

Définir, prévenir et sanctionner le conflit d'intérêts

*Catherine Piché**

**Defining, Preventing and Sanctioning Conflicts of Interest
Definir, prevenir y sancionar el conflicto de intereses
Definindo, prevenindo e sancionando o conflito de interesse**

利益冲突的界定、预防和规制

Résumé

Le conflit d'intérêts, notion aux manifestations formelles et informelles, fascine par sa subjectivité, mais demeure rarement synthétisé ou discuté par les spécialistes. Par ses caractéristiques tentaculaires et ses applications contemporaines touchant les sphères civile et criminelle, elle mystifie et intimide celui ou celle qui tente de la définir. Si la notion de conflit d'intérêts intéresse et préoccupe depuis longtemps, c'est d'autant plus vrai aujourd'hui, à une époque où l'information est d'une complexité grandissante et la science diffusée à une vitesse fulgurante dans le cyberspace. Les potentialités de conflits foisonnent, dans tous les contextes, incluant le droit. Le rôle de l'avocat évolue vers celui du «nouvel avocat» négociateur et concilia-

Abstract

The concept of conflict of interest fascinates by its complexity and depth but is rarely discussed or synthesized by specialists. In an era where information is becoming increasingly available via technology, conflicts of interests are frequently suspected to exist both in the legal sphere and in other contexts. In fact, potential conflicts abound, in all contexts. In the legal context, real tensions arise from the role of the modern lawyer, this “new lawyer” who is required to be a negotiator and a conciliator. In this article, I will ask: how do we identify and define conflicts of interest? What are their parameters, in law, as well as in the political, financial, medical and pharmaceutical contexts? What relationships will be most affected by this hypocritical para-

* Professeure adjointe à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

teur. De réelles tensions naissent alors de ce double rôle de l'avocat moderne. À quoi reconnaît-on le conflit d'intérêts? Quels en sont les paramètres? De nature à la fois transversale et transdisciplinaire, comment se présente-t-il en droit, mais aussi hors droit, dans les milieux politique, financier, médical, pharmaceutique, et autres? Quelles relations seront davantage affectées par cet hypocrite parasite? Au final, comment s'y attaquer le plus habilement possible pour l'éviter, l'éliminer, ou à tout le moins, le circonscrire?

Resumen

El conflicto de intereses, una noción que fascina por su subjetividad, pero que a la vez es raramente definida o discutida por los especialistas. Debido a sus tentaculares características y a sus contemporáneas aplicaciones tanto en la esfera civil como criminal, la noción mistifica e intimida a aquel o a aquella que trata de definirla. Si la noción de conflicto de intereses interesa y preocupa desde hace mucho tiempo, lo es aún más hoy en día, dado que estamos en una época en la cual las diferentes tecnologías hacen que la información sea cada vez más accesible. Potenciales conflictos abundan en todos los contextos. En el campo del derecho, con el nuevo rol del abogado moderno de mediador o de conciliador, nuevas tensiones han surgido. Se pregunta entonces ¿qué se entiende por conflicto de intereses?, ¿cuáles son los parámetros que existen para identificarlo tanto en el campo del derecho como en el campo político, financiero, médico, farmacéutico u otro?, ¿cuáles relaciones se verán más afectadas por este parasito tan hipócrita?, y finalmente se pregunta,

site? In the end, how can conflicts be avoided, eliminated and sanctioned?

Resumo

O conflito de interesse, noção com dimensões formais e informais, fascina por sua subjetividade, mas raramente é sintetizado ou discutido por especialistas. Por suas características tentaculares e suas aplicações contemporâneas, que englobam as esferas civis e criminais, ele mistifica e intimida aqueles que tentam defini-lo. Se a noção de conflito de interesse chama a atenção e preocupa há muito tempo, isso é ainda mais verdade atualmente, numa época onde a informação é cada vez mais complexa e a ciência se difunde a uma velocidade fulgurante no ciberespaço. As potencialidades de conflitos se multiplicam, em todos os contextos, incluindo no direito. O papel do advogado evolui rumo a um "novo advogado", negociador e conciliador. As tensões reais nascem então desse duplo papel do advogado moderno. Como reconhecemos o conflito de interesse? Quais são os seus parâmetros? De natureza transversal e transdisciplinar, como ele se manifesta no direito, assim como nos meios político, financeiro, médico e farmacéutico? Quais relações são mais afetadas por esse parasita hipócrita? Enfim,

¿cómo se debe hacer para lograr evitarlo, eliminarlo o por lo menos delimitarlo? como se posicionar da maneira mais hábil possível para evitá-lo, eliminá-lo, ou pelo menos, limitá-lo?

摘要

利益冲突，无论是正式的还是非正式的概念，因其难以把握的主观性而令人着迷，但又很少受到专家们的总结或讨论。由于它的这种发散性特征，以及在当代民事和刑事领域中的适用，它一度蒙蔽、吓退了试图对其进行界定的人。如果说利益冲突的概念已成为长久以来被津津乐道的话题，这种情况在今天则更加明显，因为当今的信息愈发复杂，科学在网络空间的发布迅如闪电。所有领域都有潜在的冲突，包括法律。律师的角色朝着协商者、调解者这一“新型律师”演变。于是这种现代律师的双重角色催生了真实的紧张。我们如何辨认利益冲突？其衡量标准有哪些？从横向比较和跨学科的视角，它是在法律，以及法律之外的如政治、金融、医学、药学等其他领域中体现的？哪些关系最受它的影响？最后，怎样才可以最巧妙地避免、消除或是控制它？



Plan de l'article

Introduction	503
I. Définitions et types de conflits	506
A. Nature du conflit d'intérêts	507
B. Fondement du conflit d'intérêts.....	510
C. <i>Moby Dick</i> est identifiée : vers une définition transversale et transdisciplinaire du conflit d'intérêts	514
II. Prévention et sanction du conflit d'intérêts : comment éloigner le poulpe, le capturer ou l'anéantir	515
A. Quelques indices sur le choix des armes.....	516
B. Voie préventive ou curative?	517
C. Types et formes de réponses du droit	519
D. Perspective empirique de l'efficacité d'une révélation <i>ex ante</i>	521
III. Réglementation du conflit d'intérêts chez l'avocat québécois	522
Conclusion	532



— Qu'est-ce que c'est ? Quelle est cette chose sans nom, insondable et surnaturelle ? Quel dieu surnaturel, quel terrible roi sans remords me commande, pour que malgré les désirs naturels et l'amour, je continue à me sentir poussé, bousculé, forcé, et que je m'appête à faire follement ce que mon propre cœur naturel n'ose même pas concevoir ? ... Dieu...
est-ce moi ? Ou qui est-ce qui me lie les bras ?
Extrait de CXXXII. *La symphonie*, *Moby Dick*, Herman Melville
— L'avocat, dans l'accomplissement de son devoir, ne connaît qu'une personne au monde et cette personne est son client.
Extrait traduit de *Trial of Queen Caroline* (1821), Joseph Nightingale

Le conflit d'intérêts, notion aux manifestations formelles et informelles, fascine par sa complexité, mais reste rarement synthétisé ou discuté par les spécialistes. Par ses caractéristiques tentaculaires et ses applications contemporaines touchant les sphères civile et criminelle, elle mystifie et intimide celui ou celle qui tente de la définir. Enlaçant ses potentielles victimes à la manière du poulpe imaginaire de « *Moby Dick* »¹, elle obsède celui qui tente de l'ignorer ou de s'y soustraire. Elle complexifie, aussi, la pratique de l'avocat qui peine à ne « connaître » qu'une personne au monde, soit son client². En fait, comme nous l'illustrerons ci-après, les tentacules du conflit d'intérêts sont si puissants qu'il est difficile de maîtriser leur emprise.

En Amérique du Nord, la problématique du conflit d'intérêts a pris toute son ampleur au tournant du XXI^e siècle, à Houston, dans le cadre du scandale d'Enron³. Avant son déclin, cette société avait su étendre son hégémonie au point d'être la septième plus importante compagnie aux États-Unis⁴. Au cœur de la tourmente, un important conflit d'intérêts fut

¹ Herman MELVILLE, *Moby Dick* (trad. Lucien Jacques, Joan Smith et Jean Giono), Paris, Éditions Gallimard, 1996.

² Voir l'extrait en rubrique du procès de la Reine Caroline : Joseph NIGHTINGALE, *Trial of Queen Caroline*, vol. II, The Defence, partie I, p. 8, comme cité au paragraphe 35 de l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher LLP*, 2013 CSC 39.

³ Voir : Kathleen F. BRICKLEY, « From Enron to WorldCom and Beyond: Life and Crime After Sarbanes-Oxley », (2003) 81 *Wash. U.L.Q.* 357.

⁴ Deborah L. RHODE, « Lawyers, Ethics, and Enron », (2002) 8 *Stan. J.L. Bus. & Fin.* 9, 9. Voir aussi : Paul M. HEALY et Krishna G. PALEPU, « The Fall of Enron », (2003) 17 *J. Econ. Persp.* 3 ; Milton C. Jr. REGAN, « Teaching Enron », (2005) 74 *Fordham L. Rev.* 1139, 1140.

révélé, soit celui d'Arthur Andersen, conseillère pour Enron depuis plusieurs années. Andersen fut accusée de conflit d'intérêts entre ses prestations légales d'audit des comptes et celles plus rémunératrices de conseil auprès d'Enron, puis condamnée pour entrave à la justice pour avoir détruit des documents en contravention d'une injonction de la Cour⁵.

À la suite du démantèlement d'Andersen en 2002 et des nombreux scandales ayant marqué les États-Unis durant cette période (Enron faisant figure de proue, mais aussi Adelphia, Xerox et WoldCom), les autorités ont sérieusement remis en cause les modes de gouvernance des entreprises. Sur le plan législatif, la *Loi Sarbanes-Oxley* a été adoptée aux États-Unis en 2002⁶, et en France, la *Loi de sécurité financière* en 2003⁷. En s'appuyant sur des référentiels de contrôle interne, ces lois ont visé à favoriser la transparence et l'intégrité pour un meilleur suivi des risques, et ont insisté sur l'imputabilité et la responsabilité des dirigeants. Elles ont notamment posé des limites à l'intervention du vérificateur dans nombre de situations porteuses de conflits d'intérêts⁸.

Aux fins du présent article, le scandale d'Enron permet d'illustrer, d'abord, les situations trop fréquentes d'aveuglement volontaire, symptomatiques d'une définition du conflit d'intérêts trop fluctuante, trop vague pour que les concernés puissent même reconnaître et identifier le potentiel de conflit⁹. Une forte proportion des conflits restant souterraine, quantité de professionnels se croient à l'abri des conflits et des influences inappropriées, agissant – il est bien vrai – à la façon de l'autruche qui plonge la tête dans le sable. Comme exemple flagrant, prenons le refus controversé de

⁵ *United States v. Andersen*, CRH 02-121 (S.D. Tex. Mar. 7, 2002). Voir aussi: Kathleen F. BRICKLEY, « Andersen's Fall From Grace », (2003) 81 *Wash. U.L.Q.* 917, 917 et suiv.

⁶ *Sarbanes-Oxley Act of 2002*, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745 (2002) (codifiée dans différentes sections de 11, 15, 18, 28, et 29 U.S.C.); J. Brent WILKINS, « Sarbanes-Oxley Act of 2002: The Ripple Effects of Restoring Shareholder Confidence », (2005) 29 *S. Ill. U.L.J.* 339, 340.

⁷ *Loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière*, J.O. 2 août 2003, p. 13220. Voir: Pierre-Henri CONAC, « L'influence de la loi *Sarbanes-Oxley* en France », *Rev. soc.* 2004.835.

⁸ Hervé STOLOWY, Eduard PUJOL et Mauro MOLINARI, « Audit financier et contrôle interne », (2003) 147 *Rev. Fr. gestion* 133, 135.

⁹ Paul J. FRIEDMAN, « The Troublesome Semantics of Conflict of Interest », (1992) 2 *Ethics & Behavior* 245; Susan HOLLAND, Susan HEENAN, Margaret HARRIS, Emma WHEWEL et Jane WORTHINGTON, « Conflicts of Interest: Time for a Change? », (2000-01) 3 *Leg. Ethics* 132.

l'honorable Antonin Scalia, alors juge à la Cour suprême des États-Unis, d'accueillir une requête en récusation déposée à son endroit dans l'affaire *Cheney v. U.S. District Court for the District of Columbia*¹⁰. Étant l'ami de longue date de l'ancien vice-président américain Richard Cheney¹¹, il avait été aperçu quelques semaines auparavant à bord de l'avion présidentiel à l'occasion d'un voyage de chasse¹². Surpris des accusations portées contre lui, Scalia ne pouvait de toute évidence concevoir être enlacé par les tentacules sournois du conflit d'intérêts. Il croyait, à tort, que son statut l'immunisait contre toute possibilité de conflit.

Ensuite, le scandale d'Enron permet aussi de mettre en valeur les caractères transversal et transdisciplinaire du conflit d'intérêts. En effet, celui-ci touche différents domaines et branches du droit – tels le droit des affaires, de la santé, des professions, de l'administration et de la fonction publique, ainsi qu'une panoplie d'autres contextes hors droit – tels les affaires et les finances, la politique, le monde médical et pharmaceutique, l'immobilier, et même le monde académique¹³! Enfin, ce scandale permet d'illustrer l'existence de méthodes diversifiées de prévention et de sanction du conflit, telles la *Loi Sarbanes-Oxley* et la *Loi de sécurité financière*. À cet égard, il importera de se questionner quant aux méthodes les plus efficaces pour éradiquer le conflit d'intérêts, en amont comme en aval.

Si la notion de conflit d'intérêts intéresse et préoccupe depuis longtemps¹⁴, c'est d'autant plus vrai aujourd'hui, à une époque où l'information est d'une complexité grandissante et la science diffusée à une vitesse fulgurante dans le cyberspace. Dans cet espace, la distanciation et la déresponsabilisation de nos agissements apparaissent *a priori* beaucoup plus aisées. Les potentialités de conflits d'intérêts foisonnent, dans tous les contextes, incluant celui que nous connaissons le mieux : le droit. Alors que de nouvelles formes de pratique apparaissent, le rôle de l'avocat évo-

¹⁰ *Cheney v. United States Dist. Court for the Dist. of Columbia*, (2004) 124 S. Ct. 1391 (Scalia, J., mem.).

¹¹ Monroe H. FREEDMAN, « Duck-Blind Justice: Justice Scalia's Memorandum in the Cheney Case », (2004) 18 *Geo. J. Legal Ethics* 229, 231.

¹² *Id.*, 235.

¹³ D. L. RHODE, préc., note 4, 38. Voir aussi : Stephen D. SUGARMAN, « Conflicts of Interest in the Roles of the University Professor », (2005) 6 *Theo. Inq. L.* 255.

¹⁴ Christine TROST et Alison L. GASH, *Conflict of Interest and Public Life. Cross-National Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 126.

lue vers celui du « nouvel avocat »¹⁵ négociateur et conciliateur. Arborant deux chapeaux, il incite son client au règlement du litige à l'amiable, tout en le soutenant à la fois dans le règlement judiciaire, toujours dans son meilleur intérêt¹⁶. De réelles tensions naissent de ce double rôle de l'avocat moderne. Comment celui-ci pourra-t-il vraisemblablement se réjouir d'avoir réglé le dossier hors cour au mieux des intérêts de son client alors que les heures facturables anticipées pour ce même dossier ont fondu sous ses yeux? En voilà un conflit bien réel.

Dans le présent article, nous aborderons les questions suivantes: À quoi reconnaît-on le conflit d'intérêts? Quels en sont les paramètres? De nature à la fois transversale et transdisciplinaire, comment se présente-t-il en droit, mais aussi hors droit, dans les milieux politique, financier, médical, pharmaceutique, et autre? Quelles relations seront davantage affectées par cet hypocrite parasite? Au final, comment s'y attaquer le plus habilement possible pour l'éviter, l'éliminer, ou à tout le moins, le circonscrire ou en limiter l'ampleur? Comment maîtriser le monstre qu'est ce fameux *Moby Dick*?

I. Définitions et types de conflits

Rares sont ceux qui peuvent définir avec certitude le conflit d'intérêts, et pour cause: il est malléable, abstrait et difficile à circonscrire. Son interprétation est plutôt subjective à chaque individu, selon l'importance relative qu'il accorde à ses intérêts personnels par rapport à ceux de son employeur, de sa profession ou de l'ensemble de la société, et selon la frontière entre légitimité et illégitimité¹⁷. Afin de mieux structurer nos questionnements, nous traiterons, d'abord, des définitions et types de conflits, notamment de la nature, du contexte et du fondement du conflit d'intérêts, évoluant vers une définition plus claire et transversale ou transdisciplinaire de celui-ci¹⁸.

¹⁵ Julie MACFARLANE, *The New Lawyer: How Settlement Is Transforming the Practice of Law*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2008, p. 6 et suiv.

¹⁶ *Id.*, p. 11 et suiv.

¹⁷ André COMTE-SPONVILLE, *Dictionnaire philosophique*, Paris, P.U.F., 2001, p. 315 et 316. Voir aussi: Michael DAVIS, « Conflict of Interest Revisited », (1993) 12 *Bus. & Prof. Ethics J.* 21; Neil R. LUEBKE, « Conflict of Interest as a Moral Category », (1987) 6 *Bus. & Prof. Ethics J.* 66.

¹⁸ Ce désir d'en arriver à une définition transversale du conflit d'intérêts est également partagé par les auteurs Cuif et Moret-Bailly: Pierre-François CUIF, « Essai sur la déter-

A. Nature du conflit d'intérêts

Le conflit d'intérêts a pour caractéristiques d'être à la fois imprécis, ambigu et omniprésent, tout en étant souple et malléable. Il est aussi contingent, d'une telle ampleur qu'il est difficile d'en cerner les contours en raison de la trop grande variété de ses manifestations et de leur relativité historique, géographique et temporelle. En effet, certains intérêts naissent et meurent au fil des époques, alors que d'autres sont spécifiques à une culture ou à un lieu donné. Deux intérêts aujourd'hui incompatibles en France pourront être tout à fait compatibles – et même acceptables – au Moyen-Orient ou en Asie. La caractérisation dudit conflit est également sujette aux valeurs, aux mœurs, à la morale et aux institutions relatives d'un peuple donné, à une époque donnée, puisqu'elle présuppose une appréciation subjective de la compatibilité des intérêts. Comme l'indiquait si justement un auteur québécois :

« [...] l'intérêt renvoie à quelque chose qui est à la fois subjectif et objectif, qui peut être connu ou non. Il correspond à des besoins et désirs formulés ou non, mais qui pourtant doivent l'être pour devenir des motifs réfléchis d'action ; il donne lieu à des enjeux de divergence ou de convergence entre les individus, les groupes ou les organisations qui forment la société. Ce qui est d'intérêt peut donc se comprendre comme tout ce qui suscite ou devrait susciter l'action en vue d'une fin donnée, qu'il s'agisse des individus singuliers, des groupes ou des organisations, ou même d'un ensemble plus vaste comme une société ou une *politeia*. »¹⁹

L'étape de la caractérisation du conflit présuppose toutefois nécessairement celle de la détermination de la nature des intérêts qui pourraient être en conflit²⁰. On compte ceux de nature pécuniaire, touchant des enjeux économiques et financiers, mais également ceux de nature non pécuniaire, notamment en matières familiale, religieuse, politique, institutionnelle,

mination d'un principe juridique en droit privé », *RTD com.* 2005.1, n° 8 ; Joël MORET-BAILLY, « Définir les conflits d'intérêts », *D.* 2011.1100, n° 1.

¹⁹ Alain LÉTOURNEAU, « Vers une clarification de la notion d'intérêt », dans *Collection de droit 2011-12*, École du Barreau du Québec, Hors série, *Éthique, profession juridique et société*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 25, à la page 27.

²⁰ *Id.* Voir aussi : Mustapha MEKKI, « Introduction à la notion de conflits d'intérêts », dans *Les conflits d'intérêts. Journées nationales. Tome XVII/Lyon*, Paris, Éditions Dalloz, 2013, n° 8, p. 9.

ethnique ou sexuelle, lesquels sont plus difficiles à circonscrire²¹. Quant à leur aspect temporel, les intérêts peuvent être présents, passés ou futurs. Ainsi, le juge qui entend une cause impliquant une compagnie dans laquelle il a déjà investi a un intérêt financier et actuel dans le dossier, tandis que dans autre contexte, le maire qui souscrit une assurance pour les employés de sa municipalité auprès d'une compagnie d'assurance que son fils tente d'acquérir a un intérêt plus familial et futur.

Après avoir déterminé les intérêts en conflit, procédons à l'anatomie du conflit entre ces intérêts, lequel pourra être direct ou indirect. Le premier – le conflit direct – oppose deux intérêts qui procurent directement à l'agent un bénéfice ou un avantage²². Le deuxième – le conflit indirect – est celui où l'agent ne tire bénéfice d'un ou des intérêts que par le truchement d'une autre personne²³. La nuance comporte toutefois des zones grises. En effet, il suffit de penser au devoir de l'avocat envers un client qui est aussi son parent au troisième degré. Dans cette situation, l'avocat de présumée bonne foi risquera de fermer les yeux sur le conflit, se croyant en sécurité dans cette zone grise. Ainsi, bien que les intérêts de l'agent doivent être considérés, à partir de quel degré d'éloignement doit-on les considérer comme bénins ou impertinents? Il suffira, au final, que l'intérêt soit « significatif », donc assez important pour influencer de manière « raisonnable » le jugement de l'agent dans sa prise de décision²⁴.

Enfin, le conflit d'intérêts pourra être réel, potentiel ou apparent²⁵. Le conflit d'intérêts est *réel* lorsqu'une personne voit ses intérêts personnels

²¹ Sandra WILLIAMS, *Conflicts of Interest: the Ethical Dilemma in Politics*, Londres, Gower Publishing, 1985, p. 6.

²² P.-F. CUIF., préc., note 18, n° 34.

²³ *Id.*, n° 35.

²⁴ *Id.*, n° 33 : « Quel que soit l'intérêt, il doit être significatif, c'est-à-dire [...] susceptible d'exercer une influence sur celui qui est en charge de l'intérêt supérieur et l'amener à se détourner de ses devoirs » (nos italiques).

²⁵ *Stevens c. Canada (Procureur général)*, [2005] 2 R.C.F. 629 (C.F.), par. 30. Voir aussi : Susan P. SHAPIRO, « Bushwhacking the Ethical High Road: Conflict of Interest in the Practice of Law and Real Life », (2003) 28 *Law and Soc. Inquiry* 87, 93 et 94. Voir aussi, au Québec : *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 3, art. 3.03.04 a) et e) et 3.06.06 lequel énonce la règle suivante : « L'avocat doit éviter toute situation de conflit d'intérêts » ; *Chassé c. Caron*, REJB 1998-06154 (C.S.), par. 24, conf. par REJB 2000-17374 (C.A.) : « Il est essentiel et primordial qu'aux yeux du public et des justiciables, il soit démontré non seulement qu'il n'existe pas de conflit réel, mais aussi qu'il n'y a pas de conflit apparent » ; *Leb c. Weiner*, J.E. 91-617, EYB 1992-83843, p. 4,5, 8 et

existants entrer en conflit avec ceux dont elle a la charge²⁶. Le conflit d'intérêts *potentiel* tient à la notion de prévisibilité. Il y aura possibilité de conflit dès que la personne se rend compte qu'elle a un ou des intérêts susceptibles d'entrer éventuellement, et de manière raisonnablement prévisible, en conflit avec ceux dont elle a la charge²⁷. Quant au conflit d'intérêts *apparent*, il survient lorsqu'il y a de la part d'une personne bien informée, une crainte raisonnable de conflit entre le(s) intérêt(s) de l'agent et celui(ceux) qu'elle représente (sans égard au fait que cela soit le cas ou non en réalité)²⁸. Il laisse craindre, par une personne honnête, que le jugement ou l'objectivité impartiale et professionnelle du fiduciaire ou de l'agent puisse être compromis. Ainsi, l'apparence d'un conflit d'intérêts aux yeux du public « raisonnable » constitue la caractéristique qui différencie le conflit d'intérêts *apparent* des autres types de conflits.

Ce type de conflit « apparent » revêt une importance capitale. En effet, le lien de confiance d'une personne ou de la société envers un mandataire, agent ou fiduciaire requiert non seulement que les actions *soient prises* loyalement et de bonne foi, ou encore avec impartialité pour les juges et les arbitres, mais *qu'elles présentent une apparence de* loyauté, de bonne foi, et d'impartialité, le cas échéant²⁹. Un simple doute pourra engendrer un climat de cynisme et ultimement, une perte de confiance des citoyens envers leurs institutions, l'intégrité de la justice³⁰, et envers ceux qui ont un devoir à leur endroit.

9 (pdf) (où le juge Gomery reconnaît qu'il faut considérer les situations où il y a des conflits « potentiels » et non seulement des conflits d'intérêts réels ou actuels).

²⁶ *Id.* Voir aussi: Lars BERGSTROM, « What is a Conflict of Interest? », (1970) 7 *J. Peace Res.* 197, 211.

²⁷ Thomas L. CARSON, « Conflicts of Interest » (1994) 13 *J. Bus. Ethics* 387, 388 et 389. Voir aussi: P.J. FRIEDMAN, préc., note 9, 246. Voir aussi: Ian BINNIE, « Sondage après sondage... quelques réflexions sur les conflits d'intérêts », dans INSTITUT CANADIEN D'ÉTUDES JURIDIQUES ET SUPÉRIEURES, *Droits de la personne: Éthique et droit – Nouveaux défis*, Actes des Journées strasbourgeoises 2008, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 503.

²⁸ Au Canada, la notion de conflit « apparent » semble être apparue pour la première fois en 1986 dans le rapport de la Commission Parker: CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Commission d'enquête sur les faits reliés à des allégations de conflits d'intérêts concernant l'honorable Sinclair M. Stevens*, Rapport final de l'honorable William D. PARKER, commissaire, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services, 1987, p. 31 à 34. Voir aussi: N.R. LUEBKE, préc., note 17, 75.

²⁹ *Id.*

³⁰ *R. c. Neil*, [2002] 3 R.C.S. 631, par. 12.

En définitive, le conflit d'intérêts dérange et préoccupe, car il génère un risque d'erreur supplémentaire, exceptionnel, de l'agent ou fiduciaire par son pouvoir d'influencer son jugement. À titre d'exemple, le père d'un jeune joueur de soccer à qui l'on demanderait d'arbitrer la partie de son fils se trouverait dans une telle situation, puisqu'il n'aurait pas la même assurance de neutralité et de compétence que s'il arbitrait deux équipes qui lui sont indifférentes. C'est cette perte d'impartialité et d'objectivité qui pose problème³¹. Évidemment, il existe, par ailleurs, des conflits indésirables que l'on considère comme inévitables³², et qui seront tacitement acceptés tout en étant encadrés de près. Il pourra s'agir par exemple de situations médicales d'urgence dans lesquelles un médecin se voit obligé de traiter un patient membre de sa proche famille tout en respectant les balises entourant le conflit d'intérêts le touchant.

B. Fondement du conflit d'intérêts

Les conflits d'intérêts existent tant au sein de relations verticales (lorsque l'agent est dépositaire d'un intérêt supérieur qui n'est pas individuel), dans les sphères publique et privée (promotion d'intérêts particuliers au profit d'intérêts collectifs), qu'au sein de relations horizontales, là également dans les sphères à la fois publique et privée³³. Il pénètre et concerne, comme nous l'avons souligné, une multitude de disciplines hors droit, et toutes les branches du droit. Règlementé principalement sur les plans législatifs et déontologiques ou de *soft law*, comme nous en discuterons dans une deuxième section du présent article, il réfère à l'expression d'un jugement de valeur relatif à un peuple donné, à une époque donnée, dans un lieu géographique donné. C'est pourquoi on y associe contingence, malléabilité et incertitude.

³¹ Michael DAVIS, « Conflict of Interest in the Professions », (1997) 17 *Perspectives on the Professions* 1.

³² T.L. CARSON, préc., note 27, 392; Stephen COLEMAN, « When Conflicts of Interest Are an Unavoidable Problem », 12^e Conférence annuelle de l'Association australienne d'éthique professionnelle et appliquée (28-30 septembre 2005), École de gestion, Université d'Australie-Méridionale, Adélaïde, Australie, en ligne: <<http://w3.unisa.edu.au/hawkeinstitute/gig/aapae05/documents/coleman.pdf>> (consulté le 25 novembre 2013).

³³ M. MEKKI, préc., note 20, n° 18 à 22, p. 13 à 16.

Selon plusieurs auteurs, le principal fondement du conflit d'intérêts en droit privé est le *devoir de loyauté*, soit un devoir moral³⁴. C'est donc dire que la loyauté requiert que l'on n'agisse pas « à la fois au titre d'un intérêt supérieur et pour son propre compte », qu'une « unité de comportement (existe,) que le conflit d'intérêts remet en cause »³⁵. Pour l'énoncer autrement, la loyauté interdirait qu'une personne privilégie son ou ses propre(s) intérêt(s) au détriment d'un ou des intérêt(s) d'une personne dont elle a la charge. Attention toutefois à ceux qui tendraient à confondre les deux notions :

« [l]a loyauté est un standard juridique englobant un ensemble de normes de comportement : 'le standard en soi, ne prescrit, ni ne proscrit ni [sic] n'autorise aucune conduite.' Au contraire, la règle régissant la situation de conflit d'intérêts est une norme de comportement particulière dont il faut se demander si elle ne constitue pas un véritable principe de droit. »³⁶

La loyauté est intimement liée à la notion de fiduciaire, plus ancrée dans les traditions de common law³⁷. Le mot « fiduciaire » provenant du latin « *fides* » et signifiant fidélité³⁸, réfère à l'obligation et au devoir de ne servir qu'un maître³⁹. On se souviendra d'ailleurs de cette citation en rubrique au présent article, voulant que l'avocat ne connaisse, dans l'accomplisse-

³⁴ Adam M. DODEK, « Conflicted Identities: The Battle over the Duty of Loyalty in Canada », (2011), 14 *Legal Ethics* 193 (merci de nous indiquer si c'est la bonne référence), en ligne : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1964458> (consulté le 25 octobre 2013), citant Michel PROULX et David LAYTON, *Ethics and Canadian Criminal Law*, Toronto, Irwin Law, 2001, p. 287 : « The leitmotif of conflict of interest is the broader duty of loyalty » ; J. MORET-BAILLY, préc., note 18, n° 13 et 14 (notant toutefois que le fondement en droit public pourrait plutôt être le devoir d'agir de manière indépendante et impartiale, au n° 11, tout en rejetant ensuite cette proposition, au n° 13.) ; P.-F. CUIF, préc., note 18, n° 14 : « La référence à la loyauté permet, en outre, et d'un point de vue théorique, l'unification du fondement de la régulation des conflits d'intérêts en droit des professions et en droit des affaires. »

³⁵ P.-F. CUIF, préc., note 18, n° 42. Cette conclusion est reprise par J. MORET-BAILLY, préc., note 18, n° 9.

³⁶ P.-F. CUIF, préc., note 18, n° 45.

³⁷ Gareth JONES, « Unjust Enrichment and the Fiduciary's Duty of Loyalty », (1968) 84 *Law Q. Rev.* 472. Voir aussi l'important jugement de common law : *Bray v. Ford*, [1896] A.C. 44 (H.L.).

³⁸ Robert FLANNIGAN, « The [Fiduciary] Duty of Fidelity », (2008) 124 *Law Q. Rev.* 274, 275.

³⁹ Voir notamment : *Commonwealth Bank of Australia v. Smith*, (1991) 102 A.L.R. 453, par. 81 (C.F. Australie).

ment de ses fonctions, qu'une personne au monde, soit son client. Ce devoir, d'origine américaine⁴⁰, a d'abord été une règle impérative des cours d'*equity*⁴¹, nécessitant que le fiduciaire ne fasse aucun « profit » et qu'il ne se place pas dans une position où ses intérêts et ses devoirs sont en conflit⁴². Cette définition fascine par sa simplicité et sa clarté. Elle évoque, dans sa généralité, la loyauté évidemment, mais aussi le principe fondamental de bonne foi. De fait, comme le remarquait si justement la Cour suprême du Canada dans *McKercher*, « la représentation efficace peut être compromise lorsque l'avocat est tenté de privilégier des intérêts autres que ceux de son client actuel [...] »⁴³.

On a beaucoup parlé dans la doctrine canadienne de ce devoir de loyauté relativement aux obligations fiduciaires de l'avocat⁴⁴. Un rapport très important a d'ailleurs été produit à ce sujet par l'*Association du Barreau Canadien*, fournissant des recommandations ainsi qu'une trousse de documents modèles relativement à la problématique du conflit d'intérêts⁴⁵. On aura alors tendance à penser, du moins en Amérique du nord, que le devoir de loyauté sert nécessairement d'outil dans l'identification du conflit. Or, pour reprendre la mise en garde d'un Lord anglais concernant le devoir de loyauté : « la loyauté est devenue le nouvel outil reluisant

⁴⁰ Donovan W.M. WATERS, *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3^e éd., Toronto, Éditions Thomson Carswell, 2005, p. 40.

⁴¹ *Bray v. Ford*, préc., note 37, 51.

⁴² *Aberdeen Railway Co. v. Blaikie Bros.*, (1854) 1 Macq. 461, 471(H.L.) : « [I]t is a rule of universal application, that no one, having [fiduciary] duties to discharge, shall be allowed to enter engagements in which he has, or can have a personal interest conflicting, or which possibly may conflict, with the interests of those whom he is bound to protect. »

⁴³ *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher LLP*, préc., note 2, par. 26. Dans cet arrêt, la Cour a conclu que McKercher s'était placé en situation de conflit d'intérêts en acceptant le mandat de M. Wallace et qu'il avait manqué à ses devoirs de dévouement et de franchise envers le CN.

⁴⁴ *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235 ; *R. c. Neil*, préc., note 30 ; Michael BROOKER, « *R. v. Neil* : A New Benchmark for the Duty of Loyalty », (2004) 23 *Soc. Record* 16 ; Richard F. DEVLIN et Victoria REES, « Beyond Conflicts of Interests to the Duty of Loyalty : (...) », (2006) 84 *Can. B. Rev.* 433 ; Randal N.M. GRAHAM, *Legal Ethics : Theories, Cases, and Professional Regulation*, 2^e éd., Toronto, Emond Montgomery Publications, 2011, p. 296 et suiv.

⁴⁵ ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Conflits d'intérêts : Rapport final, recommandations et trousse de documents modèles*, Rapport final du groupe de travail de l'ABC sur les conflits d'intérêts, août 2008.

dont tout le monde veut se servir, en tout temps. Le danger existe, toutefois, que la pointe de l'outil s'émousse sur les terrains rocailleux de situations auxquelles l'outil ne convient pas bien »⁴⁶. Ce devoir de loyauté est-il donc bien approprié comme fondement au conflit d'intérêts ?

Pour la Cour suprême dans *McKercher*, est intimement liée au conflit d'intérêts l'obligation de « se dévouer » à son client : le devoir d'éviter le conflit implique qu'« une situation de loyauté partagée n'incite pas l'avocat à 'mettre une sourdine' » à la représentation « de son client par souci d'en ménager un autre »⁴⁷. Pour la Cour, le devoir de loyauté de l'avocat comporte trois aspects importants : un devoir d'éviter les conflits d'intérêts, un devoir de dévouement à la cause du client et un devoir de franchise⁴⁸.

À notre sens, toutefois, le devoir de loyauté ne s'applique pas uniformément à toutes les situations fiduciaires, ou du moins, pas avec la même intensité. Il suffit de penser à celle où le client actuel de l'avocat a des intérêts opposés ou contraires à un client antérieur. L'avocat a le droit, en principe, d'agir contre un ancien client. Mais l'obligation de loyauté prend-elle fin au terme de la relation fiduciaire ? En principe, elle le devrait⁴⁹. L'obligation de loyauté sera-t-elle plutôt continue dans le temps ? Ces questions font l'objet de débats au Canada⁵⁰. La loyauté incite certes à une meilleure et à une plus grande protection de la confiance publique en notre système de justice civile, comme l'a d'ailleurs reconnu la Cour suprême du Canada dans *McKercher*, mais ce n'est qu'un guide imparfait dans le traitement, la prévention et la sanction des conflits d'intérêts⁵¹. Nous sommes donc davantage en faveur d'une approche plus large d'*equity*, d'évitement des conflits entre un devoir et un intérêt, doublée d'une obligation d'agir de bonne foi.

⁴⁶ *C.B.S. Songs Ltd. c. Amstrad Consumer Electronics*, [1988] A.C. 1013, 1059 (H.L.) (Lord Templeman) (notre traduction).

⁴⁷ *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher LLP*, préc., note 2.

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ Harvey L. MORRISON, « Conflicts of Interest and the Concept of Loyalty », (2008) 87 *R. du B. can.* 565, 617.

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Id.*, 624.

C. *Moby Dick* est identifiée : vers une définition transversale et transdisciplinaire du conflit d'intérêts

Moby Dick est identifiée à l'horizon : nous proposons ici de définir le conflit d'intérêts simplement et clairement certes, mais également en approfondissant la notion pour mieux refléter les changements dans les pratiques sociales et l'évolution des cultures professionnelles. Cette définition sera présentée de manière transversale, pour faciliter l'identification des situations problématiques à travers différentes disciplines et de multiples contextes.

Pour certains, le conflit d'intérêts naît « lorsque l'intérêt personnel s'oppose à [celui] que l'on est en charge de défendre »⁵². Pour d'autres, il apparaît lorsqu'« une personne voit ses intérêts personnels entrer en conflit avec les intérêts dont elle a la charge »⁵³. Pour d'autres encore, le conflit apparaît lorsqu'il y a « interférence entre les intérêts confiés à une personne, en vertu d'un pouvoir qui lui a été délégué, d'une mission d'arbitre qui lui a été attribuée ou d'une fonction d'évaluation qui lui a été confiée, et un autre intérêt public ou privé, direct ou indirect, interférence de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice loyal de sa mission »⁵⁴.

Avec égards, ces définitions sont, à notre sens, souvent trop chargées. Il faut pouvoir, face à une potentialité de conflit, s'identifier facilement comme fiduciaire ou agent concerné, le plus objectivement possible, et sans questionnement outre mesure. Il faut aussi que la victime actuelle, potentielle ou apparente - le principal - puisse identifier facilement le conflit.

Selon nous, le conflit d'intérêts réfère à une contrariété ou incompatibilité (réelle, potentielle ou apparente) entre un devoir (à rendre à une tierce personne) et un intérêt. Pour n'appliquer cette définition qu'à quelques exemples, le dirigeant d'une compagnie sera susceptible d'être en conflit d'intérêts potentiel lorsqu'il possède une information confidentielle privi-

⁵² Dominique SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, 2^e éd., Paris, Éditions Joly, 2004.

⁵³ P.-F. CUIF, préc., note 18, n° 1.

⁵⁴ Voir : J. MORET-BAILLY, préc., note 18, par. 23 : « Les situations dans lesquelles une personne en charge d'un intérêt autre que le sien n'agit pas, ou peut être soupçonnée de ne pas agir, avec loyauté ou impartialité vis-à-vis de cet intérêt, mais dans le but d'en avantager un autre, le sien ou celui d'un tiers ».

légée qui risque d'affecter la valeur des actions de la compagnie, et qu'il utilise cette information à son avantage en achetant ou en vendant justement des parts de cette même compagnie. Il s'agira d'un délit d'initié, d'un conflit manifeste et évident entre le devoir du dirigeant envers la compagnie et ses intérêts personnels. Si, pour prendre un autre exemple, un auteur travaille un article de doctrine alors qu'il préférerait plutôt s'occuper de ses enfants, il y a certes un conflit d'intérêts, mais pas au sens envisagé dans le présent article, car aucun devoir n'est ici à rendre à une tierce personne. Il faudra donc, pour qu'un dispositif spécifique de contrôle des conflits d'intérêts se justifie, qu'un intérêt ait véritablement été « confié » à autrui et qu'un devoir existe⁵⁵.

En définitive, le conflit d'intérêts existera que les décisions prises par le fiduciaire ou agent soient ou ne soient pas affectées dans les faits par son intérêt personnel. Il impliquera *uniquement la potentialité ou apparence* d'impartialité ou de méfait. Ainsi, puisque c'est véritablement une situation d'éventualité qui est en cause, difficile à identifier, cerner et sanctionner, la révélation sera souvent envisagée comme l'une des meilleures manières d'identifier et de régler les conflits d'intérêts. Passons donc aux armes les plus appropriées pour « s'attaquer » à ce fléau.

II. Prévention et sanction du conflit d'intérêts : comment éloigner le poulpe, le capturer ou l'anéantir

Dans cette deuxième partie, nous nous intéresserons à la prévention et à la sanction des conflits d'intérêts en vue d'évoquer quelques pistes de réflexion. À cet égard, Cuif écrivait, à propos du conflit d'intérêts, qu'il fallait à la fois éviter la « tolérance bienveillante » ainsi que le « risque de suspicion généralisé »⁵⁶. De toute évidence, la tolérance bienveillante est à éviter, car elle implique souvent un dérapage par ceux qui croient alors que tout leur est permis. Le risque de suspicion généralisé, par ailleurs, peut aussi générer des abus à l'autre extrême. Ainsi, dans le choix des modes de prévention et de sanction du conflit d'intérêts, il faudra choisir entre la voie préventive ou curative, et s'attarder à la plus habile forme d'intervention, qui peut être législative ou réglementaire, bien sûr, mais qui peut aussi relever de la responsabilité du juge et des parties. Cette

⁵⁵ Bruno DONDERO, « Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux », D. 2012.1686, n° 16.

⁵⁶ P.-F. CUIF, préc., note 18, n° 10.

intervention pourrait-elle, d'ailleurs, se faire uniquement sur le plan déontologique ?

A. Quelques indices sur le choix des armes

Une fois le conflit d'intérêts identifié, des instruments appropriés servant à le prévenir, traiter et sanctionner doivent être mis en place. Selon certains, il faut prévoir un « arsenal de mesures multiples » pour bien prévenir le conflit⁵⁷. Pour d'autres, des mesures seront beaucoup plus utiles que d'autres, notamment celle d'imposer la révélation du conflit à la personne concernée⁵⁸.

À titre préliminaire, on peut penser qu'il est plus aisé d'instaurer des armes et de traiter le conflit d'intérêts en droit. De fait, les juristes ont cette intuition, cette habileté à cerner les comportements moralement problématiques. La conception *dworkinienne* du rôle de l'avocat prévoit que ce dernier doit agir pour son client avec l'obligation fondamentale et primordiale de s'assurer du respect de la moralité interne du droit, dans la plus complète promotion de la justice⁵⁹. L'avocat est certes plus apte à cerner les situations problématiques sur le plan moral, et à les prévenir⁶⁰. Malgré tout, il reste fondamentalement guidé dans ses agissements par des considérations financières et économiques. Le conflit d'intérêts pourra le frapper fort économiquement, en menaçant la stabilité de sa clientèle. Ainsi, alors que pour plusieurs fiduciaires, l'ignorance du conflit pourra sembler une option économiquement rationnelle et viable, cela ne sera vraisemblablement pas le cas pour l'avocat⁶¹.

Dans le choix des armes, il faudra analyser et soupeser au préalable certaines considérations générales non liées à l'éthique et à la déontologie,

⁵⁷ B. DONDERO, préc., note 55, n° 18.

⁵⁸ *Id.*, n° 19.

⁵⁹ Ronald D. DWORKIN, *Justice in Robes*, Cambridge, Harvard University Press, 2006. Voir aussi : H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1994.

⁶⁰ S.P. SHAPIRO, préc., note 25, 91 : « Lawyers are not necessarily more ethical than the others; they just behave more ethically – at least with respect to conflict of interest. The question is why. »

⁶¹ *Id.*, 244.

afin d'optimiser l'effet dissuasif de la mesure, tout en minimisant les dommages collatéraux. Ces considérations pourront notamment toucher à⁶² :

1. La fréquence et l'importance (ou gravité) des conflits d'intérêts dans le milieu et la discipline visés;
2. L'intervention actuelle de l'État et du droit quant à ce type de conflit;
3. La nécessité de préserver la relation fiduciaire et le lien de confiance entre fiduciaire et bénéficiaire;
4. La relation coûts/bénéfices;
5. La nécessité de préserver l'efficacité et l'efficacité du système;
6. Les considérations de réputation, d'impartialité des institutions et acteurs professionnels.

Toute mesure préventive ou curative visant à traiter du conflit d'intérêts devra donc prendre en compte certaines – sinon toutes – ces considérations. La mesure choisie devra également dépendre de l'importance du conflit. La situation de conflit d'intérêts pourra être interdite, peu importe les circonstances, ou permise dans certains cas, après divulgation complète et consentement éclairé du client.

B. Voie préventive ou curative?

La Cour suprême du Canada a récemment souligné l'importance d'éviter les conflits d'intérêts⁶³. Dans un système idéal, on peut penser qu'une réglementation préventive permettra d'enliser le problème du conflit d'intérêts. Trois manières générales de s'attaquer au conflit d'intérêts de manière *préventive* pourront être envisagées. Premièrement, il pourra s'agir d'imposer la révélation de la situation de conflit à la personne dont les intérêts sont en cause; il s'agira de le déclarer ou le divulguer, avec ou sans autorisation subséquente du titulaire de l'intérêt en conflit⁶⁴. Deuxièmement, il pourra s'agir de se débarrasser, d'annihiler ou de disposer du

⁶² Voir notamment : Samuel ISSACHAROFF, « Legal Responses to Conflicts of Interest », dans Don A. MOORE, George LOEWENSTEIN, Daylian M. CAIN et Max H. BAZERMAN (dir.), *Conflicts of Interest: Challenges and Solutions in Business, Law, Medicine, and Public Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 189, aux pages 189 et suiv.

⁶³ *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher LLP*, préc., note 2.

⁶⁴ B. DONDERO, préc., note 55. Notamment par divulgation ou déclaration annuelle des intérêts pécuniaires ou patrimoniaux : la méthode la plus répandue de s'adresser au conflit.

conflit avant même qu'il ne se manifeste⁶⁵. Par exemple, un officier public pourra avoir à vendre ses actions avant d'accepter la position sujette au conflit réel ou potentiel. Troisièmement, on pourra vouloir éviter ou prévenir le conflit⁶⁶, notamment en mettant fin de manière définitive ou non aux fonctions de la personne affectée par le conflit d'intérêts, ou en l'empêchant d'accepter les fonctions qui donneraient lieu au conflit. Il pourra s'agir, notamment, de se distancier du conflit ou de se récuser en refusant de participer à la décision, comme le fera le juge qui accepte de se récuser. Dans ces types de stratégies d'évitement, les fameuses murailles de Chine et cônes ou murs de silence pourront être efficaces en cabinet d'avocats, car ils impliquent un cloisonnement ou compartimentage au sein d'une même organisation⁶⁷.

Pour plusieurs professions, la divulgation sera suffisante pour enrayer ou prévenir le conflit d'intérêts; que l'on pense au planificateur financier qui divulgue à son client la commission qu'il recevra s'il vend certains produits financiers. Pour d'autres, particulièrement ceux dans une position d'autorité et de confiance publique, la divulgation ne saura convenir parfaitement. C'est le cas du juge, notamment, qui malgré une divulgation de son intérêt dans un litige, ne pourra continuer à agir impartialement. L'apparence de partialité pourra alors miner la crédibilité de la justice et des institutions.

Quant aux diverses manières de s'attaquer au conflit d'intérêts de manière *curative*, elles prendront principalement la forme de punitions, de pénalités et d'amendes faisant suite au conflit d'intérêts⁶⁸. De plus formelles sanctions pourront aussi être envisagées, découlant d'un jugement⁶⁹, de la censure publique, de la perte d'une licence ou d'un permis d'exercice. Enfin, pourront intervenir sur une base informelle, le mépris public, la gêne et l'humiliation, tout comme la perte de clients ou d'opportunités d'affaires (dues aux phénomènes de bouche-à-oreille et de

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ Les stratégies d'évitement ou de désistement impliquent de se retirer du conflit lorsque l'on est en présence d'un tel type de conflit apparent ou potentiel suffisamment risqué pour menacer l'intégrité de la personne dans ses prises de décisions.

⁶⁷ Lee AITKEN, « "Chinese Walls" and Conflicts of Interest », (1992) 18 *Monash U. L. R.* 91.

⁶⁸ Bryan K. CHURCH et Xi (Jason) KUANG, « Conflicts of Interest, Disclosure and (Costly) Sanctions: Experimental Evidence », (2009) 38 *J. Leg. Stud.* 505.

⁶⁹ Par exemple: *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher LLP*, préc., note 2.

potinage). Quoi qu'il en soit, celui qui fait face au conflit souffrira une perte et un coût : il sera pénalisé.

C. Types et formes de réponses du droit

Selon certains auteurs, le droit répond de manière bien inadéquate au conflit, le soumettant à des textes réglementaires « épars », à travers lesquels « les normes se multiplient, sans véritable souci de cohérence »⁷⁰. Dans la prévention et la sanction du conflit d'intérêts, apparaît toutefois une solution privilégiée par le droit, soit la révélation de l'intérêt qui peut alors conduire à sa neutralisation par le biais d'une autorisation⁷¹. Quoi qu'il en soit, ce ne sont pas tous les conflits qui seront d'égale importance ni sanctionnés avec la même force, de telle sorte qu'il pourra s'agir, de manière générale, 1) d'interdire le conflit d'intérêts peu importe les circonstances, 2) de permettre certains types de conflits après divulgation et avec le consentement éclairé du client, ou 3) de permettre le conflit d'intérêts d'importance minime et non significative (règle *de minimis*).

Précisément, le droit envisage essentiellement trois différents modes de réglementation du conflit⁷². Le premier mécanisme est la réglementation substantive, laquelle prohibe spécifiquement certaines décisions de l'agent, et certains comportements conflictuels spécifiques *ex ante*⁷³. Il suffit ici de citer les règles déontologiques empêchant un avocat de mêler ses comptes à ceux de son client⁷⁴. Le deuxième type de réglementation par le droit est le régime de responsabilité qu'il instaure prohibant le comportement conflictuel *ex post*⁷⁵. On peut ici référer au risque d'emprisonnement ou d'amende prévu à la Loi *Sarbanes-Oxley*⁷⁶. Ici, on fournit des incitatifs à bien agir et à bien se comporter, au risque d'être sanctionné. À cet égard, la peine envisagée est beaucoup plus sévère que le bénéfice à retirer de l'action malfaisante et conflictuelle. Le grand défi de ces sanctions juridiques est qu'il reste difficile de prouver l'apparence de conflit.

⁷⁰ P.-F. CUIF, préc., note 18, n° 73.

⁷¹ *Id.*

⁷² S. ISSACHAROFF, préc., note 62, aux pages 189 et 190.

⁷³ *Id.*, à la page 190.

⁷⁴ Voir notamment : *Model Rules of Professional Conduct*, Association du Barreau américain, 1983, EC 9-5 et DR 9-102(A) et (B).

⁷⁵ S. ISSACHAROFF, préc., note 62, à la page 190.

⁷⁶ *Id.*, à la page 194.

Le troisième mécanisme est la réglementation processuelle, laquelle tente d'empêcher ou de prévenir le comportement problématique dès le départ en mettant en place des structures processuelles prévenant la relation conflictuelle⁷⁷. On pose la question suivante : est-ce le bon décideur qui agit, ou ce décideur est-il indûment susceptible d'être sujet de conflit d'intérêts pour pouvoir agir seul en l'espèce – ou agir tout court ? Par exemple, la Loi *Sarbanes-Oxley* prévoit que les comptables ne peuvent plus agir comme audit et non-audit pour le même client. Cette mesure a été extrêmement efficace dans les faits et a pu enrayer ces formes de pratiques comptables douteuses⁷⁸.

Toute forme de réglementation a bien évidemment un coût financier et organisationnel. La réglementation substantive est à cet égard critiquée ; on la considère comme difficile à rédiger assez précisément pour bien définir le comportement problématique tout en ne restreignant pas pour autant la créativité dans les affaires⁷⁹. La deuxième forme de réglementation est aussi critiquée, car pouvant affecter l'équilibre fragile de la relation avocat-client⁸⁰. Quant au troisième type de réglementation, il a plutôt l'avantage d'intervenir *ex ante* pour isoler les agents en conflit de la prise de décision en question. On l'évalue donc comme étant plus efficace, car encourageant et permettant une meilleure conformité dès le départ, tout en étant moins coûteuse d'application *ex post*.

De manière générale, on a beaucoup critiqué et on s'est interrogé sur la réglementation du conflit d'intérêts en Amérique du nord – et la plus grande transparence requise dans le traitement des conflits – dans les dernières années⁸¹. Ce phénomène aurait eu pour effet de susciter davantage de violations des règles éthiques et déontologiques, de scandales, d'enquêtes (et de commissions d'enquête aussi). Ces violations, scandales et enquêtes auraient, par ricochet, alors pu affecter la légitimité des institutions et détruire la confiance collective, le tout en générant des coûts collectifs beaucoup plus importants que les bénéfices individuels. Pour

⁷⁷ *Id.*, à la page 190.

⁷⁸ *Id.*, aux pages 197 à 199.

⁷⁹ *Id.*, aux pages 189 et suiv. Voir aussi : Janine GRIFFITHS-BAKER, *Serving Two Masters: Conflicts of Interest in the Modern Law Firm*, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 102 et 103.

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ Janine GRIFFITHS-BAKER et Nancy J. MOORE, « Regulating Conflicts of Interest in Global Law Firms: Peace in Our Time? » (2011-12) 80 *Fordham L. Rev.* 2541.

certaines, les solutions particulières sont mieux adaptées aux acteurs en conflit. Ainsi, il a été suggéré que dans le cas d'un conflit d'intérêts touchant une firme d'avocats multinationale ayant une présence globale, la règlementation du conflit d'intérêts doit se faire en reconnaissant le droit aux clients et avocats de décider eux-mêmes du régime applicable gouvernant ce type de conflit⁸².

D. Perspective empirique de l'efficacité d'une révélation *ex ante*

Historiquement, l'une des solutions préconisées et populaires au conflit d'intérêts a été la révélation, principalement parce qu'elle n'entraîne aucune conséquence supplémentaire sur le fiduciaire ou agent⁸³. De fait, cette solution semble *a priori* efficace et peu coûteuse. Elle préconise l'information de la personne concernée par le conflit réel, apparent ou éventuel, laquelle accepte dans les faits la situation conflictuelle et prend le risque qu'une décision biaisée soit prise à son égard. Le fiduciaire ou agent, quant à lui, prendra – après révélation – une décision plus impartiale, plus éclairée. Tel est à tout le moins la présomption sous-jacente à la solution de révélation.

Il est vrai que lorsqu'un agent immobilier révèle candidement que son employeur lui verse une commission à l'achat de toute maison proposée, on saisit mieux pourquoi les faiblesses d'une maison proposée seront survolées rapidement, dans un but inavoué de nous encourager à l'acheter. Une fois la révélation faite, sommes-nous toutefois à l'aise avec ce conflit potentiel? Nos intérêts seront-ils privilégiés par l'agent malgré le conflit, et au-delà de la révélation? La révélation est-elle alors parfaitement efficace?

Pour certains auteurs, la révélation demeure problématique⁸⁴. Deux professeurs de la *University of Chicago Law School* ont étudié en 2009 l'impact de la révélation préalable d'un conflit d'intérêts par des conseillers finan-

⁸² *Id.*, 2567.

⁸³ Daylian M. CAIN, George LOEWENSTEIN et Don A. MOORE, « Coming Clean but Playing Dirty: The Shortcomings of Disclosure as a Solution to Conflicts of Interest », dans Don A. MOORE, George LOEWENSTEIN, Daylian M. CAIN et Max H. BAZERMAN (dir.), *Conflicts of Interest: Challenges and Solutions in Business, Law, Medicine, and Public Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 104, aux pages 104 et suiv.

⁸⁴ *Id.*

ciers⁸⁵. Ils se sont demandés si la révélation n'avait pas pour effet de procurer une forme de licence morale d'agir par intérêt personnel, tout en renforçant les biais et préjugés et en préjudiciant les investisseurs concernés⁸⁶. Appuyant leurs conclusions sur des données empiriques découlant de questionnaires expérimentaux, ils ont su démontrer que la révélation n'est pas préjudiciable au client, et que la riposte idéale à envisager dans le cas de conflits d'intérêts financiers est probablement la combinaison de révélation et de la menace tangible de sanctions⁸⁷. Dans cette éventualité, ils ont conclu que le conseiller financier aura alors tendance à prodiguer des conseils plus impartiaux et de meilleure qualité, tout en formulant des prédictions financières plus exactes⁸⁸. Fait intéressant, les auteurs se sont également intéressés aux conséquences de la révélation du conflit d'intérêts sur la victime réelle, potentielle ou apparente⁸⁹. Ils ont conclu, à cet égard, que le pourcentage d'investisseurs qui refusent d'investir auprès d'un conseiller est plus élevé lorsque le conflit d'intérêts est révélé (14 %) que lorsqu'il ne l'est pas (2 %)⁹⁰. De plus, ils ont noté que la révélation du conflit avait un impact plus important lorsqu'aucune sanction n'était disponible ni appliquée⁹¹.

III. Règlementation du conflit d'intérêts chez l'avocat québécois

Dans cette troisième section, nous traiterons de la règlementation substantive du conflit d'intérêts chez l'avocat québécois, principalement à travers l'étude des dispositions déontologiques s'appliquant à sa pratique. Nous pourrions ainsi mieux illustrer le type de dispositions considérées efficaces pour prévenir et sanctionner le conflit présent dans la relation avocat-client.

L'avocat qui accepte un mandat d'agir comme conseiller juridique s'engage à servir les meilleurs intérêts de son client, en ne se laissant pas détourner ou distraire de ses obligations par des considérations autres que

⁸⁵ B.K. CHURCH et X. (J.) KUANG, préc., note 68.

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ *Id.*, 521.

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *Id.*, 524.

⁹¹ *Id.*

ces intérêts⁹². Or, la loyauté de l'avocat envers son client pourra être mise à l'épreuve, de telle sorte à faire naître le conflit d'intérêts. Ce conflit est règlementé, au Québec, principalement dans le *Code de déontologie des avocats*⁹³. Ce Code est un recueil de principes, de normes et de règles gouvernant la profession d'avocat et les actes de sa vie professionnelle. Il prévoit plusieurs règles pouvant conduire un juge à déclarer l'avocat inhabile à occuper dans un dossier, notamment aux articles 3.05.06 et 3.06.06 à 3.06.10, que nous reproduisons en partie ci-après :

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

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

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

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

1° il représente des intérêts opposés;

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

3° il agit à titre d'avocat d'un syndic ou d'un liquidateur [...]

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

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

3.06.09. Lorsque l'avocat exerçant ses activités professionnelles au sein d'une société est en conflit d'intérêts, les autres avocats doivent, pour éviter d'être eux-mêmes considérés en conflit, prendre les moyens raisonnables pour

⁹² *Code de déontologie des avocats*, préc., note 25, art. 3.00.01.

⁹³ *Id.*, art. 3.06.04 à 3.06.08.

s'assurer que des renseignements ou documents confidentiels pertinents au dossier ne soient divulgués.

Dans le cas de l'exercice des activités professionnelles au sein d'une société, l'avocat en conflit d'intérêts et les autres avocats doivent veiller à ce que ces mesures s'appliquent aux personnes autres que les avocats.

Dans l'appréciation de l'efficacité de ces mesures, sont pris en compte notamment les facteurs suivants : [...]

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

Le conflit d'intérêts est également prohibé au *Code de déontologie professionnelle de l'Association du Barreau canadien*⁹⁴, qui prévoit que « [...] l'avocat ne doit pas agir pour le client lorsque les intérêts personnels de l'avocat, ou ceux d'un associé de l'avocat ou d'un avocat salarié, engendrent un risque sérieux d'effet nuisible et appréciable sur la représentation du client par l'avocat »⁹⁵. De plus, on y énonce dans ce même Code que « [l']avocat ne doit pas agir au nom de son client lorsque ses devoirs envers son client et ses intérêts personnels sont en conflit »⁹⁶. Par ailleurs, le *Code civil du Québec* prévoit aussi des obligations similaires de l'avocat agissant comme mandataire de son client⁹⁷. Quant à la *Charte des droits et libertés de la personne*, elle consacre le droit des parties à une audience impartiale, ce qui implique aussi un devoir de loyauté de l'avocat⁹⁸. De fait, la Cour suprême du Canada énonce à juste titre que :

⁹⁴ ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Code de déontologie professionnelle*, 5^e éd., Ottawa, 2009, en ligne : <http://www.cba.org/abc/activities_f/pdf/codeofconduct.pdf> (consulté le 25 octobre 2013).

⁹⁵ *Id.*, Ch. VI, Règle 1, p. 51.

⁹⁶ *Id.*, Ch. VI, Règle 4, p. 52.

⁹⁷ Voir : C.c.Q., art. 2138 et suiv. L'article 2138 C.c.Q. prévoit notamment que « [l]e mandataire est tenu d'accomplir le mandat qu'il a accepté et il doit, dans l'exécution de son mandat, agir avec prudence et diligence. Il doit également agir avec honnêteté et loyauté dans le meilleur intérêt du mandant et éviter de se placer dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et celui de son mandant ».

⁹⁸ *Charte des droits et libertés de la personne*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], art 23.

« [10] [...] L'audition impartiale implique non seulement l'impartialité du Tribunal, mais également l'indépendance et le désintéressement des avocats qui sont chargés de faire valoir les droits de leurs clients. Ceci implique également l'accès en toute confiance du justiciable à son avocat, confiance qui ne peut être assurée que par le respect des confidences et une entière loyauté.

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

[...]

[14] Cette disposition comporte une interdiction absolue de représenter des intérêts opposés. Elle y ajoute une obligation de sauvegarder en tout temps l'indépendance professionnelle et éviter toute situation de conflit d'intérêts. Aucune exception n'est prévue à cette règle. »⁹⁹

La Cour suprême du Canada a d'ailleurs reconnu dans l'arrêt *Succession MacDonald c. Martin*, la nécessité et l'importance de « préserver les normes exigeantes de la profession d'avocat et l'intégrité de notre système judiciaire »¹⁰⁰. Plus récemment, elle a également souligné l'importance des normes et de la réglementation comme suit : « 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 [...] »¹⁰¹.

Les tribunaux ont également des pouvoirs importants en cas de conflit d'intérêts, qui leur permettront de sanctionner directement l'avocat en le déclarant inhabile. La Cour suprême du Canada expliquait récemment l'essence du pouvoir de surveillance des tribunaux, ainsi que la raison d'être de la sanction d'inhabileté¹⁰² :

⁹⁹ *Thomson c. Smith Mechanical Inc.*, [1985] C.S. 782, EYB 1985-145415.

¹⁰⁰ [1990] 3 R.C.S. 1235, EYB 1990-68602, par. 13. Cette position a été confirmée dans *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher LLP*, préc., note 2, par. 15.

¹⁰¹ *R. c. Neil*, préc., note 30.

¹⁰² *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher LLP*, préc., note 2.

« [13] Les tribunaux investis d'une compétence inhérente disposent du pouvoir de surveiller la conduite des litiges dont ils sont saisis. Les avocats sont des auxiliaires de justice et sont tenus, dans l'exercice de leurs activités, de suivre les instructions du tribunal. Lorsque la représentation d'un client en particulier par un avocat dans une instance soulève des questions, il appartient au tribunal de trancher ces questions. Dans l'exercice de leur pouvoir de surveillance à l'endroit des avocats, les tribunaux ont habituellement pour objectif d'éviter tout préjudice aux clients et de préserver la considération dont jouit l'administration de la justice, mais pas de punir les avocats ou de leur imposer des sanctions disciplinaires.

[14] En plus de superviser le déroulement des instances, les tribunaux développent les principes en matière fiduciaire qui régissent les obligations de l'avocat envers son client. Par exemple, les tribunaux se sont souvent penchés sur le secret professionnel de l'avocat.

[15] Il ne faut pas confondre le pouvoir inhérent à tout tribunal de résoudre les conflits d'intérêts dans les affaires qui lui sont soumises et les pouvoirs que les législateurs confèrent aux barreaux d'établir des règles applicables à leurs membres, qui forment une profession autonome.

[...]

[61] [...] [L]es tribunaux, dans l'exercice de leur pouvoir de surveillance à l'égard de l'administration de la justice, ont compétence inhérente pour interdire à un cabinet d'avocats d'occuper dans un litige en instance. La déclaration d'incapacité peut devenir nécessaire (1) pour éviter le risque d'utilisation à mauvais escient de renseignements confidentiels, (2) pour éviter le risque de représentation déficiente et (3) pour préserver la considération dont jouit l'administration de la justice.

[62] S'il est nécessaire d'empêcher l'utilisation à mauvais escient de renseignements confidentiels en vertu du test élaboré dans l'arrêt *Martin*, la déclaration d'incapacité à occuper est généralement la seule réparation appropriée, si l'on ne peut recourir à des mécanismes prévus par les règles du barreau pour écarter ce risque. [...]

[63] Troisièmement, la déclaration d'incapacité peut servir à protéger l'intégrité et la considération dont jouit l'administration de la justice. La déclaration d'incapacité peut s'avérer nécessaire pour indiquer clairement que les tribunaux n'acceptent pas la conduite déloyale que constitue le manquement du cabinet d'avocats; elle protégerait ainsi la confiance du public envers les avocats et dissuaderait les autres cabinets d'agir de même.

C'est ainsi que l'intégrité du processus judiciaire et l'apparence de justice doivent être préservées par les tribunaux, même dans une situation où le *Code de déontologie* pourrait *a priori* permettre à un avocat de continuer d'agir¹⁰³. La déclaration d'inhabilité pourra permettre de protéger l'intégrité et le respect de l'administration de la justice, et permettra, ex ante, de s'assurer de la représentation adéquate par l'avocat. Quant au *Code de déontologie*, il est considéré comme étant plus qu'un simple règlement interne adopté par le Barreau. Il s'agit ainsi d'un « acte normatif, de caractère général et impersonnel édicté en vertu d'une loi et qui, lorsqu'il est en vigueur, a force de loi », et dont les tribunaux auront connaissance d'office¹⁰⁴.

Dans sa relation fiduciaire avec son client, l'avocat est généralement sujet à deux types de conflits d'intérêts : le conflit économique et le conflit personnel. Le premier, davantage sournois et implicite, n'est pas directement réglementé au *Code de déontologie des avocats*. Le deuxième, est au contraire très clairement prohibé par ce même Code.

La source de conflit d'intérêts économiques la plus importante chez l'avocat est sans contredit le calcul des honoraires. Or, selon certains auteurs¹⁰⁵, c'est la mutation des liens avocat-client, évoluant d'une nature relationnelle vers une nature plus transactionnelle, qui serait à la base de cette tension économique. De fait, l'ancien modèle de relation avocat-client faisait état d'un étroit partenariat entre eux, lequel assurait pérennité et rentabilité de leurs entreprises respectives¹⁰⁶. Or depuis quelques décennies, le lien avocat-client est devenu davantage axé sur la rentabilité, victime d'une forte concurrence entre juristes devenus trop nombreux sur le marché du travail¹⁰⁷. Cette évolution est également due au fait que les entreprises se font davantage conseiller par les avocats de contentieux, et évitent la voie de l'instance civile traditionnelle plus longue et coûteuse pour résoudre leurs litiges par le biais de voies alternatives de résolution

¹⁰³ *Millette c. Cigana*, J.E. 97-1854 (C.S.), REJB 1997-07530.

¹⁰⁴ *Id.*, par. 27-29.

¹⁰⁵ Alain LEMPEREUR et Mathieu SCODELLARO, *Conflit d'intérêt économique entre avocats et clients : la question des honoraires*, DR-03006, Centre de recherche de l'ESSEC, Cergy-Pontoise, ESSEC Business School, mars 2003, p. 7, en ligne : <http://www.essec.edu/faculty/showDeclFileRes.do?declId=70&key=__workpaper__> (consulté le 25 octobre 2013).

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ *Id.*, p. 8 et 9.

de conflits¹⁰⁸. Seuls les mandats les plus complexes et spécialisés sont aujourd'hui délégués aux plus grands cabinets.

Ainsi apparaît le premier risque de conflit d'intérêts *économique*: face à la pression de la concurrence, l'avocat souhaitera facturer son client un maximum d'heures au coût le plus élevé possible, tout en accomplissant son devoir de servir ses meilleurs intérêts¹⁰⁹. Ce conflit économique est accentué et soutenu par les modes de fixation d'honoraires extrajudiciaires aujourd'hui prévalents. D'un côté, les honoraires conditionnels fixés à pourcentage favorisent l'accès à la justice aux moins nantis en leur permettant une consultation avec les meilleurs avocats, tout en minimisant les délais et en favorisant ainsi une plus saine administration de la justice. Ces honoraires sont toutefois spéculatifs en ce qu'ils font supporter à l'avocat la totalité des risques, en le décourageant à investir le temps nécessaire au dossier pour maximiser l'indemnisation finale¹¹⁰. D'un autre côté, les honoraires horaires encouragent l'avocat à rallonger les procédures, à être moins efficace et à multiplier des recherches et autres interventions non essentielles au dossier d'un client désirant régler le plus souvent hors cour dans les délais les plus courts possible, à moindres frais¹¹¹.

Bref, dès l'instant où le client franchit la porte d'un bureau d'avocats, le conflit d'intérêts économiques est apte à prendre naissance. Il convient alors, comme pour les autres types de conflits, de définir, à la lumière des critères discutés dans la section II, de méthodes plus appropriées de facturer les services professionnels d'avocats afin de minimiser les risques de conflits d'intérêts¹¹².

Le deuxième type de conflit d'intérêts touchant l'avocat est le classique conflit d'intérêts personnels. De manière générale, le conflit d'intérêts personnels peut être celui impliquant 1) la contradiction ou la potentielle divergence entre l'intérêt personnel de l'avocat et celui de son client, 2) la représentation simultanée de plusieurs clients aux intérêts contradictoires,

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ *Id.* Voir aussi : J. MacFARLANE, préc., note 15, p. 191 et suiv.

¹¹⁰ *Id.*, p. 10 à 12.

¹¹¹ *Id.*, p. 12 à 14.

¹¹² À cet égard, de nouvelles méthodes voient le jour, notamment le financement de litiges par des tiers en Australie. Voir : Michael LEGG, Edmond PARK, Nicholas TURNER and Louisa TRAVERS, « The Rise and Regulation of Litigation Funding in Australia », (2011) 38 *N. Ky. L. Rev.* 625.

opposés ou potentiellement divergents, ou la représentation d'un client dans un dossier contre un ancien client aux intérêts opposés, 3) la contradiction ou potentielle divergence entre l'intérêt personnel de l'avocat et celui d'une tierce personne. Ces conflits sont fréquents, dans un milieu juridique contemporain où il est de plus en plus facile de communiquer l'information dans des dossiers d'importance sans cesse grandissante. Ainsi, le droit ne cherchera pas à éradiquer systématiquement tous les conflits d'intérêts, mais plutôt à les encadrer, à les assujettir à des sanctions dissuasives et à assurer une transparence la plus complète possible, par une communication adéquate et entière au client des situations réelles, potentielles ou apparentes de conflits.

Dans l'arrêt *R. c. Neil*, la Cour suprême du Canada a établi une règle générale applicable au conflit d'intérêt personnel, soit la « ligne de démarcation très nette »¹¹³. Cette règle veut que l'avocat ou son cabinet ne puisse représenter deux clients actuels ayant des intérêts immédiats opposés, même s'il n'existe aucune connexité entre les mandats¹¹⁴. Il ressort de cet arrêt une volonté de la plus haute instance au pays d'instaurer un devoir de totale loyauté de l'avocat envers son client, obligation qui surpasse même la notion de conflit d'intérêts¹¹⁵. Ainsi, pour la Cour suprême, trois aspects sont en cause lorsqu'il s'agit du devoir de loyauté de l'avocat : 1) le devoir d'éviter les conflits d'intérêts ; 2) le devoir de dévouement à la cause de son client (la « représentation zélée ») ; et 3) le devoir de franchise envers son client pour les questions pertinentes quant au mandat¹¹⁶. La jurisprudence adopte, à cet égard, une position ferme de prévention ou d'« évitement » de la situation de conflit. Cette position est confirmée à nouveau

¹¹³ Préc., note 30. Voir aussi dans la trilogie : *Succession MacDonald c. Martin*, préc., note 44 ; *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 177.

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ *Id.*, par. 19 et suiv.

¹¹⁶ *Id.*

très récemment par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *McKercher*¹¹⁷, laquelle restreint toutefois du même coup la portée de la règle¹¹⁸.

Le *Code de déontologie des avocats* adopte une approche similaire prohibant le conflit d'intérêts personnels, principalement à son article 3.06.06, mais y prévoit aussi une exception. L'article 3.06.07 du *Code de déontologie des avocats* «excuse» le conflit par consentement exprès ou implicite des parties. Ainsi, il pourra être possible, par exemple, avec le consentement de deux clients préalablement pleinement informés du conflit, préférablement en présence d'avis juridiques indépendants à l'appui, de les représenter tous deux. L'avocat devra avoir la certitude, toutefois, de pouvoir raisonnablement remplir son devoir de loyauté et de bonne foi envers chaque partie sans nuire à l'autre. Il faudra aussi s'assurer d'avoir obtenu un consentement éclairé du client. Pour consentir de manière valable et éclairée, le client devra bien connaître et comprendre tous les enjeux de la situation, ainsi que leur contexte. Il devra aussi connaître les droits des parties en cause. Ainsi, la manière idéale de se prémunir contre l'éventualité d'un conflit pourra être d'obtenir le consentement écrit et signé du client¹¹⁹.

Le 1^{er} octobre 2012, le Conseil général du Barreau du Québec a déposé un *Avant-projet de Code de déontologie des avocats* pour consultation et commentaires¹²⁰. Fait intéressant, cet Avant-projet fut proposé un an après

¹¹⁷ *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher LLP*, préc., note 2, par. 28 : « [...] cette règle s'accorde avec le fait que la relation avocat-client repose sur la confiance. Le fait est que [traduction] "la foi du client dans la loyauté de l'avocat envers ses intérêts sera sérieusement ébranlée dès lors que l'avocat doit faire preuve de loyauté envers un autre client aux intérêts sensiblement opposés" : *Restatement of the Law Third: The Law Governing Lawyers* (2000), vol. 2, § 128(2), p. 339 ».

¹¹⁸ *Id.*, par. 41 : « Elle s'applique uniquement lorsque les intérêts *immédiats* des clients s'opposent *directement* dans les dossiers où occupe l'avocat. Elle s'applique uniquement aux intérêts juridiques, et non aux intérêts commerciaux ou stratégiques. Elle ne peut être invoquée pour des raisons d'ordre tactique. Et elle ne s'applique pas lorsqu'il est déraisonnable pour un client de s'attendre à ce que le cabinet d'avocats n'agira pas contre lui dans des dossiers n'ayant aucun lien avec le sien. En présence d'une situation qui échappe à la portée de la règle, le critère applicable consiste à se demander s'il existe un risque sérieux que la représentation du client par l'avocat soit affectée de façon appréciable ».

¹¹⁹ Voir : *Code de déontologie des avocats*, préc., note 25, art. 3.06.02.

¹²⁰ *Avant-projet de Code de déontologie des avocats*, adopté en vertu du *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26, a. 87, Conseil général du Barreau du Québec, en ligne :

celui relatif au *Code de procédure civile* québécois¹²¹, dans un but évident d'arrimer plusieurs principes et valeurs de justice dans les deux codes. Ainsi, l'*Avant-projet de Code de déontologie* prévoit, à son article 4, une série de valeurs et principes d'éthique s'appliquant à la profession d'avocat, dont « l'intégrité, l'indépendance et la compétence », « la loyauté envers le client de même que la protection de ses intérêts légitimes et de la confidentialité des renseignements qui le concernent », et le respect de la personne et des règles de droit, la collaboration, et la contribution à l'accès à la justice. Une lecture attentive du préambule de l'*Avant-projet* vient d'ailleurs renforcer le respect de ces principes et valeurs, en ce qu'il est prévu que le public « s'attend de tout avocat, en tant qu'intervenant du système de justice, à ce qu'il contribue activement à la protection de [la] société de droit par son adhésion à des valeurs et à des principes d'éthique et par le respect des règles déontologiques liées à la profession d'avocat »¹²².

Une section particulière de l'*Avant-projet* est également dédiée aux conflits d'intérêts¹²³. La règle générale prohibant le conflit d'intérêts est prévue à l'article 68 qui se lit en partie comme suit : « L'avocat évite toute situation de conflit d'intérêts, ou toute situation où il existe un risque que son intérêt personnel ou ses devoirs envers un autre client, un ancien client ou une tierce personne nuisent à ses devoirs envers le client. » Cet article nous apparaît beaucoup plus clair et complet que celui du Code actuel¹²⁴. Quant à l'article 70 de l'*Avant-projet*, on y reprend l'article 3.06.08 du Code actuel concernant les balises et critères nécessaires à l'évaluation du conflit : l'intérêt supérieur de la justice, le consentement exprès ou implicite des parties, l'étendue du préjudice pour chacune des parties, le laps de temps écoulé, et enfin, la bonne foi des parties. Somme toute, le projet de réforme clarifie et réorganise les principes, valeurs et règles déontologiques applicables à la situation de conflit d'intérêts chez l'avocat.

<<http://www.barreau.qc.ca/pdf/organisation/bdq-avant-projet-code-deonto.pdf>> (consulté le 25 octobre 2013).

¹²¹ *Avant-projet de loi instituant un nouveau Code de procédure civile*, avant-projet de loi (présentation), 2^e sess., 39^e légis. (Qc), en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/Media/Process.aspx?MediaId=ANQ.Vigie.Bll.DocumentGenerique_49613&process=Default&token=ZyMoxNwUn8ikQ+TRKYwPCjWrKwg+vIv9rjij7p3xLGTZDmLVSmJLoqe/vG7/YWzz> (consulté le 25 octobre 2013).

¹²² Voir : *Avant-projet de Code de déontologie des avocats*, préc., note 121, préambule, par. 3.

¹²³ *Id.*, art. 68 et suiv.

¹²⁴ Voir notamment : *Code de déontologie des avocats*, préc., note 25, art. 3.06.05.01.

Il faudra maintenant voir si ces propositions seront formellement acceptées à l'occasion du dépôt du projet de loi.

*
* *

La notion de conflit d'intérêts est née hors du droit¹²⁵. Les armes les plus appropriées pour s'y attaquer se retrouvent peut-être alors elles aussi hors du droit. Ont été mentionnées comme parties à la solution et pertinentes au traitement du conflit d'intérêts l'éducation et la formation, l'acculturation¹²⁶, et même l'éthique citoyenne¹²⁷, le tout pour mieux refléter les changements dans les pratiques professionnelles et la culture. Au final, les règles que l'on souhaite repenser pour prévenir et guérir le conflit d'intérêts devront être claires, simples, inclusives, tout en étant fondées sur les principes de bonne foi, d'équité et de proportionnalité. Les tribunaux judiciaires devront s'assurer d'intervenir dès la présence d'un conflit d'intérêts potentiel, plutôt qu'uniquement devant un conflit réel ou manifeste. Enfin, quant aux acteurs eux-mêmes, ils devront être responsabilisés dans leurs agissements, tout en privilégiant la transparence la plus complète en cas de doute, si minime soit-il.

¹²⁵ M. MEKKI, préc., note 20.

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ LOÏC CADIET, « Conférence de synthèse : le rôle social de l'avocat dans un contexte global », dans Benoît MOORE, Catherine PICHÉ et Marie-Claude RIGAUD (dir.), *L'avocat dans la cité : éthique et professionnalisme*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 221 et suiv.