place avant le 1^{er} janvier 2000 et aucune n'a été mise en place avant le 18 septembre 2001. Si une recherche efficace avait été menée avant la fusion, le conflit d'intérêts en cause dans la requête de Saint John Shipbuilding se serait en toute vraisemblance révélé. Gowlings aurait dû résilier son mandat auprès de Saint John Shipbuilding et mettre en place les mesures d'isolement avant la fusion pour avoir la moindre chance d'échapper à la demande de déclaration d'inhabilité introduite par Saint John Shipbuilding. Certes, il y aura des cas où le tribunal

aurait raison de ne pas tenir compte de l'omission, de la part du cabinet mis en cause, de mettre en place des écrans efficaces avant la fusion source de conflits d'intérêts. Le présent cas ne relève pas de cette catégorie d'exception¹⁹⁵.

Les tribunaux soutiennent constamment que des mesures d'isolement doivent être en place au moment où des cabinets conviennent de fusionner. Malheureusement, il en découle de nombreux problèmes pratiques pour les cabinets fusionnant.

Une fusion est un ensemble complexe de dispositions commerciales, professionnelles et technologiques dont la réalisation peut prendre plusieurs mois à réaliser. Les cabinets qui fusionnent ont au départ des bureaux, des installations et des systèmes distincts. La capacité de mettre en place des mesures de protection est limitée. Alors que certains conflits peuvent être évidents avant la fusion, la capacité des cabinets fusionnant de reconnaître tous les conflits avant la fusion est limitée par des considérations pratiques et éthiques. Une fois qu'un accord de fusion est conclu, un important travail doit être accompli pour chercher les conflits dans les deux cabinets. La capacité d'établir des mesures de protection est très différente au moment de l'accord par rapport à plus tard, lorsque les bureaux, les installations et les systèmes sont fusionnés. Au moment de l'accord de fusion, les avocats ne travaillent pas encore ensemble et la supposition que les avocats du cabinet fusionné échangeront des confidences ne s'impose pas encore logiquement.

Le Groupe de travail croit qu'il est opportun d'analyser le scénario des cabinets fusionnant en déterminant le moment où il y a un risque véritable de violation de la confidentialité des clients. Il peut s'agir du moment où les locaux sont combinés, du moment où les systèmes matériels de classement sont intégrés ou du moment où les réseaux informatiques sont combinés. Jusqu'à ce moment, il peut y avoir eu un accord de fusionner, mais les avocats n'ont pas encore travaillé ensemble et les confidences des clients ne sont pas encore exposées à un risque.

Une récente affaire survenue en Ontario illustre le fait que les conflits doivent être à l'ordre du jour lors de l'examen des risques et avantages de la fusion. Dans *James v. Vogue Developments (Phase II) Inc.*¹⁹⁶, des mesures avaient été mises en place moins de trois semaines après la réalisation véritable de la fusion. Les avocats des cabinets fusionnant ont supposé qu'un conflit potentiel avait été réglé, mais la solution a échoué de façon inattendue après la fusion :

[TRADUCTION]

Ce que ces affaires démontrent est qu'un cabinet auquel des avocats sont intégrés doit mettre en place un système permettant de repérer les conflits et d'isoler les renseignements confidentiels avant que les nouveaux avocats ne se joignent au cabinet. Peu importe à quel point les mesures qui ont été prises peuvent éventuellement être jugées raisonnables, un tel système n'était pas en place avant que les dossiers de Farano, Green n'arrivent aux bureaux de Gardiner, Roberts. Même si le conflit dans ce dossier particulier était bien connu des deux avocats en cause, des mesures de protection ont seulement été mises en place après que le règlement a échoué. Je m'empresse de préciser que rien

¹⁹⁵ *Ibid.*, par. 66-68.

¹⁹⁶ *James*, *supra* note 174.

dans la preuve ne permet de croire à la moindre irrégularité, à un manque de bonne foi ou même à un manque de jugement de la part des avocats en cause. Le fait reste toutefois que les exigences minimales du critère *Succession MacDonald* n'ont pas été respectées¹⁹⁷.

Les cabinets doivent veiller à régler les conflits possibles au moment des négociations de fusion et à prévoir des plans pour protéger les renseignements des clients. En même temps, les tribunaux doivent être plus réceptifs envers les preuves quant au moment à partir duquel les renseignements confidentiels sont véritablement exposés à un risque.

Commentaires sur les lignes directrices de l'ABC sur les mesures d'isolement

Dans cette section, nous soulignerons certaines questions précises entourant les lignes directrices de l'ABC¹⁹⁸ qui sont survenues durant nos consultations.

Annonces sur la mise en place d'un écran

La première question concerne la diffusion de notes de service sur les écrans. La ligne directrice 7 prévoit ceci :

Les mesures de mise à l'écart prises par le nouveau cabinet doivent être décrites dans une politique écrite présentée à tous les avocats ainsi qu'au personnel de soutien du cabinet et accompagnée d'une mise en garde indiquant que toute dérogation à la politique entraînera des sanctions pouvant aller jusqu'au renvoi.

De façon générale, la ligne directrice 7 a interprétée dans le sens où une politique sur la mise à l'écart devrait être distribuée à tout le personnel du cabinet; elle devrait décrire le contexte et les mesures de protection et elle devrait contenir la mise en garde.

Alors que les lignes directrices de l'ABC traitent des avocats changeant de cabinet, il est aujourd'hui fréquent que des écrans soient utilisés également dans d'autres situations. À l'extérieur de la Colombie-Britannique¹⁹⁹, des écrans sont souvent utilisés lorsqu'un cabinet agit contre un client actuel. Lorsque le consentement est demandé et obtenu, il est souvent convenu qu'un écran sera mis en place pour rassurer le client qu'aucune information confidentielle ne sera mal utilisée par inadvertance. Des écrans sont également utilisés lorsqu'un cabinet agit contre un ancien client. Enfin, certains cabinets recourent à des écrans pour protéger des éléments particulièrement délicats, par exemple des renseignements hautement confidentiels concernant des émetteurs publics.

¹⁹⁷ *Ibid.*, par. 13.

¹⁹⁸ Voir pages 43-44 du Code de déontologie professionnelle de l'ABC.

¹⁹⁹ La règle 6.3 du manuel de la Colombie-Britannique permet un mandat opposé aux intérêts d'un client actuel, avec son consentement, mais uniquement lorsque [TRADUCTION] « les affaires n'ont essentiellement pas de liens entre elles et l'avocat ne possède pas de renseignements confidentiels du fait de la représentation d'un client, qui pourrait raisonnablement avoir des effets pour l'autre représentation ».

Un grand cabinet a indiqué ceci : [TRADUCTION] « Nous ne distribuons pas nos notes de service sur les écrans déontologiques à la grandeur du cabinet. À notre avis, il n'est pas opportun de faire connaître l'écran à d'autres que ceux travaillant à une ou l'autre affaire et qui doivent de toute évidence être informés. » Du reste, cette façon de faire limite les obligations à ceux qui ont eu accès à l'information confidentielle qui doit être protégée. Bien qu'il puisse en théorie être utile de faire circuler un bulletin rappelant aux membres du cabinet leurs devoirs en matière d'éthique, un tel rappel perd son efficacité lorsqu'il est répété des douzaines ou même des centaines de fois, ou envoyé à des bureaux qui n'ont aucun lien quel qu'il soit au conflit en cause.

Le Groupe de travail est d'accord que la distribution d'information sur un écran donné devrait être limitée à ceux qui sont concernés par l'écran. Il n'y a guère d'intérêt à faire connaître un écran à des avocats et employés qui n'ont véritablement rien à faire avec les avocats ou les affaires concernés par l'écran alors qu'on pourrait ainsi diffuser de l'information qui ne devrait pas l'être.

L'utilisation d'affidavits

La ligne directrice 8²⁰⁰ prévoit ceci :

Des affidavits signés par les membres concernés du nouveau cabinet établissant que ces derniers se sont conformés à la politique et qu'ils continueront de le faire devraient être fournis.

Le Groupe de travail ne croit pas, surtout dans le contexte du recours plus vaste aux écrans, que l'utilisation d'affidavits devrait être obligatoire en vertu des lignes directrices²⁰¹. Comme on l'a vu plus haut au sujet de l'affaire *Succession MacDonald*, les affidavits concernant des événements futurs ne sont que des déclarations assermentées sur les intentions actuelles. Le Groupe de travail ne croit pas que l'exigence d'un affidavit ait une réelle utilité. Il estime qu'il pourrait être opportun de reconsidérer la ligne directrice 8 et l'exigence d'affidavits en toutes circonstances lorsqu'un écran a été mis en place.

Lorsqu'il y a un délai dans la mise en place d'un écran, la situation est différente et les affidavits peuvent apporter de précieux éléments de preuve quant à savoir s'il y a de fait eu conformité jusqu'à la date de l'affidavit. Dans le cas de l'avocat changeant de cabinet, un affidavit de sa part peut être utile pour confirmer qu'il n'y a pas eu de divulgation inappropriée pendant le processus d'embauche.

²⁰⁰ *Supra* note 198.

²⁰¹ Dans le cas d'un avocat changeant de lieu de travail, il est peut-être plus facile de préciser qui sont les avocats concernés. Lorsque des écrans sont utilisés pour parer à des mandats opposés à des clients actuels ou des anciens clients, ou aux fins de la loi sur les valeurs mobilières ou pour d'autres fins, le nombre d'avocats qui peuvent être concernés augmente radicalement en même temps que l'utilité d'affidavits obligatoires et la conformité à ces affidavits deviennent plus douteuses.

Lieu où travaille le personnel dans le bureau

La ligne directrice 10²⁰² prévoit ceci :

Le bureau ou le poste de travail du membre mis à l'écart et ceux des membres de son personnel de soutien ne doivent pas être situés à proximité des bureaux ou postes de travail des personnes travaillant dans le dossier.

Le Groupe de travail note que dans certains groupes de pratique et certains bureaux, cette solution peut tout simplement être inapplicable, surtout lorsqu'un avocat fait partie d'une équipe travaillant de concert à un grand nombre de mandats alors qu'un seul conflit se présente du fait d'une participation mineure à un seul dossier. Nous ne croyons pas que dans de telles circonstances, la protection de la confidentialité du client exige une isolation totale. Une certaine sensibilité pratique serait utile à la mise en application de la ligne directrice 10.

La confidentialité et la divulgation de renseignements du client dans le cadre de la mise en place d'un écran

Par ailleurs, les lignes directrices ne traitent pas de la mise en place, de l'entretien et de la supervision des écrans. Des indications seraient utiles dans diverses situations, par exemple dans le cas d'avocats changeant de cabinet. Afin de régler les conflits, il faut que l'avocat changeant de cabinet signale les conflits potentiels au nouveau cabinet pour qu'une vérification convenable des conflits puisse être effectuée. Cependant, une question se pose quant à savoir s'il est convenable que l'avocat changeant de cabinet ou son ancien cabinet dévoile l'identité des anciens clients au regard des règles sur la confidentialité des clients. Le Groupe de travail recommande que les règles soient clarifiées de façon à permettre une telle divulgation aux fins de la vérification des conflits.

Évolution de la technologie

Nous terminons cette section en notant que la capacité d'évaluer et d'assurer la conformité aux écrans et autres mesures de protection a été sensiblement rehaussée par des progrès de la technologie survenus depuis l'affaire *Succession MacDonald*. La plupart des communications et des documents sont maintenant créés, consultés et conservés sous forme électronique, ce qui facilite la surveillance et les moyens de contrôle.

Les systèmes modernes de gestion des documents peuvent produire des pistes de vérification qui enregistrent les cas d'accès, de modification et d'impression de documents électroniques. Les systèmes modernes de courrier électronique permettent des recherches afin d'examiner les communications à destination et en provenance de personnes en particulier.

Des logiciels raffinés d'écrans déontologiques peuvent aujourd'hui limiter l'accès aux documents électroniques aux personnes autorisées en vertu des écrans déontologiques établis. Le logiciel d'écran déontologique peut être relié à un logiciel de saisie du temps facturable pour s'assurer que seules les personnes autorisées à participer à un dossier peuvent imputer des heures au dossier.

L'avènement de ces systèmes informatisés de surveillance et de sécurité rehausse sensiblement l'assurance que la confidentialité des clients est protégée et que l'information n'est pas consultée sans autorisation. La liste des facteurs qui peuvent être pris en considération dans l'évaluation des écrans devrait être élargie de façon à permettre expressément que les responsables de la surveillance et de la sécurité de la technologie des systèmes et réseaux informatiques au sein d'un cabinet puissent témoigner qu'aucune violation de la sécurité ou aucun accès non autorisé ne s'est en fait produit.

L'utilisation d'écrans à l'égard d'anciens dossiers de clients

Alors que les règles sur les écrans ont initialement été élaborées face aux problèmes posés par les avocats changeant de cabinet, les tribunaux ont jugé qu'elles peuvent constituer des mesures de protection adéquates dans d'autres situations où il faut assurer la protection des confidences des clients. L'affaire *Ford Motor Co. of Canada, Ltd v. Osler, Hoskin & Harcourt*²⁰³ en donne un exemple.

Le juge Winkler a appliqué les lignes directrices pour les avocats changeant de cabinet à une situation concernant un ancien client. Il a conclu que si un écran avait été mis en place en temps opportun, il aurait été acceptable. Il a écrit ceci :

[TRADUCTION]

Ainsi il est avancé qu'Osler, Hoskin ne pourrait pas se justifier du fait d'avoir tenté de respecter les lignes directrices de l'Association du Barreau canadien. Je ne suis pas d'accord avec cette assertion. D'abord elle ne tient pas compte, à mon avis, de l'opinion exprimée par le juge Sopinka dans l'arrêt *Succession MacDonald c. Martin* où, en p. 1261 [sic], à l'égard de la deuxième question il affirme ceci : « Un avocat qui a appris des faits confidentiels pertinents ne peut pas agir contre son client ou son ancien client. » Il ajoute plus loin : « La réponse est moins claire en ce qui concerne les associés. » Même si le juge applique ensuite la distinction à un avocat changeant de lieu de travail, il me semble que l'analyse est tout aussi pertinente à la situation particulière d'un avocat agissant contre un ancien client ou d'un cabinet agissant contre un ancien client où des avocats différents auront la charge des dossiers pour et contre le client. Par ailleurs, bien qu'il aurait été préférable que l'Association du Barreau canadien et le Barreau du Haut-Canada formulent les lignes directrices et la règle 29 de façon plus vaste afin d'englober a priori la situation interne d'une action contre un ancien client, les enjeux et les principes applicables sont les mêmes.

Ce raisonnement a été cité et approuvé dans d'autres affaires concernant d'anciens clients²⁰⁴ et des affaires concernant des clients éventuels²⁰⁵.

²⁰³ *Ford Motor*, *supra* note 174.

²⁰⁴ *Chapters Inc. v. Davies, Ward & Beck LLP* (2001), 52 O.R. (3d) 566, 10 B.L.R. (3d) 104, 141 O.A.C. 380 (C.A.).

²⁰⁵ *Ainsworth Electric Co. v. Alcatel Canada Wire Inc.*, 1998 CanLII 14845 (ON S.C.) [*Ainsworth*]. Cette affaire est examinée de façon plus détaillée dans le chapitre « Clients, quasi-clients, non-clients ».

Le raisonnement a amené le Barreau du Haut-Canada à modifier son Code de déontologie de façon à reconnaître que les écrans bien conçus peuvent convenir dans d'autres circonstances, par exemple en prenant des précautions pour s'assurer qu'un avocat n'a pas eu accès aux renseignements confidentiels d'un ancien client. Les commentaires précisent que le raisonnement applique, avec les modifications nécessaires, les règles et lignes directrices sur les conflits survenant lorsqu'un avocat change de cabinet à la situation où un cabinet agit contre un ancien client.

Le Groupe de travail appuie le recours à des écrans dans les dossiers d'anciens clients et de clients éventuels, dans les circonstances prévues par la règle de l'Ontario. Il approuve en particulier du point de vue que des clients bien renseignés devraient pouvoir consentir à l'utilisation d'écrans lorsque de l'information pertinente est en jeu. En conséquence, nous estimons qu'une règle semblable à la règle 2.04(5) de l'Ontario pourrait utilement être ajoutée au Code de déontologie professionnelle de l'ABC pour clarifier le fait que les écrans mis en place de cette façon suffiront à protéger les intérêts des clients.

La présomption qu'il y a eu divulgation

Dans son document de consultation, le Groupe de travail demandait aux membres de la profession leur avis sur l'opportunité ou l'utilité d'une présomption voulant que les renseignements confidentiels des clients soient inévitablement communiqués entre avocats au sein d'un cabinet, lorsque les circonstances font qu'il peut être prouvé qu'ils ne l'ont pas été. Nous avons suggéré que les tribunaux appelés à trancher des demandes d'exclusion le fassent en fonction de ce que des renseignements confidentiels ont ou non *de fait* été divulgués ou mal utilisés. Nous avons aussi suggéré que les règles reconnaissent expressément le fait que des écrans conviennent et sont efficaces pour protéger la confidentialité des clients dans des contextes autres que des avocats changeant de cabinet. Nous demandions des commentaires sur la présomption que des renseignements confidentiels avaient été communiqués, faisant valoir qu'une déclaration d'inhabilité devrait être fondée non pas sur une présomption et sur le moment de la mise en place d'un écran, mais plutôt sur le fait que des renseignements confidentiels avaient été ou pouvaient être mal utilisés ou dévoilés.

De façon générale, les membres de la profession qui ont présenté des commentaires appuyaient vivement l'approche du Groupe de travail. Certains répondants ont soutenu que l'actuelle présomption irréfutable est « absurde », « injuste » et « contraire à la justice naturelle ». Certains ont écrit que la réalité contemporaine de nombreux avocats est qu'ils travaillent au sein d'un grand cabinet et peuvent n'avoir jamais rencontré d'autres avocats du cabinet ou discuté avec eux et encore moins échangé des renseignements des clients.

Bien que le point de vue du Groupe de travail selon lequel la présomption de divulgation devrait être réfutable ait recueilli de l'appui, certains répondants ont souligné quelques situations où la présomption ne pourrait pas être réfutée. Il y aurait ainsi les situations où des avocats travaillent à proximité immédiate l'un de l'autre, où il y a une possibilité de préjudice et où des renseignements hautement confidentiels sont en cause.

Nos consultations ont aussi indiqué que les membres de la profession sont extrêmement sensibles à l'intérêt public. Quels que soient les changements qui seront adoptés, ils doivent l'être d'une façon équilibrée qui protège le public et évite les problèmes théoriques inutiles. L'état actuel du droit peut imposer des critères qui servent à protéger le public ou l'administration de la justice dans certains cas, mais qui privent aussi les clients du droit de retenir l'avocat de leur choix dans d'autres cas.

Utilisation tactique des demandes d'exclusion

Des préoccupations ont été exprimées au sujet de la prolifération et de la mauvaise utilisation des demandes d'exclusion pour des motifs tactiques. Les tribunaux se sont inquiétés du risque d'abus de telles demandes²⁰⁶. Le juge Binnie a souligné cette problématique dans l'arrêt *Strother*²⁰⁷ :

L'allégation de conflit est parfois fondée sur des raisons purement stratégiques, pratique condamnable critiquée dans l'arrêt *Neil*, aux par. 14-15²⁰⁸, et facteur qu'une cour doit prendre en considération pour déterminer quelle réparation, s'il y a lieu, doit être accordée²⁰⁹.

L'utilisation d'allégations de conflits d'intérêts comme tactique visant à s'assurer un avantage dans un litige ou une transaction commerciale doit être fortement découragée, surtout lorsqu'il peut être prouvé qu'il n'y a eu aucune communication ou mauvaise utilisation des renseignements confidentiels du client.

Alors que les valeurs énoncées par le juge Sopinka dans l'arrêt *Succession MacDonald* revêtent une importance vitale, un certain nombre de juges ont constaté que la prolifération des demandes visant à faire déclarer un avocat inhabile à occuper depuis cette affaire n'a pas augmenté la confiance du public envers le système de justice, mais plutôt engendré un ensemble de règles complexes ouvrant la voie à des abus. Le juge Rice de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a exprimé cette préoccupation dans l'affaire *Robertson v. Slater Vecchio* :

[TRADUCTION]

J'en reviens à la première valeur, le souci de préserver les normes élevées de la profession juridique en ce qui concerne l'intégrité de notre système de justice. Les jugements rendus dans *Succession MacDonald c. Martin* évoquent abondamment cette valeur énoncée en des termes très généraux, comme si elle n'était menacée que par des conflits d'intérêts des avocats. Je ne minimise pas la gravité de ce risque, mais je soutiens respectueusement que si les règles de la déclaration d'incapacité invitent

²⁰⁶ Voir *Credit Union Central of Ontario Limited v. Heritage Property Holdings Inc. et al.* (2007), CanLII 16821; *Skye Properties*, supra note 189; *Canadian Pacific Railway Company v. Aikins, MacAulay and Thorvaldson* (1998), 157 D.L.R. (4th) 473, [1998] 6 W.W.R. 351, (1998), 123 Man. R. (2d) 281 (C.A.); *Moffat v. Wetstein* (1996), 135 D.L.R. (4th) 298 (Ont.Ct.(Gen.Div.)), juge Granger; et *Manville Canada Inc. v. Ladner Downs*, supra note 36, p. 224, et *Rayner v. Enright* (1993), 20 C.P.C. (3d) 269 (Sask.Q.B.), juge Kyle J., p. 271.

²⁰⁷ *Strother*, supra note 3, par. 36.

²⁰⁸ *Neil*, supra note 4 : « En cette ère de cabinets d'envergure nationale et de roulement élevé des avocats, surtout aux niveaux inférieurs, il se peut que l'imposition d'exigences exagérées et inutiles quant à la loyauté envers le client, réparties entre un grand nombre de cabinets et d'avocats qui ne connaissent, en fait, aucunement le client ni ses affaires particulières, privilégie la forme au détriment du contenu et l'avantage tactique plutôt que la protection légitime. »

²⁰⁹ *Citant De Beers Canada Inc. v. Shore Gold Inc.* [2006] 8 W.W.R. 124, (2006) 278 Sask. R. 171; *Dobbin v. Acrohelipro Global Services Inc.* (2005), 246 Nfld. & P.E.I.R. 177, 2005 NLCA 22.

les demandes de ce genre chaque fois que l'ingéniosité des juristes peut évoquer la possibilité de l'apparence d'une irrégularité, le résultat en sera de miner la réputation de la profession et l'intégrité du système en augmentant encore la longueur intolérable et le coût des litiges.

Jusqu'à très récemment, les demandes visant à faire déclarer un avocat inhabile à occuper étaient si rares que du moins dans ce ressort, peu de juges ou d'avocats semblaient avoir plus qu'une vague connaissance de l'existence d'un tel recours. Il n'y avait pas non plus, à ce que je sache, d'insatisfaction généralisée de la part du public du fait de la possibilité de conflits. Mais il y a eu et il y a un mécontentement croissant face à la longueur, à la complexité et au coût des procédures. Depuis l'affaire *Succession MacDonald c. Martin*, la demande de déclaration d'inhabilité a connu un essor, tout comme aux États-Unis il y a quelque 20 ans, où elle est devenue un élément commun des grands litiges. Sans doute certaines de ces demandes sont-elles présentées pour prévenir un préjudice réel. Mais il n'y a guère de doute que de nombreuses demandes sont introduites uniquement parce que la demande de déclaration d'inhabilité est devenue une arme parmi d'autres, qui peut servir à déconcerter la partie adverse en augmentant la longueur, le coût et l'agonie d'un litige. Si ce phénomène devenait courant dans nos litiges, cela n'améliorerait vraisemblablement pas les normes de la profession dans un domaine où il semble y avoir eu peu de problèmes graves. Par contre, ce serait un excellent moyen de réduire encore la capacité du tribunal de rendre jugement rapidement²¹⁰.

Le Groupe de travail recommande que les règles et leur application par les tribunaux servent à assurer une véritable protection des intérêts des clients tout en décourageant le plus fermement possible l'utilisation d'allégations de conflit à des fins tactiques. Le Groupe de travail se préoccupe de ce qu'une démarche excessivement rigide fondée sur des règles n'a pas servi l'intérêt public dans la même mesure que ne l'aurait fait une démarche davantage fondée sur des principes.

RECOMMANDATIONS

Que le Code de déontologie professionnelle de l'ABC soit modifié de façon à :

9. prévoir qu'un cabinet juridique pour lequel la mise en place d'écrans déontologiques a été retardée ne soit pas obligé de cesser d'agir au nom d'un client s'il peut démontrer qu'aucun renseignement confidentiel n'a été divulgué;
10. adopter la règle 2.04(5) du Barreau du Haut-Canada, qui se lit comme suit :

« Si l'avocat ou l'avocate a déjà représenté un client ou une cliente et a alors obtenu des renseignements confidentiels pertinents dans une nouvelle affaire, son associé ou associée, un professionnel salarié ou une professionnelle salariée peut agir dans cette nouvelle affaire contre l'ancien client ou l'ancienne cliente si, selon le cas :

 - a) l'ancien client ou l'ancienne cliente consent à ce que l'associé, l'associée, le professionnel salarié ou la professionnelle salariée agisse ainsi;

²¹⁰ *Manville Canada Inc. v. Ladner Downs*, supra note 36, par. 53-54. Voir aussi *Credit Union Central of Ontario Limited v. Heritage Property Holdings*, supra note 206; *Skye Properties*, supra note 189; et *Canadian Pacific Railway Company v. Aikins*, supra note 23, par. 19. Voir aussi *Moffat v. Wetstein*, supra note 206, juge Granger, et *Rayner v. Enright*, supra note 206, p. 271.

- b) le cabinet décide que son intervention dans l'affaire sert l'intérêt de la justice, en tenant compte de tous les faits pertinents, notamment de ce qui suit :
- (i) la suffisance et l'opportunité des mesures prises pour faire en sorte que les renseignements confidentiels concernant l'ancien client ou l'ancienne cliente ne soient pas divulgués à l'associé, à l'associée, au professionnel salarié ou à la professionnelle salariée qui s'occupe de l'affaire,
 - (ii) l'étendue du préjudice causé à n'importe quelle partie,
 - (iii) la bonne foi des parties,
 - (iv) la disponibilité d'un autre avocat ou d'une autre avocate capable de s'occuper de l'affaire,
 - (v) l'intérêt public. »

11. présenter un commentaire clarifiant la procédure à suivre lorsque des employés professionnels, spécialisés et administratifs passent d'un cabinet d'avocats à un autre.

Remarques

Rien dans cette recommandation ne vise à exclure la responsabilité dans le cas où des renseignements confidentiels seraient en fait mal utilisés ou communiqués de façon inappropriée.

Il faut noter que l'utilisation d'écrans déontologiques peut être indiquée à l'égard de dossiers touchant d'anciens clients.

Une règle stricte selon laquelle la mise en place d'un écran déontologique entraînera l'incapacité crée un préjudice inutile. Différents éléments peuvent servir à prouver qu'aucune divulgation ne s'est produite, comme de l'information provenant des systèmes et réseaux informatiques d'un cabinet montrant qu'il n'y a eu aucune violation de la sécurité ni accès non autorisé.

La diffusion d'information sur la décision d'un cabinet de mettre en place un écran déontologique peut être limitée s'il y a lieu aux personnes qui doivent en être informées, sans compromettre l'efficacité de l'écran. Une plus vaste diffusion de l'information sur l'écran peut avoir comme effet incident d'augmenter le risque d'une divulgation par inadvertance.

Il ne faudrait pas d'office supposer que les avocats qui ont une pratique indépendante mais qui partagent des locaux avec d'autres avocats partagent de l'information au sujet de leurs clients. Le fait d'avoir mis en place des systèmes protégeant entièrement la confidentialité des clients devrait être considéré comme étant suffisant.

Le personnel professionnel comprend les stagiaires, commis juridiques et parajuristes, agents de brevets et de marques de commerce, planificateurs et autres professionnels et paraprofessionnels.

Le personnel spécialisé comprend les recherchistes, traducteurs, huissiers, examinateurs de titres de propriété, spécialistes des documents électroniques et opérateurs de systèmes de traitement de texte.

Le personnel administratif comprend le personnel de la comptabilité et des services informatiques.

Le recours à une demande d'exclusion comme mesure tactique ou dilatoire ne contribue pas au respect du système de justice et est découragé.

Que les lignes directrices sur les conflits découlant du passage de personnel d'un cabinet d'avocats à un autre qui figurent dans le Code de déontologie professionnelle de l'ABC soient modifiées de façon à :

- 12. reconnaître que dans le cas de fusionnement de cabinets juridiques, le risque de violer la confidentialité d'un client ne se produit pas simplement du fait de conclure un accord de fusion et que tout écran nécessaire ne devrait être obligatoire que si les avocats dans le cabinet ainsi fusionné travaillent ensemble ou partagent les renseignements d'un client.**

Remarques

Les fusions de cabinets d'avocats font l'objet de dispositions commerciales, professionnelles et techniques complexes dont la réalisation peut exiger des mois. Les cabinets qui fusionnent ont au départ des bureaux, des installations et des systèmes distincts. Il peut être difficile de repérer des conflits avant que ne débute le travail en vue de fusionner ces divers éléments. À ce moment, il est vital de reconnaître les conflits et de veiller à ce que des écrans soient en place s'il y a lieu.

En guise de supplément à son rapport et à ses recommandations, le Groupe de travail a préparé une trousse de documents modèles sur les conflits d'intérêts, y compris des lettres modèles et des listes de vérification. Cette trousse se trouve aux pages 193 à 275. Les éléments suivants sont plus spécialement pertinents au présent chapitre.

| | |
|---|----------|
| Suggestions pour la construction d'écrans déontologiques | Page 253 |
| Modèle de note de service aux membres des équipes concernant les écrans déontologiques | Page 255 |
| Modèle de note de service concernant un conflit d'intérêt potentiel en raison d'un mandat antérieur | Page 259 |
| Liste de vérification pour l'entrevue d'un avocat qui change de milieu de travail | Page 266 |
| Modèle de note de service concernant l'embauche latérale | Page 267 |

Chapitre 4

Clients, clients potentiels et non-clients

L'analyse présentée dans l'arrêt *Neil* débute par les propos vibrants prononcés par Henry Brougham, futur lord chancelier, en défense de la reine Caroline :

[TRADUCTION] « [L']avocat, dans l'accomplissement de son devoir, ne connaît 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... »²¹¹

Comme la Cour l'a fait remarquer, ces mots sont fort éloignés, dans le temps et dans l'espace, du monde juridique dans lequel les avocats travaillent aujourd'hui, mais le principe de base demeure d'actualité parce que le principe du devoir de loyauté envers le client :

« ... est essentiel à l'intégrité de l'administration de la justice et il est primordial de préserver la confiance du public dans cette intégrité. »²¹²

Aussi important que soit le devoir, il l'est tout autant de savoir au juste à qui il doit être rendu²¹³. De la clarté est nécessaire pour déterminer qui est le client de façon à éviter que toute la rigueur des devoirs de l'avocat envers le client ne soit affaiblie par l'application erronée de ces devoirs en faveur de non clients.

La clarté de la terminologie est importante pour la même raison. Le terme « client » est parfois utilisé pour désigner des non clients. Par exemple, des clients éventuels sont parfois appelés des clients lorsqu'il s'agit de protection de la confidentialité. De même, des personnes associées aux clients peuvent avoir droit à des devoirs limités, mais non pour autant à l'ensemble des devoirs dus à des clients.

Les chapitres précédents ont examiné la nature des devoirs d'un avocat. Le présent chapitre se penche sur la question suivante : « Quelle est la personne à laquelle il faut assurer ces devoirs fondamentaux? »²¹⁴ Après avoir passé en revue la jurisprudence à ce sujet, le chapitre recommande des modifications au Code de déontologie professionnelle de l'ABC qui aideraient à déterminer qui est le client.

²¹¹ *Trial of Queen Caroline* (1821), par J. Nightingale, vol. II, The Defence, Part 1, p. 8, cité dans *Neil*, *supra* note 4, par. 12.

²¹² *Neil*, *ibid.*

²¹³ Allan C. Hutchinson, « Who are "Clients"? (And Why It Matters) » (2005), 84:3 *Can. Bar Rev.* 411, pages 424 et 425.

²¹⁴ Cela ne signifie pas que l'avocat n'ait pas de devoirs envers des non-clients. Les avocats ont par exemple, dans certaines circonstances, un devoir de confidentialité envers des non-clients, mais il serait illogique et contre-productif d'accorder aux non-clients ce que le P^e Hutchinson appelle dans son article de la note 3 [TRADUCTION] « la collection complète d'engagements et de valeurs » que prévoit la loi pour protéger les clients.

Clients potentiels

Premiers contacts

Le devoir de confidentialité d'un avocat peut être d'application dès qu'un client potentiel communique avec lui, peu importe qu'une relation avocat-client soit ou non jamais établie. Souvent, un client potentiel peut chercher à évaluer la compétence, l'expérience et les qualités d'un avocat avant de décider de retenir ses services. Du reste, avant d'accepter un mandat, les avocats doivent évaluer la nature du travail et se poser quelques questions : « Ai-je la compétence voulue dans ce domaine? Suis-je intéressé par ce dossier? Est-ce que je peux agir, ou est-ce que j'ai un intérêt conflictuel? »

Dans ce processus, un client potentiel peut communiquer des renseignements confidentiels et, par conséquent, l'avocat doit assumer un devoir de confidentialité même si la personne ne devient jamais un client et aucun devoir de diligence ou devoir de loyauté n'est jamais assumé.

Demandes de propositions

Depuis quelques années, certains clients potentiels ont commencé à mettre des avocats ou cabinets d'avocats en compétition avant d'octroyer un mandat. Il peut s'agir d'un « concours de beauté » où le client demande une proposition face à un mandat précis, ou d'une demande de proposition visant un éventail de besoins juridiques. Dans une ou l'autre situation, les avocats ou cabinets d'avocats expliquent de vive voix ou au moyen d'un dossier de proposition la façon dont ils se chargeront du travail, les avocats qui y seront affectés et les modalités de facturation. À l'issue du processus, le client retient une proposition et les autres soumissionnaires risquent d'avoir créé un conflit parce qu'ils ont appris des renseignements confidentiels sur le client.

Les répercussions pour les soumissionnaires non retenus que produit un « concours de beauté » visant un mandat précis pour les soumissionnaires non retenus a été examiné dans l'affaire *Ainsworth Electric Co. v. Alcatel Canada Wire Inc.*²¹⁵ Dans ce cas, Alcatel demandait l'exclusion des avocats Goodman Phillips & Vineberg qui représentaient Ainsworth. Goodman avait précédemment été parmi les divers cabinets qui avaient soumis une proposition lorsqu'Alcatel avait demandé des propositions à l'égard de travail juridique dans le cadre d'un différend avec Ainsworth. Au sujet des devoirs d'un soumissionnaire non retenu envers une entreprise qui ne devient finalement pas un client, le protonotaire Sandler a écrit ceci :

[TRADUCTION]

À mon avis, il y avait une relation « avocat-client » entre Alcatel et le cabinet Goodman au sens que prend cette expression en droit, même si Alcatel faisait simplement de la « prospection » et n'avait de fait pas retenu le cabinet Goodman. Goodman avait manifestement un devoir de confidentialité envers Alcatel²¹⁶.

²¹⁵ *Ainsworth, supra* note 205.

²¹⁶ *Ibid.*, par. 39.

Pourtant, le protonotaire arrive à la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

Je conclus que la présomption selon laquelle il existe un risque réel pour Alcatel que toute information confidentielle communiquée à MM. Zarnett et Crofoot [avocats du cabinet Goodman] sera utilisée par eux de façon à causer un tort réel à Alcatel a été réfutée dans cette affaire. Je crois aussi qu'il est pertinent que MM. Zarnett et Crofoot n'aient en fait aucun souvenir réel des deux réunions d'octobre 1995 avec Alcatel.

Mais plus encore, il faut noter les mesures prises par M. Wise [avocat chez Goodman] pour mettre en place un écran. Il a agi aussi vite que possible. L'écran est suffisant dans les circonstances. L'exclusion est un recours extraordinaire et radical et je dois tenir compte de la réalité plutôt que seulement des apparences et des perceptions. Il n'y a pas de risque de réel préjudice dans ce cas. Les préoccupations d'Alcatel sont légitimes et doivent être prises au sérieux, mais tout compte fait, je ne constate aucun risque qu'Alcatel subisse un tort si M. Wise, travaillant aujourd'hui chez Goodman, continue d'agir pourvu que l'écran reste en place et soit respecté. J'accepte les déclarations sous serment de MM. Wise, Zarnett et Crofoot que tous les éléments de l'écran seront respectés. Je rejette donc les requêtes²¹⁷.

Trois éléments méritent d'être soulignés dans cette affaire. D'abord, Goodman et Alcatel n'ont apparemment pas abordé d'emblée la question de savoir si Alcatel communiquerait de l'information confidentielle dans le cadre de la demande de proposition, ni celle de savoir si Goodman pourrait agir dans ce dossier contre Alcatel si le cabinet n'était pas retenu par Alcatel. Les avocats concernés ont indiqué qu'ils n'avaient souvenir d'aucune information confidentielle qui aurait été communiquée durant les réunions auxquelles ils ont participé. Il est évident que la préparation d'un document indiquant expressément les conditions auxquelles un cabinet participait à la demande de proposition aurait rendu l'issue de cette requête nettement plus prévisible.

Deuxièmement, le fait qu'un écran déontologique ait été mis en place rapidement a influencé le résultat. Bien que cette affaire mettait en cause un avocat changeant de lieu de travail et la participation à une demande de proposition, elle met en lumière la valeur de mesures de protection immédiates.

Troisièmement, le fait de décrire un client potentiel comme un client crée une confusion inutile. Il est certes vrai que le privilège des communications entre un avocat et son client ainsi que le devoir de discrétion protège les discussions préliminaires avec un client potentiel, mais un client potentiel n'a pas droit à un devoir de diligence ou à un devoir de loyauté tant qu'il n'a pas décidé de retenir l'avocat et que l'avocat n'a pas accepté le mandat.

Le code de déontologie professionnelle de l'ABC²¹⁸ traite comme suit la question du client potentiel :

²¹⁷ *Ibid.*, par. 41-42.

²¹⁸ Commentaire, art. 17 du chapitre V.

Demandes de propositions et autres enquêtes

- 17 Les clients éventuels convoquent souvent en entretien plusieurs avocats ou cabinets pour recevoir des propositions ou demandent à ces derniers de leur faire parvenir des renseignements confidentiels au sujet du mandat éventuel. En conséquence, il est possible que l'on suggère à un avocat qui n'a pas été retenu lors du processus de ne pas agir pour le compte d'une autre partie dans l'affaire. Le fait de discuter d'un mandat potentiel avec un client éventuel ou de participer à un processus de demande de propositions n'empêche pas en soi un avocat d'agir dans l'affaire pour le compte d'une autre partie. Lorsque le client éventuel souhaite divulguer des renseignements confidentiels dans le cadre d'un tel processus, l'avocat et le client éventuel devraient expressément s'entendre sur la question de savoir si la divulgation empêchera l'avocat d'agir pour une autre partie dans l'affaire si ses services ne sont pas retenus par le client éventuel. Si ce dernier et l'avocat ne peuvent s'entendre, l'avocat devrait insister pour que le client éventuel ne divulgue pas de renseignements confidentiels tant que ses services ne sont pas retenus.

Dans l'affaire *Ainsworth* comme dans le code de l'ABC, l'accent est mis sur le devoir de confidentialité à l'égard des clients potentiels. Il ne faudrait pas conclure du fait qu'il existe un devoir de confidentialité envers un client potentiel que toute la gamme des devoirs entre un avocat et un client est aussi d'application. Lorsqu'un client a décidé de ne pas retenir un avocat, il n'y a aucun devoir de diligence et aucune relation avocat-client soutenue n'est créée qui entraînerait un devoir de loyauté.

Du point de vue d'un avocat, il y a au moins deux situations très différentes où des relations avec des clients peuvent être créées ou censément créées par inadvertance. Dans une de ces situations, l'avocat doit prendre garde qu'un client éventuel ne présume par erreur qu'un contact marque le début d'une relation avocat-client. Dans l'autre situation, un client éventuel peut aborder un avocat qui comprend que le client cherche à retenir un avocat mais n'est pas disposé à accepter son mandat.

Le travail des avocats gouvernementaux est un bon exemple du premier scénario. Leur client est le gouvernement²¹⁹, mais dans le cadre de leur travail, ils ont fréquemment des contacts avec des membres du public. Ces rencontres ne créent pas une relation avocat-client, mais un membre du public traitant avec un avocat gouvernemental peut à l'occasion et erronément conclure qu'il existe une telle relation. Conscients de cette possibilité, les avocats gouvernementaux ont l'habitude de rappeler aux membres du public que toute aide qu'ils apportent ne se situe pas dans le contexte d'une relation avocat-client et qu'un avis juridique indépendant reste nécessaire.

Le risque de création d'une relation avocat-client par inadvertance est aussi une préoccupation pour les avocats internes. Vu la multitude des demandes de conseils adressées à un avocat interne par un vaste public au sein de l'organisation, il y a un grand risque de confusion dans l'esprit des personnes demandant l'avis de l'avocat. Il importe que l'avocat interne sache qui est son client afin de protéger ses intérêts et d'agir adéquatement face aux conflits d'intérêts potentiels et aux questions de confidentialité.

²¹⁹ Il peut y avoir des discussions quant à savoir qui au sein du gouvernement est le client de l'avocat gouvernemental, mais il est généralement admis que les membres du public ne sont pas ses clients.

Le deuxième scénario – lorsqu’une personne cherche un avocat – survient plus souvent en pratique privée. Les avocats ou leurs employés sont parfois abordés par des clients potentiels à la recherche d’un avocat, alors que ces avocats ne sont eux-mêmes pas disposés à agir ou pas en mesure de le faire.

Comme la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario l’a souligné dans l’affaire *Credit Suisse*²²⁰, il faut tenir compte de toutes les circonstances pour déterminer si une relation avocat-client a été créée en l’absence d’un mandat officiel :

[TRADUCTION]

[98] ... une relation avocat-client est souvent créée sans formalités juridiques et en l’absence d’un mandat précis ou d’une rémunération. Ce commentaire est un important énoncé de politique publique de la part de l’organisme qui régit la profession juridique en Ontario. Il renforce notre conclusion qu’il serait inopportun, dans les circonstances de cette affaire, d’adopter une approche trop rigide et mécanique pour déterminer si RS est devenu un client et si Stikeman Elliott a des devoirs envers RS nonobstant l’absence d’un mandat officiel les liant entre eux.

Il est parfois difficile de déterminer si un client potentiel est devenu un client réel. Une interaction avec l’avocat ou ses employés peut bien sûr indiquer qu’une relation avocat-client a été créée ou se poursuit.

Appels téléphoniques

Il y a eu un certain nombre de cas où une partie a soutenu que de brèves conversations téléphoniques ou autres discussions entre elle et un avocat suffisaient à créer une relation avocat-client. Dans l’affaire *Trizec Properties Ltd v. Husky Oil Ltd*²²¹, une conversation téléphonique de 30 minutes (confirmée par les relevés des appels téléphoniques) avait eu lieu 13 ans plus tôt et l’avocat avait pris des notes sur l’appel. Ces éléments réunis ont suffi à prouver que la discussion avait été d’une nature si générale qu’aucune relation avocat-client n’avait été créée. Dans l’affaire *Holizki v. Reeves*²²², aucune relation avocat-client n’avait été créée par l’appel de 14 minutes d’un soi-disant client à un avocat au cours duquel le contexte d’une affaire avait été discuté, faute de preuve d’une conversation ultérieure de 30 minutes au sujet de l’affaire.

L’importance des écrits

Lorsqu’un avocat ne prend pas des notes et ne se rappelle pas la suite des événements, il peut être difficile de prouver qu’aucune relation avocat-client n’a été créée. Dans l’affaire *Vance v. Polland*²²³, une requête avait été déposée pour exclure l’avocat de la défense au motif qu’il avait précédemment été consulté par un des plaignants. Il y avait apparemment eu entre le plaignant et l’avocat en cause une brève conversation au cours de laquelle aucune information

²²⁰ *Supra* note 65.

²²¹ 15 C.P.C. (4th) 346 (Alta C.A.), conf. (1996), 4 C.P.C. (4th) 83 (Alta Q.B.).

²²² (1997), 10 C.P.C. (4th) 63 (Sask. Q.B.).

²²³ (2005), 136 A.C.W.S. (3d) 597 (N.B.Q.B.).

confidentielle n'avait été communiquée, puis la transmission par le plaignant à l'avocat, par courrier électronique, d'un document de 12 pages. Même si l'avocat a nié avoir demandé ou reçu le document, des éléments de preuve indiquaient que le document était parvenu à son cabinet et avait été conservé sur son serveur. Il y avait donc un risque que l'information confidentielle contenue dans le document puisse avoir été mal utilisé accidentellement ou par inadvertance et aucune foi ne pouvait être ajoutée à l'assurance de l'avocat qu'il n'en était rien. L'avocat a été exclu comme avocat au dossier.

Dans une affaire semblable en Angleterre, *Davies v. Davies*²²⁴, une épouse avait consulté en 1991 M. Tooth, un réputé avocat en droit de la famille (qui ne se rappelait pas la conversation) au sujet de problèmes juridiques avec son mariage; elle lui avait parlé du comportement de son époux et précisé qu'il existait une entente financière pré-nuptiale. Lorsque l'épouse a ensuite demandé le divorce en 1997, elle a retenu un autre avocat et son mari a engagé M. Tooth. La cour de première instance et la cour d'appel ont toutes deux convenu que M. Tooth avait reçu assez d'information confidentielle lors de la première consultation pour justifier son exclusion. La cour semblait s'inquiéter plus spécialement du fait que deux des éléments dont l'épouse avait discuté avec M. Tooth – le comportement de l'époux et l'entente pré-nuptiale – faisaient l'objet de débats dans l'action en divorce.

Conversations avec le personnel

En traitant avec des clients potentiels, il faut soigneusement éviter que des renseignements confidentiels soient communiqués à des employés du cabinet ou de l'organisation. Il n'est pas toujours nécessaire que l'avocat reçoive l'information confidentielle pour qu'il y ait perception de conflit d'intérêts et même, selon certains juges, création d'une relation avocat-client. Dans l'affaire *Dalgleish v. Dalgleish*²²⁵, au début de l'action en divorce, l'épouse avait eu deux brèves conversations avec la secrétaire d'un avocat qu'elle envisageait d'engager et une avec son commis. Elle n'a pas retenu cet avocat, mais l'époux l'a fait. L'avocat a maintenu qu'il n'avait jamais reçu de son adjointe d'information confidentielle au sujet du dossier, ce qui a été admis. Le juge a toutefois ensuite estimé que le critère dans les affaires d'exclusion n'est pas de savoir si de l'information confidentielle avait ou non été communiquée, mais s'il était *plausible* qu'elle l'ait été. À son avis :

[TRADUCTION]

Je n'ai aucun doute que la relation de travail entre une secrétaire juridique et son employeur fait en sorte qu'un client potentiel parlant à la secrétaire pendant qu'il envisage la possibilité de retenir les services de l'avocat ne ferait guère de distinction entre les deux. Il en va ainsi en ce qui concerne la communication d'information. Le client potentiel supposerait normalement que la secrétaire communiquera toute l'information à son employeur²²⁶.

²²⁴ [2000] 1 F.L.R. 39 (C.A.).

²²⁵ [2001] O.J. No. 2187 (S.C.J.).

²²⁶ *Ibid.*, par. 31.

Selon le juge, une relation avocat-client avait été créée puisque de l'information confidentielle avait été communiquée à l'adjoint et au commis lors des trois appels et qu'elle comprenait vraisemblablement des questions autres que d'une nature purement administrative. L'avocat a donc été exclu²²⁷.

Devoirs envers des clients éventuels

Ces cas illustrent le fait qu'il est parfois difficile de distinguer entre clients potentiels et clients réels et qu'il peut en conséquence y avoir de l'ambiguïté quant aux devoirs envers chacun. Le Groupe de travail croit qu'il n'est pas approprié de considérer la relation avocat-client potentiel comme une relation avocat-client – avec la mise en jeu de tous les devoirs qui s'y rattachent – lorsque, pour quelque raison que ce soit, l'avocat n'est jamais engagé. L'analyse qui convient le mieux dans de tels cas est que même si aucune relation avocat-client n'est créée, l'avocat a un devoir de confidentialité. En clair, le secret professionnel entre l'avocat et le client peut s'appliquer aux communications avec un client potentiel sans qu'un tribunal doive conclure que l'avocat a été retenu par le client.

Le code de déontologie de l'Alberta est instructif à cet égard :

[TRADUCTION]

C.3.4 Client potentiel : Un client potentiel est une personne qui communique de l'information confidentielle à un avocat en vue de retenir ses services. Un avocat doit préserver la confidentialité de l'information reçue d'un client potentiel. ... Si l'avocat refuse le mandat, l'information qui a été communiquée par le client potentiel, y compris le fait qu'il a communiqué avec le cabinet, ne doit pas être divulguée à ceux qui peuvent agir contre le client potentiel, et ce, nonobstant le commentaire G.1 [devoirs généraux envers les clients en matière d'information] du chapitre 9. Le cabinet peut agir ou continuer d'agir contre les intérêts du client potentiel à l'égard du mandat qui avait été proposé si l'avocat prend des mesures efficaces pour s'assurer que :

- (a) l'information confidentielle n'est pas divulguée à d'autres membres du cabinet représentant des clients opposés au client potentiel;
- (b) les membres du cabinet qui possèdent de l'information confidentielle ne joueront de rôle dans aucun mandat relié à l'affaire pour laquelle le client potentiel envisageait de retenir le cabinet.

La suffisance des mesures prises pour éviter la divulgation de l'information sera à juger selon les circonstances en cause; les mesures peuvent comprendre la destruction, la mise sous scellés ou le retour de notes et lettres au client potentiel, ainsi que la suppression ou la protection par mot de passe des fichiers informatiques pouvant contenir de tels renseignements.

La solution de l'Alberta garantit que l'information du client potentiel est protégée tout en reconnaissant que les devoirs de diligence et de loyauté n'ont pas été assumés et ne sont pas imposés de droit.

²²⁷ Voir aussi *Gottschlich v. Gottschlich*, [2000] A.J. No. 696 (Q.B.); *Ocelot*, *supra* note 166; *Chern v. Chern*, 2006 ABCA 16 (avocat déclaré inhabile parce qu'un adjoint aurait vraisemblablement eu en sa possession des renseignements confidentiels de l'autre partie).

Autres situations qui peuvent donner lieu à une relation avocat-client imprévue

Lorsque des employés d'un cabinet d'avocats exécutent des tâches administratives auxquelles des avocats ne participent que peu ou pas, il se peut qu'aucune relation avocat-client ne soit créée. Cependant, dans *First Property Holdings Inc. v. Beatty*²²⁸, la juge Wilson a conclu à l'existence d'une relation avocat-client soutenue. Pendant plusieurs années, le cabinet d'avocats avait présenté des documents requis par la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario au nom de l'Iatra Life Sciences Corporation (IATRA). IATRA envoyait au cabinet l'information financière nécessaire et un commis juridique saisissait les données dans un programme informatique spécialisé. La relation avocat-client a été présumée en regard des faits suivants : (i) le vice-président d'IATRA était la personne-ressource dans le dossier et non son avocat, qui travaillait dans un autre cabinet; (ii) le cabinet d'avocats considérait le travail comme relevant du droit des sociétés ou du droit commercial plutôt que de la représentation et avait ajouté les renseignements d'IATRA à sa liste à accès restreint; et (iii) les recherches et corrections effectuées par le commis juridique face à des problèmes de conformité des documents à déposer ne relevaient pas simplement de l'exécution de tâches routinières et mécaniques. Le fait que le travail de l'employé parajuridique était « un peu trop près » de certaines allégations en cause dans l'action a suscité des inquiétudes, tout comme le fait que l'avocat dans l'action avait demandé de voir certains documents dont l'employé parajuridique avait la charge, et ce, la veille de l'action intentée par les actionnaires. Dans les circonstances, le fait de ne pas conclure à une relation avocat-client équivaudrait à s'engager sur :

[TRADUCTION]

« Une pente dangereuse et glissante à tenter de faire la distinction entre les devoirs envers deux catégories distinctes de clients existants et à entreprendre une analyse détaillée de la nature précise du travail exécuté »²²⁹.

La juge semble avoir accordé une importance déterminante à la demande de l'avocat de voir les documents. Sans cet élément et si le cabinet d'avocats avait mis en place des modalités différentes pour la gestion du mandat, la juge Wilson n'aurait peut-être pas vu de problème (paragraphe 44). La juge a conclu qu'il ne pouvait y avoir de doute qu'IATRA était un client actuel et était un client depuis quatre ans au moment où la requête des actionnaires a été présentée.

Compte tenu des faits en cause, l'affaire *First Property* ménage la possibilité que du travail simplement mécanique ou administratif n'entraîne pas nécessairement les mêmes devoirs que l'offre de conseils juridiques. Il est logique qu'il en soit ainsi puisque c'est la nature et l'importance de la relation avocat-client qui entraîne des devoirs fiduciaires et que la relation sera très différente si le travail est simplement administratif. Bien que la juge Wilson soit réticente à analyser la nature du travail effectué, il y a des situations²³⁰ où le travail n'exige pas ou ne justifie pas la création d'une relation fiduciaire et aucun devoir fiduciaire ne devrait être imposé.

²²⁸ [2003] O.J. No. 2943 (S.C.J.) [*First Property*].

²²⁹ *Ibid.*, par. 14.

²³⁰ Par exemple, le fait d'être mandataire aux fins de signification ou siège social.

La même distinction entre un travail simplement administratif et un travail juridique peut être pertinente lorsqu'un avocat agit comme agent restreint pour un autre avocat. Dans l'affaire *Smith v. Salvation Army in Canada*²³¹, le tribunal a conclu que le fait de recevoir et copier des documents, rencontrer des clients pour faire assermenter des affidavits ou déposer et signifier des documents liés à une requête ne suffisait pas à créer une relation avocat-client avec les plaignants dans l'action.

L'importance de clarifier les attentes

Païement d'honoraires

Le paiement des honoraires juridiques d'un avocat ne devrait pas en soi être considéré comme un fait créant une relation avocat-client²³². Il peut arriver par exemple qu'un avocat rédige le testament d'une personne âgée dont le fils ou la fille règle les honoraires. En l'occurrence, il importe que l'avocat précise que le simple fait de payer les honoraires, sans autorisation d'agir pour son compte, n'habilite pas la personne faisant le paiement à donner des instructions à l'avocat, ne fait pas de cette personne un client et ne signifie pas que l'avocat a un devoir de loyauté envers elle.

Le code de l'Alberta²³³ aborde expressément et en détail la question du paiement des honoraires d'un avocat, recommandant que l'avocat précise aux parties en cause qui est à son avis le client :

[TRADUCTION]

C.9.2 Réception du paiement versé par un tiers : Un avocat peut être payé par une personne, comme une compagnie d'assurance ou un syndicat, tout en étant engagé par une autre personne, comme une personne assurée ou un membre d'un syndicat, qui est habilitée à donner directement des instructions à l'avocat. Dans une telle situation, l'avocat doit préciser, en discutant avec les deux parties dès le début de la représentation, si l'avocat agit pour les deux parties ou seulement pour l'individu.

...

Dans certaines circonstances, la personne responsable du paiement peut admettre que l'autre individu sera considérée comme étant l'unique client de l'avocat dans l'affaire en cause si (par exemple) la première partie paie les frais juridiques de l'autre par courtoisie, dans un but philanthropique ou en vertu d'un régime d'assurance de protection juridique. Dans ce cas, l'avocat devrait s'assurer que la partie assumant la responsabilité financière comprend les implications du fait que l'autre partie soit désignée comme l'unique client et en particulier le fait que la partie assumant la responsabilité financière n'a aucun droit de demander ou recevoir de l'information confidentielle au sujet de l'affaire.

²³¹ (2000), 50 C.P.C. (4th) 331 (Ont. S.C.J.).

²³² *Banai Management Inc. v. Baghai Development Inc.*, [2004] O.J. No. 261 (S.C.J., Master).

²³³ Code de l'Alberta, commentaire à la règle 9.2.

Relations d'affaires

Les avocats peuvent transiger des affaires avec des tiers qui ne deviennent jamais des clients. Il importe qu'ils fassent clairement la distinction entre leurs relations avocat-client et leurs relations d'affaires. Le Code de déontologie professionnelle de l'ABC donne les indications suivantes :

6. La question de savoir si une personne est cliente d'un avocat doit être examinée à la lumière de toutes les circonstances; il en est ainsi lorsque cette personne prête de l'argent à l'avocat ou achète, vend, consent un prêt ou investit, assume une obligation en rapport avec une affaire, des valeurs ou un immeuble dans lesquels l'avocat ou un associé de l'avocat possède des intérêts ou à l'égard de toute autre transaction semblable. Une personne qui n'est pas cliente par ailleurs peut être considérée comme un client aux fins de ce privilège, si elle était raisonnablement justifiée de croire qu'elle pouvait avoir recours aux conseils de son avocat dans le cadre d'une telle transaction. Dans ces circonstances, l'avocat sera tenu aux mêmes obligations de confiance qui sont inhérentes aux relations avocat-client. L'avocat aura le fardeau de prouver qu'une telle personne ne comptait pas, de fait, sur lui pour ses conseils.

Dans toute situation de relations d'affaires personnelles, il importe que l'avocat renseigne les autres parties de son intention d'agir ou non comme avocat dans la situation et établisse une documentation à ce sujet. C'est le cas surtout lorsque la nature de la relation n'est pas claire d'après les faits. Néanmoins, malgré l'absence de relation avocat-client, il peut y avoir un devoir de confidentialité chaque fois qu'une personne confie de l'information à un avocat ou au cabinet « en raison de sa profession » et s'attend à ce que cette information demeure confidentielle²³⁴.

Une situation ambiguë peut mener à la conclusion qu'il existe une relation avocat-client; les avocats qui ne font pas le nécessaire pour supprimer l'ambiguïté risquent en conséquence d'avoir des devoirs de diligence, de loyauté et de confidentialité qu'ils ne cherchaient pas. Une documentation adéquate est très utile pour éviter un tel résultat.

Lettres-contrats : preuve d'une relation avocat-client

L'existence d'une lettre-contrat apporte une preuve *prima facie* d'une relation avocat-client, mais l'absence d'une lettre-contrat ne prouve pas le contraire²³⁵. Les avocats doivent s'assurer que des communications informelles ou des transactions d'affaires personnelles avec des tiers ne créent pas des relations avocat-client non recherchées et n'entraînent pas des devoirs en conséquence²³⁶.

La consignation par écrit du mandat est une bonne pratique. Lorsque les avocats discutent avec des clients éventuels, il est utile d'établir une documentation précisant sur quelle base chacun est disposé à traiter avec l'autre. Quand un avocat comprend qu'il n'est pas engagé, un

²³⁴ Simon Chester, « The Conflict Revolution – *Martin v. Gray* and Fifteen Years of Change », document préparé pour Heenan Blaikie s.r.l.

²³⁵ Le commentaire à la règle 1.02 du *Code de déontologie* du Barreau du Haut-Canada (le Code de l'Ontario) affirme que : « Le rapport avocat-client naît souvent sans formalités. Par exemple, il n'est pas nécessaire que les parties s'entendent expressément sur un mandat ou une rémunération. »

²³⁶ *Hutchinson, supra* note 213, p. 418.

« non-mandat » écrit est utile pour confirmer que l’avocat n’effectuera pas de services pour le compte du client potentiel et n’a donc pas de devoir de loyauté. Lorsqu’un mandat est terminé, il peut être utile de le confirmer pour qu’il soit clair que les devoirs de diligence et de loyauté sont accomplis.

Une bonne documentation établie au moment opportun aurait largement aidé à éviter les problèmes qui ont mené aux cas suivants devant les tribunaux.

Devoirs éventuels : clients multiples

Personnes morales

Lorsqu’un représentant d’une personne morale retient un avocat, quelques questions de base doivent d’emblée être posées. Qui l’avocat représentera-t-il : le représentant à titre personnel, ou la personne morale? Si le client est la personne morale, représentera-t-il aussi ses affiliées ou d’autres entités au sein de son groupe?

Dans le cas des avocats gouvernementaux et des avocats internes, il est déjà établi que le client est l’entité et non la personne dont ils reçoivent leurs instructions. Pour les avocats en pratique privée, la question exige une plus grande attention.

Il est parfois évident dès la première réunion que la personne que rencontre l’avocat agit soit en tant que représentant d’une personne morale, soit à titre personnel. Idéalement, ce fait devrait être consigné dans une lettre-contrat. Cependant, les relations évoluent au fil des ans et ce qui était clair initialement peut devenir confus si l’avocat commence à se charger du travail juridique personnel de la personne ou si la personne cherche à consulter l’avocat au sujet de questions à l’égard desquelles les intérêts de la personne sont différents de ceux de la personne morale. Il est donc important que l’avocat précise d’emblée qui est le client et ensuite continue de reconsidérer et d’analyser la situation.

Nombre des codes de déontologie abordent cette question. Le Code de déontologie professionnelle de l’ABC incite les avocats à s’assurer que les représentants d’une organisation comprennent que c’est l’organisation qui sera représentée (le cas échéant) et non ses représentants individuels :

16. Un avocat employé ou dont les services sont retenus par une organisation, représente cette organisation en agissant par l’intermédiaire de ses membres dûment autorisés. En traitant avec des directeurs, des cadres, des employés, des membres, des actionnaires ou d’autres représentants, l’avocat doit indiquer clairement que c’est l’organisation qui est son client lorsqu’il est évident que les intérêts de l’organisation divergent de ceux des représentants avec qui l’avocat fait affaire. ...²³⁷

²³⁷ Code de déontologie professionnelle de l’ABC, ch. 5, commentaire. Voir aussi, par exemple, le commentaire à l’art. 2.02 (1.1) du Code de l’Ontario.

Dans l'affaire *Hem Mines Ltd. N.P.L. v. Omax Resources Ltd.*²³⁸, le juge Melnick s'est penché sur une indication que les avocats de l'entreprise avaient agi pour un dirigeant de l'entreprise à titre personnel. Il a entamé son analyse en posant cet énoncé :

[TRADUCTION]

En bout de ligne, il s'agit d'un exercice qui dépend nécessairement d'une analyse rigoureuse des faits.

Dans l'affaire *Gainers Inc. v. Pocklington*²³⁹, la Cour d'appel de l'Alberta a refusé de déclarer un cabinet d'avocats inhabile à agir pour une entreprise qui était son client de longue date dans le cadre d'une action contre M. Pocklington, l'ancien dirigeant principal de l'entreprise; ce dernier était présumé avoir détourné des actifs de l'entreprise.

La Cour a affirmé qu'il faut considérer toutes les circonstances pertinentes pour déterminer qui est le client et déterminer quelles sont les « attentes raisonnables » des parties :

[TRADUCTION]

... D'un côté, les tribunaux devraient examiner non seulement quel nom figure comme « client » sur la couverture du dossier du cabinet d'avocats ou dans ses livres. Par contre de l'autre côté, les tribunaux devraient tenir compte de l'existence de sociétés et ne pas prétendre qu'elles sont toutes des associations sans personnalité morale de leurs actionnaires, dirigeants et administrateurs. ... La plupart des sociétés ne sont pas un mécanisme par lequel une personne seule fait des affaires; et encore moins dans le cas de *Gainers Inc.* Et les tribunaux ne devraient assurément pas prétendre que le porte-parole d'une entreprise est le « client véritable » lorsqu'un cabinet d'avocats représente l'entreprise dans des litiges. Il faut examiner tous les faits pertinents, y compris les attentes raisonnables des parties.

...

On ne peut pas supposer qu'une société et ses propriétaires indirects sont la même personne et que le fait d'agir pour une partie équivaut à agir pour l'autre. Ce faisant, on créerait vraisemblablement un conflit et une violation du Code, plutôt que d'éviter les conflits ou les violations.

La Cour a conclu qu'il n'était pas raisonnable que M. Pocklington suppose que l'information communiquée au cabinet ne serait pas communiquée à l'entreprise ou qu'une relation avocat-client avait été créée avec lui personnellement.

Il existe de nombreux cas dans le domaine des litiges où des avocats ont été déclarés inhabiles à agir à la fois pour une personne morale et pour les personnes associées à la personne morale. Manifestement, un conflit peut exister entre une personne morale intimée et ses actionnaires majoritaires (qui peuvent aussi être administrateurs de la personne morale intimée) dans le cadre d'une action pour abus intentée par les actionnaires minoritaires puisque les intérêts de la personne morale et ceux de ses actionnaires majoritaires ne sont pas nécessairement les

²³⁸ (2003), 38 B.L.R. (3d) 146 (B.C.S.C.).

²³⁹ (1995), 29 Alta L.R. (3d) 323 (C.A.), 125 D.L.R. (4th) 50, 20 B.L.R. (20) 288.

mêmes²⁴⁰. Des préoccupations semblables peuvent se manifester à l'égard d'actions obliques puisque les intérêts des actionnaires requérants seront habituellement très différents de ceux des administrateurs ou des dirigeants dont la conduite est visée par l'action²⁴¹.

Affiliées et autres entités

Une fois qu'il est établi dans une situation donnée que le client est la personne morale, la question est alors de savoir si d'autres entités du même groupe sont aussi les clients de l'avocat. Alors que l'analyse suivante porte surtout sur le contexte des personnes morales, elle n'est pas foncièrement différente de celle qui s'impose lorsqu'il s'agit de familles humaines plutôt que de groupes d'entreprises.

Le Groupe de travail croit que le client est soit la personne qui a consulté l'avocat, soit l'entité dont le représentant a consulté l'avocat. Par exemple, le fait qu'une personne morale consulte un avocat n'implique pas nécessairement que les filiales ou affiliées de cette personne morale (ou ses actionnaires, administrateurs individuels, dirigeants ou employés) sont également ses clients²⁴². Cette simple considération est un point de départ utile en ce qui concerne le principe traditionnel de la personnalité juridique distincte dans *Salomon v. Salomon*²⁴³.

Le comité permanent sur l'éthique et la responsabilité professionnelle de l'American Bar Association a jugé que [TRADUCTION] « le fait d'une simple affiliation dans un contexte d'entreprise ne fait pas en soi que toutes les affiliées d'un client sont aussi des clients »²⁴⁴.

Comme l'indique l'ABA, [TRADUCTION] « les circonstances d'une représentation donnée peuvent être telles que l'entreprise cliente s'attend raisonnablement à ce que les affiliées seraient traitées comme des clients, soit de façon générale, soit dans l'optique de l'évitement des conflits »²⁴⁵. Il est d'autant plus probable que ce soit le cas si les activités des entreprises du groupe sont fortement intégrées, si elles ont les mêmes dirigeants ou administrateurs et si elles sont concentrées dans une même région géographique. Cela peut aussi être évident selon les circonstances d'un cas particulier. Par exemple, si la société mère retient un avocat pour la

²⁴⁰ Voir *King v. Arnett*, 2006 ABQB 639; *Normerica Inc. v. 1406716 Ontario Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 464 (S.C.J.); *TransCanada Pipelines Ltd v. Nova Scotia (Attorney General)* (2000), 188 N.S.R. (2d) 14 (S.C.); *Friesen v. Gimli & District Métis Association Inc.* (1997), 120 Man. R. (2d) 226 (Q.B.); *Gaylor v. Galiano Trading Co.* (1996), 29 B.L.R. (2d) 162 (B.C.S.C.); *Mottershead v. Burdwood Bay Settlement Co.*, [1991] B.C.J. No. 2554 (S.C.); *R.B.L. Management Inc. v. Royal Island Development Inc.*, 2007 BCSC 674.

²⁴¹ Voir aussi *Hutchinson*, *supra* note 213, p. 427.

²⁴² Ce serait comme si chaque fois qu'une personne consulte un avocat le statut de client était automatiquement accordé aux autres membres de la famille, ce qui n'est pas le cas.

²⁴³ [1897] A.C. 22 (H.L.).

²⁴⁴ Voir ABA Formal Opinion 95-390 : Conflicts of Interest in the Corporate Family Context (le 25 janvier 1995); Charles W. Wolfram, « Legal Ethics: Corporate-Family Conflicts » (1999), 2 J. *Inst. Stud. Leg. Ethics* 295; *Apex Oil Co. v. Wickland Oil Co.*, US Dist. Lexis 6398 (E.D. Calif., 1995); *R.H. Donnelly Corp. v. Sprint Publishing and Advertising*, US Dist. Lexis 2363 (N.D. Ill., 1995); *Brooklyn Navy Yard Cogeneration Partners LP v. Superior Ct (Parsons Corp.)*, 60 Cal. App. 4th 248 (Cal. Ct App. 1997) (la société mère et la filiale sont traitées comme des entités distinctes à moins qu'elles ne soient *alter ego* l'une de l'autre). Mais voir aussi *Morrison Knudsen Corp. v. Hancock, Rothert & Bunshoft, LLP* 69 Cal. App. 4th 223 (Cal. Ct App. 1999). Il y a une discussion sur les analyses contradictoires se retrouvant dans les précédents américains (critère de la ligne de démarcation?, pondération des facteurs?, analyse fondée sur l'*alter ego*?) dans le site de William Freivogel consacré aux conflits, *Corporate Families*. Voir aussi Simon Chester, « Conflicts of Interest », dans Derek Lundy, *Barristers & Solicitors in Practice*, feuilles mobiles (Toronto et Vancouver : Butterworths, 1998), art. 10.52. Une récente affaire en Californie permet de croire que si un certain nombre de filiales partagent un service juridique « intégré », elles devraient être traitées comme une seule entité dans l'optique des conflits : *URS Corp. v. Earth Tech, Inc.*, 2006 Cal. App. Lexis 11349 (Cal. App. 19 December 2006).

²⁴⁵ *Ibid.*

vente d'actifs détenus par une filiale, il serait raisonnable de s'attendre à ce qu'à la fois la société mère et la filiale soient considérées comme des clients de l'avocat. De même, lorsqu'il s'agit d'un groupe d'entreprises et que l'avocat est son proche conseiller, un peu comme un avocat familial, il est probable qu'il existe une relation avocat-client avec le groupe d'entreprises plutôt que seulement avec l'entité précise du groupe qui a retenu ses services.

De toute évidence, quand un avocat apporte une assistance juridique à une société ainsi qu'à ses filiales, il a un devoir de loyauté envers la société et ses filiales. Quand il y a devoir de diligence, il y a aussi devoir de loyauté.

Quand un avocat a servi comme proche conseiller d'un groupe d'entreprises, il n'y a habituellement guère de difficulté à conclure qu'il a apporté une assistance juridique aux membres du groupe et qu'il a un devoir de loyauté collectif. Par ailleurs, quand un avocat est conseiller juridique d'un tel groupe, il est plus que probable qu'il recevra à titre d'avocat de l'information confidentielle des membres du groupe, ce qui entraînera un devoir de confidentialité.

Subsidiairement, lorsqu'un avocat a un mandat précis auprès d'une entité précise et n'offre pas d'assistance juridique à des affiliées ni ne reçoit d'information confidentielle d'affiliées, il peut n'y avoir aucune raison de conclure qu'il existe un devoir sinon à l'entité précise qui a engagé l'avocat.

Cependant, la logique qui sous-tend la règle modèle de l'ABA, à laquelle souscrit apparemment l'arrêt *Neil*, veut qu'il puisse y avoir des situations où le devoir de loyauté exige qu'un avocat évite d'agir contre une affiliée même si celle-ci n'est ni un client ni la source de renseignements confidentiels. Comme le devoir de loyauté existe entre autres pour protéger la **relation** entre un avocat et un client, il peut y avoir des circonstances où le fait d'agir contre une affiliée nuirait à la relation avec le client réel ²⁴⁶. Dans ce contexte, l'affiliée n'est pas un client et n'a droit à aucun devoir, mais le devoir envers le client conditionne la capacité de l'avocat d'agir contre l'affiliée.

Membres d'un groupe d'entreprises

Jusqu'à présent il y a peu de jurisprudence canadienne sur l'existence éventuelle, envers les membres d'un groupe d'entreprises, d'une obligation d'éviter les intérêts conflictuels. L'arrêt *G.W.L. Properties Ltd v. W.R. Grace & Co. of Canada Ltd* ²⁴⁷ indique qu'une société mère et une filiale pourraient être considérées comme un tout dans une analyse des conflits d'intérêts, mais ne traite pas directement de cette question.

Dans l'affaire *Stanley v. Advertising Directory Solutions Inc.* ²⁴⁸, un avocat a été déclaré inhabile à agir pour Advertising Directory Solutions, l'intimée dans un litige en matière d'emploi. Son cabinet avait aussi donné des avis juridiques à Verizon, l'ancienne société mère du défendeur,

²⁴⁶ Par exemple, on pourrait aisément imaginer qu'un mandat en matière de succession pour un mari serait entravé par une action pour abus de droit contre son épouse. De même, une accusation de fraude contre l'actionnaire contrôlant d'une société privée pourrait bien entraver la représentation de cette société.

²⁴⁷ [1992] 5 W.W.R. 76 (B.C.S.C.).

²⁴⁸ 2007 BCSC 1125 (CanLII).

au sujet du renvoi de l'employé en cause (qui découlait de la vente d'Advertising Directory Solutions à un tiers). Il a suffi que l'avocat ait offert des conseils juridiques même s'il n'avait reçu aucune instruction ni aucun paiement de Verizon.

Dans la décision *Re Credit Suisse First Boston Canada Inc.*²⁴⁹ (*Credit Suisse*), il a été jugé que le cabinet d'avocats avait un devoir envers une entité créée à la suite de conseils donnés à un ancien client.

Les avocats internes peuvent être confrontés à des problèmes particuliers si un conglomérat regroupant diverses entreprises possède un service juridique intégré. L'avocat interne doit traiter chaque membre du groupe comme un client distinct, mais il peut agir pour tous tant que leurs intérêts convergent. En revanche, une fois que les intérêts des diverses entités divergent ou s'il y a une raison précise d'assurer leur indépendance (p. ex., à l'égard des pensions), l'avocat interne devra gérer la situation différemment²⁵⁰ et peut avoir à signaler au conseil d'administration tout problème qui pourrait soulever des conflits d'intérêts internes. Dans certaines situations, l'avocat interne pourra continuer d'agir pour une entité et engager un avocat externe pour une autre. Dans d'autres situations toutefois, par exemple en cas de litige, l'avocat interne peut avoir à engager des avocats externes pour représenter individuellement les intérêts des différentes entreprises. Règle générale, les avocats internes de grands groupes doivent apprendre à bien gérer les risques, les conflits, la conciliation des intérêts et ainsi de suite.

Le gouvernement en tant que client

Comme on l'a vu plus haut, le client des avocats gouvernementaux est habituellement le gouvernement qui les emploie ou retient leurs services. Mais les avocats gouvernementaux agissent souvent dans le cadre d'une fonction prévue par la loi (p. ex., la fonction de tuteur public ou d'avocat des enfants²⁵¹) faisant partie du gouvernement, ou pour des entités gouvernementales constituées de façon à être distinctes du gouvernement à proprement parler (p. ex., commissions ou sociétés d'État). Ces entités ne sont pas de simples unités organisationnelles du gouvernement et sont différentes d'un ministère. Comme dans le cas des avocats internes et des avocats en pratique privée, les avocats gouvernementaux peuvent avoir des clients multiples; ils ont donc aussi besoin de préciser qui est leur client.

²⁴⁹ (Hearing Panel, Market Regulation Services Inc., 9 février 2004); conf. 27/27 O.S.C.B. (le 2 juillet 2004) (O.S.C.).

²⁵⁰ Alors que les intérêts d'affiliés peuvent être concordants initialement, la situation peut évoluer. De difficiles questions de conflits, de confidentialité et de privilèges peuvent survenir au gré des circonstances. L'arrêt *Teleglobe*, *supra* note 22, constitue un exemple utile de l'effet de circonstances économiques changeantes et souligne la nécessité que tous les avocats, y compris les avocats internes, évaluent soigneusement les conséquences d'une représentation commune, de façon à préciser qui est le client et restent attentifs aux conflits qui peuvent survenir au cours d'une affaire.

²⁵¹ Dans ces situations, un avocat gouvernemental pourrait avoir des clients non gouvernementaux en vertu de leur fonction prévue par la loi. Par exemple, l'avocat des enfants peut dans certaines circonstances agir pour un enfant dans un litige. Dans cette situation, le client est l'enfant et non le gouvernement. Par exemple, *Children's Lawyer for Ontario v. Goodis* (2005), 75 O.R. (3d) 309 (O.C.A.).

Limites à la projection de la relation avocat-client

En somme donc, le Groupe de travail croit qu'en l'absence d'indication qu'un avocat assume une relation avocat-client avec un grand groupe, la relation avocat-client englobe uniquement l'entité précise qui retient les services et non les entités affiliées ou les administrateurs, actionnaires ou employés. Si toutefois, au vu de preuves objectives, il y a des raisons de conclure que l'entité retenant les services et d'autres entités du groupe s'attendent raisonnablement à ce que l'avocat assume une relation avocat-client à leur endroit, il y a alors relation avocat-client et les devoirs qui en découlent sont d'application.

Sociétés de personnes

Même si les sociétés de personnes ne sont pas des personnes morales, elles sont souvent traitées comme si elles l'étaient. Les questions qui se posent sur l'identité du client sont semblables à celles qui surviennent dans le cas de personnes morales. D'abord, il faut déterminer si l'avocat représente la société de personnes en tant que telle ou les associés individuels (ou certains d'entre eux). Les intérêts de la société de personnes – c'est-à-dire les intérêts collectifs des associés – peuvent être différents de ceux des associés individuels. C'est pourquoi il importe de préciser qui est le client réel.

Lorsqu'il est établi que l'avocat représente la société de personnes, il reste à savoir si l'avocat représente aussi les associés individuels. La nature et la portée du mandat sont manifestement importantes dans cette analyse. Un avocat engagé par les associés de l'entité collectivement est engagé par la société de personnes et il a des devoirs de diligence, de loyauté et de confidentialité envers elle. Cependant, il n'en découle pas qu'un mandat de la société de personnes crée des devoirs envers chaque associé, au-delà de leur entreprise commune en tant qu'associés.

De toute évidence, les associés d'une société de personne sont collectivement clients de l'avocat. Cependant, le fait que chaque associé ne soit pas un client distinct devrait signifier que d'habitude, la société de personnes (c'est-à-dire les associés collectivement) devrait être considérée comme le client dans l'optique des conflits, plutôt que chaque associé. Dans de rares situations, il est possible qu'un mandat à l'encontre d'un associé à titre individuel nuise à la relation avocat-client avec la société de personnes, de sorte que le devoir de loyauté envers les associés collectivement exclurait la possibilité d'agir contre un associé individuel.

Autres entités non constituées en personnes morales

Les conflits entre les membres d'entités non constituées en personnes morales sont en fait *plus* susceptibles de survenir et d'être difficiles à régler en raison des genres d'organismes dont il s'agit (p. ex., organismes de bienfaisance, religieux)²⁵². Cependant comme dans le cas des sociétés de personnes, ces organisations sont souvent traitées comme des « entités » unitaires ou des « personnes morales » et on peut conclure que les devoirs des avocats envers de tels clients sont analogues aux devoirs envers un seul client²⁵³. L'analyse précédente des conflits et des sociétés de personnes s'applique également ici lorsqu'un certain nombre de personnes retiennent collectivement un avocat dans le cadre de son projet commun plutôt qu'à des fins individuelles.

Même si le Code de déontologie professionnelle de l'ABC²⁵⁴ suggère que l'organisation peut être traitée comme un client unitaire, l'avocat doit préciser que la représentation vise le groupe comme un tout et non un membre individuel, un sous-groupe de l'ensemble ou quelque partie constituante à titre individuel. L'ABA a affirmé qu'un avocat agissant pour une association ne devrait normalement pas être considéré comme représentant de ses membres individuellement; elle dresse un parallèle avec l'avocat d'une entreprise – dont les actionnaires, dirigeants ou employés ne sont habituellement pas considérés comme ses clients²⁵⁵. L'ABA note toutefois que ce point de vue pourrait changer selon les faits en cause. Par exemple, dans l'affaire *Westinghouse Electric Corp. v. Kerr-McGee Corp.*²⁵⁶, un cabinet d'avocats qui avait agi pour une association commerciale s'est vu interdire de poursuivre des membres individuels de l'association puisqu'il avait reçu des renseignements confidentiels des membres et que ceux-ci pouvaient raisonnablement croire que le cabinet les représentait individuellement en même temps que l'association dans son ensemble.

L'obligation de protéger les renseignements confidentiels reçus de clients potentiels et de non-clients

Il est particulièrement important d'analyser les conflits concernant les clients potentiels et non-clients en portant attention aux principes sous-jacents.

Comme on l'a vu plus haut, le devoir de loyauté envers un client actuel peut dans certains cas exclure qu'un avocat agisse contre une personne ou entité avec laquelle il a des liens, lorsqu'il y aurait un risque réel de nuire à la relation avec le client actuel. Cependant, l'implication d'un devoir envers un client ne doit pas être confondue avec un devoir distinct envers un client potentiel ou un non-client.

²⁵² *Supra* note 213, p. 427-428. Pour une récente affaire de conflit d'intérêts concernant une association non constituée en personne morale, voir *De Guzman v. de la Cruz*, [2004] B.C.J. No. 72 (S.C.).

²⁵³ *Hutchinson*, *supra* note 213, p. 427.

²⁵⁴ Chapitre V, commentaire 16.

²⁵⁵ Voir ABA Op. 92-365 (1992). Un avocat représentant une société en nom collectif peut aussi servir de base de comparaison.

²⁵⁶ 580 F.2d 1311 (7th Cir.), cert. refusé 439 U.S. 955 (1978).

Lorsqu'on peut conclure qu'une personne ou une entité n'a pas une relation avocat-client avec l'avocat, l'avocat n'a pas de devoir de diligence parce qu'il n'existe pas de mandat. Un avocat n'a pas de devoir de loyauté envers un non-client parce qu'il n'y a pas de relation avocat-client à protéger.

Selon les circonstances, un avocat peut avoir un devoir de confidentialité envers un non-client, à l'égard de l'information confidentielle que celui-ci lui a communiquée. Un client potentiel est une source possible d'information confidentielle utile à un client actuel. L'information confidentielle provenant d'un client potentiel ou d'un non-client n'est peut-être pas privilégiée²⁵⁷, mais un éventuel devoir de confidentialité peut conditionner la capacité de l'avocat d'agir contre un non-client, ou exiger des mesures de protection comme la mise en place d'écrans déontologiques ou d'équipes distinctes d'avocats.

La jurisprudence canadienne appuie en général cette démarche analytique. La Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador a étudié ces questions récemment dans l'affaire *Dobbin v. Conway*²⁵⁸, dans un contexte où un cabinet d'avocats avait agi pour une banque à l'égard d'un établissement de crédit et ainsi reçu de l'information confidentielle sur la stratégie envisagée par un emprunteur face à un certain litige. L'emprunteur s'était ensuite opposé à ce que le cabinet d'avocats agisse contre lui dans ce litige. La Cour d'appel a fait remarquer que :

[TRADUCTION]

... l'important dans l'évaluation d'une situation particulière doit être le préjudice réel auquel la règle sur les conflits d'intérêts est censée parer.

Dans le cas présent, le préjudice réel dont se plaint Vector est que dans les démarches visant à obtenir les facilités de crédit, la banque avait demandé et obtenu des renseignements confidentiels sur la stratégie envisagée par Vector face à la réclamation des employés. ...

... Le juge des requêtes a conclu que, dans les démarches d'obtention des établissements de crédit, Vector avait communiqué de l'information au sujet de la réclamation en dommages-intérêts des employés, y compris la stratégie de défense que prévoyait Vector. Si cette information a été transmise de la banque à son avocat, on peut logiquement supposer, faute d'indication contraire, qu'il y avait un risque que M. Harrington ait accès à l'information en l'absence de preuve que Stewart McKelvey a tenté de mettre en place des murailles de Chine ou des cônes de silence pour l'empêcher.

En conclusion à ce sujet, j'insisterais que conformément au commentaire 8 du chapitre V du Code de déontologie professionnelle, une relation avec un client potentiel suscitera une préoccupation en matière de conflits d'intérêts uniquement lorsque l'information en cause a trait à l'affaire particulière en jeu entre les parties ou concerne une situation où l'avocat pourrait être tenté ou sembler être tenté de violer la règle concernant l'information confidentielle. ...

À Terre-Neuve-et-Labrador, les règles de déontologie du barreau traitent des mandats ultérieurs contre des personnes ayant des liens avec des clients ou associées à des clients. Le commentaire 8 du chapitre V du Code de Terre-Neuve-et-Labrador affirme ceci²⁵⁹ :

²⁵⁷ Même si le privilège des communications entre client et avocat n'entre pas en ligne de compte, le privilège relatif à l'intérêt commun peut être en jeu dans de telles circonstances.

²⁵⁸ (2005), 246 Nfld. & P.E.I.R. 177.

²⁵⁹ Le commentaire 12 du chapitre V des règles de l'ABC va dans le même sens.

[TRADUCTION]

Un avocat qui a agi pour un client dans une affaire donnée ne devrait pas ensuite agir contre le client (ou contre des personnes qui ont des liens avec le client ou qui sont associées au client dans cette affaire) dans la même affaire ou toute affaire connexe, ni se placer dans une situation où il pourrait être tenté ou sembler être tenté de violer la règle concernant l'information confidentielle. [Nous soulignons]

Dans *Métro Inc. c. Regroupement des marchands actionnaires Inc.*²⁶⁰, la Cour d'appel du Québec a traité d'une situation où des avocats qui avaient agi pour les courtiers qui s'étaient chargés de trois émissions publiques d'actions de Métro Inc. allaient ensuite agir contre Métro Inc. Le cabinet d'avocats avait fait preuve de diligence requise au nom de ses clients et avait ainsi eu accès à un grand nombre de renseignements confidentiels au sujet de Métro – tels que stratégies d'entreprise, projets d'acquisitions et renseignements financiers. La Cour d'appel a observé que : « [L]es gens de la direction de Métro se sont ouverts sans réserve aux avocats de Fasken sur leur situation corporative... »²⁶¹.

La Cour d'appel a déclaré les avocats inhabiles à agir pour le défendeur dans une action intentée par Métro Inc., au motif qu'ils avaient reçu de l'information confidentielle de Métro Inc. dans le cadre du mandat précédent pour leurs clients courtiers et que les mandats actuel et précédent étaient suffisamment connexes pour supposer que l'information confidentielle était pertinente au mandat actuel contre Métro Inc. La Cour d'appel était disposée à tenir compte de mesures de protection de l'information confidentielle, mais a conclu que de telles mesures n'avaient pas été prises en temps utile.

La Cour d'appel du Manitoba a examiné une situation semblable dans l'affaire *Roadrunner Apparel Inc. v. Gendis Inc.*²⁶² Le client était un dirigeant d'entreprise qui recherchait des avis juridiques sur ses devoirs et sa responsabilité à titre de vice-président aux finances d'une entreprise qui connaissait des difficultés financières. Pour obtenir ces avis, le client a divulgué de l'information confidentielle au sujet des affaires financières et stratégiques de l'entreprise dont il était un dirigeant et l'unique actionnaire. Par la suite, des avocats du même cabinet auquel il s'était adressé ont agi pour un créancier de l'entreprise qui prétendait que d'autres dirigeants et administrateurs de l'entreprise ainsi que l'actionnaire unique avaient commis des irrégularités.

La Cour d'appel a jugé que les défendeurs avaient le droit de demander l'exclusion du cabinet même s'ils n'en avaient pas été des clients. Elle s'est appuyée du moins en partie sur le Code de déontologie professionnelle du Manitoba²⁶³, qui contient une ligne directrice se trouvant aussi dans les règles de Terre-Neuve-et-Labrador et de l'ABC évoquées plus haut. La Cour d'appel a expressément raisonné que l'exclusion était de mise pour protéger l'ancien client²⁶⁴, mais le résultat respecte le principe de la protection de l'information confidentielle obtenue auprès de personnes liées ou associées au client.

²⁶⁰ *Métro*, *supra* note 41.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² [2007] 3 W.W.R. 459.

²⁶³ Principe directeur 8, chapitre 5.

²⁶⁴ S'il est assurément vrai que l'exclusion protège l'ancien client, il n'est pas évident que quiconque hormis l'ancien client devrait être habilité à protéger les intérêts de l'ancien client. L'analyse de ces affaires en fonction des intérêts et attentes légitimes de la personne communiquant des renseignements confidentiels justifie plus sûrement les conclusions de ces trois cours d'appel.

Dans ces trois cas, les tribunaux ont protégé l'information confidentielle reçue : (i) d'un prêteur, par l'avocat de la banque; (ii) de la société émettant des actions, par l'avocat des courtiers; et (iii) d'une entreprise, par l'avocat du dirigeant et unique actionnaire de l'entreprise. Si le raisonnement varie légèrement d'un cas à l'autre, les personnes « engagées ou associées avec le client » ont clairement un intérêt légitime²⁶⁵ à protéger l'information confidentielle qu'elles ont communiquée à l'avocat du client dans l'affaire.

La décision de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard dans l'affaire *Prince Edward Island v. Simmonds*²⁶⁶ produit un effet semblable. Tout en concluant qu'il n'y avait pas de raison justifiant une exclusion dans l'affaire en cause, la Division d'appel a analysé comme suit les principes pertinents :

[TRADUCTION]

Le « préjudice » général dont traite la règle sur la relation avec un client potentiel est la situation où une personne est étroitement liée à une affaire qui fait par la suite l'objet d'un litige, puis se trouve confrontée à un avocat avec lequel il a travaillé intimement alors que la « situation » prenait forme. Les tribunaux ont jugé inconvenant – de fait, irrégulier – que l'avocat en pareil cas puisse représenter une partie au différend alors qu'il a travaillé étroitement avec toutes les parties et les a vraisemblablement toutes conseillées. Des confidences ont vraisemblablement été faites à cet avocat au fil du temps, qui ne l'auraient pas été en sachant que cet avocat pourrait en tirer parti dans des litiges futurs. La constatation dans de telles circonstances d'un conflit d'intérêts justifiant l'exclusion est une application du principe souvent évoqué : il faut non seulement que justice soit rendue, mais qu'elle paraisse avoir été rendue²⁶⁷.

Comme on l'a vu plus haut, lorsque des avis juridiques ont été donnés, on peut conclure qu'une relation avocat-client a été créée et l'analyse est dès lors très simple. Lorsque des confidences ont été faites mais qu'aucun avis juridique n'a été donné, le client potentiel peut bien avoir droit à une protection contre une mauvaise utilisation ultérieure de l'information confidentielle.

Clients potentiels et devoir de loyauté

Il y a un arrêt qui, dans un commentaire incident sur la question des coûts, est allé plus loin en évoquant un devoir de loyauté envers un client potentiel. Dans *GMP Securities Ltd v. Stikeman Elliott LLP*²⁶⁸, un cabinet d'avocats représentait simultanément un courtier-conseiller retenu par une entreprise émettant des actions et un candidat au rachat de cette même entreprise émettrice. Le client courtier et l'entreprise émettrice ont demandé l'exclusion du cabinet d'avocats au titre de la violation du devoir de loyauté mais non du devoir de confidentialité.

²⁶⁵ Évidemment, ces affaires n'indiquent pas que ces quasi-clients ont le droit de demander que l'avocat soit déclaré inhabile à agir pour le premier client, qui a manifestement droit à l'information confidentielle communiquée à l'avocat du client.

²⁶⁶ [2007] 265 Nfld. & P.E.I.R. 337.

²⁶⁷ *Ibid.*, par. 20.

²⁶⁸ (2004), 71 O.R. (3d) 461 (S.C.J.) [*GMP*].

La juge Hoy a conclu à une incohérence entre le mandat avec le courtier et le mandat avec le candidat au rachat. Le succès de la tentative de rachat empêcherait la réalisation de l'émission d'actions. Il y avait ainsi violation du devoir de loyauté envers le client courtier. Cette conclusion juridique ne devrait pas porter à controverse. Un avocat ne peut pas agir pour un client cherchant à obtenir un résultat donné tout en travaillant pour un autre client à obtenir un résultat incompatible. Le devoir de diligence envers le second client était manifestement en conflit avec le devoir de diligence envers le premier client, de sorte que le devoir de loyauté envers le premier client était violé.

Après avoir déclaré le cabinet d'avocats inhabile, la juge Hoy s'est penchée sur le devoir envers l'entreprise émettrice dans le cadre de la question des dépens de la requête. La règle 2.04(4) de l'Ontario prévoit ceci :

Sauf avec le consentement des personnes concernées, l'avocat ou l'avocate qui a représenté une cliente ou un client dans une affaire ne doit pas agir ultérieurement contre lui ou contre des personnes qui s'étaient engagées ou associées avec lui :

- a) soit dans la même affaire;
- b) soit dans une affaire connexe;
- c) soit, sous réserve du paragraphe (5), dans toute nouvelle affaire, s'il a obtenu des renseignements confidentiels pertinents de l'autre partie dans le cadre de l'exercice de sa profession²⁶⁹.

À la lumière notamment de cette règle, la juge Hoy a conclu que l'avocat du courtier avait un devoir limité de loyauté envers l'entreprise émettrice, mais seulement dans la mesure où les intérêts de cette entreprise et ceux du courtier coïncidaient. Outre la règle du Barreau du Haut-Canada, la juge Hoy a estimé que :

[TRADUCTION]

... la plupart des banquiers d'affaires croient (vraisemblablement) que leur avocat n'agira pas contre les intérêts d'un de leurs clients dans le cadre d'une transaction visant ce client à l'égard de laquelle l'avocat a été retenu pour les conseiller, *dans la mesure où les intérêts des clients du banquier d'affaires concordent avec ceux du banquier d'affaires*. En fait, je soupçonne que la plupart des banquiers d'affaires seraient choqués de penser que leur avocat pourrait agir de la sorte. ... De même, je crois que les entreprises qui retiennent des banquiers d'affaires à l'égard d'une transaction croient raisonnablement que l'avocat de leur banquier d'affaires n'agira pas contre les intérêts de l'entreprise dans le cadre de cette transaction, *dans la mesure où ces intérêts concordent avec ceux du banquier d'affaires*²⁷⁰.

²⁶⁹ *Ibid.*, par. 50.

²⁷⁰ *Ibid.*, par. 56.

Ce raisonnement ne semble pas très assuré. La règle du barreau qui est invoquée vise les anciens clients et non les clients actuels. Cette règle découle de l'arrêt *Succession MacDonald* et vise à protéger contre la mauvaise utilisation de renseignements confidentiels (quoique d'une façon moins directe que les règles équivalentes d'autres barreaux). Selon le Groupe de travail, il est difficile de conclure que des entités associées avec des clients actuels ont droit à un devoir de loyauté en s'appuyant sur une règle qui traite des anciens clients et de l'information confidentielle, surtout quand les devoirs envers les clients actuels ou anciens sont si différents. La juge Hoy soupçonnait que des banquiers d'affaires seraient choqués de croire que leur avocat pourrait agir contre les intérêts des clients de son client banquier d'affaires lorsque ces intérêts concordent entre eux. Si elle a raison de le soupçonner, il n'y a aucune raison de croire que leur désarroi découlerait d'une autre source que le fait que les avocats agiraient contre les intérêts de leur propre client. Aucun devoir secondaire limité envers les clients du banquier d'affaires n'est nécessaire pour compléter le devoir évident envers le client de l'avocat.

La conclusion incidente qu'il existe un devoir limité de loyauté envers un client potentiel dans l'arrêt *GMP Securities* n'est pas étayée par la jurisprudence et est incohérente en regard du principe de base du devoir de loyauté totale. Alors que les devoirs de confidentialité (relativement à des tiers) envers des non-clients ne minent pas les devoirs envers les clients, l'application du devoir de loyauté à des non-clients, même de façon limitée, serait incompatible avec le principe sous-jacent et, vraisemblablement, affaiblirait et obscurcirait le devoir de loyauté des avocats envers leurs clients.

Le passage de clients actuels à anciens clients

La question clé à l'égard des anciens clients est de savoir quand le plein devoir de loyauté envers un client actuel prend fin et est remplacé par le devoir de loyauté réduit envers un ancien client. Il est entendu que c'est bien le devoir de loyauté qui est en cause et non le devoir de confidentialité, qui demeure entier pour les anciens clients autant que pour les clients actuels.

Comme le devoir de loyauté protège la relation avocat-client pendant la vie d'un mandat, il en découle nécessairement qu'il prend fin lorsque le travail dont l'avocat a été chargé est terminé – c'est-à-dire que le devoir de diligence est accompli. Lorsqu'il n'y a plus de devoir de diligence, il n'y a plus d'autre devoir qui puisse être en conflit avec le devoir de diligence envers un autre client ou avec les intérêts personnels de l'avocat. Lorsque le travail est terminé, il ne reste plus de relation pertinente à protéger.

En conséquence, si la jurisprudence et les règles parlent de clients actuels et anciens, la question plus profonde et plus essentielle est de savoir si un mandat est terminé ou se poursuit²⁷¹.

²⁷¹ La nature de la relation peut dépendre d'autres facteurs que simplement les mandats existant à un moment donné. Dans une relation étroite et durable, le client peut réagir différemment face à un mandat opposé que dans une relation plus superficielle. Cependant, lorsqu'il ne reste plus de tâches à accomplir et que l'avocat est libre d'accepter ou non le mandat suivant, il n'y a pas de relation à protéger parce que les relations avocat-client sont protégées aux fins de la représentation et non en soi.

Une lettre-contrat soigneusement rédigée est un élément précieux pour déterminer quand un travail est terminé, parce qu'il décrit ce que l'avocat est chargé d'accomplir. La lettre-contrat est importante aussi bien en soi qu'en tant que preuve, comme on le voit en plus ample détail dans le chapitre sur les lettres-contrats.

Évidemment, un client peut choisir de résilier un mandat à sa guise. Une documentation adéquate en témoignant est précieuse en cas de différend ultérieur.

Mandats terminés

Le fait que l'avocat considère que le travail est terminé et en avise le client indique la fin d'un mandat et de la relation avocat-client. Cependant, comme le fait remarquer le spécialiste américain des conflits William Freivogel, les avocats envoient rarement une lettre en ce sens. Ils souhaitent en général maintenir le contact avec le client après la conclusion d'une affaire, en vue d'obtenir d'autres mandats²⁷². La réticence dont font preuve les avocats peut être liée au fait qu'ils n'attachent pas toute l'importance voulue à l'achèvement des mandats. Il ne devrait y avoir aucune réticence à établir par écrit la fin d'un mandat. En fait, les avocats pourraient utilement en profiter pour remercier leurs clients de leur avoir donné l'occasion de les aider et leur faire savoir qu'ils seront heureux de pouvoir encore leur rendre service à l'avenir.

Le risque à ne pas établir de documentation au début et au terme d'un mandat est illustré par les points de vue contradictoires des juges de la Cour suprême du Canada dans leur examen de l'appel dans l'affaire *Strother*²⁷³. Le juge Binnie, s'exprimant au nom de la majorité, a conclu qu'après la fin d'une lettre-contrat en 1997, un mandat donné verbalement et assorti de conditions plus limitées avait continué de régir la relation entre les parties et entraîné un conflit lorsque l'avocat avait privilégié les intérêts d'un nouveau client par rapport à ceux du client précédent. Le juge Binnie a souligné le fait que : « Lorsqu'un mandat n'est pas consigné par écrit ... et qu'aucune exclusion n'est convenue, ... la portée du mandat peut être ambiguë » (paragraphe 40) et toute ambiguïté sera réglée en faveur du client. La juge en chef McLachlin, au nom de la minorité, a défendu le point de vue selon lequel le mandat avait pris fin et qu'aucun conflit n'avait été créé par le mandat auprès du client ultérieur. Le fait que dans l'affaire *Strother*, la majorité et la minorité arrivent à des conclusions si différentes milite en faveur d'une documentation établissant la portée d'un mandat et son achèvement.

La jurisprudence américaine indique qu'une relation avocat-client peut persister même quand aucun conseil n'a été donné pendant une longue période et que de brefs contacts récents peuvent suffire à perpétuer la relation²⁷⁴. C'est pourquoi William Freivogel suggère une grande prudence à considérer un client comme un « ancien client ». Il cite l'affaire *Jones v. Rabanco, Ltd.*²⁷⁵, dans laquelle un cabinet d'avocats n'avait pas donné de conseils à un client pendant plus de trois ans mais avait omis de mettre officiellement fin au mandat et avait conservé 49 caisses

²⁷² William Freivogel, « Former Client - The Substantial Relationship Test », en ligne : www.freivogelonconflicts.com/new_page_34.htm.

²⁷³ 2007 CSC 24.

²⁷⁴ Voir par exemple *Kabi Pharmacia AB v. Alcon Surgical, Inc.*, 803 F.Supp. 957 (D. Del. 1992); *Research Corp. Tech. v. Hewlett-Packard Co.*, 936 F.Supp. 697 (D. Ariz. 1996).

²⁷⁵ 2006 U.S. Dist. LEXIS 53766 (W.D. Wash., le 3 août 2006).

de documents appartenant au client. La présence des caisses avait donné lieu à la supposition que le cabinet restait disposé à répondre aux demandes d'avis juridiques, ce qui l'empêchait de soutenir qu'il n'agissait plus pour le client – et d'agir pour un nouveau client dont les intérêts étaient opposés.

En considérant le devoir de loyauté à la lumière des principes pertinents, la réaction canadienne à une même situation de fait devrait être différente. Lorsqu'un cabinet d'avocats conserve simplement des caisses et n'a aucun mandat en cours, il n'y a aucun devoir de diligence à protéger ni aucune relation réelle qui puisse être compromise. Nous ne percevons aucune raison de principe d'interdire à un avocat d'accepter un nouveau mandat simplement du fait qu'un client pourrait – ou non – demander de l'aide dans un nouveau dossier.

Résiliation prématurée d'un mandat

Il faut noter qu'un avocat ne peut pas mettre fin à la relation avec un client actuel afin d'accepter un mandat plus avantageux d'un nouveau client. Dans l'affaire *Toddglen Construction Ltd v. Concord Adex Developments Corp.*²⁷⁶, le cabinet d'avocats a tenté, selon les termes du protonotaire, de [TRADUCTION] « "larguer" un client afin de pouvoir servir un autre client "conflictuel" dont le dossier était jugé plus intéressant » (paragraphe 39). Cette affaire relève clairement du devoir de loyauté envers un client actuel. Pour simplifier, un avocat ne peut pas représenter convenablement un client en le « larguant ». Le fait de permettre que l'intérêt d'un avocat envers un nouveau mandat puisse s'opposer à son devoir de diligence dans le cadre d'un mandat existant est manifestement inacceptable. La règle 2.09(1) de l'Ontario prévoit aussi ceci :

L'avocate ou l'avocat ne peut se retirer d'une affaire que pour des motifs valables et après en avoir convenablement avisé son client ou sa cliente eu égard aux circonstances.

Dans la décision *GMP*²⁷⁷, la juge Hoy a étendu la portée logique de l'arrêt *Toddglen* lorsqu'elle a conclu qu'un avocat dont le mandat est résilié en bonne et due forme par un client pour cause de violation du devoir de loyauté n'est pas de ce fait libéré de ses obligations de sorte qu'il puisse poursuivre le mandat mis en cause. Cette projection est logique. Si un avocat ne peut pas « larguer » un client pour pouvoir accepter un autre mandat, il ne peut certes pas davantage agir de façon irrégulière de façon à provoquer la résiliation d'un mandat existant. Un tel résultat serait contraire aux principes du droit des fiducies.

²⁷⁶ [2004] O.J. No. 1788 (Master) [*Toddglen*].

²⁷⁷ *Supra* note 268.

Responsabilités des cabinets d'avocats

Les avocats en pratique privée travaillent souvent ensemble dans le cadre d'une société de personnes. Dans ce cas, chaque associé est un mandataire du cabinet²⁷⁸. Dans un cabinet d'avocats, les associés pratiquent le droit à titre de mandataires du cabinet et les avocats salariés pratiquent au nom du cabinet.

En conséquence, une fois qu'une partie est un client d'un avocat donné, il y a des implications pour le cabinet de cet avocat. Les membres du cabinet, y compris avocats, employés de bureau, étudiants et stagiaires, sont généralement traités comme s'ils étaient dans une « relation professionnelle » avec le client et ont envers le client des « devoirs professionnels », comme on l'a vu dans certaines des affaires concernant l'établissement d'une relation avocat-client. Les autres avocats du cabinet auront envers le client, sauf exception, le même éventail de devoirs particuliers de l'avocat envers le client, y compris le devoir de loyauté, que l'avocat qui représente directement le client²⁷⁹. Allan Hutchinson l'énonce comme suit :

[TRADUCTION]

Le client d'un avocat est considéré comme le client de tous les avocats du cabinet et donc a droit aux mêmes devoirs et obligations selon les circonstances : « c'est le cabinet, et pas seulement l'avocat, individuellement, qui a un devoir de fiduciaire envers ses clients » [*R. c. Neil*, [2002] 3 R.C.S. 631, paragraphe 29, juge Binnie]. Par exemple, les clients d'un bureau à Vancouver peuvent revendiquer les mêmes obligations professionnelles de la part d'avocats à Toronto qu'ils n'ont jamais rencontrés et qui peuvent même ignorer l'existence du client et à plus forte raison quelque détail ou renseignement que ce soit au sujet de ses affaires²⁸⁰.

Lorsqu'un client engage un cabinet d'avocats, c'est le cabinet qui a les devoirs de diligence, de loyauté et de confidentialité. Que le client engage le cabinet, un associé particulier du cabinet ou un avocat particulier qui est un employé du cabinet, le résultat est le même parce que les associés et les employés d'une société de personnes sont des mandataires de la société.

Lorsque des avocats se présentent comme pratiquant à titre de cabinet mais ne sont pas en fait des associés, les clients ont raison de les traiter comme s'ils pratiquaient en tant qu'associés. Lorsque des avocats travaillent ensemble mais ne forment pas une société de personnes au su du client, des questions de confidentialité peuvent survenir même en l'absence de devoirs de loyauté.

Le Code de déontologie professionnelle de l'ABC²⁸¹ traduit ce concept dans le commentaire suivant :

Pour plus de clarté, les paragraphes ci-dessus visent l'avocat et son client pris individuellement. Cependant, le terme « client » désigne également tout client du cabinet de l'avocat, que ce dernier s'occupe ou non des affaires de ce client. Cela inclut, en outre, le client d'un avocat perçu comme étant un associé, même si une telle société ou association n'existe pas.

²⁷⁸ Le cabinet est simplement l'ensemble des associés.

²⁷⁹ Ont. 2.04(5), commentaire.

²⁸⁰ *Hutchinson*, *supra* note 226, p. 419.

²⁸¹ Par. 13 du commentaire au chapitre V, « Impartialité et conflits d'intérêts entre clients ».

Relation de société nominale

Au Québec, une situation est survenue où des avocats pratiquaient dans le cadre d'une société nominale²⁸². Dans *Côté c. Rancourt*²⁸³, un certain nombre d'avocats pratiquaient dans le cadre d'une « société nominale », partageant des employés – secrétaire et réceptionniste – ainsi que d'autres frais communs, mais non les profits. Les avocats en cause travaillaient dans le même domaine mais n'avaient pas l'habitude de partager des dossiers ou du travail. La Cour suprême du Canada a convenu avec la Cour d'appel qu'il y avait un devoir de loyauté de la part des associés de cette société nominale envers les clients de la société. La Cour d'appel a précisé clairement que cette conclusion ne serait pas nécessairement la même pour toutes les sociétés nominales. Elle a fait remarquer qu'il existe de nombreux genres de sociétés nominales et que chaque cas devrait être décidé selon ses propres faits.

Accords de mandataire

Dans l'affaire *Stoneman v. Gladman*²⁸⁴, la question consistait à savoir si un avocat autorisé à pratiquer dans divers états américains ainsi qu'en Ontario, qui recommandait souvent des dossiers d'un certain cabinet d'avocats et dont le nom figurait sur l'en-tête de lettre du cabinet canadien avec l'indication « avocat aux États-Unis » avait une relation avocat-client avec les clients du cabinet. Le juge Pitt, siégeant seul comme juge de la Cour divisionnaire, a conclu que les avocats étrangers ont en général un accord de mandataire avec les cabinets nationaux, auxquels ils offrent des avis sur la loi à l'étranger et que le lien entre l'avocat étranger et le cabinet était [TRADUCTION] « trop distant pour constituer une relation avocat-client ». Le juge Pitt a fait la distinction relativement aux faits de l'affaire *Schober v. Walker*²⁸⁵ en ce sens où dans ce cas, les anciens associés [TRADUCTION] « se présentaient publiquement comme étant associés au même cabinet ou à tout le moins comme deux avocats travaillant ensemble dans le même cabinet ».

Partage de locaux

Le *Code de déontologie professionnelle de l'Alberta*²⁸⁶ met l'accent sur l'échange d'information entre avocats travaillant ensemble, affirmant ceci :

[TRADUCTION]

G.2 *Définitions* : Les termes « cabinet », « membre du cabinet » et « avocat » sont définis à la rubrique *Interprétation*. Ils revêtent une importance particulière à l'égard de la confidentialité parce que le devoir d'un avocat de préserver la confidentialité des renseignements du client s'étend à chaque membre du cabinet de l'avocat et si un avocat doit se récuser pour cause de possession d'information confidentielle, un membre du même cabinet le doit aussi. ...

²⁸² Entité dans laquelle le partage des profits entre les cocontractants est expressément exclus.

²⁸³ *Supra* note 41.

²⁸⁴ [2003] O.J. No. 2676 (Div. Ct.).

²⁸⁵ [2003] B.C.J. No. 1161 (S.C.).

²⁸⁶ Commentaire G.2 du chapitre 7, Confidentiality.

Lorsque des avocats partagent des locaux, le risque de divulgation de renseignements confidentiels faite sciemment ou par inadvertance est grand même si les avocats concernés déploient des efforts pour isoler leurs pratiques respectives. En conséquence, aux fins du présent chapitre, « cabinet » englobe les avocats pratiquant le droit depuis les mêmes locaux mais pratiquant par ailleurs le droit indépendamment l'un de l'autre.

Cette définition élargie du terme « cabinet » présente le même risque que des définitions élargies du terme « client ». Bien qu'il s'agisse d'une technique facilitant la rédaction, un risque de confusion survient lorsqu'un groupe d'avocats est considéré comme étant un cabinet aux fins des renseignements confidentiels, mais pas aux fins du résultat ou de la loyauté.

Le partage de locaux par des avocats qui ne forment pas une société de personnes peut être structuré de façon à éviter que chacun assume des devoirs envers les clients des autres. Cependant, de façon générale, il faudra s'assurer que la pratique de chaque avocat est indépendante, en prévoyant par exemple des employés de soutien et des systèmes de classement distincts²⁸⁷.

Distinctions entre les devoirs de loyauté et de confidentialité

Dans le document de consultation du Groupe de travail, les termes « quasi-clients », « non-clients » et « entités connexes » ont été examinés dans le contexte du devoir de loyauté.

Le Groupe de travail a présenté les points de vue préliminaires selon lesquels :

- le devoir de loyauté devrait se limiter à la personne physique ou à l'entité avec laquelle l'avocat ou le cabinet d'avocats a une relation avocat-client directe (par opposition à d'autres personnes comme des membres de la famille, des bénéficiaires, des actionnaires ou des entités affiliées);
- les devoirs de loyauté et de confidentialité devraient s'appliquer à l'égard du client lui-même et ne pas être élargis à la clientèle de clients actuels, ni aux conseillers ou aux mandataires de ces derniers;
- le devoir de loyauté ne devrait pas s'appliquer aux non-clients.

Les répondants à la consultation ont largement souscrit à ces points de vue, sous réserve de quelques nuances. La principale réserve, qui s'inscrit dans la logique de l'analyse présentée plus haut, est qu'il importe de faire la distinction entre devoir de loyauté et devoir de confidentialité.

Par exemple, dans une société à capital fermé, les avocats de la société auraient souvent accès à des renseignements stratégiques ou financiers confidentiels de l'actionnaire dans le cadre de leur travail juridique au service de l'entreprise. Bien qu'il n'en découle pas nécessairement

²⁸⁷ Voir *Prakash v. Jain* [1998] O.J. No. 412 (Gen. Div.); *Baumgartner v. Baumgartner* (1995), 122 D.L.R. (4th) 542 (B.C.C.A.), inf. en partie (1994), 113 D.L.R. (4th) 579 (B.C.S.C.); *Bezzeg v. Bezzeg* (1994), 33 C.P.C. (3d) 94 (N.B.Q.B.); *Sharpe v. Sharpe* [1996] 4 W.W.R. 438 (Man. Q.B.). Voir la règle 4 du chapitre 7 du Code de l'Alberta prévoyant entre autres ceci : [TRADUCTION] « Un avocat qui partage avec d'autres des bureaux, de l'équipement ou du personnel de soutien doit s'assurer que ces dispositions sont structurées d'une façon qui protège la confidentialité. »

un devoir de loyauté, le devoir de confidentialité peut très bien exiger que l'avocat évite d'agir contre l'actionnaire. Cette conclusion est conforme à la jurisprudence évoquée plus haut et aux principes établis.

Certains répondants ont aussi soutenu que quand un non-client a agi en fonction d'avis juridiques de l'avocat ou donné des instructions à l'avocat, le devoir de loyauté peut à juste titre être d'application. Compte tenu de l'importance singulière du devoir de loyauté totale, nous croyons qu'il vaut mieux traiter de ce point de vue en examinant soigneusement la possibilité, dans un contexte factuel donné, qu'un non-client est de fait devenu un client et a donc droit à un devoir de loyauté.

Certains se sont aussi inquiétés de ce que des mandats opposés à des personnes associées à un client pourraient être opposés aux intérêts du client. Nous sommes d'accord qu'il s'agit d'une préoccupation légitime mais, vu l'examen de l'affaire *GMP* plus haut, nous considérons que le cadre d'analyse opportun est l'analyse du devoir de loyauté envers le client réel qui peut être violé par des mandats opposés à d'autres entités. Nous croyons qu'il est dangereux et inopportun d'imposer des devoirs de loyauté en faveur de non-clients.

En tenant compte de l'analyse ci-dessus et du processus de consultation, nous concluons que le devoir de loyauté devrait être réservé exclusivement aux clients et ne devrait pas s'appliquer à d'autres. Quant au devoir de confidentialité, nous concluons que **de façon générale**, il devrait s'appliquer uniquement aux clients. Cependant, comme dans les circonstances décrites dans les affaires ci-dessus, le devoir de confidentialité peut à juste titre s'imposer en faveur de non-clients lorsque ceux-ci communiquent des renseignements confidentiels à l'avocat en s'attendant raisonnablement à ce que la confidentialité soit protégée. Nous n'entendons évidemment pas soutenir que ce devoir de confidentialité envers des non-clients devrait entraver la divulgation au client²⁸⁸.

RECOMMANDATIONS

Définition de « client »

Que le Code de déontologie professionnelle de l'ABC soit modifié de façon à :

13. préciser que le client est la personne qui, selon le cas :
 - a) consulte un avocat qui rend ou s'engage à rendre des services juridiques en son nom;
 - b) a consulté un avocat et pour qui il est raisonnable de conclure que l'avocat a accepté de rendre des services juridiques;
14. préciser que si un individu consulte un avocat à titre de représentant, le client devient l'entreprise, la société de personnes, l'organisation ou l'entité juridique que cet individu représente;

²⁸⁸ Lorsque dans le cadre d'un mandat pour un client, un avocat obtient de tierces parties de l'information confidentielle qui a trait au mandat, il est tenu de la communiquer au client. Cependant, le client (et par conséquent l'avocat) peuvent être soumis à des limites en ce qui concerne l'utilisation de cette information confidentielle.

15. préciser que la définition d'un client ne s'étend pas aux clients potentiels, entités connexes, administrateurs, actionnaires, employés et aux membres de la famille à moins qu'il existe de la preuve objective démontrant qu'il était raisonnable pour ces derniers de s'attendre à ce qu'une relation avocat-client serait établie;
16. préciser que les avocats ont un devoir de loyauté envers leurs clients seulement et que ce devoir ne s'étend pas à d'autres personnes;
17. préciser que les avocats ont un devoir de confidentialité envers leurs clients et qu'un devoir semblable de confidentialité peut s'étendre aux clients potentiels et aux non-clients lorsque ceux-ci ont communiqué des renseignements confidentiels à l'avocat durant la durée du mandat et s'attendent raisonnablement à ce que ces renseignements seront protégés et que l'avocat sait ou devrait savoir que les renseignements sont confidentiels.

Remarques

Le devoir de loyauté ne devrait pas s'appliquer à des non-clients, mais la relation de l'avocat avec un client peut être compromise si l'avocat agit contre une personne ou une entité qui est liée au client. Le devoir de loyauté envers un client peut exiger que l'avocat n'agisse pas contre des personnes qui ont un lien avec le client, afin de protéger la relation avocat-client. Cette situation pourrait survenir lorsque la relation de l'avocat avec le client risquerait un tort important.

Lorsqu'un avocat agit de façon générale pour les membres d'un groupe d'entreprises, il devra probablement éviter d'agir contre une entité individuelle au sein du groupe, pour des raisons relevant à la fois de la loyauté et de la confidentialité. En revanche, le simple fait qu'il y ait un mandat avec un membre d'un groupe n'entraîne pas automatiquement des devoirs envers le groupe dans son ensemble ou envers d'autres entités au sein du groupe.

Les avocats agissant pour des sociétés de personnes ou des associations non constituées en personnes morales n'agissent pas à titre individuel pour l'associé ou le membre de l'association à moins que ce ne soit expressément précisé ou évident selon les faits. À toutes fins pratiques, il convient de considérer les sociétés de personnes et les associations non constituées en personnes morales comme des entités juridiques distinctes dans l'optique des conflits.

En guise de supplément à son rapport et à ses recommandations, le Groupe de travail a préparé une trousse de documents modèles sur les conflits d'intérêts, y compris des lettres modèles et des listes de vérification. Cette trousse se trouve aux pages 193 à 275. Les éléments suivants sont plus spécialement pertinents au présent chapitre.

| | |
|---|----------|
| Liste de vérification pour éviter les clients fantômes | Page 202 |
| Formulaire de filtrage à l'accueil | Page 211 |
| Lignes directrices pour les « non-mandats » écrits | Page 216 |
| Modèle de « non-mandat » écrit | Page 217 |
| Modèle de lettre « Je ne suis pas votre avocat » | Page 240 |
| Modèle de lettre avant rencontre dans le cadre d'un « concours de beauté » | Page 262 |
| Modèle de lettre avant rencontre dans le cadre d'une demande de propositions et de son examen | Page 263 |
| Modèle de lettre de réponse à une demande de propositions | Page 264 |
| Modèle de lettre de résiliation de mandat | Page 219 |
| Lignes directrices en matière de représentation de clients multiples | Page 242 |
| Points à examiner avant de siéger à titre d'administration d'une société cliente | Page 271 |

Chapitre 5

Lettres-contrats

Les règles de déontologie canadiennes n'exigent pas actuellement que les avocats recourent à des lettres-contrats lorsqu'un client retient leurs services. Il devient toutefois de plus en plus évident que les lettres-contrats sont utiles tant aux avocats qu'aux clients. En effet, des faits nouveaux en droit canadien et l'évolution du droit dans d'autres pays permettent de discerner d'excellentes raisons d'exiger ou à tout le moins d'encourager les lettres-contrats à titre de pratique normale pour les avocats.

Comme dans tout arrangement contractuel commercial, il y a des avantages évidents pour l'avocat comme pour le client à confirmer par écrit les conditions importantes de leur contrat, y compris la portée du mandat, les parties à l'engagement, les honoraires, les modalités de facturation et la façon dont l'entente peut être résiliée. En plus des avantages généraux d'un accord écrit, il y a des avantages à clarifier et, selon le cas, limiter les devoirs de l'avocat envers le client, permettant ainsi de modifier ces devoirs avec le consentement éclairé du client.

Un accord écrit portant sur les questions de conflits peut permettre à l'avocat d'agir et à d'autres clients de retenir les avocats de leur choix, alors que ce ne serait pas nécessairement possible sans un accord. Une lettre-contrat permet aussi à l'avocat de démontrer que les devoirs professionnels ont été exécutés, le protégeant contre des allégations ultérieures de manquement aux devoirs.

En particulier, la capacité de clarifier et préciser le devoir de loyauté au moyen d'une lettre-contrat est particulièrement avantageuse du point de vue de l'avocat et du client. Comme le révèle la jurisprudence récente, les avocats et les clients qui ne profitent pas de cette possibilité peuvent subir des conséquences importantes et inattendues.

Ce chapitre dresse un bilan de l'état du droit en ce qui a trait aux lettres-contrats, en vue de cerner les domaines précis qui peuvent causer des préoccupations. Après avoir souligné les règles de déontologie applicables, le chapitre passe en revue les principaux précédents canadiens, en portant une attention particulière à la récente décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Strother*²⁸⁹. Le chapitre aborde ensuite divers sujets de préoccupation en ce qui concerne l'applicabilité des renonciations aux recours pour conflits d'intérêts et conclut en présentant une recommandation.

²⁸⁹ *Strother*, *supra* note 3.

L'utilisation de lettres-contrats au Canada

Aucun régime canadien n'exige que les avocats utilisent des lettres-contrats pour confirmer les conditions de leur engagement par leurs clients, bien que le *Code of Professional Conduct* de l'Alberta exige qu'ils fournissent aux clients des renseignements écrits sur les honoraires et les débours²⁹⁰. Aux États-Unis, la plupart des régimes exigent des lettres-contrats pour les dossiers à honoraires conditionnels, mais les recommandent sans les exiger dans les autres situations²⁹¹.

En ce qui concerne les conflits d'intérêts, tous les régimes canadiens ont des règles prévoyant une interdiction de base, puis une exception dans les situations où les clients ont donné leur consentement éclairé²⁹². Les exigences à l'égard du consentement sont semblables, mais aucun des régimes n'exige qu'il soit donné par écrit²⁹³.

En l'absence de règle exigeant des lettres-contrats, les avocats canadiens n'ont pas encore adopté une pratique uniformisée. Néanmoins, s'inspirant de la pratique aux États-Unis, de nombreux avocats utilisent maintenant des lettres-contrats pour chaque engagement²⁹⁴.

L'utilisation d'une lettre-contrat est en général reconnue comme une pratique exemplaire dans la plupart des situations. Comme un éminent commentateur l'a fait valoir, il est hautement souhaitable que la portée du mandat du cabinet soit consignée et communiquée au client par écrit :

[TRADUCTION]

La portée du mandat du cabinet est pertinente pour déterminer aussi bien si un mandat ultérieur est lié à un mandat antérieur et si le mandat a été terminé (c'est-à-dire si le client est toujours un client). En d'autres termes, pour éviter les conflits futurs, il est souhaitable que la portée et la durée du mandat soient définies par écrit de façon aussi précise que possible²⁹⁵.

Avantages des lettres-contrats

Il y a au moins quatre avantages à utiliser des lettres-contrats.

²⁹⁰ Le code de déontologie de la Law Society of Alberta n'exige pas des lettres-contrats de façon générale, mais il exige que les avocats donnent aux clients des renseignements écrits sur les honoraires et les débours après qu'ils ont été retenus. Les règles de l'Alberta exigent aussi que si des services abrégés ou partiels peuvent être rendus de façon professionnelle, le client doit être pleinement informé des risques et limitations du mandat et que les discussions à ce sujet avec le client soient confirmées par écrit.

²⁹¹ Depuis 2002, les règles modèles de l'American Bar Association *Model Rules* exigent des renonciations écrites aux recours en cas de conflit, mais les états ne sont pas tenus d'adopter les règles modèles. Voir www.abanet.org/cpr/mrpc/model_rules.html, consulté le 6 décembre 2007.

²⁹² En aucun cas un avocat ne peut-il toutefois conseiller ou représenter plus d'un côté dans un différend. Voir par exemple la règle 2.04(2) du *Code de déontologie* du Barreau du Haut-Canada.

²⁹³ Voir par exemple des extraits du Code de déontologie professionnelle de l'ABC, chapitre V, et la règle 2.04 du *Code de déontologie* du Barreau du Haut-Canada.

²⁹⁴ Les réactions à notre document de consultation d'octobre 2007 indiquent que les avocats d'une vaste gamme de domaines utilisent des lettres-contrats, y compris de nombreux grands cabinets canadiens. Il y a aussi des indications que les grands cabinets du Royaume-Uni resserrent leurs pratiques en ce qui concerne les lettres-contrats. Voir Julius Melnitzer, « Conflicts: No Exit », *Lexpert Magazine* (mai 2005), p. 67.

²⁹⁵ Gavin McKenzie, *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline*, feuilles mobiles (Toronto : Thomson Carswell, 2007), 5.52.

D'abord, une lettre-contrat identifie le ou les clients auxquels les services de l'avocat sont rendus et envers lesquels l'avocat a un devoir fiduciaire. Comme on l'a vu dans le chapitre sur les clients, bien que l'identité du client envers lequel l'avocat a des devoirs soit évidente dans la plupart des situations, ce n'est pas toujours le cas. La lettre-contrat peut le clarifier.

Deuxièmement, une lettre-contrat permet à un avocat et un client de s'assurer qu'ils ont les mêmes attentes. En précisant la façon dont ils comprennent ce qu'ils sont appelés à faire et pour le compte de qui et en expliquant la façon dont ils gèrent les conflits d'intérêts, les avocats donnent à leurs clients les renseignements dont ils ont besoin pour prendre une décision éclairée sur les services juridiques qu'ils retiennent. Si un client estime qu'un mandat proposé est insuffisant, le fait de le modifier d'emblée permet d'éviter que de précieuses ressources soient mal utilisées et de s'assurer que les attentes du client sont comblées. Une lettre-contrat aide aussi à clarifier à quel moment une affaire est réglée et la relation avocat-client prend fin – ce qui peut être particulièrement important en matière de conflits d'intérêts. En outre, le fait de gérer de façon proactive les attentes du client est avantageux dans les situations où un avocat souhaite accepter un dossier différent pour le compte d'un autre client. Dans ce genre de situation, qui a fait l'objet d'amples discussions à la lumière du « critère de la ligne de démarcation bien nette » de l'arrêt *Neil*²⁹⁶, une renonciation clairement énoncée dans une lettre-contrat devrait parer à toute perception de trahison si l'avocat agit contre le client dans une affaire différente.

Un troisième avantage des lettres-contrats est qu'elles améliorent le service au client et ont un effet positif sur la relation avocat-client. En précisant les conditions de l'engagement d'un avocat sous une forme claire et aisément accessible, une lettre-contrat facilite la communication entre l'avocat et le client. Elle permet aussi aux parties de reconnaître immédiatement les problèmes et d'éviter les hypothèses erronées, réduisant ainsi sensiblement le risque de différends à l'égard du mandat.

Enfin, une lettre-contrat est pour les avocats un outil de gestion du risque. Comme le juge Binnie l'a fait remarquer dans l'arrêt *Strother*, « lorsqu'un mandat n'est pas consigné par écrit ... et qu'aucune exclusion n'est convenue, ... la portée du mandat peut être ambiguë. »²⁹⁷ Une absence de clarté peut donner lieu par la suite à une affirmation que l'avocat avait un conflit d'intérêts. Les ambiguïtés d'un mandat seront inévitablement réglées à l'encontre de l'avocat. En d'autres termes, le client jouit de l'avantage du doute²⁹⁸. Par contre, si le mandat est écrit et signé par le client, il est moins probable que le client pourra soutenir qu'il n'a pas été renseigné de la nécessité de tenir compte d'un conflit ou qu'il ne comprenait pas le conflit. De même, une lettre-contrat peut être extrêmement utile à la gestion des conflits d'intérêts futurs. Par exemple, deux clients en droit pénal peuvent choisir d'être représentés par le même avocat, mais l'avocat et les clients ont avantage à ce que les clients soient informés d'emblée par écrit des conséquences d'un éventuel conflit entre eux.

²⁹⁶ *Neil*, *supra* note 4.

²⁹⁷ *Strother*, *supra* note 3, par. 40.

²⁹⁸ *Chiefs of Ontario v. Ontario* (2003), *supra* note 111, par. 95-97. Voir aussi *Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers*, art. 122, commentaire c(i), qui prévoit que le consentement exige en général une réponse affirmative de chaque client et que toute ambiguïté dans l'expression présumée du consentement du client devrait être interprétée contre l'avocat cherchant la protection du consentement.

Il importe de noter que la confirmation écrite d'un mandat ne doit pas nécessairement être complexe, élaborée ou autrement onéreuse pour l'avocat ou pour le client. De fait, il peut n'exiger que la préparation d'un bref courrier électronique confirmant les conditions essentielles de l'engagement de l'avocat.

Préoccupations soulevées par l'éventualité de lettres-contrats obligatoires

Dans le document de consultation du Groupe de travail, nous avons adopté comme point de vue préliminaire que les avocats devraient être vivement encouragés, sinon contraints, à utiliser des lettres-contrats pour préciser la portée de la relation avocat-client. Nous avons aussi demandé quels problèmes pourraient éventuellement en découler. Bien que de nombreux répondants aient affirmé qu'ils utilisent déjà des lettres-contrats, ils ont exprimé certaines préoccupations quant au fait de les rendre obligatoires :

- (i) une méfiance ou résistance de la part des clients, parfois du fait que les clients perçoivent que les lettres-contrats profitent uniquement aux avocats;
- (ii) des coûts administratifs qui peuvent être onéreux tant pour les avocats que pour les clients. Pour les avocats, les coûts seraient particulièrement problématiques dans les affaires ponctuelles ou lorsque la pratique de l'avocat ne peut pas supporter ces coûts. Ce serait par exemple le cas des avocats de l'aide juridique, de ceux qui travaillent dans des communautés à faible revenu, nordiques ou isolées et de ceux qui travaillent au sein d'un petit cabinet s'occupant d'un grand nombre de dossiers dont chacun revêt une faible valeur. Pour les clients, les coûts seraient surtout problématiques lorsqu'ils chargent un avocat d'un grand nombre de dossiers puisqu'il y aurait alors multiplicité de lettres-contrats, lorsque des dossiers s'étendent sur de longues périodes puisqu'il y aurait alors obligation de veiller à ce que le mandat soit constamment à jour, ou lorsqu'un client au revenu modeste doit rechercher des conseils juridiques indépendants avant de donner son accord à un mandat;
- (iii) la difficulté de rédiger une lettre-contrat complète dans une situation où un avocat a une relation de longue date et multidimensionnelle avec le client;
- (iv) des difficultés pour les clients qui ont des besoins spéciaux, y compris en raison de retards de développement, difficultés d'apprentissage ou problèmes de santé ou maladie mentale et pour les clients qui sont des enfants ou des personnes âgées. Par exemple, les plus jeunes peuvent ne pas comprendre entièrement leur situation par manque d'expérience;
- (v) des problèmes avec des clients peu avertis qui n'ont pas l'habitude des affaires juridiques ou la capacité de comprendre les enjeux, par exemple parce qu'ils n'ont fait que peu ou pas d'études, ou ont des problèmes d'alcoolisme ou de toxicomanie;
- (vi) les situations où il n'est pas possible de produire une lettre-contrat, y compris par exemple dans le cas de clients en droit criminel qui sont détenus et reçoivent des services d'urgence, des clients dans des affaires de droits de la personne qui sont détenus dans des lieux inaccessibles ou des clients de l'aide juridique qui reçoivent des services d'urgence au tribunal ou des services limités d'une clinique d'aide juridique, souvent au téléphone;

- (vii) les situations où il y a entre l'avocat et le client un obstacle linguistique ou lié au niveau d'alphabétisation;
- (viii) dans le travail en droit autochtone, où la nature de la relation entre le cabinet et ses clients met souvent en cause des enjeux juridiques mal définis qui peuvent durer de nombreuses années (même des décennies) et des réclamations complexes se chevauchant, faisant qu'il peut être difficile de définir un mandat à l'égard d'une transaction limitée ou de définir un client comme une seule personne ou un seul groupe de personnes;
- (ix) l'inapplicabilité de lettres-contrats pour de nombreux avocats internes ou avocats gouvernementaux;
- (x) la nature unique du travail en droit de l'assurance, où l'avocat est souvent retenu par l'assureur et non l'assuré et a souvent peu de contacts avec le client.

Lettres-contrats comprenant une renonciation à l'égard des conflits

Dans la mesure où une lettre-contrat vise à modifier les règles de déontologie qui s'appliqueraient en l'absence d'un tel accord (par exemple, lorsque l'avocat demande un consentement ou une renonciation pour parer à un conflit réel ou éventuel), l'applicabilité de la lettre-contrat dépendra d'un certain nombre de facteurs. Ceux-ci sont résumés plus loin dans ce chapitre, après une revue de la jurisprudence qui a attiré l'attention sur ces questions.

Strother c. 3464920 Canada Inc.

Un examen de l'état actuel du droit au Canada doit débiter par l'arrêt de 2007 de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Strother*²⁹⁹.

La question était de savoir si le devoir de loyauté d'un avocat peut être limité par une lettre-contrat et, le cas échéant, dans quelle mesure il peut l'être. L'affaire souligne l'importance des lettres-contrats.

Les faits se présentent comme suit. Le plaignant, Monarch, faisait la promotion de plans de financement de productions cinématographiques assortis d'avantages fiscaux, un secteur qui avait connu un essor au Canada en raison du financement de films américains réalisés au Canada. En 1996 et 1997, Monarch retient le cabinet d'avocats intimé et l'intimé M. Strother, un avocat fiscaliste principal au sein du cabinet, pour qu'ils lui donnent des conseils à l'égard de son plan tirant parti d'abris fiscaux. L'engagement du cabinet est précisé dans des lettres-contrats. Le mandat de 1997 contient une clause d'exclusivité qui, sous réserve d'exceptions limitées, interdit expressément au cabinet d'agir pour des clients autres que Monarch à l'égard de ce régime d'abris fiscaux.

²⁹⁹ *Supra* note 3.

En octobre 1997, de nouvelles règles fiscales du gouvernement fédéral mettent fin aux abris fiscaux de Monarch. À ce moment, M. Strother informe Monarch qu'il n'a pas de solution pour éviter l'effet des nouvelles règles et suggère qu'ils reportent au nouvel an la discussion sur la voie à suivre. En novembre 1997, M. Strother est informé par un avocat d'un autre cabinet d'une solution possible face aux nouvelles règles. La viabilité de cette solution est confirmée à la fin de l'année par Revenu Canada (aujourd'hui l'Agence du revenu du Canada), qui informe M. Strother qu'il n'écarterait pas la possibilité de rendre une décision fiscale favorable. Cependant, M. Strother ne communique pas cette nouvelle information à Monarch.

Entre-temps, Monarch met fin à ses activités. Le mandat de 1997 se termine à la fin de 1997, mais Monarch reste client du cabinet en vertu d'un mandat verbal (le mandat de 1998). Selon le mandat de 1998, le cabinet est retenu pour des tâches générales et de planification fiscale; le mandat comprend les services de M. Strother chargé d'explorer d'autres « occasions d'affaires donnant droit à une aide fiscale ».

Les faits se compliquent encore lorsque, à la fin de 1997 ou au début de 1998, M. Strother est abordé puis retenu par un ancien dirigeant de Monarch qui veut créer sa propre entreprise dans le secteur du financement cinématographique bénéficiant d'avantages fiscaux. Au nom de son nouveau client, M. Strother prépare une proposition visant à obtenir une décision anticipée de Revenu Canada en rapport avec la solution dont il a appris l'existence en 1997. M. Strother et son nouveau client s'entendent sur ce que M. Strother recevra 55 p. 100 de la première tranche de 2 millions de dollars de bénéfices de la nouvelle entreprise si la décision fiscale voulue est obtenue, puis 50 p. 100 par la suite. M. Strother n'informe à aucun moment Monarch de la possibilité d'une solution dans le cadre des nouvelles règles.

Revenu Canada communique en octobre 1998 une décision anticipée favorable à M. Strother et son client. M. Strother n'informe pas Monarch de la décision anticipée, bien qu'elle aurait été favorable à Monarch et même si M. Strother et le cabinet continuent d'assurer pour Monarch des tâches générales et de planification fiscale en vertu du mandat de 1998.

Lorsque la décision fiscale est rendue publique quelques mois plus tard, Monarch a mis fin à sa relation avec le cabinet et avec M. Strother. L'entreprise a aussi introduit un recours pour violation du devoir fiduciaire et abus de confiance de la part du cabinet et de M. Strother. Le juge de première instance rejettera la requête. En revanche, la Cour d'appel a essentiellement accueilli l'appel et ordonné de la part de M. Strother la reddition de comptes et la restitution de profits. Elle a aussi ordonné que le cabinet restitue les profits sous forme d'honoraires juridiques gagnés en représentant le nouveau client à partir du 1^{er} janvier 1998 en violation de son devoir envers Monarch, ainsi que les honoraires que lui avait payés Monarch depuis cette date. M. Strother et le cabinet ont interjeté appel de cette décision auprès de la Cour suprême du Canada.

La Cour suprême du Canada a en partie accueilli les appels quant aux réparations ordonnées à l'encontre de M. Strother et du cabinet. Elle a jugé que les réparations accordées par la Cour d'appel étaient excessives. Cependant, l'affaire est surtout importante parce qu'elle a *confirmé* la conclusion de la Cour d'appel que M. Strother avait violé son devoir de loyauté. Sur cette question, la décision était partagée cinq à quatre. En particulier, les juges ne s'entendaient pas sur la mesure dans laquelle les mandats convenus avaient modifié les obligations de M. Strother envers Monarch.

Les opinions tant minoritaire que majoritaire reconnaissaient que l'offre de services juridiques par M. Strother était régie par le droit des contrats. Après tout, un mandat convenu entre un avocat et un client est habituellement un contrat, un contrat spécial supposant un devoir de loyauté; en conséquence, « il appartient aux parties de déterminer le nombre, petit ou grand, des services que l'avocat devra fournir »³⁰⁰. Les juges s'entendaient aussi sur ce que dans les circonstances (y compris le mandat), M. Strother et le cabinet étaient libres de représenter le concurrent de leur client³⁰¹.

En revanche, les avis étaient partagés sur la mesure dans laquelle le mandat convenu verbalement en 1998 avait modifié les obligations de M. Strother envers Monarch.

L'opinion majoritaire dans l'affaire *Strother*

Au nom de la majorité, le juge Binnie a estimé qu'on ne pouvait pas dire que le mandat de 1998 « limitait suffisamment » les responsabilités de M. Strother, de sorte que M. Strother restait tenu de fournir à Monarch des conseils à l'égard de son activité axée sur des abris fiscaux. Comme l'a fait remarquer le juge Binnie :

Les affaires de Monarch en matière fiscale allaient mal et M. Strother était toujours son avocat fiscaliste. Il existait un « rapport de confiance » soutenu. Monarch traitait avec des conseillers professionnels et non avec des vendeurs de voitures usagées ou des prêteurs sur gages, au sujet desquels la population pourrait s'attendre à ce qu'ils appliquent la politique du « on m'a rien demandé, j'ai rien dit » et qui, de ce fait, suscitent collectivement la méfiance. Voilà notamment ce qui différencie une profession d'une occupation quelconque³⁰².

L'existence d'une relation de confiance soutenue était fondée sur le principe selon lequel la relation avocat-client est « assortie de certaines responsabilités fiduciaires imposées en droit »³⁰³. D'après la majorité, il en découlait que Monarch, en tant que client actuel, avait droit à la loyauté soutenue de M. Strother et du cabinet même si le mandat de 1997 avait pris fin. La majorité a ainsi minimisé l'importance de la fin de la lettre-contrat de 1997 et le passage de ce mandat au mandat verbal de 1998³⁰⁴. Selon le juge Binnie : « Le mandat écrit de 1997 était terminé, mais la relation avocat-client fondée sur un mandat en cours (quoique plus limité) s'est poursuivie en 1998 et 1999. »³⁰⁵ Fait important, ce mandat qui se poursuivait a été présumé

³⁰⁰ *Ibid.*, par. 34 (juge Binnie) et 133 (juge en chef McLachlin).

³⁰¹ *Ibid.*, par. 54.

³⁰² *Ibid.*, par. 42.

³⁰³ *Ibid.*, par. 34.

³⁰⁴ *Ibid.*, par. 53. Le juge Binnie a affirmé que « l'argumentation a trop porté sur le passage du mandat écrit de 1997 au mandat verbal de 1998 ».

³⁰⁵ *Ibid.*, par. 46.

englober l'offre de conseils sur les questions fiscales qui touchaient l'activité de Monarch, à l'égard duquel les règles énoncées dans l'arrêt *Neil* imposaient un devoir de privilégier les intérêts de Monarch par rapport à ceux de M. Strother et du cabinet. Ainsi, M. Strother a violé son devoir de loyauté lorsqu'il a acquis un intérêt dans l'activité du concurrent de Monarch exploitant des abris fiscaux et facilité cette activité, en omettant de conseiller à Monarch d'obtenir un avis juridique indépendant. M. Strother a violé son devoir fiduciaire envers Monarch parce qu'il y avait un « risque sérieux » que ses propres intérêts « nuisent de façon appréciable » à sa représentation de Monarch³⁰⁶.

L'opinion minoritaire dans l'affaire *Strother*

Par contre la minorité a estimé que les accords sur les mandats avaient suffisamment modifié le devoir fiduciaire de M. Strother en limitant la portée du mandat contractuel de sorte que rien n'empêcherait M. Strother de poursuivre son intérêt financier personnel à l'égard d'un concurrent de Monarch : il n'était en effet pas tenu d'aviser Monarch de la décision fiscale favorable. Rejetant le principe d'un devoir de loyauté « général et variable » qui se superpose au contrat du mandat, la minorité a jugé que le devoir fiduciaire est *lui-même* fonction du contrat du mandat :

... la question de savoir s'il existe un conflit entre deux clients dépend de la portée du mandat conclu entre l'avocat et le client concerné. Les obligations fiduciaires de l'avocat sont façonnées par ce mandat ... Il ne nous est pas ... loisible de superposer au mandat une obligation fiduciaire générale qui soit indépendante de ce mandat et incompatible avec celui-ci³⁰⁷.

...

Un mandat entre un avocat et son client est essentiellement une entente de représentation, entente particulière qui commande certes un devoir de loyauté. L'avocat s'engage à faire certaines choses pour son client. C'est à cet engagement que se rapporte le devoir fiduciaire de loyauté ... Si le mandat est écrit, il faut en regarder le libellé. S'il est verbal, il faut s'interroger sur les conditions fixées verbalement ... *Ce devoir de loyauté n'est pas quelque chose de vague. Il se rattache aux obligations que l'avocat a assumées conformément au mandat* ... Pour reprendre les termes de l'arrêt *Hilton*, le problème se pose lorsque l'avocat [TRADUCTION] « a des obligations conflictuelles envers deux clients » et ne peut favoriser l'un au détriment de l'autre – en ce sens que, s'il s'acquitte de ses « obligations contractuelles » envers l'un (ou qu'il acquiert un intérêt personnel dans l'affaire), il manquera alors à ses obligations contractuelles envers l'autre³⁰⁸.

Invoquant l'arrêt de la Haute Cour d'Australie dans la décision *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.*³⁰⁹ et la décision du Conseil privé dans l'affaire *Kelly v. Cooper*³¹⁰, la juge en chef McLachlin a estimé que l'obligation fiduciaire liant l'avocat à son client « trouve sa source dans le contrat qui les lie. Elle renforce le contrat en imposant un devoir de loyauté à l'égard

³⁰⁶ *Neil*, *supra* note 4, par. 29, cité dans *Strother*, *supra* note 3, par. 61.

³⁰⁷ *Strother*, *supra* note 3, par. 118-119.

³⁰⁸ *Ibid.*, par. 133-135 [Nous soulignons]. La juge en chef McLachlin fait référence à *Hilton v. Barker Booth & Eastwood*, [2005] 1 All E.R. 651 (H.L.), un important précédent anglais au sujet du devoir d'un avocat d'éviter les conflits d'intérêts. Dans cette affaire, la Chambre des lords a jugé que le devoir de loyauté d'un avocat est [TRADUCTION] « d'abord contractuel et d'une portée déterminée par les conditions explicites et implicites de son mandat ». Bien que le devoir de loyauté découle de la nature fiduciaire de la relation avocat-client, ce devoir [TRADUCTION] « peut avoir à être façonné et éclairé selon les conditions de la relation contractuelle », (citant Mason J. dans *Hospital Products Ltd v. United States Surgical Corp.* (1984), 156 C.L.R. 41, 97 (H.C.A.), cité dans *Kelly v. Cooper*, [1993] A.C. 205, 215).

³⁰⁹ (1984), 156 C.L.R. 41, p. 97 [*Hospital Products*].

³¹⁰ [1993] A.C. 205 (P.C.).

des obligations contractées, *mais elle ne change rien aux conditions du contrat*. Au contraire, elle doit être adaptée à ces conditions. »³¹¹ [Nos italiques] La juge en chef McLachlin cite cet « énoncé classique » du juge Mason dans l'arrêt *Hospital Products* :

[TRADUCTION] ... l'existence d'une relation contractuelle de base a, dans de nombreux cas, servi de fondement à l'établissement d'une relation fiduciaire. Dans ces cas, c'est le fondement contractuel qui importe, car c'est le contrat qui régit les droits et obligations fondamentaux des parties. Si elle doit exister, la relation fiduciaire doit s'adapter aux conditions du contrat de façon à être compatible avec celles-ci et à s'y conformer. *Elle ne peut pas se superposer au contrat de façon à modifier l'effet qu'il est censé avoir selon son sens véritable*³¹². [Nos italiques]

Ainsi la minorité a jugé que la relation fiduciaire découlant du mandat expiré de 1997 n'était pas pertinente au devoir fiduciaire de loyauté de M. Strother en vertu du mandat de 1998. La juge en chef McLachlin a décrit le mandat de 1997 comme étant « un document exhaustif [selon lequel] M. Strother devait ... rester informé et garder Monarch informée de toute évolution de la loi qui pourrait avoir une incidence sur la capacité de Monarch de continuer à faire la promotion d'investissements dans les services de production cinématographique donnant droit à une aide fiscale ». Le mandat de 1998 a été jugé « nettement différent », exigeant uniquement de M. Strother qu'il donne des avis à Monarch sur demande expresse. En conséquence, selon le mandat de 1998, M. Strother était libre de représenter des concurrents de Monarch et n'était pas tenu de communiquer à Monarch des renseignements de nature concurrentielle³¹³. Pour toutes ces raisons, le devoir de loyauté de M. Strother ne l'empêchait pas de prendre un intérêt financier personnel dans les activités de concurrents de Monarch, ni n'exigeait qu'il conseille Monarch à moins que Monarch le lui demande.

Tout en insistant que cette analyse ne visait pas à « atténuer les obligations fiduciaires » de l'avocat, la minorité a fait valoir qu'elle était pratique et réaliste³¹⁴. Comme l'a souligné la juge en chef McLachlin, il est « dans l'intérêt public » de permettre aux avocats et aux cabinets d'avocats de servir une variété de clients dans un même domaine³¹⁵. De fait, c'est sur cette base que la juge en chef McLachlin a rejeté le principe d'un devoir de loyauté général et variable :

Si le devoir de loyauté est décrit comme un devoir général et variable qu'un avocat ou un cabinet d'avocats a envers chacun de ses clients, le risque de conflit est élevé ... Si l'obligation que l'avocat a envers chaque client est formulée en des termes larges et généraux, il est fort possible qu'elle empêche l'avocat d'agir pour chacun d'eux; à tout le moins, elle créera de l'incertitude. *Par contre, si cette obligation est rattachée au mandat, ces problèmes ne se posent pas*. L'avocat est néanmoins libre d'agir pour les deux clients, pourvu que les obligations qu'il a envers le client A n'entrent pas en conflit avec celles qu'il a envers le client B³¹⁶. [Nos italiques]

³¹¹ *Strother*, *supra* note 3, par. 141.

³¹² *Hospital Products*, *supra* note 323, p. 97, cité dans *Strother*, *supra* note 82, par. 141.

³¹³ *Strother*, *supra* note 3, par. 123.

³¹⁴ *Ibid.*, par. 138.

³¹⁵ *Ibid.*, par. 140.

³¹⁶ *Ibid.*, par. 136.

L'arrêt *Strother* confirme le bien-fondé des lettres-contrats. Si le deuxième mandat verbal de portée réduite avait explicitement précisé l'étendue des obligations que le cabinet d'avocats assumait, dévoilé tout conflit réel ou potentiel découlant des activités qui pouvaient être entreprises par M. Strother ou le cabinet à leur propre compte ou pour le compte d'autres clients, et compris l'assentiment du client avant que ces activités ne soient entreprises, il n'y aurait vraisemblablement pas eu de problème dans l'affaire *Strother*, que ce soit selon le raisonnement de la majorité ou de la minorité. De fait, les juges semblaient être d'accord quant aux règles de droit touchant les accords sur les mandats – voulant que le devoir de loyauté puisse être modifié par contrat – mais partagés quant à savoir si le deuxième mandat convenu avait suffisamment restreint les obligations de M. Strother pour lui permettre d'agir comme il l'a fait. Comme l'indiquent les conclusions de la majorité autant que de la minorité, la question de la portée des obligations contractuelles limitées de M. Strother en vertu du deuxième mandat ne se serait pas posée si l'accord avait été consigné dans une expression claire et écrite de ces obligations et des exclusions qu'elles supposaient³¹⁷.

Chiefs of Ontario v. Ontario

L'affaire *Chiefs of Ontario v. Ontario*³¹⁸ est un deuxième cas pertinent; l'arrêt souligne l'importance de la clarté dans une lettre-contrat.

Dans cette affaire, la Première nation Mnjikaning (PNM) a présenté une requête en exclusion d'un cabinet participant à l'instance sous-jacente, au motif d'un conflit d'intérêts. Le cabinet représentait la PNM et 133 autres groupes des Premières nations sous la direction de l'organisme Chiefs of Ontario, dans un recours contre la province de l'Ontario. Avant son mandat auprès des Chiefs of Ontario, le cabinet avait été avocat général de la PNM dans le contexte de questions entourant les revenus générés par le Casino Rama. Pour pouvoir représenter les Chiefs of Ontario dans l'affaire en instance, le cabinet avait obtenu le consentement de la PNM. Ce consentement visait la représentation des Chiefs of Ontario dans [TRADUCTION] « d'éventuels litiges futurs » ayant trait : (a) à la revendication d'une part de 35 p. 100 des revenus nets du Casino Rama par la PNM; et (b) à l'imposition par la province de l'Ontario d'une « taxe sur les gains de jeux » de 20 p. 100 des revenus bruts.

Le conflit mis en cause est survenu lorsque, dans le cadre de son mandat de représentation des Chiefs of Ontario dans son litige, le cabinet a modifié ses actes de procédure et invoqué une violation du devoir fiduciaire de la part de la PNM; il faisait ainsi de son client, la PNM, un codéfendeur dans l'instance. La PNM a soutenu que le comportement du cabinet le plaçait dans une situation de conflit d'intérêts qui n'était pas visée par le consentement.

Étaient donc en cause la validité et la portée du consentement anticipé de la PNM à ce que le cabinet représente les Chiefs of Ontario contre la PNM.

³¹⁷ *Ibid.*, par. 40 (juge Binnie).

³¹⁸ *Chiefs of Ontario*, *supra* note 111.

En ce qui concerne la validité, le juge Campbell a estimé que le consentement était valide et liait les parties puisque la PNM avait obtenu un avis juridique indépendant et la pleine communication des faits, de sorte que son consentement était convenablement éclairé³¹⁹. Le jugement maintenait que :

[TRADUCTION]

« Il y a manifestement des cas où un cabinet d'avocats doit discuter avec son client de la nature du conflit ou du conflit potentiel qui est à l'origine de la demande de consentement. Plus le conflit apparent est direct et plus le risque de problèmes futurs est évident, plus s'impose vraisemblablement le devoir de consulter directement le client. »³²⁰

Dans le cas présent toutefois, il n'y avait pas de tel devoir puisque le genre de conflit qui est survenu n'était pas prévisible. Le cabinet d'avocats avait donc rempli ses obligations envers son client³²¹.

En ce qui concerne la portée du consentement toutefois, le juge Campbell a estimé que celle-ci n'était pas si vaste qu'elle permettait au cabinet d'agir dans l'affaire en instance. Comme l'indiquent la formulation du consentement et les circonstances dans lesquelles le consentement a été donné, ni le cabinet d'avocats ni le client n'avaient envisagé la nature de l'intérêt conflictuel qui s'est manifesté et que le juge Campbell a appelé [TRADUCTION] « une attaque directe envers l'honneur du client dans le cadre de questions reliées à celles pour lesquelles le cabinet avait agi »³²². En outre, le consentement était « ambigu » :

[TRADUCTION]

Le consentement ne précise pas les questions en litige. Il n'incorpore pas par renvoi ni même n'évoque les dispositions de l'accord pertinent qui a donné lieu au litige. Il n'identifie pas les parties au litige actuel ou à des litiges futurs ... Il n'utilise pas les termes « adverse », « conflit » ou « conflit potentiel » non plus qu'aucun mot indiquant quelque situation adverse que ce soit.

En définitive, le caractère bref, informel et vague du consentement s'opposait à la prétention du cabinet qu'il avait obtenu de la PNM un consentement suffisant pour lui permettre d'agir contre elle³²³.

Fait important, le juge Campbell a indiqué que la question se serait posée différemment s'il y avait eu une lettre officielle demandant le consentement à l'égard d'une ligne de conduite précise³²⁴. Une telle lettre aurait pu confirmer la portée du consentement du client qui, à défaut, [TRADUCTION] « doit être interprétée à la lumière de ce que les parties savaient objectivement à ce moment et de ce qu'elles pouvaient raisonnablement envisager »³²⁵. Par ailleurs, la cour a maintenu qu'en cas de doute au sujet de la portée d'un consentement, la question est tranchée à l'encontre de l'avocat ou du cabinet d'avocats au nom du fardeau de la preuve :

³¹⁹ *Ibid.*, par. 45.

³²⁰ *Ibid.*, par. 39.

³²¹ *Ibid.*, par. 40.

³²² *Ibid.*, par. 36.

³²³ *Ibid.*, par. 92.

³²⁴ *Ibid.*, par. 72.

³²⁵ *Ibid.*, par. 90.

[TRADUCTION]

En ce qui concerne la clarté du consentement, le fardeau de la preuve revient au cabinet d'avocats lorsqu'il veut attaquer un ancien client. Si le cabinet d'avocats n'assure pas la clarté, il en paie le prix³²⁶.

Ainsi, en illustrant les dangers associés aux mandats ambigus et en démontrant comment une lettre-contrat clairement énoncée peut profiter à la fois aux clients et aux avocats en clarifiant les attentes des parties et en évitant les hypothèses erronées, le jugement rendu dans l'affaire *Chiefs of Ontario* appuie nettement le recours aux lettres-contrats. De plus, l'affaire confirme que l'application des mandats convenus dépendra énormément de ce qui était raisonnablement prévisible par l'avocat et par le client au moment où le consentement a été donné.

La force exécutoire des renonciations aux recours pour conflits d'intérêts contenues dans une lettre-contrat

Comme l'illustre l'examen de ces deux affaires canadiennes importantes, la force exécutoire des renonciations aux recours pour conflits d'intérêts contenues dans une lettre-contrat dépend de divers facteurs, dont notamment : (1) le consentement éclairé; (2) le niveau de connaissance du client; et (3) la disponibilité d'un avis juridique indépendant.

Les facteurs qui conditionnent la force exécutoire ont aussi été énumérés dans le contexte du droit américain. Par exemple les *Model Rules of Professional Conduct* de l'ABA donnent la liste des facteurs déterminant la portée des renonciations à l'égard des conflits dans le commentaire de la règle 1.7 :

[TRADUCTION]

Consentement à un conflit futur

[22] Qu'un avocat puisse ou non demander à un client de renoncer à des recours face aux éventuels conflits futurs dépend du critère prévu au point (b) [qui définit les règles du consentement du client]. L'efficacité d'une telle renonciation est habituellement déterminée par la mesure dans laquelle le client comprend raisonnablement les risques réels associés à la renonciation. Plus est complète l'explication des types de représentations futures et des conséquences négatives réelles et raisonnablement prévisibles qui peuvent en découler, plus il est probable que le client en possèdera la compréhension requise. Dès lors, si le client donne son consentement à un type de conflit donné qu'il comprend déjà, le consentement sera normalement valable à l'égard de ce type de conflit. Si le consentement est de nature générale et non limitative, il sera habituellement non valable parce qu'il n'est pas raisonnablement probable que le client aura compris les risques réels en cause. En revanche, *si le client est un utilisateur expérimenté des services juridiques en cause et est raisonnablement informé quant au risque qu'un conflit puisse survenir*, un tel consentement est plus susceptible d'être valable, surtout si, par exemple, le client est *représenté de façon indépendante par un autre avocat lorsqu'il donne son consentement* et que le consentement est limité aux conflits futurs sans lien avec le sujet de la représentation. De toute façon, le consentement anticipé ne peut pas être valable si les circonstances qui se concrétisent à l'avenir sont telles qu'elles rendraient impossible le consentement au conflit en vertu du point (b)³²⁷. [Nos italiques]

³²⁶ De même, le commentaire c(i) de l'art. 122 du *Restatement* prévoit que le consentement exige en général une réponse affirmative de chaque client, et que toute ambiguïté dans l'expression présumée du consentement du client devrait être interprétée contre l'avocat cherchant la protection du consentement.

³²⁷ Règle modèle 1.7, commentaire 22 [nos italiques].

Ces trois facteurs (consentement éclairé, niveau de connaissance du client et disponibilité d'un avis juridique indépendant)³²⁸ sont les domaines de préoccupation dans l'application des renonciations aux recours à l'égard de conflits. Ces facteurs sont étroitement reliés, mais chacun relève d'un domaine de préoccupation particulier dans l'évaluation de la validité des renonciations anticipées. Il est donc utile de les examiner individuellement.

Consentement éclairé

Le consentement éclairé exige une pleine divulgation, dont on peut soutenir qu'il s'agit du facteur le plus important dans l'applicabilité des renonciations aux recours à l'égard de conflits contenues dans des lettres-contrats. Un mandat qui modifie la portée du devoir d'un avocat d'éviter les intérêts conflictuels ne sera pas honoré à moins qu'il y ait pleine divulgation par l'avocat à la fois des faits pertinents et des implications du consentement du client³²⁹. Plus précisément, la divulgation doit indiquer exactement quelles sont les parties en cause, quelle est la nature du conflit potentiel et quels sont les risques associés au consentement.

Le texte *Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers* constitue un guide complet des règles de droit en matière de déontologie aux États-Unis³³⁰. Ses dispositions sont souvent citées par les tribunaux américains et ont récemment joué un rôle important dans les décisions de la Cour suprême du Canada au sujet du devoir de loyauté (voir les arrêts *Neil* et *Strother*). Celles concernant le consentement éclairé ont fait l'objet d'une attention particulière.

Le *Restatement* aborde le consentement éclairé aussi bien dans ses dispositions générales sur la relation avocat-client (chapitre 2) que dans ses dispositions précises sur les conflits d'intérêts (chapitre 8). Selon les dispositions générales sur les devoirs d'un avocat envers un client, le *Restatement* affirme que les limitations aux devoirs d'un avocat seront valables uniquement si : (a) le client est convenablement informé et donne son consentement; et (b) les conditions de la limitation sont raisonnables dans les circonstances³³¹.

Le *Restatement* présente ensuite des règles plus précises sur le consentement éclairé dans le contexte du devoir d'un avocat d'éviter les conflits d'intérêts. Après avoir indiqué l'interdiction de base à l'égard des conflits d'intérêts à l'article 121³³², le texte énonce à l'article 122 l'exception suivante :

[TRADUCTION]

Article 122 – Consentement du client à un conflit d'intérêts

(1) Un avocat peut représenter un client nonobstant un conflit d'intérêts interdit par l'article 121 si

³²⁸ Comme l'a soutenu Anthony Davis, [TRADUCTION] « l'efficacité des autorisations anticipées sera en proportion directe de ces trois critères ». Voir Anthony E. Davis, « Professional Responsibility: Permissible Advance Waivers », *New York Law Journal* (le 12 septembre 2005).

³²⁹ *McKenzie*, *supra* note 295, 5.52.

³³⁰ *Supra* note 48.

³³¹ *Restatement*, art. 19.

³³² *Restatement*, art. 121 (interdiction de base des conflits d'intérêts) prévoyant ceci : [TRADUCTION] « À moins que tous les clients touchés et toutes les autres personnes en cause consentent à la représentation assortie des limitations et conditions prévues à l'art. 122, un avocat ne peut pas représenter un client si cette représentation entraînerait un conflit d'intérêts. Il y a conflit d'intérêts s'il existe un risque important que la représentation du client par l'avocat est conditionnée de façon importante et négative par les propres intérêts de l'avocat ou les devoirs de l'avocat envers un autre client actuel, un ancien client ou une tierce personne. »

chaque client ou ancien client en cause y donne son consentement éclairé. Le consentement éclairé exige que le client ou ancien client dispose d'une information relativement complète sur les risques réels d'une telle représentation pour ce client ou ancien client.

Le commentaire accompagnant l'article 122 affirme que le consentement éclairé exige que :

[TRADUCTION]

... chaque client touché soit conscient des façons importantes dont la représentation pourrait avoir des effets nuisibles sur ses intérêts. Les renseignements requis dépendent de la nature du conflit et de la nature des risques de la représentation donnant lieu à un conflit. Le client doit posséder une information raisonnablement suffisante pour prendre une décision éclairée³³³.

Les dispositions du *Restatement* et leur application aux lettres-contrats ont été abordées par la Cour de district des États-Unis pour le district du Nord de la Géorgie dans l'affaire *Worldspan, L.P. v. Sabre Group Holdings, Inc*³³⁴. Dans ce cas, un cabinet d'avocats a été exclu en raison d'un conflit découlant de ce qu'il représentait simultanément le requérant et le défendeur. Le cabinet était avocat du défendeur dans l'affaire en instance (une action en responsabilité délictuelle) tout en continuant de représenter le requérant dans des affaires fiscales. Le requérant a réussi à obtenir l'exclusion du cabinet comme avocat de la partie adverse dans l'action en cause. Évoquant les articles 121 et 122 du *Restatement* (qui étaient alors des projets de dispositions), le tribunal a jugé que même si les affaires n'étaient pas liées entre elles, la lettre-contrat type que le cabinet avait envoyée au requérant cinq ans plus tôt ne contenait pas un consentement suffisant quant à une représentation simultanée future. La décision américaine, comme l'arrêt *Chiefs of Ontario*, illustre le fait que le caractère suffisant d'un consentement peut dépendre des circonstances et de la nature du conflit qui apparaît ultérieurement.

L'importance déterminante du consentement éclairé est résumée comme suit par l'observateur Anthony Davis :

[TRADUCTION]

La validité et l'efficacité de toute renonciation aux recours en cas de conflit – et surtout les renonciations « anticipées » ou « générales » à l'égard de conflits futurs – seront vraisemblablement jugées en grande partie d'après la précision des divulgations faites en vue d'obtenir les renonciations ... Ainsi, même des clients avertis qui ont demandé et obtenu un avis juridique indépendant avant de souscrire à une renonciation anticipée pourront à la suite répudier cette renonciation pour retirer leur consentement si la divulgation était inadéquate ou simplement parce que les circonstances ont changé³³⁵.

Fait à noter, le *Restatement* n'exige pas que le consentement éclairé du client soit donné par écrit. Par contre, les règles modèles de l'ABA affirment qu'un client doit donner un consentement éclairé par écrit. La règle modèle 1.7(b) prévoit qu'un avocat peut représenter un client nonobstant un conflit d'intérêts si :

³³³ *Restatement*, art. 122, commentaire c. De même, le commentaire 18 de la règle modèle 1.7 prévoit que : [TRADUCTION] « le consentement éclairé exige que chaque client touché soit conscient des circonstances personnelles et des façons importantes et raisonnablement prévisibles selon lesquelles le conflit pourrait avoir des effets contraires aux intérêts de ce client ».

³³⁴ 5 F.Supp.2d 1356, 1360 (N.D.Ga. 1998).

³³⁵ Anthony E. Davis, « Professional Responsibility: Effective Waivers of Conflicts », *New York Law Journal* (le 1^{er} mai 2006).

[TRADUCTION]

- (1) l'avocat croit raisonnablement qu'il pourra assurer à chaque client en cause une représentation compétente et diligente;
- (2) la représentation n'est pas interdite par la loi;
- (3) la représentation ne vise pas la revendication d'un droit par un client aux dépens d'un autre client représenté par l'avocat dans le même litige ou un autre recours auprès d'un tribunal;
- (4) chaque partie touchée donne son *consentement éclairé, confirmé par écrit*³³⁶.

Le niveau de connaissance du client

Les tribunaux canadiens ont constamment tenu compte du niveau de connaissance du client pour déterminer s'il fallait ou non valider une renonciation aux recours en cas de conflit. Dans ce contexte, le niveau de connaissance du client concerne les conflits d'intérêts en matières juridiques et non son niveau de connaissance à l'égard de ses propres activités. Ainsi, les entreprises clientes qui disposent d'un avocat interne et qui retiennent les services d'un avocat sont souvent jugées comme ayant un grand niveau de connaissance puisque les avocats internes sont particulièrement capables d'évaluer la vulnérabilité de l'entreprise et de donner des avis en conséquence.

En même temps, il serait imprudent de trop miser sur le niveau de connaissance du client comme substitut d'un consentement qui soit véritablement et manifestement éclairé. De fait, comme l'a fait remarquer le juge Binnie dans l'arrêt *Strother*, si le niveau de connaissance du client peut mener à la supposition d'un consentement implicite, on ne peut présumer qu'un client a donné son consentement à l'égard de conflits dont il ne connaissait pas l'existence³³⁷.

Aux États-Unis, le *Restatement* et les règles modèles désignent le niveau de connaissance du client comme un facteur pertinent dans l'applicabilité des accords sur le mandat³³⁸. Le commentaire accompagnant son article 122 prévoit par exemple que le consentement non circonscrit d'un client à tout conflit ne serait pas valable à moins que le client n'ait un grand niveau de connaissance en la matière et la possibilité d'obtenir un avis juridique indépendant au sujet du consentement³³⁹.

Le niveau de connaissance était un facteur important à l'égard de la force exécutoire d'une lettre de renonciation par anticipation faisant l'objet d'une récente affaire en Californie. Dans *Visa U.S.A., Inc. v. First Data Corp.*³⁴⁰, le défendeur a demandé l'exclusion du cabinet d'avocats du plaignant pour cause de conflit d'intérêts dans un recours pour contrefaçon de marque de commerce. Le défendeur, First Data Corp., avait retenu le cabinet d'avocats précédemment

³³⁶ Règle modèle 1.7(b) [nos italiques]. Le commentaire 20 à la règle modèle 1.7 affirme qu'un écrit [TRADUCTION] « peut être un document signé par le client ou que l'avocat établit et transmet promptement au client à la suite d'un consentement oral ... S'il n'est pas possible d'obtenir ou transmettre l'écrit au moment où le client donne son consentement éclairé, l'avocat doit l'obtenir ou le transmettre dans un délai raisonnable par la suite ... L'exigence d'un écrit ne se substitue pas à la nécessité, dans la plupart des cas, que l'avocat discute avec le client pour expliquer les risques et avantages, le cas échéant, d'une représentation entravée par un conflit d'intérêts, ainsi que des options raisonnablement possibles et donne au client une possibilité raisonnable d'examiner les risques et les options et de soulever des questions et des préoccupations. Plutôt, l'écrit est nécessaire pour faire comprendre au client le sérieux de la décision qu'il est appelé à prendre et pour éviter les différends ou ambiguïtés qui pourraient survenir ultérieurement en l'absence d'un écrit. »

³³⁷ *Strother*, *supra* note 3, par. 55. De telles remarques soulignent l'importance primordiale du consentement éclairé.

³³⁸ Voir la règle modèle 1.7, commentaire 22; *Restatement*, art. 122, commentaire d.

³³⁹ *Restatement*, art. 122, commentaire d.

³⁴⁰ 241 F.Supp.2d 1100 (N.D. Cal. 2003).

pour le représenter dans un litige différent; à ce moment, il avait signé une renonciation anticipée donnant expressément son consentement à ce que le cabinet continue de représenter Visa. Visa et le défendeur étaient des concurrents importants dans le domaine du traitement des cartes de crédit. Consciente de ce fait, le cabinet avait rédigé sa lettre de renonciation par anticipation de sorte qu'elle évoquait expressément l'important risque d'opposition entre les deux clients, y compris le risque de poursuites. Néanmoins, le défendeur soutenait qu'une deuxième renonciation était nécessaire une fois que la situation entre Visa et le défendeur avait donné lieu à un conflit réel.

En rejetant la demande, le tribunal a estimé que rien n'empêchait le cabinet d'avocats de représenter les deux parties. Il a maintenu que le recours du cabinet d'avocats à une renonciation anticipée qui visait tous les conflits futurs entre les parties était convenable et qu'une deuxième renonciation n'était pas nécessaire une fois que la situation entre les parties avait donné lieu à un conflit réel puisque le défendeur était un utilisateur éclairé et avisé de services juridiques et qu'on pouvait supposer qu'il comprenait pleinement ce qu'il autorisait lorsqu'il a signé la lettre de renonciation explicite du cabinet d'avocats. Le tribunal a maintenu qu'une deuxième lettre de renonciation ne serait nécessaire que si la première avait insuffisamment précisé la nature du conflit qui est ensuite survenu entre les parties³⁴¹.

Le tribunal a encore jugé qu'en vertu de la loi californienne et de la règle modèle 1.7(b) de l'ABA, une renonciation anticipée à l'égard de conflits futurs potentiels est permise même si la renonciation ne précise pas expressément la nature exacte du conflit futur³⁴². Sur ce point, le tribunal a affirmé que la loi n'exige pas que chaque conséquence possible d'un conflit soit divulguée pour qu'un consentement soit valable. Plutôt, [TRADUCTION] « la seule question qui doit se poser est de savoir si la renonciation était pleinement éclairée »³⁴³. Les facteurs suivants, entre autres, peuvent être examinés pour en juger :

[TRADUCTION]

L'étendue de la renonciation, la période visée par la renonciation, la qualité de la discussion sur les conflits entre l'avocat et le client, le degré de précision de la renonciation, la nature du conflit réel, *le niveau de connaissance du client* et les intérêts de la justice³⁴⁴. [Nos italiques]

Ces remarques illustrent le fait que l'applicabilité du consentement d'un client à un futur conflit d'intérêts est une question de faits. Elles démontrent aussi le lien étroit entre les facteurs du consentement éclairé et le niveau de connaissance du client.

La disponibilité d'un avis juridique indépendant

Le troisième grand facteur qui détermine la force exécutoire de renonciations à des recours en cas de conflits figurant dans des accords sur le mandat est la disponibilité d'un avis juridique indépendant. Ce facteur est intimement lié aux deux premiers. Comme l'indique Gavin

³⁴¹ *Ibid.*, 1106.

³⁴² *Ibid.*, 1105.

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ *Ibid.*, 1106, citant la règle modèle 1.7, commentaire 22.

McKenzie, tout dépendant du niveau de connaissance du client, un avis juridique indépendant peut être un prérequis pour qu'une renonciation soit valable³⁴⁵. Le commentaire accompagnant le règle 2.04(3) de l'Ontario affirme aussi que si la règle n'exige pas qu'un avocat conseille au client d'obtenir un avis juridique indépendant aux sujet d'un conflit d'intérêts, dans certains cas et surtout ceux où le client n'a pas un grand niveau de connaissance ou est vulnérable, l'avocat devrait recommander au client d'obtenir un tel avis pour s'assurer que le consentement du client est éclairé, authentique et non donné sous la contrainte. Dans l'arrêt *Neil*, le juge Binnie a aussi observé que le client devrait « de préférence » obtenir un avis juridique indépendant lorsque son avocat demande son consentement à ce qu'il agisse directement contre ses intérêts immédiats, même si c'est dans une affaire différente³⁴⁶.

Il importe d'insister sur le fait que les clients peuvent donner un consentement éclairé même quand ils n'ont pas accès à un avis juridique indépendant. Comme on l'a vu plus haut, le degré avec lequel ce facteur s'applique dépend grandement des faits en cause et sera souvent fonction du niveau de connaissance du client. Le fait que la validité d'un consentement puisse dans un cas précis dépendre de la disponibilité d'un avis juridique indépendant ne signifie pas que les avocats devraient à chaque occasion indiquer aux clients qu'un tel avis est souhaitable. Il importe aussi de faire remarquer que ce facteur concerne uniquement la *disponibilité* d'un avis juridique indépendant et non le fait que le client obtienne réellement un tel avis. À l'exception des transactions commerciales entre avocat et client³⁴⁷, les règles de déontologie du Canada comme des États-Unis n'exigent pas que les avocats s'assurent que leurs clients ont obtenu un avis juridique indépendant à l'égard des renonciations aux recours en cas de conflit.

Malgré tout, comme l'a observé Anthony Davis, les renonciations sont beaucoup plus susceptibles d'être confirmées si les clients ont de fait consulté un avocat indépendant plutôt que simplement s'ils ont eu la possibilité de le faire³⁴⁸. La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Neil* – et en particulier la remarque incidente du juge Binnie selon laquelle un client devrait « de préférence » obtenir un avis juridique indépendant – souligne le fait qu'il soit souhaitable à tout le moins de recommander l'obtention d'un avis juridique indépendant. Enfin, il vaut la peine de noter que dans l'arrêt *Chiefs of Ontario*³⁴⁹, le juge Campbell a affirmé la validité du consentement anticipé de la PNM en grande partie parce que la PNM avait obtenu un avis juridique indépendant.

Considérations pratiques

Le Groupe de travail a abondamment débattu pour savoir s'il devait ou non recommander que des lettres-contrats soient obligatoires. Les avantages et certaines des préoccupations d'ordre pratique d'une telle recommandation ont été abordés plus haut. En fin de compte, nous avons conclu que les avantages des lettres-contrats dans le contexte des questions de conflits (correspondant au mandat du Groupe de travail) n'étaient pas suffisants pour justifier la

³⁴⁵ *McKenzie*, *supra* 5.52.

³⁴⁶ *Neil*, *supra* note 4, par. 29.

³⁴⁷ Voir par exemple la règle de l'Ontario 2.06(2); règle modèle 1.8.

³⁴⁸ Anthony E. Davis, « Professional Responsibility: Permissible Advance Waivers », *New York Law Journal* (le 12 septembre 2005).

³⁴⁹ *Chiefs of Ontario*, *supra* note 111, par. 45.

recommandation d'une règle obligatoire dans le Code de déontologie professionnelle de l'ABC; nous n'en pensons pas moins que les lettres-contrats ont une grande valeur pratique. Le Groupe de travail recommande donc que le Code de l'ABC recommande vivement les lettres-contrats.

Nous avons été amenés à cette conclusion par les commentaires que nous avons reçus dans le processus de consultation. Certains répondants nous ont dit qu'une règle obligatoire « uniformiserait les règles du jeu » et ferait qu'il serait plus facile d'expliquer aux clients pourquoi on leur donnait un mandat écrit, mais de nombreux autres ont signalé des difficultés pratiques entourant un caractère obligatoire. Nous avons cerné divers domaines de pratique et des situations précises où une exception à la règle pourrait être justifiée – par exemple le travail d'avocat de service – et nous avons jugé qu'une règle assortie de nombreuses exceptions serait difficile à appliquer de façon cohérente.

Nous avons compris que l'administration de la justice et la réputation des avocats ne seraient pas rehaussées par une règle qu'il serait difficile pour certains avocats de respecter dans certaines situations et qui serait difficile à appliquer à l'échelle de la profession.

Nous avons aussi examiné la valeur des lettres-contrats pour trancher des questions au cœur du devoir de loyauté. Nous avons constaté que même si des lettres-contrats sont assurément utiles et recommandables, elles ne sont pas toujours déterminantes. Elles n'apportent donc pas une solution définitive à la difficulté à clarifier tant pour les clients que pour les avocats ce qui constituerait une violation du devoir de loyauté de l'avocat. Nous croyons que les avocats devraient évaluer leur devoir envers un client en fonction non seulement des mots contenus dans un mandat, mais aussi du risque réel que la représentation d'un client par un avocat sera sensiblement entravée par l'existence d'un mandat auprès d'un autre client. Dans certains cas, une autorisation anticipée réglerait le problème. Dans d'autres cas, elle ne le fera pas.

Nonobstant les nombreux avantages des lettres-contrats pour les clients et leurs avocats ou la valeur des lettres-contrats pour régler des questions au cœur du devoir de loyauté, nous avons finalement décidé que la meilleure solution consisterait à encourager vivement l'utilisation de lettres-contrats sans aller jusqu'à recommander de modifier le Code de déontologie professionnelle de l'ABC de façon en faire une obligation.

RECOMMANDATIONS

Que le Code de déontologie professionnelle de l'ABC soit modifié de façon à :

18. encourager fortement l'utilisation de lettres-contrats comme façon privilégiée de :
 - a) définir et déterminer la nature et la portée de la relation avocat-client; et
 - b) les attentes des avocats et des clients quant à leur relation.

Remarques

Les lettres-contrats garantissent que l'avocat et le client ont une même compréhension des attentes à l'égard de leur relation. En fixant les conditions de l'engagement, les lettres-contrats favorisent un meilleur service au client et réduisent le risque de différends.

Une lettre-contrat ne doit pas nécessairement être longue ou complexe. Souvent, une simple lettre suffira, précisant ce que l'avocat fera pour le client et les honoraires qui seront demandés. Une lettre-contrat peut aussi clarifier, selon le cas, la latitude qu'aura l'avocat de représenter d'autres clients en l'absence de tout intérêt conflictuel et prévenir tout effet réel et défavorable sur la représentation en convenant d'avance de la latitude qu'aura l'avocat d'agir contre le client dans des dossiers différents.

Lorsqu'une lettre-contrat contient ce genre d'autorisation anticipée à l'égard de dossiers différents, les avocats et leurs clients devraient s'attendre à ce qu'elle soit respectée.

Pour la plupart des avocats et dans la plupart des situations, les lettres-contrats devraient devenir un élément des formalités routinières d'ouverture de dossier.

En guise de supplément à son rapport et à ses recommandations, le Groupe de travail a préparé une trousse de documents modèles sur les conflits d'intérêts, y compris des lettres modèles et des listes de vérification. Cette trousse se trouve aux pages **193 à 269**. Les éléments suivants sont plus spécialement pertinents au présent chapitre.

| | |
|---|----------|
| Modèle de lettre-contrat (version détaillée) | Page 221 |
| Modèle de lettre-contrat (version abrégée) | Page 232 |
| Lignes directrices pour donner un avis juridique indépendant | Page 241 |
| Liste de vérification pour avis juridique indépendant – Générale | Page 242 |
| Liste de vérification pour avis juridique indépendant – Questions de droit de la famille | Page 244 |

Conclusion

La présentation de ce rapport et la trousse de documents modèles qui l'accompagnent marquent la fin de ce volet du mandat du Groupe de travail. Il reste beaucoup de travail à accomplir. Avec l'approbation et l'appui du Conseil de l'ABC, les recommandations contenues dans ce rapport seront transformées en règles et commentaires dans le Code de déontologie professionnelle de l'ABC.

Le Code de l'ABC tient compte des avis mûrement réfléchis d'éminents juristes canadiens et est une référence pour les membres de l'ABC, les tribunaux et les organes directeurs de la profession. En revanche, il n'est ni obligatoire ni exécutoire. Seuls les organes directeurs des avocats sont habilités à exiger l'observation des normes professionnelles qu'ils fixent dans leurs propres codes de déontologie.

La Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada est l'organisme national de coordination des barreaux du Canada. Nous avons communiqué avec elle dès que nous avons entamé notre travail. Nous savons que la Fédération prépare un code de déontologie modèle et nous l'avons tenue au courant de nos progrès en ce qui concerne la question des conflits. Nous recommandons que le présent rapport soit officiellement présenté à la Fédération pour qu'elle en tienne compte et nous espérons qu'il aidera à orienter ses délibérations.

Pendant les consultations, quelques répondants ont fait valoir que les points de vue préliminaires du Groupe de travail ne pourraient pas devenir les règles applicables puisque les tribunaux avaient déjà tranché les questions. Nous apprécions ce commentaire, mais ne l'acceptons pas entièrement. Premièrement, comme il en a été longuement question dans le chapitre sur les intérêts conflictuels, certains éléments de la situation actuelle face aux conflits proviennent de remarques incidentes et peuvent encore être raffinés. Ensuite, nous croyons que notre analyse du droit dans d'autres régimes et au Canada indique une voie à suivre qui s'appuie sur la jurisprudence et ne la contredit pas.

Nous croyons également qu'il est absolument opportun que les barreaux, les tribunaux et la profession juridique entament un dialogue sur les règles opportunes en matière de conflits, en tenant compte des règles, des précédents et des groupes de travail. Les points de vue, l'expertise et les rôles peuvent varier, mais les valeurs, la finalité et les buts sous-jacents sont les mêmes. La pratique éthique du droit s'appuyant sur des principes et des règles cohérentes est essentielle à notre système de justice et à l'intérêt public.

Tout au long de sa tâche, le Groupe de travail a gardé bien en vue la nécessité de maintenir les normes élevées de la profession juridique et l'intégrité du système de justice. Nous avons cherché, face aux problèmes pratiques qui entourent les règles actuelles sur les conflits, des solutions garantissant aux clients de pouvoir choisir leur avocat et aux avocats de disposer d'une mobilité raisonnable dans la profession juridique.

Le dialogue et la discussion qui, nous l'espérons, suivront la publication de ce rapport ne pourront servir qu'à faire mieux comprendre les règles actuelles sur les conflits et susciter la réflexion sur les améliorations possibles que suggèrent nos recommandations. Nous considérons comme un honneur d'avoir pu servir la profession et le public par ce travail.

RECOMMANDATIONS

Que l'ABC :

19. entreprenne le travail nécessaire afin de rédiger des règles et observations pour le Code de déontologie professionnel de l'ABC à partir des recommandations du Groupe de travail;

Remarques

Les règles et commentaires concernant les écrans qui se trouvent dans les codes de déontologie des avocats favorisent l'intégrité des écrans et la protection des renseignements confidentiels. Il serait utile que les associations professionnelles représentant les employés professionnels, spécialisés et administratifs reconnaissent également l'importance des écrans et de leur respect par leurs membres.

20. porte la recommandation 11, concernant le déplacement des employés professionnels, spécialisé et administratif à un cabinet différent, à l'attention de leurs associations professionnelles respectives afin que ces dernières puissent adopter des provisions analogues dans leurs codes de déontologie;
21. transmette le Rapport du Groupe de travail à la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada pour que cette dernière le consulte lors de l'élaboration d'un modèle de code de déontologie, en soulignant l'importance d'avoir des règles uniformes sur les conflits d'intérêts en place partout au Canada.

Remarques

Le fait que les règles en matière de conflits soient cohérentes partout au Canada aidera les avocats au moment de les interpréter et de les mettre en œuvre, et aidera les clients à comprendre quelles normes éthiques s'appliquent à la relation avocat-client.

Annexe 1

Jurisprudence citée et bibliographie

Lois

Loi sur l'aide juridique, L.R.Q., c. A-14.

Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles, L.C. 2005, ch. 46.

Loi sur la Société d'aide juridique du Manitoba, art. 20(2), C.P.L.M. c. L105.

Loi sur le Barreau, L.R.Q., c. B-1, art. 15.

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. (1985), ch. C-36.

Jurisprudence

Ainsworth Electric Co. v. Alcatel Canada Wire Inc., 1998 CanLII 14845.

A.K. Film Ltd. Partnership v. Gallery Pictures Inc., [1996] O.J. No. 1741.

Alcan Inc. v. Farris, Vaughan, Wills & Murphy [2004] 9 W.W.R. 617.

Alstom Canada Inc. v. Ace Ina Insurance Co., 2002 IIJCan 5694.

Apex Oil Co. v. Wickland Oil Co., US Dist. Lexis 6398 (E.D. Calif., 1995).

Banai Management Inc. v. Baghai Development Inc., [2004] O.J. No. 261.

Bank of Montreal v. Dresler, (2002), 224 D.L.R. (4th) 337.

Baumgartner v. Baumgartner (1995), 122 D.L.R. (4th) 542.

BET-Mur Investments Limited v. Spring et al. (1994), 20 O.R. 417.

BET-Mur Investments Limited v. Spring et al. (1999), 41 O.R. (3d) 800.

Bezzeg v. Bezzeg (1994), 33 C.P.C. (3d) 94.

Boissonneault v. Lessard, J.E. 98-981.

Bolkiah v. KPMG, [1999] 2 AC 222.

Bramalea Inc. v. KPMG (1998) 22 CPC (4th) 353.

Bristol & West Building Society v. Mothew [1998] Ch. 1 (C.A.).

Brooklyn Navy Yard Cogeneration Partners LP v. Superior Ct (Parsons Corp.), 60 Cal. App. 4th 248 (Cal. Ct App. 1997).

- Brookville Carriers Flatbed GP Inc. v. Blackjack Transport Ltd.* 2008 NSCA 22 (CanLII).
- Canadian Pacific Railway Co. v. Aikins, MacAulay, Thorvaldson*, [1998] M.J. No. 77.
- Can. Aero c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592.
- Chapters Inc. v. Davies, Ward & Beck LLP* (2001), 52 O.R. (3d) 566.
- Chern v. Chern*, 2006 ABCA 16.
- Chiefs of Ontario v. Ontario* (2003), 63 O.R. (3d) 335.
- Children's Lawyer for Ontario v. Goodis* (2005), 75 O.R. (3d) 309.
- Chippewas of Kettle & Stony Point v. (Canada (Attorney General))*, (1993) 17 C.P.C. (3d) 5.
- Choukalos Woodburn McKenzie Maranda Ltd. v. Smith, Lyons, Torrance, Stevenson & Mayer*, [1994] B.C.J. No. 1660.
- Côté c. Rancourt*, [2004] 3 R.C.S. 248.
- Credit Union Central of Ontario Limited v. Heritage Property Holdings Inc. et al.* (2007), CanLII 16821.
- Dalgleish v. Dalgleish* [2001] O.J. No. 2187.
- David Lee & Co. (Lincoln) Ltd. v. Coward Chance (A Firm)* [1991] Ch. 259.
- Davies v. Davies* [2000] 1 F.L.R. 39.
- Davies Ward & Beck v. Baker and McKenzie* (1998) 40 O.R. (3d) 257.
- De Beers Canada Inc. v. Shore Gold Inc.*, [2006] 8 W.W.R. 124.
- De Guzman v. de la Cruz*, [2004] B.C.J. No. 72 (S.C.).
- Dobbin v. Acrohelipro Global Services Inc.* (2005), 246 Nfld. & P.E.I.R. 177.
- Dobbin v. Conway* (2005), 246 Nfld. & P.E.I.R. 177.
- Dreco Energy Services Ltd. v. Wenzel Downhole Tools Ltd.* [2006] ABQB 718 (CanLII).
- Farrington v. Rowe McBride & Partners* [1985] 1 NZLR 83.
- Feherguard Products Ltd. c. Rocky's of B.C. Leisure Ltd.*, [1993] 3 C.F. 619, 54 C.P.R. (3d) 545.
- First Property Holdings Inc. v. Beatty* [2003] O.J. No. 2943.
- Ford Motor Co. of Canada, Ltd. v. Osler, Hoskin & Harcourt* (1996), 131 D.L.R. (4th) 419.
- Friesen v. Gimli & District Métis Association Inc.* (1997), 120 Man. R. (2d) 226.
- Gainers Inc. v. Pocklington* (1995), 29 Alta L.R. (3d) 323.
- Gaylor v. Galiano Trading Co.* (1996), 29 B.L.R. (2d) 162.
- GMP Securities Ltd v. Stikeman Elliott LLP* (2004), 71 O.R. (3d) 461.
- Gottschlich v. Gottschlich*, [2000] A.J. No. 696.

- Gottschlich v. Gottschlich*, [2001] 8 W.W.R. 667.
- Great American Insurance Company v. General Contractors & Construction Management Inc. et al.*, 2008 U.S. Dist. LEXIS 37015 (USDC, S.D. Fla. 2005).
- Greater Vancouver Regional District v. Melville* [2007] 9 W.W.R. 451.
- G.W.L. Properties Ltd v. W.R. Grace & Co. of Canada Ltd* [1992] 5 W.W.R. 76.
- Hem Mines Ltd. N.P.L. v. Omax Resources Ltd.* (2003), 38 B.L.R. (3d) 146.
- Hilton v. Barker Booth and Eastwood (a firm)* [2005] 1 WLR 567.
- Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377.
- Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.* (1984), 156 C.L.R. 41, page 97.
- In the Matter of the Universal Market Integrity Rules and Credit Suisse First Boston Canada Inc.*, conf. 27/27 O.S.C.B. (2 juillet 2004) (O.S.C.).
- J-Star Industries Inc. c. Berg Equipment Co. (Canada) Ltd.* [1992] 3 C.F. 639.
- James v. Vogue Developments (Phase II) Inc.*, [2000] O.J. No. 4107 (S.C.J.).
- Jones v. Rabanco, Ltd.* 2006 U.S. Dist. LEXIS 53766 (W.D. Wash., 3 août 2006).
- Kabi Pharmacia AB v. Alcon Surgical, Inc.*, 803 F.Supp. 957 (D. Del. 1992).
- Kelly v. Cooper* [1993] A.C. 205 (P.C.).
- King v. Arnett*, 2006 ABQB 639.
- Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574.
- Le Soleil Hotel & Suites Ltd. v. Le Soleil Management Inc.* 2007 BCSC 1748.
- Loiselle v. Fortier*, [1995] D.D.O.P. 177 (T.P.).
- Manville Canada Inc. v. Ladner Downs* (1992), 63 B.C.L.R. (2d) 102.
- Marks & Spencer plc v. Freshfields Bruckhaus Deringer* [2004] EWCA Civ 741.
- Metro Inc. c. Regroupement des marchands actionnaires Inc.*, [2004] RJQ 2265.
- Moffat v. Wetstein* (1996), 135 D.L.R. (4th) 298.
- Morrison Knudsen Corp. v. Hancock, Rothert & Bunshoft, LLP* 69 Cal. App. 4th 223 (Cal. Ct App. 1999).
- Mottershead v. Burdwood Bay Settlement Co.*, [1991] B.C.J. No. 2554.
- Normerica Inc. v. 1406716 Ontario Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 464.
- Ocelot Energy Inc. v. Jans* [1998] 8 W.W.R. 708, 165 Sask. R. 252.
- Oxner and Keddy Estate v. National Life Insurance of Canada*, (2006), 244 N.S.R. (2d) 356.
- Poehler v. Langer* [1999] B.C.J. No. 217.

- Prakash v. Jain* [1998] O.J. No. 412.
- Prince Edward Island v. Simmonds*, [2007] 265 Nfld. & P.E.I.R. 337.
- R. c. Henry*, [2005] 3 R.C.S. 609.
- R. v. Le*, [2001] A.J. No. 323.
- R. c. Neil*, [2002] 3 R.C.S. 631.
- Rakusen v. Ellis, Munday & Clarke* [1912] 1 Ch. 831 (C.A.).
- Rayner v. Enright* (1993), 20 C.P.C. (3d) 269 (Sask.Q.B.).
- R.B.L. Management Inc. v. Royal Island Development Inc.*, 2007 BCSC 674.
- Re a Firm of Solicitors*, [1992] QB 959, [1992] 1 All ER 353 (CA).
- Re Credit Suisse First Boston Canada Inc.* (2004), 2 B.L.R. (4th) 109 (O.S.C.).
- Regina and Speid* (1984), 8 C.C.C. (3d) 18 (O.C.A.).
- Research Corporation Technologies, Inc. v. Hewlett-Packard Company*, 936 F. Supp. 697 (USDC, Ariz. 1996).
- R.H. Donnelly Corp. v. Sprint Publishing and Advertising*, US Dist. Lexis 2363 (N.D. Ill., 1995).
- Roadrunner Apparel Inc. v. Gendis Inc.* [2007] 3 W.W.R. 459.
- Robertson v. Slater Vecchio*, 2007 BCSC 987 (CanLII).
- Robertson v. Slater Vecchio*, [2007] B.C.J. No. 2359 (C.A.).
- Saint John Shipbuilding Ltd. v. Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.* (2002), 251 N.B.R. (2d) 102.
- Salomon v. Salomon* [1897] A.C. 22 (H.L.).
- Services environnementaux Laidlaw (Mercier) Ltée. c. Procureur général du Québec* [1995] R.J.Q. 2393 (C.A.).
- Schober v. Walker* [2003] B.C.J. No. 1161.
- Sharpe v. Sharpe* [1996] 4 W.W.R. 438.
- Skye Properties Ltd. v. Wu*, (2002), 58 O.R. (3d) 154 (Div. Ct.), [2003] O.J. No. 3481.
- Skye Properties Ltd. v. Wu*, [2004] O.J. No. 3948 (C.A.).
- Smith v. Salvation Army in Canada* (2000), 50 C.P.C. (4th) 331.
- Spincode Pty Ltd v. Look Software Pty Ltd & Ors* [2001] VSCA 248.
- Stanley v. Advertising Directory Solutions Inc.* 2007 BCSC 1125 (CanLII).
- Stewart v. Canadian Broadcasting Corporation* (1997), 150 D.L.R. (4th) 24.
- Stoneman v. Gladman* [2003] O.J. No. 2676 (Div. Ct.).

- Strother c. 3464920 Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 177.
- Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S.. 1235.
- SWS Financial Fund A. v. Salomon Bros, Inc.*, 790 F. Supp. 139 (USDC,Dale, ND Ill).
- Szarfer v. Chodos* (1986), 54 O.R. (2d) 663 (H.C.).
- Szarfer v. Chodos* (1988), 66 O.R. (2d) 350 (C.A.).
- Teleglobe USA Inc. v. BCE Inc. (In re Teleglobe Communications Corp.)* F. 3d (3d Cir.) 2007.
- The Prudential Insurance Company of America, et al v. Anodyne, Inc., et al.*, 365 F. Supp. 2d 1232 (USDC S.D. Fla. 2005).
- Toddglen Construction Ltd v. Concord Adex Developments Corp.* [2004] O.J. No. 1788 (Protonotaire).
- TransCanada Pipelines Ltd v. Nova Scotia (Attorney General)* (2000), 188 N.S.R. (2d) 14.
- Trizec Properties Ltd v. Husky Oil Ltd* (1997) 15 C.P.C. (4th) 346.
- Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, 98 F. Supp. 2d 449 (USDC, Dale, SDNY).
- URS Corp. v. Earth Tech., Inc.*, 2006 Cal. App. Lexis 11349 (Cal. App. 19 décembre 2006).
- Vance v. Polland* (2005), 136 A.C.W.S. (3d) 597.
- Visa U.S.A., Inc. v. First Data Corp.* 241 F.Supp.2d 1100 (N.D. Cal. 2003).
- Waxman v. Waxman* (2004), 44 B.L.R. (3d) 165, 186 O.A.C. 201.
- Westinghouse Electric Corp. v. Kerr-McGee Corp* 580 F.2d 1311 (7th Cir.).
- Worldspan, L.P. v. Sabre Group Holdings, Inc.* 5 F.Supp.2d 1356, 1360 (N.D.Ga. 1998).

Documentation – Monographies et articles

- American Bar Association. “ABA Formal Opinion 95-390: Conflicts of Interest in the Corporate Family Context” (Chicago: American Bar Association, 1995).
- American Bar Association. “ABA Model Rules of Professional Conduct” (Chicago: American Bar Association, 1983).
- American Law Institute. “Restatement of the Law Third, Agency” (Philadelphia: American Law Institute, 2006).
- American Law Institute. “Restatement of the Law Second, Agency” (Philadelphia: American Law Institute, 1958).
- Association du Barreau canadien. “Canons of Legal Ethics” (Ottawa : Association du Barreau canadien, 1920).
- Association du Barreau canadien. « Code de déontologie professionnelle » (Ottawa : Association du Barreau canadien, 2006).

Association du Barreau canadien. « L'inhabilité en matière de conflit d'intérêts : La cause *Martin c. Gray* et les dispositifs d'isolement » (Ottawa : Association du Barreau canadien, 1993).

Barreau du Haut-Canada. « Code de déontologie » (2000), en ligne : Barreau du Haut-Canada <<http://www.lsuc.on.ca/fr/lawyer-regulation/a/rules-of-profes-cond/>>.

Barreau du Haut-Canada. « Rapport final du Groupe de travail sur les juristes autonomes et les petits cabinets » (2006), en ligne : Barreau du Haut-Canada <www.lsuc.on.ca/media/convmar06_solepracfinal.pdf>.

Barreau du Nouveau-Brunswick. « Code de déontologie professionnelle » (2006), en ligne : Barreau du Nouveau-Brunswick <http://www.lawsociety-barreau.nb.ca/assets/documents/Code_of_professional_conduct_March_2006.pdf>.

Bender, Mark. "Taking up the Cudgels: When may a lawyer act against a former client?", (2006) 13 Murdoch University Electronic Journal of Law 2.

Bureau de la concurrence du Canada. « Les professions autoréglementées - Atteindre l'équilibre entre la concurrence et la réglementation » (Ottawa, décembre 2007).

Chambliss, Elizabeth. "The Professionalization of Law Firm In-House Counsel" (2006) 84 North Carolina Law Review 1515.

Chester, Simon. "Conflicts of Interest" in Derek Lundy, *Barristers & Solicitors in Practice*, loose-leaf (Toronto & Vancouver : Butterworths, 1998), §10.52.

Chester, Simon. "The Conflict Revolution – *Martin v. Gray* and Fifteen Years of Change", document préparé pour le cabinet Heenan Blaikie.

Davis, Anthony E. "Professional Responsibility: Effective Waivers of Conflicts" *New York Law Journal* (1^{er} mai 2006).

Davis, Anthony E. "Professional Responsibility: Permissible Advance Waivers" *New York Law Journal* (12 septembre 2005).

DeMott, Deborah. "Disloyal Agents" (2007) 58 Alabama Law Review 4.

Edelman, James. "Unanticipated fiduciary liability" (2008) 124 *Law Quarterly Review* 21.

Goubran, Sandro. "Conflicts of Duty: The Perennial Lawyers' Tale – A Comparative Study of the Law in England and Australia" (2006) 31(1) Melbourne University Law Review 88.

Hutchinson, Allan C. *Who are "Clients"?* (And Why It Matters) (2005), 84:3 Can. Bar Rev. 411.

Laby, Arthur B. "Resolving Conflicts of Duty in Fiduciary Relationships", (2004) 54 American University Law Review 75.

Law Council of Australia, "Model Rules of Professional Conduct" (2002), en ligne : Law Council of Australia <<http://www.lawcouncil.asn.au/policy/1957352449.html>>.

Law Society of Alberta, "Code of Professional Conduct" (2007), en ligne : Law Society of Alberta <<http://www.lawsocietyalberta.com/resources/codeProfConduct.cfm>>.

- Law Society of British Columbia, “Professional Conduct Handbook” (2007), en ligne :
Law Society of British Columbia
<http://www.lawsociety.bc.ca/publications_forms/handbook/handbook_toc.html>.
- Law Society of British Columbia, “Report of the Small Firm Task Force” (2007), en ligne :
The Law Society of British Columbia
<www.lawsociety.bc.ca/publications_forms/report-committees/docs/SmallFirmTF.pdf>.
- Law Society of Newfoundland and Labrador, “Code of Professional Conduct” (1998), en ligne :
Law Society of Newfoundland and Labrador <<http://www.lawsociety.nf.ca/code/code.asp>>.
- Law Society of Saskatchewan, “Code of Professional Conduct” (1991), en ligne :
Law Society of Saskatchewan <<http://www.lawsociety.sk.ca/code.htm>>.
- McGhee, John (sous la direction de). *Snell’s Equity*, 31st ed. (London: Sweet & Maxwell, 2006).
- McKenzie, Gavin. *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline*,
feuillets mobiles (Toronto : Thomson Carswell, 2007).
- Melnitzer, Julius. “Conflicts: No Exit” *Lexpert Magazine* (Mai 2005), page 67.
- Nova Scotia Barristers’ Society, “Legal Ethics and Professional Conduct Handbook” (2007),
en ligne : Nova Scotia Barristers’ Society <<http://www.nsbs.org/legalethics/toc.htm>>.
- Société du Barreau du Manitoba, « Code de déontologie professionnelle » (2002), en ligne :
Société du Barreau du Manitoba
< http://www.lawsociety.mb.ca/code_and_rules/code_contents_fr.htm>.
- Wolfram, Charles W. “Legal Ethics: Corporate-Family Conflicts” (1999), 2 J. *Inst. Stud. Leg. Ethics* 295.
- “The 1990’s and the Mega-Firms” *Canadian Lawyer Magazine* (Mars 1989).

Documentation secondaire – Statistiques

- Barreau du Québec, « Rapport annuel 2006-2007 », en ligne : Le Barreau du Québec <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/rapports-annuels/2006-2007.pdf>>.
- Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, « 2006 – Statistiques des ordres professionnels de juristes », en ligne : Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada < <http://www.flsc.ca/fr/pdf/statistics2006.pdf>>.
- Lexpert, “The 30 Largest Law Firms in Canada” *Lexpert Directory* (2008), en ligne : Lexpert
<<http://lexpert.ca/Directory/files/1-Canada-Top30Firms.pdf>>.
- Statistique Canada, « Recensement 2006 », en ligne :
<<http://www12.statcan.ca/français/census/index.cfm>>.

Autres ressources – Documents émanant du Groupe de travail

Association du Barreau canadien, « Comment tracer une ligne de démarcation nette? Traiter le conflit d'intérêts dans la foulée de l'arrêt *R c. Neil* », Cours en ligne du programme national de formation juridique permanente (22 mars 2006).

Groupe de travail de l'ABC sur les conflits d'intérêts, "Developing an Effective and Practical Conflict of Interest Regime" (Octobre 2007), en ligne : Association du Barreau canadien <http://www.cba.org/CBA/groups/pdf/conflicts_background.pdf>.

Groupe de travail de l'ABC sur les conflits d'intérêts, « Difficultés pratiques que posent les règles actuelles sur les conflits d'intérêts » (Octobre 2007), en ligne : Association du Barreau canadien <http://www.cba.org/CBA/groups/pdf/consultation_paper_final.pdf>.

Groupe de travail de l'ABC sur les conflits d'intérêts, « Rapport de consultation » (Mars 2008), en ligne : Association du Barreau canadien
< http://www.cba.org/CBA/groups/pdf/consultation_report.pdf>.

Annexe 2

Groupe de travail de l'ABC sur les conflits d'intérêts – Rapport de consultation, mars 2008

À l'automne 2007, les membres de l'ABC ont été appelés à communiquer leurs commentaires au Groupe de travail de l'ABC sur les conflits d'intérêts. Ils ont été invités à participer à des activités spéciales et réunions de divisions organisées partout au pays et à visiter le site Web de l'ABC en vue de répondre aux questions présentées dans le document de consultation « Difficultés pratiques que posent les règles actuelles sur les conflits d'intérêts ».

Le présent document est un bref rapport sur ce que le Groupe de travail a entendu durant cette consultation. À la lumière de ces commentaires, le Groupe de travail s'emploie à préparer un rapport au Conseil d'ici la conférence annuelle d'août.

Contexte

Rappelons d'abord la composition et le mandat du Groupe de travail.

L'ABC a constitué le Groupe de travail de l'ABC sur les conflits d'intérêts en mars 2007, à la lumière des indications de plus en plus nombreuses que les règles actuelles sur les conflits d'intérêts produisent pour les clients et leurs avocats des conséquences importantes et sans doute imprévues.

Le Groupe de travail réunit 15 personnes représentatives de l'ensemble des membres de l'ABC, provenant de cabinets de toutes tailles, de milieux tant ruraux qu'urbains et de divers genres de pratique, y compris des conseillers juridiques d'entreprises. Un membre de la Fédération des ordres professionnels de juristes assure la liaison avec les organismes de réglementation qui régissent la profession juridique.

Le mandat du Groupe de travail consiste à :

1. proposer à la profession des lignes directrices pratiques visant
 - a. la mise en application du devoir de loyauté,
 - b. le recours à des modifications ou renonciations opportunes au devoir;

2. examiner la portée et le contenu que devraient avoir les lettres-mandats;
3. proposer à la profession des lignes directrices sur l'application du devoir de confidentialité, abordant notamment les questions de la connaissance présumée et de la pertinence des renseignements.

Le Groupe de travail a entamé son travail en considérant l'envergure des problèmes de conflits et les solutions possibles. Un document de consultation a été rédigé pour susciter la discussion et recueillir les réactions à divers points de vue préliminaires du Groupe de travail.

Le document de consultation présente de l'information sur le droit en matière de conflits au Canada aujourd'hui – à la lumière des arrêts *Neil* et *Strother* – ainsi que les points de vue préliminaires du Groupe de travail sur une interprétation plus pratique des devoirs de loyauté et de confidentialité.

Le document de consultation pose 15 questions devant permettre au Groupe de travail de mieux comprendre les répercussions qu'ont aujourd'hui pour les juristes les règles sur les conflits. Les questions sont aussi destinées à recueillir les idées des répondants sur des moyens de résoudre les problèmes qu'ils connaissent¹.

Le document de consultation a été publié dans le site Web de l'ABC en octobre 2007, et un message électronique a été envoyé à tous les membres pour les inviter à le lire et à répondre aux questions. L'échéance fixée pour la participation à la consultation était le 29 novembre 2007.

En plus des réponses détaillées aux questions fournies par presque 300 personnes, le Groupe de travail a reçu des lettres de cabinets d'avocats, d'organismes d'aide juridique, de ministères de la Justice et d'autres encore. Il a aussi reçu des commentaires de centaines de personnes dans le cadre des réunions.

Vue d'ensemble des commentaires

Les membres de l'ABC qui se sont exprimés ont été clairs sur ce que les règles actuelles sur les conflits d'intérêts créent des obstacles inutiles à l'accès des clients à un avocat et, pour les avocats, elles sont difficiles à interpréter et appliquer. Quel que soit le type de pratique, la taille du cabinet ou la région du pays où l'avocat travaille, les réponses aux questions de la consultation étaient homogènes. La grande majorité de répondants trouvent que les règles actuelles doivent être changées. Ils ont utilisé pour les décrire des termes tels que « pas pratiques », « perturbatrices » ou « irréalistes ».

Un cabinet d'avocats a écrit ceci :

[TRADUCTION]

« Les règles actuelles sur les conflits d'intérêts sont source de confusion et excessivement rigides, et il y a de nombreuses questions de la pratique quotidienne qu'elles ne règlent pas. Nous croyons que les règles ont besoin d'un raffinement et d'une clarification. »

Des avocats de petites collectivités et du Nord canadien ont indiqué que les règles actuelles sur les conflits compliquent la tâche de certains citoyens à la recherche d'un avocat qui les représentera. Des avocats spécialisés, par exemple dans le droit de la concurrence ou le droit des Autochtones, ont indiqué une difficulté semblable pour les clients, précisant qu'en raison d'un bassin limité d'avocats, il peut être difficile pour un client de trouver un avocat qui n'est pas disqualifié en raison des règles sur les conflits.

[TRADUCTION]

« Les règles actuelles sur les conflits limitent le choix d'avocats du client et, dans certains cas, retardent l'intervention d'un avocat qui pourrait être nécessaire à titre urgent. »

Un prestataire d'aide juridique a écrit ceci :

[TRADUCTION]

« Il est impératif que des lignes directrices sur l'éthique et la procédure soient élaborées afin de permettre à la profession juridique d'offrir des services de portée limitée et d'avocat de service. »

Sans ces lignes directrices, le correspondant affirme que l'accès à la justice sera exposé à un risque accru.

Les répondants ont aussi indiqué trouver que les règles actuelles sont inutilement complexes et difficiles à appliquer.

[TRADUCTION]

« Une clarification des règles et une actualisation tenant compte des réalités contemporaines de la pratique élimineraient une grande source de tensions pour les avocats. Ce serait un changement opportun. »

Tous les répondants ne sont pas d'avis que les règles sur les conflits devraient être modifiées. Certains ont déclaré que les règles actuelles sont adéquates, et que ce serait une mission impossible que de tenter de les changer. Certains pensent que la quête de règles différentes pourrait être perçue comme étant intéressée.

[TRADUCTION]

« À mon avis, la préoccupation essentielle devrait être la protection des clients et de l'intégrité de la profession juridique, et non l'atténuation des inconvénients et la protection des possibilités d'affaires des cabinets d'avocats. »

Quelques autres répondants pensent que des problèmes surviennent parce que les règles ne sont pas appliquées uniformément dans différents cabinets et il manque de clarté quant à ce qui est requis.

[TRADUCTION]

« Je ne crois pas que les règles aient nécessairement besoin d'être changées. Le grand problème est que personne ne semble les comprendre. »

Les répondants ont montré un très vif intérêt envers les modèles et listes de vérification proposés dans le document de consultation.

Ils ont aussi appuyé une révision des *Lignes directrices sur les conflits d'intérêts découlant d'un changement de cabinet* de l'ABC, cherchant davantage d'indications sur une vaste gamme de situations de changement du lieu de travail y compris les changements du lieu de travail entre instances gouvernementales, les détachements, les changements du lieu de travail conseillers juridiques d'entreprises, le travail *pro bono* et le retour de juges à l'exercice du droit.

Les réponses au questionnaire de consultation et les interventions aux réunions de consultation traduisent toutes un grand intérêt de la part des membres en faveur d'une clarification des règles sur les conflits et de certaines nuances précises afin d'atténuer des situations problématiques qui surviennent régulièrement dans toutes les pratiques.

Thèmes

La consultation demandait des commentaires précis sur les trois volets du mandat du Groupe de travail : le devoir de loyauté, le devoir de confidentialité et l'utilisation de lettres-mandats. Certains thèmes sont ressortis à l'égard de chacune des trois questions.

Clients avertis et clients de longue date

De nombreux répondants ont fait une distinction entre clients individuels qui demandent des conseils juridiques et clients avertis qui travaillent fréquemment avec des avocats, retiennent des avocats de différents cabinets pour différentes tâches ou qui ont des conseillers juridiques d'entreprises. Ils estiment que les protections nécessaires pour les clients individuels semblent moins impérieuses pour les institutions, les gouvernements et les grandes sociétés, mais perçoivent un avantage à préciser les déclarations d'ordre général faites par les tribunaux dans les affaires *Neil et Strother*. Comme l'a écrit un des répondants :

[TRADUCTION]

« Lorsqu'un client est représenté par un avocat interne, je crois que le niveau de protection devrait être différent que quand il s'agit de personnes peu averties. »

Les répondants ont aussi noté des différences dans le genre de relations avocat-client lorsqu’un avocat voit un client pour une affaire de routine comme un testament, un transfert de propriété ou le dépôt de documents auprès du gouvernement, ou lorsqu’un avocat et un client ont une relation à long terme visant une variété d’affaires sur une période prolongée.

Les avocats qui en viennent à connaître intimement les affaires d’un client, qui savent ce qui motive le client et qui participent à des discussions stratégiques sont perçus comme ayant un type différent de relation avocat-client. Certains répondants ont fait valoir qu’il est raisonnable que les clients aient de plus grandes attentes en matière de loyauté et de confidentialité de la part de ces avocats.

Les conseillers juridiques d’entreprises qui ont répondu à la consultation avaient des préoccupations particulières. Ils ont mis en garde contre la présomption que les entreprises clientes sont homogènes. Ils préconisent en général à l’égard des conflits une approche pratique et souple qui cadrerait avec la réalité de leur type de pratique.

Les avocats doivent souvent répondre à la question « Qui est mon client? ». Les avocats du gouvernement ont parlé des difficultés particulières que cette question leur crée dans le contexte des règles sur les conflits.

Relation avocat-client accidentelle

De nombreux avocats s’inquiètent de ce que les règles actuelles sur les conflits augmentent la possibilité d’être par inadvertance considéré comme l’avocat d’une personne et d’être soumis en conséquence à des obligations non recherchées. Ils ne veulent pas être tenus à des devoirs de loyauté ou de confidentialité sans un acte délibéré de leur part.

[TRADUCTION]

« Une relation avocat-client devrait être consciente, délibérée et mutuelle. »

Ils s’inquiètent aussi du risque d’un recours tactique à un appel téléphonique ou un processus d’appel d’offres pour exclure un avocat d’un dossier.

[TRADUCTION]

« Un appel téléphonique de cinq minutes sans formalités ne devrait pas mener à une requête visant à exclure un procureur. »

« ... l’utilisation de concours de beauté comme moyen technique “de lier” des avocats est une réalité actuelle à laquelle il faut parer. »

Selon les perceptions, les règles actuelles sur les conflits d'intérêts créent un environnement d'incertitude pour les avocats. Ceux-ci s'inquiètent d'avoir d'importants devoirs envers des étrangers difficiles à identifier, voire inconnus. »

Grands cabinets / petits cabinets / avocats pratiquant seuls

Alors que certains enjeux entourant les conflits transcendent tous les types de bureaux d'avocats, les répondants ont soutenu que la réalité de la pratique dans un très grand cabinet d'avocats comporte de grandes différences par rapport à un petit cabinet ou un avocat pratiquant seul, et que les répercussions des règles sur les conflits sont donc ressenties différemment. Par exemple en ce qui concerne les règles sur la confidentialité, un des répondants a écrit ceci :

[TRADUCTION]

« La réalité est que la présomption d'un partage de renseignements est difficile à accepter dans le monde contemporain des grands cabinets où certains avocats n'ont jamais même rencontré leurs soi-disant "collègues" ou discuté avec eux, et encore moins partagé de l'information. »

Il n'en découle pas que les petits cabinets et les avocats pratiquant seuls sont à l'abri des répercussions produites par les problèmes de conflit. Au contraire, les avocats de plus petites pratiques, surtout dans les petites localités et les milieux ruraux ou isolés, indiquent qu'ils doivent constamment être vigilants quant au risque de conflit.

[TRADUCTION]

« Petite ville + peu de cabinets d'avocats = nombreux conflits. »

« Notre bureau de Yellowknife doit être plus attentif aux conflits possibles vu la taille de la collectivité. »

Les réponses données dans la consultation ne laissent aucun doute sur le fait que les problèmes face aux règles sur les conflits touchent tous les avocats, quel que soit leur lieu de travail.

Le devoir de loyauté

Cinq des questions de la consultation portaient expressément sur le devoir de loyauté.

Les conditions du mandat

Le Groupe de travail a présenté son point de vue préliminaire voulant que le devoir de loyauté doive être déterminé par les conditions et circonstances explicites ou implicites propres à chaque mandat.

De façon générale, les répondants ont appuyé cette conception, surtout lorsque la limitation du devoir de loyauté était expressément précisée dans un mandat écrit. Quelques répondants pensaient que la renonciation au devoir ne pouvait pas être générique, mais que le client aurait à donner son consentement éclairé en connaissant les détails des circonstances.

« Pour ce faire, les conditions et circonstances du mandat doivent être explicites dans un mandat écrit qui stipule qu'à la fin du mandat, qui lui aussi doit être explicite, que le devoir de loyauté de l'avocat envers son client se termine avec la fin du mandat, sous réserve de la protection des renseignements confidentiels. »

Certains répondants ne pensaient pas que les clients devraient pouvoir renoncer à leur droit à la loyauté de leur avocat.

Les répondants ont cerné une grande variété de facteurs qui pourraient être pertinents pour déterminer la portée du devoir de loyauté, y compris le degré de raffinement du client, les attentes du client, le type de travail effectué pour le client et la nature de l'information dont l'avocat dispose au sujet du client.

Pour quelques répondants, la confidentialité de l'information communiquée par le client à l'avocat serait un facteur clé pour déterminer la portée du devoir de loyauté.

Affaires non reliées

Étant entendu que l'information confidentielle devrait toujours être protégée, le Groupe de travail proposait qu'un avocat ou un cabinet d'avocats devrait pouvoir travailler pour un autre client dans une affaire opposée non reliée sans que ce soit nécessairement considéré comme un conflit d'intérêts relativement à un client existant. La plupart des répondants ont appuyé ce point de vue préliminaire du Groupe de travail.

Pour de nombreux répondants, le critère a trait aux répercussions qu'aurait pour un client le travail effectué pour un client ultérieur.

[TRADUCTION]

« Tant que le client ne subit pas de préjudice, il ne devrait y avoir aucun obstacle sur ce plan. »

Certains répondants s'inquiétaient de la capacité de l'avocat ou du cabinet d'avocats d'assurer une représentation zélée aux deux clients et de la perception du public qu'il pourrait y avoir du favoritisme pour un des clients.

[TRADUCTION]

« Je suis plutôt en désaccord avec le point de vue préliminaire. Comme il est probable qu'il y aurait un effet économique ou un effet en termes de perceptions publiques pour un des clients ou les deux,

je crois qu'il y aurait très peu de circonstances où un cabinet d'avocats pourrait représenter avec zèle les intérêts de chaque client sans que des doutes surviennent parmi les personnes en cause de côtés opposés et sans préoccupations quant à la loyauté du cabinet. »

Il y avait aussi des préoccupations chez certains répondants qu'il puisse être difficile de déterminer d'emblée qu'une affaire est à coup sûr « non reliée ».

Avant d'accepter de représenter un autre client dans une affaire non reliée, le consentement exprès d'un client est souvent considéré comme étant nécessaire lorsque les parties ont des intérêts opposés, lorsqu'il y a un risque de tort à un client ou lorsque l'affaire en cause est une réclamation directe contre le client.

En général, les répondants étaient le plus à l'aise avec une situation de mandat opposé lorsqu'elle concernait un avocat différent, dans un domaine de pratique différent, voire dans une différente région du pays. Il est jugé que ces circonstances sont les plus favorables pour assurer la confidentialité.

Limitation du devoir à la relation avocat-client

Le Groupe de travail a proposé que le devoir de loyauté devrait être limité à la personne ou l'entité avec laquelle l'avocat ou le cabinet a une relation avocat-client directe, par opposition à des membres de la famille, des bénéficiaires, des actionnaires ou des entités affiliées.

De nombreux répondants ont abondé dans le même sens. Ils ont souvent évoqué les grandes sociétés et la réalité d'aujourd'hui selon laquelle :

[TRADUCTION]

« ... certains de nos clients ont des centaines d'entités reliées. Nous ne pouvons même pas les connaître. Parfois, ils ne les connaissent pas non plus (ou vos interlocuteurs auprès de l'entité ne les connaissent pas). »

D'autres répondants pensaient qu'il serait parfois difficile de distinguer entre un client et un membre de la famille ou une société affiliée.

[TRADUCTION]

« Je ne suis pas entièrement d'accord. Il y a des circonstances où un membre de la famille ou une entité familiale est si intimement relié à l'objet du mandat qu'il faudrait en tenir compte en termes de conflits d'intérêts. »

Le type d'information confidentielle qu'un avocat peut détenir au sujet de l'entité reliée est encore une source de préoccupation pour certains répondants.

[TRADUCTION]

« Cela ne devrait pas s’appliquer sans consentement exprès si les entreprises sont des sociétés à capital fermé ou si les activités sont étroitement reliées. Si l’avocat ou le cabinet possède de l’information stratégique ou financière sur l’entreprise qui pourrait aussi être reliée à la société affiliée, il ne devrait y avoir aucun droit d’agir à l’encontre de l’affiliée sans consentement exprès. »

Devoir envers les quasi-clients

En ce qui concerne les obligations envers les quasi-clients, le Groupe de travail a présenté son point de vue préliminaire voulant que les devoirs de loyauté et de confidentialité doivent s’appliquer envers le client réel et non à leur clientèle, à leurs conseillers ou à leurs mandataires.

Cette prise de position a suscité un vaste appui. Encore une fois, certains répondants ont noté que dans certaines situations, il est très difficile de connaître toute l’étendue d’un grand client ou de savoir si une entité donnée fait partie du groupe, et donc il est trop difficile de gérer les conflits à cet égard.

Certains répondants ont fait valoir qu’il serait souhaitable d’examiner séparément le devoir de confidentialité et le devoir de loyauté envers les quasi-clients. Ils reconnaissent qu’un avocat peut détenir de l’information confidentielle sur la clientèle de son client, et qu’il en découle une obligation.

« En matière de devoir de loyauté, tout à fait d’accord. Toutefois, si l’avocat détient des informations confidentielles sur d’autres personnes que son client par l’entremise de ce dernier, celles-ci devraient également être protégées. »

En ce qui concerne le devoir de loyauté par contre, certains répondants croient qu’il devrait être limité aux clients avec lesquels il y a une relation avocat-client directe. D’autres ont écrit que le devoir de loyauté pourrait s’étendre aux quasi-clients lorsqu’ils ont fait suite aux conseils de l’avocat ou donné des instructions à l’avocat. Il y avait aussi des préoccupations quant à ce que des poursuites contre des mandataires ou conseillers qui pourraient être directement contraires aux intérêts immédiats du client seraient problématiques.

Selon certains répondants, dans la mesure du possible, il serait avantageux d’exprimer explicitement les conditions de la relation.

[TRADUCTION]

« Ceci revient à la question de savoir “Qui est mon client?” L’avocat doit agir de telle façon que les quasi-clients et non-clients comprennent clairement que l’avocat n’agit pas dans leur intérêt. »

Devoir envers les non-clients

Le point de vue préliminaire du Groupe de travail selon lequel le devoir de loyauté ne devrait pas s'appliquer aux non-clients a manifestement rallié les répondants. La plupart d'entre eux étaient entièrement d'accord. Ils s'inquiètent d'avoir des obligations envers une personne qui pose simplement une question lors d'une rencontre sociale, qui assiste à un exposé communautaire sur un sujet juridique ou qui communique avec un avocat en vue non pas véritablement de retenir ses services, mais de l'empêcher de représenter une partie adverse. Ils voudraient que les obligations entrent en jeu uniquement en conséquence d'un mandat, après qu'une personne est véritablement devenue un client.

[TRADUCTION]

« Bien qu'il puisse y avoir des circonstances extrêmes où le devoir de loyauté s'appliquerait à des non-clients, je ne vois pas lesquelles et je pense qu'une approche fondée sur un autre point de vue serait dangereuse et difficile à gérer. »

En général, en ce qui concerne le devoir de loyauté, les répondants étaient le plus souvent d'accord de limiter l'obligation lorsque le client a expressément donné son consentement et lorsqu'une nouvelle affaire n'est pas directement reliée au client. Ils étaient plus prudents au sujet des situations où l'avocat aurait eu accès à des renseignements confidentiels d'un client.

Le devoir de confidentialité

Dans l'affaire *Succession MacDonald c. Martin*, la Cour suprême a affirmé qu'« il y a fort à présumer que les avocats qui travaillent ensemble échangent des renseignements confidentiels ». La jurisprudence ultérieure à cet arrêt de 1990 a insisté sur le moment où sont mis en place des écrans déontologiques et sur l'évaluation des perceptions des clients quant à la possibilité d'une divulgation inopportune.

Deux questions de la consultation portaient sur des enjeux liés au devoir de confidentialité.

La présomption quant aux renseignements confidentiels

Le Groupe de travail demandait des commentaires sur la présomption voulant que des renseignements confidentiels aient été partagés, soutenant qu'une disqualification ne devrait pas être fondée sur une présomption et sur le moment auquel un écran déontologique a été mis en place, mais plutôt sur la question de savoir si des renseignements confidentiels ont ou non été mal utilisés ou communiqués.

Les répondants ont vivement appuyé l'approche du Groupe de travail. Certains d'entre eux ont fait remarquer que l'actuelle présomption irréfutable est « absurde », « injuste » et « contraire à la justice naturelle ».

Certains répondants pensaient qu’une déclaration assermentée d’un avocat affirmant qu’aucune communication ne s’était produite et que des mesures de protection étaient en place devrait suffire.

[TRADUCTION]

« L’avocat est un officier de justice. Une fausse déclaration assermentée mène à des conséquences évidentes et malheureuses pour l’avocat. J’accepterais la déclaration assermentée. »

D’autres répondants privilégiaient une approche différente, exigeant des preuves confirmant que des mesures, y compris le recours à des écrans électroniques, ont été prises pour prévenir la communication. Selon un petit nombre de répondants, des mesures indépendantes de l’avocat lui-même seraient avantageuses.

[TRADUCTION]

« La déclaration d’un avocat ne suffit pas. C’est là un exemple classique de situation où les intérêts des avocats sont en conflit. Une autre personne au cabinet chargée de mettre en place les écrans voulus devrait être appelée à confirmer que cela a été fait. »

Malgré l’appui accordé au point de vue du Groupe de travail selon lequel la présomption de communication devrait être réfutable, certains répondants ont signalé quelques situations où la présomption ne pourrait pas être réfutée. Ce serait le cas par exemple dans des situations où les avocats sont en étroite proximité, où il y a risque de préjudice et où des renseignements confidentiels sont en cause.

Le moment où sont mises en place des murailles de protection

De nombreux répondants étaient d’accord avec le point de vue préliminaire du Groupe de travail voulant que le moment où sont mises en place des murailles de protection ne doive pas servir à déterminer la présence d’un conflit s’il peut être prouvé qu’aucune communication de renseignements confidentiels ne s’est en fait produite. Selon eux, le facteur essentiel est de savoir si des renseignements confidentiels ont ou non été communiqués.

[TRADUCTION]

« La question clé est de savoir si des renseignements confidentiels ont effectivement été dévoilés ou non. Qu’un écran ait été mis en place à un moment particulier n’est pas la question essentielle et ne devrait pas être déterminant face à cette question. »

Cependant, d’autres répondants jugeaient que le moment est essentiel et qu’un délai donne lieu à des soupçons.

« Ce serait une invitation à la procrastination et ce ne serait pas dans le meilleur intérêt de la justice. Les murailles doivent être érigées rapidement si l'on reconnaît qu'elles constituent des moyens raisonnables pour protéger la divulgation des renseignements confidentiels. »

Toutes les réponses des répondants traduisent la conviction que la protection de la confidentialité du client est essentielle.

Mandats écrits

Le Groupe de travail suggérerait de considérer les mandats écrits (lettres-mandats) comme moyens de délimiter la portée de la relation avocat-client. Il demandait des commentaires sur les problèmes que pourrait poser l'exigence d'un mandat écrit.

Certains répondants se sont montrés favorables aux mandats écrits.

[TRADUCTION]

« Des mandats écrits ne nuiraient pas à ma pratique; de fait, ils amélioreraient sensiblement les relations de travail et ils faciliteraient la facturation. En outre, ils réduiraient les malentendus avec les clients. »

Plusieurs répondants ont affirmé qu'ils utilisent déjà des mandats écrits avec leurs clients et estiment que leur utilisation est bénéfique. D'autres étaient préoccupés de ce que des mandats écrits pourraient être problématiques lorsque le travail est urgent, et que leur utilisation pourrait offenser certains clients – surtout des clients avec lesquels une relation de travail existe de longue date.

[TRADUCTION]

« Lorsqu'il y a une longue relation avec un client, de nouvelles affaires surviennent d'elles-mêmes au fil du temps. Il pourrait être déconcertant dans la relation avec le client d'avoir à s'arrêter et dire : "Il s'agit d'une nouvelle affaire, donc nous avons besoin d'un nouveau mandat écrit." »

Certains répondants ont affirmé que des mandats écrits ne seraient pas toujours pratiques ou bienvenus, et que pour des affaires modestes ou répétitives, les mandats écrits peuvent ne pas valoir la peine.

Des préoccupations ont été exprimées que la rédaction d'un mandat écrit serait exigeante en temps et ajouterait au fardeau administratif ainsi qu'au coût global des services juridiques.

[TRADUCTION]

« Ce serait plus compliqué – cela coûterait du temps à mon client pour examiner et approuver. »

De nombreux répondants favorisaient une approche volontaire face aux mandats écrits, bien que certains répondants préféreraient une approche obligatoire afin « d'uniformiser les règles du jeu ».

[TRADUCTION]

« Mon cabinet a déjà une politique exigeant un mandat écrit pour chaque nouvelle affaire (peu importe que ce soit pour un nouveau client ou un client existant). Le seul problème que nous connaissons est la résistance de certains clients qui considèrent que le mandat écrit sert seulement l'intérêt de l'avocat et non le leur. Ils préféreraient ne pas avoir à s'en soucier, surtout que d'autres cabinets ne l'exigent pas. Ce problème serait supprimé si les mandats écrits devenaient obligatoires pour tous les avocats. »

Dans l'ensemble, les répondants reconnaissaient l'intérêt des mandats écrits et étaient en général favorables à ce qu'on insiste davantage sur leur utilisation.

Conclusion / Prochaines étapes

Le présent rapport ne présente qu'un bref aperçu des réponses abondamment détaillées reçues durant la consultation, sous forme soit de réponses écrites au questionnaire, soit de commentaires exprimés en personne aux diverses réunions de consultation qui ont été organisées.

Le Groupe de travail poursuit son étude soigneuse de tous les commentaires et reconsidère les points de vue préliminaires présentés dans le document de consultation à la lumière des commentaires reçus. Il prépare par ailleurs une trousse d'outils contenant des modèles de documents, ainsi qu'un rapport assorti de recommandations que les membres seront appelés à examiner à la conférence annuelle de l'ABC en août 2008 à Québec.

Les questions sur les projets du Groupe de travail peuvent être adressées à Joan Bercovitch, directrice principale, Affaires juridiques et gouvernementales, joanberc@cba.org, 800 267-8860 ou, dans la région d'Ottawa, 613 237-2925.

Difficultés pratiques que posent les règles actuelles sur les conflits d'intérêts

Questions de consultation

Question 1 – L'application des règles sur les conflits d'intérêts

Êtes-vous souvent aux prises avec des situations de conflits d'intérêts?

☐ Jamais ☐ Rarement ☐ Souvent ☐ Très souvent

Question 2 – Les conditions et les circonstances entourant le mandat

Il nous apparaît à première vue, qu'en règle générale, la portée du devoir de loyauté doit être délimitée par les conditions et les circonstances, explicites ou implicites propres à chaque mandat.

- (a) Qu'en pensez-vous?
- (b) Si cette approche est adoptée, quels seraient les facteurs pertinents? Par exemple, lorsque la portée d'une affaire est limitée?

Question 3 – Devoir de loyauté – Affaires non reliées

Il nous apparaît à première vue, que, lorsque les conditions s'y prêtent, un avocat ou un cabinet juridique devrait pouvoir agir dans une affaire non reliée concernant un autre client actuel, sans que cela soit considéré comme un conflit d'intérêts juridique ou une violation du devoir de loyauté. La confidentialité à l'égard du client doit évidemment être maintenue en tout temps et l'avocat ou le cabinet juridique doit toujours être en mesure d'assurer qu'il se consacrera à la représentation zélée des intérêts de ses clients actuels.

- (a) Qu'en pensez-vous?
- (b) Si cette approche est adoptée, pouvez-vous penser à des situations susceptibles de causer préjudice à un client ou de nuire à l'intérêt public, si un avocat pouvait agir contre un client actuel sans obtenir son consentement explicite?
- (c) Si cette approche est adoptée, dans quels cas pourrait-on autoriser l'utilisation d'un mandat opposé contre un client actuel?

Question 4 – Devoir de loyauté et relation avocat-client

Il nous apparaît à première vue, qu'en règle générale le devoir de loyauté doit se limiter à la personne physique ou à l'entité avec laquelle l'avocat ou le cabinet d'avocats a une relation avocat-client directe (par opposition à d'autres personnes comme des membres de la famille, des bénéficiaires, des actionnaires ou des entités affiliées).

- (a) Qu’en pensez-vous?
- (b) Si vous êtes d’accord avec cet énoncé de la règle générale, y a-t-il des cas où vous pensez que cette règle générale ne devrait pas s’appliquer?

Question 5 – Limites à l’élargissement du devoir de loyauté

Il nous apparaît à première vue, qu’en règle générale les devoirs de loyauté et de confidentialité doivent s’appliquer à l’égard du client lui-même et ne pas être élargis à la clientèle de clients actuels, ni aux conseillers ou aux mandataires de ces derniers.

- (a) Qu’en pensez-vous?
- (b) Si vous êtes d’accord avec cet énoncé de principe, y a-t-il des cas où vous pensez que cette règle générale ne devrait pas s’appliquer?

Question 6 – Devoir de loyauté envers les non-clients

Il nous apparaît à première vue, qu’en règle générale le devoir de loyauté ne devrait pas s’appliquer aux non-clients.

- (a) Qu’en pensez-vous?
- (b) Si vous êtes d’accord avec cet énoncé de la règle générale, y a-t-il des cas où vous pensez qu’il ne devrait pas s’appliquer?

Question 7 – La présomption quant aux renseignements confidentiels

Il nous apparaît à première vue, qu’un cabinet devrait pouvoir réfuter la présomption suivant laquelle ses avocats partagent des renseignements confidentiels, s’il est en mesure de démontrer qu’il n’y a pas eu divulgation inappropriée des renseignements et que, si nécessaire, il y a suffisamment de mesures de précaution pour empêcher la divulgation.

- (a) Qu’en pensez-vous?
- (b) Si cette approche est adoptée, comment pensez-vous que cette présomption devrait être réfutée? Par exemple, suffirait-il que l’avocat déclare sous serment qu’il n’y a eu aucune divulgation?
- (c) Si cette approche est adoptée, dans quels cas pensez-vous que la nature des renseignements et les conséquences de la divulgation de renseignements confidentiels seraient telles que la présomption ne pourrait être réfutée?

Question 8 – Le moment opportun pour ériger des murailles de protection des renseignements/écrans déontologiques

Il nous apparaît à première vue, qu'il ne faudrait pas, en tentant d'établir s'il y a un conflit, accorder une importance indue au moment où ont été mises en place des murailles de protection des renseignements/écrans déontologiques, si l'on peut démontrer qu'il n'y a pas eu, en fait, de divulgation de renseignements confidentiels.

Qu'en pensez-vous?

Question 9 – Changements du lieu de travail des avocats

Il nous apparaît à première vue, que les *Lignes directrices sur les conflits d'intérêts découlant d'un changement de cabinet* de l'ABC devraient être révisées afin d'y inclure les transferts d'avocats d'une société à une autre et d'un lieu de travail à un autre ainsi que les cas de détachements.

- (a) Êtes-vous d'accord?
- (b) Si oui, quels autres cas pourraient être inclus?
- (c) Veuillez décrire tout problème lié aux *Lignes directrices sur les conflits d'intérêts découlant d'un changement de cabinet* auquel vous avez été confronté.

Question 10 – Mandats écrits

Il nous apparaît à première vue, qu'en règle générale l'on devrait inciter, sinon obliger, les avocats à se servir de mandats écrits pour délimiter la portée de leur relation client-avocat.

- (a) Quels problèmes, le cas échéant, cela causerait-il dans votre pratique?
- (b) Devrait-il y avoir des exceptions?
- (c) Si vous pratiquez dans un milieu où, en tant que client, vous retenez les services de cabinets juridiques, comment les mandats écrits influenceraient-ils votre exercice du droit?

Question 11 – Problèmes dans certains domaines de pratique

Il nous apparaît, à première vue, que les règles sur les conflits doivent être plus nuancées de manière à ce qu'elles reflètent les réalités de la pratique dans diverses circonstances.

- (a) Veuillez décrire les problèmes typiques dans votre milieu ou dans votre champ de pratique que vous causent ou que causent à vos clients les règles sur les conflits d'intérêts.
- (b) Comment ces problèmes pourraient-ils être résolus?

Question 12 – Documents et listes de vérification-types

(a) Veuillez indiquer quels documents parmi les documents-types et listes de vérification suivantes pourraient être utiles dans votre pratique

- ☐ Mandats écrits-types (en matière contentieuse)
- ☐ Mandats écrits-types (en matière non contentieuse)
- ☐ Lettres-types de résiliation de mandats
- ☐ Lettre-type de non-représentation
- ☐ Divers documents-types sur des problèmes courants liés aux mandats
- ☐ Demande de liste de vérification de propositions
- ☐ Liste de vérification pour avis juridique indépendant
- ☐ Liste de vérification pour représentation de clients multiples
- ☐ Liste de vérification pour renonciation des clients en cas de conflit d’intérêts
- ☐ Liste de vérification pour mise en place de murailles de protection des renseignements/écrans déontologiques
- ☐ Liste de vérification pour l’entrevue d’un avocat qui change de milieu de travail

Quels sont les trois documents qui vous seraient les plus utiles?

- 1.
- 2.
- 3.

(b) Quels autres outils pourraient être utiles?

Question 13 – Conséquences du libellé actuel des règles sur les conflits

(a) Êtes-vous d’avis que les règles actuelles sur les conflits ont besoin d’être modifiées?

- ☐ Oui
- ☐ Non

(b) Veuillez décrire tous les autres problèmes relatifs à l’exercice du droit ou tout autre type de problèmes avec les règles sur les conflits que vous avez eus ou que vos clients ont eus à confronter et qui n’ont pas encore été décrits.

Question 14 – Commentaires additionnels

Veuillez ajouter tout autre commentaire sur les règles relatives aux conflits d'intérêts.

Question 15 – Données statistiques

Finalement, il nous serait utile d'avoir des données statistiques à votre sujet et au sujet de votre pratique.

(a) Décrivez votre milieu de travail

- ☐ Pratique de droit privée
- ☐ Conseiller juridique d'entreprise
- ☐ Contentieux d'une société
- ☐ Ministère, département ou agence du gouvernement
- ☐ Aide/clinique juridique
- ☐ Professeur de droit/universitaire
- ☐ Autre (décrivez)

(b) Quelle est la taille du cabinet ou service juridique où vous pratiquez?

- ☐ Avocat pratiquant seul
- ☐ 2 à 5 avocats
- ☐ 6 à 10 avocats
- ☐ 11 à 20 avocats
- ☐ 21 à 50 avocats
- ☐ 51 à 100 avocats
- ☐ Plus de 100 avocats

(c) Dans quels domaines exercez-vous le droit (les trois principaux domaines, s'il y en a plusieurs)?

(d) Dans quelle région se trouve votre principal emplacement de travail?

- ☐ Lieu éloigné avec moins de 5000 habitants
- ☐ Village, municipalité ou petite ville de moins de 50 000 habitants
- ☐ Centre régional de 50 000 à 500 000 habitants
- ☐ Grand centre métropolitain avec plus de 500 000 habitants

Annexe 3

Groupe de travail de l'ABC sur les conflits d'intérêts

Mission et composition

Dans *R. c. Neil*, la Cour suprême du Canada a réaffirmé le devoir de loyauté de l'avocat envers ses clients. La Cour a reconnu que ce devoir peut être modifié ou abandonné avec le consentement éclairé des clients. La Cour a toutefois décrit le devoir de loyauté et les modifications éventuelles qu'on peut y apporter et la renonciation qu'on peut en faire en termes larges et non limitatifs, créant de l'incertitude et des difficultés pratiques pour les avocats et leurs clients quand vient le moment d'appliquer ce devoir dans des situations précises. Dans son interprétation la plus large, la règle exprimée dans *Neil* est jugée irréalisable tant pour les petits cabinets que pour les grands cabinets des grands centres urbains ou des régions, dans les champs de pratique généraux comme dans les spécialités. Cette règle ne sert ni les intérêts de la justice ni l'intérêt public.

Une autre préoccupation : le devoir de confidentialité tel qu'il est décrit dans la jurisprudence récente a été appliqué de façon peu pratique dans le quotidien des avocats, compte tenu de la mobilité et de la concentration accrues de la profession et du contexte de la taille et de la concentration du marché des services juridiques au Canada. Même s'il n'existe pas de désaccord au sujet de l'existence d'un devoir de confidentialité quant à l'ensemble des renseignements relatifs au client, la profession et le public bénéficieraient d'une approche plus pratique et de lignes directrices pour des situations de présomption et de pertinence de l'information.

Mission du groupe de travail :

1. Proposer des lignes directrices pour la profession quant à
 - (i) l'application du devoir de loyauté;
 - (ii) la mise en œuvre des modifications ou des renonciations opportunes à ce devoir.
2. Étudier la portée et le contenu appropriés des lettres-contrats des clients.
3. Proposer à la profession des lignes directrices pratiques pour l'application du devoir de confidentialité, notamment dans les situations de présomption et de pertinence de l'information.

Membres du Groupe de travail de l'ABC sur les conflits d'intérêts

Président

R. Scott Jolliffe, Gowling Lafleur Henderson s.r.l., Toronto

Membres

Robert C. Brun, c.r., Harris and Brun, Vancouver

Stuart H. (Kip) Cobbett, Stikeman Elliott s.r.l., Montréal

Gordon A. M. Currie, George Weston Limited, Toronto

Susan T. McGrath, avocate, Iroquois Falls (Ontario)

Robert G. Patzelt, c.r., Scotia Investments Ltd., Halifax

Daniel E. Pinnington, LawPRO, Toronto

Isabel J. Schurman, Schurman Longo Grenier, Montréal

W. Iain Scott, McCarthy Tétrault s.r.l., Toronto

Robert P. Stack, Cox & Palmer, St. John's

Alan J. Stern, c.r., McInnes Cooper, Halifax

Gerald G. Tegart, c.r., ministère de la Justice et Procureur général de la Saskatchewan, Regina

Sean Weir, Borden Ladner Gervais s.r.l., Toronto

Liaison avec la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada

Allan P. Fineblit, c.r., chef de la direction, Barreau du Manitoba, Winnipeg

Experts-conseils

Simon Chester, Heenan Blaikie s.r.l., Toronto

Malcolm M. Mercer, McCarthy Tétrault s.r.l., Toronto

Vicki Schmolka, Kingston

Département des Affaires juridiques et gouvernementales de l'ABC

Joan Bercovitch, directrice principale

Marie-Claude Noël, agente de projet

Annexe 4

Remerciements

Le Groupe de travail est reconnaissant aux auteurs, collaborateurs et conseillers dont les noms suivent et dont la perspicacité, l'expérience et le savoir ont été d'une grande valeur pour l'élaboration de ce rapport.

Nous remercions les centaines de membres de l'ABC, les individus comme les cabinets juridiques, qui ont participé aux consultations du Groupe de travail. Leur sagesse, leur expérience et leurs conseils ont guidé nos réflexions tout au long du processus.

Le Groupe de travail est reconnaissant aux dirigeants et au personnel des divisions de l'ABC d'avoir facilité les entrevues personnelles lors de la consultation. Nous voulons aussi remercier tous les employés de l'ABC et pigistes qui ont participé à la réalisation de ce rapport.

Et à notre équipe d'experts-conseils, Simon Chester, Malcolm Mercer and Vicki Schmolka : votre compétence, vos connaissances et le don généreux de votre temps et de votre énergie ont été extraordinaires. Le Groupe de travail vous en est profondément obligé.

Pairs ayant fourni des commentaires

Murray P. Aust, conseiller juridique principal – Banque royale du Canada, Toronto

Claude Bisson, O.C., avocat – McCarthy Tétrault s.r.l., Montréal

Linda Brazier, conseillère non juriste – Société du Barreau du Manitoba

Brian A. Crane, c.r., associé – Gowling Lafleur Henderson s.r.l., Ottawa

James M. Farley, avocat principal – McCarthy Tétrault s.r.l., Toronto

William Freivogel, vice-président principal – Prévention des pertes – Aon Risk Services, Inc., Chicago

Thomas G. Heintzman, O.C., c.r., avocat – McCarthy Tétrault s.r.l., Toronto

Judith L. Huddart, associée – Dranoff & Huddart, Toronto

Sandra J. Jakab, directrice – Capital Markets Regulation, BC Securities Commission, Vancouver

Mitchell T. MacLeod, avocat – Campbell Lea, Charlottetown

Harvey L. Morrison, c.r., associé – McInnes Cooper, Halifax
Bonnie G. Patrick, associée – Goulin & Patrick, Windsor (Ontario)
June Preston, conseillère non juriste – Law Society of British Columbia
J. David O'Brien, Q.C., vice-président et conseiller juridique – McCain Assets Inc.,
Luxembourg

Cabinets d'avocats et organismes juridiques

Alexander Holburn Beaudin & Lang s.r.l., Vancouver
Blake, Cassels & Graydon s.r.l.
Borden Ladner Gervais s.r.l.
Commission des services juridiques du Québec
Cox & Palmer
Davies Ward Phillips & Vineberg s.r.l.
Davis s.r.l., Vancouver
DelZotto, Zorzi s.r.l.
Fraser Milner Casgrain s.r.l.
Gowling Lafleur Henderson s.r.l.
Harris and Brun
Heenan Blaikie s.r.l.
Lang Michener s.r.l.
LAWPRO
Legal Services Society of British Columbia
Lerners s.r.l., London
McCarthy Tétrault s.r.l.
McInnes Cooper
McMillan Binch Mendelsohn s.r.l.
Ministère de la Justice du Canada
Ministère de la Justice de l'Alberta
Ministère de la Justice de la Nouvelle-Écosse
Ministère de la Justice du Manitoba
Ministère de la Justice du Québec
Ministère de la Justice et du Procureur général de la Saskatchewan
Ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique
Ministère du Procureur général de l'Ontario

Osler, Hoskin & Harcourt s.r.l.
Paquette Gadler
Pro Bono Law BC
Ratcliff & Company, North Vancouver
Robinson, Sheppard, Shapiro, Montréal
Saskatchewan Crown Investments Corporation
Saskatchewan Legal Aid Commission
Schurman Longo Grenier
Société d'aide juridique du Manitoba
Société du Barreau du Manitoba
Stewart McKelvey
Stikeman Elliott s.r.l.
Susan T. McGrath, avocate
Torys s.r.l.
Ville de Regina

Trousse de documents modèles sur les conflits d'intérêts

Documents généraux relatifs aux systèmes de gestion des conflits d'intérêts

| | |
|--|-----|
| Comment analyser un conflit d'intérêt potentiel | 198 |
| Liste de vérification pour les systèmes de gestion des conflits d'intérêts | 200 |

Clients « fantômes »

| | |
|--|-----|
| Liste de vérification pour éviter les clients fantômes | 202 |
| Modèle des conditions d'utilisation du site Web du cabinet et dégagement de responsabilité | 204 |
| Modèle de politique de protection des renseignements personnels | 206 |

Conflits stratégiques

| | |
|--|-----|
| Éviter les conflits stratégiques | 210 |
| Formulaire de filtrage à l'accueil | 211 |

Représenter parents et amis

| | |
|--|-----|
| Attention aux dangers de représenter parents et amis | 214 |
|--|-----|

Les « non-mandats » et la résiliation de mandats

| | |
|--|-----|
| Lignes directrices pour les « non-mandats » écrits | 216 |
| Modèle de « non-mandat » écrit | 217 |
| Modèle de lettre de résiliation de mandat | 219 |

Lettres-contrats

| | |
|---|-----|
| Modèle de lettre-contrat (version détaillée) | 221 |
| Modèle de lettre contrat (version abrégée [Modèle de lettre d'entente sur des services juridiques] .. | 232 |
| Modèle de lettre « Je ne suis pas votre avocat » | 240 |

Représentation commune/de clients multiples

| | |
|--|-----|
| Lignes directrices en matière de représentation de clients multiples | 242 |
|--|-----|

Renonciations

| | |
|---|-----|
| Liste de vérification pour la renonciation des clients en cas de conflit d'intérêts | 244 |
| Modèle de lettre confirmant le consentement des clients à procéder malgré un conflit possible ... | 245 |

Avis juridique indépendant

| | |
|---|-----|
| Lignes directrices pour donner un avis juridique indépendant | 247 |
| Liste de vérification pour avis juridique indépendant – Générale..... | 248 |
| Liste de vérification pour avis juridique indépendant – Questions de droit de la famille..... | 250 |

Écrans déontologiques

| | |
|--|-----|
| Suggestions pour la construction d'écrans déontologiques | 253 |
| Modèle de note de service aux membres des équipes concernant les écrans déontologiques | 255 |
| Modèle de note de service concernant un conflit d'intérêt potentiel en raison d'un mandat antérieur..... | 259 |

Demandes de propositions et « concours de beauté »

| | |
|--|-----|
| Modèle de lettre avant rencontre dans le cadre d'un « concours de beauté » | 262 |
| Modèle de lettre avant rencontre dans le cadre d'une demande de propositions et de son examen..... | 263 |
| Modèle de lettre de réponse à une demande de propositions..... | 264 |

Ressources en matière d'emploi

| | |
|--|-----|
| Liste de vérification pour l'entrevue d'un avocat qui change de milieu de travail..... | 266 |
| Modèle de note de service concernant l'embauche latérale | 267 |

Conflits concernant l'intérêt personnel d'un avocat

| | |
|---|-----|
| Lignes directrices pour identifier des conflits concernant l'intérêt personnel d'un avocat..... | 270 |
|---|-----|

Mandat à titre d'administrateur d'une société cliente

| | |
|---|-----|
| Points à examiner avant de siéger à titre d'administrateur d'une société cliente..... | 271 |
|---|-----|

Éviter et gérer les conflits

| | |
|--|-----|
| Évaluation continue des conflits..... | 273 |
| Liste de vérification pour la gestion d'un conflit ultérieur et prévisible | 274 |
| Plan d'action pour gérer une situation de conflit | 275 |

Trousse de documents modèles sur les conflits d'intérêts

Nous vous présentons ici une trousse de documents modèles sur les conflits d'intérêts, tels qu'élaborés par le Groupe de travail sur les conflits d'intérêts de l'ABC. Ces documents contiennent des listes de vérification pratiques et des modèles conçus pour aider les avocats à reconnaître, gérer et éviter les conflits d'intérêts. Ces documents complètent la discussion approfondie et l'analyse juridique qui figurent dans le rapport final et les recommandations du Groupe de travail.

Qu'est-ce qu'un conflit d'intérêts?

Un conflit d'intérêts est un intérêt qui donne lieu à un risque de nuire considérablement et défavorablement à la représentation. Un intérêt conflictuel peut surgir lorsque :

- l'intérêt personnel d'un avocat est incompatible avec l'exécution du mandat d'un client (un conflit de devoirs et d'intérêts);
- les devoirs d'un avocat envers un autre client sont incompatibles avec l'exécution du mandat d'un client (un conflit de devoirs et d'obligations);
- les devoirs d'un avocat envers un autre client portent atteinte à la relation entre l'avocat et un client, portant ainsi atteinte à la représentation de ce client (un conflit de devoirs et de relations).

Pourquoi un conflit d'intérêts est-il si nuisible? La réponse est fort simple. Les conflits peuvent nuire à la représentation efficace d'un client. Il est essentiel à la relation avocat-client que l'avocat n'ait pas de conflits autres que ceux que le client accepte de plein gré. Si un client a des motifs de douter de la représentation que fait son avocat, le fonctionnement même de notre système juridique est remis en question.

De plus, les conséquences pour l'avocat d'un conflit d'intérêts peuvent être sérieuses et onéreuses, notamment :

- le rendre inhabile à représenter un ou plusieurs clients;
- la confiscation des honoraires réclamés et l'empêcher de demander des honoraires pour le travail en cours et tout autre temps consacré à celui-ci;
- mener à une réclamation en dommages-intérêts qui peut comprendre des dommages-intérêts exemplaires;
- l'embarrasser et lui faire dépenser temps et argent pour se défendre dans le cadre d'une poursuite ou d'une enquête pour faute professionnelle.

Les tribunaux peuvent déclarer inhabile un avocat afin de protéger les renseignements confidentiels d'un client qui doivent être sauvegardés, qu'il y ait ou non un conflit d'intérêts.

Vérifier, repérer et éviter les conflits d'intérêts et s'assurer que les renseignements confidentiels d'un client sont protégés doivent faire partie de l'exercice de tous les avocats. En fait, chaque fois que vous avez un nouveau client ou une nouvelle affaire avec un client actuel et pendant toute la durée d'une

affaire en cours, vous devriez être à l'affût de l'existence d'un conflit d'intérêts réel ou potentiel et avoir conscience de la possibilité que le fait d'avoir des renseignements confidentiels relatifs à un client peut vous empêcher d'agir pour un autre client.

Les systèmes de gestion des dossiers utilisés par les cabinets d'avocats détectent habituellement les conflits, et la plupart des avocats reconnaissent instinctivement une situation de conflit lorsqu'elle se présente. Malheureusement, les avocats qui souhaitent satisfaire le client et/ou accepter un mandat pour les honoraires qu'il génèrera peuvent s'attirer des ennuis s'ils ne voient pas les signaux avant-coureurs d'un conflits.

Il est assez facile de gérer les conflits d'intérêts : Il faut connaître ses obligations, faire preuve d'un jugement sûr et bien communiquer et documenter les décisions et les mesures que vous prenez pour gérer les conflits. Les lignes directrices, les listes de vérification et les documents modèles de cette trousse sont conçus pour vous aider à atteindre cet objectif.

Reconnaissance des sources

Comme la plupart des autres avocats qui travaillent sur des ébauches, nous, les membres du Groupe de travail sur les conflits d'intérêts de l'ABC, nous sommes inspirés des travaux que d'autres avaient déjà réalisés. Nous sentions qu'il était préférable de recourir à l'expérience et aux approches éprouvées, sachant qu'à leur tour nos travaux seraient adaptés et utilisés par d'autres à l'avenir. Nous exprimons notre gratitude envers toutes les personnes qui ont contribué directement et indirectement à la présente ressource. Pour ce qui est des renseignements et des modèles pour les questions d'éthique professionnelle et, en particulier, les questions de gestion des conflits d'intérêts, nous aimerions souligner la contribution plus particulière de certains documents parmi les nombreux que nous avons consultés :

- les commentaires et les précédents que divers avocats et cabinets membres de l'ABC nous ont fait parvenir;
- les ressources sur le site Web de la *Law Society of British Columbia* (www.lsbcc.org);
- les ressources sur les sites Web de LAWPRO (www.lawpro.ca) et de practicePRO (www.practicepro.ca), y compris le livret sur la gestion des situations de conflits d'intérêts de Karen Bell;
- les conseillers en gestion de la pratique de divers barreaux des états américains et des provinces canadiennes;
- un groupe de travail informel formé de conseillers en gestion des risques de cabinets d'avocats de Toronto.

Nous avons grandement apprécié l'aide que nous avons reçue de trois collègues experts aux États-Unis :

- Anthony E. Davis, Hinshaw Culbertson LLP;
- William Freivogel (www.freivogelonconflicts.com);
- Professeur Gary A. Munneke, *Pace University Law School*.

Nous aimerions également remercier Blakes (les bureaux de Toronto et de Montréal) pour son travail d'uniformisation et de traduction.

Avertissement

Les renseignements, les listes de vérification, les modèles d'ententes et de lettres vous sont fournis aux présentes pour examen et utilisation lorsque vous rédigez vos propres documents. Ils ne sont PAS conçus pour être utilisés tels quels. Leur pertinence dépendra de nombreux facteurs, comme l'état actuel du droit et de l'exercice dans chaque domaine du droit, votre style de rédaction, vos besoins et les besoins et préférences de vos clients. Les modèles des documents pourraient devoir être modifiés pour correspondre au droit et à l'exercice actuels. Les renseignements et les documents fournis dans la présente trousse ne visent pas à présenter, à établir ou à créer la norme de diligence pour les avocats.

Renseignements sur le droit d'auteur

© 2008 par l'Association du Barreau canadien. Tous droits réservés. Les avocats et les cabinets peuvent utiliser et adapter le contenu et les documents pour la gestion de leurs pratiques et leurs cabinets. Par contre, aucune partie de la présente publication ne peut être transcrite, reproduite, mémorisée dans un système d'extraction ou traduite dans une langue ou un langage informatique de quelque façon que ce soit ou par quelque moyen que ce soit, notamment mécanique, électronique, magnétique, optique, chimique ou manuel, sans le consentement préalable écrit de l'Association du Barreau canadien.

Comment analyser un conflit d'intérêts potentiel

Ce diagramme indique la réflexion nécessaire au moment d'ouvrir un nouveau dossier. Il présente de façon graphique les quatre étapes permettant d'examiner les questions des conflits et de l'information confidentielle d'une façon disciplinée, en tenant compte des recommandations du Groupe de travail. Il ne s'agit pas d'un ordigramme ou d'un arbre décisionnel qui décrirait explicitement chaque étape du processus.

ÉTAPE 1 Collecte d'information

La première étape consiste à recueillir l'information nécessaire à l'analyse. Deux lignes y sont consacrées. À la première ligne, vous précisez qui est le client, ce que l'avocat est chargé de faire et qui peut être touché par le travail à entreprendre. Toute cette information est nécessaire à l'analyse (et à la rédaction d'une lettre-contrat adéquate).

À la deuxième ligne, l'avocat doit préciser chacun des trois éléments suivants : les dossiers actuels de parties adverses, tous les dossiers actuels à l'égard desquels les intérêts du nouveau client peuvent être opposés et tous les dossiers reliés d'anciens clients dont les intérêts peuvent être opposés dans le nouveau dossier.

ÉTAPE 2 Évaluer les questions soulevées par l'information recueillie

Les trois ovales au début de l'étape 2 mettent l'accent sur un point vital : les questions de conflits peuvent être évaluées selon trois perspectives : celle du nouveau client; celle de la partie opposée qui est ou a été un client; et celle de l'avocat et du cabinet d'avocats.

Il faut noter qu'une analyse différente est nécessaire pour les dossiers / clients actuels (toutes les cases) et pour les anciens dossiers / clients (cases de couleur foncée).

Dans chaque cas où l'avocat ou le cabinet d'avocats a des dossiers pour des parties adverses dans le nouveau dossier et dans chaque cas où l'avocat ou le cabinet d'avocats a des dossiers adverses au nouveau client, l'avocat doit déterminer (suivez toutes les cases) :

- a) si un des trois intérêts conflictuels est présent (devoirs de diligence, relations ou intérêts personnels);
- b) s'il y a risque de mauvaise utilisation de renseignements confidentiels.

Dans chaque cas où l'avocat ou le cabinet d'avocats a déjà eu des dossiers pour des parties adverses dans le nouveau dossier, l'avocat doit déterminer (suivez les cases de couleur foncée) :

- a) si le nouveau dossier exigerait que l'avocat mine le travail effectué dans l'ancien dossier;
- b) s'il y a risque de mauvaise utilisation de renseignements confidentiels obtenus dans l'ancien dossier.

ÉTAPE 3 Dénouements possibles

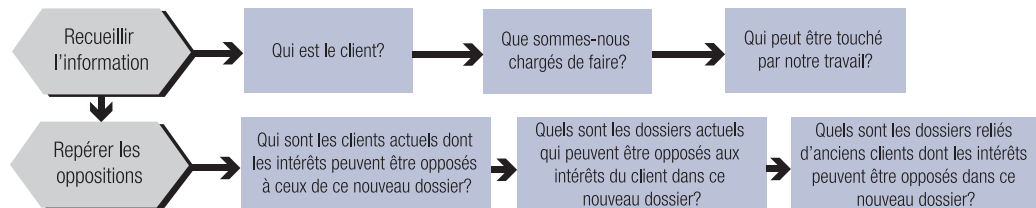
Il y a quatre dénouements possibles selon les résultats de votre analyse. Certains exigent de prendre des mesures supplémentaires (mettre en place des écrans déontologiques ou obtenir le consentement du client).

ÉTAPE 4 Soyez prêts à reconsidérer

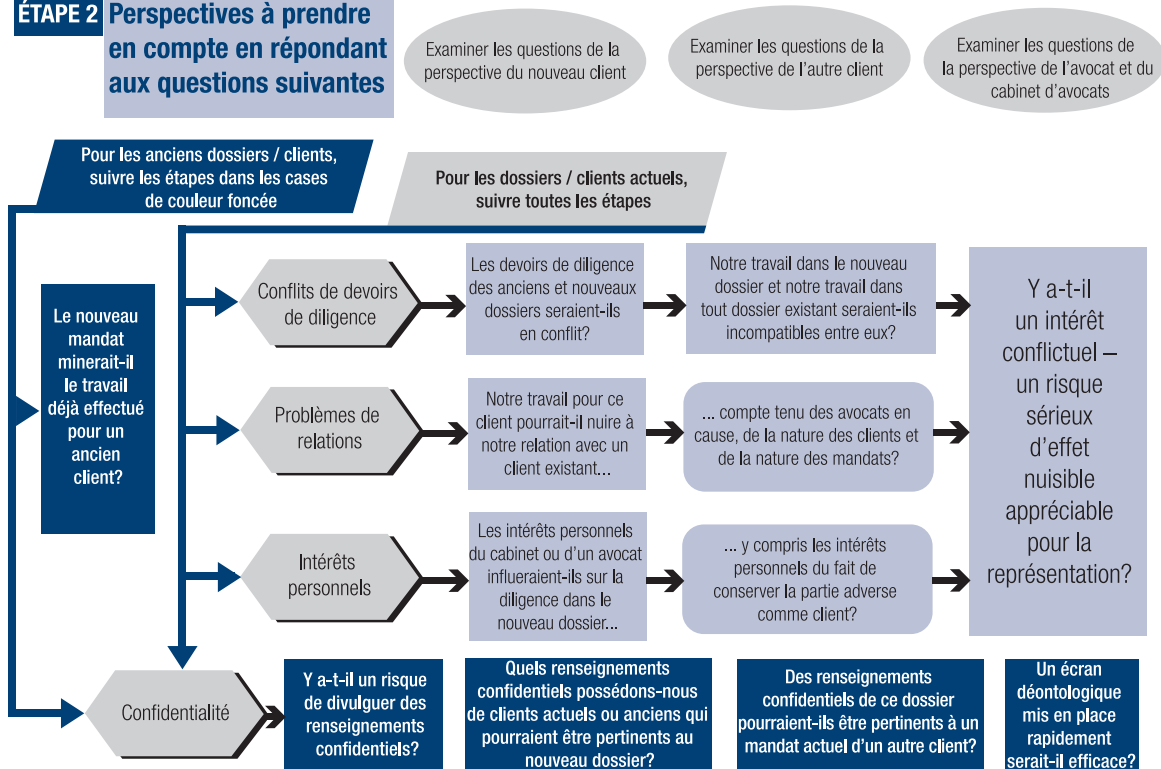
Rappelez-vous que les faits et les circonstances peuvent changer à mesure que progresse un dossier. Vous devez toujours être prêts à refaire cette analyse.

COMMENT ANALYSER UN CONFLIT D'INTÉRÊTS POTENTIEL

ÉTAPE 1 Les faits nécessaires



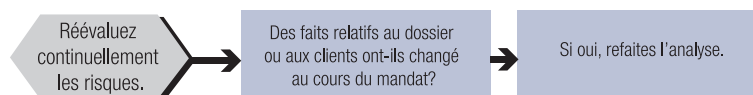
ÉTAPE 2 Perspectives à prendre en compte en répondant aux questions suivantes



ÉTAPE 3 Dénouements possibles selon les résultats de votre analyse



Étape 4 Reconsidération



Liste de vérification pour les systèmes concernant les conflits d'intérêts

La présente liste de vérification est conçue pour vous aider à évaluer les procédures en place dans votre cabinet pour détecter les conflits d'intérêts réels et potentiels et pour soulever des questions qui pourraient vous aider à éviter des problèmes de conflits.

| | Oui | Non |
|---|--------------------------|--------------------------|
| 1. Avez-vous un système pour repérer les conflits d'intérêts réels ou potentiels? | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 2. Avez-vous des procédures régulières pour obtenir des renseignements de base concernant les conflits d'intérêts avant d'ouvrir un dossier? | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 3. Vérifiez-vous l'existence de conflits potentiels avant d'obtenir des renseignements confidentiels d'un client éventuel? | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 4. Faites-vous circuler rapidement, dans tout le cabinet, des renseignements sur l'identité de nouveaux clients et de clients potentiels? | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 5. Avez-vous un index central des dossiers, soit sous forme de registre des dossiers, de système de cartes ou de liste informatisée de tous les dossiers? | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 6. Votre index central des dossiers comprend-il les renseignements suivants? | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 1. le nom du client, y compris les pseudonymes connus | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 2. les membres du groupe ou les associés du client | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 3. les alias du client | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 4. les administrateurs, les dirigeants ou les actionnaires du client | | |
| 5. les parties adverses | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 6. les codemandeurs, les codéfendeurs et les tierces parties défenderesses | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 7. les membres de la famille connus du client et des autres parties | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 8. la conjointe/le conjoint de fait du client/de la cliente | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 9. les avocats pour ceux qui figurent dans l'index | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |

- | | | |
|---|--------------------------|--------------------------|
| 7. Si un conflit potentiel est détecté, votre cabinet a-t-il un ou plusieurs avocats chargé(s) d'établir si un conflit existe? | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 8. Si un conflit potentiel est repéré, refusez-vous le dossier ou avisez-vous par écrit le client du conflit potentiel? | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 9. Les procédures en matière de conflits sont-elles décrites par écrit de sorte que votre personnel en est informé? | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 10. Y a-t-il une personne au sein de votre cabinet chargée de tenir l'index central des dossiers? | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 11. Est-ce que les avocats et le personnel de votre cabinet connaissent les règles d'éthique professionnelle relatives aux conflits d'intérêt? | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 12. Est-ce que les membres de votre cabinet et vous-même connaissez les principes juridiques établis dans les arrêts <i>Succession MacDonald c. Martin, R. c. Neil</i> et <i>Strother c. 3464920 Canada Inc.</i> ? | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 13. Si vous partagez un bureau avec un avocat qui n'est pas membre de votre cabinet, avez-vous une politique relative à la représentation de clients qui ont des intérêts opposés? | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 14. Avez-vous des lettres types pour la déclaration des conflits et les renonciations en cas de conflit? | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 15. Si vous êtes sollicités pour représenter des clients conjointement, leur demandez-vous de signer une lettre de consentement? | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 16. Examinez-vous les conflits d'intérêts potentiels en cas d'embauche latérale d'un avocat? | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 17. Représentez-vous deux ou plusieurs clients dans la même affaire sans leur consentement éclairé écrit? | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 18. Représentez-vous un client dans une affaire dans laquelle vous, un membre de votre famille, un ami ou un associé avez un intérêt financier dont il pourrait être vraisemblable qu'il influe sur votre jugement professionnel? | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| 19. Représentez-vous des parties adverses dans des opérations ou des litiges « amicaux » où il ne semble pas y avoir d'intérêts opposés? | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |

Vos réponses aux questions 1 à 16 devraient être OUI.

Vos réponses aux questions 17 à 19 devraient être NON.

Le fait de ne pas donner la réponse préférable ne signifie pas nécessairement que vous avez un problème, mais il indique que vous devriez évaluer votre pratique et vos procédures.

Source du document : site Web de la *Law Society of British Columbia* (avec des mises à jour par le Groupe de travail de l'ABC sur les conflits d'intérêts).

Liste de vérification pour éviter les clients fantômes

Entamer une relation avocat-client vous impose des obligations importantes à titre d'avocat et, en matière de conflits d'intérêts, ces obligations peuvent avoir des répercussions pour tous les autres avocats et clients de votre cabinet. Pour cette raison, vous ne devriez établir une relation avocat-client qu'en ayant une connaissance approfondie des conséquences qu'elle peut entraîner.

En particulier, vous voudrez éviter les clients « fantômes », c'est-à-dire les clients que vous avez sans le savoir.

Une attention particulière devrait être apportée aux courriels et aux communications par messagerie vocale, qui tendent à être informels, ainsi qu'aux sites Web, qui rejoignent un très vaste public.

Voici les mesures à prendre pour éviter d'avoir un client « fantôme » inconnu :

1. Ne donnez pas de conseils juridiques par téléphone ou au cours de rencontres informelles ou sociales des personnes que vous n'envisagez pas accepter comme clients. Invitez les clients potentiels à venir à votre bureau et remplissez un formulaire d'accueil et effectuez une recherche exhaustive des conflits.
2. Dans les cas qui peuvent se révéler douteux ou encore où il est important de désavouer par ailleurs une relation avocat-client, faites signer aux personnes que vous choisissez de ne pas représenter une déclaration de non-mandat ou faites-leur parvenir une lettre de non-mandat. Confirmez par écrit, aux clients qui vous consultent pour un avis sommaire, les limites et les réserves de cet avis.
3. Lorsqu'un client actuel vous consulte à propos d'une nouvelle affaire, vérifiez si le client souhaite que vous agissiez pour lui ou que vous le représentiez relativement à cette nouvelle affaire et, le cas échéant, effectuez une vérification exhaustive et adéquate des conflits et ouvrez un nouveau dossier.
4. Donnez au travail que vous réalisez pour des amis ou des membres de la famille le même caractère formel que pour les autres mandats (y compris effectuer une vérification exhaustive et adéquate des conflits et l'ouverture d'un dossier), même si vous avez l'intention de leur imposer des honoraires réduits ou même aucun honoraire.
5. Assurez-vous que la situation est bien claire à l'ouverture du dossier et dans votre correspondance avec le ou les clients si vous représentez une entité juridique, comme une société par actions, une société de personnes ou une association sans personnalité morale, par opposition à d'autres personnes membres du même groupe ou personnes reliées, comme les dirigeants, les actionnaires ou les membres associés. La même situation peut se présenter en droit successoral et en droit de la famille et dans des affaires concernant des personnes âgées ou des mineurs. Faites parvenir aux clients des lettres confirmant leur statut (une lettre-contrat) et aux non-clients, une lettre « je ne suis pas votre avocat ».

6. Lorsque vous informez la personne que vous ne la représentez pas, évitez d'ajouter une phrase contradictoire comme « Si vous avez des questions, revenez me voir ».
7. Inscrivez le nom de tous ceux que vous rencontrez, qu'il s'agisse de particuliers ou d'entités, que vous les acceptiez comme clients ou non, et ajoutez le nom des clients refusés à votre système de vérification des conflits. Ceci permet d'assurer que tous les noms nécessaires à la vérification des conflits d'intérêts sont ajoutés à la liste des clients du cabinet, qu'ils soient anciens, actuels ou refusés.
8. Dans le message d'accueil téléphonique général de votre cabinet et, le cas échéant, dans celui des avocats, avertissez les personnes qui appellent de ne pas laisser de renseignements confidentiels.
9. Insérez, sur le site Web de votre cabinet, des conditions d'utilisation et un dégageant de responsabilité qui avertissent les visiteurs du site que la confidentialité des renseignements ou des documents non sollicités envoyés au cabinet ou laissés dans une boîte vocale n'est pas garantie et que l'accès au site ou à la messagerie vocale du cabinet ou leur utilisation ne créent pas une relation avocat-client.

Modèle des conditions d'utilisation du site Web du cabinet et dégageement de responsabilité

Conditions d'utilisation du site Web

L'utilisation du présent site Web [*www.cabinetabc.com*] est assujettie aux conditions suivantes. Si vous ne les acceptez pas, veuillez ne pas accéder au site ni l'utiliser. [*Cabinet Untel*] peut modifier ces conditions à tout moment sans préavis. En utilisant le site Web, vous acceptez d'être lié par ces conditions.

Conditions

Dégagement de responsabilité

Les documents fournis sur le présent site sont offerts à des fins d'information seulement. Ils constituent des renseignements généraux concernant les domaines du droit bien connus des avocats de notre cabinet. Ils ne constituent PAS un avis juridique ou autre avis professionnel et vous ne pouvez y voir un tel avis.

Le contenu du site Web ne représente pas nécessairement l'opinion de [*cabinet Untel*] ou de ses clients. Si vous avez besoin de conseils juridiques, veuillez consulter un conseiller juridique compétent. Si vous souhaitez retenir les services de [*cabinet Untel*], veuillez communiquer avec l'un de nos avocats, qui vérifiera avec vous si notre cabinet peut vous aider. Une relation avocat-client ne naîtra entre vous et notre cabinet que si nous acceptons spécifiquement de vous représenter. Jusqu'à ce que nous acceptions spécifiquement de vous représenter dans une affaire, vous êtes prié de ne pas nous fournir de renseignements ou de documents confidentiels.

Confidentialité des communications

[*Cabinet Untel*] ne garantit pas la confidentialité des communications envoyées par courriel ou par l'entremise de son site Web ou encore laissées dans l'une des boîtes vocales du cabinet. Des renseignements et des documents non sollicités pourraient ne pas être considérés comme confidentiels et ne seront pas protégés par l'immunité entre l'avocat et son client. L'accès au présent site Web ou son utilisation ne créent pas une relation avocat-client. Bien que l'utilisation du site Web puisse faciliter l'accès aux membres de [*cabinet Untel*] ou les communications avec ceux-ci par courriel ou par la boîte vocale, la réception de ces communications ou transmissions par un membre de [*cabinet Untel*] ne créent pas une relation avocat-client, à moins que le cabinet n'accepte de vous représenter.

Bien que [*cabinet Untel*] ait déployé des efforts raisonnables pour s'assurer que les documents contenus dans le présent site Web sont exacts, il ne peut garantir que les documents sont exacts, courants ou exhaustifs, que le site Web sera disponible sans interruption, erreur ou omission, que les défauts seront corrigés ni que le site Web et les serveurs qui le rendent disponible sont exempts de virus ou de composantes nuisibles. Le site Web et les documents sont fournis « tels quels » et « selon la disponibilité » sans déclaration, garantie ou condition de quelque nature que ce soit, expresse ou implicite.

Responsabilité

[Cabinet Untel] et ses associés n'assument aucune responsabilité quant à tout dommage découlant de la mauvaise utilisation des renseignements fournis sur le présent site Web. Ces renseignements ne constituent pas un avis juridique et ne devraient pas être perçus comme tels. Le fait de considérer ces renseignements comme un avis juridique sans en discuter avec un conseiller juridique constitue une mauvaise utilisation des renseignements.

Droit d'auteur et marques de commerce

Le droit d'auteur sur le présent site Web et tous les documents qui y sont contenus appartient à [cabinet Untel] ou fait l'objet d'une licence délivrée par [cabinet Untel]. Le site Web de [cabinet Untel] ne peut être reproduit, en totalité ou en partie, sans le consentement préalable exprès écrit de [cabinet Untel]. Pour obtenir ce consentement, veuillez communiquer avec notre division du marketing au [marketing@cabinetuntel.com] ou au [000-000-0000].

[Cabinet Untel]^{MC}, [marque de commerce]^{MC} et [marque de commerce]^{2MC} sont des marques de commerce de [cabinet Untel]. Toutes les autres marques de fabrique, appellations de produits et marques de commerce appartiennent à leurs propriétaires respectifs.

Liens vers [www.cabinetuntel.com]

[Cabinet Untel] reconnaît et approuve des liens au site Web de [cabinet Untel]. Les liens devraient être dirigés directement à la page d'accueil au [www.cabinetuntel.com] ou à la biographie de l'un des professionnels du cabinet. L'établissement de liens directs à d'autres pages du site ou le cadrage de contenu est interdit sans le consentement préalable écrit d'un représentant de la division du marketing de [cabinet Untel].

Liens vers des sites de tiers

Le site Web de [cabinet Untel] a été conçu pour constituer une source d'information sur des questions qui pourraient intéresser les clients actuels ou potentiels. Par conséquent, il contient des liens vers des sites de tiers. Ces liens sont fournis à des fins pratiques uniquement et ne signifient pas que [cabinet Untel] appuie ou recommande les renseignements contenus sur les sites Web reliés ni que [cabinet Untel] garantit leur exactitude, leur actualité ou leur adaptabilité à une fin particulière. [Cabinet Untel] n'assume aucune responsabilité quant au contenu ou aux pratiques des sites de tiers.

Renseignements personnels

Le modèle de politique de protection des renseignements personnels figure à la page suivante.

Commentaires

Nous apprécions vos commentaires. Si vous avez des questions ou des commentaires concernant le site Web de [cabinet Untel], l'avis légal ou la politique du cabinet quant à la protection des renseignements personnels, veuillez communiquer avec notre division du marketing au [marketing@cabinetuntel.com].

Modèle de politique de protection des renseignements personnels

[*Nom du cabinet*] est un cabinet qui se spécialise dans le droit de la propriété intellectuelle et a des bureaux à [endroits]. Les avocats, les agents de brevets, les agents de marque de commerce et le personnel de [nom du cabinet] (quelquefois appelés « nous ») s'engagent à protéger vos renseignements personnels. La présente politique de protection des renseignements personnels énonce la façon dont nous traitons vos renseignements personnels afin de les protéger.

Législation en matière de protection des renseignements personnels

Depuis le 1^{er} janvier 2004, toutes les organisations canadiennes qui exercent des activités commerciales sont tenues de se conformer à la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (la « Loi fédérale ») et au Code type sur la protection des renseignements personnels de l'Association canadienne de normalisation qui est intégré par renvoi à la Loi fédérale. Ces obligations s'étendent aux avocats et aux cabinets d'avocats, y compris [nom du cabinet].

En outre, la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* est en vigueur au Québec depuis 1994 et énonce les règles concernant la cueillette, l'utilisation et la divulgation de renseignements personnels dans cette province.

Enfin, en tant que cabinet de services professionnels, nous avons des obligations professionnelles et déontologiques de garder confidentiels les renseignements que nous recevons dans le contexte d'une relation avocat-client et agent-client.

Renseignements personnels

La Loi fédérale définit un renseignement personnel comme tout renseignement concernant un individu identifiable, à l'exclusion du nom et du titre d'un employé d'une organisation et de l'adresse et le numéro de téléphone de son lieu de travail. Autrement dit, les renseignements personnels ne comprennent pas ce que l'on s'attend de trouver sur une carte professionnelle.

Consentement à notre collecte de renseignements personnels

Dans la plupart des cas, nous obtenons votre consentement à la collecte, à l'utilisation et à la divulgation de vos renseignements personnels. Habituellement, si vous retenez les services de notre cabinet, nous présumons que nous avons votre consentement implicite à la collecte et à l'utilisation de vos renseignements personnels; toutefois, nous pouvons à certains moments demander votre consentement exprès, verbal ou écrit. De manière générale, nous recueillons vos renseignements personnels directement auprès de vous au début du mandat ou pendant celui-ci. Quelquefois, nous pouvons obtenir des renseignements vous concernant auprès d'autres sources, comme un registre gouvernemental ou d'autres professionnels à votre service.

Utilisation des renseignements personnels chez [nom du cabinet]

Nous utilisons vos renseignements personnels pour vous fournir des conseils et des services juridiques, pour émettre des factures et pour maintenir notre base de données des clients. En outre, si vous posez votre candidature à un poste chez [nom du cabinet], nous utiliserons vos renseignements personnels pour évaluer votre candidature. Enfin, nous pourrions utiliser vos coordonnées (nom, courriel et adresse) pour vous communiquer les plus récents développements en droit, vous informer des nouvelles de [nom du cabinet] et vous inviter aux événements de notre cabinet.

Retrait du consentement

Vous pouvez retirer votre consentement à la collecte, l'utilisation et la divulgation de vos renseignements personnels à tout moment, sous réserve des restrictions légales et/ou contractuelles et moyennant un avis raisonnable. Le retrait de votre consentement à la collecte, l'utilisation et la divulgation de vos renseignements personnels peuvent nuire à notre capacité de vous représenter et de vous fournir des conseils juridiques.

Vous pouvez nous demander de ne pas vous faire parvenir les communications de notre service de marketing en suivant les directives de retrait qui paraissent dans chaque publication ou nous en aviser en communiquant avec notre division du marketing au [désabonnement@nomducabinet.com].

Divulgence des renseignements personnels

De manière générale, nous ne divulguons pas vos renseignements personnels à des tiers sans votre consentement, à moins que les lois applicables ou une ordonnance d'un tribunal nous y autorisent ou nous y obligent. Voici quelques exemples où nous pourrions divulguer vos renseignements personnels : lorsque la divulgation est nécessaire pour recouvrer des honoraires ou des débours, lorsque nous concluons avec un tiers certains contrats de services, tels d'archivage de dossiers ou d'assurance. (Dans ces cas, nous utiliserons des moyens contractuels ou autres pour nous assurer que le fournisseur de services tiers est lié par des obligations concernant la protection des renseignements personnels qui sont conformes à la présente politique.) Nous pourrions aussi le faire lorsque nous retenons les services de témoins experts ou d'autres cabinets d'avocats pour votre compte.

Exactitude de vos renseignements personnels

Il est important que les renseignements que nous avons au dossier soient exacts et à jour. Si, pendant la durée du mandat, certains de vos renseignements personnels changent, veuillez nous en informer pour que nous puissions apporter les modifications nécessaires. Nous pourrions également vous demander à l'occasion si vos renseignements personnels sont à jour.

Mesures de protection

[*Nom du cabinet*] a recours à diverses mesures de protection pour s'assurer que vos renseignements personnels sont protégés contre la perte, le vol, l'utilisation abusive, l'accès non autorisé, la divulgation, la reproduction ou la modification. Ces mesures comprennent la sécurité de nos bureaux, nos obligations professionnelles, les logiciels de protection et les pare-feux informatiques pour empêcher l'accès informatique non autorisé ou le « piratage » ainsi que des mots de passe internes pour limiter l'accès à nos fichiers électroniques.

Accès à vos renseignements personnels

Vous avez le droit de contester l'exactitude ou l'exhaustivité de vos renseignements personnels et de les faire modifier, au besoin. Vous avez également le droit de demander l'accès à vos renseignements personnels et de recevoir de l'information sur la manière dont les renseignements ont été utilisés et diffusés, sous réserve de certaines exceptions prévues par la loi. Par exemple, si les renseignements demandés révèlent des renseignements personnels concernant une autre personne, votre demande d'accès pourrait être limitée ou refusée. Si votre demande d'accès est refusée, [*nom du cabinet*] vous avisera par écrit du motif du refus.

Pour demander l'accès à vos renseignements personnels ou pour les modifier, veuillez communiquer avec l'avocat ou l'agent avec lequel vous correspondez normalement, ou écrivez à la personne-ressource en matière de protection des renseignements personnels de notre cabinet à l'adresse indiquée ci-dessous. [*Nom du cabinet*] répondra dans les trente (30) jours suivant votre demande écrite.

Plainte

[*Nom du cabinet*] répondra aux demandes concernant ses politiques et pratiques relativement à sa gestion de vos renseignements personnels. Les demandes doivent être adressées à la personne-ressource en matière de protection de renseignements personnels de [*nom du cabinet*] à l'adresse indiquée ci-dessous. [*Nom du cabinet*] enquêtera sur toutes les plaintes et répondra dans les trente (30) jours suivant la réception d'une demande écrite. Si la plainte est fondée, [*nom du cabinet*] prendra les mesures appropriées pour la régler, y compris, au besoin, modifier la présente politique et ses procédures.

Protection des renseignements personnels sur le site Web

Comme la plupart des autres sites Web commerciaux, nous pouvons surveiller les habitudes de transmission, l'utilisation du site et les renseignements de sites connexes afin d'optimiser votre visite sur notre site Web.

Nous n'utilisons pas de témoin ni d'autres moyens électroniques pour recueillir des renseignements personnels de vous ou de votre ordinateur; toutefois, notre serveur collectera automatiquement les adresses IP. Nous pouvons voir la procédure d'entrée en communication du fournisseur d'information pour, par exemple, maintenir la sécurité de notre site Web. Nous ne relierons pas les adresses IP à d'autres renseignements identifiables personnellement.

Personne-ressource en matière de protection des renseignements personnels

Si vous avez des questions ou des plaintes concernant la présente politique ou la gestion de vos renseignements personnels, si vous souhaitez retirer votre consentement à notre utilisation de vos renseignements personnels ou encore si vous voulez avoir accès à vos renseignements personnels que nous avons au dossier ou les mettre à jour, veuillez communiquer avec l'avocat ou l'agent avec lequel vous traitez ou communiquer avec :

[personne-ressource]
[nom du cabinet]
[adresse]

Si une plainte ou une demande n'est pas réglée à votre entière satisfaction, vous pouvez communiquer avec :

Commissaire à la protection de la vie privée du Canada
112, rue Kent
Ottawa (Ontario)
K1A 1H3
Téléphone : 613-995-8210
Sans frais : 1-800-282-1376

Commission d'accès à l'information du Québec
480, boul. St-Laurent
Bureau 501
Montréal (Québec)
H2Y 3Y7
Téléphone : 514-873-4196
Sans frais : 1-888-528-7741

Modifications de la présente politique de protection des renseignements personnels

Nous pouvons à l'occasion modifier la présente politique de protection des renseignements personnels. Les modifications seront affichées sur notre site Web au [www.nomducabinet.com] et pourront être obtenues sur demande auprès de votre personne-ressource chez [nom du cabinet]. Veuillez vérifier à l'occasion pour vous assurer que vous connaissez notre politique en vigueur. La présente politique de protection des renseignements personnels est en vigueur depuis le [date].

Éviter les conflits stratégiques

À l'occasion, une partie communiquera délibérément avec un ou plusieurs avocats ou tentera de les rencontrer à la seule fin de créer un conflit qui les empêchera d'agir pour une autre partie dans le cadre d'une affaire en cours. Malgré les mauvaises intentions de la personne établissant ces contacts, l'avocat ou les avocats concernés pourraient ne pas être en mesure d'agir pour l'autre partie, en particulier si des renseignements confidentiels ont été communiqués.

Cette situation survient assez fréquemment en droit de la famille et dans des secteurs spécialisés du droit où il n'y a qu'un nombre limité d'experts. Dans les plus petites communautés, ce comportement peut être très frustrant car il devient très difficile, voire impossible, pour une personne de retenir les services d'un avocat de la place. Lorsqu'un client cherche des avocats ayant une expertise dans un domaine spécialisé, le choix peut être limité. Dans les deux cas, cela signifie qu'un avocat ou un cabinet doit refuser une affaire qu'il aurait pu autrement traiter.

Afin d'empêcher de tels conflits stratégiques, les cabinets devraient avoir des politiques claires et établies pour filtrer tous les appels entrants et les demandes en vue de repérer des conflits potentiels. Le personnel et les avocats devraient être à l'affût de ce genre d'appels, en particulier dans des affaires de droit de la famille. Ils devraient être formés pour réunir suffisamment de renseignements pour évaluer les conflits potentiels tout en étant attentifs à ne pas demander ou recueillir des renseignements confidentiels. Un formulaire de filtrage des conflits pourrait aider à assurer que les renseignements pertinents sont recueillis afin de repérer les conflits possibles.

Lorsqu'il appert que la personne qui appelle tente de créer un conflit stratégique, on tentera avec soin de confirmer cette situation et, le cas échéant, un non-mandat écrit devrait lui être envoyé.

Sur le message d'accueil téléphonique général de votre cabinet et, le cas échéant, sur celui des avocats, envisagez d'ajouter un avertissement pour que les personnes qui appellent ne laissent pas de renseignements confidentiels. Sur le site Web de votre cabinet, insérez des avertissements indiquant aux visiteurs que la confidentialité des renseignements ou des documents non sollicités envoyés au cabinet ou encore laissés dans une boîte vocale n'est pas garantie et que l'accès au site ou à la boîte vocale du cabinet ou l'utilisation de ceux-ci ne créent pas une relation avocat-client.

Formulaire de filtrage à l'accueil

Ce formulaire vise à assurer que l'avocat ou le membre du personnel qui est le premier point de contact avec un client potentiel recueille tous les renseignements nécessaires à une recherche de conflits d'intérêts, tout en évitant la divulgation au cabinet de renseignements confidentiels qui déclencheraient des questions de conflit d'intérêts avec les clients actuels ou futurs.

Veuillez utiliser le présent formulaire pour filtrer les appels entrants; il aide en particulier à empêcher des clients de créer délibérément un conflit d'intérêts qui rendrait inhabile un avocat du cabinet dans une affaire.

Directives à l'utilisateur :

- Veuillez utiliser le présent formulaire pour recueillir des renseignements d'un client potentiel en vue d'effectuer une recherche de conflits d'intérêts avant un entretien ou une rencontre avec le client.
- **VEUILLEZ NE PAS RECUEILLIR DE RENSEIGNEMENTS CONFIDENTIELS EN REMPLISSANT LE PRÉSENT FORMULAIRE.**
- Veuillez utiliser la liste ci-jointe de personnes ou d'entités potentiellement concernées pour vous assurer de recueillir tous les renseignements pertinents pour que le cabinet puisse effectuer une recherche adéquate de conflits d'intérêts.

Date : _____

Personne répondant à l'appel : _____

Avocat responsable si le dossier est ouvert : _____

Personne établissant la communication : _____

Renseignements sur cette personne : _____

Numéro de téléphone : _____

Courriel : _____

Adresse : _____

(Continuer)

Client(s) potentiel(s) (individus et personnes morales)

☐ Nouveau client

☐ Nouvelle affaire pour un client existant

Brève description de l'affaire

Toutes les autres personnes ou entités concernées par l'affaire et leur rôle/statut*

Renseignements sur la recherche de conflits :

Faite par :

Mesures prises :

Date de fin :

Résultats de la recherche :

☐ Aucun conflit

☐ Conflits confirmés

☐ Conflits possibles

Renseignements détaillés sur les conflits confirmés/possibles

Renvoi à la personne/au comité des conflits : ☐ Oui ☐ Non
Mandat refusé : ☐ Oui ☐ Non

*** Personnes ou entités potentiellement concernées pour une recherche de conflits d'intérêts selon le type d'affaire :**

Litige : assuré, demandeur, défendeur, gardien ad litem, conjoint, témoin(s) expert(s), témoin(s) ordinaire(s), avocat de la partie adverse

Droit des affaires/commercial/immobilier : propriétaire/conjoint, associé(s), actionnaire(s), administrateur(s), dirigeant(s), filiales/membres du même groupe, employés clés, acheteur(s), vendeur(s), adresse des biens, partie adverse dans une opération, numéro d'identité de la propriété (NIP)

Planification successorale : exécuteur testamentaire ou liquidateur de succession, conjoint ou partenaire/enfants/héritiers/légataires, représentant successoral, testateur

Homologation : défunt, représentant successoral, conjoint ou partenaire/enfants/héritiers/légataires, fiduciaires/gardien/curateur

Droit de la famille : client, conjoint, noms antérieurs, nom de jeune fille, enfants, grands-parents

Droit criminel : client, témoin(s), victime(s), codéfendeur(s)

Indemnisation des accidents de travail : travailleur accidenté, employeur, assureur

Faillite : client, conjoint ou partenaire, créancier(s)

Attention aux dangers de représenter parents et amis

Tous les avocats en exercice ont une fois ou l'autre été sollicités par un ami ou un membre de la famille pour obtenir un avis juridique. Pour la majorité d'entre eux, le réflexe naturel est d'aider. Toutefois, représenter parents et amis n'est pas sans risque; vous devriez bien y réfléchir avant de le faire.

En raison de la relation étroite, l'aide offerte par les avocats à des parents ou amis tend à être informelle ou moins formelle que celle que vous apportez à un client ordinaire. Ce manque de distance professionnelle peut faire en sorte que vous alliez au plus vite ou que vous omettiez d'obtenir des consentements ou des directives écrites. Les malentendus quant à la portée et à la nature des services à rendre sont plus probables en raison du caractère informel que prend l'affaire. Enfin, les procédures usuelles pourraient ne pas être suivies, y compris effectuer une vérification des conflits, ouvrir un dossier, signer un mandat écrit, envoyer la correspondance, etc. Il y a de bonnes raisons pour que toutes ces procédures usuelles soient suivies et elles devraient l'être dans chaque affaire que vous traitez, quel que soit votre lien avec le client.

Pour plusieurs raisons, vos amis et les membres de votre famille pourraient se révéler être les clients les plus difficiles :

- Ils peuvent être extrêmement exigeants et pourraient vous poser des questions jour et nuit (et soyez assuré qu'ils le feront).
- Il est plus difficile de leur donner un avis honnête, objectif, indépendant et professionnel. Peu importe vos efforts, votre relation personnelle nuira à votre jugement et à leur capacité d'écouter l'avis que vous leur donnez.
- Ils peuvent se révéler être les clients les plus déraisonnables. L'incapacité d'écouter attentivement et d'accepter les conseils que vous leur donnez produit des attentes déraisonnables.
- Les membres de la famille et les honoraires ne vont pas bien ensemble. Une discussion sur les honoraires est plus difficile avec les membres de la famille et vous vous retrouverez souvent à effectuer le travail de manière bénévole ou à un taux horaire réduit.
- Si l'affaire ne se règle pas de la façon prévue, les conséquences sur la relation peuvent être désastreuses. Il en résulte souvent une poursuite pour faute professionnelle, malgré la relation familiale ou personnelle. Les blessures inévitables peuvent nuire à votre relation avec cette personne et avec les autres membres de la famille.
- De même, un changement des relations ou de la situation familiale - une séparation ou un divorce, par exemple - peut également teinter la perception qu'avait la famille de vos conseils ou services juridiques antérieurs.

Notez qu'il est également dangereux d'accepter un mandat dans un champ de pratique qui ne vous est pas familier. Les avocats acceptent plus volontiers ce genre de mandat lorsqu'ils tentent d'aider un membre de la famille ou un ami. Dans tous les cas, vous devriez éviter d'agir dans une affaire qui ne touche pas votre ou vos domaines d'expertise et, en particulier, dans des affaires sollicitées par la famille ou des amis. Ne soyez pas un « avocat amateur »!

Que faire alors lorsqu'un membre de votre famille ou un ami sollicite votre aide pour un problème juridique? Expliquez-leur poliment et fermement qu'il serait préférable qu'un autre avocat du cabinet ou même un avocat d'un autre cabinet se charge du mandat. Expliquez-leur qu'ils seront alors plus en mesure de s'assurer que l'avocat agissant pour leur compte possède l'expertise nécessaire et qu'il peut leur donner un avis indépendant et objectif. Avoir recours à un conseiller externe permet d'assurer que les erreurs ne nuisent pas aux relations personnelles, que l'affaire sera probablement mieux documentée, que les membres de la famille auront vraisemblablement des attentes plus réalistes et que l'avocat qui accepte le mandat pourra plus facilement donner au client l'avis que ce dernier préférerait ne pas entendre (par exemple, « vous n'avez pas de cause d'action »).

Lignes directrices pour les « non-mandats » écrits

Lorsque vous refusez de représenter quelqu'un, vous devriez envoyer un non-mandat écrit. Cette lettre vise quatre objectifs :

- documenter le fait que vous ne représentez pas une personne donnée;
- conseiller à la partie de chercher un autre représentant;
- confirmer (si c'est le cas) que vous n'avez reçu aucun renseignement confidentiel concernant ses intérêts dans l'affaire;
- confirmer la situation du client telle qu'elle vous a été décrite et l'avis que vous avez donné au client, dans le cas d'une consultation.

Sans cette lettre, la personne pourrait par la suite alléguer qu'elle s'est fiée à vous pour sa représentation bien que vous n'en ayez fourni aucune, ou que vous avez reçu des renseignements confidentiels qui pourraient vous empêcher d'agir à l'encontre des intérêts de cette personne à l'avenir.

Avoir recours de manière régulière à des non-mandats écrits pour toutes les affaires que le cabinet ne peut ou ne veut accepter aidera à éviter ces problèmes. Vos non-mandats écrits devraient être clairement rédigés et traiter des questions suivantes :

- confirmer que la représentation est refusée et qu'il n'existe aucune relation avocat-client;
- indiquer la date de l'entrevue et, si possible ou le cas échéant, indiquer les raisons pour lesquelles le cabinet ne peut ou ne veut représenter la personne, bien que vous n'ayez pas à vous justifier;
- retourner toute la documentation ou les autres biens obtenus pendant la consultation;
- conseiller à la personne de chercher un autre conseiller juridique aussitôt que possible pour faire valoir ses droits;
- indiquer le fait que des prescriptions peuvent s'appliquer et la priver du droit au remboursement si des mesures ne sont pas prises rapidement pour faire valoir ses droits ou ses recours. Si une prescription précise pose un problème immédiat, indiquer spécifiquement que la personne doit prendre une mesure urgente.
- prendre soin de ne pas exprimer un avis quant au bien-fondé d'une réclamation ou d'une autre position juridique, à moins qu'après la consultation initiale, vous ayez une compréhension claire et précise de la situation du client et lui ayez donné un avis spécifique quant à celle-ci.
- si possible, demander au client de contresigner et de retourner le non-mandat écrit.

Conservez dans un dossier les non-mandats écrits que vous envoyez, de manière à avoir un compte rendu clair de ce qui a été fait si des questions sont soulevées à l'avenir. Inscrivez dans votre système de conflits le nom des clients qui n'ont pas retenu les services du cabinet ou les affaires où ceux-ci n'ont pas été retenus, de sorte que les signaux appropriés seront indiqués en cas d'une recherche future de conflits.

Modèle de « non-mandat » écrit

Il s'agit d'une lettre générale de non-mandat qui confirme à un client potentiel, après une consultation ou une conversation téléphonique, que le cabinet n'est pas en mesure d'agir dans l'affaire. Les motifs pour refuser le mandat peuvent être énoncés ou non. La lettre contient un avertissement concernant les délais de prescription. Bien que cela puisse être à peu près impossible pour certains types d'affaires, si vous avez fait la consultation sans recevoir de renseignements confidentiels, confirmez-le dans la lettre de manière à vous protéger de futures allégations de conflit d'intérêts.

[en-tête du cabinet]

[mode de livraison]

[date]

[adresse du client potentiel]

Objet : Mandat possible concernant [décrivez le mandat possible]

[Madame/Monsieur],

Nous vous remercions de votre visite [appel/] d'aujourd'hui concernant [décrivez l'affaire]. Nous apprécions la confiance que vous témoignez envers notre cabinet, mais pour diverses raisons le cabinet a décidé qu'il ne peut vous représenter dans cette affaire.

En refusant de prendre en charge cette affaire, le cabinet n'exprime aucun avis quant à l'issue probable de celle-ci. Veuillez noter que puisque nous n'exprimons aucun avis sur cette affaire, nous ne réclamons pas d'honoraires.

[Dans les cas où le client potentiel est un demandeur : Il existe des prescriptions ou des dates limites qui peuvent s'appliquer et vous empêcher de soulever une réclamation si vous ne prenez pas de mesures dans les délais afin de protéger vos droits ou vos recours.]

[Lorsqu'une prescription particulière pose un problème immédiat : Veuillez noter qu'une prescription s'applique à l'égard de votre réclamation. Vous devez entamer des procédures judiciaires au plus tard le [date]. À défaut de ce faire, vous ne pourrez déposer de demande en dommages-intérêts contre [nom du défendeur]. Pour cette raison, nous vous recommandons de communiquer immédiatement avec un autre avocat ou cabinet pour obtenir de l'aide concernant votre affaire.]

[Lorsqu'il y a eu une consultation initiale : À la suite de notre rencontre, nous comprenons [décrivez en détail la situation du client telle qu'il vous l'a expliquée]. Dans une telle situation, nous vous conseillons de [indiquez l'avis que vous avez donné au client]. Nous ne réclamons pas d'honoraires pour les consultations initiales.]

(Continuer)

[S'il existe un service de référence régional] : Si vous ne connaissez pas un autre avocat pour vous représenter, nous vous suggérons de communiquer avec le [*service de référence du barreau*] qui tient une liste des avocats qui pourraient représenter vos intérêts dans cette affaire. Le numéro de téléphone est le [*insérez le numéro de téléphone du service*].]

[Lorsque les communications avec le client potentiel ont comporté un échange de documents ou de biens] : Vous trouverez ci-joint les documents que nous avons examinés concernant la présente affaire et nous vous confirmons que nous n'avons en notre possession aucun autre document ou bien reçu de vous.]

[Si vous n'avez pas obtenu de renseignements confidentiels au cours de la rencontre avec le client] : Finalement, nous confirmons [*si, idéalement, tel est le cas*, tel que nous avons convenu lorsque nous avons fixé notre premier rendez-vous.] que vous ne nous avez révélé aucun renseignement confidentiel au cours de la rencontre d'aujourd'hui et, ainsi, qu'il n'y a aucun obstacle, en ce qui concerne les conflits d'intérêts, à ce que notre cabinet représente un autre client, actuel ou futur, dans la présente affaire ou dans des affaires reliées.]

[Au Québec, la *Charte de langue française* exige qu'une lettre officielle soit rédigée en français à moins que les parties ne consentent qu'elle soit en anglais. Dans ce cas, il faut ajouter les phrases suivantes : This letter of agreement has been drafted in English at the express request of the parties. Cette lettre d'entente a été rédigée en anglais à la demande expresse des parties.]

Nous apprécions l'intérêt que vous avez manifesté à l'égard de notre cabinet dans cette affaire. Si vous avez besoin d'une aide juridique dans le domaine [du/de la] [*domaine de pratique*], nous espérons que vous penserez de nouveau à nous. [*Le cas échéant, ajoutez* : Veuillez trouver ci-joint une brochure qui décrit nos champs de pratique dans le domaine [du/de la] [*domaine de pratique*].]

Veuillez agréer, [Madame/Monsieur], nos salutations distinguées.

[signature]

Je, _____, accuse réception de la présente lettre et accepte son contenu.

[signature]

[date]

Source du document : site Web de la *Law Society of British Columbia* (avec des mises à jour par le Groupe de travail de l'ABC sur les conflits d'intérêts).

Modèle de lettre de résiliation de mandat

Le but de la présente lettre est de préciser que le mandat a pris fin et d'éviter de laisser entendre que le cabinet a une obligation continue envers l'ancien client. La lettre vise également à préciser que l'ancien client n'est pas un client actuel aux fins des conflits d'intérêts. En langage clair, elle expose au client que l'affaire est close, que les honoraires ont été payés et qu'il n'est plus un client du cabinet, ce qui signifie que le cabinet n'a plus le devoir de veiller aux intérêts du client et peut poursuivre ce dernier lorsque le cabinet représente d'autres clients dans des affaires non reliées à l'affaire terminée.

[en-tête du cabinet]

[mode de livraison]

[date]

[adresse du client]

Objet : Rapport final et fin de mandat

[Madame/Monsieur],

Nous vous écrivons pour vous faire part de notre rapport final de votre affaire. Nous confirmons que *[indiquez en détail le travail qui a été fait]*.

Puisqu'il ne reste plus rien à faire dans ce dossier, nous joignons notre compte final d'honoraires et confirmons que notre représentation a pris fin. Nous vous remercions d'avoir retenu nos services concernant cette affaire.

[Idéalement, le paragraphe suivant figurait dans votre entente concernant le mandat et vous l'aviez examiné avec le client à ce moment.]

Veillez noter que, puisque vous n'êtes plus notre client, aux termes des règles professionnelles applicables, nous pouvons représenter un autre client dans une affaire qui est directement opposée à vos intérêts immédiats, pourvu que (i) l'autre affaire ne soit pas la même que celle dans laquelle nous vous avons représenté ni qu'elle soit reliée à celle-ci et (ii) nous protégeons vos renseignements confidentiels pertinents. [Vous reconnaissez que l'établissement dans les délais d'un écran déontologique constituera une protection suffisante de la confidentialité de ces renseignements pour que notre cabinet puisse représenter un autre client dans une telle autre affaire.]

[Veillez noter que la manière dont vous protégez les renseignements confidentiels dépendra des circonstances de chaque affaire. Si vous souhaitez que votre client consente à l'utilisation future par le cabinet d'écrans déontologiques pour protéger des renseignements confidentiels, ajoutez

(Continuer)

la dernière phrase. Veuillez noter qu'en fin de compte l'opportunité d'un écran déontologique dépendra toujours des faits en cause. Si vous ne demandez pas le consentement à l'avance, supprimez la dernière phrase.]

[Au Québec, la *Charte de langue française* exige qu'une lettre officielle soit rédigée en français à moins que les parties ne consentent qu'elle soit en anglais. Dans ce cas, il faut ajouter les phrases suivantes : This letter of agreement has been drafted in English at the express request of the parties. Cette lettre d'entente a été rédigée en anglais à la demande expresse des parties.]

Si vous avez besoin d'une aide juridique dans le domaine [du/de la] *[domaine de pratique]*, nous espérons que vous penserez de nouveau à nous. *[Le cas échéant, ajoutez : Veuillez trouver ci-joint une brochure qui décrit nos champs de pratique dans le domaine [du/de la] [domaine de pratique].]*

Veuillez agréer, [Madame/Monsieur], nos salutations distinguées.

[signature]

Je, _____, accuse réception de la présente lettre et accepte son contenu.

[signature]

[date]

Modèle de lettre-contrat - version détaillée

[en-tête du cabinet]

[mode de livraison]

CONFIDENTIEL

[adresse du client]

Objet : Mandat à l'égard de [décrivez le mandat]

[Madame/Monsieur],

Nous vous écrivons pour confirmer que vous souhaitez retenir les services de [nom du cabinet].
Nous serons heureux de vous représenter aux conditions suivantes :

1. Description du mandat

- a) Vous nous avez mandatés pour vous procurer des services juridiques relativement à [●].

[Fournissez le plus de détails possibles concernant le travail spécifique à envisager dans l'affaire. Identifiez clairement les restrictions ou les limitations au mandat. Si le mandat est limité à certains domaines de pratique, identifiez les limitations pour qu'il n'y ait pas par la suite de malentendus quant à l'étendue de vos responsabilités. Par exemple, indiquez si le mandat comprend ou non un avis fiscal. Décrivez le mandat de manière à indiquer que la durée de celui-ci n'est pas indéterminée mais qu'il a plutôt une fin précise et identifiable.]

- b) Nous vous fournirons les services juridiques qui, selon notre avis professionnel, sont raisonnablement nécessaires et appropriés pour réaliser ce mandat.

- c) Nous confirmons (i) que nous ne fournissons pas d'avis ou de services juridiques autres que ceux décrits ci-dessus et (ii) que lorsque notre travail dans cette affaire sera terminé (voir la rubrique 9 ci-après), nous ne vous conseillerons pas quant à l'évolution juridique ultérieure de l'affaire.

2. Description du client

Nous représenterons [nom de la ou des personnes ou de l'entité ou des entités] (« vous ») dans cette affaire. [Si une autre entité verse les honoraires, ajoutez : même si dans certains cas, le paiement de nos honoraires pourra être assumé par [●] [précisez les arrangements].]

(Continuer)

La représentation ne comprend pas celle de personnes ou d'entités reliées, comme les particuliers ou les entités qui sont actionnaires, administrateurs ou dirigeants d'une société, de sa société mère, de ses filiales ou des membres de son groupe, les associés d'une société de personnes ou d'une coentreprise ou les membres d'une association commerciale ou d'une autre organisation. En agissant pour vous, nous n'agissons pas pour ces personnes ou entités reliées ni n'assumons de responsabilités, d'obligations ou de devoirs envers celles-ci, et aucune relation avocat-client ou autre relation fiduciaire n'existe entre nous et ces personnes ou entités reliées.

[Envisagez d'adapter ce paragraphe à la situation de votre ou de vos clients. Lorsque vous agissez pour plus d'un client, vous devez inclure les dispositions relatives à la représentation commune – Voir la rubrique 7 ci-après.]

3. Instructions

À moins d'indication contraire, nous accepterons des instructions de toute personne qui, au sein de votre organisation, a le pouvoir apparent relativement à la présente affaire.

[ou]

Nous accepterons des instructions pour le présent mandat de *[nom de la personne]* ou d'une autre personne qui, selon *[nom de la personne]*, est autorisée à nous donner des instructions.

[Examinez si la personne désignée pour donner des instructions est ou pourrait se trouver en situation de conflit étant donné l'objet du mandat.]

4. Engagement à sauvegarder la confidentialité

- a) Nous nous engageons à ne pas communiquer vos renseignements confidentiels ou en faire une utilisation abusive, sous réserve uniquement des lois applicables et de nos obligations professionnelles et déontologiques.
- b) Puisque nous avons ce devoir envers tous nos clients, nous ne vous communiquerons pas de renseignements de tiers que nous détenons à titre confidentiel (même si ces renseignements confidentiels pourraient être pertinents à votre représentation) ni ne communiquerons à des tiers des renseignements que nous détenons pour vous à titre confidentiel (même si ces renseignements confidentiels pourraient être pertinents à la représentation de ces tiers).

[Envisagez d'étendre la portée de cette phrase dans les cas où il est prévu que le cabinet pourrait avoir des renseignements d'un autre client qui sont essentiels au client concerné par le mandat, ce qui pourrait, par exemple, exiger l'établissement d'un écran déontologique.]

5. Identification de conflits potentiels

- a) Nous nous engageons à ne pas accepter d'affaires qui risqueraient sérieusement d'avoir des répercussions considérables et défavorables sur notre mandat envers vous dans la présente affaire (un « intérêt conflictuel »).
- b) Nous avons procédé à un examen de nos registres et nous confirmons que nous n'y avons découvert aucun intérêt conflictuel relatif à notre mandat dans cette affaire. Notre recherche a porté sur votre nom ainsi que sur les noms suivants que vous nous aviez fournis comme pertinents :

[Indiquez tous les noms recherchés.]

[Si la recherche de conflits indique un intérêt conflictuel, le cabinet doit obtenir le consentement éclairé des deux clients pour pouvoir agir. Le présent paragraphe devrait être modifié pour tenir compte de l'intérêt conflictuel. En outre, il peut être approprié de décrire ici l'intérêt conflictuel et de confirmer le consentement du client concerné.]

- c) Veuillez nous aviser sans délai si d'autres noms doivent être vérifiés relativement à la présente affaire ou si des modifications ou des ajouts à ces noms devraient être apportés à l'avenir. Nous comptons sur vous pour nous communiquer toutes les autres parties qui deviennent concernées par la présente affaire, y compris des parties dont les intérêts peuvent être opposés aux vôtres.
- d) Veuillez noter que nous n'estimons habituellement pas avoir un intérêt conflictuel parce que nous représentons un autre client qui est un de vos concurrents, clients ou fournisseurs, qui fait valoir par notre entremise des positions ou des arguments juridiques qui peuvent être incompatibles avec ceux que vous faites valoir ou que vous souhaitez faire valoir ou encore qui, dans une autre affaire, a un intérêt opposé à celui d'une entité avec laquelle vous avez un lien, que ce soit notamment de propriété ou contractuel. À moins que vous ne nous ayez demandé de réaliser une recherche à l'égard d'entités données, décrites ci-dessus, notre recherche de conflits ne soulèvera aucune question découlant de notre représentation de ces entités.

6. Représentation d'autres clients

Nous souhaitons éviter des situations où vous pourriez considérer notre représentation d'un autre client comme étant incompatible avec nos devoirs à votre égard ou nos arrangements avec vous.

[Option 1 : habituellement pour les clients de longue date du cabinet]

- a) Tant que vous êtes notre client, nous n'agissons pas pour un autre client dans une affaire qui crée un intérêt conflictuel.

(Continuer)

- b) Nous n'avons connaissance d'aucune affaire en cours où nous agissons pour le compte d'autres clients qui crée un intérêt conflictuel.

[Si la recherche de conflits indique une affaire dans laquelle il existe un intérêt conflictuel et que les deux clients consentent à ce que le cabinet agisse, le présent paragraphe devrait être modifié pour tenir compte de ce fait. En outre, il peut être approprié de décrire ici le conflit et de confirmer le consentement du client concerné.]

- c) Si nous apprenons, en cours de mandat, que nous sommes engagés dans une affaire qui crée un intérêt conflictuel, nous pourrions demander votre accord pour continuer d'agir à des conditions qui satisfont toutes les parties concernées.
- d) *[Envisagez d'ajouter la clause suivante qui traite des obligations du cabinet envers le client qui devient un ancien client.]*

Lorsque vous cesserez d'être notre client, aux termes des règles professionnelles applicables, nous pourrions représenter un autre client dans une affaire qui est opposée à vos intérêts, pourvu que (i) l'autre affaire ne soit pas la même que celle dans laquelle nous vous avons représenté ni qu'elle soit reliée à celle-ci et (ii) nous protégions vos renseignements confidentiels pertinents. [Vous reconnaissez que l'établissement dans les délais d'un écran déontologique constituera une protection suffisante de la confidentialité de ces renseignements pour que notre cabinet puisse représenter un autre client dans cette autre affaire.]

[Veuillez noter que la manière dont vous protégez les renseignements confidentiels dépendra de la situation de chaque affaire. Si vous souhaitez que votre client consente à l'utilisation future par le cabinet d'écrans déontologiques pour protéger des renseignements confidentiels, ajoutez la deuxième phrase. Veuillez noter qu'en fin de compte la pertinence d'un écran dépendra toujours des faits en cause. Si vous ne demandez pas le consentement à l'avance, supprimez la deuxième phrase.]

[Option 2 : à envisager pour des mandats limités, des mandats de représentation et d'autres affaires ponctuelles lorsque vous souhaitez demeurer libres d'agir contre le client dans d'autres affaires.]

- a) À moins que vous n'y consentiez, tant que vous êtes notre client, nous n'agirons pas pour un autre client dans une affaire qui crée un intérêt conflictuel. Notre acceptation de la présente affaire se fonde sur le fait que vous acceptez maintenant que nous puissions représenter d'autres clients dans d'autres affaires qui pourraient être opposées à vos intérêts et que nous puissions représenter dans d'autres affaires la partie qui vous est opposée dans la présente affaire, pourvu que (i) l'autre affaire ne soit pas la même que celle dans laquelle nous vous avons représenté ni qu'elle soit reliée à celle-ci et (ii) nous protégions vos renseignements

confidentiels. [Vous reconnaissez que l'établissement dans les délais d'un écran déontologique constituera une protection suffisante de la confidentialité de ces renseignements pour que notre cabinet puisse représenter un autre client dans cette autre affaire.]

[Veuillez noter que la manière dont vous protégez les renseignements confidentiels dépendra de la situation de chaque affaire. Si vous souhaitez que votre client consente à l'utilisation future par le cabinet d'écrans déontologiques pour protéger des renseignements confidentiels, ajoutez la deuxième phrase. Veuillez noter qu'en fin de compte l'opportunité d'une muraille de protection dépendra toujours des faits en cause. Si vous ne demandez pas le consentement à l'avance, supprimez la deuxième phrase.]

- b) Votre consentement signifie que, pendant que nous vous représentons dans la présente affaire, nous pourrions représenter un autre client dans une affaire non reliée qui est opposée à vos intérêts, y compris une action en justice, une négociation, une opération de financement, une vente aux enchères ou une autre opération d'acquisition, une procédure réglementaire, une affaire d'insolvabilité/de restructuration ou une autre affaire.

[Le présent consentement vous permettra d'agir à l'encontre d'un client de l'option 2 dans des affaires non reliées, mais ne vous permettra pas d'agir pour celui-ci dans une affaire reliée. Si c'est ce que vous souhaitez faire, vous devriez obtenir un consentement exprès de chaque client.]

- c) Lorsque vous cesserez d'être notre client, aux termes des règles professionnelles applicables, nous pourrions représenter un autre client dans une affaire qui est opposée à vos intérêts, pourvu que (i) l'autre affaire ne soit pas la même que celle dans laquelle nous vous avons représenté ni qu'elle soit reliée à celle-ci et (ii) nous protégions vos renseignements confidentiels pertinents. Vous reconnaissez que l'établissement dans les délais d'un écran déontologique constituera une protection suffisante de la confidentialité de ces renseignements pour que notre cabinet puisse représenter un autre client dans une autre telle affaire.

[Si vous souhaitez que votre client consente à l'utilisation future par le cabinet d'un écran déontologique pour protéger des renseignements confidentiels, ajoutez la dernière phrase. Veuillez noter qu'en fin de compte l'opportunité d'une muraille de protection dépendra toujours des faits en cause. Si vous ne demandez pas le consentement à l'avance, supprimez la dernière phrase.]

(Continuer)

Nous nous fondons sur les consentements décrits ci-dessus pour accepter de vous représenter dans la présente affaire et nous ne vous demanderons pas d'autres consentements ni ne vous consulterons avant de conseiller ou de représenter un autre client dont les intérêts sont opposés aux vôtres ou d'agir pour celui-ci. Nous vous recommandons donc de demander l'avis d'un conseiller juridique indépendant (ce qui peut comprendre votre avocat d'entreprise) si vous avez des questions concernant les incidences d'un tel consentement.

7. Représentation commune *[Supprimez le présent paragraphe si vous n'agissez que pour un seul client dans la présente affaire ou opération]*

[Examinez si la situation se prête à un mandat commun aux termes des règles. Par exemple, il est permis (avec le consentement du client) d'agir pour des parties multiples du même côté d'une opération, mais l'avocat ne doit pas les conseiller sur des questions litigieuses ni agir pour plus d'un côté dans un différend. Il est important que vos clients communs comprennent qu'il ne peut y avoir de secrets entre eux. Veuillez noter que le présent paragraphe pourrait ne pas refléter les règles relatives à la représentation commune en Alberta ni la formule requise en Colombie-Britannique.]

- a) Vous nous avez tous demandé de vous représenter conjointement dans la présente affaire. Vous nous avez informés qu'il n'y a actuellement aucune question litigieuse entre vous. Toutefois, en raison de la possibilité qu'un conflit survienne lorsque nous représentons plus d'un client dans une même affaire dans laquelle chaque client a des intérêts distincts et qui peuvent créer une situation de conflit, nous ne pouvons accepter un tel mandat que si (i) nous estimons pouvoir représenter de manière compétente et diligente chacun des clients et (ii) nous avons le consentement éclairé de chaque client pour ce qui est des conditions de la représentation commune en matière de conflits et de confidentialité.

[Assurez-vous que le consentement éclairé est donné de manière indépendante par chaque client et non par une personne visée par un conflit d'intérêts.]

- b) Nous estimons que nous serons en mesure de représenter de manière compétente et diligente chacun de vous dans le cadre d'un mandat commun car

[Indiquez les raisons pour lesquelles vous estimez qu'un mandat commun est approprié. Indiquez les hypothèses que vous posez concernant la possibilité de conflits, le degré d'expérience des parties, les limitations du mandat, la représentation des intérêts d'un tiers (comme les actionnaires minoritaires) et toutes les autres questions qui pourraient être pertinentes, comme les renseignements que le client vous a fournis et sur lesquels vous vous appuyez pour vous prononcer sur l'opportunité de la représentation commune.]

- c) Puisque nous vous représentons conjointement aux termes du présent mandat, en vertu de nos obligations professionnelles et déontologiques :
- (i) aucun renseignement que nous recevons de l'un [de/d'entre] vous dans le cadre de la présente affaire ne peut être considéré, entre vous, comme étant confidentiel sur ce qui se rapporte à l'un d'entre vous;
 - (ii) s'il survient entre vous un conflit qui ne peut être réglé, **[ajoutez l'une des options suivantes :]** nous ne serons plus en mesure d'agir pour vous tous et nous pourrions être tenus de nous retirer complètement.

[ou]

vous avez accepté que nous puissions continuer d'agir pour [●], y compris contre [●] (qui [cherchera/chercheront] un autre conseiller pour [le/les] représenter). [●] [reconnaît/reconnaissent] que nous sommes autorisés à continuer d'utiliser tous les renseignements obtenus [de lui/d'eux]. [●] [convient/conviennent] [qu'il n'allèguera pas/qu'ils n'allègueront pas] notre représentation antérieure pour nous empêcher d'agir pour *[le client choisi]* .

- (iii) **[Dans les circonstances qui le justifient, vous pourriez souhaiter inclure la phrase suivante.]** [[●] [reconnaît/reconnaissent] que notre cabinet a une relation continue et de longue date avec [●].]
- d) Nous vous recommandons de profiter de l'occasion pour consulter un conseiller juridique indépendant *[ce qui peut comprendre votre avocat d'entreprise]* à propos des modalités de la présente représentation commune.

8. Conditions

L'annexe ci-jointe énonce les conditions financières de notre mandat dans la présente affaire, y compris, le cas échéant, la désignation des personnes qui travailleront dans cette affaire et leur tarif usuel.

9. Résiliation

- a) Vous pouvez mettre fin à notre mandat pour quelque motif que ce soit avant la réalisation de celui-ci en nous donnant un avis écrit à cet effet. En cas de résiliation, tous les honoraires et débours judiciaires non réglés deviendront exigibles et payables. Sous réserve de nos obligations professionnelles et déontologiques, nous pouvons mettre fin à notre mandat envers vous avant

(Continuer)

la réalisation du présent mandat pour quelque motif que ce soit, y compris en raison d'un conflit d'intérêts qui survient ou d'honoraires juridiques ou de débours judiciaires impayés.

- b) À moins que notre mandat ne soit résilié auparavant, notre représentation prendra fin lorsque vous recevrez notre compte final pour les services rendus. Si vous souhaitez que des documents vous soient retournés à la résiliation ou à la réalisation du présent mandat, veuillez nous en informer. Sinon, tout document que vous nous avez fourni et la documentation créée pour vous seront traités conformément à nos politiques et à nos pratiques en matière de conservation des dossiers. Veuillez noter que celles-ci pourraient différer des vôtres. Si vous avez des préoccupations concernant ce que nous conservons dans nos dossiers et ce que nous éliminons, vous devez nous en faire part. En l'absence d'une convention écrite avec vous à l'effet contraire, nous pouvons conserver ou détruire les dossiers que nous possédons à l'égard du présent mandat selon ce que nous jugeons approprié.

Le fait que nous puissions par la suite vous faire parvenir sans frais des renseignements sur l'évolution du droit ou vous inclure dans notre liste générale de distribution ne changera pas le fait que notre mandat a pris fin.

10. Communications électroniques

Pendant la durée de notre mandat, nous pouvons échanger avec vous des versions électroniques de documents et des courriels en utilisant des logiciels offerts sur le marché. Malheureusement, la technologie disponible est vulnérable à des attaques de virus ou d'autres programmes électroniques destructeurs. Par conséquent, bien que nous ayons tenté de prendre des mesures de prévention, notre système pourrait à l'occasion refuser une communication que vous nous envoyez ou nous pourrions vous envoyer un élément que votre système refuse. En conséquence, nous ne pouvons garantir que toutes les communications et que tous les documents seront toujours reçus ni qu'ils seront toujours exempts de virus, et nous ne donnons aucune garantie à l'égard des communications électroniques entre nous. En outre, nous ne donnons aucune garantie à l'égard de la sécurité de la communication électronique entre nous, et vous consentez à notre échange de communications électroniques non chiffrées, y compris des documents confidentiels.

11. Protection des renseignements personnels

Pendant que nous agissons pour vous, vous pourriez nous fournir (et nous pourrions recueillir) des renseignements personnels qui sont assujettis aux lois sur la protection des renseignements personnels applicables. En votre nom, nous recueillerons, utiliserons ou communiquerons ces renseignements personnels à la seule fin de vous fournir nos services [le tout conformément à notre politique en matière de protection des renseignements personnels].

12. Lois applicables

Notre mandat avec vous est régi par les lois de la province [de/du/de la/de l'•] et les lois fédérales du Canada qui s'y appliquent. Tout différend entre nous sera réglé exclusivement devant les tribunaux de cette province.

[Les lois applicables devraient normalement être les lois de l'endroit où exerce l'associé en charge de l'affaire.]

Annexe relative aux honoraires, aux frais et aux conditions de paiement

Personnel

À moins d'indication contraire de votre part, le personnel chargé de cette affaire mobilisera les ressources nécessaires du cabinet afin de traiter l'affaire adéquatement. S'il est pertinent de le faire, différents avocats, stagiaires ou assistants juridiques traiteront des divers aspects de celle-ci. Les assistants juridiques comprennent les techniciens juridiques, les étudiants en droit, les bibliothécaires et les techniciens spécialisés. *[La/les personnes en charge principalement de traiter cette affaire et de vous faire rapport est/sont : [•].]*

Honoraires juridiques

[Option 1 : mandat à taux horaire]

Nos honoraires sont fondés sur notre évaluation de la valeur raisonnable de nos services. Afin de nous aider à établir cette valeur, nous affectons des taux horaires de facturation à chacun de nos avocats et assistants juridiques et consignons le temps qu'ils consacrent et les services qu'ils fournissent dans l'affaire. Actuellement, les taux horaires pour l'avocat ou les avocats qui travailleront sur cette affaire sont :

- [•] \$ l'heure
- [•] \$ l'heure

Il pourrait être nécessaire que d'autres avocats, stagiaires et assistants juridiques travaillent sur cette affaire, auquel cas leur temps sera également enregistré et facturé à leur taux horaire actuel.

Nos taux peuvent varier pour tenir compte des augmentations de nos frais, de l'expérience et des compétences acquises par nos avocats et assistants juridiques ainsi que d'autres facteurs. Si nos taux sont modifiés avant que la présente affaire ne soit terminée, les nouveaux tarifs s'appliqueront au reste du mandat.

(Continuer)

[Il nous fera plaisir de vous fournir une estimation des honoraires, des frais et des dépenses que nous prévoyons engager et de vous fournir des mises à jour de celle-ci au fur et à mesure que l'affaire progresse. En raison de la difficulté inhérente à prévoir le temps qu'une affaire donnée nécessitera et l'issue que connaîtra le mandat, l'estimation ne sera qu'approximative. Nos honoraires, frais et dépenses réels peuvent varier, peut-être même considérablement, de l'estimation. Les estimations sont fondées sur les circonstances telles que nous les comprenons à ce moment et sur des hypothèses concernant des événements qui auront un effet sur la portée et la nature de notre travail.]

[Option 2 : mandat à taux fixe]

Étant donné la nature du présent mandat, nous convenons que nos tarifs, [à l'exclusion des/ y compris les] frais et dépenses s'élèveront à [•] \$ compte tenu de ce qui suit :

[•],

[•],

[•].

Nous réévaluerons ces honoraires si les hypothèses posées se révèlent incorrectes ou dans le cas peu probable où nous pourrions terminer l'affaire sans avoir à exécuter l'ensemble du travail envisagé.

Frais et dépenses

Nos honoraires ne comprennent pas les frais et les dépenses que nous engageons dans le cadre de l'affaire. Ces frais et dépenses seront facturés en plus des honoraires pour les services juridiques. Ils comprennent habituellement les frais des appels interurbains, les frais de messenger et de livraison spéciale, les frais de poste et de messagerie, les frais des recherches informatisées, les frais du traitement de texte, les frais d'impression et de reproduction, les frais du temps supplémentaire du personnel administratif, les frais de transmission par télécopieur, les frais de déplacement, les frais de dépôt, *[les frais de sténographie judiciaire pour les interrogatoires et les transcriptions, les indemnités versées aux témoins, les frais de signification des actes de procédure]* et d'autres frais et dépenses.

Lorsque nous obtenons ces services directement de fournisseurs externes, nous vous facturons le montant qui nous a été réclamé. Lorsque les montants imposés pour ces services seront considérables, nous pourrions vous faire parvenir les factures des fournisseurs externes concernés directement, auquel cas vous devrez payer ceux-ci directement, conformément à leurs conditions. Certains frais et dépenses sont engagés à l'interne et sont facturés au montant censé couvrir nos frais directs et indirects connexes.

[Nous pourrions devoir retenir les services d'experts externes [par ex. des comptables, des économistes, des évaluateurs ou des enquêteurs] pour nous aider dans la présente affaire. Nous vous consulterons avant de le faire.] [Nous pourrions [également] devoir retenir les services d'avocats et de tiers à titre de mandataires dans d'autres territoires. Les honoraires *[des experts*

externes] [et] [*des mandataires dans d'autres territoires*] ne sont pas compris dans nos honoraires. Vous devrez assumer le paiement de tous les honoraires, frais et dépenses de tous [*les experts*] [et] [*les mandataires dans les autres territoires*] dont les services ont été retenus pour votre affaire. Habituellement, vous serez prié de payer les factures, conformément à leurs conditions, directement à ces tiers.]

Paiement

Nos relevés de compte pour les honoraires, les frais et les dépenses vous seront envoyés chaque mois [*et à la fermeture du dossier*] et seront payables [*à la réception/à la fermeture*]. L'intérêt sera imposé au taux avant jugement sur les montants impayés pendant plus de 30 jours. [*Chaque relevé comprendra un sommaire détaillé des services rendus.*] [*Vous comprendrez que la poursuite de notre travail dans la présente affaire dépend du règlement dans les délais de nos relevés de compte [et du respect de l'arrangement concernant la provision dont il est question ci-après].*]

Provision pour honoraires

Pour que nous acceptions cette affaire, nous vous demandons de nous verser à l'avance une provision pour les honoraires, les frais et les dépenses au montant de [●] \$. [Cette provision sera détenue en fiducie et portée au crédit du relevé de compte final — mais non des relevés de compte intermédiaires — et tout solde après le paiement final sera remboursé.] [Cette provision sera détenue en fiducie. Nous présenterons nos relevés mensuels en tenant compte de cette provision sur le fondement que vous renflouerez la provision à même hauteur à la réception de chaque relevé de compte.] [Nous pourrions demander une augmentation de la provision avant une période d'intense activité.]

[Au Québec, la *Charte de langue française* exige qu'une lettre officielle soit rédigée en français à moins que les parties ne consentent qu'elle soit en anglais. Dans ce cas, il faut ajouter les phrases suivantes : This letter of agreement has been drafted in English at the express request of the parties. Cette lettre d'entente a été rédigée en anglais à la demande expresse des parties.]

Veuillez confirmer les conditions du mandat en signant la présente lettre et en retournant un exemplaire à mon attention.

Veuillez agréer, [Madame/Monsieur], nos salutations distinguées.

[signature]

Nous reconnaissons et acceptons par les présentes les conditions du mandat énoncées ci-dessus.

Par :

Nom :

Poste :

Modèle de lettre contrat (version abrégée) [Modèle de lettre d'entente sur des services juridiques]

Apportez les changements voulus à ce modèle en fonction de la situation de votre client et de votre cabinet. Ce modèle est destiné à être personnalisé.

[En-tête du cabinet]

Privilégié et confidentiel

[Date]

[Nom du client, adresse]

Objet : Entente sur des services juridiques concernant [brève description de l'affaire]

Notre référence : [numéro]

Monsieur, [ou] Madame,

Je vous remercie d'avoir choisi notre cabinet pour vous seconder dans [précisez l'affaire juridique qui fait l'objet du mandat]. Comme nous en avons discuté, vous retenez nos services afin de [précisez la portée du travail à entreprendre pour le compte du client].

Le dossier comprendra les étapes suivantes : [indiquez les étapes habituelles de ce type d'affaire juridique, de sorte que le client en comprenne bien le déroulement].

[S'il y a lieu et en tout cas s'il s'agit d'un mandat à portée limitée, précisez le travail que vous n'entreprendrez pas dans le cadre de ce mandat – Vous ne nous engagez pas pour ...]

Communications

Nous vous tiendrons au courant de l'évolution de votre dossier. Il y aura toutefois des périodes où nous n'aurons pas de nouvelles à vous communiquer parce que nous attendons que d'autres agissent ou nous transmettent de l'information. Une partie du coût de nos services juridiques se rapporte au temps que nous passons à répondre à vos appels téléphoniques et messages de courriel. Vous réaliserez des économies si vous communiquez avec nous uniquement au sujet de questions importantes et urgentes.

[Mon adjoint(e) X] pourra sans doute répondre à plusieurs de vos questions. Vous pouvez le (la) joindre au [numéro de téléphone] ou à [adresse de courriel]. Si vous devez me joindre d'urgence, vous pouvez le lui indiquer. Je répondrai aussi rapidement que possible.

Confidentialité

Les renseignements que vous nous communiquez et les conseils que nous vous donnons sont confidentiels. La loi protège les communications entre les avocats et leurs clients pour que les clients puissent parler franchement et librement avec leur avocat et ainsi obtenir les meilleurs conseils à la lumière de tous les faits. Nous ne communiquerons pas vos renseignements confidentiels à moins d'y être tenus par la loi ou par les règles déontologiques des avocats.

Nous vous conseillons, pour protéger vos intérêts, de conserver notre correspondance – y compris nos courriels – en lieu sûr. Vous pouvez perdre le droit à la protection de la confidentialité de nos communications si vous les transmettez à d'autres personnes.

Honoraires et frais

Je serai l'avocat chargé de votre dossier. Mon taux horaire est de [#] \$. Le taux horaire applicable au travail effectué par X [parajuristes, personnel de soutien, associé principal, etc.] est de [#] \$. Les taux horaires sont révisés une fois l'an et pourraient changer au cours de la période pendant laquelle nous agirons pour vous. Dans ce cas, nous indiquerons les modifications apportées aux taux horaires dans la facture [mensuelle, trimestrielle] que nous vous enverrons ³⁵⁰.

Outre les honoraires, vous devrez payer les frais (débours) se rapportant au travail que nous effectuons pour vous. En feront partie : [droits de dépôt à la cour, frais d'enregistrement de documents, photocopies, services de messagerie, etc.]. Nous vous présenterons la liste de ces débours dans la facture [mensuelle, trimestrielle] que nous vous enverrons.

[Le coût du travail que nous effectuerons pour vous est de X \$.] [ou] [Le coût du travail que nous effectuerons pour vous se situera entre X \$ et Y \$. Le montant final dépendra [des questions juridiques en cause, de la réponse que donnera X, de l'étape à laquelle l'affaire sera réglée, etc.]]

Avant que nous n'entamions le travail, nous devons recevoir un acompte de [# \$] de votre part. Nous déposerons ce montant dans notre compte en fiducie et l'utiliserons pour payer les honoraires et les frais engagés dans votre dossier. Nous pourrions vous demander de nouveaux acomptes de temps à autre.

Si nous constatons que notre estimation du coût du travail que nous effectuons pour vous est trop faible, nous vous en informerons sans délai et nous vous demanderons des instructions sur la façon de procéder.

Si le montant final des honoraires et des frais est inférieur au montant que vous nous avez versé en acompte, nous vous rembourserons le solde.

Autres clients

Comme nous en avons discuté, notre cabinet peut travailler pour d'autres clients qui [sont vos concurrents commerciaux, ont une position juridique différente de la vôtre dans une affaire

(Continuer)

³⁵⁰ Dans certains ressorts canadiens, les changements des taux horaires découlant d'une révision annuelle effectuée par le cabinet doivent être indiqués au client.

semblable, ont un intérêt semblable au vôtre]. Il est entendu que nous pouvons travailler également pour ces clients à moins que leurs intérêts ne s'opposent directement aux vôtres dans l'affaire visée par la présente entente sur des services juridiques. Nous avons vérifié nos dossiers et à l'heure actuelle, à ce que nous sachions, nous n'avons aucun autre client dont les intérêts sont opposés aux vôtres tels que nous les comprenons aujourd'hui.

Nous n'accepterons aucun nouveau mandat d'un client qui a un intérêt s'opposant aux vôtres, à moins que vous ne consentiez à ce que nous le fassions.

Fin du travail pour votre compte

La présente entente sur des services juridiques prendra fin lorsque le travail dont vous nous avez chargé, tel qu'il est indiqué au début de la présente lettre, aura été terminé ou lorsque vous nous donnerez instruction de cesser de travailler pour votre compte. Vous devrez payer tout le travail effectué pour votre compte jusqu'à ce moment. Vous pouvez aussi mettre fin à l'entente ainsi que le permettent les règles de déontologie des avocats.

À la fin du travail pour votre compte, vous ne serez plus considéré[e] comme étant notre client[e], et nous pourrions accepter des mandats d'autres clients dont les intérêts peuvent s'opposer aux vôtres.

Nous aurons toujours l'obligation de protéger vos renseignements confidentiels même quand vous ne serez plus notre client[e].

Mandat commun

[Dans les situations où vous représentez deux clients ou plus qui ont un intérêt en commun]

Vous nous avez demandé de vous représenter [tous deux] [tous] parce que vous avez le même intérêt et vous estimez souhaitable d'agir ensemble dans cette affaire. Je peux accepter ce mandat commun uniquement si je crois pouvoir vous assurer une représentation compétente et diligente et si vous y consentez en comprenant les limitations suivantes.

Premièrement, je ne peux pas préserver la confidentialité des renseignements que je reçois d'un de vous à l'égard [de l'autre] [ou] [des autres]. Je vous représente conjointement et j'ai un plein devoir de loyauté envers chacun de [vous deux] [ou] [vous].

Deuxièmement, il est possible qu'au gré de l'évolution du dossier, de nouveaux éléments surviennent de sorte que vous ayez des intérêts distincts et opposés. Le cas échéant, [choisissez une des options suivantes]

- je ne pourrai plus vous représenter et vous devrez [tous deux] [ou] [tous] retenir un autre avocat.

- je continuerai de représenter X tel que convenu, et [nommez tous les autres clients conjoints] [devra] [ou] [devront] retenir [un autre avocat] [ou] [d'autres avocats].

Il est entendu que vous avez [tous deux] [ou] [tous] reçu des avis juridiques indépendants avant de souscrire à ce mandat commun.

Je confirme que je crois pouvoir vous assurer [tous deux] [ou] [tous] une représentation compétente et diligente.

Vous m'avez enjoint de suivre les instructions que me communiquera [X] pour votre compte, et je continuerai de le faire sauf indication contraire de votre part à [tous deux] [ou] [tous].

Notre relation juridique

Les obligations légales décrites aux présentes sont des obligations à votre égard et non à l'égard [d'autres membres de votre famille, de sociétés affiliées]. [Si le client est une personne morale ou une famille ou s'il s'agit de clients multiples, ajoutez : Dans le cadre de ce dossier, nous n'accepterons d'instructions que de vous à moins que vous nous indiquiez par écrit d'accepter des instructions d'une autre personne.]

Langue de la lettre d'entente

[Au Québec, si vous rédigez la lettre en anglais, ajoutez comme l'exige la *Charte de la langue française* : This legal services agreement has been drafted in English at the express request of the parties. Cette lettre d'entente a été rédigée en anglais à la demande expresse des parties.]

Prochaines étapes

Pour confirmer que vous me chargez d'agir pour votre compte comme l'indique la présente lettre, veuillez signer ci-dessous et me renvoyer la lettre avec l'acompte de [# \$]. Conservez la deuxième copie ci-jointe pour vos dossiers.

Je reste à votre disposition pour répondre à vos questions.

En attendant l'honneur de travailler pour votre compte dans ce dossier, je vous prie d'agréer, Monsieur, [ou] Madame, mes salutations les meilleures.

[signature de l'avocat]

Votre signature :

[Nom du client]

Date

Éléments à inclure dans une lettre d'entente sur des services juridiques

Ce document de référence indique les principaux éléments qui doivent faire partie d'une lettre d'entente sur des services juridiques, et il comprend de brèves explications. Nous utilisons l'expression « entente sur des services juridiques » parce qu'elle relève d'un langage clair que les clients comprendront aisément.

L'utilisation du modèle d'entente sur des services juridiques est suggérée dans le cas d'affaires juridiques qui ne sont pas extrêmement complexes et dont on ne prévoit pas qu'elles s'étendront sur une longue période.

Vous pouvez utiliser les indications présentées ici pour rédiger votre propre entente sur des services juridiques ou vous pouvez adapter l'exemple de lettre d'entente sur des services juridiques.

Privilegié et confidentiel

- Protégez les intérêts du client. L'entente sur des services juridiques comprend des renseignements personnels du client, y compris les raisons pour lesquelles il fait appel à vos services. Le document devrait porter une mention visant à protéger la confidentialité du client et rappelant la nature spéciale de la relation entre l'avocat et son client.

Client

- Indiquez le nom du client. Il est particulièrement important de le faire quand une autre partie paie vos honoraires, quand vous représentez plusieurs personnes ou entités ou quand vous communiquerez avec un employé ou autre représentant du client, mais ne le représentez pas. Vous devriez préciser que votre représentation du client n'englobe pas d'autres personnes telles qu'actionnaires, associés ou membres de la famille. Il est essentiel de préciser les personnes avec lesquelles vous avez une relation avocat-client pour parer à des débats sur d'éventuels conflits d'intérêts, étant entendu qu'on ne peut pas évaluer des situations de conflit potentiel sans connaître l'identité du client envers lequel l'avocat a des obligations.

Portée du mandat

Indiquez les instructions du client et la portée du travail que vous entreprendrez. Précisez ce qui marquera la fin du mandat. Envisagez de préciser les étapes que vous suivrez, de sorte que votre client comprenne mieux le travail en cause. Il importe aussi de préciser ce que vous ne ferez *pas*, surtout quand vous êtes chargé d'un mandat de portée limitée. Un énoncé clair de votre mandat aide à gérer les attentes du client, et réduit les risques de méprise et de conflit.

Confidentialité

- Précisez votre responsabilité légale de préserver la confidentialité du client, sous réserve des exigences que peut prescrire la loi ou qui peuvent découler de vos obligations professionnelles et éthiques. Faites savoir à votre client que ses actes peuvent compromettre le caractère

confidentiel de vos communications et qu'il devrait protéger vos conseils, lettres, courriels et autres communications en veillant à ce qu'ils restent privés et protégés.

Honoraires

- Indiquez soit le montant de vos honoraires fixes, soit votre taux horaire et les taux horaires des autres membres de votre cabinet qui travailleront au dossier ainsi qu'une estimation du coût de votre travail (montant minimum et maximum à prévoir). Expliquez vos modalités de facturation, par exemple : facturation par tranches de 5 minutes.
- Expliquez ce qui pourrait influencer sur vos honoraires, par exemple : l'étape à laquelle l'affaire sera réglée, la complexité des enjeux juridiques, des augmentations découlant d'une révision annuelle des tarifs, et ainsi de suite. La clarté parera à des différends ultérieurs à propos des aspects monétaires.

Débours (frais et dépenses)

- Décrivez le genre de débours que vous êtes susceptible d'effectuer pour le client, par exemple enregistrement de documents, droits de dépôt à la cour, photocopies, services de messagerie. Précisez que ces frais s'ajoutent à vos honoraires, de sorte qu'il n'y ait pas de méprises.

Acompte

- Demandez au client de verser un montant en acompte, et expliquez que ce paiement est nécessaire avant que vous ne commenciez le travail. Précisez que l'acompte est détenu en fiducie et est utilisé pour payer les débours et les honoraires. Lorsque les clients comprennent qu'un acompte est une avance sur vos services, ils perçoivent mieux la nature professionnelle de la relation avocat-client.

Modalités de facturation

- Décrivez vos modalités de facturation (par exemple une fois par mois, une fois par trimestre, à certaines étapes) et indiquez le taux d'intérêt que vous comptez sur les paiements en retard.

Communications

- Dites au client quand vous prévoyez communiquer avec eux, quelle est votre méthode de communication habituelle et comment il peut communiquer avec vous. Fournissez les coordonnées des principaux employés de votre cabinet. Vous voudrez peut-être encourager votre client à communiquer avec votre personnel de soutien en faisant valoir qu'il s'agit d'une option efficace et moins coûteuse pour lui. Vous pouvez aussi indiquer au client quel genre de disponibilité il peut attendre de votre part et dans quels délais vous pourrez en général répondre à ses messages téléphoniques ou ses courriels.

(Continuer)

Représentation d'autres clients

- Précisez quel est votre devoir de loyauté envers votre client et votre obligation d'éviter les conflits d'intérêts.
- Indiquez que pendant votre mandat pour le client, votre cabinet ne pourra pas représenter d'autres parties dont les intérêts s'opposent directement à ceux du client, sauf si le client y consent. Vous pouvez préciser que la représentation d'une entreprise qui est concurrente du client ou d'une personne qui est apparentée au client n'est pas en soi un conflit d'intérêts; vous pouvez représenter d'autres parties et défendre en leur nom des points de vue qui sont opposés à ceux que vous défendrez pour le client.
- Notez qu'une fois terminé le travail associé au mandat prévu par l'entente sur des services juridiques, votre cabinet est libre de représenter d'autres parties ayant des intérêts contraires, mais que votre obligation de protéger les renseignements confidentiels du client persiste à perpétuité.
- Pour trouver de plus amples indications sur les conflits d'intérêts, d'autres documents et des listes de contrôle, voir le rapport final du Groupe de travail sur les conflits d'intérêts, ses recommandations et sa trousse de documents modèles (www.cba.org/abc/groups_f/conflicts).

Mandats communs

- Expliquez que vous pouvez seulement représenter plus d'un client dans la même affaire lorsque : (1) vous croyez que vous pourrez assurer à ces clients une représentation compétente et diligente; et (2) les clients y ont tous consenti, en comprenant que leurs intérêts pourraient en venir à diverger et à s'opposer, et que le cas échéant, les paramètres de votre intervention devront changer.
- Expliquez que vous ne pouvez pas préserver la confidentialité des renseignements entre les clients communs.
- Précisez ce qui se produira s'il survient un conflit entre les clients. Par exemple, vous pourriez être tenu de renoncer à les représenter ou vous pourriez ne plus représenter qu'un d'entre eux, tandis que les autres devraient retenir un autre avocat.
- Conseillez à vos clients éventuels d'obtenir un avis juridique indépendant avant de souscrire à un mandat commun. Consultez la liste de vérification pour avis juridique indépendant dans la trousse de documents de l'ABC sur les conflits d'intérêts.

Fin du travail

- Précisez l'événement qui marquera la fin de l'entente sur des services juridiques. Par exemple, le client vous informe par écrit de sa décision de mettre fin au mandat; le mandat est terminé; une facture finale est envoyée. (À noter que vous aurez peut-être aussi abordé cette question sous la rubrique « Portée du mandat ».)
- Veuillez préciser dans l'entente que toute communication ultérieure de la part de votre cabinet au sujet de faits juridiques, par exemple sous forme de bulletin d'information à l'intention des clients ou une invitation à une activité organisée par votre cabinet, n'a pas pour effet

de perpétuer la relation avocat-client. En précisant clairement le moment où se termine la relation avocat-client, vous réduisez le risque de situations futures de conflits d'intérêts.

Instructions

- Désignez la personne de laquelle vous recevrez des instructions au sujet de l'affaire visée par l'entente. Précisez que vous n'accepterez pas d'instructions, par exemple, d'autres membres de la famille, de sociétés affiliées ou d'associés.

Langue de l'entente

- Au Québec, si vous rédigez l'entente en anglais, incluez la disposition d'usage sur la langue de l'entente : « This legal services agreement has been drafted in English at the express request of the parties. Cette entente sur des services juridiques a été rédigée en anglais à la demande expresse des parties. »

Signatures

- Veillez à ce que le client signe l'entente sur des services juridiques pour confirmer les modalités de votre relation avocat-client.

Modèle de lettre « je ne suis pas votre avocat »

Vous rencontrerez à l'occasion des personnes qui ont un lien avec une affaire mais qui ne sont pas par ailleurs vos clients : par exemple, lorsque vous avez rencontré plusieurs personnes pendant la constitution d'une entreprise et que vous représentez finalement l'entreprise mais non une ou plusieurs de ces personnes ou encore lorsque vous rencontrez les enfants d'un couple âgé au cours de la planification successorale. Dans ces cas, une lettre qui explique « je ne suis pas votre avocat » peut servir à indiquer clairement les personnes pour lesquelles vous agissez.

[en-tête du cabinet]

[mode de livraison]

[date]

[adresse du non-client]

[Madame / Monsieur],

Objet : [objet]

Nous vous écrivons à la suite de notre rencontre du [insérez la date]. Nous souhaitons confirmer que nous représenterons [nom de la ou des parties que le cabinet représentera] dans le cadre [du/de la] [fournissez des renseignements détaillés concernant la nature du mandat du cabinet ou de l'opération].

Toutefois, nous ne vous représenterons pas personnellement. Bien que nous ayons conscience de votre participation personnelle dans la présente affaire et que nous prévoyons communiquer beaucoup avec vous au cours de notre mandat, veuillez comprendre que vous, personnellement, n'êtes pas notre client. Pour cette raison, nous vous conseillons fortement de consulter votre propre avocat à propos des questions qui ont un effet sur vos intérêts personnels dans la présente affaire.

Nous confirmons de plus que nous n'avons reçu aucun renseignement confidentiel concernant vos intérêts dans l'affaire. **[Lorsque que les communications avec le non-client ont comporté l'échange de documents ou de biens :** Nous vous retournons les documents ci-joints que nous avons examinés concernant la présente affaire et confirmons que nous n'avons pas en notre possession de documents ou de biens appartenant à [insérez le nom du non-client].

[Au Québec, la *Charte de langue française* exige qu'une lettre officielle soit rédigée en français à moins que les parties ne consentent qu'elle soit en anglais. Dans ce cas, il faut ajouter les phrases suivantes : This letter of agreement has been drafted in English at the express request of the parties. Cette lettre d'entente a été rédigée en anglais à la demande expresse des parties.]

Veuillez confirmer la réception de la présente lettre en en signant un exemplaire et en nous le retournant à mon attention.

Nous vous remercions et espérons travailler un jour avec vous.

Veuillez agréer, [Madame/Monsieur], nos salutations distinguées.

[signature de l'avocat]

Je, _____, accuse réception de la présente lettre et accepte son contenu.

[signature]

[date]

Source du document : Adaptation par le groupe de travail d'extraits d'un modèle de William Freivogel, expert américain sur les questions de conflit, et d'un modèle tiré du site Web de la *Law Society of British Columbia*.

Lignes directrices en matière de représentation de clients multiples

La représentation de clients multiples peut mettre en cause des intérêts qui sont divergents dès le début ou qui le deviendront à un certain moment. Que la procédure ou l'affaire soit litigieuse ou non, le fait que les intérêts soient divergents signifie que vous ne serez pas en mesure de faire preuve de la loyauté et du jugement dont vous devez faire preuve pour chacun des intérêts. Il peut être difficile dans les faits de démontrer que chaque client a reçu les meilleurs conseils possibles comme cela aurait été le cas si l'avocat avait agi pour une seule partie et n'avait pas eu la responsabilité de l'autre ou des autres clients aux intérêts divergents. À la fin, un ou plusieurs des clients peuvent porter plainte.

Par conséquent, vous ne devriez pas agir! En cas de doute, consultez un collègue, la direction du cabinet ou la personne ou le comité en charge des conflits, un conseiller externe ou le service de téléassistance de votre barreau.

Voici quelques questions pour vous aider à identifier un conflit entre des intérêts multiples :

- Quels sont tous les intérêts qui doivent être pris en compte pendant la représentation?
- Y a-t-il une autre personne concernée par l'objet de la représentation? Le cas échéant, quel est son intérêt?
- Est-ce que plus d'une personne se fonde sur votre avis? Le cas échéant, de quel avis s'agit-il?
- Si une personne se présente avec un membre de sa famille ou un ami, est-ce que le membre de sa famille ou l'ami croit que vous représentez aussi ses intérêts?
- Est-ce qu'une autre personne que celle concernée par l'objet de la représentation paie vos honoraires?
- Lorsque des personnes collaborent pour créer une entreprise, est-ce que leur apport est différent? Est-ce que leurs droits et obligations sont différents?
- Lorsque des personnes ont un intérêt commun, est-ce que leur position de négociation est inégale?
- Afin de maximiser l'intérêt de l'une des personnes concernées, est-ce que les intérêts d'une autre personne seront compromis ou touchés négativement?
- Devrez-vous garder secrets des renseignements de l'un des participants qui sont importants à votre représentation de l'autre ou des autres?
- Y a-t-il un risque réel que les parties se brouillent à l'avenir?

Voici des exemples de situations de conflits d'intérêts multiples à éviter :

- Des intérêts entre conjoints concernant :
 - des questions de droit de la famille, par exemple les contrats de mariage, les ententes de séparation, le divorce, la garde, les différends immobiliers, les avoirs et les obligations;
 - les obligations financières, par exemple les garanties de prêt ou de marge de crédit, une hypothèque qui ne profite pas aux deux;
 - des questions relatives aux testaments et à la planification successorale, par exemple un déséquilibre dans la détention des avoirs, les deux sont très riches, un mariage antérieur et les relations familiales;
- Des intérêts entre les membres de la famille concernant :
 - les obligations financières, par exemple les prêts, les garanties, les sûretés;
 - les accidents de la route comportant par exemple un conducteur négligent, le propriétaire et un passager;
 - la succession et l'administrateur;
 - un tuteur et un pupille;
 - un fiduciaire et un bénéficiaire;
 - les actionnaires d'une société fermée;
 - les associés dans une société de personnes;
- Des intérêts commerciaux concernant :
 - un fiduciaire et un bénéficiaire;
 - le propriétaire et un locataire;
 - les associés dans une société de personnes;
 - la société de personnes et un ou plusieurs associés;
 - le commandité et le commanditaire;
 - l'émetteur de titres et un preneur ferme;
 - le débiteur et le créancier, par exemple le débiteur/le créancier hypothécaire, le cédant/le cessionnaire;
 - l'acheteur et le vendeur;
 - les parties tentant de recouvrer des sommes d'un fonds;
 - les actionnaires d'une société fermée;
 - la société par actions et un ou plusieurs particuliers ayant un intérêt dans celle-ci;
 - les particuliers engagés dans une coentreprise;
 - les concurrents.

Liste de vérification pour la renonciation des clients en cas de conflit d'intérêts

Nécessité d'un consentement éclairé

Afin d'obtenir un consentement éclairé à une renonciation en cas d'un conflit d'intérêts, vous avez le devoir d'expliquer au client, en termes clairs, les circonstances du conflit. L'explication devrait comprendre les points suivants :

- ☐ une description de l'objet des services à rendre
- ☐ la nature du conflit
- ☐ les facteurs qui ont entraîné le conflit
- ☐ les clients ou les autres parties concernées par le conflit
- ☐ les personnes que vous représenterez et celles que vous ne représenterez pas
- ☐ les incidences de la représentation pour chacun des clients
- ☐ les motifs pour poursuivre la représentation malgré le conflit
- ☐ les mesures que vous prendrez et celles que vous ne prendrez pas
- ☐ la possibilité, le cas échéant, que les intérêts divergent à l'avenir
- ☐ si un écran déontologique est utilisé, en expliquer le processus et la manière dont les renseignements confidentiels sont protégés.

Consentement écrit

Le consentement devrait être sous forme d'une lettre clairement libellée et comprendre les renseignements indiqués ci-dessus.

La lettre devrait également comprendre les points suivants :

- ☐ la reconnaissance par chaque client que, bien que la représentation puisse être potentiellement défavorable, les clients sont prêts à y donner suite;
- ☐ un sommaire du processus à suivre si les intérêts ne peuvent être représentés ensemble à l'avenir. Indiquez si votre représentation se poursuivra pour au moins une des parties à l'avenir, ainsi que votre droit de conserver les honoraires et la provision pour les frais supplémentaires engagés si l'un des clients doit chercher un autre représentant;
- ☐ une déclaration indiquant que les clients ont été priés d'obtenir un avis juridique indépendant à l'égard de la renonciation. S'il est obtenu, joignez un exemplaire de l'attestation; s'il n'est pas obtenu, indiquez le choix du client de procéder sans avis juridique indépendant.

Conserver un dossier et des exemplaires du consentement

La personne dans le cabinet chargée de surveiller les conflits devrait conserver des exemplaires du consentement à la renonciation signé et en déposer dans le dossier.

Modèle de lettre confirmant le consentement des clients à procéder malgré un conflit possible

Lorsqu'il existe un conflit potentiel entre deux clients ou plus, la présente lettre, qui leur est conjointement adressée, confirme leur consentement à ce que le cabinet agisse.

[date]

[nom et adresse de AAA]

À l'attention de : [nom et poste]

[nom et adresse de BBB]

À l'attention de : [nom et poste]

Objet : [objet]

[Madame/Monsieur],

La présente lettre confirme notre [indiquez selon le cas : conversation téléphonique récente ou échange par courriel récent] où nous vous avons informés que [cabinet ou nous] [avait/avons] été [sollicité/sollicités] pour représenter [AAA Inc.] et/ou des entités reliées [AAA] dans le cadre [du/de la] [insérez la description du mandat d'AAA] (l'« affaire »). Nous avons informé [AAA] que notre cabinet [choisissez entre : a agi par le passé **ou** agit actuellement] et pourrait à l'avenir agir pour [BBB Ltd.] et/ou des entités reliées [BBB] et, en conséquence, que divers avocats du cabinet pourraient avoir acquis des renseignements confidentiels concernant [BBB].

[Cabinet] n'a pas représenté et ne représentera pas [BBB] dans le cadre de l'affaire [et, le cas échéant, ajoutez : et, à notre connaissance, n'a pas de renseignements confidentiels de [BBB] qui sont pertinents à l'affaire]. Ceci étant dit, en agissant pour [AAA] dans l'affaire, nous pourrions devoir agir contrairement aux intérêts de [BBB]. C'est pourquoi nous demandons votre consentement pour que nous puissions agir dans le cadre de l'affaire.

Nous confirmons que [AAA] et [BBB] ont consenti à ce que notre cabinet agisse pour l'autre et, en particulier, ont renoncé à tout conflit d'intérêts qui pourrait découler de notre rôle de conseillers de [AAA] dans l'affaire.

(Continuer)

Vous reconnaissez et convenez que nous traiterons tous les renseignements confidentiels et tous les documents que [AAA] ou que [BBB] ont fournis ou pourraient fournir à notre cabinet relativement à l'affaire comme étant confidentiels et privilégiés sur ce qui se rapporte à l'autre client. Il va de soi qu'aucun renseignement que nous pourrions avoir en raison de la représentation, par notre cabinet, de [BBB] ou de [AAA] ne sera communiqué à l'autre client ou à ses représentants sans autorisation préalable.

[AAA] et [BBB] reconnaissent et confirment que notre cabinet se réserve le droit de refuser de continuer d'agir pour l'un de vous ou les deux si un litige ou d'autres questions contentieuses insolubles naissent entre vous. En outre, vous avez chacun convenu que si notre cabinet exerce ce droit de refus, le client pour lequel nous avons refusé de continuer d'agir ne contestera pas la faculté de notre cabinet de continuer de représenter l'autre.

Nous vous demandons de signer et de nous retourner la copie ci-jointe de la présente lettre. Vous confirmez ainsi votre acceptation des conditions énoncées ci-dessus et vous renoncez à toute réclamation que vous pourriez avoir contre notre cabinet relativement au conflit d'intérêts, réel ou potentiel, que nous vous avons divulgué. Vous confirmez également que nous vous avons conseillé d'obtenir un avis juridique indépendant avant de signer la présente lettre et que vous avez eu une occasion raisonnable de le faire.

La présente lettre peut être signée et expédiée par télécopieur et en plusieurs exemplaires, chaque exemplaire ainsi signé sera réputé être un original et tous les exemplaires ensemble constitueront une seule et même lettre.

[Au Québec, la *Charte de langue française* exige qu'une lettre officielle soit rédigée en français à moins que les parties ne consentent qu'elle soit en anglais. Dans ce cas, il faut ajouter les phrases suivantes : This letter of agreement has been drafted in English at the express request of the parties. Cette lettre d'entente a été rédigée en anglais à la demande expresse des parties.]

Veuillez agréer, [Madame/Monsieur], nos salutations distinguées.

[Cabinet]

Accepté et convenu :

[endroit], [date]

[AAA INC.]

[BBB LTD.]

Par: _____
Représentant autorisé

Par: _____
Représentant autorisé

Nom: _____

Nom: _____

Poste: _____

Poste: _____

Lignes directrices pour donner un avis juridique indépendant

La personne qui vous demande un avis juridique indépendant est autant votre client qu'une autre. Résistez à la tentation de vous presser ou de prendre des raccourcis. Un service de moindre qualité n'est pas justifié du fait que votre rencontre a été brève et que vous pourriez ne jamais revoir le client. Rappelez-vous qu'une modeste consultation de 150 \$ pour un avis juridique indépendant pourrait vous exposer à une poursuite considérable pour faute professionnelle.

Donner un avis juridique indépendant n'est jamais une tâche routinière, même si la personne qui demande l'avis a déjà pris sa décision et qu'elle ne veut que la faire valider. Votre consultation peut être la seule possibilité qu'a le client d'examiner objectivement une opération qui l'expose à une responsabilité ou à un préjudice important alors qu'elle profite surtout à une autre partie. Il est essentiel que vous soyez diligent pendant l'entrevue avec le client, que vous recueilliez des renseignements, que vous analysiez les questions et que vous formuliez votre avis.

Afin de vous assurer que le client reçoit un avis juridique indépendant adéquat et que votre avis est bien compris et documenté, veuillez suivre les étapes suivantes :

1. Donnez un avis juridique indépendant uniquement si vous êtes compétent dans le domaine de droit concerné.
2. Vérifiez l'identité de la personne à qui vous donnez un avis juridique indépendant.
3. Si le client a besoin d'un interprète, retenez les services d'un interprète tiers neutre plutôt que d'un membre de sa famille.
4. Recueillez suffisamment de renseignements concernant les circonstances entourant l'opération afin d'être en mesure de les expliquer à votre client et de prévoir les problèmes. En particulier, recueillez des renseignements sur l'âge et l'expérience du client, sa motivation, les relations entre les parties et leur pouvoir de négociation relatif. Renseignez-vous suffisamment sur la situation financière du client pour évaluer l'impact financier de l'opération.
5. Assurez-vous que votre client comprend non seulement la nature et l'effet du document, mais également les droits sous-jacents qu'il a.
6. Plutôt que de demander aux clients s'ils comprennent le document en cause, faites-leur expliquer dans leurs propres mots ce qu'ils comprennent de l'opération.
7. Assurez-vous que les clients agissent de leur plein gré. Soyez particulièrement vigilant si le garant est un membre de la famille de l'emprunteur, s'il lui est soumis ou s'il manque d'expérience.
8. Assurez-vous que le document est complet à tous égards avant que le client et vous-même ne le signiez.

Liste de vérification pour avis juridique indépendant – Générale

Consignez les renseignements suivants :

- Date, heure de début et heure de fin
- Nom du client
- Adresse du client
- Téléphone
- Identité du client vérifiée
- Référence
- Autres parties à l'entente, à l'opération ou à l'action
- Faits, contexte et raison de la nécessité d'un avis juridique indépendant
- Liste des documents examinés :
- Personnes présentes pendant la rencontre :

Si la langue ou la compréhension du client soulèvent des questions :

- Langues parlées par le client
- Langues écrites
- Le client ayant une facilité limitée de s'exprimer en français, les services de l'interprète suivant ont été retenus :

Partie A - Le client

- ☐ J'ai examiné l'état actuel de la situation du client pour ce qui est de sa situation personnelle/ santé/ famille/ entreprise.
- ☐ J'ai examiné les faits et les circonstances entourant l'entente, l'opération ou l'action en cause.
- ☐ Le client a déclaré qu'il avait consenti à cette entente, opération ou action pour la raison suivante : [•].
- ☐ Je me suis assurée(e) que le client n'avait pas fait l'objet de contraintes ou d'abus d'influence et qu'il a agi librement et volontairement en signant les documents pertinents ou en entamant la procédure dans le cadre du plan d'action établi.
- ☐ J'ai accepté le paiement du client uniquement et non pas d'une personne ayant un intérêt contraire à celui du client.

Partie B - Si l'avis juridique indépendant traite d'un contrat ou d'une entente

- ☐ J'ai obtenu les renseignements pertinents (personnels, financiers, autres) tant de mon client que de l'autre partie.
- ☐ J'ai établi que les documents étaient suffisamment bien rédigés pour atteindre les objectifs de mon client.
- ☐ Je me suis assuré(e) que les conditions de l'entente étaient à la fois définies et susceptibles d'exécution.
- ☐ J'ai expliqué la nature définitive de l'entente.
- ☐ J'ai examiné les risques et les incidences de l'entente.
- ☐ J'ai expliqué avec soin toutes les clauses de l'entente et le client a indiqué qu'il les comprenait.

Partie C - Lorsque le client signe ou procède contrairement à l'avis

- ☐ J'ai conseillé au client de ne pas signer les documents ou de ne pas poursuivre l'action en cause envisagée, mais celui-ci a souhaité procéder contrairement à mon avis; j'ai donc expliqué mon avis en présence du témoin suivant : [●].
- ☐ Le client a signé une attestation, en présence de ce témoin, indiquant qu'il a signé les documents ou procédé contrairement à mon avis.

Partie D - Gestion des dossiers

- ☐ J'ai ouvert un dossier.
- ☐ J'ai placé le présent formulaire, une copie du document et de mes notes dans le dossier général d'avis juridique indépendant.
- ☐ J'ai pris des notes pendant ma ou mes rencontres avec le client et je les ai conservées.
- ☐ J'ai consigné le temps consacré à conseiller le client.
- ☐ J'ai envoyé un rapport soulignant les conditions de l'entente ou de l'obligation prise en charge ainsi que mon compte-rendu.
- ☐ Mon avis était verbal uniquement et je n'ai pas envoyé de rapport.

Source du document : adaptation par le Groupe de travail de l'ABC sur les conflits d'intérêts d'une liste de vérification pour avis juridique indépendant préparée par Philip Epstein, spécialiste en droit de la famille exerçant en Ontario, pour la *Lawyers' Professional Indemnity Company*.

Liste de vérification pour avis juridique indépendant – Questions de droit de la famille

Consignez les renseignements suivants :

- Date, heure de début et heure de fin
- Nom du client
- Adresse du client
- Téléphone
- Langues parlées par le client
- Langues écrites
- État civil
- Âge
- Référence
- Raison pour demander un avis juridique indépendant
- Valeur nette du client
- Valeur nette du conjoint
- Sûreté demandée par l'institution prêteuse
- Le client ayant une facilité limitée de s'exprimer en français, les services de l'interprète suivant ont été retenus :
- Personnes également présentes pendant la rencontre :
- Examen des documents suivants :

Partie A - J'ai expliqué les points suivants au client :

- ☐ La nature et les incidences d'une hypothèque
- ☐ La nature et les incidences d'une garantie
- ☐ L'effet du pouvoir de vente/vente judiciaire et forclusion
- ☐ L'effet d'une action sur le mandat et la responsabilité en cas d'insuffisance

- ☐ Les incidences du défaut du conjoint
- ☐ Les incidences possibles du défaut de respecter les obligations financières (perte de la résidence, de l'entreprise et de tous les autres biens)
- ☐ La possibilité d'obtenir une sûreté pour les obligations financières
- ☐ La perte de valeur d'une indemnité si le conjoint déclare faillite
- ☐ Les risques pour le client en cas de rupture du mariage

Partie B - Le client

- ☐ J'ai vérifié l'état actuel du mariage du client.
- ☐ J'ai vérifié l'état de santé actuel du client.
- ☐ J'ai posé des questions sur la violence familiale et on m'a répondu que [•].
- ☐ Le client a déclaré qu'il avait consenti à la présente opération ou entente pour la raison suivante : [•].
- ☐ Je me suis assuré(e) que le client ne faisait pas l'objet de contraintes ou d'un abus d'influence et qu'il avait signé librement et volontairement les documents pertinents.
- ☐ J'ai accepté le paiement du client uniquement et non pas d'une personne ayant un intérêt contraire à celui du client.

Partie C - Si l'avis juridique indépendant traite d'un contrat familial

- ☐ J'ai obtenu les renseignements financiers exhaustifs de mon client et de l'autre partie.
- ☐ J'ai établi que les documents étaient suffisamment bien rédigés pour atteindre les objectifs de mon client.
- ☐ Je me suis assuré(e) que les conditions de l'entente étaient définies et susceptibles d'exécution.
- ☐ Je me suis assuré(e) que, si l'entente doit être déposée à l'égard d'un bien ou dans le cadre d'une ordonnance du tribunal, les exigences prévues par la loi pour le dépôt ont été remplies.
- ☐ J'ai expliqué la nature définitive de l'entente.
- ☐ J'ai examiné les risques et les incidences de l'entente.
- ☐ J'ai discuté de l'effet de l'entente en cas du décès du conjoint du client.
- ☐ J'ai expliqué avec soin toutes les clauses de l'entente et le client a indiqué qu'il les comprenait.

(Continuer)

Partie D - Lorsque le client signe contrairement à l'avis

- ☐ J'ai conseillé au client de ne pas signer les documents, mais celui-ci a souhaité procéder contrairement à mon avis; j'ai donc expliqué mon avis en présence du témoin suivant : [•].
- ☐ Le client a signé une attestation, en présence de ce témoin, indiquant qu'il a signé les documents contrairement à mon avis.

Partie E - Gestion des dossiers

- ☐ J'ai ouvert un dossier.
- ☐ J'ai placé le présent formulaire, une copie du document et de mes notes dans le dossier général d'avis juridique indépendant.
- ☐ J'ai pris des notes pendant ma ou mes rencontres avec le client et je les ai conservées.
- ☐ J'ai enregistré le temps consacré à conseiller le client.
- ☐ J'ai envoyé un rapport soulignant les conditions de l'entente ou de l'obligation prise en charge ainsi que mon compte-rendu.
- ☐ Mon avis était verbal uniquement et je n'ai pas envoyé de rapport.

Source du document : Cette liste de vérification pour avis juridique indépendant a été préparée par Philip Epstein, spécialiste en droit de la famille exerçant en Ontario, pour la *Lawyers' Professional Indemnity Company*.

Suggestions pour la construction d'écrans déontologiques

Comme il était indiqué dans le rapport final du Groupe de travail de l'ABC de 1993, « [traduction] un écran adéquat n'est pas un ensemble de procédures et d'affidavits de routine, mais plutôt un 'ensemble particulier de mécanismes institutionnels' conçu pour éviter la communication par inadvertance de renseignements confidentiels des clients ». La jurisprudence indique que pour résister à l'examen judiciaire, un écran déontologique doit être irréprochable à deux égards : « ses composantes » et « son application ». La jurisprudence au Canada, en Angleterre et ailleurs donne plusieurs suggestions pratiques pour une construction d'écrans déontologiques solides (*Ford Motor Co. of Canada v. Osler, Hoskin & Hartcourt* (1996), 27 O.R. (3d) 181 (Gen. Div.) et *Prince Jefri Bolkiah v. KPMG* [1992] 1 All E.R. 517 (H.L.)), dont les suivantes.

1. N'attendez pas que des conflits surviennent. Pour être efficace, l'écran déontologique doit faire partie de la structure institutionnelle du cabinet. La direction devrait faire circuler à tous les membres du cabinet (et pas seulement les avocats) une note de service générale leur rappelant les obligations déontologiques concernant les écrans, et la réviser régulièrement.
2. Lorsque vous faites face à un conflit potentiel, commencez tôt à planifier. N'attendez pas que le travail ait réellement débuté pour ériger l'écran déontologique. Plus important encore, n'attendez pas que des renseignements confidentiels aient été échangés. Dès qu'il y a des indications qu'un écran pourrait être nécessaire, vérifiez les exigences structurelles.
3. Confiez à un membre indépendant du cabinet l'évaluation du conflit ainsi que la conception et la construction de l'écran déontologique. L'avocat indépendant, qui ne fait pas partie de l'équipe immédiate de prestation de services au client, doit pouvoir surveiller l'efficacité de l'écran et régler toutes difficultés.
4. Identifiez la nature, les sources et l'emplacement actuel des renseignements confidentiels.
5. Envisagez obtenir des consentements bien rédigés des clients. Bien que la loi n'indique pas clairement si de tels consentements sont toujours efficaces, ils ne peuvent pas nuire. Un consentement devrait être clair, donné librement et, idéalement, confirmé par un avis juridique indépendant.
6. Assurez-vous que l'écran déontologique et les autres mécanismes de protection sont universels et observés à l'échelle du cabinet.
7. Séparez tous les dossiers dont l'accès est limité aux membres autorisés de l'équipe.
8. Apportez aux systèmes informatiques les mêmes précautions que pour le dossier. Ces précautions doivent couvrir les dossiers de traitement de texte, les courriels, les chiffriers électroniques, les bases de données et les archives. Bien qu'un réseau informatique distinct offre la meilleure protection, l'utilisation de la sécurité du réseau pour diviser l'accès constitue également une protection importante.

(Continuer)

9. Si des fichiers doivent être supprimés des systèmes informatiques, assurez-vous que les copies de sauvegarde et les archives sont également supprimées en utilisant un logiciel de nettoyage des dossiers. Pour un système à sécurité intégrée, placez en main tierce une copie de réserve sur CD-ROM ou sur une clé USB, qui ne sera libérée qu'avec l'autorisation de la partie opposée.
10. Si l'écran déontologique sera vraisemblablement contesté, envisagez de retenir les services d'un vérificateur indépendant de systèmes pour assurer que tous les systèmes informatiques sont conformes à l'écran. Il peut être prudent de vous assurer que l'autre partie juge le vérificateur acceptable.
11. Assurez-vous que les membres autorisés de l'équipe ne discutent pas de l'affaire avec une personne qui n'est pas membre de l'équipe.
12. Assurez-vous qu'aucun renseignement confidentiel du client ou document de travail de l'équipe n'est communiqué à une personne à l'extérieur de l'écran déontologique.
13. Si le cabinet occupe différents bureaux ou plusieurs étages, envisagez de relocaliser les membres du cabinet visés par l'écran et de les séparer physiquement des membres de l'équipe.
14. Assurez-vous que tous les membres concernés attestent sous serment, en signant les affidavits ou les reconnaissances appropriés, connaître les mesures de protection.
15. Rappelez aux membres du cabinet que le cabinet fera observer la politique au moyen de sanctions.
16. Élaborez des procédures pour gérer les pratiques approuvées par les tribunaux. Par exemple, en Ontario, le succès de Davies Ward Beck à défendre ses écrans devant la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Davis, Ward & Beck v. Baker and McKenzie*, (1998), 40 O.R. (3d) 257; (1998), 164 D.L.R. (4th) 423; (1998), 111 O.A.C. 352, a conduit des cabinets de Bay Street à ériger des murailles en utilisant ces barrières comme modèle ou gabarit.
17. Classez et conservez tous les engagements affidavits et renonciations. Documentez amplement l'écran déontologique.
18. Mettez en place un examen périodique obligatoire des écrans déontologiques existants et de leur efficacité. Ceci pourrait comprendre une vérification objective.
19. Préparez-vous au pire – et à l'inattendu. L'expérience démontre que les écrans déontologiques seront contestés et pourraient devoir être démantelés.

Modèle de note de service aux membres des équipes concernant les écrans déontologiques

Note de service

[date]

Dest. : [membres de l'équipe du client A]

et

[membres de l'équipe du client B]

De : [expéditeur]

Objet : [[client A]] Objet : [décrivez l'affaire de [client A]]
[N° de dossier :]

et

[[client B]] Objet : [décrivez l'affaire de [client B]]
[N° de dossier :]

[Le client A] a retenu les services du cabinet dans une affaire concernant [décrivez le mandat].

Le cabinet agit également pour [le client B] dans une affaire concernant [décrivez le mandat et, si elle n'est pas évidente, la nature du conflit].

Afin de protéger les intérêts de ces deux clients et avec leur consentement, un écran déontologique est par les présentes établi de la manière suivante :

1. Tout le personnel, juridique et autre, engagé dans la représentation de [client A] relativement à l'affaire de [client A] ne discutera pas de la représentation de [client A] à l'égard de l'affaire de [client A] avec quiconque n'est pas membre de l'équipe de [client A], y compris les membres de l'équipe de [client B], définie aux présentes. Les membres suivants (l'« équipe de [client A] ») ont été identifiés comme étant engagés dans la représentation de [client A] relativement à l'affaire de [client A] :

[indiquez le personnel et les avocats concernés]

2. Tout le personnel, juridique et autre, engagé dans la représentation de [client B] relativement à l'affaire de [client B] ne discutera pas de la représentation de [client B] à

(Continuer)

l'égard de l'affaire de [client B] avec quiconque n'est pas membre de l'équipe de [client B], y compris les membres de l'équipe de [client A]. Les membres suivants (l'« équipe de [client B] ») ont été identifiés comme étant engagés dans la représentation de [client B] relativement à l'affaire de [client B] :

[indiquez le personnel et les avocats concernés]

3. Pendant la durée de l'écran, personne ne peut être membre à la fois de l'équipe de [client A] et de l'équipe de [client B].

Afin de prévoir une protection complète des renseignements confidentiels de chaque client, nous avons décidé d'ériger le présent écran déontologique conformément aux dispositions **[indiquez selon le cas : du Code de déontologie des avocats dans la province de Québec et des règles d'éthique professionnelle des barreaux des autres provinces ou territoires]** et de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer qu'aucun renseignement confidentiel concernant l'une ou l'autre des affaires ne soit divulgué, directement ou indirectement, à un avocat, à un stagiaire, à un étudiant d'été, à un parajuriste ou à un adjoint qui n'est pas spécifiquement mentionné dans la présente note de service.

Afin de mettre en œuvre les mesures nécessaires pour assurer qu'aucun renseignement confidentiel concernant les dossiers de l'équipe de [client A] ou de l'équipe de [client B] ne soit divulgué, directement ou indirectement, entre les membres de l'équipe de [client A] et de l'équipe de [client B], les mesures suivantes seront prises immédiatement :

1. Il n'y aura aucune communication directe ou indirecte à propos des affaires respectives entre les membres de l'équipe de [client A] et de l'équipe de [client B], y compris leurs adjoints respectifs.
2. Les documents imprimés concernant les dossiers de [client A] seront distribués aux membres de l'équipe de [client A] uniquement.
3. Les documents imprimés concernant les dossiers de [client B] seront distribués aux membres de l'équipe de [client B] uniquement.
4. Les personnes travaillant dans les dossiers de l'équipe de [client A] doivent prendre les mesures adéquates pour protéger la confidentialité des documents de [client A].
5. Les personnes travaillant dans les dossiers de l'équipe de [client B] doivent prendre les mesures adéquates pour protéger la confidentialité des documents de [client B].
6. Aucun renseignement sous forme électronique concernant les dossiers de l'équipe de

[*client A*] ou les dossiers de l'équipe de [*client B*] ne doit être sauvegardé sur le réseau informatique du cabinet, à moins d'être protégé par des mots de passe ou des codes d'accès confidentiels puissants.

7. L'ensemble du support d'enregistrement électronique contenant des renseignements concernant les fichiers de l'équipe de [*client A*] ou les fichiers de l'équipe de [*client B*] doit être gardé sous clé dans un endroit sécurisé.
8. Lorsqu'ils ne sont plus nécessaires, tous les documents imprimés concernant les dossiers de l'équipe de [*client A*] et les dossiers de l'équipe de [*client B*], y compris les notes de service, les avis, les pièces, la correspondance, les procès-verbaux et les autres documents doivent être placés dans des contenants à déchiquetage conçus pour recueillir les documents confidentiels qui seront détruits, lorsque l'associé du cabinet en charge des questions d'assurance-responsabilité professionnelle aura donné son accord.
9. Tous les renseignements concernant les fichiers de l'équipe de [*client A*] et les fichiers de l'équipe de [*client B*] contenus sur un support d'enregistrement électronique doivent être détruits dès que l'information n'est plus nécessaire à la prestation des services juridiques ou à la protection des droits du cabinet.
10. Il ne doit y avoir aucune discussion de fond à propos des affaires visées par des écrans déontologiques au cours de réunions d'un groupe de pratique, d'un comité, des associés ou d'une retraite générale.

Tous les membres de l'équipe de [*client A*] et de l'équipe de [*client B*] doivent attester qu'ils ont lu et accepté les mesures énoncées ci-dessus.

Si une personne doit être ajoutée à un groupe donné, l'avocat principal de ce groupe doit aviser le [*coordonateur du comité des conflits*] et obtenir une autorisation de [*membre du comité des conflits*] avant que des renseignements confidentiels ne soient transmis au nouveau membre du groupe et avant que ce dernier n'exécute du travail. Le nouveau membre doit également confirmer au comité des conflits qu'il a lu la présente note de service et accepte les mesures énoncées ci-dessus.

Les procédures susmentionnées s'ajoutent bien sûr à l'obligation qu'a l'ensemble du personnel envers tous les clients de maintenir la confidentialité des renseignements des clients. Pour ce qui est des avocats, ces procédures s'ajoutent à l'obligation professionnelle relative à la confidentialité des renseignements des clients. Un manquement à la politique précédente devrait immédiatement être soumis à [*avocat*].

(Continuer)

Veillez noter que les mesures mises en œuvre pour préserver la confidentialité d'une affaire peuvent comporter des sanctions en cas de manquement. Tous les faits, toutes les circonstances ou toutes les plaintes concernant un manquement possible à ces mesures doivent être déclarés immédiatement à [avocat, associé/comité en charge des conflits ou associé administrateur] qui doit faire enquête et décider des sanctions appropriées, conformément à la présente note de service. Selon la gravité du manquement, les sanctions peuvent aller jusqu'au congédiement ou, dans le cas d'un associé, à l'expulsion de la société, conformément aux règles de gouvernance du cabinet.

[Au Québec, la *Charte de langue française* exige qu'une lettre officielle soit rédigée en français à moins que les parties ne consentent qu'elle soit en anglais. Dans ce cas, il faut ajouter les phrases suivantes : This letter of agreement has been drafted in English at the express request of the parties. Cette lettre d'entente a été rédigée en anglais à la demande expresse des parties.]

Équipe de [client A]

Nous sommes tous membres de l'équipe de [client A] et reconnaissons avoir lu et accepté les mesures énoncées ci-dessus.

[Les membres doivent signer la note de service et la faire parvenir au comité des conflits.]

Équipe de [client B]

Nous sommes tous membres de l'équipe de [client B] et reconnaissons avoir lu et accepté les mesures énoncées ci-dessus.

[Les membres doivent signer la note de service et la faire parvenir au comité des conflits.]

Modèle de note de service concernant un conflit d'intérêt potentiel en raison d'un mandat antérieur

Note de service

[date]

Dest. : [personnes qui participeront au mandat pour [client X]]

[personnes qui ont participé au mandat antérieur pour [client Y]]

De : [expéditeur]

Objet : Procédures d'écran déontologique : conflit potentiel entre [client X] et [client Y]

[Le cabinet] a récemment accepté un mandat pour agir au nom de [client X] dans une affaire concernant [décrivez le mandat (l'« affaire »)].

Il existe un conflit d'intérêts potentiel entre [client X] et [client Y]. Nous avons agi par le passé et pourrions actuellement agir pour [client Y], mais non dans l'affaire précitée. Le conflit potentiel survient en raison du fait que nous avons agi pour [client Y] à l'égard de [●] et que nous pourrions avoir reçu des renseignements confidentiels possiblement pertinents à l'affaire.

En raison de ce conflit potentiel, il est opportun de mettre en place immédiatement un écran déontologique pour assurer que les renseignements que [client Y] nous a communiqués et qui sont pertinents à l'affaire demeurent confidentiels et ne soient pas communiqués aux membres du cabinet travaillant sur l'affaire.

Par conséquent, les mesures suivantes seront prises immédiatement :

1. Toute personne qui a travaillé pour [client Y] à l'égard de [●] (mentionnée à l'annexe A et ici désigné comme membre de [l'équipe Y]) ne doit participer d'aucune manière à l'affaire pour [client X].
2. a) Toute personne participant au mandat pour [client X] ou qui détient des renseignements confidentiels à l'égard de [client X] (mentionnée à l'annexe B et ici désigné comme membre de [l'équipe X]) doit s'abstenir de divulguer des renseignements confidentiels concernant [client X] à une personne qui ne figure pas à l'annexe B et doit, en particulier, s'abstenir de communiquer de tels renseignements à une personne de [l'équipe Y].

(Continuer)

- b) Toute personne de [l'équipe Y] doit s'abstenir de divulguer des renseignements confidentiels concernant [client Y] à une personne qui ne figure pas à l'annexe A et doit, en particulier, s'abstenir de communiquer de tels renseignements à une personne de [l'équipe X].
- 3. Toute personne de [l'équipe Y] ne devrait pas partager un adjoint avec une personne de [l'équipe X].
- 4. a) Tous les dossiers portant sur le mandat pour [client X] doivent porter la mention « DOSSIER À ACCÈS RESTREINT – LES SEULES PERSONNES AUTORISÉES À AVOIR ACCÈS AU PRÉSENT DOSSIER SONT CELLES TRAVAILLANT À LA PRÉSENTE AFFAIRE POUR [CLIENT X] » et être conservés dans un classeur sécurisé. Personne ne doit donner accès à un tel dossier à un membre de [l'équipe Y].

b) Tous les dossiers portant sur le mandat pour [client Y] à l'égard de [●] doivent être mis dans des boîtes et envoyés à l'extérieur ou conservés dans un classeur sécurisé au bureau. Toutes les boîtes déposées doivent porter la mention « DOSSIER À ACCÈS RESTREINT – LES SEULES PERSONNES AUTORISÉES À AVOIR ACCÈS AU PRÉSENT DOSSIER SONT CELLES TRAVAILLANT À LA PRÉSENTE AFFAIRE POUR [CLIENT Y] ». Personne ne doit donner accès à un tel dossier à un membre de [l'équipe X].
- 5. a) L'accès à tous les documents dans le système informatique portant sur le mandat pour [client X] doit être limité à l'auteur du document, à son adjoint et à une autre personne que [l'avocat chargé de l'affaire] peut autoriser. Personne ne doit donner accès à un tel document à un membre de [l'équipe Y].

b) L'accès à tous les documents dans le système informatique portant sur le mandat pour [client Y] à l'égard de [●] doit être limité à l'auteur du document, à son adjoint et à une autre personne que l'avocat en charge du dossier peut autoriser. Personne ne doit donner accès à un tel document à un membre de [l'équipe X].

Toutes les personnes actuellement membres de [l'équipe X] ou [l'équipe Y] doivent signer un exemplaire de la présente note de service et la faire parvenir à [personne responsable]. Si une personne doit être ajoutée à l'une des équipes, [avocat principal pour l'affaire du client X] ou [avocat principal pour l'affaire du client Y] doit aviser [personne responsable] et obtenir l'autorisation avant que des renseignements confidentiels ne soient transmis au nouveau membre de l'équipe et que ce dernier n'exécute du travail. En outre, toutes les personnes qui, à l'avenir, participeront au mandat pour [client X] ou [client Y] doivent recevoir un exemplaire de la présente note de service, la signer et la faire parvenir, accompagnée d'une copie, à [personne responsable].

Les procédures énoncées ci-dessus s'ajoutent à l'obligation qu'a l'ensemble du personnel envers tous les clients relativement au maintien de la confidentialité des renseignements. Pour ce qui est des avocats, ces procédures s'ajoutent à l'obligation professionnelle relative à la confidentialité des renseignements des clients. Un manquement à la politique susmentionnée devrait immédiatement être soumis à [avocat].

Veillez noter que les mesures mises en place pour préserver la confidentialité d'une affaire peuvent comporter des sanctions en cas de manquement. Tous les faits, toutes les circonstances ou toutes les plaintes concernant un manquement possible à ces mesures doivent être déclarés immédiatement à [personne responsable] qui doit faire enquête et décider des sanctions appropriées, conformément à la présente note de service. Selon la gravité du manquement, les sanctions peuvent aller jusqu'au congédiement ou, dans le cas d'un associé, à l'expulsion de la société, conformément aux règles de gouvernance du cabinet.

[Au Québec, la *Charte de langue française* exige qu'une lettre officielle soit rédigée en français à moins que les parties ne consentent qu'elle soit en anglais. Dans ce cas, il faut ajouter les phrases suivantes : This letter of agreement has been drafted in English at the express request of the parties. Cette lettre d'entente a été rédigée en anglais à la demande expresse des parties.]

Je reconnais avoir lu et accepté les mesures décrites ci-dessus.

Signé à [endroit] le [date].

Modèle de lettre avant rencontre dans le cadre d'un « concours de beauté »

[en-tête du cabinet]

[date]

[adresse du client potentiel]

Objet : Action projetée contre [la ou les autres parties au litige]

[Personne contact du client potentiel/Madame/Monsieur],

La présente vise à confirmer notre future rencontre à nos bureaux le [date]. Vous souhaitez retenir les services d'un cabinet d'avocats pour [intenter une action contre/vous défendre dans une action intentée par] [la ou les parties adverses du litige] à l'égard de [brève description de l'affaire]. Le but de l'entretien est d'évaluer la capacité de notre cabinet à traiter cette affaire pour vous. Nous comprenons que vous ferez également des démarches auprès d'autres cabinets.

Au téléphone, nous avons discuté de la possibilité que, si vous ne retenez pas nos services, [la ou les parties adverses du litige] ou une autre partie à l'action puisse vouloir retenir nos services pour [la/les] représenter dans le cadre de ce différend. Nous avons convenu qu'au cours de notre rencontre du [date] vous ne nous révélez pas de renseignements confidentiels. Nous avons en outre convenu que rien de ce qui sera dit ou révélé au cours de la rencontre ne constituera le fondement d'une objection de votre part à ce que nous représentions une ou plusieurs des autres parties à l'action.

[Au Québec, la *Charte de langue française* exige qu'une lettre officielle soit rédigée en français à moins que les parties ne consentent qu'elle soit en anglais. Dans ce cas, il faut ajouter les phrases suivantes : This letter of agreement has been drafted in English at the express request of the parties. Cette lettre d'entente a été rédigée en anglais à la demande expresse des parties.]

Nous remercions et, dans l'attente de notre rencontre, vous prions d'agréer, [Madame/Monsieur], nos salutations distinguées.

[signature]

Modèle de lettre avant rencontre dans le cadre d'une demande de propositions et de son examen

[*en-tête du cabinet*]

[*date*]

[*adresse du client potentiel*]

Objet : Rencontre afin d'examiner une demande de propositions pour des services juridiques [*décrivez brièvement la nature du mandat*]

[*Madame/Monsieur*],

La présente vise à confirmer notre future rencontre à nos bureaux le [*date*] à propos de votre demande de proposition pour des services juridiques. Vous souhaitez retenir les services d'un cabinet d'avocats pour [*décrivez la nature du mandat*] et le but de l'entretien sera d'examiner la demande de proposition et d'évaluer la capacité de notre cabinet à traiter cette affaire pour vous. Nous comprenons que vous ferez également des démarches auprès d'autres cabinets.

Au téléphone, nous avons discuté de la possibilité que vous ne reteniez pas nos services. Nous avons convenu que vous ne nous révélez pas de renseignements confidentiels dans votre demande de proposition ni au cours de notre rencontre du [*date*]. Nous avons en outre convenu que rien de ce qui sera dit ou révélé au cours de la rencontre ou dans votre demande de proposition ne constituera le fondement d'une objection de votre part à ce que notre cabinet agisse pour un autre client, actuel ou futur.

[Au Québec, la *Charte de langue française* exige qu'une lettre officielle soit rédigée en français à moins que les parties ne consentent qu'elle soit en anglais. Dans ce cas, il faut ajouter les phrases suivantes : This letter of agreement has been drafted in English at the express request of the parties. Cette lettre d'entente a été rédigée en anglais à la demande expresse des parties.]

Nous remercions et, dans l'attente de notre rencontre, vous prions d'agréer, [*Madame/Monsieur*], nos salutations distinguées.

[*signature*]

Modèle de lettre de réponse à une demande de propositions

[*en-tête du cabinet*]

[*date*]

[*adresse du client potentiel*]

Objet : Demande de proposition pour des services juridiques
[*décrivez la nature du mandat*]

[Personne contact du client potentiel/*Madame/Monsieur*],

Nous répondons à votre demande de propositions pour des services juridiques. Nous comprenons que vous souhaitez retenir les services d'un cabinet d'avocats pour [*décrivez la nature générale du mandat ou de l'opération pour lesquels le cabinet est sollicité*] (le « mandat »).

Nous n'estimons pas avoir un conflit d'intérêts qui nous empêcherait d'accepter le mandat ou de pleinement représenter vos intérêts. Toutefois, nous aimerions souligner que, comme presque tous les autres cabinets d'avocats, nous représentons souvent [*décrivez l'industrie/le secteur dans lesquels les autres clients du cabinet exercent leurs activités et qui peuvent avoir des intérêts contraires à ceux du client potentiel*]. Nous agissons également pour divers clients dans des affaires où leurs intérêts peuvent être contraires à ceux de [*client potentiel*]. À l'heure actuelle, nous estimons qu'aucune de ces autres affaires ne concerne [*client potentiel*] et qu'aucune autre affaire ne pourrait être importante eu égard à la présente demande de propositions.

Conformément à nos obligations professionnelles, nous ne pouvons interrompre notre représentation de ces clients dans [*décrivez les affaires où le cabinet est mandaté et qui peuvent être en conflit avec la demande de propositions et le client potentiel*]. Par conséquent, nous souhaitons confirmer que [*les clients actuels qui auraient des intérêts contraires à ceux du client potentiel*] seraient prêts à accepter la proposition du cabinet d'agir pour [*client potentiel*] étant entendu que cette représentation ne fera pas obstacle à nos obligations envers ces autres clients.

Nous confirmons que nous ne croyons pas que notre cabinet a reçu des renseignements confidentiels pertinents à l'affaire envisagée par la demande de propositions. En outre, le cabinet s'engage à prendre toutes les mesures appropriées pour protéger les renseignements confidentiels [*des clients actuels qui auraient des intérêts contraires à ceux du client potentiel*].

Nous aimerions également confirmer que nous n'estimons pas que les autres mandats du cabinet compromettent ou réduisent de quelque façon notre capacité à pleinement représenter [*client potentiel*].

Enfin, nous aimerions confirmer qu'avant d'examiner votre demande de propositions et d'y répondre, nous avons discuté de la possibilité que vous ne reteniez pas nos services. Nous confirmons que, tel qu'il a été initialement convenu, vous ne nous avez pas révélé de renseignements confidentiels dans votre demande de propositions. Nous convenons de plus que rien de ce qui sera dit ou révélé dans le cadre de notre examen de votre demande de propositions et de notre réponse à celle-ci ne constituera le fondement d'une objection de votre part à ce que notre cabinet agisse pour un autre client, actuel ou futur.

[Au Québec, la *Charte de langue française* exige qu'une lettre officielle soit rédigée en français à moins que les parties ne consentent qu'elle soit en anglais. Dans ce cas, il faut ajouter les phrases suivantes : This letter of agreement has been drafted in English at the express request of the parties. Cette lettre d'entente a été rédigée en anglais à la demande expresse des parties.]

Nous vous remercions et espérons travailler bientôt avec vous.

Nous vous prions d'agréer, [Madame/Monsieur], nos salutations distinguées.

[signature]

cc : [président, comité des conflits du cabinet]

Liste de vérification pour l'entrevue d'un avocat qui change de milieu de travail

L'embauche latérale d'associés ou d'avocats se produit dans des cabinets de toutes tailles. En plus d'examiner les compétences de l'avocat qui change de milieu de travail, les cabinets devront identifier et traiter les conflits d'intérêts potentiels qui pourraient surgir relativement aux clients de l'ancien cabinet de l'avocat qui change de milieu de travail et, en particulier, des clients pour lesquels cet avocat a travaillé.

Le cabinet qui embauche doit avoir suffisamment de renseignements pour effectuer une vérification interne des conflits tout en s'assurant que l'avocat qui change de milieu de travail ou le cabinet qui embauche ne divulguent pas de renseignements confidentiels du client.

Mesures à prendre pour identifier des conflits d'intérêts potentiels dans le cadre d'une embauche latérale :

- Demandez un curriculum vitae récent pour que vous puissiez examiner l'expérience de l'avocat pendant au moins les cinq dernières années ou depuis son stage si celui-ci a eu lieu il y a moins de cinq ans.
- Vérifiez avec les avocats de votre cabinet ou effectuez une recherche dans votre système de conflits, s'il s'y trouve des données, pour identifier les affaires dans lesquelles l'ancien cabinet de l'avocat qui change de milieu de travail a représenté l'autre partie.
- Demandez à l'avocat qui change de milieu de travail une liste des clients importants et des affaires sur lesquelles [il/elle] a travaillé (mais non des renseignements confidentiels, y compris l'identité des clients si celle-ci est confidentielle) et faites vérifier ces noms dans votre base de données des conflits par la personne en charge des conflits de votre cabinet.
- Au cours d'une entrevue (et non par écrit), demandez à l'avocat qui change de milieu de travail [s'il/si elle] a connaissance d'un conflit potentiel en raison du travail effectué au sein de son ancien cabinet.
- Demandez à l'avocat qui change de milieu de travail [s'il/si elle] a siégé au sein de conseils d'administration et, le cas échéant, faites vérifier ces renseignements dans votre base de données des conflits (y compris le nom de l'entité, des administrateurs et des dirigeants) par la personne en charge des conflits de votre cabinet.

Il est essentiel que le cabinet et l'avocat qui change de milieu de travail aient une approche honnête et critique à l'égard des situations de conflit potentiel.

La forte volonté d'engager un avocat qui change de milieu de travail ne devrait pas atténuer la nécessité d'identifier et de pleinement évaluer les conflits potentiels et de prendre les mesures appropriées pour les traiter, le cas échéant, comme mettre en place des écrans déontologiques ou demander le consentement des clients. Dans certains cas, cela pourrait signifier que l'avocat qui change de milieu de travail ne pourra être embauché ou que le cabinet qui embauche pourrait devoir envoyer des clients actuels à un autre cabinet.

Résistez à la tentation de négliger des conflits réels qui surviennent lorsqu'un avocat change de cabinet ou de ne pas en tenir compte. L'omission de traiter adéquatement ces conflits ne fait que retarder l'inévitable, à savoir que, selon toute probabilité, le cabinet devra envoyer les clients présentant un conflit à un autre cabinet.

Modèle de note de service concernant l'embauche latérale

Note de service

[date]

Dest. : Tous les avocats, stagiaires, étudiants, parajuristes et commis juridiques

c.c. : [associé en charge du dossier]

[avocat embauché]

De : [personne en charge de l'écran]

Objet : Écran déontologique concernant [avocat embauché] et [client X]

[Avocat embauché], qui exerçait auparavant chez [cabinet d'avocats], se joindra [au bureau de (endroit) du cabinet] le [date]. L'ancien cabinet de [avocat embauché] agit pour [client Y] dans une affaire où [le cabinet] représente [client X].

À la lumière du fait que [client X] et [client Y] ont des intérêts contraires, il est opportun que [cabinet] mette en place immédiatement un écran déontologique conformément aux dispositions **[insérez selon le cas : du Code de déontologie des avocats dans la province de Québec et des règles de conduite professionnelle des barreaux des provinces ou territoires]** afin d'assurer que [avocat embauché] ne divulgue pas de renseignements confidentiels [qu'il/qu'elle] a et qu'il n'y ait aucune apparence de divulgation de renseignements confidentiels [qu'il/qu'elle] a ou pourrait être réputé(e) avoir. Ces procédures demeureront en vigueur jusqu'à ce que l'affaire concernant [client X] et [client Y] soit définitivement résolue.

Afin de mettre en place les mesures nécessaires pour assurer que [avocat embauché] ne divulgue aucun renseignement confidentiel concernant [client Y], directement ou indirectement, aux membres de [cabinet], les mesures suivantes seront prises immédiatement :

1. [avocat embauché] ne doit participer d'aucune façon à la représentation de [client X] par [cabinet].
2. a) [avocat embauché] ne doit pas divulguer de renseignements confidentiels à l'égard de [client Y] à quiconque et, en particulier, ne doit pas divulguer de tels renseignements à une personne participant au mandat pour [client X]. À l'heure actuelle, on considère que les personnes suivantes participent au mandat pour [client X] :

(Continuer)

[liste des personnes travaillant au dossier du client X]

b) *[avocat embauché]* ne doit pas discuter de l'affaire concernant *[client X]* et *[client Y]* ou d'une question de fait ou de droit reliée directement ou indirectement à l'affaire concernant *[client X]* et *[client Y]* avec quiconque et, en particulier, une personne participant au mandat pour *[client X]* ou en présence d'une telle personne.

3. Les personnes participant au mandat pour *[client X]* ne doivent pas discuter de l'affaire concernant *[client X]* et *[client Y]* ni d'une question de fait ou de droit reliée directement ou indirectement à l'affaire concernant *[client X]* et *[client Y]* avec *[avocat embauché]* ou en sa présence.
4. *[avocat embauché]* ne partagera pas un adjoint avec quiconque participe au mandat pour *[client X]*.
5. Tous les dossiers ayant trait à *[client X]* à l'égard de [●] devraient porter la mention « DOSSIER À ACCÈS RESTREINT – LES SEULES PERSONNES AUTORISÉES À AVOIR ACCÈS AU PRÉSENT DOSSIER SONT CELLES TRAVAILLANT À LA PRÉSENTE AFFAIRE » et conservés dans un classeur sécurisé. Personne ne doit donner accès à un tel dossier à *[avocat embauché]*.
6. L'accès à tous les documents dans le réseau du cabinet ayant trait à *[client X]* à l'égard de *[décrivez l'affaire]* doit être limité à l'auteur du document, à son adjoint(e) et à toute autre personne que l'avocat chargé de l'affaire peut autoriser. Personne ne doit donner accès à un tel document à *[avocat embauché]*.
7. *[avocat embauché]* ne doit pas apporter avec *[lui/elle]* chez *[cabinet]* un dossier ou un document ayant trait à *[client Y]*.
8. Tout le support d'enregistrement électronique contenant des renseignements concernant *[client X]* ou *[client Y]* doit être verrouillé au bureau d'un adjoint d'un chef de groupe.

[Avocat embauché] et chaque personne participant actuellement au mandat pour *[client X]* doivent signer un exemplaire de la présente note de service et la faire parvenir à *[personne responsable]*. Si une personne doit être ajoutée à un écran déontologique, *[avocat embauché]* ou *[avocat principal pour l'affaire du client X]* doit aviser *[personne responsable]* et obtenir l'autorisation de la personne en charge des conflits du cabinet avant que des renseignements confidentiels ne soient transmis au nouveau membre du groupe et avant que ce dernier n'exécute du travail. En outre, chaque personne qui, à l'avenir, participera au mandat pour *[client X]* devra recevoir un exemplaire de la présente note de service, la signer et la faire parvenir, accompagnée d'un exemplaire, à *[personne responsable]*.

Les procédures susmentionnées s'ajoutent à l'obligation qu'a l'ensemble du personnel envers tous les clients relativement au maintien de la confidentialité des renseignements des clients. Pour ce qui est des avocats, ces procédures s'ajoutent à l'obligation professionnelle relative à la confidentialité des renseignements des clients. Un manquement à la politique énoncée ci-dessus devrait immédiatement être soumis à [avocat].

Veuillez noter que les mesures mises en œuvre pour préserver la confidentialité d'une affaire peuvent comporter des sanctions en cas de manquement. Tous les faits, toutes les circonstances ou toutes les plaintes concernant un manquement possible à ces mesures doivent être déclarés immédiatement à [personne responsable] qui doit faire enquête et décider des sanctions appropriées, conformément à la présente note de service. Selon la gravité du manquement, les sanctions peuvent aller jusqu'au congédiement ou, dans le cas d'un associé, à l'expulsion de la société, conformément aux règles de gouvernance du cabinet.

[Au Québec, la *Charte de langue française* exige qu'une lettre officielle soit rédigée en français à moins que les parties ne consentent qu'elle soit en anglais. Dans ce cas, il faut ajouter les phrases suivantes : This letter of agreement has been drafted in English at the express request of the parties. Cette lettre d'entente a été rédigée en anglais à la demande expresse des parties.]

Je reconnais avoir lu et accepté les mesures décrites ci-dessus.

Signé à [endroit] le [date].

Lignes directrices pour identifier des conflits concernant l'intérêt personnel d'un avocat

Les avocats qui agissent pour des clients dans des situations où existe un intérêt personnel, financier (à l'exception des honoraires) ou autre, se trouvent en conflit d'intérêts. L'exposition à une poursuite pour faute professionnelle est inévitable si le client n'est pas satisfait d'un seul aspect de l'opération. Même avec une renonciation du client en main, le fardeau de prouver le caractère adéquat de la communication et le bon jugement sera très lourd.

Par conséquent, vous ne devriez pas agir dans des cas où il existe un conflit d'intérêts personnels réel ou très probable. En cas de doute, consultez un collègue, la direction du cabinet, la personne/le comité en charge des conflits de votre cabinet, un conseiller externe ou le service de téléassistance de votre barreau.

Voici des questions pour vous aider à identifier si vous avez un conflit d'intérêts personnels :

- Quel est l'intérêt du client?
- Quel est votre intérêt?
- Est-ce que le fait de maximiser votre intérêt aura un effet négatif sur l'intérêt du client? Le cas échéant, vous ne devriez pas agir.
- Serez-vous toujours en mesure de placer les intérêts de votre client en premier? Si ce n'est pas le cas, vous ne devriez pas agir.
- Y a-t-il un risque d'une mésentente entre vous et le client dans le cadre de l'affaire? Le cas échéant, vous ne devriez pas agir.

Voici des exemples d'intérêt personnel à éviter à tout prix :

- Participer à une opération commerciale avec un client;
- Avoir une relation personnelle ou commerciale avec une autre partie intéressée dans la représentation ou l'opération;
- Acquérir la propriété ou une autre participation dans une affaire opposée à un client;
- Acheter un bien immobilier d'un client;
- Prendre une participation financière dans l'affaire d'un client à l'exception des honoraires raisonnables;
- Créer un document juridique dans lequel l'avocat a droit à un intérêt bénéficiaire, par exemple être bénéficiaire aux termes du testament d'un client que vous avez rédigé;
- Avoir un intérêt personnel, social ou politique dans l'affaire d'un client;
- Emprunter des fonds d'un client en même temps que fournir des conseils juridiques et rédiger des documents attestant le prêt et la sûreté sur celui-ci.

Points à examiner avant de siéger à titre d'administrateur d'une société cliente

Au cours des dernières années, il y a eu des préoccupations croissantes concernant la responsabilité éventuelle des associés et des cabinets en raison de mandats que remplissent des avocats à titre d'administrateurs et/ou de dirigeants de sociétés clientes. Des questions relatives aux conflits d'intérêts sont également soulevées lorsqu'un avocat agit à titre d'administrateur, de dirigeant et/ou d'actionnaire d'une société cliente. De nombreux cabinets souscrivent à une assurance-responsabilité des administrateurs et des dirigeants et exigent une indemnité de la part du client. Toutefois, des situations peuvent survenir où l'assurance ne couvrira pas l'associé ou le cabinet et où l'indemnité aura peu de valeur. Plusieurs cabinets ont mis en place des politiques qui imposent des limites aux avocats dans le cadre d'un mandat à titre d'administrateur ou de dirigeant pour des clients et la tendance que suivent de plus en plus de cabinets est d'empêcher leurs avocats de le faire.

Dans certains cas, le fait que des professionnels siègent à titre d'administrateur ou de dirigeant peut représenter un élément positif pour un cabinet et/ou la communauté. Afin d'évaluer adéquatement et d'atténuer le risque, les cabinets devraient mettre en place des contrôles pour assurer que les mandats d'administrateur ne sont acceptés que dans des situations où le cabinet peut en tirer un avantage et où des mesures de protection sont implantées pour assurer que l'exposition à la responsabilité est réduite.

Les renseignements suivants peuvent aider un cabinet à évaluer les risques et les avantages que représente qu'un avocat soit administrateur ou dirigeant d'une société cliente :

1. Dénomination de la société
2. Territoire de constitution
3. Adresse
4. Principale personne-ressource
5. Poste qu'occupera l'avocat du cabinet
6. Brève description de l'entreprise
7. Description de la participation de l'avocat du cabinet
8. Société ouverte, fermée ou sans but lucratif?
9. Honoraires facturés à la société par le cabinet sur une base annuelle (estimation)
10. Le mandat procurera-t-il des avantages ou une rémunération autres que les honoraires juridiques?

11. Quel avantage en tirera le cabinet?
12. Joindre un exemplaire des derniers états financiers reçus
13. Des assemblées annuelles sont-elles tenues ou des résolutions annuelles sont-elles adoptées par écrit?
14. Conservons-nous le registre des procès-verbaux?
15. Si la société a des employés ou une entreprise active, comment se fait la confirmation qu'il n'y a pas de retard dans le dépôt des déclarations de revenus ou dans le versement des taxes ou impôts obligatoires ou dans les retenues salariales?
16. La société est-elle concernée par des questions environnementales?
17. À quelle assurance-responsabilité des administrateurs et des dirigeants le cabinet a-t-il souscrit et couvrira-t-elle l'avocat qui siège au conseil de ce client?
18. À quelle assurance-responsabilité générale ou autre le client a-t-il souscrit et y a-t-il une indemnité de sa part?

Ces renseignements devraient être obtenus avant l'approbation d'une demande pour devenir administrateur ou dirigeant et devraient être mis à jour et révisés annuellement.

Évaluation continue des conflits

Les avocats doivent savoir que des conflits peuvent survenir au cours d'un mandat et qu'ils doivent évaluer la situation pendant toute la durée de la représentation. Puisque ces conflits ont lieu après le processus de filtrage initial, ils arrivent souvent de manière imprévue. Toutefois, certains sont prévisibles dès le début du mandat.

Conflits imprévus

Les conflits ultérieurs surviennent habituellement de manière inopinée. Les déclencheurs usuels sont l'ajout d'une nouvelle partie à une opération ou à une poursuite ou encore l'embauche latérale d'un avocat qui a agi pour une partie opposée à l'intérêt d'un client actuel.

Ces types de conflits devraient être gérés de la même manière que les conflits initiaux.

Conflits prévisibles

Dans certains cas, les conflits ultérieurs étaient prévisibles. Habituellement, ce type de conflits a été identifié avant le mandat mais ne présentait pas de question litigieuse; le conflit a été géré par la communication de documents au client et par la renonciation écrite de ce dernier fondée sur un consentement éclairé. Par la suite, le conflit s'est concrétisé et nécessite une gestion plus poussée. La situation type comporte des intérêts qui étaient auparavant compatibles mais qui deviennent divergents, comme les intérêts individuels d'associés dans une société de personnes.

Selon l'évolution de la question litigieuse, la représentation continue de certains ou de l'ensemble des clients concernés pourrait ne plus être possible. La liste de vérification pour la gestion d'un conflit ultérieur et prévisible peut être utile.

Liste de vérification pour la gestion d'un conflit ultérieur et prévisible

L'approche suggérée pour gérer les conflits identifiés avant que la représentation ne commence convient également aux conflits qui surviennent de manière inopinée après le début du mandat. Toutefois, dans le cadre de la gestion d'un conflit prévisible, il est bon d'examiner les points supplémentaires suivants :

- Revoyez les documents communiqués et le consentement écrit qui a été préparé lorsque la possibilité d'un conflit a été constatée; vous pourriez avoir déjà établi un plan d'action que vous n'aurez qu'à mettre en œuvre maintenant.
- Établissez si l'affaire est devenue contentieuse, rendant la représentation impossible pour certaines des parties concernées.
- Indiquez à tous les clients et à toutes les parties concernées que le conflit possible qui avait été identifié auparavant s'est maintenant concrétisé; examinez la nature, l'étendue et les incidences de ce conflit.
- S'il est toujours opportun de continuer la représentation, préparez un nouveau consentement écrit qui souligne les informations que vous avez divulguées et faites-le signer par toutes les parties concernées.
- Si la représentation devient limitée à une ou deux des parties, préparez des lettres de non-représentation pour les parties qui ne sont plus représentées et avisez-les de retenir les services d'un avocat indépendant pour le reste de l'affaire.
- Suggérez que les parties obtiennent un avis juridique indépendant concernant le consentement à signer.
- Soyez attentif à l'avenir aux signaux indiquant que la représentation d'une ou de toutes les parties n'est plus appropriée.
- Réexaminez les politiques et les procédures en matière de conflits et intégrez toute modification qui semble maintenant nécessaire pour éviter des conflits ultérieurs.

Plan d'action pour gérer une situation de conflit

Le fait de ne pas avoir identifié et de gérer un conflit lorsqu'il survient, que ce soit au début, avant le début du mandat, ou par la suite, peut entraîner une situation de conflit qui doit être traitée. Voici des exemples de telles situations :

- Vous êtes en situation où vous représentez plus d'un intérêt;
- Certains des intérêts sont devenus ou sont sur le point de devenir opposés et même contentieux;
- Les intérêts d'au moins un des clients est privilégié ou perçu comme étant privilégié par un autre client.

Le problème peut même prendre de l'ampleur si un (ou plusieurs) des clients n'a pas connaissance de ces circonstances. Il est probablement trop tard à ce moment pour gérer le conflit par la divulgation et des consentements.

Si vous vous retrouvez dans cette situation, soit vous tenterez de régler la situation vous-même, soit vous ignorerez tout simplement le problème. Arrêtez – ceci entraînera fort probablement un problème encore plus grand. Suivez plutôt ces trois étapes :

- 1 – **Reconnaissez qu'il n'est pas trop tard pour réagir.** Reconnaissez que, bien qu'il y ait déjà des effets défavorables, vous pourriez être en mesure de les minimiser. La meilleure solution est d'aborder la situation le plus tôt possible.
- 2 – **Consultez quelqu'un.** Reconnaissez que l'objectivité indépendante d'un autre avocat est essentielle à la compréhension de la situation dans laquelle vous vous trouvez et du plan d'action adéquat à suivre. Examinez la situation avec un collègue, la direction de votre cabinet ou la personne/le comité en charge des conflits de votre cabinet, un conseiller externe ou le service de téléassistance de votre barreau. Écoutez attentivement et suivez les conseils que vous recevez.
- 3 – **Arrêtez d'agir.** Finalement, reconnaissez que vous ne pouvez pas continuer d'agir. Essayer de régler vous-même le conflit est une grande erreur. Aussi bonnes que soient vos intentions ou aussi objectif que vous croyez être, vous serez remis en question en raison des intérêts concurrents inhérents au conflit lui-même. Lorsque les intérêts des personnes deviennent opposés, vous vous retrouverez très rapidement dans une situation litigieuse et possiblement acrimonieuse.

Il est presque certain qu'au moins un des clients imputera sa perte à votre conflit d'intérêts et au manquement allégué de sauvegarder ses intérêts. Vous devriez informer tous les clients concernés du conflit, que celui-ci peut compromettre votre capacité d'agir dans leurs intérêts et qu'ils devraient chacun chercher leur propre conseiller indépendant. En prenant ces mesures, les clients obtiendront un avis indépendant et les directives dont ils ont besoin et vous aurez pris des mesures pour limiter quelque peu les dommages.

