

Le juriste de l'État et la pratique *pro bono*

Anne-Marie Brunet*

INTRODUCTION

Les juristes de l'État, tout comme leurs confrères de divers horizons, ont à cœur de favoriser une meilleure accessibilité à la justice et de rendre des services à la société pour lesquels ils ne s'attendent pas à recevoir une rémunération, que ces services entrent dans les actes qui sont du ressort exclusif de leur profession ou non.

En raison du contexte particulier dans lequel ces juristes se trouvent, la prestation de services est soumise à un cadre juridique qui diffère, à certains égards, de celui qui est applicable à leurs confrères de profession, que ce soit en matière d'éthique ou autres. C'est ce cadre juridique que nous voulons établir dans ce texte.

Pour ce faire, nous proposons tout d'abord une vue d'ensemble de ce que peut couvrir la notion de pratique *pro bono* pour ensuite brosser un tableau du cadre juridique applicable au juriste de l'État.

1. La notion de la pratique *pro bono*

Albert Mayrand définit ainsi la locution latine *pro bono* dans le *Dictionnaire canadien des maximes et locutions latines utilisées en droit* :

PRO BONO Pour (faire) le bien. Se dit d'un travail professionnel fait gratuitement au profit de celui qui ne pourrait pas en payer le prix.¹

* Avocate à la direction du Droit administratif au ministère de la Justice.

1. A. MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 397.

Cette définition comporte deux éléments essentiels : la gratuité des services et l'incapacité d'en payer le prix. Dans le *Dictionnaire de l'anglais juridique*², seul le premier élément est présent. Selon la définition retenue dans ce dictionnaire en effet, cette locution signifie « à titre de bénévole ». Nos lectures au sujet de cette locution nous ont également permis de constater que certains englobaient également sous cette expression la prestation gratuite de services juridiques ou à honoraires réduits à des clients à plus faibles revenus ainsi qu'à des organismes sans but lucratif notamment. Parfois également, sont comprises sous cette expression, des participations volontaires à titre de membre d'un comité d'un ordre professionnel et de conférencier non rémunéré dans les facultés de droit notamment. Certains avocats et notaires incluent également dans le travail *pro bono*, les services gratuits qu'ils offrent à la parenté ou à des amis³.

Aux fins du présent texte, nous ne voyons pas l'opportunité de trancher entre une interprétation plus large et une interprétation plus étroite de cette locution latine, car le choix retenu n'a aucune incidence sur le cadre juridique qui est applicable au fonctionnaire qui voudrait offrir ses services *pro bono*.

2. Cadre juridique dans lequel un juriste de l'État peut rendre des services *pro bono*

Selon que le service rendu par le juriste de l'État entre dans l'exercice de sa profession ou non, l'accomplissement de services *pro bono* peut être soumis à des conditions liées à l'exercice de sa profession (2.1) et à des conditions liées à l'exercice de ses fonctions au sein d'un ministère ou d'un organisme (2.2) ou seulement à ces dernières conditions.

L'analyse qui suit est générale puisque aucun cas particulier n'a été identifié. Soulignons que dans tous les cas les faits particuliers devront être examinés car chaque cas constitue un cas d'espèce.

2. B. DHUICQ et D. FRISON, *Dictionnaire de l'anglais juridique*, Business management Series/Langues pour tous, France, 2004, à la p. 180.

3. Voir, en ce sens, American Bar Association, « Supporting Justice : A report on the pro bono work of American lawyers », the ABA Standing Committee on pro bono and Public Service, August 2005, p. 6.

2.1 Conditions liées à l'exercice de la profession du juriste de l'État

Il n'y a pas d'obligation légale pour un avocat ou un notaire exerçant sa profession au Québec d'accomplir un certain nombre d'heures de services juridiques *pro bono* dans une année comme cela est le cas dans certains États américains ni de règles particulières en ce sens inscrites dans le Code de déontologie qui les régit. À la lecture des dispositions de la *Loi sur le Barreau*⁴ et de la *Loi sur le notariat*⁵, on ne décèle pas non plus de règle qui pourrait constituer un empêchement pour un avocat ou un notaire de rendre de tels services. Qu'en est-il du Code de déontologie qui régit ces professionnels ? D'aucuns pourraient arguer que les articles 3.08.01 et 3.08.02 du *Code de déontologie des avocats*⁶ selon lesquels l'avocat doit demander et accepter des honoraires justes et raisonnables, lesquels répondent à cette exigence s'ils sont justifiés par les circonstances et proportionnés aux services professionnels rendus, ont pour effet d'empêcher l'accomplissement de services juridiques *pro bono*. Le même raisonnement pourrait être tenu en ce qui concerne l'article 49 du *Code de déontologie des notaires*⁷ selon lequel le notaire doit exiger des honoraires justes et raisonnables qui sont justifiés par les circonstances et proportionnés aux services rendus de même que s'interdire toute compétition déloyale envers ses confrères à cet égard. Dans ce contexte, il serait préférable que le juriste de l'État intéressé à accomplir des services *pro bono* vérifie auprès de sa corporation professionnelle si le code de déontologie lui permet de le faire. Si tel n'était pas le cas, il devrait se contenter d'examiner la possibilité d'offrir des services *pro bono* qui ne relèvent pas de l'exercice de sa profession.

Cela dit, si le Barreau et la Chambre des notaires acceptent que leurs membres offrent des services juridiques *pro bono*, ces membres devront encore s'assurer qu'en ce faisant, ils ne contreviendront pas aux normes d'éthique que comporte notamment leur code de déontologie respectif. Sans entrer dans le détail de ces normes, mentionnons

4. L.R.Q., c. B-1.

5. Au moment d'écrire ces lignes, la *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-2, était remplacée par la *Loi sur le notariat*, c. N-3, à l'exception des dispositions relatives à la conservation des actes notariés en minute, à la tenue, la cession, le dépôt et la garde provisoire des greffes, à la délivrance de copies ou d'extraits d'actes notariés en minute, ainsi qu'à la saisie des biens liés à l'exercice de la profession notariale.

6. R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1.

7. R.R.Q. 1981, c. N-3, r. 0.2, tel que modifié par le décret 1093-2005 du 16 novembre 2005, (2005) 137 *G.O.Q.* II, 6774.

leurs obligations d'agir avec intégrité⁸, disponibilité et diligence⁹, de respecter le secret professionnel et la confidentialité¹⁰ ainsi que de ne pas se placer dans une situation de conflit d'intérêts¹¹.

Cela dit, un avocat qui déclare être au service exclusif du gouvernement du Québec et nommé ou rémunéré suivant la *Loi sur la fonction publique*¹² ou d'un organisme dont la loi ordonne que le personnel soit nommé et rémunéré suivant la *Loi sur la fonction publique*¹³ bénéficie généralement d'une exemption de souscrire au Fonds d'assurance-responsabilité professionnelle du Barreau du Québec à la suite d'une demande qu'il a faite en ce sens en vertu de l'article 3 du règlement portant sur ce sujet¹⁴. Lorsqu'il bénéficie d'une telle exemption, il ne peut pas rendre de services professionnels en marge de son travail à titre exclusif, que ce soit à titre onéreux ou à titre gratuit. C'est donc dire que celui-ci devra souscrire au Fonds s'il désire offrir des services professionnels *pro bono* en dehors de l'exercice de ses fonctions au gouvernement ou auprès d'un organisme. À titre d'information, pour l'année 2006, une prime de base de 300 \$ a été établie laquelle est réduite à 200 \$ pour les avocats ayant suivi le cours « Réforme du Code de procédure civile : votre pratique ne sera plus jamais la même »¹⁵.

En ce qui concerne le notaire, il doit souscrire au Fonds d'assurance-responsabilité professionnelle de la Chambre des notaires du Québec en vertu de l'article 1 du *Règlement sur la souscription au Fonds d'assurance-responsabilité professionnelle de la Chambre des notaires du Québec*¹⁶. Sa contribution est cependant différente selon la classe d'assurance à laquelle il appartient¹⁷. Le notaire qui exerce

8. *Code de déontologie des avocats, supra*, note 6, art. 3.02.01 et s. ; *Code de déontologie des notaires, ibid.*, art. 13 et s.

9. *Code de déontologie des avocats, ibid.*, art. 3.03.01 et s. ; *Code de déontologie des notaires, ibid.*, art. 29 et s.

10. *Code de déontologie des avocats, ibid.*, art. 3.06.01 et s. ; *Code de déontologie des notaires, ibid.*, art. 35 et s.

11. *Code de déontologie des avocats, ibid.*, art. 3.06.06 et s. ; *Code de déontologie des notaires, ibid.*, art. 29 et s.

12. L.R.Q., c. F-3.1.1.

13. *Ibid.*

14. *Règlement sur la souscription obligatoire au Fonds d'assurance-responsabilité professionnelle du Barreau du Québec*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 12.01.

15. Voir, en ce sens, R. DUQUETTE, « Assurance-responsabilité professionnelle, prime 2006 « Pour assurer le futur » », dans *Bulletin de prévention du Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec*, octobre 2005, vol. 6, n^o 4, p. 1.

16. R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 19.3.

17. Voir, en ce sens, les *Renseignements sur le régime collectif d'assurance-responsabilité professionnelle de la Chambre des notaires du Québec, Programme 2005*, p. 6.

en pratique privée appartient à la classe A et sa contribution au Fonds pour l'année 2006-2007 a été établie à 2 000 \$. Quant au notaire qui a fait une déclaration à l'effet qu'il exerce sa profession exclusivement au service du gouvernement du Québec ou d'un organisme dont la loi ordonne que le personnel soit nommé et rémunéré suivant la *Loi sur la fonction publique*¹⁸, il appartient à la classe B et n'a pas de contribution à faire au Fonds, celle-ci étant établie à 0 \$. Le juriste de l'État qui est placé dans cette dernière situation qui voudrait offrir des services juridiques *pro bono* en dehors de ses fonctions ne remplirait plus les conditions pour demeurer dans la classe B. Par voie de conséquence, il devrait demander un changement de classe d'assurance pour appartenir à la classe A, ce qui l'obligerait à payer la contribution afférente à cette classe.

2.2 Conditions liées à l'exercice de fonctions au sein d'un ministère ou d'un organisme

Jusqu'au 21 novembre 2002, les professionnels, dont les juristes de l'État font partie, étaient soumis à l'obligation d'exercer leur profession pour le compte exclusif du gouvernement, ce qui avait pour effet de les empêcher d'offrir des services juridiques *pro bono* en dehors de l'exercice de leurs fonctions au gouvernement¹⁹. Cette obligation n'existe plus depuis l'entrée en vigueur du *Règlement sur l'éthique et la discipline dans la fonction publique*²⁰. Elle a été remplacée par la règle énoncée à l'article 9. Cet article est libellé ainsi :

9. Le fonctionnaire ne peut exercer une fonction en dehors de la fonction publique que si :

- 1^o il s'assure que l'exercice de cette fonction ne nuit pas à sa prestation de travail à titre de fonctionnaire ;
- 2^o il évite tout conflit entre l'exercice de cette fonction et celle qu'il accomplit à titre de fonctionnaire ;
- 3^o il évite, en raison de l'exercice de cette fonction, tout autre manquement aux normes d'éthique qui lui sont applicables à titre de fonctionnaire.

18. *Supra*, note 12.

19. Cette obligation était prévue à l'article 1 du *Règlement sur les normes d'éthique, de discipline et le relevé provisoire dans la fonction publique*, R.R.Q. 1981, c. XX, r. 1.1.

20. R.R.Q. 1981, c. F-3.1.1, r. 0.3.

En cas de doute, le fonctionnaire peut demander un avis au sous-ministre de son ministère ou au dirigeant de l'organisme dont il relève, lequel peut requérir l'avis du ministère de la Justice et doit informer le fonctionnaire de l'attitude à prendre.

En clair, cette règle signifie qu'un fonctionnaire peut, en principe, exercer quelque fonction en dehors de la fonction publique qu'elle soit liée à l'exercice de sa profession ou non, à la condition de respecter les exigences énoncées à cet article.

Aux fins de déterminer si l'exercice d'une fonction en dehors de la fonction publique respecterait les exigences de l'article 9 précité, il y a lieu de tenir compte, outre les faits particuliers de chaque cas, de l'objet du règlement dans lequel cet article se trouve, lequel est libellé ainsi :

Le présent règlement a pour but de préciser les normes d'éthique et de discipline applicables aux fonctionnaires et prévues dans la Loi sur la fonction publique (L.R.Q., c. F-3.1.1), d'en établir de nouvelles et de préciser les mesures qui leur sont applicables en vue, notamment, de préserver et de renforcer la confiance des citoyens dans l'intégrité et l'impartialité de la fonction publique ainsi que de maintenir un haut niveau de qualité des services qui leur sont rendus. (nos italiques)

Par ailleurs, soulignons que c'est par le truchement de la disposition usuelle que l'on trouve généralement dans la loi constitutive d'un organisme et, exceptionnellement dans celle concernant une société d'État, selon laquelle les membres de l'organisme ou de la société, selon le cas, à l'exception des personnes y indiquées, sont nommés suivant la *Loi sur la fonction publique* et de l'article 1 de cette dernière loi selon lequel cette loi s'applique aux personnes nommées suivant celle-ci que les juristes de l'État qui œuvrent dans la plupart des organismes et dans certaines sociétés d'État sont soumis aux règles d'éthique de la *Loi sur la fonction publique*. En ce qui concerne les juristes occasionnels, c'est en raison notamment des articles 1 et 3 de la *Directive concernant les emplois occasionnels dans la fonction publique*²¹ qu'ils sont soumis aux règles d'éthique de la *Loi sur la fonction publique*.

21. CONSEIL DU TRÉSOR, *Recueil des politiques de gestion*, vol. 1, ch. 3, suj. 3, Pce 1. L'article 1 de cette directive prévoit que « [c]ette directive s'applique aux ministères et organismes dont le personnel est nommé suivant la *Loi sur la fonction publique* (L.R.Q., c. F-3.1.1). Quant à l'article 3, il énonce les dispositions de la *Loi sur la fonction publique* qui ne s'appliquent pas à un emploi occasionnel. Comme les articles 4 à 12 de ladite loi qui ont trait aux normes d'éthique et de discipline applicables aux fonctionnaires ne font pas partie de cette liste, c'est donc dire qu'ils s'appliquent aux employés occasionnels.

Signalons également que le fait que le fonctionnaire soit en congé sans traitement ne rompt pas son lien d'emploi avec le gouvernement. Le fonctionnaire demeure donc lié, durant cette période, aux devoirs de sa fonction à l'exception de sa prestation de travail. Par voie de conséquence, même dans ce contexte, le fonctionnaire devra s'assurer qu'en acceptant de fournir des services *pro bono*, il respectera les exigences des paragraphes 2^o et 3^o de l'article 9 du *Règlement sur l'éthique et la discipline dans la fonction publique*.

Ce contexte général établi, examinons les exigences que doit satisfaire un juriste de l'État pour pouvoir exercer une fonction en dehors de la fonction publique.

2.1.1 L'exercice de cette fonction ne doit pas nuire à sa prestation de travail

La prestation de travail comporte les obligations, pour le fonctionnaire, d'exécuter son travail selon sa description de tâches et selon le contenu que peut lui donner l'usage, de respecter ses heures de travail et de ne pas s'absenter sans justification ni autorisation. Les obligations du fonctionnaire portent aussi sur différents aspects qualitatifs de sa prestation de travail. Ainsi, il doit travailler avec diligence et compétence, en fournissant un niveau raisonnable de rendement, à la fois qualitativement et quantitativement.

De façon générale, un juriste de l'État à temps plein pourrait exercer des activités professionnelles *pro bono* le soir et les fins de semaine. De même, celui qui a demandé et obtenu un aménagement de travail afin de travailler quatre jours par semaine pourrait consacrer son jour de congé à des services professionnels *pro bono*. Toutefois, il est possible que, selon les dossiers attribués à un juriste, celui-ci ne puisse pas se libérer en dehors des heures normales de travail ou doive exceptionnellement entrer au travail durant son jour de congé. Ce serait le cas notamment d'un juriste appelé à rédiger un projet de loi et devant être présent à l'occasion d'une commission parlementaire. Si les services *pro bono* qu'il est appelé à rendre ne peuvent être reportés à un autre moment où ses services au sein de l'Administration sont requis, il devrait décliner la demande de service. Il devrait faire de même si les services *pro bono* qu'il s'apprêtait à offrir ne pourraient faire autrement que d'empiéter régulièrement sur son temps de travail. Tel serait généralement le cas d'un dossier complexe qui ne serait pas dans la sphère usuelle de compétence du juriste de l'État qui ferait l'objet d'une contestation devant les tribunaux.

2.1.2 *L'exercice de cette fonction ne doit pas entraîner de conflit de fonction avec celle qu'il accomplit à titre de fonctionnaire*

Il s'agit d'une obligation distincte de celle concernant les conflits d'intérêts que nous verrons ci-après bien qu'il y ait une connexité évidente entre les deux obligations. Cette obligation implique une analyse comparative de la description des fonctions du fonctionnaire et de la fonction qu'il accomplirait en dehors de l'exercice de ses fonctions au gouvernement. Si cet exercice révélait que ce fonctionnaire qui servirait deux maîtres à la fois pourrait servir les intérêts de l'un au détriment de l'autre, il y aurait incompatibilité de fonctions qui constituerait un empêchement à l'acceptation de cet exercice.

2.1.3 *L'exercice de cette fonction ne doit pas occasionner quelque autre manquement aux normes d'éthique qui lui sont applicables à titre de fonctionnaire*

Ces normes d'éthique se retrouvent dans la *Loi sur la fonction publique*²² et dans le *Règlement sur l'éthique et la discipline dans la fonction publique*²³. Au nombre des normes d'éthique qui sont applicables au fonctionnaire, celles à l'égard desquelles il est le plus susceptible de contrevenir s'il accomplit des fonctions *pro bono* en dehors de l'exercice de ses fonctions sont ses obligations de loyauté et de porter allégeance à l'autorité constituée de même que ses obligations de discrétion et d'agir avec honnêteté et impartialité dans l'intérêt public ainsi que d'éviter tout conflit d'intérêts. Il y a donc lieu de porter une attention particulière à ces obligations.

Les obligations de loyauté et de porter allégeance à l'autorité constituée sont énoncées au premier alinéa de l'article 5 de la *Loi sur la fonction publique*²⁴ qui est libellé ainsi :

5. Le fonctionnaire est tenu d'office d'être loyal et de porter allégeance à l'autorité constituée.

La Cour suprême du Canada a consacré expressément le devoir de loyauté des fonctionnaires envers leur employeur, le gouvernement et non envers le parti au pouvoir dans l'arrêt *Fraser c. C.R.T.F.P.*²⁵. Cette obligation ne s'applique pas seulement en faveur

22. *Supra*, note 12.

23. *Supra*, note 20.

24. *Supra*, note 12.

25. [1985] 2 R.C.S. 455, 470. Sur l'étendue de l'obligation de loyauté du fonctionnaire, voir : R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, t. II,

du ministère ou de l'organisme employeur mais à l'endroit de toute la structure gouvernementale à des degrés différents cependant, selon l'implication du fonctionnaire en cause²⁶. Le degré de modération dont un fonctionnaire doit faire preuve dépend du poste qu'il occupe et de sa « visibilité »²⁷. La Cour suprême fonde cette obligation de loyauté du fonctionnaire sur « l'intérêt du public vis-à-vis l'impartialité réelle et apparente de la fonction publique »²⁸. Un autre argument en faveur de l'acceptabilité de cette obligation de loyauté résiderait dans le fait qu'en entrant librement dans la fonction publique, une personne accepte certaines restrictions à sa liberté d'expression dont celle de faire preuve de prudence lorsqu'il s'agit de critiquer le gouvernement²⁹.

Dans ce même arrêt, la Cour suprême a reconnu que dans certaines circonstances un fonctionnaire peut activement et publiquement exprimer son opposition à l'égard des politiques du gouvernement³⁰. Elle reconnaît ainsi la nécessité d'établir un équilibre entre la liberté d'expression de l'employé et le désir du gouvernement de maintenir une fonction publique qui est et paraît impartiale, efficace et loyale³¹. Tout est une question de jugement et chaque situation doit être analysée à son mérite.

L'obligation de porter allégeance à l'autorité constituée vise principalement un engagement de fidélité au régime politique et à ses institutions. Les auteurs Dussault et Borgeat précisent qu'« [e]n raison des libertés d'opinion et d'expression reconnues par les chartes des droits, il s'agit [avant tout] d'une adhésion aux principes démocratiques du régime politique canadien et québécois... »³².

L'obligation de discrétion est énoncée à l'article 6 de la *Loi sur la fonction publique*³³. Cet article stipule :

Sainte-Foy, P.U.L., 1986, p. 379 et s ; P. GARANT, *Droit administratif*, vol. 3, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 84 et s.

26. *Fraser c. C.R.T.F.P.*, *ibid.*, p. 466.

27. *Ibid.* Voir également, en ce sens, *Commission de la fonction publique c. Osborne*, [1991] 2 R.C.S. 69, 99.

28. *Fraser c. C.R.T.F.P.*, *ibid.*, p. 471.

29. *Ibid.*, p. 471.

30. *Ibid.*, p. 470.

31. *Ibid.*, p. 466 à 468 de l'arrêt.

32. R. DUSSAULT et L. BERGEAT, *op. cit.*, *supra*, note 25, p. 381.

33. *Supra*, note 12. Il faut distinguer cette obligation du secret professionnel des membres des corporations professionnelles auquel sont tenus les avocats et les notaires de la fonction publique.

6. Sous réserve des dispositions relatives à l'accès à l'information et à la protection des renseignements personnels, le fonctionnaire est tenu à la discrétion sur ce dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

Un document gouvernemental intitulé *L'éthique dans la fonction publique québécoise* fait état que cette obligation signifie que le fonctionnaire doit garder secrets les faits ou renseignements dont il prend connaissance dans l'exercice [ou à l'occasion de l'exercice de] ses fonctions et qui revêtent un caractère confidentiel³⁴. C'est le cas notamment des renseignements nominatifs dont la divulgation au grand public est interdite par la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*³⁵. Il en est de même des renseignements obtenus dans le cadre de l'application d'une loi fiscale et dont la communication est interdite en vertu de la *Loi sur le ministère du Revenu*³⁶.

Selon des auteurs de droit administratif, l'obligation de discrétion interdit également au fonctionnaire de révéler des informations dont il a pris connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions qui pourraient nuire à l'efficacité de l'administration publique, à la protection des administrés et à l'intérêt public, dont la sécurité de l'État, même si leur divulgation n'est pas expressément prohibée et même si les informations sont accessibles à d'autres personnes³⁷. Selon ces auteurs, il en va ainsi car l'efficacité administrative, la protection des administrés et la sécurité de l'État constituent les trois fondements de l'obligation de discrétion du fonctionnaire.

L'obligation de discrétion énoncée dans la *Loi sur la fonction publique*³⁸ est précisée par les articles 3, 4, 8 et 11 notamment³⁹ du *Règlement sur l'éthique et la discipline dans la fonction publique*⁴⁰. Ainsi, l'article 3 de ce règlement prévoit que « [l']obligation du fonc-

34. *L'éthique dans la fonction publique québécoise*, Gouvernement du Québec, 2003, p. 10.

35. L.R.Q., c. A-2.1, art. 53.

36. L.R.Q., c. M-31, art. 69.

37. Voir, en ce sens, R. DUSSAULT et L. BERGEAT, *op. cit.*, *supra*, note 25, p. 370. Voir aussi *L'éthique dans la fonction publique québécoise*, *op. cit.*, *supra*, note 34, p. 10.

38. *Supra*, note 12.

39. Les articles 11 à 13 de ce règlement prévoient d'autres précisions à l'obligation de discrétion du fonctionnaire dont nous ne traitons pas ici car elles concernent le fonctionnaire qui a cessé d'exercer ses fonctions au sein de la fonction publique.

40. *Supra*, note 20.

tionnaire prévue à l'article 6 de la *Loi sur la fonction publique*, qui implique notamment de ne pas communiquer une information confidentielle, s'étend également à ce dont il prend connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ». L'article 4 du même règlement précise que « [l]e fonctionnaire ne peut prendre connaissance d'une information confidentielle qui n'est pas requise dans l'exercice de ses fonctions ni tenter de prendre connaissance d'une telle information ».

Quant à l'article 8 du règlement qui nous occupe, il précise une modalité d'application de l'obligation de discrétion dans le cas du fonctionnaire qui se propose de publier un texte ou de se prêter à une interview sur des sujets reliés à l'exercice de ses fonctions ou sur les activités du ministère ou de l'organisme où il exerce ses fonctions. Aux termes de cet article, le fonctionnaire placé dans cette situation « doit préalablement obtenir l'autorisation du sous-ministre ou du dirigeant de l'organisme ».

L'obligation d'agir avec honnêteté et impartialité est énoncée au deuxième alinéa de l'article 5 de la *Loi sur la fonction publique*⁴¹ qui est libellé ainsi :

5. [...]

[Le fonctionnaire] doit exercer ses fonctions dans l'intérêt public, au mieux de sa compétence, avec honnêteté et impartialité et il est tenu de traiter le public avec égards et diligence.

L'obligation d'agir avec honnêteté implique d'éviter plusieurs actions dont certaines sont plus évidentes comme le vol, la fraude, la corruption administrative ou la tentative de corruption ainsi qu'une situation d'abus de confiance. Cette obligation requiert également du fonctionnaire de ne pas accorder, solliciter ou accepter, en sa qualité de fonctionnaire, un avantage indu pour une autre personne notamment⁴². De même, cette obligation implique qu'il ne soit pas utilisé au profit d'un tiers un bien de l'État ou une information dont il a pris connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions⁴³.

41. *Supra*, note 12.

42. Voir, en ce sens, le premier paragraphe de l'article 9 de la *Loi sur la fonction publique*, *supra*, note 12, qui stipule : « **9.** Le fonctionnaire ne peut directement ou indirectement :

1° accorder, solliciter ou accepter, en sa qualité de fonctionnaire, une faveur ou un avantage indu pour lui-même ou pour une autre personne ; »

43. Voir l'article 7 du *Règlement sur l'éthique et la discipline dans la fonction publique*, *supra*, note 18 qui est libellé ainsi : « **7.** Le fonctionnaire ne peut

Une autre facette de cette obligation consiste pour le fonctionnaire de faire preuve d'honnêteté intellectuelle à l'égard même du contenu du mandat qui lui est confié.

Quant à l'obligation d'agir avec impartialité, elle implique pour le fonctionnaire d'éviter toute préférence ou parti pris indu, incompatible avec la justice et l'équité. Elle requiert également du fonctionnaire qu'il évite de prendre des décisions fondées sur des préjugés ou sur la base d'intérêts personnels.

L'obligation de ne pas se placer dans une situation de conflit d'intérêts est énoncée à l'article 7 de la *Loi sur la fonction publique*⁴⁴ qui prévoit :

7. Le fonctionnaire ne peut avoir un intérêt direct ou indirect dans une entreprise qui met en conflit son intérêt personnel et les devoirs de ses fonctions.

Si un tel intérêt lui échoit par succession ou donation, il doit y renoncer avec toute la diligence possible.

Cette obligation est également énoncée à l'article 5 du *Règlement sur l'éthique et la discipline dans la fonction publique*⁴⁵ en ces termes plus généraux :

5. Le fonctionnaire doit éviter de se placer dans une situation où il y a un conflit entre son intérêt personnel et les devoirs de ses fonctions.

Le fonctionnaire qui croit se trouver dans une situation visée au premier alinéa doit en informer le sous-ministre de son ministère ou le dirigeant de l'organisme dont il relève, lequel peut requérir l'avis du ministre de la Justice et doit informer le fonctionnaire de l'attitude à prendre.

Avant d'analyser plus en détail la notion même de conflit d'intérêts, voyons les trois notions auxquelles l'article 7 de la Loi réfère, soit les notions d'intérêt direct ou indirect, celle d'entreprise et la notion des devoirs de ses fonctions.

confondre les biens de l'État avec les siens. Il ne peut non plus utiliser au profit d'un tiers les biens de l'État ou une information dont il a pris connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. »

44. *Supra*, note 12.

45. *Supra*, note 20.

a) *Les trois notions auxquelles réfère l'article 7*

(i) La notion d'intérêt

Dans un arrêt ancien, la Cour suprême du Canada précisait que la notion d'intérêt dont il est question dans les dispositions relatives aux conflits d'intérêts doit être interprétée dans son sens usuel et non pas dans un sens technique précis⁴⁶. L'intérêt en cause peut donc être pécuniaire ou financier comme le fait d'être propriétaire ou actionnaire d'une entreprise⁴⁷ et également d'une autre nature comme, par exemple, moral, partisan, religieux ou culturel. S'il advenait qu'un intérêt financier ou pécuniaire soit en jeu, on ne devrait tenir compte ni de la modicité des sommes⁴⁸ ni de la bonne ou mauvaise foi de personnes impliquées⁴⁹.

Quant à l'expression « intérêt direct », elle signifie l'intérêt que le fonctionnaire détient lui-même sans intermédiaire alors que « l'intérêt indirect » est celui qu'il détient par personnes interposées ou pour ces personnes. Constitue un intérêt indirect pour un fonctionnaire l'intérêt que son conjoint a dans une entreprise.

Bien que le mot « intérêt » employé à l'article 5 du *Règlement sur l'éthique et la discipline dans la fonction publique*⁵⁰ ne soit pas suivi des qualificatifs « direct ou indirect », l'article 7 de la *Loi sur la fonction publique*⁵¹ y faisant référence, il ne fait pas de doute que les deux types d'intérêts sont couverts par l'obligation d'éviter les conflits d'intérêts énoncée au règlement.

(ii) La notion d'entreprise

Si l'on tient compte de l'objectif du législateur à l'appui de la prohibition des conflits d'intérêts, soit de préserver la confiance du public dans l'intégrité et l'impartialité de la fonction publique, il n'y a pas lieu, comme le soutient le professeur Garant⁵², de donner une interprétation plus restrictive à la notion d'entreprise qu'à celle d'in-

46. *Angrignon c. Bonnier*, [1935] R.C.S. 38, 44-45.

47. *R. c. Wheeler*, [1979] 2 R.C.S. 650, 656 et 659. Voir également *Ladies of the Sacred Heart of Jesus (Convent of the Sacred Heart) c. Armstrong's Point Association and Bulgin*, (1961) 29 D.L.R. (2d) 373, 382 (C.A. Man.).

48. *Bernier c. Fortin*, [1952] B.R. 282, 285.

49. *Baril c. Lupien*, [1962] B.R. 411, 417.

50. *Supra*, note 20.

51. *Supra*, note 12.

52. P. GARANT, *Droit administratif*, vol. 1, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 196.

térêt. Le terme « entreprise » doit donc lui aussi être pris dans son sens usuel ou populaire. Suivant la description du dictionnaire Robert, la notion d'entreprise peut évoquer « [c]e qu'on se propose d'entreprendre » en termes d'action, affaire, œuvre, opération, ouvrage, travail et aussi dessein, plan, projet. » Dans une perspective aussi large, le terme « entreprise » peut aussi comprendre des contrats ou certaines catégories de contrats, tel le contrat d'entreprise ou de service défini à l'article 2098 du *Code civil du Québec*. Il peut aussi comprendre une organisation de production de biens ou de services à caractère commercial ou non suivant la définition donnée par l'article 1525 du *Code civil du Québec* à l'expression « exploitation d'une entreprise ».

Cela étant dit, comme l'affirmait Louis Sormany, secrétaire adjoint à l'éthique et à la législation au ministère du Conseil exécutif, « la question de la portée de la notion d'entreprise apparaît plus secondaire puisque le *Règlement sur l'éthique et la discipline dans la fonction publique* crée l'obligation pour le fonctionnaire d'éviter tout conflit d'intérêts sans référence à cette notion »⁵³.

(iii) La notion des devoirs de ses fonctions

La notion de conflit d'intérêts évoque l'idée du fonctionnaire qui se place dans une situation où son intérêt personnel risque d'être préféré aux devoirs de ses fonctions. Qu'entend-on par cette expression « les devoirs de ses fonctions » ?

Cette notion évoque les tâches que le fonctionnaire est appelé à accomplir et les responsabilités professionnelles qu'il assume d'où l'importance, avant de déterminer s'il y a conflit, d'obtenir une description complète de celles-ci et d'en connaître les implications pratiques. Cette notion évoque aussi les normes d'éthique qui lient le fonctionnaire énoncées dans la *Loi sur la fonction publique* et le *Règlement sur l'éthique et la discipline dans la fonction publique*.

b) *La notion de conflit d'intérêts*

La notion de conflit d'intérêts est une notion complexe, difficile à circonscrire. Malgré cette difficulté, plusieurs auteurs de droit admi-

53. L. SORMANY, « Le conflit d'intérêts : aspects juridiques », texte non publié ayant servi de base pour un exposé donné dans le cadre des activités du réseau des répondants en éthique de la fonction publique, Château Bonne-Entente, Québec, 9 février 2004, p. 8.

nistratif se sont attachés à en définir les paramètres applicables à la fonction publique. Ainsi, dans son livre intitulé *La fonction publique canadienne et québécoise*, le professeur Garant écrit à ce sujet :

La notion de conflit d'intérêts dans le Service public évoque l'idée de l'agent qui se place dans une situation où ses intérêts personnels ou tout autre intérêt auquel il aurait partie liée risquent d'être préférés à l'intérêt du service. Ceci peut se traduire de trois façons : ou bien l'agent profite de sa fonction pour favoriser ses intérêts personnels ; ou bien il s'adonne à des activités qui risquent de l'amener à négliger son service ; ou bien il se soumet à des allégeances ou contracte des obligations qui peuvent gêner l'entière disponibilité que le Service exige de lui.⁵⁴

Pour leur part, les auteurs Dussault et Borgeat donnent à la notion du conflit d'intérêts la définition suivante :

D'une manière générale, on peut définir le conflit d'intérêts comme une situation dans laquelle un employé du secteur public a un intérêt privé ou personnel suffisant pour influencer ou sembler influencer l'exercice de ses fonctions officielles.⁵⁵

De ces textes, il ressort qu'une personne est en situation de conflit d'intérêts non seulement si elle profite de sa fonction pour servir ses intérêts personnels ou les intérêts auxquels elle a partie liée mais également si elle est placée dans une situation de conflit potentiel entre son intérêt personnel et les devoirs de ses fonctions. Ainsi, la seule possibilité raisonnable, compte tenu des faits en cause, que le fonctionnaire soit appelé à choisir entre ses intérêts personnels et les devoirs de ses fonctions est suffisante pour le placer dans une situation de conflit d'intérêts. Il n'est donc pas nécessaire qu'il ait réellement profité de sa charge pour servir ses intérêts ou qu'il ait contrevenu aux intérêts de l'Administration publique. Le risque que cela se produise est suffisant puisqu'il peut mettre en cause la crédibilité de l'Administration publique.

Cependant, ce « danger » ou le risque doit être fondé sur des liens logiques. Le simple fait d'avoir un intérêt quelconque dans une entreprise ne suffit pas à créer un conflit d'intérêts. Encore faut-il que l'intérêt puisse entrer en opposition ou interférer avec les devoirs de ses

54. P. GARANT, *La fonction publique canadienne et québécoise*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1973, p. 260-261.

55. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif, op. cit., supra*, note 25, p. 376.

fonctions. Seule une analyse factuelle complète de chaque cas permettra d'établir s'il y a un conflit d'intérêts réel ou potentiel dans cette situation donnée.

CONCLUSION

Voilà brièvement résumé le cadre juridique général devant servir à déterminer si un juriste de l'État peut exercer des fonctions *pro bono* en dehors de l'exercice de la fonction publique, que ces fonctions soient liées à sa profession ou non.

C'est sur cette toile de fond que chacun des cas d'espèce devra être examiné, car, nous l'avons déjà mentionné, chaque cas est d'abord et avant tout une question de fait.