

William Steward Arnold Martin Appellant

v.

William Hamilton Gray, administrator with will annexed of the estate of John Edwin MacDonald Respondent

INDEXED AS: MACDONALD ESTATE v. MARTIN

File No.: 21469.

1990: May 4; 1990: May 10*.

Present: Dickson C.J.** and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Barristers and solicitors — Conflict of interest — Former junior solicitor for appellant joining law firm acting for respondent — Whether law firm may continue to act as solicitors of record for respondent — Test to be applied in determining whether disqualifying conflict of interest exists.

Respondent brought an action against appellant for an accounting. Appellant's solicitor was assisted by a junior member of his firm who was actively engaged in the case and was privy to many confidences disclosed by appellant to his solicitor. The junior member later joined the law firm which represents respondent in this action. Appellant applied to the provincial superior court for a declaration that the law firm was ineligible to continue to act as solicitors of record for respondent. The court granted the application and ordered the firm removed as solicitors of record. The Court of Appeal reversed that decision. This appeal is to determine the appropriate standard to be applied in deciding whether a law firm should be disqualified from continuing to act in the litigation by reason of a conflict of interest.

Held: The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and La Forest, Sopinka and Gonthier JJ.: In determining whether a disqualifying conflict of interest exists, the Court is concerned with three competing values: (1) the concern to maintain the high standards of the legal profession and the integrity of our system of justice; (2) the countervailing value that a litigant should not be deprived of his or her choice of counsel without good cause; and (3) the desirability of permitting reasonable mobility in the legal profession. The "probability of mischief" standard, which is the

William Steward Arnold Martin Appellant

c.

William Hamilton Gray, administrateur testamentaire de la succession de John Edwin MacDonald Intimé

RÉPERTORIÉ: SUCCESSION MACDONALD c. MARTIN

N° du greffe: 21469.

b 1990: 4 mai; 1990: 10 mai*.

Présents: Le juge en chef Dickson** et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Avocats et procureurs — Conflits d'intérêts — Entrée d'un avocat junior ayant agi pour l'appellant dans un cabinet agissant pour l'intimé — Le cabinet peut-il continuer à occuper pour l'intimé? — Critère à appliquer pour décider s'il existe un conflit d'intérêts rendant le cabinet inhabile.

L'intimé a intenté une action en reddition de compte contre l'appellant. Le procureur de l'appellant s'est fait seconder par une avocate junior de son cabinet qui s'est occupée activement du dossier et a été mise dans le secret de bien des confidences faites par l'appellant à son procureur. Cette dernière s'est jointe par la suite au cabinet qui occupe pour l'intimé dans la présente action. L'appellant a demandé à la cour supérieure provinciale de déclarer le cabinet inhabile à continuer d'occuper pour l'intimé. La cour a fait droit à la demande et ordonné que l'inscription du cabinet au dossier soit rayée. La Cour d'appel a infirmé cette décision. Le présent pourvoi vise à déterminer la norme à appliquer pour décider si un cabinet doit être déclaré inhabile à continuer d'occuper pour son client dans l'action pour raison de conflit d'intérêts.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et les juges La Forest, Sopinka et Gonthier: Pour décider s'il existe un conflit d'intérêts entraînant une inhabilité, la Cour doit prendre en considération trois valeurs en même temps: 1) le souci de préserver les normes exigeantes de la profession d'avocat et l'intégrité de notre système judiciaire; 2) en contrepois, le droit du justiciable de ne pas être privé sans raison valable de son droit de retenir les services de l'avocat de son choix; 3) la mobilité raisonnable qu'il est souhaitable de permettre au sein de la profession. La

* Reasons delivered December 20, 1990.

** Chief Justice at the time of hearing.

* Motifs rendus le 20 décembre 1990.

** Juge en chef au moment de l'audience.

1990 CanLII 32 (SCC)

Application to this Case

The answer to the first question in this case presents no problem. It is acknowledged that Kristin Dangerfield actively worked on the very case in respect of which her new firm is acting against her former client. She is therefore in possession of relevant confidential information.

With respect to the second question, there is nothing beyond the sworn statements of Sweatman and Dangerfield that no discussions of the case have occurred and undertaking that none will occur. In my opinion, while, as stated by the courts below, there is no reason not to accept the affidavits of apparently reputable counsel, this is not sufficient to demonstrate that all reasonable measures have been taken to rebut the strong inference of disclosure. Indeed, there is nothing in the affidavits to indicate that any independently verifiable steps were taken by the firm to implement any kind of screening. There is nothing to indicate that when Ms. Dangerfield joined the firm, instructions were issued that there were to be no communications directly or indirectly between Ms. Dangerfield and the four members of the firm working on the case. While these measures would not necessarily have been sufficient, I refer to them in order to illustrate the kinds of independently verifiable steps which, along with other measures, are indispensable if the firm intends to continue to act.

I would therefore allow the appeal with costs to the appellant both here and in the Court of Appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal of Manitoba and restore the judgment of Hanssen J.

The reasons of Wilson, L'Heureux-Dubé and Cory JJ. were delivered by

CORY J.—I have read with interest the reasons of my colleague, Justice Sopinka. Although I agree with his disposition of the appeal, I would impose a stricter duty upon lawyers than that which he proposes. He puts his position in this way, at p. 1260:

In my opinion, once it is shown by the client that there existed a previous relationship which is sufficiently

Application à la présente espèce

La réponse à la première question ne pose aucun problème en l'espèce. De l'aveu de tous, Kristin Dangerfield a travaillé activement au dossier à l'égard duquel le nouveau cabinet qui l'emploie agit contre son ancien client. Elle a donc appris des faits confidentiels pertinents.

Quant à la seconde question, on ne dispose de rien de plus que les déclarations sous serment de Sweatman et Dangerfield selon lesquelles l'affaire n'a pas été discutée, et leur promesse qu'elle ne le sera pas. À mon avis, il n'y a certes aucune raison de ne pas accepter les affidavits d'avocats jouissant apparemment d'une bonne réputation, comme l'ont affirmé les tribunaux d'instance inférieure, mais cela ne démontre pas que toutes les mesures raisonnables ont été prises pour réfuter la forte présomption de divulgation. En effet, les affidavits n'indiquent nullement que le cabinet ait pris des mesures vérifiables de façon indépendante pour mettre en œuvre quelque mécanisme de protection que ce soit. Rien n'indique qu'au moment où M^e Dangerfield est entrée dans le cabinet, des directives aient été données afin d'interdire toute communication directe ou indirecte entre elle et les quatre avocats qui s'occupaient du dossier. Certes, ces dispositions n'auraient pas nécessairement été suffisantes, mais je les cite, parmi d'autres, à titre de mesures vérifiables de manière indépendante qui sont indispensables si le cabinet entend continuer d'agir.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, le tout avec dépens en cette Cour et en Cour d'appel, d'infirmier le jugement de la Cour d'appel du Manitoba et de rétablir le jugement du juge Hanssen.

Version française des motifs des juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Cory rendus par

LE JUGE CORY—J'ai lu avec intérêt les motifs de mon collègue, le juge Sopinka. Quoique je souscrive au dispositif, je ferais aux avocats une obligation plus rigoureuse que celle qu'il préconise. Voici ce qu'il propose, à la p. 1260:

À mon avis, dès que le client a prouvé l'existence d'un lien antérieur dont la connexité avec le mandat dont on

related to the retainer from which it is sought to remove the solicitor, the court should infer that confidential information was imparted unless the solicitor satisfies the court that no information was imparted which could be relevant.

He observes that it will be difficult for a solicitor to meet that onus. He states that the position, taken by some courts, that if one lawyer in the firm cannot act, then no member of the law firm can act, is unreasonable in this era of mega-firms and mergers. Thus, he reasons that it should be open for a solicitor to show "that no information was imparted which could be relevant".

With respect, I disagree. Neither the merger of law firms nor the mobility of lawyers can be permitted to affect adversely the public's confidence in the judicial system. At this time, when the work of the courts is having a very significant impact upon the lives and affairs of all Canadians, it is fundamentally important that justice not only be done, but appear to be done in the eyes of the public.

My colleague stated that this appeal called for the balancing of three competing values, namely: the maintenance and integrity of our system of justice; the right of litigants not to be lightly deprived of their chosen counsel; and the desirability of permitting reasonable mobility in the legal profession.

Of these factors, the most important and compelling is the preservation of the integrity of our system of justice. The necessity of selecting new counsel will certainly be inconvenient, unsettling and worrisome to clients. Reasonable mobility may well be important to lawyers. However, the integrity of the judicial system is of such fundamental importance to our country and, indeed, to all free and democratic societies that it must be the predominant consideration in any balancing of these three factors.

Lawyers are an integral and vitally important part of our system of justice. It is they who prepare and put their clients' cases before courts and tri-

veut priver l'avocat est suffisante, la Cour doit en inférer que des renseignements confidentiels ont été transmis, sauf si l'avocat convainc la Cour qu'aucun renseignement pertinent n'a été communiqué.

Il fait observer que l'avocat aura de la difficulté à s'acquitter de ce fardeau. D'après lui, le point de vue de certains tribunaux—si l'un des membres d'un cabinet ne peut pas agir, aucun ne le peut—est déraisonnable à l'ère des mégacabinets et des fusions. Voilà pourquoi il estime que l'avocat devrait avoir la possibilité de montrer qu'«aucun renseignement pertinent n'a été communiqué».

En toute déférence, je suis en désaccord. Nous ne saurions permettre que la fusion de cabinets d'avocats, ou la mobilité au sein de la profession, viennent entamer la confiance du public dans le système judiciaire. À l'époque actuelle, le travail des tribunaux a des répercussions très importantes sur la vie et les activités de tous les Canadiens. Il est donc fondamentalement important qu'aux yeux du public, la justice soit non seulement rendue, mais qu'il soit évident qu'elle est rendue.

Mon collègue a affirmé que, pour statuer sur ce pourvoi, il fallait soupeser trois valeurs distinctes: la préservation de notre système judiciaire et de son intégrité; le droit des justiciables de ne pas être privés sans raison valable de la faculté de choisir leur avocat; la mobilité raisonnable qu'il est souhaitable de permettre au sein de la profession d'avocat.

Le plus important de ces facteurs, le plus impérieux, est la préservation de l'intégrité de notre système judiciaire. La nécessité de choisir un autre avocat causera certainement des inconvénients au client, et entraînera des problèmes et des soucis. Les avocats jugeront peut-être importante la mobilité professionnelle. Mais l'intégrité du système judiciaire revêt une importance tellement fondamentale pour le pays, et en fait pour toutes les sociétés libres et démocratiques, qu'elle doit être tenue pour le facteur décisif quand il s'agit de déterminer le poids relatif de ces trois valeurs.

Les avocats font partie intégrante de notre système judiciaire et y jouent un rôle absolument indispensable. C'est à eux qu'il incombe de prépa-

bunals. In preparing for the hearing of a contentious matter, a client will often be required to reveal to the lawyer retained highly confidential information. The client's most secret devices and desires, the client's most frightening fears will often, of necessity, be revealed. The client must be secure in the knowledge that the lawyer will neither disclose nor take advantage of these revelations.

Our judicial system could not operate if this were not the case. It cannot function properly if doubt or suspicion exists in the mind of the public that the confidential information disclosed by a client to a lawyer might be revealed.

There can be no question that such a doubt would certainly be instilled if the public were to gather the perception that lawyers, by their actions, such as changing firms, create situations where the possibility of a conflict of interest exists.

Imagine a situation where a client involved in a contentious matter has divulged confidential information to a lawyer. If that lawyer practised with one partner, it would be perceived by the public as unfair and completely unacceptable if the partner were to act for the client's adversary. Similarly, if the lawyer moved to another firm which had been retained by those in opposition to the client, the most reasonable and fair-minded member of the public would find it intolerable for that firm to continue to act for those who opposed the client. In both situations the perception of unfairness would arise from the ease with which confidential information received from clients could be privately communicated between lawyers who are working together in the same firm.

Fortunately, partners rarely attempt to act for clients on both sides of a lawsuit. However, the problem more frequently arises when a lawyer, who has received confidential information, joins a firm that is acting for those opposing the interests of the former client. In such a situation there should be an irrebuttable presumption that lawyers who work together share each other's confidences with the result that a knowledge of confidential matters is imputed to other members of the firm.

rer et de défendre les causes de leurs clients devant les tribunaux. En vue de l'audition d'une question litigieuse, le client doit souvent confier des renseignements confidentiels à l'avocat qu'il a mandaté. Il doit souvent, par nécessité, dévoiler à son avocat ses plans et ses désirs les plus secrets, ses craintes les plus vives. Le client doit avoir la certitude que l'avocat ne révélera pas ses confidences ni n'en tirera profit.

Sans cela, notre système judiciaire serait incapable de fonctionner. Si le public se demande si les renseignements confidentiels communiqués par un client à un avocat seront divulgués ou s'il soupçonne qu'ils pourraient l'être, le système ne peut pas fonctionner normalement.

Incontestablement, un tel doute naîtrait sûrement dans l'esprit du public s'il avait l'impression que les avocats se mettent dans une situation susceptible de donner lieu à un conflit d'intérêts, notamment en changeant de cabinet.

Prenons l'hypothèse où un client mêlé à une affaire litigieuse aurait confié des renseignements confidentiels à un avocat. Si cet avocat exerçait avec un associé, le public jugerait déloyal et tout à fait inacceptable que l'associé puisse occuper pour l'adversaire du client. De même, si cet avocat se joignait à un cabinet que l'adversaire du client a mandaté au sujet de la même affaire, même le membre du public le plus raisonnable et le plus juste trouverait intolérable que ce cabinet occupe pour ceux dont les intérêts sont opposés à ceux de ce client. Dans les deux situations, une impression de déloyauté ressortirait de la facilité avec laquelle des avocats travaillant ensemble dans le même cabinet pourraient s'échanger des renseignements confidentiels confiés par des clients.

Heureusement, il est rare que des associés tentent d'occuper pour des clients qui s'affrontent dans un même procès. Le problème se pose toutefois plus fréquemment lorsqu'un avocat, qui a recueilli des renseignements confidentiels, se joint à un cabinet qui occupe pour ceux qui sont en opposition d'intérêts avec l'ancien client. Dans une telle situation, il doit être irréfragablement présumé que les avocats qui travaillent ensemble partagent des renseignements confidentiels, de sorte

This presumption must apply to the members of the new firm the lawyer joins if public confidence in the administration of justice is to be maintained.

Indeed, this seems to be the purport of the Canadian Bar Association Code of Professional Conduct quoted by my colleague. The chapter entitled "Impartiality and Conflict of Interest" contains the following significant commentaries:

11. A lawyer who has acted for a client in a matter should not thereafter act against him (or against persons who were involved in or associated with him in that matter) in the same or any related matter, or place himself in a position where he might be tempted or appear to be tempted to breach the Rule relating to Confidential Information. It is not, however, improper for the lawyer to act against a former client in a fresh and independent matter wholly unrelated to any work he has previously done for that person.

12. For the sake of clarity the foregoing paragraphs are expressed in terms of the individual lawyer and his client. However it will be appreciated that the term "client" includes a client of the law firm of which the lawyer is a partner or associate whether or not he handles the client's work. [Emphasis added.]

It is contended that it is too demanding to hold that the knowledge of one member of a law firm constitutes knowledge of all members of the firm in situations where there has been a merger of large firms or a lawyer has joined a "mega-firm". I cannot agree. It is the appearance of fairness in the eyes of the public that is fundamentally important. No matter how large the mega-firm, there will be innumerable occasions when a lawyer with a possible conflict of interest will be meeting with those lawyers in the firm who are in opposition to that lawyer's former client. Whether at partners' meetings or committee meetings, at lunches or the office golf tournament, in the boardroom or the washroom, the lawyer of the former client will be meeting with and talking to those who are on the other side of the client's case. To those who are not members of the legal profession, it must appear that the opportunities for private discussion are so numerous that the disclosure of confidential information, even if completely inadvertent, would be

que tous les membres du cabinet sont présumés connaître les renseignements confidentiels appris par l'un d'eux. Cette présomption doit viser les membres du nouveau cabinet dans lequel entre
a l'avocat si l'on veut préserver la confiance du public dans l'administration de la justice.

Tel semble bien être d'ailleurs ce qu'avait en vue le Code de déontologie professionnelle de l'Association du Barreau canadien cité par mon collègue.
b Le chapitre intitulé «L'impartialité et les conflits d'intérêts» contient ces commentaires significatifs:

11. L'avocat qui a agi pour un client ne doit pas, normalement, agir ultérieurement contre lui (ou contre des personnes qui s'étaient engagées ou associées avec le client) dans la même affaire ou une affaire connexe, ou se placer dans une position telle qu'il pourrait être tenté de violer le secret professionnel. Mais il est parfaitement licite pour un avocat d'agir contre un ancien client dans une affaire totalement nouvelle, sans aucun rapport avec les services qu'il aurait pu rendre antérieurement à cette personne.
c

12. Pour plus de clarté, les paragraphes ci-dessus parlent de l'avocat pris individuellement et de son client.
d Mais on conçoit que le terme «client» doive s'entendre aussi d'un client du cabinet dont fait partie l'avocat à un titre ou à un autre, qu'il soit personnellement appelé ou non à représenter ce client. [Je souligne.]

L'on soutient qu'il est excessif de présumer que, lorsqu'il y a eu fusion de grands cabinets ou quand un avocat s'est joint à un «mégacabinet», tous les membres du cabinet sont au courant de ce qu'a appris chacun d'eux. Je ne saurais accepter cet argument. Ce qui est fondamentalement important, c'est l'apparence de loyauté aux yeux du public. Peu importe la taille du cabinet, l'avocat susceptible de se trouver en situation de conflit d'intérêts aura à d'innombrables reprises l'occasion de rencontrer les membres du cabinet qui se sont chargés des intérêts de son ancien client. Que ce soit aux réunions d'associés ou de comités, aux déjeuners ou au tournoi de golf du bureau, dans la salle du conseil ou aux toilettes, l'avocat qui avait été mandaté par l'ex-client rencontrera ceux qui représentent l'adversaire de ce client, et il conversera avec eux. Aux profanes, il doit sembler que les occasions de discussions privées sont tellement nombreuses que la divulgation de renseignements confidentiels, même par étourderie, est inévitable.
e
f
g
h
i

1990 CanLII 32 (SCC)

inevitable. Nor is it likely that disclosures of confidential information will ever be discovered. Further, if a lawyer even inadvertently discloses those weaknesses of the client that have been divulged to him or her, this may be sufficient to give the client's opponents an unfair advantage. This, I think, would be the inevitable conclusion of reasonable people.

That same conclusion would be drawn by the public no matter what form of restrictions were sought to be imposed on individual lawyers and law firms involved. No matter how carefully the Chinese Wall might be constructed, it could be breached without anyone but the lawyers involved knowing of that breach. Law has, after all, the historical precedent of Genghis Khan who, by subterfuge, breached the Great Wall of China, the greatest of Chinese walls. Nor would any system of cones of silence change the public's perception of unfairness. They do not change the reality that lawyers in the same firm meet frequently nor do they reduce the opportunities for the private exchange of confidential information. The public would, quite properly, remain skeptical of the efficacy of the most sophisticated protective scheme.

I am in complete agreement with the reasons of Posner J. expressed in *Analytica, Inc. v. NPD Research, Inc.*, 708 F.2d 1263 (7th Cir. 1983), at p. 1269, as quoted by my colleague, which I repeat here for ease of reference:

The "substantial relationship" test has its problems, but conducting a factual inquiry in every case into whether confidences had actually been revealed would not be a satisfactory alternative, particularly in a case such as this where the issue is not just whether they have been revealed but also whether they will be revealed during a pending litigation. Apart from the difficulty of taking evidence on the question without compromising the confidences themselves, the only witnesses would be the very lawyers whose firm was sought to be disqualified (unlike a case where the issue is what confidences a lawyer received while at a former law firm), and their interest not only in retaining a client but in denying a serious breach of professional ethics might outweigh any felt obligation to "come clean." While "appearance or impropriety" as a principle of professional ethics invites and maybe has undergone uncritical expansion because of its vague and open-ended character, in this case it has

Et il est peu probable que l'on sache jamais que des renseignements confidentiels ont été révélés. Au surplus, si un avocat divulgue même par inadvertance les points faibles de la position du client qu'il a ainsi appris, cela peut être suffisant pour donner à ses adversaires un avantage indu. C'est à mon sens la conclusion que tirerait inévitablement une personne raisonnable.

Le public tirerait la même conclusion, peu importe les limites que l'on aurait cherché à imposer aux avocats et aux cabinets en cause. Quelque soin que l'on ait apporté à la construction d'une muraille de Chine, on pourrait y faire une brèche sans que personne le sache, hormis les avocats en cause. Après tout, le droit dispose du précédent historique de Gengis Khan franchissant, grâce à un subterfuge, la Grande Muraille de Chine, la plus grande des fortifications chinoises. Un système quelconque de cônes de silence ne changerait rien non plus à l'impression de déloyauté qu'aurait le public. La réalité est incontournable: les avocats au sein d'un cabinet se rencontrent souvent et ils ont fréquemment la possibilité d'échanger des renseignements confidentiels. Le public resterait sceptique, à juste titre, sur l'efficacité du mécanisme de protection le plus perfectionné.

Je souscris sans réserve aux motifs du juge Posner, dans l'affaire *Analytica, Inc. v. NPD Research, Inc.*, 708 F.2d 1263 (7th Cir. 1983), à la p. 1269, que cite mon collègue, et que je reprends pour plus de commodité:

[TRADUCTION] Le critère du «lien important» pose des problèmes, mais faire un examen des faits dans chaque affaire afin de vérifier si des renseignements confidentiels ont été divulgués ne serait pas une solution satisfaisante non plus, surtout si, comme en l'espèce, il ne s'agit pas seulement de décider s'ils ont été divulgués, mais aussi s'ils le seront au cours d'un litige en instance. Mis à part la difficulté de recueillir des témoignages sur cette question sans risquer de révéler les renseignements, les seuls témoins seraient les avocats qu'on cherche à faire déclarer inhabiles (ce qui serait différent si la question était de savoir quels faits confidentiels un avocat a appris pendant qu'il faisait partie de son ancien cabinet), et leur intérêt non seulement à garder un client, mais encore à nier un grave manquement à la déontologie, pourrait l'emporter sur l'obligation de dire toute la vérité. Certes, on est invité et peut-être a-t-on été porté à donner une extension inconsiderée à la règle

meaning and weight. For a law firm to represent one client today, and the client's adversary tomorrow in a closely related matter, creates an unsavory appearance of conflict of interest that is difficult to dispel in the eyes of the lay public—or for that matter the bench and bar—by the filing of affidavits, difficult to verify objectively, denying that improper communication has taken place or will take place between the lawyers in the firm handling the two sides. [Emphasis added.]

Let us consider again the two factors which are said to be the competing values to be weighed against the maintenance of the integrity of our system of justice. One of these was the desirability of permitting reasonable mobility in the legal profession. Yet, no matter how strong may be the current rage for mergers or how desirous the mega-firms may be to acquire additional lawyers, neither the large firms nor the lawyers who wish to join them or amalgamate with them should dictate the course of legal ethics. The latest available statistics (as of May 1990) from the Law Society of Upper Canada for the province of Ontario, where the greatest concentration of large law firms might be expected, demonstrate that lawyers in large firms do not comprise the majority of lawyers in that province. These statistics show the following:

Size of Firm	No. of Lawyers in Firms of this Size	% of Lawyers in Firms of this Size
ALL OF ONTARIO		
1-10	9562	64.3%
11-75	2955	19.9%
75+	2348	15.8%
	14865	
ONTARIO EXCLUDING METROPOLITAN TORONTO		
1-10	5871	82.7%
11-75	1135	16.0%
75+	95	1.3%
	7101	

This indicates that, although the large firms may be the movers and shakers on Bay Street, they do

professionnelle touchant «le manquement apparent à la déontologie», à cause de son caractère vague et de sa flexibilité, mais en l'occurrence elle a un sens et du poids. Si un cabinet d'avocats représente un client un jour, puis l'adversaire de ce client le lendemain dans une affaire étroitement connexe, il en résulte selon toute apparence un conflit d'intérêts; or, cette apparence, très déplaisante, est difficile à dissiper aux yeux du public profane—et d'ailleurs à ceux des magistrats et des avocats—par le dépôt d'affidavits, difficiles à vérifier objectivement, dans lesquels les avocats des deux cabinets occupant pour les parties nieraient qu'ils se sont communiqué ou qu'ils se communiqueront des renseignements d'une manière contraire à la déontologie. [Je souligne.]

Reprenons les deux facteurs qui seraient des valeurs qu'il faut apprécier au regard de la préservation de l'intégrité de notre système judiciaire. L'un de ceux-ci est la mobilité raisonnable qu'il est souhaitable de permettre au sein de la profession. Pourtant, si forte que soit la vogue des fusions ou la volonté des mégacabinets de recruter de nouveaux membres, ni les grands cabinets ni les avocats qui souhaitent s'y joindre, à l'occasion d'une fusion ou autrement, ne doivent orienter la déontologie de la profession. D'après les statistiques les plus récentes de la Société du barreau du Haut-Canada concernant l'Ontario, province où est susceptible de se trouver la plus forte concentration de grands cabinets, en mai 1990, les avocats faisant partie de grands cabinets ne forment pas la majorité des avocats de la province. Voici ces chiffres:

Taille du cabinet	Nombre d'avocats dans les cabinets de cette taille	% des avocats dans les cabinets de cette taille
ONTARIO AU COMPLET		
1-10	9562	64,3 %
11-75	2955	19,9 %
75+	2348	15,8 %
	14865	
ONTARIO (SANS L'AGGLOMÉRATION TORONTOISE)		
1-10	5871	82,7 %
11-75	1135	16,0 %
75+	95	1,3 %
	7101	

Ces statistiques indiquent que, si les grands cabinets font peut-être la pluie et le beau temps à Bay

not represent the majority of lawyers soldiering on in the cause of justice.

The judicial system and the confidence of the public in its operation are too important to be put at risk by any appearance of unfairness. Unfortunately, no matter how scrupulously ethical an individual lawyer or firm may be, the appearance of unfairness will always be present when, as in this case, one or more lawyers who had a substantial relationship with a client become members of a firm acting for an opposing party. The opportunities for disclosure, even of an inadvertent nature, are too frequent and the possibility of discovering such disclosures too minimal to permit anything less than the irrebuttable presumption that the knowledge of one member of a law firm constitutes the knowledge of all of the lawyers in that firm. Only such a test will ensure the public's confidence in the administration of justice.

This conclusion should not be taken as an impediment to the mobility of lawyers, the merger of law firms or the growth of very large firms; rather, it is a recognition of a professional responsibility owed by lawyers to the litigation process so that the process may retain the respect of the public. It is a small price to pay for mobility of lawyers, mergers of law firms and the increasing size of law firms. It is no more than the fulfilment of a duty owed by members of the legal profession to the public to preserve the integrity of, and public confidence in, the judicial system.

The other factor to be weighed against maintaining the integrity of the justice system was that litigants ought not to be lightly deprived of their chosen counsel. It seems to me that to give undue weight to this factor would unduly benefit the large corporate clients who are said by my colleague to be the *raison d'être* of the larger firms. It is they who would retain counsel of their choice and primarily benefit from a change in the irrebuttable presumption of shared knowledge. I can see no reason for extending any special benefit or privilege to such clients of large firms. They, like

Street, ils ne constituent toutefois pas la majorité des avocats qui servent la cause de la justice.

Le système judiciaire et la confiance du public dans son fonctionnement sont trop importants pour qu'il soit permis de les compromettre par la moindre apparence de déloyauté. Malheureusement, peu importe le respect scrupuleux de la déontologie dont feront preuve l'avocat ou le cabinet, il y aura apparence de déloyauté chaque fois que, comme en l'espèce, un ou plusieurs avocats qui ont eu un lien important avec un client entreront dans un cabinet qui occupe pour la partie adverse. Les occasions de violation du secret, même par inadvertance, sont trop nombreuses et la possibilité de découvrir cette divulgation trop faible pour justifier autre chose qu'une présomption irréfragable, selon laquelle tous les membres du cabinet sont censés connaître les renseignements. Si l'on veut s'assurer la confiance du public dans l'administration de la justice, c'est le seul critère qu'il faut retenir.

Cette conclusion ne doit pas être considérée comme un obstacle à la mobilité professionnelle, à la fusion des cabinets d'avocats ou à l'expansion des très grands cabinets; elle tend plutôt à reconnaître la responsabilité des avocats à l'égard du processus judiciaire et du maintien du respect qu'a le public pour ce processus. C'est consentir un bien petit sacrifice au regard de la mobilité au sein de la profession, de la fusion des cabinets ou de l'augmentation de leur taille. Pour ceux qui exercent la profession d'avocat, c'est tout au plus l'accomplissement d'un devoir envers le public que de préserver l'intégrité du système judiciaire et la confiance du public dans celui-ci.

L'autre facteur à soupeser avec le maintien de l'intégrité du système judiciaire est le droit des justiciables de ne pas être privés sans raison valable de leur droit de choisir leur avocat. Il me semble qu'en attribuant un poids excessif à ce facteur, on accorde un avantage indu aux grandes sociétés qui, selon mon collègue, sont la raison d'être des grands cabinets d'avocats. Ce sont ces clients-là qui retiendraient les services d'un avocat de leur choix et qui profiteraient au premier chef de la modification de la présomption irréfragable de partage de renseignements. Je ne vois aucune

any client who must seek new counsel, will suffer from inconvenience, loss of time and the inevitable worry and concern over such a change. However, the legal profession has many able counsel. The requirement of change imposed on a client is, on balance, a small price to pay for maintaining the integrity of our system of justice.

Conclusion

Where a lawyer who has had a substantial involvement with a client in an ongoing contentious matter joins another law firm which is acting for an opposing party, there is an irrebuttable presumption that the knowledge of such lawyer, including confidential information disclosed to him or her by the former client, has become the knowledge of the new firm. Such an irrebuttable presumption is essential to preserve public confidence in the administration of justice.

Potential conflict of interest is undoubtedly a factor which has to be taken into account when firms consider bringing in new lawyers or merging with other firms. However, the conflict of interest situations can be easily ascertained (a task readily accomplished with the use of computers) and a price fixed for the value of the files that will have to be turned over to other firms in order to avoid any appearance of conflict of interest. Such a procedure certainly does not impose an impossibly difficult burden on firms considering a merger; rather, it imposes a review that will lead to the cost assessment of the advantages and disadvantages of the merger.

It must be left for another occasion, when argument has been directed to the issue, to determine whether a lawyer, who has not personally been involved in any way with the client on the matter in issue and who moves to a firm acting for the opponent to the client, should also be irrebuttably presumed to have received and imparted confidential information to his new firm.

In the result, I reach the same conclusion as my colleague. I would allow the appeal with costs to the appellant here and in the Court of Appeal, set

raison d'accorder un avantage ou un privilège particulier à ces clients des grands cabinets. Comme tout client qui doit choisir un nouvel avocat, ils auront à supporter l'inconvénient, la perte de temps et l'inquiétude et les soucis inévitables qu'occasionne un tel changement. La profession compte cependant un grand nombre d'avocats de talent. Tout bien pesé, obliger les clients à changer d'avocat, c'est consentir un bien petit sacrifice pour assurer l'intégrité de notre système judiciaire.

Conclusion

Quand un avocat, qui s'est engagé substantiellement auprès d'un client dans une affaire contentieuse en cours, se joint à un autre cabinet qui occupe pour une partie adverse, il existe une présomption irréfragable que ce qui est connu de cet avocat, y compris les renseignements confidentiels que lui a confiés l'ancien client, est désormais connu du nouveau cabinet. Une telle présomption irréfragable est essentielle pour préserver la confiance du public dans l'administration de la justice.

Les conflits potentiels d'intérêts constituent un facteur que les cabinets qui envisagent de recruter de nouveaux avocats ou de fusionner, doivent sans aucun doute prendre en considération. Toutefois, il est facile de détecter les situations de conflit d'intérêts (tâche facilitée par l'informatique) et d'évaluer les dossiers qui devront être cédés à d'autres cabinets afin d'éviter les conflits d'intérêts apparents. Cette façon de procéder n'impose certainement pas un fardeau d'une difficulté insurmontable aux cabinets qui prévoient de fusionner; elle implique plutôt une étude qui mènera à une analyse coûts-avantages de la fusion.

Il faudra attendre une autre occasion, où la question aura été plaidée, pour décider si un avocat, qui n'a en aucune façon œuvré personnellement pour le client dans l'affaire en cause et qui entre dans un cabinet occupant pour l'adversaire du client, devrait également être irréfragablement présumé avoir recueilli des renseignements confidentiels et en avoir fait part à son nouveau cabinet.

Quant au résultat, je souscris à la conclusion tirée par mon collègue. Je suis d'avis d'accueillir l'appel, le tout avec dépens en notre Cour et en

aside the judgment of the Court of Appeal of Manitoba and restore the judgment of Hanssen J.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Pitblado & Hoskin, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Thompson, Dorfman, Sweatman, Winnipeg.

Cour d'appel, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba et de rétablir le jugement du juge Hanssen.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Pitblado & Hoskin, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé: Thompson, Dorfman, Sweatman, Winnipeg.