

# La déontologie et le quotidien du conseiller juridique en entreprise : aspects pratiques

**MODÉRATEUR :** Bernard Synnott  
Fasken Martineau

**PANÉLISTES :** Érik Morissette  
Fasken Martineau

Patrice F. Guay  
Syndic du Barreau du Québec

# Plan de présentation

- Cadre législatif
- Qui est le client de l'avocat œuvrant en entreprise?
  - Quelles sont les conséquences sur le secret professionnel et le devoir de loyauté?
- Quelle est l'étendue de l'obligation du conseiller juridique en entreprise de dénoncer une situation légale défavorable à l'entreprise?
- À quel échelon doit se faire une pareille dénonciation?
- Quelles peuvent être les conséquences en cas de manquement à l'obligation de dénoncer?



# Cadre législatif

L'avocat en entreprise est soumis aux **mêmes obligations** que tout autre avocat :

« They are regarded by the law as in every respect, in the **same position as those who practice on their own account**. The only difference is that they act for one client only, and not for several clients. »

- Lord Denning (*Alfred Crompton Amusement Machines Ltd c. Customs and Excise Commissioners*, [1972] 2 All E.R. 353.

# Cadre législatif

- *Code de déontologie des avocats*
- *Code des professions*
- *Loi sur le Barreau*
- *Charte des droits et libertés de la personne*
- *Code civil du Québec*

***Les mêmes devoirs... mais dans un contexte particulier.***

# Qui est le client de l'avocat œuvrant en entreprise?

# Qui est le client de l'avocat en entreprise?

Le client est la personne morale

- L'avocat doit loyauté à l'entreprise
- Le secret professionnel existe au bénéfice de l'organisation

# L'entreprise comme client et le secret professionnel

En général, pour recevoir application, le secret professionnel doit viser (1) une communication **voulue confidentielle**, (2) tenue dans le cadre d'une **relation professionnelle** avec un avocat (3) dont on cherche à **obtenir l'opinion ou des conseils**.

## **Dans le contexte du conseiller juridique en entreprise :**

- Échanges avec les représentants de l'entreprise.
- Ne s'applique pas aux communications de l'avocat lorsqu'il effectue, par exemple, des tâches d'administration.

# L'entreprise comme client et le devoir de loyauté

- Le devoir de loyauté appartient à l'entreprise et sous-tend que l'avocat doit agir en toute circonstance au mieux des intérêts du client.
- En entreprise; l'avocat développe nécessairement des liens personnels avec des personnes au sein de l'organisation, liens qui risquent de ne pas toujours coïncider avec l'obligation de loyauté que doit l'avocat à l'organisation.



# L'entreprise comme client et le devoir de loyauté

## Qui est le client?

### Exemple 1

Avocat occupant une fonction administrative avec pouvoir de direction sur une équipe vouée à mettre en place des politiques adoptées par un conseil d'administration.

# L'entreprise comme client et le devoir de loyauté

**Qui est le client?**

## Exemple 2

Qu'en est-il de l'avocat qui travaille au sein d'un organisme de régulation avec des pouvoirs d'enquête et d'adjudications?

# L'entreprise comme client et le devoir de loyauté

## Article 3.05.17

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

- Article du Code de déontologie visant plus particulièrement les avocats en entreprise.
- Permet d'éviter que ne soit créée une double obligation de loyauté.

# L'entreprise comme client et le devoir de loyauté

## Article 3.00.01

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


# Problématiques liées au statut d'avocat œuvrant en entreprise

- Cumul des fonctions de conseiller juridique et stratégique

*R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565:

« Dans la pratique privée, certains avocats sont autant ou davantage appréciés pour leur sens inné des affaires que pour leur capacité juridique. Le secret professionnel de l'avocat ne s'applique pas aux conseils sur de pures questions d'affaires mêmes s'ils sont donnés par un avocat. »

- Tâches mal définies
- Possibilité de conflits avec supérieur « non-avocat »
  - *Mourad v. Automobile Club Insurance Association*, 465 NW2d 395 (1991)



# L'étendue de l'obligation du conseiller juridique en entreprise de dénoncer une situation légale défavorable à l'entreprise

Dénoncer ou ne pas dénoncer?  
Telle est la question!

# Dénoncer ou ne pas dénoncer, telle est la question!

*« Quoi que je voie ou entende dans la société pendant, ou même hors de l'exercice de ma profession, je tairai ce qui n'a jamais besoin d'être divulgué, regardant la **discrétion comme un devoir** en pareil cas. »*

- Serment d'Hippocrate, IV<sup>e</sup> siècle AV J-C.

# Dénoncer ou ne pas dénoncer, telle est la question!

*« Il importe donc à l'ordre social que ces confidents nécessaires soient astreints à la discrétion et que le silence leur soit imposé, **sans condition ni réserve**, car personne n'oserait plus s'adresser à eux, si on pouvait craindre la divulgation du secret confié. »*

- Émile Garçon (1851 -1922), *Code pénal annoté*



# Dénoncer ou ne pas dénoncer, telle est la question!

*« Un médecin, un notaire, un prêtre qui trahissent le secret de leurs clients, commettent un abus de confiance. Des bavards, en de pareilles professions, deviennent presque criminels. »*

- Charles Dollfus (1827 – 1913) *De la nature humaine : réflexion diverses*

# Dénoncer ou ne pas dénoncer, telle est la question!

La question du « *whistleblowing* » fait apparaître une distinction fondamentale de point de vue selon que l'on soit avocat ou non ...

## Un peu de contexte...

Au début des années 2000s, quelques petits scandales :

- Enron
- Global Crossing
- Worldcom
- Tyco
- Adelphia



**Perte de capitalisation boursière de 200 milliards de dollars U.S.!**

## Un peu de contexte...

**10 février 2002** Arthur Andersen LLP, vérificateurs comptables d'**Enron** et de **Worldcom** révèle aux enquêteurs du Congrès Américain qu'elle avait détruit un grand nombre de documents reliés à l'audit d'Enron en octobre 2001.

**15 juin 2002** Arthur Andersen LLP est reconnu coupable d'entrave à la justice et le même jour, la firme annonce qu'elle mettra fin à ses activités à la fin août 2002.



## Un peu de contexte

- Le Sénat américain adopte le 30 juillet 2002 la *Loi Sarbanes-Oxley*.
- Les règles 2.02 (5.1) et (5.2) sont ajoutées au *Code de déontologie des avocats* en Ontario en mars 2004.
- Le Barreau du Québec ajoute l'article 3.05.18 au *Code de déontologie des avocats* le 7 avril 2004.

# Dénoncer ou ne pas dénoncer, telle est la question!

- Le « *whistleblowing* » cristallise une tension récurrente en matière d'éthique auprès de la profession juridique...
  - d'un côté, l'obligation de l'avocat de **soutenir le droit**
  - de l'autre, **l'obligation de loyauté** de l'avocat face à son client

## Quelle est l'étendue de l'obligation du conseiller juridique en entreprise de dénoncer une situation légale défavorable à l'entreprise?

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

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

1. d'une violation importante d'une règle de droit en matière de valeurs mobilières ou d'une règle de droit ayant pour objet la protection des détenteurs de valeurs mobilières ou des membres d'une société ou d'une personne morale;
  2. de la violation de toute autre règle de droit, si elle est susceptible d'entraîner des conséquences sérieuses pour le client. »
- Il s'agit bel et bien d'une **obligation**.

## Quelle est l'étendue de l'obligation du conseiller juridique en entreprise de dénoncer une situation légale défavorable à l'entreprise?

L'obligation de l'article 3.05.18 se présente en deux volets :

1. lorsqu'il a une personne comme client, l'avocat doit lui dénoncer tout fait qui à son avis peut constituer une violation d'une règle de droit;
2. lorsque le client n'est pas une personne physique et que la situation n'est pas remédiée après que l'avocat se soit adressé à un « représentant du client » il doit avertir « l'autorité hiérarchique appropriée » quand il s'agit (1) soit d'une violation à une règle de droit concernant la protection des détenteurs de **valeurs mobilières** ou (2) autrement qu'il constate la « violation d'une règle de droit susceptible d'entraîner des **conséquences sérieuses** »



# Quel degré de certitude est nécessaire avant d'agir?

Situation très **délicate** pour l'avocat:

- s'il se trompe: on risque de lui en tenir rigueur
- s'il a raison: des personnes au sein de l'entreprises risquent de lui en vouloir et d'autres de le percevoir comme un délateur

La formulation utilisée au Québec ne demande pas une **certitude absolue** que des illégalités ont été commises pour devoir agir. L'avocat doit avoir la connaissance de certains faits qui, à son avis, pourraient constituer une illégalité.

## Que veut dire « dénoncer » ?

- L'article 3.05.18 ne précise pas la forme que doit prendre la dénonciation
- Implique de porter à la connaissance du client de manière officielle
- La dénonciation peut être verbale ou écrite
- Plus l'illégalité est grave, plus il est préférable de dénoncer par écrit et de manière précise



# À quel échelon doit se faire la dénonciation?

Quelle est l'autorité  
hiérarchique appropriée?

# À quel échelon doit se faire la dénonciation?

En Ontario, les échelons à franchir sont prévu expressément

## Ontario

1. Confronter la personne qui a commis le geste illégal et contraire aux intérêts de l'entreprise et suggérer de cesser le geste ou l'activité
2. Si rien ne change: consigner le tout par écrit et le soumettre à la personne concernée
3. Si rien ne change: indiquer à cette personne que si le comportement ne cesse pas, il devra en informer son supérieur immédiat

Exemple et marche à suivre : *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline*, Gavin Mackenzie, (Scarborough: Carswell, 1993), p. 20-14.

# À quel échelon doit se faire la dénonciation?

4. Si rien ne change, procéder en conformité avec la mise en garde et notifier le ou les supérieurs, voire même les hauts dirigeants
5. Si le supérieur n'agit pas, l'informer que vous comptez saisir le conseil d'administration de la question
6. Saisir un ou plus d'un membre « externe » du C.A.
7. Si rien ne change : démissionner

Exemple et marche à suivre : *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline*, Gavin Mackenzie, (Scarborough: Carswell, 1993), p. 20-14.

# À quel échelon doit se faire la dénonciation?

Au **Québec**, la marche à suivre est laissée au soin de l'avocat

À qui donc s'adresser?

1. Au représentant du client avec qui l'avocat est en rapport
2. Si rien n'est fait et dans les situations que vise le deuxième alinéa de 3.05.18 (valeurs mobilières et conséquences sérieuses), à « l'autorité hiérarchique appropriée ».

Cette autorité peut être un **comité de conformité ou de surveillance** mis en place par l'organisation, le **supérieur hiérarchique du représentant**, en remontant la chaîne jusqu'au **conseil d'administration**.

# Toujours rien...

L'avocat doit-il **cesser d'occuper** si le client persiste et signe malgré la dénonciation de l'avocat?

- En Ontario : l'avocat doit se retirer du dossier

- Au Québec : 4.02.01 g)

« **4.02.01** (...) est dérogoire à la dignité de la profession le fait pour un avocat :

**g)** d'aider ou, par un encouragement ou un conseil, d'amener le client à poser un acte qu'il sait **illégal** ou **frauduleux** »

# Divulgence interne ou externe?

- En raison du secret professionnel; l'**autorité hiérarchique appropriée** se doit d'être **interne** et **ne peut** d'aucune manière inclure les **pouvoirs publics...**
- **À moins...** que la divulgation à l'externe ne cadre avec les exceptions que prévoient la loi (art. 3.06.01.01 du Code de déontologie des avocats, art. 60.4 du Code des professions, art. 131(3) de la Loi sur le Barreau) :



# Divulgation interne ou externe?

- « Un avocat peut communiquer un renseignement protégé par le secret professionnel, en vue de prévenir un acte de violence, dont un suicide, lorsqu'il a un motif raisonnable de croire qu'un danger imminent de mort ou de blessures graves menace une personne ou un groupe de personnes identifiables.
- Toutefois, il ne peut alors communiquer ce renseignement qu'à la ou aux personnes exposées à ce danger, à leur représentant ou aux personnes susceptibles de leur porter secours. »

# Conséquences

Quelles sont les  
conséquences pour  
l'avocat qui omet de  
dénoncer?

# Conséquences

- Pas de jurisprudence découlant de l'article 3.05.18.
- Mais, comme toute infraction au *Code de déontologie*, le non-respect de l'article 3.05.18 peut entraîner des sanctions disciplinaires.
- Par ailleurs, le non-respect peut potentiellement être qualifié de **faute civile** et ainsi engager la **responsabilité extracontractuelle** de l'avocat face à un tiers **ou** encore la responsabilité contractuelle face à l'employeur/client.

# Conseils pratiques

- S'assurer que l'employeur/client comprend bien les obligations déontologiques de l'avocat et notamment en vertu de 3.05.18
- Mettre en place une procédure de divulgation anonyme et confidentielle (SCAD)
- Ne pas sauter des niveaux d'autorités; il vaut mieux tenter de corriger la situation à la base lorsque faire se peut
- Consulter le bureau du Syndic en cas de doute
- Conseiller aux individus de retenir les services d'un autre avocat (éviter la double obligation de loyauté)

# Merci !

