

## Sur la corde raide de l'éthique

Guy Desjardins

Volume 57, Number 2, 1989

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1104699ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1104699ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

HEC Montréal

ISSN

0004-6027 (print)

2817-3465 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this document

Desjardins, G. (1989). Sur la corde raide de l'éthique. *Assurances*, 57(2), 207–223. <https://doi.org/10.7202/1104699ar>

Article abstract

Our collaborator, M<sup>e</sup> Guy Desjardins, has examined the ethical problems faced by lawyers who are chosen by the Insurer to represent an Insured. The lawyer may on many occasions have to contend with the dilemma of acting in the interest of the Insured or that of his principal. In his article, M<sup>e</sup> Desjardins examines a number of decisions handed down by our courts and involving this question. According to the author, it is useful to closely analyze these decisions so that lawyers who are regularly appointed by their insurers to represent insureds are able to better appreciate the problems such a mandate may entail and therefore allow them to take the necessary steps to avoid making a faux pas.

## Sur la corde raide de l'éthique<sup>(1)</sup>

par

Guy Desjardins<sup>(2)</sup>

*Our collaborator, M<sup>e</sup> Guy Desjardins, has examined the ethical problems faced by lawyers who are chosen by the Insurer to represent an Insured. The lawyer may on many occasions have to contend with the dilemma of acting in the interest of the Insured or that of his principal. In his article, M<sup>e</sup> Desjardins examines a number of decisions handed down by our courts and involving this question. According to the author, it is useful to closely analyze these decisions so that lawyers who are regularly appointed by their insurers to represent insureds are able to better appreciate the problems such a mandate may entail and therefore allow them to take the necessary steps to avoid making a faux pas.*

207



*“But confidentiality is essential where communication can affect coverage. Thus, the lawyer is forced to walk an ethical tightrope, and not communicate relevant information which is beneficial to one or the other of his clients.”*

### Introduction

Depuis toujours, l'avocat désigné pour assumer la défense de l'Assuré était choisi par l'Assureur sans que ce *modus vivendi* ne crée de problèmes, du moins tant que les intérêts de l'Assureur et de l'Assuré coïncidaient parfaitement. Cette relation tripartite tire son existence du contrat d'assurance qui oblige l'Assureur à défendre son Assuré lorsqu'il est poursuivi pour des dommages qui font l'objet de la couverture d'assurance (cette obligation découle aussi des articles 2604 et 2605 C.c.B-C.) et qui impose à l'Assuré de coopérer avec son Assureur dans l'enquête et la défense de la cause. Même si, jusqu'à récemment, les annales judiciaires québécoises ne rapportaient au-

---

(1) Conférence donnée par M<sup>e</sup> Guy Desjardins dans le cadre d'un atelier du Congrès du Barreau canadien, tenu à Montréal le 24 août 1988.

(2) M<sup>e</sup> Guy Desjardins, C.R., est attaché au cabinet Desjardins Ducharme, de Montréal.

cune situation où l'avocat désigné d'office par l'Assureur ait été placé dans des circonstances où il constatait en cours de mandat une divergence dans les intérêts de son client (l'Assuré) et ceux de son véritable mandant (l'Assureur), peu nombreux sont les avocats qui n'ont pas, à un moment donné ou un autre d'une telle double représentation, imaginé le spectre du dilemme où ils auraient à choisir entre les intérêts de l'Assuré et ceux de l'Assureur. Curieusement, les tribunaux du Québec semblent avoir été peu sollicités pour déterminer les droits et les obligations des différents acteurs de ce triangle quelque peu particulier.

208

La Cour d'appel du Québec a néanmoins été appelée à se pencher sur la question spécifique de la nature des obligations qu'assume l'avocat mandaté par l'Assureur à l'égard de l'Assuré dans le cadre d'un refus de couverture ultérieur. Cette décision, bien que critiquable à certains égards, comme l'indique la dissidence de l'honorable juge Owen, semble avoir donné le ton à une jurisprudence subséquente, qui est venue non seulement réaffirmer mais renforcer certains des principes qui sont à la base du devoir de représentation des avocats vis-à-vis leur client.

Il nous apparaît donc approprié d'analyser attentivement ces décisions, afin que les avocats régulièrement chargés de représenter des assurés par leur assureur soient en mesure d'apprécier les problèmes potentiels que peut créer ce genre de mandat et, ainsi, se prémunir contre les effets désagréables d'un faux pas.

Dans un premier temps, nous étudierons les circonstances de la décision de la Cour d'appel ainsi que les fondements de l'argumentation qui y est développée, et dans un deuxième temps, nous examinerons les jugements postérieurs de la Cour supérieure qui s'en sont inspirés pour rendre des décisions qui indiquent l'importance qu'entendent accorder les tribunaux à ces questions.

Avant de commencer cette étude, il n'est pas inutile de se rappeler les dispositions législatives et réglementaires applicables à la conduite de l'avocat en matière de conflits d'intérêts et de secret professionnel.

### **Sources législatives et réglementaires des devoirs de l'avocat**

Lorsqu'un avocat représente son client, il a d'abord envers lui un devoir de loyauté. Par conséquent, l'avocat doit mettre toute son

énergie à protéger les intérêts de son client et, pour bien remplir cette tâche, il doit donc éviter de servir des intérêts contraires.

### **Devoir de loyauté**

Le *Code de déontologie des avocats* (R.R.Q. 1981 c. B-1, r.1) consacre ce principe d'intégrité de la profession aux articles suivants :

« 3.05.03 L'avocat ne doit pas tenir compte d'interventions d'un tiers qui pourraient influencer sur l'exécution de ses devoirs professionnels au préjudice de son client. »

« 3.05.04 L'avocat ne peut représenter des intérêts opposés. Il doit sauvegarder en tout temps son indépendance professionnelle et éviter toute situation où il serait en conflit d'intérêts. Sans restreindre la généralité de ce qui précède, un avocat :

a) n'est pas indépendant comme conseiller pour un acte donné, s'il y trouve un avantage personnel, direct ou indirect, actuel ou éventuel ;

b) est en conflit d'intérêts :

i) lorsque les intérêts sont tels qu'il peut être porté à préférer certains d'entre eux à ceux de son client ou que son jugement et sa loyauté envers celui-ci peuvent en être défavorablement affectés ;

ii) s'il agit à titre d'avocat d'un syndic ou d'un liquidateur, sauf à titre d'avocat du liquidateur nommé en vertu de la *Loi sur la liquidation des compagnies* (R.R.Q., c. R-4), et représente le débiteur, la compagnie ou la société en liquidation, un créancier garanti ou un créancier dont la réclamation est contestée ou à représenter une de ces personnes dans les deux années précédentes à moins qu'il ne dénonce par écrit au créancier ou aux inspecteurs tout mandat antérieur reçu du débiteur, de la compagnie ou de la société ou de leur créancier pendant cette période. »

Le justiciable qui confie un mandat à son avocat s'attend à être conseillé ou à être défendu par un expert. Il est en effet devenu difficile, pour un profane, de se démêler à travers toutes les procédures nécessaires au fonctionnement du système judiciaire moderne. Le ci-

toyen doit donc confier la défense de ses intérêts à un avocat en qui il doit avoir confiance et à qui il peut confier tous ses secrets.

Pour ces raisons, le devoir de loyauté de l'avocat qui prohibe les situations de conflit d'intérêts ne saurait être préservé sans son corollaire : le devoir de confidentialité. Le comportement de l'avocat à l'égard des renseignements confidentiels qu'il reçoit dans le cadre de sa profession est clairement défini dans plusieurs dispositions québécoises.

210

### ***Devoir de confidentialité***

Tout d'abord, notre *Code de déontologie* consacre le vieux principe que l'avocat ne doit pas trahir les confidences reçues d'un client :

« 3.06.02 L'avocat ne peut accepter un mandat ou en continuer l'exécution s'il comporte ou peut comporter la révélation ou l'usage de renseignements et documents confidentiels obtenus d'un autre client sans le consentement de ce dernier. »

« 3.06.03 L'avocat ne doit pas faire usage de renseignements de nature confidentielle au préjudice d'un client ou en vue d'obtenir directement ou indirectement un avantage pour lui-même ou pour autrui. »

On comprend facilement que le climat de confiance propice à la révélation des confidences du client ne pourrait s'établir si ce dernier pouvait craindre que les renseignements qu'il fournit seront postérieurement utilisés contre lui. Dans un arrêt de la Cour suprême du Canada, *Solosky c. La Reine*, (1980) 1 S.C.R. 821, le juge Dickson soulignait l'importance des communications privilégiées entre avocats et clients et soulignait que ces privilèges étaient essentiels à la bonne administration de la justice. À la page 834, il résumait sa pensée de la façon suivante :

« Mais c'est en considération des intérêts de la justice qui ne peuvent être respectés, et de l'administration de la justice, qui ne peut suivre son cours sans l'aide d'hommes de loi versés dans la théorie générale du droit, les règles de procédure devant les tribunaux et les matières touchant les droits et les obligations, qui font l'objet de toutes les procédures judiciaires. Si le privilège n'existait pas du tout, chacun devrait s'en remettre à ses propres ressources en matière juridique. *Privée de toute assistance professionnelle, une personne ne s'aventurerait pas à consulter un spécialiste ou oserait seu-*

lement divulguer partiellement l'affaire à son conseil. » (Notre soulignement)

Le devoir de loyauté et le devoir de confidentialité se conjuguent donc pour établir le climat de confiance essentiel aux relations avocat-client.

Au Québec, la *Loi sur le Barreau*, L.R.Q. 1977, c.B-1, qui gouverne l'exercice de la profession d'avocat, consacre également ce devoir de confidentialité. C'est à l'article 131 de cette loi que l'on retrouve la notion de secret professionnel :

« 131.1 L'avocat doit conserver le secret absolu des confidences qu'il reçoit en raison de sa profession. »

« 131.2 Cette obligation cède toutefois dans le cas où l'avocat en est relevé expressément ou implicitement par la personne qui lui a fait ces confidences. En prêtant son serment d'office, tel que prévu à l'article 43 (f) de la *Loi sur le Barreau*, l'avocat s'engage à respecter le secret professionnel.

Finalement, le législateur québécois ne pouvait mieux protéger le droit à la confidentialité du client qu'en enchâssant ce droit, en 1975, dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q., c.6. C'est en effet l'article 9 de la *Charte* qui élève ce droit au niveau de droit fondamental et qui impose au Tribunal le devoir d'en assurer d'office le respect :

« Art. 9 Chacun a droit au respect du secret professionnel. Toute personne tenue par la Loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte, ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la Loi.

« Le tribunal doit d'office assurer le respect du secret professionnel. »

L'impact de cette disposition est important. Ainsi, en droit québécois, le secret professionnel n'est pas simplement, comme en *Common Law*, une règle de preuve. Il faut préciser cependant que les tribunaux canadiens semblent vouloir s'éloigner de la simple notion de

règle de preuve, même s'ils n'ont pas encore réussi à s'en détacher complètement :

212

« Même s'il ne fait aucun doute que les tribunaux canadiens s'orientent vers une notion plus large du privilège entre avocat et client, je n'estime pas que la notion ait été suffisamment étendue pour donner gain de cause à l'appelant. Bien qu'il y ait eu un mouvement qui tende à éloigner le privilège entre avocat et client de la règle de preuve qui ne peut être invoquée qu'au moment où l'on tente de produire des documents privilégiés, cet éloignement des restrictions temporelles rigides ne va pas aussi loin que le prétend l'appelant. » *Solosky c. La Reine*, (1980) 1 R.C.S. 821, 835-836

Étant un droit dit *fondamental*, toute atteinte illicite à ce droit confère à la victime le droit à l'injonction pour obtenir la cessation de cette atteinte et le droit d'obtenir la réparation du préjudice moral et matériel qui en découle. De plus, en cas d'atteinte intentionnelle, le Tribunal peut accorder des dommages exemplaires (voir article 49 de la *Charte*).

#### La jurisprudence québécoise récente

C'est dans ce cadre juridique que la Cour d'appel du Québec fut appelée à se prononcer, dans l'affaire *Citadel General Assurance Company c. Wolofsky et Al.* (1984) C.A. 377, sur le jugement du juge de première instance, qui avait maintenu une objection à la preuve et déclaré confidentielle une déclaration écrite faite par l'Assuré à l'avocat mandaté par l'Assureur pour faire enquête, mais qui avait déposé une comparution pour l'Assuré dans le cadre de procédures judiciaires, le tout sous la réserve usuelle d'un *non-waiver agreement* postérieur à la comparution mais antérieur à la déclaration. Le Tribunal avait de plus déclaré inhabiles à continuer d'agir pour l'Assureur les mêmes avocats, qui avaient cessé de représenter l'Assuré après que des motifs de non-couverture (*late notice*) aient été découverts par l'Assureur.

Les faits pertinents sont rapportés dans le jugement de l'honorable Chouinard :

« Le 13 juin 1975 l'appelante émettait une police d'assurance responsabilité en faveur de l'intimée Les Réserves du Nord (1973) Ltée. (Réserves du Nord).

« Le 1<sup>er</sup> janvier 1976, M<sup>e</sup> Wolofsky intimé fut victime d'un accident de ski sur les pistes du centre exploité par celle-ci. Le 21 décembre 1976, il intentait une action en dommages contre l'intimée Réserves du Nord et l'autre intimé Tony Adams, instructeur de ski.

« M<sup>e</sup> Carrière de l'Étude Lavery, O'Brien, qui représentait régulièrement l'appelante Citadel, à la demande du représentant de celle-ci produisit une comparution au nom des intimés Réserves du Nord et Tony Adams, le 7 janvier 1977. Le directeur des réclamations de Citadel, Gilbert Healey, fait part à M<sup>e</sup> Carrière quelque temps après, lors d'une conversation, de l'intérêt à rencontrer un représentant de l'assurée relativement aux détails concernant les faits de l'accident et ceux relatifs à l'avis de sinistre. C'est Gilbert Healey qui communique avec Nicholas Bullit représentant des Réserves du Nord l'assurée, pour prendre rendez-vous.

213

« Le 18 février 1977, M<sup>e</sup> Carrière et Gilbert Healey rencontrent Nicholas Bullit qui est informé de la comparution de M<sup>e</sup> Carrière pour Réserves du Nord et Adams et du but de la rencontre relativement aux faits de l'accident et à l'avis du sinistre à Citadel. Deux (2) écrits sont alors signés à la fois par Nicholas Bullit et Gilbert Healey en présence de M<sup>e</sup> Carrière et d'une autre personne : un document relatif à la non renonciation des parties à leurs droits (DW-1) et un autre communément appelé « examen statutaire » visant la question importante de l'avis de sinistre en matière d'assurance. Il va de soi que les intérêts de Citadel assureur et de Réserves du Nord assurée pouvait être conflictuels.

« Le 19 mai 1977, les procureurs de l'appelante Lavery, O'Brien présentent une requête pour se retirer du dossier, qui fut accordée le 13 juin 1977. Elle relate ce qui suit :

« . . . avoir comparu pour les défendeurs Les Réserves du Nord (1973) Ltée et Tony Adams sur les instructions de la Compagnie d'Assurances CNA. »

et avoir :

« . . . présentement reçu instructions de la Compagnie d'Assurances CNA de se retirer du dossier en raison du fait que l'avis des faits entourant le sinistre, tel qu'exigé par la Loi et le contrat d'assurance, ne fut donné que plusieurs mois après l'accident. »

« Le 17 mai 1978, l'intimée Réserves du Nord intente une action en garantie contre l'appelante pour laquelle comparait le 25 mai



1978 l'étude d'avocats Lavery, O'Brien. Le 1<sup>er</sup> mars 1982, l'intimée Wolofsky amende son action principale pour y joindre à titre de défenderesse principale l'appelante Citadel pour laquelle comparaît le 11 mars 1982 l'étude Lavery, O'Brien.

« Au procès, le représentant de l'intimée Réserves du Nord, Nicholas Bullit fut entendu en demande relativement à l'action principale. Lors de l'examen contradictoire, les procureurs de Citadel ont confronté le témoin avec sa déclaration donnée en présence de l'un d'eux M<sup>c</sup> Carrière à Gilbert Healey représentant de Citadel, lors de la rencontre précitée du 18 février 1977 ; il s'agissait vraisemblablement de démontrer une contradiction relative à l'avis de sinistre et conséquemment à la couverture d'assurance.

« Les procureurs de l'intimé Wolofsky et ceux de Réserves du Nord formulèrent l'objection à la base du jugement attaqué. Ils invoquèrent l'inopportunité d'agir des procureurs de l'appelante du fait de leur double mandat tant pour l'assurée que pour l'assureur, à la période relatée précédemment, lequel aurait comporté un conflit d'intérêts notamment lors de la signature de l'écrit qu'on voulait produire, aux motifs de la confidentialité dudit document protégée par le secret professionnel. Pour les mêmes raisons ils demandaient aussi que l'étude Lavery, O'Brien soit déclarée inhabile à continuer d'agir pour l'appelante. »

Il convient cependant de se rappeler qu'avant la signature de sa déclaration du 18 février 1977, Bullit avait signé un *non-waiver agreement*, qui se lisait comme suit :

**“NON WAIVER AGREEMENT**

*“WHEREAS a ski accident occurred on January 1st, 1976, on a ski hill in St. Donat de Montcalm whereby Judah Wolofsky suffered injuries ;*

*“WHEREAS Judah Wolofsky has sued, amongst others, Les Réserves du Nord (1973) Ltée as owner and operator of the ski hill as well as its employee Tony Adams, the ski instructor, for injuries sustained in such accident ;*

*“WHEREAS the CNA Assurance instructed its attorneys to file an appearance on behalf of Les Réserves du Nord (1973) Ltée and its employee Tony Adams in the action instituted by Judah Wolofsky which bears number 500-05-025128-768 of the records of the Superior Court for the judicial district of Montreal, in order to prevent judgment being obtained against them by default ;*

*“WHEREAS the CNA Assurance wishes to make an investigation in order to determine whether or not Les Réserves du Nord (1973) Ltée and its employee Tony Adams are entitled to coverage under insurance policy number 8341209 with respect to this claim ;*

*“IT IS UNDERSTOOD AND AGREED by and between Les Réserves du Nord (1973) Ltée and CNA Assurance that the latter may investigate the circumstances surrounding the above accident and matters pertinent to the insurance coverage without prejudice to the rights of either party hereto under policy number 8341209 issued by the CNA Assurance and the parties hereto agree, in consideration of the foregoing, that they and each of them will not, in the said action already instituted or in any action that may be brought between them hereto plead or contend that the CNA Assurance created any estoppel or waived any of its legal right to refuse payment or indemnity under the said policy by conducting the said investigation.*

215

*“IN WITNESS WHEREOF, the parties hereto have duly signed this agreement on the 18 day of February 1977.*

*“LES RÉSERVES DU NORD (1973) LTÉE*

*Per :*

*N. BULLIT*

*“CNA ASSURANCE*

*Per :*

*G. HEALEY*

*CNA/ASSURANCE*

*“SIGNED IN THE PRESENCE OF :  
REBECCA BRAITHWAITE*

*”*

Parlant pour la majorité, l'honorable juge Chouinard rejeta l'argument voulant qu'il ne saurait être question de placer la déclaration de l'Assuré sous le couvert du secret professionnel puisque les avocats ne représentaient pas l'Assuré sur la question de couverture.

Selon l'argumentation des avocats de l'Assureur, le dépôt d'une comparution afin d'éviter que jugement par défaut ne soit rendu durant la période que l'Assureur prendrait pour déterminer s'il y avait matière à couverture n'établissait pas qu'il existait un mandat entre eux et l'Assuré. De plus, un tel mandat était impossible avant que l'Assureur ait déterminé l'existence d'une couverture d'assurance, puisque ce n'était que dans l'optique d'une telle couverture que ce

dernier assumait l'obligation de défendre son Assuré et, partant, qu'un mandat de défense entre les avocats et l'Assuré prenait effet. Par conséquent, au moment de la déclaration de Bullit, ils n'étaient pas les avocats de l'Assuré mais ceux de l'Assureur.

La Cour fut cependant d'avis que les circonstances pouvaient raisonnablement laisser entendre à l'Assuré que la question de couverture d'assurance n'était pas en cause au moment de l'enquête de l'avocat sur les faits de l'accident et, pour cette raison, déclara qu'un mandat existait.

216 De plus, ayant de toute façon mis en doute la valeur de l'entente de non-renonciation (*non-waiver agreement*) faite un mois après la comparution et le mandat que celle-ci révélait, la Cour rejeta les prétentions des Assureurs voulant que l'Assuré ait été parfaitement au courant de la véritable nature du mandat que les avocats avaient assumé à son égard, puisque « la preuve n'a pas démontré son expertise en matière d'assurance pas plus que sa compréhension des distinctions relatives aux fins limitées d'une comparution en vue d'arrêter la marche des procédures pas plus que l'écrit de renonciation. . . »

Selon la Cour, l'équivoque de la situation permettait à l'Assuré de croire que les avocats étaient ses représentants et qu'il pouvait leur faire des confidences ou des déclarations confidentielles.

Se retournant ensuite vers la nature du mandat de défense confié par l'Assureur à l'avocat, la Cour dit qu'il « suppose la concordance des intérêts de l'assureur et de l'assuré qui doit bénéficier de tous les avantages des services d'un procureur sans égard au fait que celui-ci soit par l'effet du contrat choisi et payé par l'assureur ».

Bien entendu, ayant retenu que les avocats avaient appris de l'Assuré des faits protégés par le secret professionnel, il était logique que la Cour en vienne à la conclusion qu'ils ne pouvaient pas continuer à agir pour les assureurs dans le cadre de procédures les opposant à leur Assuré sur les mêmes faits, vu l'article 3.06.02 du *Code de déontologie*, (A.C. 1425-77 du 4-5-77, (1977) 109 G.O. II 3311) qui prévoit que :

« 3.06.02 L'avocat ne peut accepter un mandat ou en continuer l'exécution s'il comporte ou peut comporter la révélation ou l'usage de renseignements et documents confidentiels obtenus d'un autre client sans le consentement de ce dernier. »

La dissidence du juge Owen met en relief une conception différente et, dirons-nous, plus traditionnelle du rôle assumé par l'avocat qui dépose une comparution au nom d'un assuré. Dans le cas sous étude, le juge Owen était d'avis que les avocats n'avaient jamais été les procureurs de l'Assuré, si ce n'est que pour les fins bien limitées d'empêcher qu'un jugement par défaut ne soit rendu contre l'Assuré durant la période que prendrait l'Assureur pour prendre position sur la couverture. Contrairement à la majorité, le juge Owen se disait incapable de tirer d'une telle comparution la conclusion de l'existence d'un mandat entre l'avocat et l'Assuré.

Selon lui, pour les fins du litige qui opposait l'Assureur et l'Assuré, soit la couverture d'assurance, les avocats agissaient pour les assureurs et la preuve indiquait que Bullit avait été informé en temps utile que sa rencontre avec les avocats avait pour but de discuter de faits relatifs à la couverture d'assurance.

Le juge Owen ne partageait donc pas la détermination factuelle retenue par ses collègues de la majorité. Par conséquent, il ne pouvait accepter de placer la déclaration de Bullit sous le couvert du secret professionnel puisqu'elle n'avait pas été donnée à ses avocats mais à ceux de l'Assureur. Subsidiairement, même si on acceptait que les avocats aient été ceux de l'Assuré même au moment de la déclaration, celle-ci ayant été faite en présence du directeur des réclamations de l'Assureur (ni plus ni moins la partie adverse), aucun caractère de secret ne pouvait lui être conféré.

À cet égard, avec déférence pour l'opinion contraire, le raisonnement du juge Owen semble difficilement attaquant. En se fondant sur l'analyse de la nature du secret professionnel de l'avocat, faite par la Cour suprême du Canada, d'abord dans l'affaire *Solosky c. La Reine* (1980) 1 R.C.S. 821, puis dans l'affaire *Descôteaux c. Mierzewski* (1982) 1 R.C.S. 860, il est surprenant que la majorité ait conclu que la déclaration signée par Bullit en présence de ses avocats et de l'Assureur, qui la contresigna (et s'en vit remettre un exemplaire, sinon l'original), se voulait être une confiance de l'Assuré à son avocat. Il aurait été intéressant de voir ce qui serait arrivé si, au lieu que les avocats agissant alors pour l'Assureur tentent de faire produire cette déclaration par Bullit, de nouveaux procureurs appelés à les remplacer tentent de faire produire cette déclaration par celui à qui

elle avait été faite et qui l'avait signée comme témoin, c'est-à-dire le directeur des sinistres de l'Assureur.

Cette décision de la Cour d'appel fit l'objet d'une requête pour permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada, qui fut rejetée après trois mois de délibéré.

Depuis, quelques décisions de la Cour supérieure s'inspirèrent de l'affaire *Citadel*, pour délimiter de façon encore plus précise les devoirs de l'avocat dans des circonstances semblables.

218 C'est ainsi qu'on a vu la Cour supérieure être saisie non seulement d'objections à la preuve pour le motif de confidentialité, comme l'avait été originalement l'honorable juge de première instance dans l'affaire *Citadel*, mais de requêtes pour faire déclarer inhabiles à occuper des avocats qu'on alléguait être en conflit d'intérêts à cause de l'obligation au secret qui leur est imposée.

C'est ainsi que dans l'affaire *Thomson c. Smith Mechanical Inc.*, (1985) C.S. 782, l'honorable juge Gonthier, alors juge à la Cour supérieure, se faisait demander par les défendeurs de déclarer inhabiles les procureurs des demandeurs, en raison d'un conflit d'intérêts découlant du fait qu'ils avaient agi précédemment à la fois pour les demandeurs et les défendeurs dans l'affaire ayant donné naissance au litige qui lui était soumis. Fort de la décision rendue par la Cour d'appel dans l'affaire *Citadel*, l'honorable juge Gonthier décidait qu'il existait un lien direct et nécessaire entre la question du conflit d'intérêts de l'avocat et le droit de chacun à une audition impartiale, reconnu par la *Charte des droits et libertés de la personne* :

« Il appartient certes au Tribunal d'assurer une audition impartiale dans le respect des droits et obligations de chacun. À ce titre, le Tribunal doit s'assurer entre autres que les avocats sont habiles à remplir leur fonction propre de représentants des intérêts de leurs clients conformément aux règles d'éthique notamment dans le respect du secret professionnel et en l'absence de tout conflit d'intérêts. » (à la page 785)

Se fondant sur l'article 23 de la *Charte des Droits et Libertés de la Personne*, L.R.Q., c.C-12, qui stipule que :

« Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit

pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle. »

et sur la sanction prévue à l'article 49 :

« Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le devoir d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

« En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires. »

le juge Gonthier reconnaissait le devoir du tribunal « de ne pas entériner ou continuer de quelque façon un manquement à cette obligation, obligation dont l'objet est d'assurer le plein accomplissement par l'avocat de sa fonction auprès du Tribunal », ainsi que la compétence de ce dernier de « rendre les ordonnances requises » lorsque saisi d'une requête pour faire déclarer inhabiles les procureurs d'une partie en raison d'un conflit d'intérêts. Il répondait ainsi aux questions qu'avait soulevées, sans y répondre, l'honorable juge Owen dans l'affaire *Citadel*, lorsqu'il se demandait : *"if there were any conflict of interest on the part of Lavery, O'Brien it would raise serious questions such as, who could invoke such conflict of interest, before what forum, by what procedure, and what the sanction would be."*

219

Selon le juge Gonthier, le principe de l'audition impartiale reconnu par la *Charte* implique nécessairement « l'indépendance et le désintéressement des avocats qui sont chargés de faire valoir les droits de leurs clients », de même que « l'accès à toute confiance du justiciable à son avocat, confiance qui ne peut être assurée que par le respect des confidences et une entière loyauté ».

Après avoir constaté que l'absence de conflit d'intérêts est « inhérente au contrat qui lie l'avocat à son client », le Tribunal se pencha alors sur les dispositions pertinentes du *Code de déontologie des avocats* (R.R.Q. 1981, c. B-1, R.1), et plus particulièrement sur l'article 3.05.04 (cité plus haut).

Selon le juge Gonthier, cette disposition impérative ne comporte aucune exception, même dans le cas où le fait de ne pas occuper serait susceptible de causer un préjudice sérieux ou irréparable à un client. Il ajoute que la rédaction de cette disposition invite à « une interprétation large du conflit d'intérêts ».

De plus, l'article 3.06.02 du *Code de déontologie des avocats*, qui stipule que :

« L'avocat ne peut accepter un mandat ou en continuer l'exécution s'il comporte ou peut comporter la révélation ou l'usage de renseignements et documents confidentiels obtenus d'un autre client sans le consentement de ce dernier. »

créée une obligation qui survit au mandat d'un avocat et qui, par conséquent, peut engendrer une situation de conflit d'intérêts, même en l'absence de représentation simultanée d'intérêts opposés.

220 Mais au-delà de la *Charte* et du *Code de déontologie*, il existe, selon le juge Gonthier, d'autres motifs pour interdire le conflit d'intérêts :

« Permettre qu'un avocat puisse conseiller et agir pour des clients ayant des intérêts opposés, même successivement, dans une même affaire sans leur accord, serait miner la confiance que doit avoir le justiciable envers son avocat et serait incompatible avec la loyauté dont ce dernier est redevable envers son client. Ce sont là deux conditions intimement liées entre elles et essentielles à l'accomplissement par l'avocat de son rôle de conseiller de son client et de représentant de celui-ci auprès du Tribunal. Une telle pratique serait d'autant plus inadmissible qu'en ce domaine il est nécessaire non seulement d'assurer l'indépendance et le désintéressement de l'avocat mais également de la rendre manifeste. C'est à ce prix que non seulement justice sera faite mais également paraîtra être faite selon la maxime bien connue sur laquelle repose l'intégrité du système judiciaire dont les avocats sont un élément essentiel. »

Dans l'affaire plus récente de *Caplette c. Empire Maintenance Ltd.*, J.E. 87-17 (C.S.), l'honorable juge Denis Durocher alla encore plus loin en accordant une requête pour déclarer inhabile à occuper l'avocat de la partie adverse dont un associé, nommé depuis à la magistrature, avait représenté le requérant dans une autre cause d'accident n'ayant aucun lien avec celle alors devant le Tribunal.

Selon la Cour, même s'il ressortait que le conflit d'intérêts soulevé par le requérant n'était pas « substantiellement apparent et ne pourrait qu'être éventuel », ce qu'il importait de considérer, c'était :

« . . . la perception que le demandeur, qui fait la présente requête, lui-même estime quant au conflit apparent qui pourrait exister, ne serait-ce qu'éventuellement. Il s'agit d'une situation où le deman-

deur pourrait conclure que l'administration de la justice pourrait être à ses yeux, à tout le moins, déconsidérée. » (p. 4)

« Il pourrait également avoir une perception de la notion du secret professionnel qui n'est pas celle qui est garantie par la Charte des droits et libertés, (art. 9, ch. C-12, L.Q.). » (p. 5)

Bien qu'il soit permis de se demander si l'utilisation d'un test subjectif, plutôt qu'objectif, soit approprié dans ce domaine, on peut constater avec quelle susceptibilité le Tribunal aborde ces questions.

### Conclusion

On voit donc qu'au Québec les notions de secret professionnel et de conflit d'intérêts, en plus de faire l'objet d'une législation et d'une réglementation spécifiques, sont enchâssés (soit spécifiquement pour le secret professionnel, soit par interprétation pour le conflit d'intérêts) dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, ce qui a pour effet principal non seulement de leur conférer le statut de droits fondamentaux, mais de soumettre toute atteinte à leur égard à des sanctions spécifiques.

À en juger par l'attitude des tribunaux québécois sur ces questions depuis l'affaire *Citadel*, il ne serait pas superflu de dire que les assureurs et leurs conseillers juridiques feraient mieux de réexaminer attentivement les préceptes en vertu desquels ils ont vécu jusqu'à présent leur relation tripartite avec l'Assuré.

Malgré que la jurisprudence québécoise actuelle fasse état de relativement peu de cas, cette relation particulière pourrait bien donner lieu à de plus en plus de requêtes par l'Assuré pour faire déclarer inhabile l'avocat désigné par l'Assureur pour le représenter. La jurisprudence américaine, qui se veut peut-être prémonitoire de ce qui pourrait arriver chez nous, permet d'identifier certaines situations potentiellement risquées où le procureur mandaté par l'Assureur pour défendre l'Assuré devrait analyser attentivement sa position :

- *Lorsque l'Assuré est poursuivi en excédent de ses limites d'assurance, puisque le risque de ne pas régler à l'intérieur des limites de couverture est sur les épaules de l'Assuré.*

*Bogart c. Employers Casualty Co.* 164 Cal. App. 3d 602, 210 Cal. Rptr 578 (1985)



*Lysick v. Walcom*, 258 Cal. App. 2d 136, 65 Cal. Rptr. 406 (1968)

*Roger v. Robson et Als.*, 81 Ill. 2d 201, 407 N.E. 2d 47 (1980)

- *Lorsque l'Assureur mandate un procureur d'assumer la défense d'un assuré sous réserve de soulever la non-couverture à une date ultérieure.*

*San Diego Navy Federal Credit Union v. Cumis Insurance Society, Inc.*, 162 Cal. App. 3d 558, 208 Cal. Rptr. 494 (1984)

- *Lorsque l'avocat reçoit mandat de l'Assureur de défendre l'Assuré qui est poursuivi sur la base d'allégations dont certaines ne sont pas l'objet d'une couverture ou sont l'objet d'une exclusion spécifique.*

*Maryland Casualty Co. v. Peppers*, 64 Ill. 2d 187 (1976)

- *Lorsque l'avocat mandaté par l'Assureur pour défendre l'Assuré découvre des faits de nature à influencer la décision de l'Assureur sur la couverture.*

*Employers Gas Co. v. Scott Elec. Co.*, 513 S.V. 2d 642 (Tex. Civ. App. 1974)

*Murphy v. Urso*, 88 Ill. 2d 444 (1982)

*Parsons v. Continental Nat'l Ass. Group*, 113 Ariz. 223 550 P. 2d 94 (1976)

La jurisprudence québécoise, bien qu'embryonnaire, nous laisse entrevoir déjà que les tribunaux ne traiteront pas à la légère les situations de conflit d'intérêts des avocats, puisque cette question est rattachée à l'intégrité même du système judiciaire. L'affaire *Citadel*, bien qu'elle puisse porter à caution sur la détermination des faits, constitue néanmoins un exemple de la sévérité avec laquelle les questions d'éthique seront jugées.

Les avocats ordinairement mandatés par les assureurs pour défendre les assurés seraient certainement bien avisés de faire un examen critique des automatismes d'antan, afin de s'assurer qu'ils accomplissent toujours le but visé à la lumière des principes dégagés par nos tribunaux. Ils devront se rappeler qu'une fois qu'ils auront accepté le mandat de défendre l'Assuré (le simple dépôt d'une comparution, on l'a vu, comportera des risques) c'est à cette tâche et uniquement à cette tâche qu'ils devront consacrer toutes leurs énergies, et ils ne pourront évidemment poser quelque geste qui irait à l'encon-

tre des intérêts de leur client (l'Assuré) sans risquer d'en répondre. Lorsqu'ils se trouveront dans une situation où ils auront à choisir entre l'intérêt de l'Assuré et l'intérêt de l'Assureur, il sera préférable qu'ils cessent toute représentation, car il ne leur sera pas permis de servir deux maîtres.

---

### **Le *Rendez-Vous de Septembre de 1989***

Le prochain *Rendez-Vous*, ouvert aux professionnels de l'assurance et de la réassurance, et qui se tiendra du lundi 4 au samedi 9 septembre à Monte-Carlo, traitera principalement de l'impact du marché unique européen sur la réassurance. Comme à l'habitude, différents points de vue seront exprimés par les conférenciers invités. Signalons :

- le point de vue de l'assureur européen sur les aspects techniques et réglementaires ;
- le point de vue de l'assureur européen à vocation internationale sur les aspects commercial et marketing ;
- le point de vue du réassureur professionnel.