

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-025193-152
(500-22-209582-140)

DATE : 4 avril 2016

**CORAM : LES HONORABLES FRANÇOIS PELLETIER, J.C.A.
GENEVIÈVE MARCOTTE, J.C.A.
ÉTIENNE PARENT, J.C.A.**

MAY OSTOS MANGADLAO
APPELANTE – défenderesse

c.

JACQUELINE SANDERSON
INTIMÉE – demanderesse

ARRÊT

[1] L'appelante se pourvoit contre le jugement rendu le 26 mars 2015 et corrigé le 7 avril suivant (l'honorable David L. Cameron) aux termes duquel, à la demande de l'intimée, la Cour du Québec, district de Montréal, a déclaré le cabinet Davies Ward Phillips & Vineberg inhabile à agir pour le compte de l'appelante.

[2] Pour les motifs du juge Pelletier, auxquels souscrivent les juges Marcotte et Parent, la **COUR** :

[3] **ACCUEILLE** l'appel avec les frais de justice.

[4] **INFIRME** le jugement de première instance et, procédant à rendre le jugement qui aurait dû être rendu :

REJETTE la requête de la demanderesse avec dépens.

[5] **ORDONNE** que la requête en déclaration d'incapacité, les déclarations sous serment produites au soutien de cette requête et l'enregistrement et la transcription des débats en première instance et en appel demeurent confidentiels et sous scellés.

FRANÇOIS PELLETIER, J.C.A.

GENEVIÈVE MARCOTTE, J.C.A.

ÉTIENNE PARENT, J.C.A.

Me Sylvain Lussier
OSLER, HOSKIN & HARCOURT
Pour l'appelante

Me Jacqueline Sanderson
PERSONNELLEMENT

Date d'audience : 22 janvier 2016

MOTIFS DU JUGE PELLETIER

[6] Le juge Doyon de notre cour a autorisé Mme Mangadlao à se pourvoir contre le jugement de la Cour du Québec ayant déclaré le cabinet Davies Ward Phillips & Vineberg [ci-après «Davies»] inhabile à la représenter dans le litige l'opposant à Mme Sanderson, l'intimée. Notre collègue s'exprime ainsi :

[1] Je suis d'avis que les principes qui sont en cause justifient l'octroi de la permission que recherche la requérante et, à cet égard, les inférences que tire de la preuve le juge de première instance ne sont pas étrangères à la décision d'autoriser le pourvoi.

[2] Bref, les fins de la justice requièrent que l'appel soit autorisé malgré les sommes qui font l'objet du litige.

[7] En première instance, la preuve n'a consisté qu'en une déclaration sous serment de Mme Sanderson attestant que les faits allégués dans sa requête étaient véridiques.

[8] Il n'est pas nécessaire de reprendre dès maintenant toutes les allégations de cette procédure. Qu'il suffise pour le moment de dire que Mme Sanderson y relate les circonstances ayant entouré son départ du cabinet Davies, une étude au sein de laquelle elle avait exercé la profession d'avocate pendant sept années. Cette rupture, survenue en 2005, se serait concrétisée dans une atmosphère conflictuelle. Depuis, à son avis, les membres du cabinet continuent d'entretenir envers elle une rancune telle qu'aucun d'entre eux n'aurait le recul requis pour agir avec sérénité dans le dossier judiciaire l'opposant maintenant à Mme Mangadlao. En somme, la présence d'un avocat du cabinet Davies desservirait la saine administration de la justice. Le juge de première instance a avalisé cette thèse.

[9] Il est opportun, à ce stade, de décrire brièvement les faits à l'origine du litige mû en Cour du Québec.

[10] À compter de juillet 2011, Mme Mangadlao établit son domicile chez Mme Sanderson pour le compte de qui elle travaille en qualité d'aide familiale [*live-in caregiver*]. Elle est alors une immigrante récemment arrivée de Hong Kong. Voici cependant que, sans préavis, elle quitte ce domicile au mois de juillet 2013. Peu après, elle dépose auprès de la Commission des normes du travail une plainte pour gages impayés de même qu'une autre auprès de la Commission des droits de la personne, cette fois au motif de racisme.

[11] Mme Sanderson réplique en février 2014 par le dépôt une action en Cour du Québec. Il s'agit de la procédure dans le cadre de laquelle survient l'incident faisant l'objet du pourvoi. Elle y réclame 24 000 \$ en réparation du préjudice qu'elle aurait subi par suite du départ précipité de Mme Mangadlao. C'est alors que cette dernière confie sa défense à un jeune avocat du cabinet Davies, Me Léon H. Moubayed, qui accepte d'agir dans le cadre d'un mandat pro bono.

[12] Il convient maintenant d'examiner les éléments essentiels du jugement aux termes duquel la thèse de Mme Sanderson a triomphé. En voici une description succincte :

- Quoique subjective et spéculative, la déclaration sous serment de Mme Sanderson établit les faits essentiels allégués dans la requête (paragr. [18]).
- Il ne s'agit pas ici d'un cas classique d'inhabilité (paragr. [56]).
- Même en faisant abstraction de toute la subjectivité et du « drama » qui ressortent de la déclaration de Mme Sanderson, Davies n'a pas la distanciation requise avec les événements ayant entouré le départ de Mme Sanderson du cabinet. Malgré l'apparente courtoisie des rapports entre un associé de Davies présent à l'audience et Mme Sanderson, il y a un manque flagrant de neutralité (paragr. [57]).
- En dépit du passage du temps, il y a encore trop de charge émotionnelle pour que Mme Sanderson soit exposée à un contre-interrogatoire conduit par des avocats qui la connaissent trop bien (paragr. [58]).
- Mme Mangadlao n'a administré aucune preuve pour dissiper l'impression que c'est Davies qui s'entête à agir pour elle plutôt que cette dernière qui insisterait pour retenir les services du cabinet (paragr. [60] et [61]).
- Mme Mangadlao ne subira pas de préjudice (paragr. [62]).
- La façon la plus appropriée de régler le problème consiste, dans les circonstances, à inviter Mme Mangadlao à choisir un autre cabinet, lequel ne devrait pas entretenir de « collegial relationship » avec Mme Sanderson (paragr. 63)).
- Il s'agit d'un cas où la probabilité d'une entrave à la saine administration de la justice l'emporte sur l'intérêt que peut avoir un justiciable à choisir son avocat, intérêt qui, dans le cas à l'étude, est, au mieux, théorique (paragr. [65]).

[13] L'exposé de l'appelante propose l'examen d'une seule question :

Y avait-il des « motifs graves et contraignants » (« compelling ») autorisant le premier juge à priver l'appelante de son droit fondamental d'être représentée par l'avocat de son choix ?

[14] De son côté, l'intimée rétorque par quatre moyens :

- a) Il faut prendre en compte que le juge a exercé un pouvoir discrétionnaire et qu'en conséquence, la norme d'intervention est celle décrite dans l'arrêt *Reza c. Canada*¹.
- b) L'appelante n'ayant administré aucune preuve ne peut se reposer sur le secret professionnel pour expliquer son silence.
- c) Le jugement attaqué n'est pas vicié par la présence d'une erreur manifeste et déterminante.
- d) L'ordonnance de confidentialité et de non-publication devrait être levée.

[15] On le voit, l'intimée ne répond pas directement à la question soulevée par l'appelante et, à mon avis, elle revient en cela à la prémisse fondant la thèse qu'elle a soutenue en première instance. Au risque d'utiliser une formulation quelque peu réductrice, je décrirais ainsi cette prémisse : le choix, en l'espèce, est celui de Davies non celui de Mme Mangadlao.

[16] Je le dis dès maintenant, j'estime que la preuve offerte par le serment de Mme Sanderson est insuffisante pour établir cette prémisse. Il s'ensuit une erreur de principe viciant la démarche analytique entreprise par le juge, cela dit avec beaucoup d'égards.

[17] Il n'y a aucune preuve directe des circonstances ayant entouré la conclusion du contrat de services entre Mme Mangadlao et Davies. Les allégations de la requête, qui tiennent lieu de preuve, du moins est-ce là le cadre du débat, sont totalement muettes sur le sujet. Mme Sanderson, et le juge de première instance à sa suite, tirent l'inférence que c'est le cabinet qui a choisi la partie plutôt que l'inverse à partir des éléments suivants :

- a) l'existence d'un mandat *pro bono*;
- b) la pratique générale du cabinet, qui ne serait pas orientée vers le genre de litige dont la Cour du Québec est saisie;
- c) l'existence de rapports conflictuels que Mme Sanderson a pu entretenir dans le passé avec certains membres du cabinet Davies.

¹ *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394.

[18] À mon avis, cette inférence relève bien davantage de la spéculation que de la présomption fondée sur un faisceau de faits graves, précis et concordants. Me Moubayed a comparu et agi pour le compte de Mme Mangadlao, et ce, sans aucune forme de protestation de sa part. Même en retenant l'hypothèse que, s'agissant d'un mandat *pro bono*, Davies ait pu prendre l'initiative d'offrir ses services, il faut tenir pour acquis, faute de preuve convaincante au contraire, que Mme Mangadlao s'est considérée satisfaite de cette offre et qu'elle a donc choisi d'être représentée par ce cabinet. D'ailleurs, il faut aussi présumer qu'elle autorise Davies à contester fermement la demande en déclaration d'incapacité.

[19] Avec raison, Mme Mangadlao invoque devant nous le devoir de loyauté de Davies, lequel s'oppose à la suggestion faite d'entrée de jeu par le juge et à laquelle celui-ci renvoie dans le jugement frappé d'appel² :

[19] At the early stage, when the Court was informed by Maître Moubayed that he had taken the mandate pro bono, I suggested that given the history between Maître Sanderson and his firm, it would perhaps be appropriate to refer the mandate to another equally motivated lawyer from another firm taking pro bono files. Maître Moubayed has consistently refused to consider this option. Maître Moubayed and Davies take the position that their client is entitled to be represented by whomever she chooses from among the legal profession and that the case Maître Sanderson attempts to make does not fall within any jurisprudential principles that would compel their firm to withdraw from the mandate.

[20] La Cour suprême ne recommande certainement pas ce type de suggestion à un stade aussi hâtif³ :

[55] Le devoir de dévouement à la cause du client suppose qu'un cabinet d'avocats ne doit pas résilier un mandat de façon expéditive et inattendue afin de contourner les règles relatives aux conflits d'intérêts. Le cabinet McKercher s'était engagé à faire preuve de loyauté envers le CN dans les dossiers de préjudice corporel, d'achat d'un immeuble et de séquestre. Il était tenu de mener à bien ces mandats, à moins que son client ne l'en libère ou n'agisse d'une façon qui donne à McKercher une raison d'y mettre fin. McKercher a manqué à son devoir de dévouement envers les causes de CN en résiliant les mandats que le CN lui avait confiés relativement à deux de ces dossiers. Il est clair qu'un cabinet d'avocats ne peut tenter de se dérober à son devoir de loyauté envers un client en mettant fin à sa relation avec lui : *De Beers Canada Inc. c. Shore Gold Inc.*, 2006 SKQB 101, 278 Sask. R. 171, par. 17; *Toddglen Construction Ltd. c.*

² Jugement de première instance, paragr. 19.

³ *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher LLP*, [2013] 2 R.C.S. 649, paragr. 55.

Concord Adex Developments Corp. (2004), 34 C.L.R. (3d) 111 (C.S.J. Ont., le notaire Sandler).

[21] J'insiste ici pour dire que l'initiative de Davies d'offrir ses services n'est qu'une hypothèse parmi d'autres. Mme Sanderson l'infère, sans doute parce qu'elle l'estime la plus favorable à sa cause. Encore une fois, la preuve est totalement muette quant aux circonstances exactes ayant entouré la conclusion du contrat de services entre Mme Mangadlao et Davies. C'est ainsi qu'il est tout aussi possible que ce soit cette dernière qui ait elle-même choisi Davies d'une façon ou d'une autre, celui-ci acceptant d'agir *pro bono* au vu de l'information confidentielle qu'elle lui communique. Tout comme le juge de première instance, nous n'en savons rien.

[22] Mais la simple hypothèse que Davies ait pu prendre l'initiative d'accepter une demande adressée par Mme Mangadlao à tous les cabinets ne peut suffire à traiter l'affaire comme si cette dernière n'avait pas choisi d'être représentée par Davies. Il aurait fallu des éléments beaucoup plus concrets pour justifier une conclusion de cette nature, car, dans le cas d'une demande de déclaration d'incapacité, elle peut être le prélude à un renversement du fardeau de la preuve. Or, dans une telle conjoncture, un renversement a pour effet de priver le client de la protection quasi constitutionnelle que la jurisprudence reconnaît au droit de tout citoyen de choisir l'avocat qui le représente. Par voie de conséquence, il pourrait même, en certains cas, rendre nécessaire la renonciation au droit au secret professionnel de façon à être en mesure de combattre efficacement la demande de déclaration d'incapacité. Voilà pourquoi un juge ne peut tirer une semblable conclusion sur la base de simples conjectures, même en faisant appel à son pouvoir discrétionnaire.

[23] En résumé, si Mme Sanderson désirait se fonder sur un renversement du fardeau, il lui appartenait d'établir par une preuve convaincante que Mme Mangadlao n'avait pas choisi le cabinet agissant pour elle. J'ai déjà conclu à l'insuffisance de celle administrée en l'espèce.

[24] Ayant dès le départ avalisé la prémisse selon laquelle c'était le cabinet qui avait choisi la partie plutôt que l'inverse, le juge a accepté le renversement du fardeau et retenu qu'il appartenait à Mme Mangadlao de justifier le maintien du cabinet Davies au dossier. Il s'exprime ainsi :

[20] On first blush, the Court was struck by the dichotomy between what appeared on one hand to be a legitimate desire on the part of a young attorney to take on, pro bono, an interesting file that had both labour-law and human-rights contours, an apparently altruistic gesture and, on the other hand, the strange coincidence that the firm to which he belongs, which has now taken on the cause as its own, is the former employer of the Plaintiff.

[...]

[60] While the right of a party to be represented by the attorney of his choice is a recognized fundamental value of the legal system, the Defendant and Davies refrain from making any evidence that, in this case, the client had in fact chosen Davies as opposed to any other firm in the city taking on pro bono mandates.

[61] Nothing was done on the evidentiary plane to dispel the impression that it is Davies who has chosen to attach itself to this file, almost as a question of principle as to who is right, as between Davies and Maître Sanderson on the point now raised, and, presumably on all issues to come, as opposed to its client having sought Davies out from among the myriad firms in the city who accept pro bono mandates, whether through the intermediary of an agency such as Pro Bono Québec or in some more informal way devised to bring lawyers and parties together in cases involving important legal and social issues.

[25] Avec égards, j'estime donc que la démarche analytique suivie par le juge est entachée d'une erreur de droit qui emporte une conséquence directe sur la motivation qui appuie le dispositif. En effet, le juge a appliqué à l'affaire une norme d'opportunité plutôt que de la décider en fonction de l'existence de motifs graves et contraignants rendant nécessaire la déclaration d'inhabilité. Le dispositif de l'ordonnance s'appuie en effet sur les considérations suivantes :

[63] The Court is therefore of the view that the most appropriate way to deal with the present matter is to invite the Defendant to seek alternative pro bono counsel, taking the necessary time to do so attorneys having expertise in labour law and human rights mandates, and having no previous collegial relationship with Maître Sanderson.

[64] This case raises the novel question whether a firm should be prevented from acting against a previous employee. In the Court's view, there are cases where it should be so prevented because the residual conflict of the previous relationship would prevent it from having sufficient distance and objectivity to insure the proper administration of justice.

[65] In the Courts view, the present case is an example of a situation where the detriment of the probable impairment of the administration of justice overcomes the interest of the party in choosing this specific firm of attorneys, an interest which is, in the present file, at best, academic.

[26] Le cas à l'étude présente certaines analogies avec celui ayant fait l'objet de l'arrêt *Ste-Marie c. Prytula*, dont voici un passage particulièrement pertinent⁴ :

[4] Rien dans le présent dossier n'est de nature à faire en sorte que les membres du cabinet *Holmstead et Associés* n'aient pas la distanciation requise.

⁴ *Ste-Marie c. Prytula*, 2013 QCCA 985, paragr. 4-5.

Il appartenait aux intimés de démontrer que l'avocat *ad litem* n'a pas cette distanciation, preuve qui n'a pas été faite en l'espèce, à ce stade de l'affaire. Le juge de première instance ne pouvait pas, en l'absence d'une démonstration de raisons graves et contraignantes, conclure qu'il était « plus prudent » de déclarer les avocats inhabiles.

[5] Il n'est pas inutile de rappeler que l'intégrité et l'indépendance des avocats *ad litem* sont capitales et essentielles au système de justice. On ne saurait pour autant accepter que ces valeurs soient mises en doute par une partie à des fins stratégiques ou sur la base d'allégations spéculatives.

[27] L'erreur affectant les motifs du juge ne signifie pas, pour autant, que la conclusion est elle-même erronée. Pour répondre à cette question, il faut revoir la preuve sous l'éclairage des règles pertinentes à l'espèce.

[28] À ce sujet, la Cour suprême pose le principe suivant⁵ :

La déclaration d'inhabilité peut devenir nécessaire (1) pour éviter le risque d'utilisation à mauvais escient de renseignements confidentiels, (2) pour éviter le risque de représentation déficiente et (3) pour préserver la considération dont jouit l'administration de la justice.

[29] Il faut aussi garder en mémoire que le droit de choisir son avocat en est un qui, à certains égards, reçoit une protection constitutionnelle, pour paraphraser les termes utilisés par le juge LeBel, alors à notre cour, dans *Fédération des médecins spécialistes du Québec c. Association des médecins hématologistes-oncologistes*⁶. Cet arrêt de principe dégage aussi une règle reprise en maintes occasions dans la jurisprudence subséquente⁷ :

S'il n'existe pas un droit absolu au libre choix de l'avocat, au mépris de toutes les autres règles déontologiques, il faut établir des raisons graves, contraignantes, « *compelling* » dans le langage de la Cour d'appel de l'Ontario, pour justifier l'exclusion de l'avocat librement choisi par une partie.

[30] L'arrêt récent rendu dans *Dion c. Simard* la prend à son compte⁸ :

[6] Le droit du justiciable d'être représenté par l'avocat de son choix constitue une valeur fondamentale de notre système de justice qui ne doit être écartée qu'en présence de raisons graves et contraignantes.

⁵ *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher LLP*, [2013] 2 R.C.S. 649, paragr. 61.

⁶ [1988] R.J.Q. 2067(C.A.).

⁷ *Ibid.*, 2075.

⁸ 2015 QCCA 1946, paragr. 6.

[31] En somme, le libre choix est une règle générale qu'on ne peut mettre de côté sans raisons majeures. Or, en l'espèce, Mme Sanderson a-t-elle satisfait à l'exigence qui était sienne de prouver des motifs graves et contraignants rendant nécessaire une déclaration d'inhabilité? C'est là la question de fond.

[32] En raison de l'ordonnance de confidentialité et de scellés les concernant, je m'abstiens de reproduire intégralement les allégations de la requête qui font ici office de preuve. Cette ordonnance est toujours pendante et je propose d'ailleurs de la reconduire. Aux fins de mon analyse, je me contenterai donc d'en faire une description générale.

[33] Mme Sanderson allègue que Davies est en possession de renseignements personnels et confidentiels la concernant, sans toutefois en préciser la nature. Elle consacre de nombreux paragraphes à la description de son travail d'avocate fiscaliste pour le compte du cabinet et aux rapports qu'elle a entretenus avec certains associés. Elle poursuit en décrivant la fin de son emploi en 2005, un épisode qu'elle qualifie de renvoi fautif. Il y a eu néanmoins règlement du conflit en découlant mais ce serait, dit-elle, parce qu'on l'a menacée de bannissement du milieu fiscal. Malgré l'écoulement du temps, elle se dit persuadée que le cabinet entretient toujours une rancune tenace à son endroit. Elle en veut pour preuve le refus d'un associé de la saluer après qu'elle l'eut croisé dans le hall d'entrée du cabinet. L'incident s'est produit en 2010 à l'occasion d'une visite qu'elle effectuait auprès d'un autre associé de Davies avec qui elle avait conservé de bons rapports. En mars 2014, l'avocat *ad litem*, Me Moubayed, aurait reconnu que Davies n'exerce pas généralement dans le domaine du droit du travail et que le mandat de Mme Mangadlao en est un *pro bono*. De cet ensemble, Mme Sanderson déduit que le cabinet, et plus particulièrement l'associé ayant refusé de la saluer, a accepté le mandat dans le but de se venger d'elle, créant ainsi un conflit préjudiciable à la saine administration de la justice.

[34] Au vu de ces allégations, le juge était-il en présence de motifs graves et contraignants justifiant la négation du droit au libre choix? Soit dit avec égards, j'estime qu'une réponse négative s'impose.

[35] Mme Sanderson prétend que Davies est en situation de conflit d'intérêts :

[6] *The Plaintiff submits that Davies should be disqualified to act as the attorney for the Defendant for several reasons, including inter alia, they have a flagrant conflict of interest;*

[36] Avec raison, le juge écrit :

[56] [...]

[37] En second lieu, rien ne permet d'établir un lien quelconque entre le litige opposant Mme Sanderson à Mme Mangadlao et les renseignements personnels et

confidentiels que posséderait Davies. L'utilité de pareils renseignements dans la conduite de la défense de Mme Mangadlao relève aussi de la spéculation pure et simple.

[38] En troisième lieu, l'avocat responsable du dossier est personnellement étranger au conflit invoqué.

[39] En quatrième lieu, les événements à l'origine de ce conflit datent de plus de dix ans.

[40] Enfin, la preuve de la persistance de l'antagonisme à l'égard de Mme Sanderson ne concerne qu'un seul membre du cabinet, et elle repose sur un événement anecdotique survenu il y a plus de cinq ans.

[41] Je retiens de surcroît que le code de déontologie ne contraint pas les avocats à refuser d'agir dès lors qu'ils entretiennent des rapports plus ou moins inamicaux avec la partie adverse. Il leur impose plutôt l'obligation d'agir avec dignité et courtoisie envers tous⁹ :

112. L'avocat agit avec fermeté et dignité, conformément à la loi, tout en étant sincère, courtois et respectueux envers le tribunal et tout autre intervenant du système de justice.

[...]

[42] En conclusion, appliquant les règles pertinentes à l'espèce, j'estime que les motifs invoqués par Mme Sanderson ne revêtent pas le caractère de gravité et de nécessité requis pour le prononcé d'une déclaration d'inhabilité.

[43] Je propose en conséquence d'accueillir l'appel, d'infirmier le jugement de première instance et de rejeter la requête de Mme Sanderson, le tout avec dépens en première instance et avec les frais de justice en appel. Je suggère également de reconduire l'ordonnance de scellés et de confidentialité concernant la requête en déclaration d'inhabilité, les déclarations sous serment produites au sujet de cette requête, et l'enregistrement et la transcription des débats en première instance et en appel.

FRANÇOIS PELLETIER, J.C.A.

⁹ Code de déontologie des avocats, RLRQ, c. B-1, r. 3.1, art. 112.

