

Le conseiller juridique d'entreprise face à certaines dispositions du Code de déontologie des avocats

Par André Laurin *

À RETENIR

- le Code s'applique aux conseillers juridiques d'entreprise;
- le non-respect peut entraîner des sanctions disciplinaires;
- le Code établit des normes qui, si elles ne sont pas respectées, pourraient constituer des fautes civiles entraînant la responsabilité contractuelle (vs employeur) et même extracontractuelle (vs tiers avec qui l'avocat négocie pour le compte de l'entreprise);
- notion de client : différence entre l'interlocuteur, le représentant du client et le supérieur, d'un côté, et l'entité, d'un autre côté (3.05.17 et 3.05.18 - 2^e paragraphe);
- obligation de loyauté (3.00.01, 3.06.01 à 3.06.10 et aussi 3.02.01 à 3.02.11);
 - notion : « agir au mieux des intérêts »;
 - obligations accessoires : confidentialité, évitement des conflits d'intérêts, dévouement, candeur et prohibition d'utilisation des biens et renseignements;
 - plusieurs cas de conflits d'intérêts et de loyautés potentiels et même probables pour le conseiller juridique d'entreprise;



• obligation d'indépendance (3.00.01, 3.05.17, 3.06.05);

- notion : capacité d'exercer un jugement indépendant selon des critères raisonnables;
- obligations accessoires :
 - impartialité (au lieu de complaisance);
 - rigueur (au lieu de laxisme);
 - bonne foi, abus de droit et prohibitions de la loi et des règlements;
- chevauche le concept d'obligation de loyauté;

• obligation de dénonciation au niveau hiérarchique approprié (3.05.18);

- « dans le cadre de sa prestation de services professionnels »;
- « à son avis, peut constituer une violation d'une règle de droit par le client »;
 - critères objectifs (nécessité d'évaluer de manière diligente et prudente en utilisant des critères raisonnables) et subjectifs (l'avis du conseiller juridique);
- deux types de violations avec des caractéristiques distinctes.
- processus non rigide : obligation de dénonciation au niveau hiérarchique approprié;
- dénonciation au client (interne et non externe, sauf exceptions);

• actes dérogatoires et autres précisions;

- ambiguïté des rôles (4.01.00.01) et activités dérogatoires (4.01.00.02, 4.02.01 et 4.02.02);
- notions de complicité, d'incitation et d'assistance, de « aiding and abetting » (en Common Law) et certains actes dérogatoires spécifiques (4.02.01 d), e), f) et g));
- obligation de cesser d'agir malgré les conséquences négatives possibles au plan personnel.



LAVERY, DE BILLY

AVOCATS

* André Laurin a présidé le comité de révision du Code de déontologie des avocats (Barreau du Québec).

Remarques préliminaires

Le Code de déontologie des avocats (R.R.Q., 1981, c. B-1, r.1) (le « Code ») s'applique à tout avocat inscrit au Tableau de l'Ordre et ce, « quel que soit le cadre ou le mode d'exercice de ses activités professionnelles ou la nature de sa relation contractuelle avec le client » (1.00.01). Le Code s'applique donc aux conseillers juridiques d'entreprise.

Ce texte vise à mettre en lumière certaines dispositions du Code et à **provoquer la réflexion** des conseillers juridiques d'entreprise sur celles qui apparaissent particulièrement d'intérêt pour eux. L'auteur n'entend pas donner des réponses à toutes les questions et ses commentaires ne lient que lui, le syndic du Barreau, entre autres, pouvant éventuellement différer d'opinion.

Peut-être est-il utile de rappeler que le défaut par le conseiller juridique d'entreprise de respecter les dispositions du Code peut entraîner des plaintes et, advenant sa culpabilité, des **sanctions disciplinaires** pouvant aller jusqu'à la radiation en vertu des pouvoirs dévolus au Barreau du Québec par le *Code des professions* (L.R.Q., c. C-26), notamment aux articles 55.1, 87, 116 et 156.

De plus, comme le Code établit des normes d'exercice de la profession, le non-respect de ces normes peut constituer une **faute civile** susceptible d'engager la responsabilité extracontractuelle de l'avocat à l'égard d'un tiers ou la responsabilité contractuelle envers le client-employeur.

Après avoir procédé à une mise en situation, nous aborderons dans l'ordre les notions suivantes :

- l'identité du client (3.05.17 et 3.05.18(2));
- l'obligation de loyauté (3.00.01, 3.06.01 à 3.06.10 et aussi 3.02.01 à 3.02.11);
- l'obligation d'indépendance (3.00.01, 3.05.17, 3.06.05 et les articles cités en relation avec l'obligation de loyauté);
- l'obligation de divulgation au niveau hiérarchique approprié (3.05.18);
- certains actes dérogoratoires (4.02.01 d), f) et g)).

1. Mise en situation : les difficultés confrontant le conseiller juridique d'entreprise

La situation du conseiller juridique d'entreprise et sa capacité de respecter ses devoirs déontologiques se heurtent à certaines contraintes que ne rencontre pas le conseiller juridique externe ou qui ne se présentent pas à ce dernier avec la même acuité. À titre d'exemples :

- le conseiller juridique est un employé qui est évalué la plupart du temps par un non-avocat qui établit également sa rémunération;
- le conseiller juridique est souvent le seul avocat au sein de l'entreprise;
- la hiérarchie de l'entreprise rend difficile, dans certains cas, la conciliation entre la loyauté envers le client (entité juridique) et celle envers le supérieur immédiat;
- plusieurs dirigeants d'entreprise valorisent davantage l'atteinte des résultats d'affaires que le respect de la loi; on veut que l'avocat avale les moyens adoptés et, surtout, qu'il n'érige pas d'obstacles;
- le rôle de conscience morale de l'entreprise n'est pas toujours prisé;
- l'implication quotidienne dans un travail d'équipe et le cumul de fonctions peuvent rendre la ligne de démarcation entre le rôle de l'avocat et celui de conseiller d'affaires difficile à tracer; et
- de manière plus générale, le rôle du conseiller juridique d'entreprise est trop souvent mal compris.

Plusieurs de ces contraintes ont fait l'objet d'une analyse intéressante de l'ancien juge en chef de la Cour suprême du Delaware, E. Norman Veasey, dans un article publié en 2006 en collaboration avec Christine T. Di Guglielmo¹. Cet article réfère lui-même à nombre d'autres textes publiés en la matière aux États-Unis.

¹ « The Tensions, Stresses, and Professional Responsibilities of the Lawyer for the Corporation », *The Business Lawyer*, vol. 62, November 2006, p. 1.

2. Qui est le client?

Le client est la personne qui est l'**employeur** du conseiller juridique et non le supérieur hiérarchique immédiat. Cette personne est, dans presque tous les cas, une personne morale contrôlée par des actionnaires, des membres ou des associés ou un autre type d'organisation, dont la gestion ou la supervision de cette gestion est assumée, la plupart du temps, par un conseil d'administration. D'ailleurs, l'article 3.05.17 du Code vient appuyer clairement cette distinction.

« 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. »

C'est donc à la lumière de cette distinction que le conseiller juridique d'entreprise doit lire les devoirs et obligations de l'avocat envers le client que stipulent les articles 3.00.01 à 3.08.08 du Code.

Toutefois, il peut arriver que le **client-employeur demande** au conseiller juridique d'entreprise de représenter ou conseiller un autre employé. Dans un tel cas, des précautions doivent être prises par le conseiller juridique d'entreprise et les paramètres doivent être clairement établis. Les devoirs et obligations de loyauté du conseiller juridique vont alors à l'autre employé et non à son employeur.

Le conseiller juridique d'entreprise peut aussi se retrouver fréquemment dans une situation où il agit comme conseiller juridique de plusieurs entités d'un même groupe de sociétés. Il se trouve alors dans une situation similaire à l'avocat externe qui dessert plusieurs clients. Une telle situation requiert alors prudence et discernement pour éviter les conflits d'intérêts et de loyautés, comme nous le verrons plus loin.

Le conseiller juridique d'entreprise doit aussi **prendre garde** de ne pas se placer dans une situation où un collègue de travail vient lui faire des **révélations** sur des actes illégaux qu'il aurait commis ou des pratiques douteuses auxquelles il aurait participé. Il doit alors éviter de laisser croire à son collègue que ces révélations sont protégées par le secret professionnel.

Qui plus est, il devra vraisemblablement divulguer le contenu de ces révélations, à moins qu'il n'ait le mandat de son client-employeur de les recevoir et de les conserver sous le sceau de la confidentialité ou avec le droit de protéger l'anonymat de l'auteur des révélations.

3. L'obligation de loyauté

L'obligation de loyauté de l'**avocat** est déclinée à travers divers articles du *Code de déontologie*, principalement aux articles 3.00.01 et 3.06.01 à 3.06.10, mais également aux articles 3.02.01 et 3.02.11.

L'obligation de loyauté de l'**employé** est définie quant à elle au premier paragraphe de l'article 2088 du *Code civil du Québec* :

« **2088.** Le salarié, outre qu'il est tenu d'exécuter son travail avec prudence et diligence, doit agir avec loyauté et ne pas faire usage de l'information à caractère confidentiel qu'il obtient dans l'exécution ou à l'occasion de son travail. »

Le principe de base de toute obligation de loyauté se traduit par l'obligation **d'agir en toutes circonstances au mieux des intérêts du client.**

Dans le cas de l'avocat, cette obligation de base se traduit aussi par les obligations **accessoires ou corollaires** suivantes :

- l'obligation de confidentialité et de protection du secret professionnel;
- l'obligation d'éviter les conflits entre les intérêts du client, d'une part, et les siens ou ceux de tiers, d'autre part, qui est accompagnée des devoirs de dévouement (« commitment ») et de franchise (« candour ») envers le client;
- l'obligation d'utiliser les biens et les renseignements appartenant aux clients aux seules fins et au seul bénéfice du client.

Certaines dispositions citées ne sont guère pertinentes dans le cas du conseiller juridique d'entreprise. Toutefois, la majorité le sont.

Cette obligation de loyauté trouve sa **limite** dans l'obligation de loyauté à l'égard d'autres personnes et dans certains actes dérogatoires interdisant d'être partie à une violation de la loi, à une pratique douteuse ou d'être partie à une violation d'engagements contractuels, ou d'en être complice.

L'**obligation morale de loyauté** envers son supérieur hiérarchique immédiat et ses collègues de travail et l'aversion face à la délation viennent brouiller le tableau. La conciliation entre l'obligation de loyauté envers le client-employeur et les valeurs décrites dans la phrase qui précède peut se faire en partie dans les cas où il n'y a pas de complicité, de violation importante de la loi ou une autre violation qui n'est pas susceptible d'entraîner des conséquences sérieuses. Nous en traiterons de manière plus détaillée lorsque nous aborderons l'obligation de divulgation de l'article 3.05.18. Soulignons que l'évaluation de la situation peut être facilitée par l'utilisation des critères proposés en matière de valeurs mobilières pour déterminer l'importance d'un fait ou d'un changement.

Le conseiller juridique d'entreprise qui agit à la fois comme conseiller juridique de la société mère et d'une filiale de celle-ci, peut aussi se retrouver en situation de conflit d'intérêts et de loyautés.

La jurisprudence a aussi offert plusieurs exemples de conflits d'intérêts dans le cas des cabinets de conseillers juridiques externes et plusieurs auteurs ont écrit sur le sujet. Certains de ces jugements et textes peuvent être pertinents à la situation des conseillers juridiques d'entreprise. Nous nous limiterons ici à référer à deux décisions. Dans l'arrêt R. c. Neil², le juge Binnie de la Cour suprême du Canada définit le conflit comme :

« (...) 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 (*materially and adversely affected*) à la représentation du client par l'avocat. » (par. 31) (nos soulignements)

Le juge Binnie a appliqué le test de la ligne de démarcation très nette (« bright line test ») suivant dans cette même affaire :

« Cette ligne de démarcation très nette est tracée par la règle générale interdisant à un avocat de représenter un client dont les intérêts sont directement opposés aux intérêts immédiats d'un autre client actuel - même si les deux mandats n'ont aucun rapport entre eux - à moins que les deux clients n'y aient consenti après avoir été pleinement informés (et de préférence après avoir obtenu des avis juridiques indépendants) et que l'avocat ou l'avocate estime raisonnablement pouvoir représenter chaque client sans nuire à l'autre. » (nos soulignements)

La décision que la Cour suprême du Canada vient de rendre le 1^{er} juin 2007, dans l'affaire Strother³, en appel de la décision de la Cour d'appel de Colombie-Britannique, ajoute quelques pistes pour cerner l'obligation de fiduciaire en Common Law et, par conséquent, aider à circonscrire l'obligation de loyauté de l'avocat en droit civil, plus particulièrement en ce qui a trait aux devoirs de dévouement et candeur.

Par ailleurs, la jurisprudence permet également de dresser un portrait **des tenants et aboutissants de l'obligation de loyauté de l'employé, du cocontractant commercial et de l'administrateur de société.** Ceux-ci peuvent apporter un éclairage fort utile sur la définition des paramètres de l'obligation de loyauté du conseiller juridique d'entreprise. Ces tenants et aboutissants ont fait l'objet d'une présentation à l'automne 2006 par l'auteur et ses collègues Guy Lemay et Élise Poisson de Lavery, de Billy, dont copie peut être obtenue sur demande⁴.

4. L'obligation d'indépendance

On retrouve les principales dispositions du Code qui traitent de l'indépendance de l'avocat aux articles 3.00.01, 3.05.17 et 3.06.05. Citons notamment l'article 3.06.05 :

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

² [2002] 3 R.C.S. 631.

³ *Strother c. 3464920 Canada inc.*, 2007 CSC 24; 2005 BCCA 35 et 2005 BCCA 385.

⁴ alaurin@lavery.qc.ca

Cette **notion** d'indépendance **chevauche** de façon importante celle de l'obligation de **loyauté** et ce, plus particulièrement au niveau des conflits d'intérêts. Il est donc difficile d'en dresser un portrait distinct sans référer aux conflits d'intérêts. Les articles du Code cités en relation avec l'obligation de loyauté sont donc aussi pertinents à l'examen de l'obligation d'indépendance.

En matière de gouvernance d'entreprise, les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (« ACVM ») ont abordé cette notion sous l'angle général de la **capacité d'exercer un jugement indépendant** selon l'avis raisonnable du conseil d'administration et ont énoncé certaines présomptions ou certains critères spécifiques de non-indépendance.

Dans le cas de l'avocat, l'approche d'interprétation de cette obligation devrait être pratiquement la même. Les **cas de conflits d'intérêts** que mentionnent les articles du Code auxquels nous avons référé sous la rubrique précédente offrent, quant à eux, l'équivalent des critères ou des présomptions de non-indépendance utilisés en matière de régie d'entreprise et décrits dans le Règlement 52-110 sur le comité de vérification adopté par les ACVM.

L'indépendance des conseillers juridiques peut, à première vue, sembler présenter des **difficultés** additionnelles compte tenu de la relation employeur-employé, du cadre d'exercice de la profession au sein de l'entreprise et des liens de subordination par rapport aux représentants du client qu'implique la relation employeur-employé. La possibilité de perdre son emploi ou de diminuer ou d'éliminer ses perspectives de rémunération supérieure ou d'avancement de carrière crée un contexte de vulnérabilité importante pour le conseiller juridique d'entreprise. Par comparaison, la perte potentielle d'un client pour le conseiller juridique externe constitue un risque habituellement inférieur à la perte potentielle d'un emploi pour le conseiller juridique d'entreprise.

Les **fonctions autres** que celles d'avocat que peut occuper le conseiller juridique d'entreprise peuvent venir compliquer l'exercice indépendant du jugement. Le cumul de plusieurs fonctions peut nuire à l'exercice de la profession selon les règles déontologiques. C'est de cette réalité dont traitent les articles 4.01.00.01 et 4.01.00.02.

« **4.01.00.01** *L'avocat qui, outre ses activités professionnelles, exerce des activités ne constituant pas l'exercice de la profession d'avocat, notamment dans le cadre d'un emploi, d'une fonction ou de l'exploitation d'une entreprise, doit, en toutes circonstances éviter de créer ou de laisser perdurer toute ambiguïté sur la qualité en vertu de laquelle il agit.*

4.01.00.02 *L'avocat doit s'assurer qu'aucune des activités qu'il exerce dans le cadre d'une fonction ou d'une entreprise, et qui ne constituent pas l'exercice de la profession d'avocat, ne compromette le respect des obligations déontologiques que lui impose le présent code, notamment l'honneur, la dignité et l'intégrité de la profession. »*

M^e Brigitte Deslandes et M^e Jean Lanctôt soulignent avec justesse ce qui suit :

« L'avocat doit être perçu comme une personne indépendante, capable de conseiller, en toute liberté et sans attache aucune, un client relativement à ses droits. S'il advenait que l'avocat perde ou compromette cette liberté de jugement, la profession d'avocat n'aurait plus aucune crédibilité. Les accommodements en cette matière ne peuvent exister. »⁵

Le conseiller juridique d'entreprise a, dans une certaine mesure, un rôle de **conscience morale** au sein de l'entreprise.

Si le conseiller juridique d'entreprise ne protège pas cette indépendance, il dévalue lui-même son rôle et nuit indirectement à l'entreprise elle-même.

Les conseils et avis donnés et les mesures recommandées par le conseiller juridique d'entreprise doivent donc l'être **sans complaisance, avec rigueur**, au meilleur de ses connaissances et de son expérience, et avec comme souci de respecter la loi et les engagements contractuels de l'entreprise. Ce n'est qu'en procédant de cette façon qu'il peut respecter son obligation de loyauté et la profession.

Nul ne peut se mettre complètement et parfaitement à la place du conseiller juridique d'entreprise pour **évaluer la situation d'indépendance**. Par conséquent, si le conseiller juridique d'entreprise perçoit qu'il pourrait être **influencé** à orienter un avis ou un conseil, ou à recommander une mesure plutôt qu'une autre parce que cet avis, ce conseil ou cette mesure est plus susceptible de favoriser son **intérêt personnel** ou celui de collègues ou d'autres personnes, il doit clairement se questionner sur sa capacité d'agir de manière indépendante et, dans certains cas, obtenir une **confirmation d'autres conseillers juridiques**, soit à l'interne, soit à l'externe, qui ne sont pas susceptibles de subir quelque influence en raison de leurs intérêts personnels ou d'un conflit de loyautés. Les cas d'octrois d'options ou d'opérations sur valeurs mobilières peuvent constituer des exemples de situations délicates en matière d'indépendance lorsque le conseiller juridique est bénéficiaire de ces options ou opérations.

Le conseiller juridique d'entreprise aurait intérêt à **se protéger** par contrat et par des règles et des politiques de gouvernance, de même qu'à mieux faire connaître et comprendre ses obligations déontologiques à son employeur et à ses collègues. De plus, lorsqu'il exerce les fonctions de secrétaire corporatif de la société, il devrait pour ces fins relever du président du conseil plutôt que du chef de la direction. Les associations ou les regroupements de conseillers juridiques d'entreprise pourraient favoriser cette prise de conscience par ceux qui entourent le conseiller juridique au sein de l'entreprise. Ces mêmes associations et regroupements auraient également à veiller à ce qu'on n'élargisse pas indûment les obligations et la responsabilité des conseillers juridiques d'entreprise envers les actionnaires ou les membres et les tiers. Certaines tendances chez nos voisins du sud semblent favoriser un tel élargissement.

Voici quelques **suggestions** plus précises mais clairement non exhaustives de **précautions** :

- répartir les responsabilités entre le secrétariat corporatif, le conseil juridique et les autres fonctions;

⁵ « Éthique, déontologie et pratique professionnelle », Collection de droit 2006-2007, vol. 1, Éd. Yvon Blais, p. 91.

- lorsque la chose est possible, confier à des personnes différentes (avocats, secrétaires) ces différentes responsabilités;
- ne pas impliquer des avocats ou des personnes autres que ceux des fonctions secrétariat ou conseil lors des rencontres ou discussions, sauf s'ils sont alors considérés comme des clients;
- tenir les dossiers (sous forme imprimée et électronique) séparés et avec accès sélectif;
- lors de la participation à des réunions d'affaires ou à des discussions stratégiques, distinguer dans les interventions et communications ce qui a trait au conseil juridique des autres fonctions ou actes;
- favoriser un contexte où le conseiller juridique relève du conseil pour les affaires reliées au secrétariat corporatif et à la régie d'entreprise (p. ex. : président du conseil);
- préciser et publiciser le rôle que le conseiller juridique d'entreprise joue à titre d'avocat et les règles déontologiques auxquelles il est soumis;
- favoriser l'implantation d'une politique et d'une procédure de dénonciation (« whistleblowing policy and procedure »);
- prévoir un mécanisme souple de traitement des conflits entre les obligations déontologiques et l'obligation de loyauté du conseiller juridique d'entreprise avec le supérieur immédiat;
- obtenir un contrat d'emploi ou une description claire des responsabilités, devoirs et autorités;
- s'assurer de l'appui du conseil; et
- recourir à l'occasion à un appui externe.

Les regroupements de conseillers juridiques d'entreprise et le Barreau auraient possiblement intérêt à étudier la possibilité d'adopter une approche similaire à celle retenue dans le cas de l'exercice de la profession en société multidisciplinaire ou par actions (engagement contractuel de l'entreprise envers le Barreau de favoriser le respect des règles déontologiques par le conseiller juridique d'entreprise).

5. L'obligation de divulgation au niveau hiérarchique approprié

L'obligation de divulgation se retrouve à l'article 3.05.18. Il s'agit d'une nouvelle disposition du Code. Toutefois, l'auteur considère qu'elle faisait auparavant partie implicitement des obligations générales de l'avocat et, plus particulièrement, de l'obligation de loyauté envers le client.

Cet article se lit comme suit :

« 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 en droit en matière de valeurs mobilières ou d'une règle de droit ayant pour objet la protection des détenteurs de valeurs mobilières ou des membres d'une société ou d'une personne morale.

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

L'ajout d'une obligation spécifique de divulgation dans le Code visait plusieurs objectifs :

- mieux faire comprendre aux avocats que l'obligation de divulgation fait partie de leurs obligations; (**information et publicité**)
- circonscrire cette obligation de divulgation en utilisant les critères d'importance et de conséquences sérieuses et le cadre des services professionnels, en établissant certains éléments de procédure (possibilité de remède, autorité hiérarchique « appropriée » au lieu de

« supérieure ») et, ce faisant, influencer toute interprétation éventuelle des tribunaux ou des autorités quasi-judiciaires; (**guide d'interprétation**)

- éviter des interventions externes ou, plus précisément, l'imposition de règles aux avocats dans des textes de loi ou des dispositions réglementaires dont l'application ne serait pas régie principalement par le Barreau, comme cela avait été fait aux États-Unis dans la loi Sarbanes-Oxley (article 307), et donc préserver l'approche auto-réglementaire. (**préserver l'auto-réglementation**)

Le lecteur trouvera dans les lignes qui suivent des suggestions sommaires d'interprétation à donner à cette disposition sous forme de questions, de réponses, d'exemples et de précisions additionnelles.

Qui est l'autorité hiérarchique appropriée?

La personne ou le comité désigné à ces fins par le code de conduite ou par toute autre politique ou directive du conseil d'administration de la société. En l'absence d'une telle désignation, le supérieur hiérarchique de l'interlocuteur, y compris, en dernier ressort, le conseil d'administration, en remontant la chaîne jusqu'à ce que la violation ait été corrigée ou, si cela est impossible, jusqu'à ce que les autres mesures rémédiatrices ou réparatrices aient été prises.

Il est évident que l'autorité hiérarchique appropriée est interne et n'inclut en aucune façon les pouvoirs publics ou les autorités réglementaires externes, sous réserve des commentaires qui suivent. Toutefois, rappelons que les dispositions des articles 3.06.01.01 à 3.06.01.05 créent une exception pour les cas de prévention d'« 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 identifiable » (3.06.01.01). Pensons à la situation d'un conseiller juridique face à la responsabilité de son employeur à l'égard des polluants qu'il produit.

De plus, malgré l'opposition du Barreau du Québec, la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* (Québec) a été amendée pour créer une obligation de divulgation à la Régie dans certaines circonstances (voir l'article 154.2). D'autres lois adoptées par d'autres juridictions contiennent des dispositions similaires à l'article 154.2 précité.

Par ailleurs, au-delà du cadre de l'article 3.05.18, il ne faut pas oublier :

- a) premièrement, les **limites au secret** professionnel et à l'obligation de confidentialité, dont la jurisprudence a traitées et qui sont bien analysées dans le volume « Éthique, déontologie et pratique professionnelle »⁶.
- b) deuxièmement, les **risques de complicité**, de participation à une infraction ou à une faute civile et de responsabilité du conseiller juridique d'entreprise qui peut en découler; et
- c) troisièmement, l'obligation de **cesser d'agir** pour éviter de commettre un acte dérogatoire (voir la rubrique à cet effet dans ce texte).

Quelles sont les violations qui devraient aussi être divulguées?

Tentons de dresser quelques paramètres des violations visées en nous servant d'exemples :

- a) « 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 »

Exemples :

- une information fautive ou incomplète à l'égard d'un aspect important dans un prospectus ou un document d'information continue,
- une procédure de notification des actionnaires ou des membres non conforme,
- une tentative d'évitement des dispositions législatives applicables en matière d'appel public à l'épargne,
- la communication sélective de faits importants,

- une opération illégale visant à priver certains actionnaires de leurs droits ou visant à privilégier certains actionnaires par rapport à d'autres.

- b) « une violation de toute autre règle de droit si elle est susceptible d'entraîner des conséquences sérieuses pour le client »

Exemples :

- octroi d'un permis de construction par un fonctionnaire en violation des règlements applicables de la municipalité,
- entente avec des compétiteurs de la société pour ne pas soumissionner à un prix inférieur à celui agréé,
- actes non conformes aux conditions rattachées à un permis d'affaires qui pourraient faire perdre les droits que confère le permis si celui-ci était annulé ou révoqué,
- déversement ou enfouissement de contaminants en violation des règles environnementales et susceptible de causer des dommages sérieux à des tiers.

Quelles sont les autres mesures ou critères d'analyse qui devraient être utilisés?

Les **conséquences sérieuses** peuvent, par exemple prendre les formes suivantes :

- conséquences financières négatives et importantes; ou
- perte éventuelle de droits ou de privilèges qui affecterait de manière significative la capacité de la société d'exploiter ses activités; ou encore
- poursuites importantes contre la société ou ses administrateurs ou dirigeants principaux.

Une **évaluation** doit être faite **dans chaque cas** pour évaluer le caractère sérieux d'une conséquence possible. Cette évaluation ne peut se faire qu'en contexte, en utilisant son jugement et des critères raisonnables et, en cas de doute, en demandant conseil.

⁶ Précité, note 5, M^e Raymond Doray, associé de Lavery, de Billy, « Chapitre II - Les devoirs et les obligations de l'avocat », p. 52 à 67.

Ainsi, le non-respect d'un délai de production d'un rapport, une violation des conditions de forme de la *Loi sur la protection du consommateur* ou de la *Charte de la langue française*, par exemple, **ne constituent pas à première vue**, selon l'auteur, des violations susceptibles, selon des critères raisonnables, d'avoir des conséquences sérieuses. Les vérificateurs externes utilisent pour les fins de préparation des états financiers le test du seuil d'importance relative. Ajoutons que, de toute évidence, le niveau d'importance relative ou du caractère sérieux, varie considérablement d'une société à une autre.

L'obligation de divulgation au niveau hiérarchique approprié restreint-elle l'étendue des autres obligations de l'avocat?

En aucune façon. Ainsi, cette obligation et son respect ou non-respect n'atténuent en rien :

- l'obligation de l'avocat d'avertir son interlocuteur immédiat de toute violation d'une règle de droit dont il a connaissance dans le cadre de la prestation de ses services et portant sur des faits ou des questions qu'il doit analyser ou dont il doit prendre compte dans l'exécution de sa prestation, et
- la prohibition de participer à la violation ou d'aider le client à commettre cette violation, le non-respect de cette prohibition faisant partie des actes dérogatoires.

Que peut faire le conseiller juridique d'entreprise pour créer un contexte interne propice au respect des règles déontologiques?

Il est possible que l'obligation de loyauté de l'avocat-employé envers son supérieur immédiat ou que certaines règles internes entrent en conflit avec les dispositions du Code, dont celles de l'article 3.05.18. Il importe donc que le rôle de l'avocat et ses **obligations déontologiques** soient bien **compris par l'employeur**. Un contrat d'emploi clair et l'implantation de pratiques de saine régulation d'entreprise devraient favoriser une telle compréhension. D'autres mesures, comme celles

mentionnées précédemment sous la rubrique 4, devraient aussi être utilisées. Notons que plusieurs sociétés ont mis en place une procédure de divulgation anonyme et confidentielle. Une telle procédure peut protéger jusqu'à un certain point le conseiller juridique d'entreprise, en évitant de le placer en situation de conflit de loyautés.

La divulgation au niveau hiérarchique approprié ne devrait se faire qu'après que des **efforts réels** aient été faits pour aider le contrevenant à **corriger la situation** ou à **éviter** qu'une telle situation se reproduise. Il ne s'agit pas ici de créer un contexte de chasse aux sorcières.

Quelques précisions additionnelles à l'égard de l'article 3.05.18.

L'article 3.05.18 a fait l'objet de commentaires et de questionnements. Les précisions qui suivent tenteront d'y répondre, au moins en partie.

Le texte introductif de l'article 3.05.18, rappelons-le, utilise les mots « ... tout fait ... qui, à son avis, peut constituer une violation ... ».

L'emploi du verbe « **peut** » au premier alinéa ne doit pas être interprété comme englobant tout risque ou toute possibilité, qui n'est pas probable. En d'autres termes, l'avis doit être un **avis concluant** et le risque ou la possibilité doit être **évalué de manière raisonnable**. L'accent doit être mis sur le mot « avis », qui laisse une marge de manœuvre au conseiller, et non sur le mot « peut ». Si des questions se posent, il doit tenter d'y répondre et de tirer une conclusion. Astreindre le conseiller juridique d'entreprise à une obligation plus élevée serait exagéré.

L'expression « à son avis » a été perçue par certains comme une norme purement subjective à laquelle certains auraient préféré substituer l'expression « qui sait ». Tel ne nous apparaît pas être le cas. Elle devrait plutôt être qualifiée de norme mixte subjective-objective. En effet, comme l'avocat doit agir en toutes circonstances avec compétence, diligence et prudence (article 3.00.01), il ne peut évaluer une situation de violation potentielle autrement que devrait le faire un avocat prudent et compétent agissant raisonnablement

dans une situation semblable. Toutefois, la norme n'est pas complètement objective parce qu'en bout de ligne, elle réfère à l'avis de l'avocat ou, autrement dit, à la conclusion qu'il tire lui-même.

En choisissant de ne pas être plus précis quant à la **définition de l'autorité hiérarchique appropriée et quant au processus de divulgation**, le Code s'est abstenu d'imposer une procédure qui ne collerait pas à la réalité de chaque client et a envisagé la possibilité que des procédures différentes soient adoptées selon le type de violation et selon les entreprises. Ainsi, le recours à un style « ombudsman » ou à une ressource externe indépendante demeure possible. Soulignons qu'en matière de valeurs mobilières, la violation devrait éventuellement être divulguée au conseil ou, tout au moins, au comité de vérification, compte tenu des règles des ACVM. Ajoutons que cette autorité hiérarchique appropriée ne peut être externe au client à moins que le client lui-même l'ait prescrit.

Soulignons en passant que le sous-paragraphe a) de l'article 3.05.18 utilise le même concept de « violation importante » que celui de l'article 307 de la loi Sarbanes-Oxley et que le comité de révision du Code n'a pas retenu pour ce type de violation la qualification additionnelle de « conséquences sérieuses » que l'on retrouve au sous-paragraphe b), le tout de manière à ne pas provoquer l'intervention des ACVM qui, à certains égards, désiraient coller au modèle américain.

En somme, le comité de révision du Code a donc intentionnellement voulu s'éloigner d'une formulation réglementée et donc rigide de la procédure, pour laisser place à un guide déontologique. Ce faisant, le comité visait à protéger l'approche civiliste (expression d'une obligation générale ou de l'objectif ou du résultat recherché) et à éviter de donner une recette trop compliquée qui ne fonctionnerait pas dans tous les contextes. Un guide déontologique pourrait par ailleurs s'inspirer de l'article 2.02 du Code de déontologie du Barreau de l'Ontario et du commentaire qui l'accompagne.

La loi accorde maintenant une certaine protection aux dénonciateurs (article 122 de la *Loi sur les normes de travail* (Québec) et article 425.1 du Code criminel du Canada). Soyons toutefois réalistes, cette protection n'est pas imperméable ni complète.

Il est évident que le conseiller juridique d'entreprise à qui la direction **demande d'enquêter** sur une violation possible ou d'assumer la défense du client face à une violation ne se retrouve pas dans un contexte de divulgation, à moins qu'après avoir conclu à la violation et soumis son avis, rien ne soit fait pour corriger la situation dans le futur.

Par ailleurs, tant les conseillers juridiques d'entreprise que les conseillers juridiques externes, et donc le Barreau, doivent être particulièrement **vigilants pour bloquer** les tentatives législatives ou réglementaires (« **noisy withdrawal** » ou délation aux autorités réglementaires) qui auraient pour effet de ne pas permettre à l'avocat de respecter le secret professionnel et son devoir de loyauté envers son client. Rappelons à cet égard les tentatives avortées en ce sens de la SEC aux États-Unis et, au Québec, l'adoption du nouvel article 154.2 de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* (Québec), malgré l'opposition du Barreau du Québec.

On devrait être tout aussi vigilant pour éviter de laisser aux seuls tribunaux le soin de définir les obligations des avocats sans leur fournir des pistes.

6. Certains actes dérogoires

Le Code, à l'article 4.02.01, mentionne de façon spécifique certains actes dérogoires. Parmi ceux-ci, certains doivent être soulignés. Ils se retrouvent aux sous-paragraphe 4.02.01 d), f) et g)

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

...

d) de faire ou d'aider le client à faire une déclaration en droit ou en fait la sachant fausse;

e) de participer à la confection ou la conservation d'une preuve, qu'il sait être fausse ou qui est manifestement fausse;

f) de cacher ou d'omettre sciemment de divulguer ce que la loi l'oblige à révéler ou d'aider le client à cacher ou omettre de divulguer ce que la loi oblige ce dernier à révéler;

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

... » (nos soulignements)

Par le biais de ces sous-paragraphes, le Code vient donc identifier précisément certains actes ou comportements qui s'apparentent à la **complicité** à la commission d'un acte illégal ou frauduleux ou à la participation à une infraction. Certaines lois créent des présomptions de complicité, de participation à une infraction ou des responsabilités statutaires. Mentionnons par exemple, l'article 21(1) du Code criminel du Canada et les articles 205 et 208 de la *Loi sur les valeurs mobilières* (Québec). Aux États-Unis, plusieurs lois créent aussi de telles infractions de complicité ou de participation. En Common Law, on retrouve également une jurisprudence assez imposante qui traite du concept de « **aiding and abetting** ». L'application de ce concept se fonde sur une disposition spécifique de la loi et non sur la notion générale de complicité ou de faute contributive.

Le conseiller juridique d'entreprise doit être très conscient de cet environnement car, de plus en plus, les avocats qui représentent des actionnaires et les autorités réglementaires n'hésitent pas à mettre le conseiller juridique d'entreprise sur le banc des accusés ou de le tenir responsable de dommages.

Cette constatation prend encore plus d'ampleur lorsqu'on parle de **conseillers juridiques d'émetteurs assujettis** et, lorsqu'on lit les sous-paragraphes d) et f), dans le contexte des obligations d'information de l'émetteur.

Par ailleurs, soulignons aussi que le conseiller juridique qui œuvre à la préparation d'une entente dont l'objet est illégal commet un acte dérogatoire au sens du sous-paragraph 4.02.01 g). Il doit donc, dans ces circonstances, **refuser d'agir**, même si une telle décision peut lui faire perdre son emploi.

En conclusion, rappelons simplement que le conseiller juridique d'entreprise est appelé à jouer un rôle **crucial** dans notre société en général, et au sein de l'entreprise dont il est l'employé.

Or, ce rôle ne peut être assumé pleinement si le conseiller juridique d'entreprise n'est pas prêt à respecter intégralement les règles du Code qui le régissent et s'il ne devient pas la conscience morale de l'entreprise. On n'aspire pas à être chirurgien si on n'est pas capable de voir du sang ni à être pompier si on a peur des incendies.

Il s'agit d'un rôle stimulant mais qui comporte une forte part de risques. Les risques, comme nous l'avons suggéré, peuvent être réduits, entre autres par la compréhension de ce rôle par les dirigeants, par un contrat clair et par des règles, des procédures et des systèmes de gouvernance appropriés.

André Laurin
514 877-2987
alaurin@lavery.qc.ca

Vous pouvez communiquer avec les membres suivants des groupes Régie d'entreprise, Valeurs mobilières et Assurances responsabilité des administrateurs et dirigeants pour toute question relative à ce bulletin.

Régie d'entreprise

À nos bureaux de Montréal
André Laurin

À nos bureaux de Québec
Jacques R. Gingras

Valeurs mobilières

À nos bureaux de Montréal

Josianne Beaudry
Michel Blouin
René Branchaud
Georges Dubé
André Laurin
Benoit Mallette
Jean Martel
David Pineault
Michel Servant
Sandrine Tremblay
Sébastien Vézina
Julia Wojciechowska

À nos bureaux de Québec

Jean-Simon Deschênes
Martin J. Edwards
Jacques R. Gingras
Claude Lacroix

Assurance responsabilité des administrateurs et dirigeants

À nos bureaux de Montréal

Anne Bélanger
Jean Bélanger
Julie Cousineau
Odette Jobin-Laberge
Bernard Larocque
Robert W. Mason
J. Vincent O'Donnell, c.r.
Ian Rose
Jean-Yves Simard

Montréal
Bureau 4000
1, Place Ville Marie
Montréal (Québec)
H3B 4M4

Téléphone :
514 871-1522
Télécopieur :
514 871-8977

Québec
Bureau 500
925, Grande Allée Ouest
Québec (Québec)
G1S 1C1

Téléphone :
418 688-5000
Télécopieur :
418 688-3458

Laval
Bureau 500
3080, boul. Le Carrefour
Laval (Québec)
H7T 2R5

Téléphone :
514 978-8100
Télécopieur :
514 978-8111

Ottawa
Bureau 1810
360, rue Albert
Ottawa (Ontario)
K1R 7X7

Téléphone :
613 594-4936
Télécopieur :
613 594-8783

Abonnement
Vous pouvez vous abonner, vous désabonner ou modifier votre profil en visitant la section Publications de notre site Internet www.laverydebilly.com ou en communiquant avec Carole Genest au 514 877-3071.

© Tous droits réservés 2007, Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - avocats. Ce bulletin destiné à notre clientèle fournit des commentaires généraux sur les développements récents du droit. Les textes ne constituent pas un avis juridique. Les lecteurs ne devraient pas agir sur la seule foi des informations qui y sont contenues.