

Les responsabilités professionnelles du conseiller législatif

**Conférence de rédaction législative de 2010 de l'Institut canadien
d'administration de la justice,**

John Mark Keyes *,
Premier conseiller législatif
Ministère de la Justice (Canada)

Ottawa – le 13 septembre 2010

* Les opinions exprimées dans le présent article sont celles de l'auteur à titre personnel; elles ne représentent pas nécessairement celles du ministère de la Justice du Canada. L'auteur tient à remercier ses collègues au sein du Ministère pour les précieux commentaires et suggestions que nombre d'entre eux ont formulés à l'égard des ébauches précédentes du présent article.

Table des matières

| | |
|--|----|
| Introduction..... | 1 |
| Sources et nature des responsabilités professionnelles..... | 3 |
| Juristes..... | 3 |
| Fonctionnaires..... | 6 |
| Conseillers législatifs..... | 7 |
| À qui le conseiller est-il redevable? Qui est le client?..... | 8 |
| Les intérêts du client..... | 10 |
| Déterminer qui représente le client..... | 11 |
| La rédaction législative..... | 12 |
| Prestation de conseils et mise en œuvre des instructions..... | 15 |
| Conflits d'intérêts..... | 18 |
| Intérêts conflictuels des clients..... | 18 |
| Intérêts conflictuels entre les conseillers juridiques et leurs clients..... | 20 |
| Activités conflictuelles..... | 21 |
| Conflit institutionnel..... | 22 |
| Confidentialité..... | 23 |
| Quels renseignements sont protégés?..... | 24 |
| Limites de la confidentialité..... | 28 |
| Échange de renseignements à l'interne et communication externe..... | 31 |
| Conclusion..... | 35 |
| Annexe 1 – Extraits des règles de déontologie visant les conseillers juridiques du secteur public..... | 37 |
| Code de déontologie professionnelle de l'Association du Barreau canadien..... | 37 |
| Law Society of Alberta Code of Professional Conduct..... | 41 |
| Code de déontologie du Barreau du Haut-Canada..... | 44 |
| Code de déontologie du Barreau du Québec..... | 47 |
| Annexe 2 – Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique (Canada)..... | 48 |
| Chapitre 1 - Valeurs de la fonction publique..... | 48 |

Sommaire : Cet article examine les responsabilités professionnelles des conseillers législatifs sous trois angles différents, soit à titre de juristes et d'employés du secteur public et de conseillers juridiques. Pour bien comprendre ces diverses responsabilités, il faut d'abord examiner pour qui elles sont exercées, bref, qui est le client. La réponse à cette question permet de définir les responsabilités propres à la qualité du service, aux conflits d'intérêts et à la confidentialité. La portée de ces responsabilités est vaste, mais elle n'est pas toujours clairement définie. Cet article vise à faire la lumière sur ces responsabilités et à occasionner un examen en profondeur de leur nature et de leur contenu.

Introduction

Au cours de ma carrière de conseiller législatif, j'ai été témoin de changements marquants dans la prestation des services de rédaction et des conseils juridiques connexes au sein du ministère de la Justice du Canada. L'image du rédacteur qui travaille seul à la rédaction de projets de loi à partir d'instructions écrites¹ a fait place à celle d'une personne travaillant dans un environnement beaucoup plus interactif, ce qui suppose un éventail d'attentes qui vont bien au-delà de la formulation du libellé d'un projet de loi ou de règlement.

L'un des indices les plus remarquables de ces changements est la terminologie utilisée pour décrire les rapports que le conseiller législatif entretient avec ceux et celles qui lui donnent des instructions de rédaction. Lorsque j'ai joint la fonction publique du Canada à titre de rédacteur au milieu des années 1980, on appelait ces personnes, en anglais, des « instructing officers ». Le terme évoquait un type de rapport selon lequel ces derniers étaient titulaires d'une charge publique et exerçaient des fonctions complémentaires à celles du conseiller législatif en ce qui a trait à la préparation des lois. Ce rapport découlait d'une série de directives du Cabinet données à la fin des années 40, selon lesquelles tous les projets de loi du gouvernement devaient être rédigés par des conseillers juridiques du ministère de la Justice. Il a par la suite été renforcé au fil des

¹ Voir par exemple E.A. Driedger, *The Composition of Legislation*, 2^e éd. (Ministère de la Justice, Ottawa : 1976), xvii:

[TRADUCTION] Travaillant seul, [le rédacteur] prépare une première version du projet de loi ou, s'il s'agit d'un projet de loi long ou compliqué, la première version d'une partie de celui-ci. Il ne peut travailler pendant que d'autres personnes regardent par-dessus son épaule et lui font des commentaires. Pas plus qu'un groupe de rédacteurs réuni en comité ne saurait rédiger un texte satisfaisant; les membres d'un tel groupe auraient des opinions divergentes sur la manière dont le travail devrait être effectué et ils tiendraient des discussions sans fin sur des banalités, ce qui donnerait un produit final qui, dans le meilleurs des cas, ne constituerait qu'un compromis. Les textes peuvent faire l'objet de discussions, de critiques et de mises à l'épreuve au sein d'un groupe de discussion, mais la responsabilité d'élaborer le projet ou d'apporter des changements doit être dévolue à une seule personne.

Bien que cette description de la manière dont un rédacteur doit travailler demeure exacte dans une certaine mesure, la pratique au sein du ministère de la Justice a évolué. Le changement le plus notable est la corédaction de lois bilingues par deux conseillers législatifs dans des salles de rédaction dotées d'ordinateurs permettant des discussions interactives sur les projets avec les personnes qui donnent des instructions.

décisions du Cabinet autorisant la rédaction de certains projets de loi par la Section de la législation du Ministère en conjonction avec les fonctionnaires du ministère responsable du projet de loi.

Vers la fin des années 80, la terminologie utilisée pour décrire les rapports professionnels a connu une évolution subtile : nous avons alors commencé à parler de « clients ». Ce mouvement, qui s'inscrivait dans le cadre d'un changement plus général dans la manière dont le ministère de la Justice dans son ensemble fournissait ses services, a pris forme dans l'expression « services axés sur les clients ». Inspiré du modèle privilégié dans le secteur privé en matière de prestation de services juridiques, il a mené à l'adoption, au sein du Ministère, de pratiques de comptabilisation des heures et de recouvrement des coûts. Il s'agissait d'améliorer la qualité des services juridiques offerts à l'État et de faire en sorte que les juristes du ministère de la Justice soient plus sensibles aux objectifs et priorités de ce dernier.

Les conseillers juridiques de l'administration publique fédérale évoluent aujourd'hui dans deux mondes. D'une part, celui des titulaires de charges publiques qui exercent des attributions — ou qui appuient un tel exercice — dans un cadre juridique qui repose sur la Constitution canadienne et, d'autre part, le monde de la prestation de services juridiques, où la règle de droit est reconnue non seulement comme une contrainte potentielle à l'action de l'État, mais également comme un facilitateur ou un outil.

C'est sur cette toile de fond que je me propose de traiter, dans le présent article, des responsabilités qu'assument les rédacteurs de lois à titre de juristes — avocats ou notaires — autorisés à exercer le droit conformément aux normes professionnelles en vigueur. Certes, la rédaction législative n'est pas l'apanage de ces juristes puisque d'autres professionnels formulent des textes législatifs. Toutefois, si ces derniers ne sont pas juristes ou qu'ils ne fournissent pas leurs services à ce titre, ils ne sont pas autorisés à fournir les conseils juridiques nécessaires pour qu'un projet de texte produise les effets juridiques recherchés. Le texte législatif est bien davantage qu'une juxtaposition de mots en ce sens qu'il doit s'insérer dans le cadre d'un système juridique et, avant tout, fonctionner avec toutes ses composantes législatives. Le rédacteur législatif doit connaître le système juridique et doit pouvoir fournir des conseils sur la manière dont il opère. La rédaction législative est aussi sans conteste une activité liée à la pratique du droit qui ne peut être exercée que par un juriste dans les administrations où la pratique du droit est réservée à ceux et celles qui sont autorisés à exercer le droit.

Bien qu'il existe quelques rares ouvrages sur les responsabilités professionnelles des rédacteurs législatifs², la question est quelque peu négligée, peut-être parce que l'on tient trop souvent pour acquis que les rédacteurs savent tout ce qu'ils doivent savoir sur le sujet et qu'il n'y a à peu près rien d'autre à en dire. À mon avis, rien n'est plus éloigné de

² Voir, par exemple, D. MacNair, « Legislative Drafters: A Discussion of Ethical Standards from a Canadian Perspective » (2003), 24 *Statute Law Review* 125; R. Purdy, « Professional Responsibility for Legislative Drafters: Suggested Guidelines and Discussion of Ethics and Role Problems » (1987-88), 11 *Seton Hall Legislative Journal* 67; D. Marcello, « The Ethics and Politics of Legislative Drafting » (1996), 70 *Tulane Law Rev.* 2437.

la vérité, et j'espère que le présent article suscitera la discussion, voire fera un peu de lumière sur cet important sujet.

Dans le présent article, j'aborderai les sources et la nature générale des responsabilités professionnelles des juristes avant de déterminer pour qui elles sont exercées. J'examinerai ensuite le chevauchement des responsabilités des juristes qui sont au service d'une administration publique ou d'une assemblée législative. Je veux énoncer les principales caractéristiques des diverses normes professionnelles auxquelles sont assujettis les conseillers législatifs — et ce qui les distingue — de manière à mieux les connaître. Quelques-unes de ces caractéristiques soulèvent des questions d'une certaine complexité. Je n'en traiterai pas ici de manière exhaustive, mais je peux tout de même ouvrir des pistes de réflexion. Mon objectif est de déterminer comment ces responsabilités se définissent par rapport aux conseillers législatifs. Enfin, je me pencherai sur l'arrimage imparfait de ces rôles et de ces responsabilités et ferai valoir que celles-ci pourraient devoir être rajustées, à certains égards, particulièrement en ce qui touche la prestation de conseils, la mise en œuvre d'instructions, l'évitement des conflits d'intérêts et la protection de la confidentialité.

Sources et nature des responsabilités professionnelles

Les responsabilités professionnelles du conseiller législatif examinées ci-après se divisent en trois grands groupes : celles qu'il exerce à titre de juriste professionnel, celles qu'il exerce à titre de juriste fonctionnaire et, enfin, celles qu'il exerce en sa qualité de conseiller législatif.

Juristes

Les responsabilités du conseiller législatif à titre de juriste découlent de l'adhésion de ce dernier à une association investie du pouvoir de réglementer la pratique du droit (avocats ou notaires) sur un territoire donné. Dans le secteur public, ces responsabilités sont renforcées lorsque, pour occuper l'emploi de conseiller juridique, les juristes doivent adhérer à une telle association, comme c'est le cas des conseillers législatifs qui travaillent pour le ministère de la Justice du Canada. En outre, la Cour suprême du Canada a reconnu que les membres d'un barreau provincial ou territorial qui travaillent dans le secteur public, notamment pour le ministère de la Justice du Canada, sont assujettis à la discipline professionnelle de leur barreau dans la mesure où leur conduite n'est pas protégée par la règle du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites³. Enfin, la Cour divisionnaire de l'Ontario a affirmé que, dans l'application des règles de conduite professionnelle, les avocats du secteur public sont soumis aux mêmes normes que les autres avocats :

[TRADUCTION] Le juge en est nécessairement arrivé à cette conclusion parce qu'il était d'avis que les avocats qui travaillent dans le secteur public sont tenus à plus de rigueur dans le respect des règles de conduite professionnelle que ne le sont les autres avocats. Or, rien, dans les lois ou les traditions qui régissent le barreau de cette province, ne permet de tirer une telle conclusion.

³ *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372.

En Ontario, tous les avocats sont assujettis à une seule et unique norme de conduite professionnelle, laquelle est élevée. Dire que les avocats de cette province sont, pour la plupart, assujettis à une norme moins stricte en matière de conduite professionnelle que celle imposée aux avocats du secteur public revient à les discréditer⁴.

Les codes de déontologie et les ordres professionnels de juristes traitent d'un large éventail de questions se rapportant à la pratique du droit. Ils visent de manière générale la prestation d'un service pour le bénéfice d'un client qui est rarement en mesure de juger du caractère adéquat du service rendu. Donc, la relation entre le juriste et son client transcende la relation commerciale ou d'emploi. Elle suppose l'existence d'un lien de confiance et de dépendance de la part du client, de sorte que les juristes doivent se porter garants de la qualité des services qu'ils fournissent. La maxime *caveat emptor* n'a pas d'application dans la prestation de services juridiques.

Le professionnalisme dans ce contexte suppose également l'existence d'obligations qui vont au-delà des intérêts individuels d'un client en particulier et mettent en cause des intérêts sociétaux plus généraux susceptibles d'avoir préséance sur les siens. Les tribunaux et les codes de déontologie dépeignent souvent ces intérêts comme visant au maintien d'un système juridique au service de la société dans son ensemble. Les juristes doivent par conséquent demeurer assujettis aux lois elles-mêmes dans la prestation de leurs services et se garder de cautionner la commission d'actes illégaux par leurs clients. Ils ont également le devoir de ne pas abuser du système juridique en engageant des instances futiles ou en prolongeant indûment les instances.

Ces deux volets du professionnalisme sont pertinents pour les conseillers législatifs, qu'ils travaillent dans le secteur public ou dans le secteur privé. En revanche, nombre des exigences énoncées dans les codes professionnels sont peu adaptées à l'exercice du droit dans le secteur public, et encore moins lorsqu'il s'agit de conseillers législatifs. Elles intéressent principalement les clients privés et mettent en cause des activités ou des opérations étrangères au champ de pratique des juristes dans le secteur public. Par exemple, les règles détaillées sur la publicité, la facturation d'honoraires ou la manipulation de l'argent des clients s'appliquent peu aux juristes du secteur public parce que leurs conditions d'emploi leur interdisent d'exercer le droit à titre privé. Il y a lieu de noter en outre que la nécessité de protéger le client vulnérable est également considérablement atténuée lorsque ce client est un organisme public qui dispose de nombreuses ressources et qui, de surcroît, a un lien d'emploi avec le juriste.

Les règles de conduite professionnelle ayant par le passé porté essentiellement sur la pratique privée du droit, il est intéressant de constater que de nombreux codes professionnels contiennent aujourd'hui des dispositions intéressant spécifiquement ceux de leurs membres qui sont au service d'organismes publics⁵. Bien que ces dispositions

⁴ *Everingham c. Ontario* (1992), 8 O.R. 3d 121 (C. div.). Voir aussi le chapitre X du Code de l'Association du barreau canadien :

L'avocat qui occupe des fonctions publiques doit s'acquitter de celles-ci selon des règles de conduite aussi exigeantes que celles imposées par le présent Code aux avocats en exercice.

⁵ Voir l'annexe 1 pour quelques exemples de ce genre de dispositions dans les codes de déontologie canadiens.

confirment généralement que la conduite professionnelle de ces membres est assujettie à des codes professionnels⁶, les codes prévoient pour eux des dispositions spéciales qui traitent des conflits d'intérêts, des comparutions devant les organismes officiels et de la confidentialité. Le chapitre 10 du Code de déontologie de l'Association du barreau canadien (« Code de l'ABC ») prévoit ceci :

8. Normalement, un organisme régissant la profession n'a pas à se préoccuper de la façon dont un avocat s'acquitte de ses fonctions publiques. Cependant, l'avocat peut faire l'objet de sanctions disciplinaires si sa conduite, alors qu'il est en poste, manque d'intégrité ou de compétence professionnelle⁷.

Par ailleurs, le chapitre 12 du Code of Professional Conduct de la Law Society of Alberta (« Code de l'Alberta ») reconnaît que les intérêts des clients qui sont des administrations publiques ou des entreprises doivent, sous réserve des limites imposées par la loi ou la déontologie professionnelle, être déterminés [TRADUCTION] « tels qu'elles-mêmes les perçoivent, sous réserve des limites imposées par les lois ou l'éthique professionnelle »⁸.

Ces précisions, ainsi que les règles particulières régissant depuis toujours la pratique dans le secteur public, consacrent le caractère distinct de celle-ci. Le professeur Alan Hutchinson a fait remarquer :

[TRADUCTION] La différence profonde entre les avocats de pratique privée et de pratique publique tient au fait que ceux du secteur public sont davantage tenus de prendre en considération l'intérêt public dans leurs rapports professionnels avec autrui⁹.

L'obligation de prendre en considération l'intérêt public ne se traduit cependant pas par une obligation accrue de respecter les règles de déontologie professionnelle. Elle a plutôt pour effet de reconnaître que l'intérêt public revêt une plus grande importance dans le cadre des fonctions des organismes publics qu'à l'égard des particuliers ou des entreprises. Le juge Code l'a noté en ce qui concerne la légalité des règlements municipaux dans l'affaire *1784049 Ontario Limited (Alpha Care Studio 45) v. Toronto (City)* :

[TRADUCTION] [...] à la page 290 de l'arrêt *Shirose*, [(1999), 133 C.C.C. (3d) 257 (C.S.C)], le juge Binnie a déclaré que « la loi confère expressément au ministre de la Justice [...] la responsabilité de veiller « au respect de la loi dans l'administration des affaires publiques », et, qu'à ce titre, il n'est pas soumis à des directives de la même façon que s'il avait des clients privés [...] Le secret professionnel de l'avocat peut également s'appliquer différemment au Canada à certains égards en raison de la question d'intérêt public dans l'administration

⁶ Voir le Code de l'ABC, ch. X; le Legal Ethics Handbook de la Nova Scotia Barrister's Society, ch. 16; le Code de déontologie du Barreau du Haut-Canada, ch. 6.05;

⁷ Voir http://www.cba.org/abc/activities_f/pdf/codeofconduct06.pdf

⁸ Voir <http://www.lawsocietyalberta.com/resources/codeProfConduct.cfm>.

⁹ A. Hutchinson, « In the Public Interest: The Responsibilities and Rights of Government Lawyers » (2008), 46 Osgoode Hall Law Journal 105, p. 114.

gouvernementale [...] » Dans un article bien connu intitulé « *The Role of the Attorney General and the Charter of Rights* » (1986) 29 C.L.Q. 187, Ian Scott, qui était alors le procureur général, a déclaré, à la page 189, que le titulaire de cette charge en Ontario « a l'obligation absolue de veiller au respect de la loi dans l'administration des affaires publiques. » Il présente cela comme une « obligation fondamentale ». ¹⁰

Il y a lieu de noter également que la Cour suprême du Canada a reconnu que les questions de réglementation professionnelle pouvaient comporter un double aspect au chapitre du partage constitutionnel des compétences entre les sphères législatives fédérale et provinciale ¹¹. Le régime réglementaire fédéral qui s'applique à l'égard des consultants en immigration l'emporte, en cas d'incompatibilité, sur les régimes réglementaires provinciaux régissant la profession juridique dans la mesure de toute incompatibilité. Cela donne à penser qu'il en irait de même pour tout conflit survenant entre le régime régissant la profession juridique dans les provinces et celui réglementant la conduite des professionnels du droit dans la fonction publique fédérale.

Fonctionnaires

L'emploi au sein de la fonction publique est également source de responsabilités professionnelles pour les juristes, comme le souligne le passage d'Alain Hutchinson reproduit précédemment. Ces responsabilités sont habituellement énoncées dans les codes de déontologie et les serments d'office des fonctionnaires ¹² et découlent non seulement du lien d'emploi entre l'administration publique et ses employés, mais également de la poursuite d'un idéal, celui d'une fonction publique professionnelle et non partisane.

Au Canada, nous venons de célébrer le centenaire de la création, en 1908, de la Commission de la fonction publique fédérale, à qui l'on avait confié la tâche de mettre un terme aux pratiques de travail teintées de népotisme politique et de remplacer celles-ci par un mode de nomination fondé sur le mérite ¹³. Dans un ouvrage publié récemment, Luc Juillet et Ken Rasmussen disent ceci :

[TRADUCTION] On peut voir dans l'historique de la Commission une lutte constante pour concilier les trois ensembles de valeurs concurrentes et parfois contradictoires qui sont au cœur de toute activité de dotation au sein de la fonction publique dans une démocratie libérale : la neutralité et l'indépendance politiques, l'équité et l'égalité démocratique et la compétence et l'efficacité de la gestion ¹⁴.

¹⁰ 2010 ONSC 1204 (CanLII) au para. [38].

¹¹ *Law Society of British Columbia. c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S 113.

¹² Voir, par exemple, le Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique du Canada, dont un extrait figure à l'annexe 2, et l'art. 54 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 12 et 13.

¹³ L.C. 1908, ch. 15.

¹⁴ L. Juillet et K. Rasmussen, *Merit and the Public Service*, dont un extrait figure dans (2008), 38 *Optimum Online* 31 (<http://www.optimumonline.ca/article.phtml?id=312>)

Cette évaluation se reflète dans le Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique du Canada, qui prévoit ceci :

Les fonctionnaires, dans l'exercice de leurs fonctions et dans leur conduite professionnelle, seront guidés par un cadre équilibré de valeurs de la fonction publique : les valeurs démocratiques, professionnelles, liées à l'éthique et liées aux personnes¹⁵.

Ces valeurs trouvent écho également dans certains des éléments des codes régissant la profession juridique, notamment la question des conflits d'intérêts et celle de la confidentialité. Toutefois, elles diffèrent à certains égards, et les différences sont examinées ci-après en fonction d'éléments spécifiques des responsabilités professionnelles, comme la confidentialité et la prévention des conflits d'intérêts.

Enfin, il convient de noter que le chapitre 1 du Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique du Canada incorpore des normes professionnelles dans les termes suivants :

En plus des dispositions du présent Code, il incombe aux fonctionnaires de respecter toutes les exigences particulières en matière de conduite qui sont contenues dans les lois régissant leur ministère ou leur organisation respective [...]¹⁶

On suppose ainsi qu'il n'existe aucune incompatibilité entre le Code et d'autres exigences professionnelles. Cela reste à voir.

Conseillers législatifs

Le rôle de conseiller législatif est une autre source de responsabilités propre à la fonction publique. De nombreuses administrations disposent de lois qui encadrent son travail et lui attribuent des fonctions particulières qui se rapportent au système législatif dans son ensemble. Par exemple, aux termes de l'article 3 de la *Loi sur les textes réglementaires*,¹⁷ le greffier du Conseil privé procède, après consultation du sous-ministre de la Justice, à l'examen de tous les projets de règlement, pour s'assurer qu'ils satisfont aux critères de légalité et de qualité du texte énumérés à cet article. On retrouve des fonctions d'examen semblables, bien qu'elles s'intéressent surtout à la *Charte canadienne des droits et libertés*, à l'article 4.1 de la *Loi sur le ministère de la Justice*.¹⁸ La *Legislative Standards Act, 1992* du Queensland, qui a établi le Bureau du conseiller parlementaire et énumère une série de principes législatifs fondamentaux dont le bureau doit assurer le respect dans la rédaction des lois, en est un autre exemple.

¹⁵ Voir l'annexe 2.

¹⁶ La version anglaise fait mention également de « their profession ».

¹⁷ LRC 1985, ch. S-22.

¹⁸ LRC 1985, ch. J-2.

Les dispositions législatives notées précédemment et d'autres dispositions similaires énoncent des responsabilités que l'on associe plus généralement à la fonction de conseiller législatif¹⁹, dont le rôle peut être expliqué dans les termes suivants :

[TRADUCTION] [...] lorsque le mandat d'un service de rédaction est pangouvernemental, ce service a pour clients des institutions comme les ministères. Ses responsabilités excèdent alors la satisfaction des intérêts d'un client en particulier et englobent celles d'assurer la cohésion du corpus législatif et sa viabilité en tant que système de droit. L'un des objets d'un tel service est de veiller à ce que, dans la poursuite d'objectifs d'ordre public, le système demeure cohérent, intelligible et efficace. Ses responsabilités peuvent également s'étendre à la protection de valeurs associées au système juridique, comme l'équité et l'égalité, de sorte qu'on le perçoit souvent comme étant le « gardien des lois »²⁰.

À qui le conseiller est-il redevable? Qui est le client?

La description générale que nous venons de donner des obligations déontologiques et professionnelles repose sur la question fondamentale suivante : à qui le conseiller est-il redevable ou, lorsqu'il s'agit de la prestation de services juridiques, qui est le client? En plus d'avoir une incidence sur la nature des obligations, la réponse à cette question en donne également la teneur. Si une obligation doit être accomplie pour le bénéfice d'une personne, les besoins et la volonté de cette personne auront une influence cruciale sur l'exécution de cette obligation.

Pour le conseiller juridique de pratique privée qui offre ses services à un particulier, la réponse à cette question est très simple. Ce particulier est le client, et il incombe au conseiller juridique de servir ses intérêts, sous réserve d'intérêts publics prépondérants, tout en respectant la loi et en préservant l'intégrité du système juridique.

La réponse est en revanche plus complexe lorsque les services sont fournis à une personne morale, comme l'établit le commentaire du paragraphe 2.02(1.1) du Code de déontologie du Barreau du Haut-Canada :

L'avocat ou l'avocate qui agit pour un organisme ne doit pas perdre de vue le fait que c'est l'organisme lui-même qui est son client et que ce client a une personnalité juridique distincte de ses actionnaires, dirigeants, administrateurs et employés. Même si c'est par le biais de ses dirigeants, administrateurs, employés, membres, mandataires et représentants que l'organisme agit et donne des instructions, ce sont les intérêts de l'organisme lui-même que l'avocat ou l'avocate doit veiller à servir et à protéger. En outre, comme un organisme dépend de personnes physiques pour donner des instructions, l'avocat ou l'avocate doit veiller à ce que la personne physique qui

¹⁹ Voir G.C. Thornton, *Legislative Drafting*, 3^e éd. (Butterworths: 1997), p. 124 et s.

²⁰ J.M. Keyes & K. MacCormick, « Roles of Legislative Drafting Offices and Drafters » (article non publié présenté lors de la Conférence de rédaction de 2002 de l'Institut canadien d'administration de la justice: <http://www.ciaj-icaj.ca/english/publications/LD94-Maccormick.eng.pdf>.) Voir aussi les articles de D. Hull et S. Laws, « The Role of Legislative Counsel: Wordsmith or Counsel? » [2008] 1 *The Loophole* 35 et ss.

lui donne des instructions pour le compte de l'organisme agisse avec l'autorisation effective ou apparente de ce dernier.

Ce point de vue à l'égard des personnes morales s'applique sans doute également aux organismes du secteur public. Le Code de l'ABC définit ainsi les termes « client » et « personne » :

« Client » la personne

(i) qui consulte un avocat qui lui rend ou s'engage à lui rendre des services juridiques; ou

(ii) qui a consulté un avocat et qui a raisonnablement conclu que l'avocat a accepté de lui rendre des services juridiques.

Dans le cas d'un individu qui consulte l'avocat à titre de représentant, s'entend de la personne, la société, la société de personnes, l'organisation ou l'entité juridique que cet individu représente.

« Personne » comprend la corporation, la personne morale, l'association, la société ou le groupement, la Couronne canadienne, provinciale ou territoriale et le gouvernement ou la subdivision politique d'un État.

Par ailleurs, la déclaration de principe qui figure au chapitre 12 du Code de l'Alberta commente en ces termes la qualité de client attribuée à l'administration :

[TRADUCTION] Il incombe à l'avocat du secteur privé ou du secteur public, sous réserve des limites imposées par la loi ou par la déontologie professionnelle, de servir au mieux les intérêts de la société ou de l'administration qu'il représente, tels que celle-ci les perçoit.

[...]

De même, le client de l'avocat du secteur public est l'État lui-même et non pas un organisme ou un ministre²¹.

Bien que ces règles paraissent très simples, les réalités et les complexités des organismes publics sont très différentes. Le terme « gouvernement » renvoie généralement à l'exécutif, mais le terme « État » fait référence à l'appareil entier de l'État (à savoir les branches législative, judiciaire et exécutive). Cependant, dans le cadre des règles de déontologie professionnelle, on peut sans craindre de se tromper supposer que l'on vise seulement l'exécutif et son prolongement, l'administration publique, étant donné l'indépendance dont jouissent les autres branches de l'État par la voie du partage des compétences qui est généralement reconnu dans les régimes parlementaires.

Au sein de l'exécutif, il est également possible d'établir une différence entre divers éléments qui peuvent jouir d'une certaine indépendance par rapport aux autres. Pour les besoins du présent article, j'entends approfondir la notion de client dans ce contexte en arrêtant ma réflexion sur deux autres questions relatives aux organismes publics en tant que clients. La première concerne la manière de déterminer les intérêts des organismes

²¹ Note 8, précitée.

publics, tandis que la seconde porte sur la personne qui donne des instructions et, plus généralement, la personne qui prend des décisions pour le compte de tels organismes.

Les intérêts du client

Lorsqu'il s'agit de déterminer quels sont les intérêts d'un client, il existe certaines distinctions importantes entre la manière de déterminer ceux des sociétés privées et ceux de l'État. La personne morale privée est généralement régie par une série d'objets définis qui donnent une idée de ce que sont ses intérêts. Il existe également un ensemble important de règles régissant le droit des sociétés qui permettent de définir ces intérêts, bien qu'il vaille la peine de noter que ceux-ci sont de plus en plus perçus comme étant simplement les intérêts des actionnaires²².

La nature et les intérêts des organismes publics ne sont pas si aisément ni si bien définis, et ce qui constitue « l'intérêt public » suscite un débat constant qui, parfois, relève de la conjecture. Le professeur Hutchinson écrit ceci :

[TRADUCTION] Toutefois, il est évident, étant donné le grand nombre de notions conflictuelles de l'intérêt public et de la manière dont celui-ci devrait s'appliquer dans des situations particulières, que la tâche de désigner quelles fins sont dans l'intérêt public et quels moyens — également compatibles avec l'intérêt public — sont justifiés pour arriver à ces fins, est ardue et controversable²³.

C'est sans doute ce qui explique pourquoi le Code de l'Alberta prescrit que les intérêts d'une entité publique doivent être déterminés [TRADUCTION] « tels que les perçoit l'entité publique en cause ». Quant à la question de savoir ce qu'il faut entendre par le terme « gouvernement », il précise ce qui suit :

[TRADUCTION] De même, le « gouvernement » doit revêtir son sens le plus large. L'avocat qui travaille au sein d'une division, d'un ministère ou d'un organisme public ou d'une société qui, en fin de compte, est contrôlée par l'État, est considéré comme

²² Voir *Magasins à rayons People c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461, 2004 C.S.C. 68, par. 41 et 42, où la Cour s'exprime ainsi :

[...] il est évident qu'il ne faut pas interpréter l'expression « au mieux des intérêts de la société » comme si elle signifiait simplement « au mieux des intérêts des actionnaires ». D'un point de vue économique, l'expression « au mieux des intérêts de la société » s'entend de la maximisation de la valeur de l'entreprise [...] Les tribunaux reconnaissent toutefois depuis longtemps que divers autres facteurs peuvent servir à déterminer les éléments dont les administrateurs devraient tenir compte dans une gestion judicieuse au mieux des intérêts de la société.

[...]

Nous considérons qu'il est juste d'affirmer en droit que, pour déterminer s'il agit au mieux des intérêts de la société, il peut être légitime pour le conseil d'administration, vu l'ensemble des circonstances dans un cas donné, de tenir compte notamment des intérêts des actionnaires, des employés, des fournisseurs, des créanciers, des consommateurs, des gouvernements et de l'environnement.

²³ Note 9, précitée, p. 115 et 116. Voir aussi Deborah MacNair, « In the name of the public good: 'Public Interest' as a Legal Standard » (2006), 10 Can. Crim. Law Rev. 175.

travaillant pour l'État et non pour la division, le ministère, l'organisme ou la société en question²⁴.

Cette définition donne à penser qu'il existe un client général qui se compose d'une multitude d'organismes qui, dans les faits, jouissent de divers degrés d'indépendance entre eux. Ainsi, de nombreux organismes administratifs ont des fonctions quasi judiciaires et exercent leurs activités de façon autonome, tout en demeurant assujettis aux directives du gouvernement ou à une révision, par celui-ci, de leurs décisions²⁵. Il arrive parfois que ces organismes aient également une qualité distincte dans le cadre d'instances judiciaires où ils sont représentés par leur propre avocat plutôt que par ceux du ministère public²⁶. Nombre d'entre eux ont aussi leurs propres services juridiques et ne sont donc pas obligés de recourir aux services juridiques centraux, tel que ceux du procureur général²⁷. On peut penser que les mécanismes de surveillance mis en place pour les sociétés et organismes publics autonomes n'empêchent pas qu'ils puissent avoir besoin des services d'un avocat indépendant. Or, comment cette indépendance cadre-t-elle avec le concept d'un client unique du secteur public?

Le concept du client général ne peut passer outre à la structure organisationnelle qui est implicite dans les dispositions constitutionnelles ou législatives qui créent des organismes publics. Il peut cependant établir l'existence de limites quant à la mesure dans laquelle les divers organismes publics et leurs dirigeants peuvent exercer leurs pouvoirs. Le caractère particulier du client unique témoigne de l'orientation fondamentale à l'égard de l'intérêt public que les organismes publics ont en commun. Bien qu'il puisse exister un vaste débat sur ce qui constitue l'intérêt public dans une situation donnée, les organismes publics existent pour le définir et le promouvoir. Dans cette mesure, ils visent tous un objectif commun qui, dans le monde des responsabilités professionnelles, trouve son pendant dans l'existence du client unique, quoique celui-ci compte de nombreux acteurs et composantes qui agissent pour son compte. Il est donc essentiel de déterminer lequel d'entre eux a le droit d'agir ou de fournir des directives pour ce client, et de préciser la portée de ce droit.

Déterminer qui représente le client

Le Code de l'Alberta traite de cette question en détail, prescrivant ce qui suit :

²⁴ Note 8, précitée, ch. 12, G.1.

²⁵ Voir, par exemple, l'art. 89 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11 (instructions aux sociétés d'État), l'art. 43 de la *Loi sur les transports au Canada* (directives à l'Office des transports du Canada), et les art. 26 à 28 de la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11 (instructions au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes et réexamen de ses décisions sur demande).

²⁶ Par exemple, une recherche dans la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale de 2000 à 2008 nous apprend que, dans huit décisions de cette cour, l'Office des transports du Canada comparait à titre de partie intimée et que dans neuf affaires en appel de ses décisions le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes fait de même. Dans toutes ces affaires, les organismes en question n'ont pas été représentés par un avocat du ministère public.

²⁷ C'est le cas de l'Office des transports du Canada et du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes.

[TRADUCTION] À l'interne, le client qui est une société privée ou une entité publique formule habituellement des instructions précises sur les fonctions et les responsabilités de l'avocat. Ce dernier peut être tenu, notamment, d'accepter des instructions d'une personne ou d'un groupe relevant du client et de lui faire rapport.

[...]

L'avocat de la société ou de l'entité publique en cause est justifié d'agir conformément aux instructions de celle-ci, jusqu'à ce qu'elle les annule ou les révoque. La société ou l'entité n'ayant d'autre choix que d'agir par l'intermédiaire de mandataires, l'avocat doit cependant être convaincu que ces derniers sont bel et bien habilités à la représenter et que les instructions qu'ils donnent sont dans son intérêt, tel qu'elle le perçoit, compte tenu de certaines considérations, notamment les conseils juridiques qu'elle a pu recevoir. Il est rarement nécessaire d'effectuer une vérification ou un examen indépendant lorsque les instructions ont été reçues par les voies normales et qu'elles ne sont assorties d'aucun élément inhabituel ou sujet à caution²⁸.

Les responsabilités et les pouvoirs de ceux qui sont employés ou mandatés par une organisation sont définis plus ou moins précisément. Dans l'administration publique, le pouvoir ultime revient au Cabinet et aux ministres qui en font partie. Cependant, étant donné l'ampleur des activités de l'État, bon nombre de ces responsabilités et pouvoirs doivent être exercés par des fonctionnaires. Ce principe de la délégation a été reconnu dans la doctrine de l'*alter ego* énoncée dans l'affaire *Carltona Ltd. c. Commissioners of Works*²⁹. Cette division des fonctions survient, dans un premier temps, au moment de l'organisation des ministères et organismes publics et de l'établissement de leur mandat et, dans un deuxième temps, au moment de la mise en place d'autres structures organisationnelles au sein de chacun de ces ministères ou organismes, et de la création des postes et de la description des fonctions s'y rattachant. Ainsi donc, les conseillers législatifs ne devraient prendre leurs instructions que des fonctionnaires dont les responsabilités cadrent avec le type d'instructions données. À titre d'exemple, les décisions stratégiques d'importance devraient être prises à un niveau hiérarchique très élevé, voire par les ministres eux-mêmes, tandis que les détails d'importance secondaire peuvent être réglés par des fonctionnaires qui travaillent au niveau opérationnel.

La rédaction législative

Juristes du secteur public

Lorsqu'il s'agit de rédaction législative, il est parfois difficile d'établir clairement à qui sont destinés les services fournis par les conseillers législatifs. Cela est d'autant plus vrai lorsque tous les règlements doivent être examinés par un organisme central de l'État. Par exemple, aux termes de l'article 3 de la *Loi sur les textes réglementaires*, le greffier du Conseil privé procède, en consultant le sous-ministre de la Justice, à l'examen de tous les règlements fédéraux. Dans la pratique, cet examen inclut souvent la prestation de services de rédaction en plus de conseils sur la question de savoir si un projet de règlement

²⁸ Note 8, précitée, Chapitre 12, premier paragraphe des commentaires.

²⁹ [1943] 2 All ER 560 (C.A.).

satisfait aux critères énoncés à l'article 3. Sur le plan fonctionnel, le rapport entre le conseiller législatif du ministère de la Justice et les fonctionnaires du ministère ou de l'organisme responsable du règlement ressemble de près à celui qu'entretient tout conseiller juridique avec son client, à ceci près que l'organisme a son propre conseiller juridique à qui il peut demander de participer à la rédaction du règlement. Cependant, quelques organismes qui sont des entités réglementaires indépendantes ont également des compétences adjudicatives et disposent de leurs propres conseillers juridiques qui les conseillent sur la rédaction des règlements.

Dans ces circonstances, cependant, qui est le client du conseiller législatif? On pourrait soutenir que c'est l'autorité centrale chargée de l'examen, soit le greffier du Conseil privé, mais alors quel est le rôle du ministère ou de l'organisme parrain? Est-il, en quelque sorte, pour la prise du règlement, une émanation de l'État, même si le terme est par trop général lorsqu'il est appliqué à ses fonctions juridictionnelles? Ou conserve-t-il son indépendance et reçoit-il des services de rédaction et de conseil autrement qu'à titre de client du conseiller législatif? Il n'existe aucune réponse claire à cette question, sauf que cette relation déborde le cadre des catégories bien nettes qui définissent les rapports entre le conseiller juridique et son client dans le secteur privé.

Pour ce qui est du conseiller législatif, des règles bien établies permettent de déterminer qui peut lui donner des instructions. Par exemple, au sein de l'administration publique du Canada, la rédaction des projets de loi d'initiative gouvernementale et les instructions données à cet égard doivent être approuvées par le Cabinet³⁰. La décision du Cabinet fonde et encadre le pouvoir d'entreprendre la rédaction et indique quel ministère est chargé de fournir les instructions. Elle fait ressortir également qui a le pouvoir ultime de prendre des décisions pour le compte de l'État en tant que client, à savoir les ministres, ce qui donne ensuite une idée de l'ordre hiérarchique grâce auquel on peut déterminer qui parle au nom de l'État. Ainsi, les questions qui ne peuvent être résolues à un niveau peuvent être acheminées au palier supérieur.

Cette structure générale qui encadre la formulation d'instructions ne permet pas d'éviter ou de résoudre complètement la question de savoir qui a le droit de donner des instructions. Les lois touchent de plus en plus souvent plusieurs ministères et, bien que les procédés du Cabinet soient conçus pour résoudre tout conflit susceptible de naître entre eux, ils ne permettent pas de régler toutes les questions, particulièrement celles touchant la manière dont un régime législatif doit être élaboré. Le Cabinet est encore moins apte à régler de tels conflits lorsque les orientations législatives sont conçues à la hâte et que la rédaction est entreprise avant que celles-ci ne soient bien établies. Dans de tels cas, ce sont les organismes centraux, tel un service du Cabinet, qui jouent un rôle primordial dans la résolution de conflits et la formulation d'instructions définitives.

Cependant, la capacité de ces organismes de résoudre les conflits est limitée tout autant que l'est celle des cadres supérieurs face à des conflits surgissant à des échelons

³⁰ Voir la Directive du Cabinet sur l'activité législative, article 4 : http://www.pco-bcp.gc.ca/index.asp?lang=fra&page=information&sub=publications&doc=legislation/cabdir-dircab_f.htm

inférieurs. Cela impose une discipline supplémentaire à ceux qui ont la responsabilité ultime de le faire. Ce ne sont pas toutes les questions qui peuvent ou devraient être soumises au palier supérieur : les gestionnaires s'attendent en effet généralement à ce que le plus grand nombre possible d'entre elles soient réglées aux échelons inférieurs. Donc, les conseillers législatifs contribuent fréquemment à faire le tri en négociant des solutions auprès des différents fonctionnaires. L'expérience vécue dans le secteur privé où un client bien individualisé donne des instructions claires à son conseiller juridique est bien différente de celle vécue par le conseiller législatif du secteur public, où les instructions sont rarement arrêtées et émergent d'une dynamique complexe d'interactions entre fonctionnaires.

Juristes des assemblées législatives

La complexité de la notion de client revêt une autre dimension lorsqu'il est question de juristes qui travaillent pour des assemblées législatives dont les membres sont élus. Les juristes employés par ces assemblées fournissent des services de rédaction et de conseils à un groupe diversifié, partagé entre des positions politiques partisans et soutenant un vaste éventail d'objectifs et d'intérêts. Il peut être tentant de conclure qu'ils fonctionnent plutôt à la manière d'un cabinet de conseillers juridique du secteur privé qui répond aux besoins des clients particuliers, mais tel n'est habituellement pas le cas. Ils servent plutôt principalement les intérêts généraux de l'assemblée.

Aux États-Unis, on en a déduit que cela signifiait qu'il n'existe aucune relation avocat-client entre les conseillers parlementaires et les députés pris individuellement³¹. Une telle relation individuelle serait intenable étant donné la diversité d'intérêts qui existe parmi les députés de l'assemblée. La relation entre les conseillers parlementaires et les députés est plutôt déterminée en fonction des intérêts de l'assemblée dans son ensemble, de même qu'en fonction des ressources disponibles. L'assemblée doit parler d'une seule voix lorsqu'elle adopte des lois, et les conseillers sont là pour assurer l'unisson. Par ailleurs, il n'est tout simplement pas possible, notamment sur le plan financier, d'offrir à chaque député les services d'un conseiller juridique distinct.

Il ne faut pas en conclure que les conseillers parlementaires n'entretiennent aucune relation individuelle avec les députés. Ils le font et, à de nombreux égards, cette relation ressemble à celle de tout conseiller juridique avec son client, par exemple au regard de la confidentialité. La relation est simplement tempérée par la nécessité d'assurer la bonne marche de l'assemblée. J'examinerai ci-après de façon plus détaillée la manière dont cela se produit dans le contexte de mon analyse des divers aspects de la responsabilité professionnelle.

J'aimerais souligner un dernier point, avant de clore le sujet des assemblées législatives, à savoir que les conseillers législatifs de l'administration publique n'entretiennent aucune relation professionnelle avec les députés de l'assemblée législative. Cela peut sembler aller de soi, mais les députés de ces assemblées ne saisissent pas nécessairement les différences entre les juristes qui travaillent pour l'assemblée et ceux qui travaillent pour

³¹ Voir D. Brown et D. Cartin, « Position statement on the attorney-client relationship in the legislative employment setting » (1996), 10 *The Legislative Lawyer* 3.

l'administration publique; il leur arrive à l'occasion de les confondre, croyant à tort que, puisqu'il s'agit dans les deux cas de juristes du secteur public, ils travaillent tous pour eux. Il est donc primordial, lorsque les juristes de la fonction publique comparaissent devant des comités législatifs, qu'ils précisent clairement que leur rôle ne consiste pas à fournir des conseils juridiques, mais plutôt à répondre au nom du gouvernement à des questions au sujet de la loi que celui-ci parraine. Bien qu'ils puissent être en mesure d'exprimer un avis juridique au nom de l'administration publique, ils ne peuvent fournir de conseils juridiques aux membres d'un comité législatif. La distinction entre ces deux rôles est examinée plus loin³².

Prestation de conseils et mise en œuvre des instructions

Les règles et lignes directrices en matière de conduite professionnelle, que ce soit en pratique privée ou dans le secteur public, prévoient des limites substantielles sur ce qui, dans le cadre de la prestation de services juridiques, est permis ou requis. De manière générale, ces limites ont trait à la compétence, au maintien de l'intégrité de la profession et du système juridique et à la non-participation à des actes illégaux. Ces limites sont aussi, bien entendu, d'importance capitale pour les juristes de la fonction publique. En fait, elles peuvent revêtir plus d'importance pour ces derniers que pour les juristes de la pratique privée étant donné que toute action de l'État doit reposer sur un fondement juridique solide, alors qu'on considérera généralement qu'à moins d'indication contraire, l'action privée est permise.

Pour ce qui est de la compétence, comme je l'ai déjà fait remarquer, les ordres professionnels ne s'intéressent généralement pas à la manière dont les juristes qui détiennent une charge publique s'acquittent de leurs fonctions officielles, laissant à l'employeur le soin de régir cette matière³³. Dans le contexte de la rédaction législative, cette approche a été renforcée par suite de la décision rendue dans une affaire de négligence dans la rédaction d'un contrat³⁴. L'avocat en cause avait rédigé un contrat d'achat d'une entreprise, mais son client avait mal compris l'effet d'une clause essentielle pour le calcul du prix d'achat, de sorte qu'en fin de compte, il avait dû déboursier davantage que prévu pour acquérir l'entreprise. Le tribunal a cependant rejeté l'allégation de négligence au motif que le client était un homme d'affaires averti et que la clause visée était une clause commerciale dont le libellé type, à son avis, devait être familier à un homme d'affaires d'expérience dans le domaine des assurances. Si les tribunaux sont disposés à laisser des gens d'affaires avertis veiller à leurs propres intérêts pour ce qui est de comprendre les textes rédigés à leur intention, l'on pourra probablement en dire autant de l'État.

L'exercice du droit dans le secteur public se distingue également par son rapport à l'intérêt public³⁵. Dans la mesure où un gouvernement démocratique a pour tâche de

³² Voir ci-après, pp. 24.

³³ Notes 7 et 8, précitées.

³⁴ *Hallmark Financel c. Fraser & Beatty* (1990), 1 O.R., 3d, 641 (O.C.G.D.).

³⁵ Voir aussi la note, (2008), 121 *Harvard Law Review* 1409, pp. 1413 et 1414.

servir l'intérêt public, le juriste qui pratique au sein d'une administration doit prendre en compte cet intérêt dans une plus large mesure que son confrère ou sa consœur de pratique privée, moins interpellés par la question, comme le soulignent le professeur Hutchinson³⁶ et le juge Code.³⁷ Mais il est parfois difficile de déterminer ce qui relève de l'intérêt public, et il arrive que la question suscite une certaine controverse³⁸. Comment donc les conseillers législatifs satisfont-ils à ces obligations de prendre en considération des intérêts, notion qui ne peut être définie clairement, et comment évitent-ils toute illégalité lorsqu'ils rédigent les lois? On peut trouver réponse à ces questions dans les principes qui sous-tendent les gouvernements constitutionnels et les processus démocratiques.

Les constitutions encadrent l'action législative, et il incombe aux conseillers législatifs de favoriser, dans la rédaction des lois, la conformité avec les limites constitutionnelles. Cette obligation est reconnue dans des dispositions comme l'article 4.1 de la *Loi sur le ministère de la Justice*³⁹, qui impose au ministre de la Justice l'obligation d'examiner les projets de lois et de règlements pour déterminer s'ils sont compatibles avec la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Cependant, la détermination de la conformité avec les limites constitutionnelles est loin de procéder d'une science exacte; en fait, les tribunaux présument généralement que les lois sont valides. C'est ce que l'on peut déduire de l'obligation faite au ministre à l'article 4.1, de faire rapport à la Chambre des communes de toute incompatibilité qu'il découvre en vérifiant le projet de loi ou de règlement. Cette obligation de faire rapport ne naît que s'il existe une certitude quasi absolue à l'égard de l'incompatibilité, que l'on considère généralement comme justifiée lorsqu'aucun argument crédible ne peut être avancé pour la contrer⁴⁰.

Afin d'éviter toute transgression des limites constitutionnelles, il convient de souligner le rôle que le processus démocratique joue dans l'adoption des lois et dans le fonctionnement de gouvernements démocratiquement élus. La démocratie suppose l'élection par le peuple de représentants à qui l'on confie ainsi le droit d'exercer des pouvoirs publics. Les juristes sont employés pour conseiller ces représentants et, comme le dit le professeur Hutchinson, ils doivent [TRADUCTION] « s'en remettre à eux pour distinguer où est l'intérêt public lorsqu'ils déterminent les politiques et les mettent en œuvre »⁴¹. Il incombe donc aux conseillers législatifs, d'une part, de signaler tout risque de déclaration d'inconstitutionnalité et, d'autre part, de donner suite à la décision des

³⁶ Note 9, précitée.

³⁷ Voir *Alpha Care*, note 10, précitée.

³⁸ Voir L. Pal et J. Maxwell, *Assessing the Public Interest in the 21st Century: A Framework* (étude préparée à l'intention du Comité consultatif externe sur la réglementation intelligente, 2004) http://www.cprn.org/documents/25967_en.pdf et D. Zussman, « Governance: The New Balance between Politicians and Public Servants in Canada » 38 *Optimum Online*, quatrième numéro, déc. 2008 (<http://www.optimumonline.ca/article.phtml?id=319>).

³⁹ L.R.C. (1985), ch. J-2.

⁴⁰ Cette approche a été documentée par d'autres observateurs, notamment par J. Hiebert, *Charter Conflicts: What is Parliament's Role?*, McGill-Queen's University Press: 2002, p. 10.

⁴¹ Note 9, précitée, p. 117.

ministres d'aller de l'avant avec la loi en dépit de ce risque. Les conseillers législatifs ne sont pas des juges et ils n'exercent aucun pouvoir à l'égard des ministres ou des députés.

Cependant, on ne peut pas toujours s'en tenir à la prestation de conseils. Dans l'affaire *Alpha Care*, le juge Code a dit :

[TRADUCTION] [39] Je serais plutôt d'avis qu'il est également essentiel que le procureur de la ville veille à ce que le conseil municipal « respecte la loi ». Il ne suffit pas d'adopter une attitude antagoniste dans un litige, parce que l'argument du conseiller juridique de la partie adverse n'est pas formulé adéquatement, si cela signifie que le conseil municipal continuera de violer délibérément la loi. Le cadre législatif régissant les municipalités en général, et la ville de Toronto en particulier, qui est énoncé ci-dessus, ne permet pas de retenir cette approche. De manière plus fondamentale, l'importance de la primauté du droit comme précepte constitutionnel au Canada ne permet pas d'appliquer cette approche à l'administration des affaires publiques dans quelque ordre de gouvernement que ce soit.⁴²

Si un client du secteur public vise une approche manifestement illégale et qu'aucun argument crédible ne peut être avancé à l'appui de la constitutionnalité du texte à rédiger, les conseillers législatifs doivent s'interroger sur l'opportunité de poursuivre leur travail. Reed Dickerson résume le dilemme dans les termes suivants :

[TRADUCTION] Dans quelle mesure le rédacteur peut-il privilégier ses propres valeurs sociales lorsqu'il élabore un accord pour son client? Dans une faible mesure seulement. S'il ne peut plus servir loyalement les vues de son client, il devrait mettre un terme à sa relation avec lui. Si, par contre, il réussit à faire preuve de retenue et à demeurer respectueux dans l'expression de ses réticences, il peut habituellement aider son client à formuler bon nombre d'orientations⁴³.

Bien qu'elle revête la plus haute importance en matière de rédaction des lois, ainsi qu'il a été noté précédemment⁴⁴, la constitutionnalité d'une mesure n'épuise pas la responsabilité du conseiller législatif. Celui-ci a également pour rôle, sur le plan professionnel, de faire en sorte que la loi soit énoncée en des termes clairs et en conformité avec les conventions de rédaction. Cette tâche n'est pas toujours aisée, surtout lorsque les fonctionnaires qui donnent les instructions peuvent avoir intérêt à maintenir une certaine imprécision ou ambiguïté. Reed Dickerson retrace l'une de ses expériences à cet égard :

[TRADUCTION] La rédaction législative soulève des questions d'éthique qui lui sont propres. Lorsque je rédigeais des lois pour le Pentagone, un avocat qui occupait un poste élevé au sein de l'Agence nationale de sécurité m'a demandé d'« embrouiller » un projet de loi pour que, lorsque la disposition en cause serait soumise à nouveau à l'ANS à des fins d'application, l'agence puisse interpréter dans le sens qu'elle

⁴² Voir *Alpha Care*, note 10 précitée au para. 39.

⁴³ R. Dickerson, *The Fundamentals of Legal Drafting*, 2^e éd. (Little, Brown and Company, Toronto: 1986), p. 13. Voir aussi Zussman, note 38, précitée.

⁴⁴ Note 20, précitée.

souhaitait ce qu'elle y avait subtilement caché. Un tel geste ne serait certainement pas sans précédent, mais je lui ai signifié que je ne participerais pas à un stratagème qui aurait pour effet de mettre des œillères au Congrès⁴⁵.

Le refus de Dickerson de rédiger dans de telles circonstances témoigne incontestablement d'une caractéristique unique des services que les conseillers législatifs fournissent. Non seulement donnent-ils des conseils, que leurs clients peuvent choisir de suivre ou pas, mais ils utilisent leurs pouvoirs d'expression pour créer une chose que leurs clients seront appelés à utiliser. Le lien entre les conseillers législatifs et leur projet de texte entraîne certes un sens des responsabilités plus grand que s'ils avaient simplement offert des conseils à leurs clients. Même si on peut atténuer cette responsabilité en joignant une mise en garde au projet, on ne peut cependant pas s'y soustraire complètement.

Conflits d'intérêts

La question des conflits d'intérêts — réels ou apparents — est importante tant pour les fonctionnaires qui exercent la profession juridique que pour les autres fonctionnaires. Bien que les conflits vécus par les uns et les autres présentent, d'un point de vue général, de nombreuses similitudes, la manière dont ils prennent naissance diffère souvent considérablement.

Pour le professionnel du droit, les conflits d'intérêts proviennent principalement de trois sources :

- les conflits entre différents clients;
- les intérêts conflictuels entre lui et ses clients;
- les conflits découlant du fait qu'il pratique le droit et s'adonne simultanément à une activité, commerciale ou autre⁴⁶.

Dans la fonction publique, on prévoit la possibilité de conflits semblables entre des intérêts privés et les devoirs des fonctionnaires⁴⁷. Les conflits naîtraient des relations que les fonctionnaires peuvent entretenir avec des personnes ou organisations à l'extérieur de la fonction publique, particulièrement celles dont ils peuvent tirer un gain personnel. Ce genre de conflits, en plus d'être traité dans les codes de déontologie, fait généralement l'objet de sanctions pénales lorsque le comportement en cause équivaut à de la corruption ou à un abus de pouvoir⁴⁸.

Intérêts conflictuels des clients

Les juristes qui travaillent dans le secteur public ou une assemblée législative ont, à proprement parler, un seul client. Ils sont généralement engagés pour fournir des services

⁴⁵ Dickerson, note 43, précitée.

⁴⁶ Voir le Code de l'ABC, chapitres 5 et 6.

⁴⁷ Voir le Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique du Canada, chapitre 2, et la *Loi sur les conflits d'intérêts*, L.C. 2006, ch. 9, art 2, concernant les titulaires de charge publique.

⁴⁸ Voir le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 119 à 125.

juridiques exclusifs à celui-ci et il leur est généralement interdit d'exercer le droit autrement. Il est donc peu probable que le travail de ces juristes dans le cadre de leur emploi pour ce client engendre ce genre de conflit. Celui-ci peut cependant naître des activités qu'ils mènent soit avant, soit après un tel emploi. Il existe également, sinon des conflits, à tout le moins des tensions susceptibles de survenir au sein des diverses composantes d'un client complexe du secteur public. Je me pencherai ici sur les conflits avant-mandat et après-mandat et j'examinerai les tensions internes avec les clients sous la rubrique « conflit institutionnel ».

Le risque que ce genre de conflit survienne est reconnu dans de nombreux codes professionnels dans les cas où un avocat passe d'un cabinet à un autre. Ainsi, le Code de l'ABC prescrit ceci :

23. Lorsque le membre qui change de cabinet possède sur l'ancien client des renseignements pertinents et confidentiels dont la divulgation aux membres du nouveau cabinet pourrait causer un préjudice à l'ancien client, le nouveau cabinet doit cesser de représenter son client dans cette affaire, sauf dans l'un ou l'autre des cas suivants [...] ⁴⁹

Il énonce ensuite les circonstances dans lesquelles le conflit sera éliminé ou atténué.

Dans le cas où une personne laisse la pratique privée pour travailler pour l'État, il peut effectivement exister un risque de conflit de ce genre, par exemple lorsqu'une personne est mutée à un service de contrôle d'application de la loi qui traite avec ses anciens clients. On peut concevoir également qu'il puisse exister un conflit d'intérêts lorsque le juriste qui a conseillé des clients du secteur privé sur une loi se joint à un organisme public qui révisé la même loi par suite d'une poursuite intentée par ces clients contre l'État. On peut en revanche difficilement concevoir qu'un conflit puisse naître du seul fait qu'un juriste a travaillé pour des clients du secteur privé qui sont assujettis à une loi d'application générale en cours de révision. Il n'y a pas de conflit non plus lorsqu'il y a un changement de gouvernement, puisque le client est le gouvernement et non pas les particuliers qui y occupent une charge.

Les codes professionnels reconnaissent également le risque de conflit que posent les cas où les juristes quittent la fonction publique pour aller travailler dans le secteur privé. Ainsi, le chapitre 5, règle 18 du Code de l'ABC prescrit ceci :

18. Un avocat qui dispose de renseignements du gouvernement considérés comme confidentiels portant sur une personne et obtenus lorsqu'il était un fonctionnaire ou un employé, ne représentera pas un client (autre que l'organisme dont il était un fonctionnaire ou un employé) dont les intérêts sont opposés à ceux de cette personne dans une affaire dans laquelle les renseignements pourraient être utilisés au détriment de cette personne.

De même, le paragraphe 6.05(5) du Code de déontologie du Barreau du Haut-Canada prévoit ce qui suit :

⁴⁹ Note 7, précitée, chapitre 5.

(5) L'avocate ou l'avocat qui a quitté sa charge publique ne doit pas agir pour un client ou une cliente dans une affaire à l'égard de laquelle il a assumé d'importantes responsabilités dans l'exercice de ses fonctions antérieures.

Enfin, les codes dont se dotent les fonctions publiques de même que les lois sur les conflits d'intérêts régissent aussi les activités après-mandat des fonctionnaires. Ainsi, dans son chapitre 3, le Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique du Canada prescrit ceci :

Les ex-fonctionnaires doivent réduire au minimum la possibilité de se trouver dans des situations de conflits d'intérêts réels, apparents ou potentiels entre leur nouvel emploi et leurs dernières responsabilités dans la fonction publique fédérale⁵⁰.

Le code dresse ensuite une liste des activités précises que le fonctionnaire ne peut mener pendant un certain temps après avoir quitté de la fonction publique. Il ne peut, par exemple :

[...] donner à ses clients, au moyen de renseignements qui ne sont pas accessibles au public, des conseils touchant les programmes ou les politiques du ministère ou de l'organisme pour lequel il travaillait ou avec lequel il entretenait d'importants rapports directs.

L'affaire *Tiboni c. Merck Frosst Canada* illustre bien le sérieux avec lequel les tribunaux entendent traiter ces dispositions. Dans cette affaire, le tribunal a statué qu'un ancien ministre de la Santé ne pouvait agir à titre d'avocat dans une affaire mettant en cause les actions de son ministère pendant qu'il le dirigeait⁵¹.

Intérêts conflictuels entre les conseillers juridiques et leurs clients

Il n'est guère difficile de cerner les situations donnant lieu à des conflits d'intérêts avec un client, que ce soit dans le secteur public ou en pratique privée. Ils sont aisément décelés dès qu'un gain matériel ou les activités extrinsèques à sa relation professionnelle laissent planer un doute sur l'intégrité du conseiller juridique⁵². Cependant, pour les conseillers législatifs, le risque de conflit d'intérêts est fort important étant donné l'application et la portée généralement larges des textes législatifs qu'ils rédigent. Ils sont assujettis à la loi au même titre que les autres citoyens et peuvent donc en subir l'effet personnellement. Si l'on appliquait à leur égard une notion rigoureuse du conflit d'intérêts, ils ne pourraient travailler que sur un très petit nombre de lois. Ainsi, le simple fait qu'une loi puisse s'appliquer au conseiller législatif lui-même ne devrait pas être suffisant pour l'empêcher d'y travailler.

On pourrait soutenir que, dans le cas du conseiller législatif, le conflit suppose l'existence d'un intérêt personnel plus important ou plus substantiel que celui de la plupart des autres membres de la société. Ainsi, il n'y a aucun obstacle à la rédaction de dispositions générales prescrivant l'imposition aux particuliers d'un impôt sur le revenu. En revanche,

⁵⁰ Voir aussi la partie 3 de la *Loi sur les conflits d'intérêts*, L.C. 2006, ch. 9, art. 2.

⁵¹ 2008 CanLII 6872 (C.S. ON.).

⁵² Note 48, précitée.

la rédaction d'une disposition énonçant une exemption fiscale spéciale pour les propriétaires d'un certain type de biens pourrait créer un tel conflit si la personne qui rédige la disposition est aussi propriétaire d'un tel bien. Il ne sera sans doute pas toujours facile de tracer la ligne de démarcation entre les deux situations, mais les codes de déontologie laissent généralement place à un certain pouvoir discrétionnaire pour régler ces cas⁵³.

La responsabilité de rédiger des lois peut aussi entraîner un autre type de conflit qui naîtrait des opinions personnelles du conseiller législatif quant au bien-fondé de l'orientation politique à la base des instructions de rédaction. Le fait que celui-ci ait des idées bien arrêtées —et contraires à celles de son client— sur l'orientation entraîne un conflit d'intérêts qui met en péril sa relation professionnelle et, dans le contexte de la fonction publique, sa neutralité politique. Bien que le conseiller juridique ou le fonctionnaire doive offrir des conseils de façon objective et franche, il y a une ligne à ne pas franchir au-delà de laquelle un excès de franchise confine à l'obstruction et mine la relation de confiance. Cette ligne est franchie lorsqu'on perd de vue qu'il revient aux représentants élus de fixer les orientations.

Activités conflictuelles

Le conflit d'intérêts, dans le contexte de la fonction publique, englobe davantage que la simple question du gain matériel et s'étend également aux activités qui sont incompatibles avec un emploi dans la fonction publique. On touche à l'un des piliers d'une fonction publique professionnelle : la « neutralité politique » et la capacité de servir à la fois le gouvernement, de quelque parti qu'il soit et, plus généralement, le public. La neutralité politique est protégée par des restrictions législatives aux activités politiques des fonctionnaires⁵⁴ et par les codes de déontologie des fonctions publiques, dont celui de la fonction publique fédérale, qui prévoit ceci :

Il incombe aux fonctionnaires de respecter les lois du Canada et de préserver la tradition de neutralité politique de la fonction publique.

Les fonctionnaires doivent exercer leurs fonctions officielles et organiser leurs affaires personnelles de façon à préserver et à accroître la confiance du public à l'égard de l'intégrité, de l'objectivité et de l'impartialité du gouvernement⁵⁵.

La condition de neutralité politique met les juristes du secteur public dans une classe à part comparativement à leurs confrères et consœurs du secteur privé. Ils doivent

⁵³ Par exemple, le chapitre 2 du Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique du Canada, précité à la note 47, précise ce qui suit :

Les fonctionnaires qui encourent un tel risque doivent présenter à l'administrateur général un rapport confidentiel sur l'emploi et les activités extérieures susceptibles de les soumettre à des exigences incompatibles avec leurs fonctions officielles. Il en est de même si leur capacité d'accomplir objectivement leurs fonctions est susceptible de soulever des doutes. Dans un tel cas, si l'administrateur général détermine qu'il existe un risque réel ou potentiel de conflit d'intérêts, celui-ci peut exiger la réduction, la modification ou l'abandon de ces activités.

⁵⁴ Voir la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, partie 7 (Activités politiques), L.C. 2003, ch. 22.

⁵⁵ Ibid.

maintenir un niveau plus élevé de détachement à l'égard de leurs clients tout en étant en mesure de conseiller leurs rivaux politiques en cas de changement de gouvernement.

Conflit institutionnel

Deborah MacNair identifie un autre type de conflit d'intérêts dont il n'est pas fait mention dans les codes professionnels ou ceux de la fonction publique :

[TRADUCTION] Le rôle de ministre de la Justice et procureur général est souvent perçu comme donnant lieu à un conflit d'intérêts « institutionnel », en ce sens que, de par sa nature même, le poste met automatiquement son titulaire dans une situation de conflit d'intérêts. Le conflit naît du double rôle qu'assume le ministre : d'une part, il élabore les orientations politiques qui sous-tendent les mesures législatives et offre des services de conseils juridiques à l'État fédéral et, d'autre part, à titre de procureur général du Canada, il doit exercer ses responsabilités d'une manière indépendante et dans l'intérêt public⁵⁶.

L'organisation des administrations publiques en divers ministères et organismes dont les activités appuient les différents ministres contribue elle aussi à la difficulté. Bien que le principe de la solidarité ministérielle et celui de l'unité de l'État les regroupent en une seule entité, le monde des politiques et celui de l'administration font, dans la réalité, face à des différences internes entre ces composantes pour ce qui est de déterminer ce qu'il convient de faire dans une situation donnée. Les structures d'élaboration de politiques et de gouvernance au sein de l'administration sont censées atténuer ces différences, en veillant en bout de ligne à ce qu'elles soient portées à l'attention du Cabinet pour une résolution finale si elles ne peuvent être résolues autrement. Mais dans les limites de ces processus, les individus au sein de l'administration publique cherchent constamment à obtenir un appui politique et juridique pour leurs positions et se tournent souvent vers les juristes de la fonction publique comme s'ils étaient leur propre conseiller juridique plutôt qu'un conseiller juridique représentant l'État dans son ensemble. On pourrait soutenir que les différences entre ces acteurs font surgir des conflits qui s'apparentent à ceux qui naissent entre des clients individuels dans le secteur privé.

Ce type de conflit diffère quelque peu, de par sa nature, des autres types de conflits d'intérêt. Il est, en quelque sorte « institutionnalisé » par la loi qui crée des institutions publiques et définit les rôles de ceux qui agissent pour elles. Par exemple, à la suite de la publication du rapport de la Commission Glassco⁵⁷, le ministère de la Justice a été investi du rôle de fournir des services juridiques à l'ensemble de l'administration fédérale. Par conséquent, il serait peut-être plus exact de qualifier ce type de conflit de « tension institutionnelle » plutôt que de conflit d'intérêts. Il suscite le même type de questionnement que la notion de partialité en droit administratif. Les tribunaux ont

⁵⁶ Note 2, précitée, à la page 145. Voir aussi James B. Kelly, « Bureaucratic Activism and the Charter of Rights and Freedoms: the Department of Justice and its entry into the centre of government » (1999), 42 *Can. Pub. Admin.* 476, p. 502, sur la question de la tension inhérente au rôle du ministre de la Justice dans l'examen des projets de loi gouvernementaux sous le régime de l'article 4.1 de la *Loi sur le ministère de la Justice*.

⁵⁷ Canada, Commission royale d'enquête sur l'organisation du gouvernement, *Rapport*, Ottawa, 1962.

reconnu que la partialité n'est pas un concept immuable et varie plutôt d'un rôle public à l'autre. L'impartialité est généralement une condition préalable à l'exercice de fonctions juridictionnelles, dans le cadre desquelles le décideur doit traiter les parties en toute égalité. Cependant, elle peut être moins importante dans l'exercice de pouvoirs législatifs, dans la mesure où l'élaboration des orientations politiques présuppose la prise en compte d'un éventail de points de vue sur des questions pour lesquelles il n'existe pas de réponse « exacte ». C'est ce qui ressort de l'affaire *Alaska Trainship Corporation et autres c. Administration de pilotage du Pacifique*⁵⁸, où la Cour suprême du Canada en est arrivée à la conclusion que la partialité dans l'exercice du pouvoir de prendre des règlements était autorisée par le cadre législatif fondant ce pouvoir. Le juge en chef Laskin s'est exprimé dans les termes suivants :

Comme le juge LeDain l'a signalé dans ses motifs, l'Administration de pilotage du Pacifique est responsable à la fois de l'exploitation et de la réglementation. Une fois admis que les nominations des membres de l'Administration sont valides (et je dois noter que certains membres ont des intérêts dans le transport maritime) et qu'il n'y a pas d'allégation de mauvaise foi, j'estime difficile de nier à l'Administration le pouvoir d'exercer son autorité réglementaire, en fait un pouvoir législatif, conformément à ce que prescrit la loi, lors même qu'il en résulte un avantage pécuniaire. Cet avantage est immanent dans la loi en vertu du par. 9(2), sinon également dans le pouvoir de réglementation⁵⁹.

Si les tensions qui naissent dans le contexte de la prestation de services juridiques — y compris de services législatifs — dans la fonction publique ne constituent pas des conflits d'intérêts, elles posent néanmoins des difficultés à ceux et celles qui doivent les gérer. Il peut être tentant de capituler devant un client puissant qui est également notre employeur ou de simplement dire non et de s'abriter derrière la sécurité d'un poste dans la fonction publique. Or, le premier choix ne respecte pas les règles de la déontologie et le second est loin d'être satisfaisant. Il vaut mieux gagner la confiance et le respect des dirigeants du client pour les services de conseils et de rédaction qui leur sont rendus. Cela ne se fait toutefois pas du jour au lendemain, il faut donc chercher plutôt à maîtriser son art et à être en mesure de faire valoir de manière convaincante la sagesse d'une voie recommandée. Dans l'administration fédérale, les dirigeants du client sont généralement des gens avisés qui demandent souvent des explications sur les conseils donnés, sinon les contestent. Dans le monde d'aujourd'hui, les conseillers législatifs doivent aussi bien défendre leur point de vue que rédiger.

Confidentialité

La confidentialité est un élément essentiel de la plupart des relations professionnelles, que ce soit en pratique privée ou dans le secteur public. La nécessité de tenir des discussions franches et ouvertes avec les conseillers juridiques et les fonctionnaires en est la raison d'être. Sans elle, il est probable que le client demanderait moins souvent conseil et que, lorsqu'il en demanderait, il ne révélerait pas intégralement les circonstances ou les

⁵⁸ [1981] 1 R.C.S. 261.

⁵⁹ Ibid., p. 274.

justifications à leur appui, ce qui aurait pour effet de restreindre le rôle du conseiller juridique et d'amoindrir l'efficacité de ses conseils⁶⁰.

La confidentialité est traitée de diverses manières. Dans le cadre de relations entre des professionnels du droit, le droit de la preuve protège la confidentialité en vertu du secret professionnel de l'avocat⁶¹, que ce soit dans le secteur public ou privé⁶². De même, les divers codes de déontologie de la profession juridique reconnaissent l'obligation de protéger la confidentialité du client.

Dans le secteur public, la confidentialité jouit de protections similaires, que ce soit par le truchement des codes de déontologie de la fonction publique, de la législation sur la protection de l'information⁶³, des exemptions de communication accordées sous le régime des lois sur l'accès à l'information⁶⁴ et, dans le domaine de la preuve, de l'immunité fondée sur l'intérêt public, laquelle protège généralement contre l'obligation de communiquer de l'information gouvernementale et administrative lorsque sa communication irait à l'encontre de l'intérêt public⁶⁵.

Quels renseignements sont protégés?

Relations des professionnels du droit

Le secret professionnel de l'avocat s'applique si trois éléments sont réunis :

1. la communication est faite entre un avocat et son client;
2. elle vise la prestation ou l'obtention de conseils juridiques;
3. les parties souhaitent en maintenir la confidentialité⁶⁶.

Ces éléments se retrouvent dans les relations des avocats de l'administration publique avec leur client mais, dans l'affaire *R. c. Campbell*, le juge Binnie a toutefois précisé ce qui suit :

⁶⁰ Voir, par exemple, *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, p. 289, où le juge en chef Lamer a écrit :

La protection à première vue des communications entre l'avocat et son client est fondée sur le fait que les rapports et les communications entre l'avocat et son client sont essentiels au bon fonctionnement du système juridique. Pareilles communications sont inextricablement liées au système même qui veut que la communication soit divulguée [...]

⁶¹ *Blank c. Canada*, [2006] 2 R.C.S. 319, et *Canada c. Blood Tribe Department of Health*, [2008] R.C.S. 44. À noter que le privilège relatif au litige protège les communications entre les avocats et leurs clients, sans égard à la question de savoir si elles sont confidentielles ou non.

⁶² *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par. 49.

⁶³ *Loi sur la protection de l'information*, L.R.C. (1985), ch. O-5 (autrefois la *Loi sur les secrets officiels*).

⁶⁴ *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 13 à 25 et 68 à 69.1.

⁶⁵ Ce privilège a été traditionnellement connu comme étant le privilège de la Couronne, mais il s'agit en fait d'une mauvaise appellation, ainsi que l'ont expliqué D. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence*, 2^e éd. (Irwin Law: Toronto, 1999), p. 173.

⁶⁶ *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 837.

Le secret professionnel de l'avocat ne protège évidemment pas l'ensemble des services rendus par un avocat, qu'il soit au service du gouvernement ou non. Bien qu'une partie du travail des avocats du gouvernement soit semblable à celui des avocats de pratique privée, ils peuvent avoir — et ont souvent — de nombreuses autres responsabilités comme, par exemple, la participation à divers comités opérationnels de leur ministère. Les avocats du gouvernement qui œuvrent depuis des années auprès d'un ministère client peuvent être invités à donner des conseils en matière de politique qui n'ont rien à voir avec leur formation et leur expertise juridiques mais font appel à leur connaissance du ministère. Les conseils que donnent les avocats sur des matières non liées à la relation avocat-client ne sont pas protégés⁶⁷.

Cela semble avoir suscité un certain débat au regard de la rédaction législative. Dans l'affaire *Cooper c. British Columbia*⁶⁸, le juge Tysoe s'est penché sur une ébauche de la *Mortgage Brokers Act* avant d'en arriver à la conclusion que, [TRADUCTION] « [...] bien que le document ait pu être rédigé par des conseillers législatifs, son contenu ne fait état d'aucune demande ou prestation de conseils juridiques; il n'est donc pas couvert par le secret professionnel et doit être divulgué ». (par. 20). Cependant, le juge a décidé qu'une ébauche similaire contenant les commentaires des conseillers législatifs ne devait pas être produite : [TRADUCTION] « Dans la mesure où elle dénote la prestation de conseils juridiques, elle est couverte par le secret professionnel » (par. 25).

Cette décision cadre difficilement avec la portée que l'on accorde généralement au secret professionnel de l'avocat, et elle traduit peut-être un malentendu sur la nature des avant-projets de loi et des services rendus par les conseillers législatifs dans la rédaction de ceux-ci. Les avant-projets de loi ne sont pas simplement des documents de politique; ils traduisent également l'assurance des conseillers législatifs qu'ils produiront l'effet juridique recherché. C'est là la quintessence du « conseil juridique », qui a été reconnue par la Cour fédérale de l'Australie dans l'affaire *New South Wales v. Betfair Pty. Ltd.*⁶⁹

⁶⁷ Note 62, précitée, par. 50.

⁶⁸ *Cooper c. British Columbia*, non publié, 3 février 1999. Voir aussi *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association c. British Columbia* (2002), B.C.S.C. 1509.

⁶⁹ [2009] FCAFC 160. Voir également la décision d'un arbitre du Bureau du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de la Colombie-Britannique : 2010 BCIPC 6, qui formule les observations suivantes sur la décision de la C.-B. :

[TRADUCTION] [43] Ce qu'il ressort de ces deux affaires, c'est que, dans les cas où le projet de loi contient des commentaires du conseiller législatif, ces dossiers seront protégés par le secret professionnel de l'avocat du fait qu'ils fournissent ou demandent une opinion juridique. Les affaires *Cooper* et *Health Services* n'indiquent ni l'une ni l'autre si les commentaires en question avaient été inscrits à la main ou incorporés dans le document au moyen d'un logiciel de traitement de texte. Cela n'a aucune importance selon moi. La seule question à trancher en l'espèce est celle de savoir si les modifications mises en relief par une barre rouge dans les dossiers de catégorie H peuvent être considérées comme des commentaires indiquant qu'une opinion juridique a été donnée ou reçue. Je suis d'avis que les mots qui ont été ajoutés au texte de l'avant-projet de loi ou qui en ont été retranchés dans ce cas-ci sont des commentaires indiquant que le conseiller législatif donnait une opinion juridique. Bref, les modifications mises en relief renferment, à première vue, l'opinion confidentielle du conseiller

La Cour, dans ce cas, a examiné l'argument selon lequel les instructions de rédaction d'un règlement formulées par un groupe de travail, de même que les avant-projets préparés par le conseiller législatif n'étaient pas protégés par le secret professionnel de l'avocat. La Cour a rejeté cet argument dans les termes suivants :

[TRADUCTION] [...] l'organisme public donne des instructions au conseiller parlementaire pour obtenir un avant-projet de loi applicable et valide qui soit en accord avec les instructions. Le fait que le conseiller parlementaire fournisse uniquement un avant-projet de loi, et rien d'autre, signifie nécessairement qu'il estime implicitement que cet avant-projet est applicable et valide⁷⁰.

Cette conclusion était basée sur l'énoncé ci-après du rôle du conseiller législatif :

[TRADUCTION] Le rôle du conseiller parlementaire ne se limite pas à établir la présentation de la loi ou à en dactylographier le texte. Il applique ses compétences et ses connaissances juridiques pour rendre dans un texte les principes qui sous-tendent le projet de loi. Le conseiller parlementaire est censé fournir un avis sur la légalité ou l'applicabilité du projet de loi que les auteurs des instructions lui demandent de rédiger, et il en a probablement l'obligation. Dans le cas d'un texte de loi subordonné qu'il jugerait invalide, le conseiller parlementaire ferait probablement part de son point de vue. Dans le même ordre d'idées, si une loi du Parlement est jugée inconstitutionnelle ou incompatible avec une autre loi du Parlement, le conseiller parlementaire est censé faire part de son point de vue, même si les seules instructions qu'il ait reçues étaient de rédiger la loi.

Lorsqu'il n'y a aucun problème de ce genre, le fait, pour le conseiller parlementaire, de rédiger la législation et de présenter l'avant-projet à l'organisme public constitue en réalité un avis portant que l'avant-projet de loi est conforme aux instructions reçues et leur confère force de loi. L'avant-projet de loi ne constitue pas en soi un avis juridique, mais le fait, pour le conseiller parlementaire, de le fournir vaut mention qu'il est applicable et valide⁷¹.

Dans un contexte juridique, la confidentialité est protégée non seulement par les privilèges relatifs à la preuve, mais également par les divers codes professionnels. Ainsi, le Code de l'ABC prescrit que l'avocat est tenu de garder le secret sur « ce qu'il a appris des affaires et des occupations de son client au cours de leurs relations professionnelles »⁷². Exprimée de cette façon, l'obligation excède la portée de ce que protège le secret professionnel de l'avocat, comme le commentaire suivant l'indique :

Il importe de distinguer cette règle déontologique des règles de preuve qui ont trait aux communications, orales ou écrites, faites par le client à son avocat. La règle déontologique, plus exigeante, ne tient pas compte de la nature ni de la

que des modifications législatives devraient être apportées. Pour ce motif, ces avant-projets sont protégés par le secret professionnel de l'avocat.

⁷⁰ Ibid, par. [24].

⁷¹ Ibid. aux paragr. [21-22].

⁷² Code de l'ABC, note 7, précitée, ch. 4, règle 1.

source des renseignements, pas plus que du fait que ceux-ci peuvent être connus d'autres personnes⁷³.

Information gouvernementale et administrative

Dans le secteur public, le niveau de protection des renseignements est généralement fonction d'exigences de sécurité qui se mesurent elles-mêmes au nombre d'exemptions de communication accordées par la législation sur l'accès à l'information. Ainsi, le Conseil du Trésor du Canada a élaboré notamment les exigences ci-après en matière de protection de l'information :

Les ministères doivent identifier les renseignements et autres biens dont la divulgation sans autorisation risquerait vraisemblablement de porter préjudice, au sens des dispositions particulières de la *Loi sur l'accès à l'information* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* :

1. à l'intérêt national. De tels renseignements sont *classifiés*. On doit les catégoriser et les marquer selon le degré de préjudice potentiel (préjudice : « Confidentiel », préjudice sérieux : « Secret », préjudice exceptionnellement grave : « Très secret »);
2. à des intérêts privés ou non reliés à l'intérêt national. De tels renseignements sont *protégés* et doivent être catégorisés et marqués selon le degré de préjudice potentiel (bas : « Protégé A »; moyen : « Protégé B », élevé : « Protégé C »)⁷⁴.

S'ajoutent à ces règles les directives du Bureau du Conseil privé, suivant lesquelles les documents confidentiels du Cabinet doivent être désignés soit *classifiés* soit *protégés*, selon la nature de l'information qu'ils contiennent.

Les documents confidentiels du Cabinet sont également protégés en droit de la preuve par le principe de l'immunité fondée sur l'intérêt public⁷⁵. En outre, ces protections relatives à la preuve sont reprises dans les lois sur l'accès à l'information, qui les mettent à l'abri de toute divulgation. Au Canada, les lois qui protègent les documents confidentiels du Cabinet limitent expressément la protection aux documents qui datent de moins de vingt ans. Elles désignent également comme documents confidentiels les « avant-projets de loi ou projets de règlement / *draft legislation* »⁷⁶.

Les lois sur l'accès à l'information protègent généralement les renseignements qui sont visés par le secret professionnel de l'avocat⁷⁷. Cette protection est utile aux projets de textes législatifs qui ne sont pas protégés en tant que documents confidentiels du Cabinet

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Politique sur la sécurité, art. 10.6 (<http://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-fra.aspx?id=12322§ion=text#cha3>).

⁷⁵ Voir la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 39, *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, par. 14, et *Babcock c. Canada*, [2002] 3 R.C.S. 57.

⁷⁶ Voir la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, al. 69(1)f), et la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, al. 39(2)f).

⁷⁷ Voir la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 23.

(par exemple, les projets de règlement d'organismes de réglementation). Elle peut aussi s'appliquer dans une certaine mesure à la divulgation des guides de rédaction et autres manuels. Dans la mesure où ces manuels ne traitent d'aucuns textes législatifs en particulier et exposent des pratiques que l'on devine simplement à la lecture des textes législatifs mêmes, ils ne seront probablement pas visés par le secret professionnel de l'avocat. Cependant, toute partie d'un document renfermant des conseils juridiques destinés à aider les fonctionnaires à prendre des décisions en matière de rédaction le serait⁷⁸.

Limites de la confidentialité

Le principe de la confidentialité comporte cependant certaines limites bien établies. Au sein de la profession juridique, ces limites revêtent la forme d'obligations législatives de communiquer des renseignements, par exemple en ce qui touche la violence faite aux enfants ou la prévention d'un crime ou d'un grave préjudice⁷⁹. Le Code de l'ABC précise également que l'avocat d'une organisation peut être tenu de communiquer aux autorités compétentes de celle-ci des renseignements sur tout acte illégal commis en son sein⁸⁰.

Dans le secteur public, le principe de la confidentialité est restreint par des limites semblables, comme la législation exigeant la divulgation des actes répréhensibles⁸¹. Il est également subordonné aux exigences de transparence des pouvoirs publics. Dans les régimes démocratiques, le public doit savoir ce que font les représentants élus et leurs fonctionnaires pour pouvoir leur demander des comptes. La transparence et l'obligation de rendre des comptes sont le fondement des lois qui offrent un accès public à l'information détenue par l'administration publique. Les tensions entre la confidentialité et la transparence s'incarnent dans des dispositions qui excluent l'accès à diverses formes du principe de la confidentialité protégées par la loi, notamment le secret professionnel de

⁷⁸ Voir *Ontario (Ministry of Community and Social Services) c. Ontario (Privacy Commissioner)* (2004), 70 O.R. 3d 680 (JCS-C. Div.), où le manuel destiné à aider les fonctionnaires à prendre des décisions liées à l'application de dispositions législatives en matière de soutien à la famille a été considéré comme étant protégé par le secret professionnel de l'avocat. La décision reconnaît plus particulièrement que les instructions générales, c.-à-d. qui ne se rapportent à aucun cas en particulier, peuvent être protégées.

⁷⁹ Voir, par exemple, le Code de l'ABC, chapitre 4, deuxième, troisième et onzième paragraphes des commentaires, et le Code de l'Alberta, chapitre 7, règle 8.

⁸⁰ Note 7, précitée. La règle 12 prescrit ceci :

Au contraire, la règle générale énoncée ci-dessus prévoit que l'avocat doit protéger le secret des renseignements concernant le client. Cette règle ne souffre d'ailleurs que de rares exceptions. Hormis ces exceptions, l'avocat n'est toutefois pas démuné devant le problème difficile d'un organisme qui envisage d'agir illégalement. L'avocat doit alors savoir que c'est envers l'organisme lui-même qu'il est responsable et non envers ses dirigeants, employés ou mandataires. Il demandera donc le réexamen de la question et, au besoin, la portera à l'attention d'un palier supérieur (voire du plus haut palier) de l'organisme, malgré les directives contraires que pourrait lui donner tout autre membre de l'organisme. En désespoir de cause, il pourrait finalement être justifié de démissionner en respectant les règles régissant le retrait (chapitre XII).

⁸¹ Voir, par exemple, la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*, L.C. 2005. ch. 46.

l'avocat et l'immunité fondée sur l'intérêt public⁸². Le Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique du Canada en traite également en ces termes :

Les fonctionnaires doivent aussi soutenir la valeur qu'est la transparence dans le gouvernement, tout en respectant l'obligation de protéger le caractère confidentiel des renseignements, comme le prévoit la loi⁸³.

Même si la Cour suprême du Canada a récemment confirmé que le secret professionnel de l'avocat vise tant le secteur public que le secteur privé⁸⁴, le professeur Hutchinson est d'avis qu'il faudrait le limiter dans l'intérêt de la transparence de l'administration publique :

[TRADUCTION] Dans la mesure où la règle de la confidentialité est destinée à protéger des citoyens plus ou moins impuissants face à l'État en leur assurant une représentation juridique efficace par la voie d'une communication ouverte, une telle règle ne semble ni nécessaire ni utile lorsque le client réputé est le gouvernement. Bien que celui-ci mène des activités importantes, il n'a pas besoin de tels privilèges et de telles protections. La dignité et la vulnérabilité d'individus ne sont pas mises en jeu de la même manière. En fait, l'obligation de rendre compte fondée sur l'ouverture et la transparence, qui est si essentielle en démocratie, laisse peu de place à la confidentialité : appliqués à l'action gouvernementale le principe de confidentialité et celui de transparence ne font pas très bon ménage⁸⁵.

Le professeur Hutchison poursuit en prétendant que les conseils juridiques ou autres dont peuvent bénéficier les personnes qui exercent des pouvoirs publics accroîtraient leur obligation redditionnelle et que la confidentialité de l'information qu'ils détiennent ne seraient protégés qu'aux seules fins d'assurer la sécurité nationale⁸⁶.

Un tel renforcement de l'obligation redditionnelle peut paraître louable. Cependant, il aurait pour effet, en éliminant la confidentialité pourtant essentielle au débat de questions litigieuses, de neutraliser le rôle de conseiller qu'assume le juriste de l'administration publique. Il gênerait le déroulement des instances pour le compte de l'administration publique et amènerait vraisemblablement les ministres à demander conseils ailleurs, voire à se passer entièrement des conseils des fonctionnaires. Le rôle des juristes, et même celui des fonctionnaires en général, dans la prestation de services de soutien professionnel et le maintien d'une continuité au sein de l'État, s'en trouverait considérablement réduit.

La confidentialité des affaires de l'administration fédérale se heurte également aux privilèges que les organismes parlementaires font valoir en relation avec leurs fonctions

⁸² Voir les articles 37 à 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, et l'article 69 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2004] 1 R.C.S. 809, 2004 CSC 31, par. 21.

⁸⁵ Note 9, précitée, p. 125 et 126.

⁸⁶ Ibid., p. 128.

législatives et leurs fonctions de surveillance de la haute direction. Les comités parlementaires jouissent généralement du pouvoir d'assigner des témoins à comparaître et d'exiger la production de documents se rapportant à leurs affaires. Les conventions parlementaires permettent de penser que les comités doivent faire preuve de retenue à l'égard d'autres privilèges, mais l'on fait valoir que leur droit d'obtenir des renseignements a priorité sur ces privilèges⁸⁷. On dit par conséquent que les besoins des institutions parlementaires l'emportent sur ceux des gouvernements qu'elles maintiennent au pouvoir.

Des questions du même ordre se posent aux États-Unis, où les demandes de divulgation des conseils juridiques donnés au gouvernement ont été présentées dans l'intérêt de la responsabilisation présidentielle et au nom du respect des limites constitutionnelles imposées aux pouvoirs du Président. Dans une note publiée dans le *Harvard Law Review* en 2008, on reconnaît, d'une part, que la relation entre le Président et le Congrès peut être gravement compromise par les conseils juridiques que le Président reçoit, mais que, d'autre part, leur divulgation peut entraîner des inconvénients. On propose donc en quelque sorte un compromis :

[TRADUCTION] Pour résoudre ces questions, le secrétaire américain à la Justice devrait être tenu de régulièrement faire rapport au Congrès de la teneur des avis juridiques que son bureau a fournis au Président. Le secrétaire à la Justice publie à l'heure actuelle des rapports détaillés sur le statut fiscal du département de la Justice et sur la réalisation de ses objectifs en matière d'application de la loi, or ses communications au Congrès sur des questions importantes de politique juridique se font seulement à l'occasion. L'obligation de faire rapport serait assortie de protections touchant les renseignements confidentiels et ne s'appliquerait pas aux discussions entre le Président et ses procureurs privés. À tout le moins, le secrétaire à la Justice ferait mention des sources du pouvoir en vertu desquelles le Président aurait autorisé la prise de mesures de même que des interprétations des lois du Congrès privilégiées par l'organe exécutif⁸⁸.

Toutefois, l'auteur de la note poursuit en formulant une mise en garde contre cette proposition :

[TRADUCTION] Une telle obligation de faire rapport prête certes flanc à la critique. À l'instar du point de vue étendu attribué au client du secrétaire américain à la Justice, l'obligation de faire rapport est susceptible de limiter la capacité du Président de s'en remettre aux conseils des procureurs. Si le Congrès est contrôlé par l'autre parti, le Président peut décider de ne pas demander de conseil juridique. En outre, l'obligation de chacun des procureurs de faire rapport annuellement et de manière hiérarchique risquerait de miner le lien de confiance entre les décideurs et les procureurs. Le volume d'avis juridiques peut à lui seul faire de l'obligation de faire rapport un exercice inutile ou un gaspillage de ressources. Pour chaque opinion susceptible de

⁸⁷ Voir Diane Davidson, "The Powers of Parliamentary Committees", (1995), 18 *Canadian Parliamentary Review* <http://www.parl.gc.ca/Infopar/english/issue.htm?param=152&art=1030>.

⁸⁸ Note 35, précitée, p. 1428.

redéfinir la balance du pouvoir entre l'exécutif et le législatif, il en existe des douzaines qui portent sur des questions beaucoup plus banales. Enfin, et qui plus est, l'obligation de faire rapport peut accroître l'aversion qu'éprouvent les avocats pour le risque, surtout ceux qui conseillent des services de renseignements. La Commission sur le 11 septembre a reproché à la CIA d'éprouver institutionnellement une aversion pour le risque, une culture que le professeur Goldsmith lie à la prudence excessive des avocats de l'agence.⁸⁹

Ces raisons sont convaincantes, il y a lieu cependant de signaler que l'administration Obama a commencé à honorer les promesses faites au cours de la campagne présidentielle de 2008 de faire preuve de plus de transparence. En effet, elle a divulgué certains des avis juridiques formulés à l'intention de la précédente administration qui ont constitué la pierre d'assise des politiques antiterroristes. Le secrétaire à la Justice Eric Holder aurait dit que [TRADUCTION] « les Américains méritent un gouvernement qui agit avec transparence et ouverture », et qu'il espère rendre les avis juridiques que son ministère formulera à l'avenir sur de telles questions [TRADUCTION] « accessibles dans la mesure du possible, tout en protégeant les renseignements de sécurité nationale et en assurant un débat interne vigoureux ».⁹⁰

Échange de renseignements à l'interne et communication externe

Des renseignements confidentiels peuvent généralement être communiqués aux personnes qui travaillent dans un service juridique dans la mesure où elles prennent part à la prestation de services juridiques. Cela ne signifie pas pour autant que les renseignements peuvent être communiqués à quiconque travaille au sein d'une administration publique. Le degré de communication est fonction du degré de responsabilités assumées en rapport avec les renseignements. Cette affirmation va dans le sens des propos tenus précédemment sur la question de savoir qui peut agir pour le compte du client lorsque celui-ci est l'État. Ainsi, les conseillers législatifs fournissent généralement des projets de textes législatifs aux seuls fonctionnaires qui sont autorisés à leur donner des instructions de rédaction. Il appartient à ces fonctionnaires de décider de toute autre communication au sein de l'administration publique en fonction des exigences opérationnelles.

La communication de renseignements confidentiels à des personnes à l'extérieur d'un service qui fournit des services juridiques est aussi possible si elle est autorisée. En ce qui concerne les renseignements qui sont protégés par le secret professionnel de l'avocat,

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Voir R. Jeffery Smith et Dan Eggen, « Post 9/11 Memos Show More Bush-Era Legal Errors » Washington Post, 3 mars 2009, p. A05. À noter également que des États américains ont retiré aux avis formulés au gouvernement la protection du secret professionnel de l'avocat et qu'il y a une preuve indiquant que l'existence ou non du secret professionnel de l'avocat a peu d'effet sur l'échange de renseignements entre les fonctionnaires de l'État : Voir Nancy Leong, « Attorney-Client Privilege in the Public Sector: A Survey of Government Attorneys » (2007), 20 Georgetown J. Legal Ethics 163; Melanie B. Leslie, « Government Officials as Attorneys and Clients: Why Privilege the Privileged? » (2002), 77 Ind. L.J. 469.

cela se produit lorsque le client qui en bénéficie y renonce⁹¹. Cela pose peu de difficultés dans les cas où le client est un particulier pour autant que ce dernier comprenne la nature et l'effet de la renonciation et qu'il communique clairement son intention à cet égard. Toutefois, dans le secteur public, la question de savoir qui peut renoncer au secret professionnel est beaucoup plus complexe. Elle s'apparente à la question, abordée plus haut, de savoir qui a le pouvoir de fournir des instructions et de prendre des décisions pour le compte de l'État.

Lorsque la loi est rédigée conformément aux instructions du Cabinet, ce dernier a le pouvoir de renoncer au secret professionnel de l'avocat dont l'avant-projet de loi ou le projet de règlement est assorti. Au Canada, la Directive du Cabinet sur l'activité législative prévoit que « lorsque l'on envisage de soumettre un projet de loi à des consultations avant son dépôt, il y a lieu d'en faire mention au préalable dans le mémoire au Cabinet, afin de permettre à celui-ci d'examiner le bien-fondé des décisions prises à cet égard »⁹². Le pouvoir de tenir des consultations sur les projets de règlement est accordé quant à lui par la Directive du Cabinet sur la rationalisation de la réglementation⁹³. Le pouvoir de communiquer des renseignements confidentiels autres que les projets de texte est rarement accordé.

Dans une récente décision, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse est allée un peu plus loin en concluant que le pouvoir d'un fonctionnaire de renoncer au droit au secret dans un avis « [traduction] se confond avec son pouvoir d'obtenir l'avis au départ »⁹⁴. Cette décision portait sur un avis à propos du statut juridique d'une route. On peut se demander si cette décision devrait s'appliquer au contexte de la rédaction de lois, étant donné l'intérêt que les ministres et d'autres organismes de réglementation portent à ce genre d'affaires. Il est normal que des fonctionnaires renoncent au droit au secret dans les avis ayant trait aux décisions opérationnelles qui sont généralement prises sans la participation des ministres. En revanche, les décisions ayant trait à la rédaction de lois sont rarement déléguées à des fonctionnaires et sont prises presque exclusivement par les ministres qui présentent une mesure législative au Parlement ou par des organismes ministériels ou autres habilités à prendre des mesures législatives subordonnées.

La question n'est pas aussi claire, cependant, dans le cas de la renonciation à l'immunité fondée sur l'intérêt public. Dans l'affaire *Babcock c. Canada*, la Cour suprême du Canada a rejeté l'idée qu'on pouvait renoncer à cette immunité, mais elle a reconnu que rien n'obligeait le gouvernement à s'en prévaloir :

Comme nous l'avons vu, rien ne contraint le greffier ou le ministre à attester la confidentialité de renseignements du Cabinet et à invoquer la protection du par. 39(1). Cependant, s'ils décident de le faire, la protection accordée par l'art. 39 s'applique

⁹¹ Voir Paciocco, note 65 précitée, p. 150.

⁹² Article 4 : <http://www.pco-bcp.gc.ca/index.asp?lang=fra&page=information&sub=publications&doc=legislation/cabdir-dircab-fra.htm>

⁹³ Voir l'article 4.1 : <http://www.regulation.gc.ca/directive/directive01-fra.asp>.

⁹⁴ *Peach v. Nova Scotia (Transportation and Infrastructure Renewal)* 2010 NSSC 91, au paragr. 38.

automatiquement. Cette protection continue de s'appliquer indéfiniment, sauf si : (i) l'attestation est contestée avec succès pour le motif qu'elle se rattache à des renseignements qui ne relèvent pas de l'art. 39; (ii) le greffier ou le ministre ont exercé leur pouvoir de délivrer l'attestation de façon irrégulière; (iii) le par. 39(4) s'applique; ou (iv), le greffier ou le ministre décident de révoquer l'attestation délivrée à l'égard des renseignements. Les termes clairs du par. 39(1) ne permettent aucune autre conclusion.

Cette conclusion est compatible avec le fait que la renonciation ne s'applique pas en common law. La demande de protection de la confidentialité fondée sur la common law ne peut être contestée au motif que le gouvernement a renoncé à son droit d'invoquer la confidentialité. Comme l'a fait observer le lord juge Bingham dans *Makanjuola c. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1992] 3 All E.R. 617 (C.A.), p. 623, [TRADUCTION] « [l']immunité d'intérêt public n'est pas un atout que certains joueurs privilégiés peuvent à loisir sortir de leur manche ». Par conséquent, [TRADUCTION] « il n'est pas possible de renoncer, de quelque manière que ce soit, à l'immunité d'intérêt public »⁹⁵.

La communication de renseignements protégés à des personnes de l'extérieur du secteur public entraîne généralement la perte du privilège afférent⁹⁶. Il est donc essentiel de déterminer qui peut parler au nom du client⁹⁷. Il va donc sans dire que, s'il peut être possible de maintenir un certain degré de confidentialité en obtenant du destinataire d'une communication restreinte un engagement de non-communication, le privilège peut être perdu à l'occasion de la production en preuve des renseignements en cause. Cette règle souffre cependant elle-même quelques exceptions.

La première concerne la communication qui est faite, à l'occasion ou en prévision d'une instance, à des personnes ayant un intérêt commun avec celui du détenteur du privilège⁹⁸. Cette exception pourrait bien s'appliquer également lors de la rédaction d'un projet de loi, lorsque des renseignements privilégiés sont communiqués à des personnes de l'extérieur pouvant avoir le même intérêt que l'État à défendre la loi contre une éventuelle contestation.

La seconde exception concerne la communication exigée par la loi. Dans l'affaire *British Coal Corp. c. Dennis Rye (No. 2)*⁹⁹, le tribunal a statué que la partie demanderesse dans une affaire civile n'avait pas renoncé au secret professionnel de l'avocat en remettant des documents confidentiels à la police pour aider au déroulement d'une enquête criminelle,

⁹⁵ Note 75, précitée, par. 30 et 31.

⁹⁶ Voir *Babcock*, *ibid.*, par. 52.

⁹⁷ Voir la discussion sur cette question ci-dessus, p. 10.

⁹⁸ Voir J. Sopinka et al, *The Law of Evidence*, 2^e éd. (Butterworths, Toronto : 1999), p. 760, citant *Wellman v. General Crane Industries Ltd* (1986), 20 O.A.C. 384 (C.A.).

⁹⁹ [1988] 3 All ER 816 (CA). Cette exception a également été appliquée dans les affaires *Interprovincial Pipe Line Inc. c. Canada (Ministre du Revenu national)*, [1996] 1 C.F. 367 (1^{re} inst.), et *Philip Services Corp (Receiver of) v. Ontario Securities Commission* (2005), 77 O.R. (3d) 209 (OSDC).

lesquels documents ont dû être subséquemment remis au défendeur dans le cadre d'une poursuite.

La troisième exception, dont la portée pourrait être très étendue, est appliquée dans une décision de la Cour fédérale de l'Australie. L'affaire *New South Wales v. Betfair Pty. Ltd.* portait sur la rédaction de règlements gouvernementaux basée sur des instructions formulées avec l'apport d'un groupe de travail consultatif composé de représentants de deux organismes réglementaires indépendants¹⁰⁰. La cour a appliqué une de ses décisions antérieures¹⁰¹ selon laquelle l'information qu'une tierce partie fournit à titre confidentiel à un client est protégée si elle a été fournie « [traduction] principalement pour que le client établisse le contact nécessaire avec son conseiller juridique afin d'obtenir des conseils juridiques¹⁰². Dans l'affaire *Betfair*, la cour a conclu que le gouvernement n'avait pas renoncé à la protection de ses communications avec le groupe de travail. La cour a assimilé les avis fournis par le groupe aux autres avis éclairés qu'il est parfois nécessaire d'obtenir pour formuler un avis juridique¹⁰³, en faisant la distinction entre ce processus et celui d'une consultation publique en ces termes :

Le processus de consultation adopté par l'État à cette occasion était très différent de celui qu'il applique après la publication d'un projet de consultation d'un projet de loi pour inviter la population à formuler ses commentaires. Essentiellement, dans le processus qui nous occupe, l'*OLGR* [*Office of Liquor, Gaming and Racing*] et les membres du groupe de travail collaboraient de manière consensuelle et sous le coup de la confidentialité pour établir les instructions que l'*OLGR* devait fournir au conseiller parlementaire afin d'obtenir le règlement voulu¹⁰⁴.

Cette décision accroît substantiellement l'importance du secret professionnel quant au partage d'information, mais seulement dans le cas des organismes publics. Sa portée ne devrait pas être élargie aux consultations avec les membres du secteur privé qui sont assujettis à la réglementation, quelle que soit leur expertise, puisque cela soustrairait à l'examen public l'accès spécial aux processus législatifs qui est accordé à certains intervenants.

Un problème qui surgit fréquemment au regard de la confidentialité des conseils juridiques est celui de savoir s'il est permis de discuter avec des tiers d'une question juridique en rapport avec de tels conseils lors d'une discussion publique, habituellement devant un comité parlementaire. Par exemple, les parlementaires qui étudient un projet de loi peuvent avoir des réserves sur sa légalité et souhaiter connaître son fondement juridique. S'il est clair que les conseils offerts à un client sur de telles questions sont protégés par le secret professionnel de l'avocat, il n'est pas pour autant interdit de faire valoir une position juridique pour le compte de celui-ci, comme on le fait devant un tribunal judiciaire ou administratif qui examine un dossier concernant le client. Les

¹⁰⁰ N. ci-dessus 69

¹⁰¹ *Pratt Holdings Pty Ltd v Commissioner of Taxation* (2004) 136 FCR 357.

¹⁰² *Ibid.*, par. [26].

¹⁰³ *Ibid.*, par. [32].

¹⁰⁴ *Ibid.*, par. [37].

conseils juridiques sont offerts pour aider le client à prendre une décision. La position juridique, elle, est le point de vue que l'avocat fait valoir lorsqu'il représente son client.

Bien que ces deux notions se recoupent à maints égards quant à la forme, elles diffèrent profondément quant au fond. La position juridique vise à convaincre quelqu'un d'agir dans le sens voulu par le client. Elle est habituellement présentée au tribunal judiciaire ou administratif chargé de rendre une décision. Elle peut toutefois être présentée également au comité parlementaire qui se penche sur un projet de loi ou un règlement. Elle diffère de l'avis juridique en ce qu'elle est offerte, non à titre de conseil, mais comme point de vue exprimé pour le compte d'une personne qui défend une thèse.

Cette approche a été reconnue dans la décision d'un arbitre du Bureau du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario¹⁰⁵. La décision portait sur l'avis donné à une bibliothèque municipale à propos de la légalité de sa politique de filtrage d'Internet. La bibliothèque a rendu public un résumé de l'avis en révélant les conclusions, mais a refusé de rendre publique l'avis proprement dit. L'arbitre a conclu que celle-ci n'avait pas renoncé à son droit au secret :

[TRADUCTION] Je suis d'avis que le résumé n'explique pas le raisonnement qui sous-tend l'avis juridique donné par l'avocat de la bibliothèque. Il fait état que l'information contenue dans l'avis indique « [traduction] qu'il est presque certain que la protection des personnes mineures est un objectif suffisamment important pour limiter la liberté d'expression d'une personne ». Il précise également que, pour veiller à ce que les politiques de la bibliothèque soient conformes à la Charte canadienne des droits et libertés, les « [traduction] mesures employées pour atteindre l'objectif énoncé (c.-à-d. la protection des personnes mineures) doivent limiter le moins possible le droit.

Compte tenu de ce qui précède, j'estime que la publication du résumé ne permet pas de conclure ni ne signifie que la bibliothèque a renoncé, implicitement ou explicitement, au droit au secret relativement à l'avis juridique en litige. De même, compte tenu des renseignements limités que contient le résumé, je ne suis pas convaincu que, par souci d'équité et de cohérence, il soit nécessaire de conclure que la bibliothèque a renoncé à son droit au secret¹⁰⁶.

Conclusion

Le conseiller législatif assume des responsabilités professionnelles qui comptent parmi les plus complexes de toutes les professions juridiques. Cette complexité tient au fait que ces responsabilités découlent la plupart de temps de trois sources distinctes qui ne sont pas entièrement compatibles.

La première de ces sources est l'adhésion à une association professionnelle. Les responsabilités qui en découlent sont principalement axées sur la pratique privée en raison du nombre prépondérant d'avocats de pratique privée qui sont membres de ces

¹⁰⁵ London Public Library Board, appel MA08-460, ordonnance MO-2500, 26 février 2010.

¹⁰⁶ Ibid. p. 7.

associations. Certes, de nombreuses associations se sont efforcées d'adapter leurs règles de déontologie de manière à tenir compte de la pratique au sein de l'entreprise ou du secteur public; elles n'y sont toutefois pas tout à fait parvenues. La notion de loyauté envers le client, par exemple, s'adapte mal au cas où ce dernier est la puissance publique agissant par l'entremise d'intermédiaires qui se succèdent au rythme des défaites et des victoires des députés et des gouvernements.

La seconde source de responsabilités professionnelles découle de l'emploi au sein d'une administration publique. Les règles de déontologie de la fonction publique sont mieux adaptées au travail des conseillers législatifs, mais certains aspects ayant trait à la confidentialité créent des tensions non résolues, particulièrement en ce qui concerne la renonciation au secret professionnel. Des tensions surgissent aussi parfois entre, d'une part, les objectifs d'intérêt public ou les considérations politiques et, d'autre part, les contraintes juridiques ou les considérations propres au régime législatif.

La troisième source de responsabilités professionnelles tient au rôle de conseiller législatif, à qui il incombe non seulement de fournir des services à un client, mais également, en tant que « gardien des lois », d'assurer l'intégrité du système législatif et le respect des valeurs juridiques. Ces dernières représentent la manière dont les questions plus générales d'intérêt public ou social s'articulent dans le contexte des services législatifs. Même lorsqu'il est consacré par la loi, ce rôle engendre des tensions avec certains des principaux facteurs qui sous-tendent les deux autres sources de responsabilités professionnelles dans la mesure où la prestation de celles-ci vise principalement à servir un client ou à réaliser des objectifs d'intérêt public, et non à assurer le bon fonctionnement du système législatif.

Les tensions ne sont pas mauvaises en soi. Tout comme la division classique du pouvoir entre les trois branches de l'État — le législatif, l'exécutif et le judiciaire — permet un gouvernement efficace et démocratiquement responsable, la tension inhérente au rôle de conseiller législatif oriente, elle aussi, l'activité de rédaction législative vers le même résultat. Un tel régime fonctionne bien parce que les conseillers législatifs n'ont pas le pouvoir de créer le droit. Ils travaillent, avec beaucoup d'autres participants, à lui donner forme. Pour réussir à cet égard et demeurer fidèle aux trois sources de leurs responsabilités professionnelles, les conseillers législatifs doivent non seulement maîtriser leur art, mais également obtenir le respect et la confiance de ceux et celles pour qui ils œuvrent. À ce sujet, il convient de reprendre de nouveau les conseils de Reed Dickerson reproduits précédemment [TRADUCTION] « le rédacteur qui réussit à faire preuve de retenue et à demeurer respectueux dans l'expression de ses réticences peut habituellement aider son client à formuler bon nombre d'orientations ».

Annexe 1 – Extraits des règles de déontologie visant les conseillers juridiques du secteur publique

*Code de déontologie professionnelle de l'Association du Barreau canadien*¹⁰⁷

[://www.cba.org/abc/activities_f/code/](http://www.cba.org/abc/activities_f/code/)

Interprétation

« Client » la personne

- (i) qui consulte un avocat qui lui rend ou s'engage à lui rendre des services juridiques; ou
- (ii) qui a consulté un avocat et qui a raisonnablement conclu que l'avocat a accepté de lui rendre des services juridiques.

Dans le cas d'un individu qui consulte l'avocat à titre de représentant, s'entend de la personne, la société, la société de personnes, l'organisation ou l'entité juridique que cet individu représente.

« Personne » comprend la corporation, la personne morale, l'association, la société ou le groupement, la Couronne canadienne, provinciale ou territoriale et le gouvernement ou la subdivision politique d'un État.

CHAPITRE IV

RENSEIGNEMENTS CONFIDENTIELS

Renseignements confidentiels provenant de sources gouvernementales

16. Un avocat qui dispose de renseignements du gouvernement considérés comme confidentiels portant sur une personne et obtenus lorsqu'il était un fonctionnaire ou un employé, ne représentera pas un client (autre que l'organisme dont il était un fonctionnaire ou un employé) dont les intérêts sont opposés à ceux de cette personne dans une affaire dans laquelle les renseignements pourraient être utilisés au détriment de cette personne¹⁴.

CHAPITRE V

IMPARTIALITÉ ET CONFLITS D'INTÉRÊTS ENTRE CLIENTS

Transferts

25. Les paragraphes 26 à 29 ne s'appliquent pas aux membres employés par le ministère de la Justice ou le procureur général du Canada, d'une province ou d'un territoire qui, après avoir changé de service, de ministère ou d'organisme, demeurent employés par le même ministère de la Justice ou le même procureur général¹⁹.

Notes

19. C.-B. 6(7.3); N.-É. 6a-3; Ont. 2.05(3).

¹⁰⁷ © Association canadien du barreau. Réproduction interdite sans son consentement.

CHAPITRE X

L'AVOCAT QUI OCCUPE UNE CHARGE PUBLIQUE

RÈGLE

L'avocat qui occupe des fonctions publiques doit s'acquitter de celles-ci selon des règles de conduite aussi exigeantes que celles imposées par le présent Code aux avocats en exercice¹.

Commentaires

Principes directeurs

1. Le principe vaut pour l'avocat qui accède à des fonctions publiques, législatives ou administratives, par voie d'élection ou de nomination, à n'importe quel palier de gouvernement, qu'il soit parvenu ou non à ces fonctions grâce à ses qualifications professionnelles². Il doit avoir constamment à l'esprit que le public l'observe et que tout manquement de sa part à la morale risque, par le fait même, de discréditer la profession d'avocat³.

Conflits d'intérêts

2. L'avocat investi de fonctions publiques doit éviter tout conflit entre ses intérêts et les devoirs de sa charge. S'il n'occupe de telles fonctions qu'à temps partiel, il doit refuser toute affaire privée dans laquelle les intérêts de son client pourraient entrer en conflit avec les devoirs de sa charge. Si ce conflit apparaît de façon imprévue, il doit sur-le-champ, se dessaisir de l'affaire et expliquer à son client que ses fonctions officielles priment. L'avocat qui se consacre exclusivement à des fonctions publiques ne se heurtera pas à ce dilemme. Il doit néanmoins prendre garde que l'impartialité nécessaire à l'exécution de ses fonctions officielles ne soit compromise par ses propres intérêts, ceux d'un proche ou d'un associé, ceux d'un client ancien ou futur ou encore par ceux d'anciens ou futurs associés⁴.

Dans le paragraphe qui précède, on doit entendre par « proches » ou « associés » le conjoint de l'avocat, ses enfants, parents ou alliés habitant sous le même toit que lui, toute fiducie, succession dans laquelle il possède d'importants intérêts ou auprès de laquelle il est placé en qualité de fiduciaire ou à titre analogue, une société dont il est un dirigeant ou dont il (ou l'un de ses proches ou associés) possède ou contrôle, directement ou indirectement, un nombre important d'actions⁵.

Sous réserve de règles spéciales applicables aux fonctions dont il est investi, l'avocat qui entrevoit la possibilité d'un conflit d'intérêts doit le révéler à la première occasion et se récuser. Il ne doit participer à aucune étude, discussion ou délibération traitant de la question⁶.

Comparutions devant des organismes publics

3. Lorsqu'un avocat ou un de ses associés est membre d'un organisme officiel comme une commission scolaire, un conseil municipal ou une chambre professionnelle, il ne doit pas comparaître à titre professionnel devant cet organisme. Toutefois et sous réserve des règlements de l'organisme régissant la profession, il pourrait, sans déroger aux présentes règles, comparaître à titre professionnel devant un comité d'un tel organisme, si aucun de ses associés n'est membre du comité en question⁷.

4. L'avocat ne doit pas représenter dans la même affaire, ou dans une affaire connexe, des personnes ou des intérêts avec lesquels il a pu traiter en sa qualité officielle. De même, il doit s'abstenir de donner des avis sur les décisions d'un organisme officiel dont il est membre ou dont il était membre au moment où la décision a été prise.

Divulgence d'information officielle⁸

5. La règle sur le secret professionnel implique que l'avocat doit garder secrets les renseignements confidentiels auxquels il a eu accès dans l'exercice de fonctions publiques; il ne peut les divulguer ni les utiliser bien qu'il ait cessé d'exercer ces fonctions. En ce qui a trait à l'acceptation d'un emploi relié à toute matière dans laquelle l'avocat avait une responsabilité importante ou détenait des informations officielles, voir le paragraphe 3 des commentaires sous la règle traitant des conduites douteuses (chapitre XIX)⁹.

Action disciplinaire

6. Normalement, un organisme régissant la profession n'a pas à se préoccuper de la façon dont un avocat s'acquitte de ses fonctions publiques. Cependant, l'avocat peut faire l'objet de sanctions disciplinaires si sa conduite, alors qu'il est en poste, manque d'intégrité ou de compétence professionnelle¹⁰.

Notes

1. Alta. 12-S.O.P.; ABA-MC 8.8; DR 8-101(A); ABA-MR 1.11; N.-B. 17-R; N.-É. R-16; Ont. 6.05(1); Qué. 3.05.09.

2. Quelques exemples classiques : sénateurs, députés fédéraux ou provinciaux, ministres, conseillers municipaux, commissaires d'école, membres et fonctionnaires d'offices, de commissions, de tribunaux, de ministères, commissaires d'enquête, arbitres, médiateurs, procureurs de la Couronne, etc. Pour des discussions sur la question, voir Woodman, *The Lawyer in Public Life*, (1971) Pitblado Lectures (Manitoba) p. 129.

3. Commentaires, Ont. 6.05(1); N.-É. R-16 Principes directeurs, C-16.1.

4. ABA-MR 1.11(d); N.-B. 17-C.2(a), (b), (c); N.-É. C-16.2; Commentaires, Ont. 6.05(2).

5. N.-É. C-16.4.

6. N.-B. 17-C.3; N.-É. C-16.5; Commentaires, Ont. 6.05(2).

7. N.-B. 17-C.4; N.-É. C-16.6; Ont. 6.05(4).

8. ABA-MC 9-101(A), (B); N.-B. 17-C.5(a), (b); N.-É. C-16.8; Commentaires, Ont. 3.05.10.

9. ABA-MR 1.11(c); N.-B. 17-C.6; N.-É. C-16.8; Commentaires, Ont. 6.05(5).

10. N.-B. 17-C.9; N.-É. C-16.9. Dans l'affaire *Barreau de Montréal c. Claude Wagner*, (1968) B.R. 235 (Qué.), le défendeur, alors ministre provincial de la justice, avait, dans un discours public, critiqué la conduite d'un juge. Il a été jugé qu'il échappait à la juridiction disciplinaire du Barreau, au motif qu'il exerçait alors « le pouvoir exécutif de la Couronne ». Dans l'affaire *Gagnon c. Barreau de Montréal*, (1959) B.R. 92 (Qué.), il s'agissait d'un ancien juge qui demandait sa réadmission au Barreau. Il a été jugé que

l'organe compétent pour statuer sur cette demande pouvait tenir compte de la conduite du requérant dans l'exercice de ses anciennes fonctions.

Law Society of Alberta Code of Professional Conduct

<http://www.lawsocietyalberta.com/resources/codeProfConduct.cfm>

CHAPTER 12

THE LAWYER IN CORPORATE AND GOVERNMENT SERVICE

STATEMENT OF PRINCIPLE

A lawyer in corporate or government service has a duty to act in the best interests of the corporation or government, as they are perceived by the corporation or government, subject to limitations imposed by law or professional ethics.

RULES

1. A lawyer in corporate or government service must consider the corporation or government to be the lawyer's client.
2. A lawyer may act in a matter for another employee of a corporation or government only if the requirements of Rule #2 of Chapter 6, *Conflicts of Interest*, are satisfied.
3. If a lawyer while acting for a corporation or government receives information material to the interests of the corporation or government, the lawyer must disclose the information to an appropriate authority in the corporation or government.
4. A lawyer must not implement instructions of a corporation or government that would involve a breach of professional ethics or the commission of a crime or fraud.

COMMENTARY

General

G.1 Definitions and application: For the purposes of this chapter, "corporation" is to be interpreted broadly and includes a sole proprietor, partnership, joint venture, society and unincorporated association. Similarly, "government" is to be understood in its broadest sense. A lawyer working in a division, department or agency of the government or in a corporation ultimately controlled by the Crown is considered to be working for the government as a whole as opposed to that division, department, agency or corporation. See Commentary 1 for a more detailed discussion of client identification.

G.2 While the ethical standards that apply to lawyers in corporations and government are the same as those applying to other lawyers, the existence of an employment relationship may generate issues that do not normally arise in private practice. The rules and commentary of this chapter are intended to assist such counsel in identifying and resolving some of these concerns. Lawyers in corporations and government may perform functions other than acting as lawyers. In this regard, see Chapter 15, *The Lawyer in Activities Other Than the Practice of Law*.

G.3 Termination of employment: A lawyer who leaves the employ of a corporation or government is governed by Rule #3 of Chapter 6, *Conflicts of Interest*, with respect to ability to subsequently act against the former employer. In addition, Rule #4 of that chapter applies if a lawyer moves during the currency of a matter to a firm representing another party to the matter. See also Chapter 7, *Confidentiality*, respecting a lawyer's obligations of confidentiality.

R.1 A lawyer in corporate or government service must consider the corporation or government to be the lawyer's client.

C.1 The client of a lawyer employed by a corporation is the corporation itself and not the board of directors, a shareholder, an officer or employee, or another component of the corporation. Likewise, the client of a lawyer employed by the government is the government itself and not a board, agency, minister or Crown corporation.

As an internal matter, a corporate or government client usually provides specific instructions regarding the lawyer's duties and responsibilities. These instructions may include a direction to accept instructions from and report to a particular person or group within the client; to keep

certain information confidential from other persons or groups within the client; or to act for more than one of its components, in circumstances that would constitute a multiple representation if the corporation or government as a whole were not the client. A corporate or government lawyer is entitled to act in accordance with such instructions until they are countermanded or rescinded by the client. Since a corporation or government must act through human agents, however, counsel must be satisfied that those purporting to speak for the client have the authority to do so and that the instructions they convey are in the best interests of the client, as perceived by the client based on considerations including legal advice. Independent inquiry or verification is seldom necessary when instructions have been received through normal channels and contain no unusual or questionable elements. The risk of inaccurate or unauthorized instructions may also lessen as organizational size and complexity decrease since the interests of the person instructing the lawyer may be more closely identified with those of the client itself.

R.2 A lawyer may act in a matter for another employee of a corporation or government only if the requirements of Rule #2 of Chapter 6, *Conflicts of Interest*, are satisfied.

C.2 A corporate or government lawyer may be requested to perform legal services in circumstances in which another employee of the corporation or government expects that the lawyer will be protecting that person's interests. In some situations, it may appear that the corporation or government has no substantial interest in the matter, such as the purchase of a house by an employee. In other situations, such as the preparation of an employment contract, the corporation or government clearly has an interest that differs from that of the employee. In still others, such as the defence of both parties on a criminal or quasi-criminal charge, the corporation or government and the employee may seem to have a common interest. In any of these cases, however, the lawyer may acquire information from one party that could be significant to the other. Before the lawyer undertakes the representation, therefore, the parties must agree that there will be a mutual sharing of material information. The other requirements of Rule #2 of Chapter 6, *Conflicts of Interest*, must also be satisfied. For example, the lawyer must:

- determine that the representation is in the best interests of both parties after consideration of all relevant factors;
- stipulate that the lawyer will be compelled to cease to act in the matter if a dispute develops, unless at that time both parties consent to the lawyer's continuing to represent the corporation or government in the matter;
- obtain the consent of the parties based on full and fair disclosure of the advantages and disadvantages of the lawyer's acting versus the engagement of outside counsel. If the employee involved is (for example) the president of a corporate client, the consent of the corporation required by Rule #2 of Chapter 6, *Conflicts of Interest*, must issue from someone other than the president, such as the board of directors. If the lawyer considers the risk of divergence of interests to be high, or if one of the parties is unwilling to agree to the mutual sharing of material information, the employee must retain independent counsel. Rule #2 and this commentary also apply in principle when a corporate or government lawyer is requested to represent a third party, such as an affiliated corporation or joint venturer, having an association with the corporation or government but not forming part of it.

R.3 If a lawyer while acting for a corporation or government receives information material to the interests of the corporation or government, the lawyer must disclose the information to an appropriate authority in the corporation or government.

C.3 It is usual to convey material information respecting the interests of a corporate or government client to the person to whom the lawyer normally reports. However, there may be circumstances in which reporting information to that individual would be ineffective or inappropriate. For example, the information may relate to misconduct by that person, or the person may have a history of refusing or failing to deal with similar information in a proper manner. In such a situation, the lawyer should report the information to other, usually more

senior, authorities within the client until satisfied that the information has been conveyed to someone who will give it appropriate consideration. If a lawyer, after taking all reasonable steps to protect the client's interests, receives instructions that would involve a breach of professional ethics or the commission of a crime or fraud, the lawyer may be compelled to withdraw from the representation. (see Commentary 4) With respect to reporting a matter to authorities outside the client, see Rule #8(c) of Chapter 7, *Confidentiality*.

R.4 A lawyer must not implement instructions of a corporation or government that would involve a breach of professional ethics or the commission of a crime or fraud.

C.4 Like other lawyers, corporate and government counsel must refuse to engage in conduct that violates professional ethics. The fact that such a stand may create conflict with the client or jeopardize one's position or opportunity for advancement is not relevant from an ethical perspective. Rule #10 of Chapter 9, *The Lawyer as Advisor*, and Rule #2(a) of Chapter 14, *Withdrawal and Dismissal*, provides that withdrawal is mandatory when a client persists in instructions constituting a breach of ethics. In private practice, withdrawal is understood to mean ceasing to act in a particular matter and does not necessarily preclude a lawyer's continuing to act in other matters for the same client. Similarly, a corporate or government lawyer may "withdraw" from a given matter by refusing to implement the client's instructions in that matter, while continuing to advise the corporation or government in other respects. In the case of a profound and fundamental disagreement between lawyer and client or a pervasive institutional policy of illegality, withdrawal may also entail resignation. In most cases, however, a preferable approach is to refer the contentious matter to outside counsel, seek alternative instructions from other levels of authority in the corporation or government, or take similar action that falls short of resignation. It is a breach of ethics for a lawyer to act when the services rendered will not be competent. (see Chapter 2, *Competence*) Competence is an issue that arises in corporate and government practice as well as in private practice, particularly when a lawyer is requested by the client to provide services that are unusual or outside the scope of the lawyer's normal duties. Corporate and government counsel should therefore be aware of the issue of competence and take such steps as are necessary to ensure that the lawyer is able to satisfy in each matter undertaken the various aspects of competence described in Chapter 2, *Competence*. With respect to instructions of a corporation or government that would involve the commission of a crime or fraud, see Commentary 11 of Chapter 9, *The Lawyer as Advisor*.

Code de déontologie du Barreau du Haut-Canada

<http://www.lsuc.on.ca/fr/lawyer-regulation/a/rules-of-professional-conduct/>

RÈGLE 2 - LES RAPPORTS AVEC LES CLIENTS

2.02 LA QUALITÉ DES SERVICES

Honnêteté et franchise

(1) L'avocate ou l'avocat conseille ses clients avec franchise et honnêteté.

Commentaire

Aux personnes qui le consultent, l'avocate ou l'avocat donne des conseils sérieux, fondés sur une connaissance suffisante des faits pertinents, une étude appropriée du droit applicable et sa propre expérience.

Ses conseils sont francs et directs; ils reflètent clairement son opinion sur le fond de l'affaire et sur son issue probable.

Cas où le client est un organisme

(1.1) Quelles que soient les instructions qu'il reçoit d'un dirigeant ou d'une dirigeante, d'un employé ou d'une employée, d'un ou d'une mandataire ou d'un représentant ou d'une représentante de l'organisme qui l'emploie ou qui engage ses services, y compris une personne morale, l'avocat ou l'avocate agit pour l'organisme dans l'exercice de ses fonctions et dans la prestation des services professionnels.

Commentaire

L'avocat ou l'avocate qui agit pour un organisme ne doit pas perdre de vue le fait que c'est l'organisme lui-même qui est son client et que ce client a une personnalité juridique distincte de ses actionnaires, dirigeants, administrateurs et employés. Même si c'est par le biais de ses dirigeants, administrateurs, employés, membres, mandataires et représentants que l'organisme agit et donne des instructions, ce sont les intérêts de l'organisme lui-même que l'avocat ou l'avocate doit veiller à servir et à protéger. En outre, comme un organisme dépend de personnes physiques pour donner des instructions, l'avocat ou l'avocate doit veiller à ce que la personne physique qui lui donne des instructions pour le compte de l'organisme agit avec l'autorisation effective ou apparente de ce dernier.

En plus d'agir pour un organisme, l'avocat ou l'avocate peut accepter un double mandat et agir pour une personne associée à ce dernier. C'est le cas, par exemple, lorsque l'avocat ou l'avocate donne des conseils en assurance responsabilité civile à un dirigeant ou à une dirigeante d'un organisme. Dans un tel cas, l'avocat ou l'avocate qui agit pour l'organisme sera à l'affût des possibilités de conflits d'intérêts et se conformera aux règles sur les conflits d'intérêts (règle 2.04). *[Nouveau – mars 2004]*

6.05 L'AVOCAT TITULAIRE D'UNE CHARGE PUBLIQUE

Norme de conduite

6.05 (1) L'avocate ou l'avocat qui occupe une charge publique doit s'en acquitter selon des normes de conduite aussi exigeantes que celles qu'impose le présent code à l'avocate ou l'avocat en exercice.

Commentaire

La règle vaut pour l'avocat ou l'avocate qui accède à des fonctions législatives ou administratives, par voie d'élection ou de nomination, à n'importe quel palier gouvernemental, que ses fonctions soient ou non liées à sa qualité d'avocat. Comme le public l'observe, tout manquement de sa part à l'éthique professionnelle risque plus facilement de discréditer la profession juridique.

Normalement, le Barreau ne s'occupe pas de la façon dont l'avocat ou l'avocate s'acquitte des fonctions de sa charge. Cependant, l'avocate ou l'avocat qui fait preuve d'un manque d'intégrité ou de compétence professionnelle peut faire l'objet de sanctions disciplinaires.

Conflits d'intérêts

(2) L'avocat ou l'avocate qui occupe une charge publique doit éviter tout conflit entre ses intérêts personnels ou professionnels et les devoirs de sa charge.

Commentaire

S'il n'occupe ses fonctions qu'à temps partiel, l'avocat ou l'avocate doit refuser toute affaire privée dans laquelle les intérêts de son client ou de sa cliente pourraient entrer en conflit avec les devoirs de sa charge. Si un conflit imprévu surgit, l'avocat ou l'avocate se dessaisit de l'affaire et explique à son client ou à sa cliente qu'il lui faut donner priorité aux devoirs de sa charge. L'avocate ou l'avocat qui se consacre exclusivement à sa charge publique ne risque pas d'éprouver ce problème. Néanmoins, il prend garde que, dans l'exécution des devoirs de sa charge, son jugement ne soit influencé par ses propres intérêts ou par les intérêts d'un proche ou d'une personne à laquelle il est lié, d'anciens ou de futurs clients, ou d'anciens ou de futurs associés ou professionnels salariés.

Sous réserve des règles spéciales applicables à sa charge publique, l'avocate ou l'avocat qui occupe une charge publique et qui entrevoit la possibilité d'un conflit d'intérêts est tenu de le révéler le plus tôt possible et de ne participer à aucune étude, discussion ni aucun vote relatifs à l'affaire en cause.

(3) S'il y a possibilité d'un conflit d'intérêts, l'avocate ou l'avocat qui occupe une charge publique ne doit pas représenter ni conseiller le client ou la cliente dans le dossier contentieux auquel il a été mêlé dans l'exercice des fonctions de sa charge.

Comparution devant des organismes officiels

(4) Sous réserve des règles de l'organisme officiel, l'avocate ou l'avocat ne doit pas comparaître à titre professionnel devant un organisme officiel dont lui, l'un ou l'une de ses associés ou l'un ou l'une des professionnels salariés de son cabinet fait partie.

Commentaire

Sous réserve des règles de l'organisme officiel, un associé, une associée, un professionnel salarié ou une professionnelle salariée peut comparaître à titre professionnel devant un comité de l'organisme officiel à la condition de ne pas faire partie du comité en question

et à la condition que, dans l'affaire en cause, l'avocat ou l'avocate membre de l'organisme ne siège pas au comité, ne participe pas à la formulation de ses recommandations, ni ne vote sur celles-ci.

Conduite de l'avocat qui a quitté sa charge publique

(5) L'avocate ou l'avocat qui a quitté sa charge publique ne doit pas agir pour un client ou une cliente dans une affaire à l'égard de laquelle il a assumé d'importantes responsabilités dans l'exercice de ses fonctions antérieures.

Commentaire

L'avocate ou l'avocat peut légitimement agir à titre professionnel dans cette affaire pour l'organisme public en cause.

L'avocate ou l'avocat garde secrets les renseignements confidentiels auxquels il a eu accès dans l'exercice des fonctions de sa charge; il ne peut les divulguer ni les utiliser malgré qu'il ait cessé d'occuper sa charge.

Code de déontologie du Barreau du Québec

<http://www.barreau.qc.ca/quebec/3/5/default.asp>

SECTION III

DEVOIRS ET OBLIGATIONS ENVERS LE CLIENT

§ 5. Indépendance et désintéressement

3.05.09. L'avocat qui occupe une fonction publique ne doit pas:

- a) tirer profit de sa fonction pour obtenir ou tenter d'obtenir un avantage pour lui-même ou pour un client lorsqu'il sait ou s'il est évident que tel avantage va à l'encontre de l'intérêt public;
- b) se servir de sa fonction pour influencer ou tenter d'influencer un juge ou un tribunal afin qu'il agisse en sa faveur ou en faveur de la société au sein de laquelle il exerce ses activités professionnelles, d'une personne au sein de cette société ou du client;
- c) accepter un avantage de qui que ce soit alors qu'il sait ou qu'il est évident que cet avantage lui est consenti dans le but d'influencer sa décision à titre d'employé public.

R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 1, a. 3.05.09; D. 351-2004, a. 42.

Annexe 2 – Code de valeurs et d'éthique de la fonction publique (Canada)

[://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/hrpubs/tb_851/vec-cve1-fra.](http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/hrpubs/tb_851/vec-cve1-fra)

Chapitre 1 - Valeurs de la fonction publique

Les fonctionnaires, dans l'exercice de leurs fonctions et dans leur conduite professionnelle, seront guidés par un cadre équilibré de valeurs de la fonction publique : les valeurs démocratiques, professionnelles, liées à l'éthique et liées aux personnes.

Ces familles de valeurs ne se distinguent pas les unes des autres mais se chevauchent. Elles sont des points de convergence qui permettent d'observer l'univers des valeurs de la fonction publique.

Valeurs démocratiques : *Aider les ministres, dans le cadre de la loi, à servir l'intérêt public.*

- Les fonctionnaires fourniront aux ministres des conseils honnêtes et impartiaux, et mettront à leur disposition tous les renseignements pertinents à la prise de décisions.
- Ils mettront en œuvre avec loyauté les décisions des ministres qui ont été prises conformément à la loi.
- Les fonctionnaires aideront les ministres, à la fois individuellement et collectivement, à s'acquitter de leur obligation de rendre des comptes et fourniront au Parlement et à la population canadienne l'information concernant les résultats de leur travail.

Valeurs professionnelles : *Servir avec compétence, excellence, efficacité, objectivité et impartialité.*

- Il incombe aux fonctionnaires de respecter les lois du Canada et de préserver la tradition de neutralité politique de la fonction publique.
- Les fonctionnaires doivent s'assurer de l'utilisation adéquate, efficace et efficiente des deniers publics.
- Au sein de la fonction publique, la manière d'atteindre une fin doit être tout aussi importante que les fins en soi.
- Les fonctionnaires doivent constamment renouveler leur engagement à servir les Canadiens et Canadiennes en améliorant continuellement la qualité du service, en innovant pour s'adapter aux nouveaux besoins et en accroissant l'efficacité et l'efficacité des programmes et services gouvernementaux offerts dans les deux langues officielles.
- Les fonctionnaires doivent aussi soutenir la valeur qu'est la transparence dans le gouvernement, tout en respectant l'obligation de protéger le caractère confidentiel des renseignements, comme le prévoit la loi.

Valeurs liées à l'éthique : *Agir en tout temps de manière à conserver la confiance du public.*

- Les fonctionnaires doivent exercer leurs fonctions officielles et organiser leurs affaires personnelles de façon à préserver et à accroître la confiance du public à l'égard de l'intégrité, de l'objectivité et de l'impartialité du gouvernement.
- La conduite des fonctionnaires doit pouvoir résister à l'examen public le plus minutieux; cette obligation ne se limite pas à la simple observation de la loi.
- Dans l'exercice de leurs fonctions officielles, les fonctionnaires doivent prendre toute décision dans l'intérêt public.
- S'il y a d'éventuels conflits entre l'intérêt personnel du fonctionnaire et ses fonctions et responsabilités officielles, l'intérêt public doit primer dans le règlement desdits conflits.

Valeurs liées aux personnes : *Faire preuve de respect, d'équité et de courtoisie dans leurs rapports avec les citoyens et avec les collègues fonctionnaires.*

- Le respect de la dignité humaine et la reconnaissance de la valeur de chaque personne doivent toujours inspirer l'exercice de l'autorité et de la responsabilité.
- Les valeurs liées aux personnes renforcent la gamme complète des valeurs de la fonction publique. Les personnes traitées avec équité et civilité sont plus portées à manifester ces valeurs dans leur propre conduite.
- Les organisations de la fonction publique doivent être dirigées dans un souci de participation, d'ouverture et de communication, ainsi que dans le respect de la diversité et des langues officielles du Canada.
- Le principe du mérite est à la base des décisions de nominations dans la fonction publique.
- Les valeurs de la fonction publique devraient jouer un rôle de premier plan dans le recrutement, l'évaluation et la promotion.