

**Canadian National
Railway Company** *Appellant*

v.

**McKercher LLP and
Gordon Wallace** *Respondents*

and

**Canadian Bar Association and Federation of
Law Societies of Canada** *Interveners*

**INDEXED AS: CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO.
v. McKERCHER LLP**

2013 SCC 39

File No.: 34545.

2013: January 24; 2013: July 5.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella,
Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and
Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN**

Law of professions — Barristers and solicitors — Duty of loyalty — Conflict of interest — Breach of confidence — Whether a law firm can accept a retainer to act against a current client on a matter unrelated to the client's existing files — Whether a law firm can bring a lawsuit against a current client on behalf of another client and if not, what remedies are available to the client.

McKercher LLP was acting for CN on several matters when, without CN's consent or knowledge, it accepted a retainer to act for the plaintiff in a \$1.75 billion class action against CN. CN first learned that McKercher was acting against it in the class action when it was served with the statement of claim. McKercher hastily terminated all retainers with CN, except for one which CN terminated. CN applied to strike McKercher as the solicitor of record in the class action due to an alleged conflict of interest. The motion judge granted the application and disqualified McKercher. The Court of Appeal overturned the motion judge's order.

**Compagnie des chemins de fer nationaux
du Canada** *Appelante*

c.

**McKercher LLP et
Gordon Wallace** *Intimés*

et

**Association du Barreau canadien et
Fédération des ordres professionnels de
juristes du Canada** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER
NATIONAUX DU CANADA c. McKERCHER LLP**

2013 CSC 39

N° du greffe : 34545.

2013 : 24 janvier; 2013 : 5 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver,
Karakatsanis et Wagner.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN**

Droit des professions — Avocats et procureurs — Devoir de loyauté — Conflit d'intérêts — Abus de confiance — Un cabinet d'avocats peut-il accepter le mandat d'agir contre un client actuel dans une affaire sans lien avec les dossiers en cours de ce client? — Un cabinet d'avocats peut-il poursuivre un client actuel pour le compte d'un autre client, et, dans la négative, quels recours s'offrent au client actuel?

Le cabinet d'avocats McKercher LLP représentait le CN dans quelques dossiers lorsqu'il a accepté, sans que le CN le sache ou y consente, le mandat de représenter le demandeur dans un recours collectif de 1,75 milliard de dollars contre le CN. Ce n'est que lorsque la déclaration lui a été signifiée que le CN a appris que McKercher occupait contre lui dans le recours collectif. McKercher s'est hâté d'abandonner tous les mandats du CN, sauf un auquel le CN a mis fin lui-même. Alléguant l'existence d'un conflit d'intérêts, le CN a demandé que McKercher soit écarté en tant que procureur au dossier dans le recours collectif. Le juge saisi de la requête a accueilli la demande et déclaré McKercher inhabile à occuper dans l'instance. La Cour d'appel a infirmé l'ordonnance du premier juge.

Held: The appeal should be allowed and the matter should be remitted to the Court of Queen's Bench for redetermination of a remedy.

A lawyer's duty of loyalty has three salient dimensions: a duty to avoid conflicting interests; a duty of commitment to the client's cause; and a duty of candour. The duty to avoid conflicts is mainly concerned with protecting a former or current client's confidential information and with ensuring the effective representation of a current client. The duty of commitment entails that, subject to law society rules, a lawyer or law firm as a general rule should not summarily drop a client simply to avoid conflicts of interest. The duty of candour requires disclosure of any factors relevant to the ability to provide effective representation. A lawyer should advise an existing client before accepting a retainer that will require him to act against the client.

The present appeal concerns the risk to effective representation that arises when a lawyer acts concurrently in different matters for clients whose immediate interests in those matters are directly adverse. *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631, held that the general bright line rule is that a lawyer, and by extension a law firm, may not concurrently represent clients adverse in interest without first obtaining their consent. When the bright line rule is inapplicable, the question becomes whether the concurrent representation of clients creates a substantial risk that the lawyer's representation of the client would be materially and adversely affected by the lawyer's own interests or by the lawyer's duties to another current client, a former client, or a third person. The bright line rule is based on the inescapable conflict of interest inherent in some situations of concurrent representation and it reflects the essence of a fiduciary's duty of loyalty. The rule cannot be rebutted or otherwise attenuated and it applies to concurrent representation in both related and unrelated matters. However, the rule is limited in scope. It applies only where the immediate interests of clients are directly adverse in the matters on which the lawyer is acting and it applies only to legal interests, as opposed to commercial or strategic interests. It cannot be raised tactically. It does not apply in circumstances where it is unreasonable for a client to expect that a law firm will not act against it in unrelated matters.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'affaire est renvoyée à la Cour du Banc de la Reine pour qu'elle détermine à nouveau la réparation.

Le devoir de loyauté de l'avocat comporte trois aspects importants : un devoir d'éviter les conflits d'intérêts, un devoir de dévouement à la cause du client et un devoir de franchise. Le devoir d'éviter les conflits d'intérêts cible surtout la protection des renseignements confidentiels obtenus d'un client ancien ou actuel, et le fait d'assurer la représentation efficace d'un client actuel. Le devoir de dévouement signifie que, sauf si les règles du barreau prévoient différemment, un avocat ou un cabinet d'avocats ne devrait pas, en règle générale, laisser tomber de façon expéditive un client simplement pour éviter des conflits d'intérêts. Le devoir de franchise exige la divulgation de tout facteur influant sur l'aptitude à offrir au client une représentation efficace. Un avocat doit informer son client actuel avant d'accepter un mandat qui l'obligera à agir contre ce client.

Le pourvoi qui nous occupe porte sur le risque qui se pose pour la représentation efficace lorsqu'un avocat occupe simultanément dans différents dossiers pour des clients dont les intérêts immédiats s'opposent directement dans ces dossiers. Dans l'arrêt *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631, la Cour a décidé que la ligne de démarcation très nette est tracée par la règle générale interdisant à l'avocat et, par extension, au cabinet d'avocats, de représenter simultanément des clients aux intérêts opposés sans avoir obtenu leur consentement. Lorsque la règle de la démarcation très nette ne s'applique pas, il faut se demander si la représentation simultanée de clients pose un risque sérieux que les intérêts personnels de l'avocat ou ses devoirs envers un autre client actuel, un ancien client ou une tierce personne nuisent de façon appréciable la représentation du client par l'avocat. La règle de la démarcation très nette repose sur l'inévitable conflit d'intérêts inhérent à certains cas de représentation simultanée et elle traduit l'essentiel du devoir de loyauté qu'assume le fiduciaire. La règle ne peut être réfutée ou autrement atténuée, et elle s'applique à la représentation simultanée tant dans des dossiers ayant un lien entre eux que dans les dossiers qui n'en ont pas. Toutefois, la portée de la règle est limitée. Elle s'applique uniquement lorsque les intérêts immédiats des clients s'opposent directement dans les dossiers où occupe l'avocat et elle s'applique uniquement aux intérêts juridiques, et non aux intérêts commerciaux ou stratégiques. Elle ne peut être invoquée pour des raisons d'ordre tactique. Elle ne s'applique pas lorsqu'il est déraisonnable pour un client de s'attendre à ce que le cabinet d'avocats n'agira pas contre lui dans des dossiers n'ayant aucun lien avec le sien.

McKercher's conduct fell squarely within the scope of the bright line rule. CN and the class suing CN are adverse in legal interest; CN did not tactically abuse the bright line rule; and it was reasonable in the circumstances for CN to have expected that McKercher would not concurrently represent a party suing it for \$1.75 billion. McKercher's failure to obtain CN's consent before accepting the class action retainer breached the bright line rule. McKercher's termination of its retainers with CN breached its duty of commitment. Its failure to advise CN of its intention to represent the class breached its duty of candour. However, McKercher possessed no relevant confidential information that could be used to prejudice CN in the class action.

Disqualification may be required to avoid the risk of improper use of confidential information, to avoid the risk of impaired representation, or to maintain the repute of the administration of justice. In this case the only concern that would warrant disqualification is the protection of the repute of the administration of justice. While a breach of the bright line rule normally attracts the remedy of disqualification, factors that may militate against it must be considered. These factors may include: (i) behaviour disentitling the complaining party from seeking the removal of counsel, such as delay in bringing the motion for disqualification; (ii) significant prejudice to the new client's interest in retaining its counsel of choice, and that party's ability to retain new counsel; and (iii) the fact that the law firm accepted the conflicting retainer in good faith, reasonably believing that the concurrent representation fell beyond the scope of the bright line rule or applicable law society rules. As the motion judge did not have the benefit of these reasons, the matter should be remitted to the Queen's Bench for redetermination of the appropriate remedy.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631; *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235; *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331; *Cholmondeley v. Clinton* (1815), 19 Ves. Jun. 261, 34 E.R. 515; *Bricheno v. Thorp* (1821), Jacob 300, 37 E.R.

La conduite de McKercher tombait clairement sous le coup de la règle de la démarcation très nette. Le CN et le groupe qui le poursuivait avaient des intérêts juridiques opposés; le CN n'a pas abusé tactiquement de la règle, et dans les circonstances, il était raisonnable pour le CN de s'attendre à ce que McKercher ne représente pas simultanément une partie qui la poursuivait pour 1,75 milliard de dollars. Lorsqu'il a accepté le mandat du groupe visé dans le recours collectif sans avoir obtenu le consentement du CN, McKercher a contrevenu à la règle de la démarcation très nette. Il a manqué à son devoir de dévouement en abandonnant les mandats que lui avait confiés le CN. Il a manqué à son devoir de franchise en n'avisant pas le CN de son intention de représenter le groupe. Toutefois, McKercher n'avait en sa possession aucun renseignement confidentiel pertinent susceptible de porter préjudice au CN dans ce recours collectif.

La déclaration d'incapacité peut devenir nécessaire pour éviter le risque d'utilisation à mauvais escient de renseignements confidentiels, pour éviter le risque de représentation déficiente ou pour préserver la considération dont jouit l'administration de la justice. La protection de la considération dont jouit l'administration de la justice constitue la seule préoccupation qui justifierait en l'espèce une déclaration d'incapacité. Bien qu'une violation de la règle de la démarcation très nette appelle normalement une déclaration d'incapacité à occuper, les facteurs qui peuvent militer contre la déclaration d'incapacité doivent être pris en considération. Ces facteurs peuvent inclure (i) un comportement qui prive le plaignant de la possibilité de demander que l'avocat cesse d'occuper, par exemple s'il tarde à présenter la demande de déclaration d'incapacité, (ii) une atteinte grave au droit du client éventuel de retenir les services de l'avocat de son choix, et la capacité de ce client de trouver un autre avocat, et (iii) le fait que le cabinet d'avocats a accepté en toute bonne foi le mandat à l'origine du conflit d'intérêts, en croyant raisonnablement que la représentation simultanée échappait à la portée de la règle de la démarcation très nette et des restrictions du barreau applicables. Comme le juge de première instance n'a pas pu bénéficier des présents motifs, l'affaire devrait être renvoyée à la Cour du Banc de la Reine pour qu'elle détermine à nouveau la réparation appropriée.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631; *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235; *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331; *Cholmondeley c. Clinton* (1815), 19 Ves. Jun. 261, 34 E.R. 515; *Bricheno c. Thorp* (1821), Jacob 300,

864; *Taylor v. Blacklow* (1836), 3 Bing. (N.C.) 235, 132 E.R. 401; *Rakusen v. Ellis*, [1912] 1 Ch. 831; *Strother v. 3464920 Canada Inc.*, 2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177; *Bolkiah v. KPMG*, [1999] 2 A.C. 222; *Moffat v. Wetstein* (1996), 29 O.R. (3d) 371; *Canadian Pacific Railway v. Aikins, MacAulay & Thorvaldson* (1998), 23 C.P.C. (4th) 55; *De Beers Canada Inc. v. Shore Gold Inc.*, 2006 SKQB 101, 278 Sask. R. 171; *Toddglen Construction Ltd. v. Concord Adex Developments Corp.* (2004), 34 C.L.R. (3d) 111.

Authors Cited

American Law Institute. *Restatement of the Law, Third: The Law Governing Lawyers*, vol. 2. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 2000.

Dodek, Adam. "Conflicted Identities: The Battle over the Duty of Loyalty in Canada" (2011), 14 *Legal Ethics* 193.

Law Society of Alberta. *Code of Conduct*, version 2013_V1, r. 2.01(2), Commentary (online: <http://www.lawsocietyalberta.com>).

Law Society of Saskatchewan. *Code of Professional Conduct*. Regina: The Society, 1991 (online: <http://www.lawsociety.sk.ca>).

Law Society of Upper Canada. *Rules of Professional Conduct*, updated January 24, 2013, r. 2.02(6.1), (6.2) (online: <http://www.lsuc.on.ca>).

Nightingale, J. *Report of the Proceedings before the House of Lords, on a Bill of Pains and Penalties against Her Majesty, Caroline Amelia Elizabeth, Queen of Great Britain, and Consort of King George the Fourth*, vol. II. London: J. Robins, 1821.

Nova Scotia Barristers' Society. *Code of Professional Conduct*, updated February 22, 2013, rr. 3.2-1A, 7.2-6A (online: <http://nsbs.org>).

Waters' Law of Trusts in Canada, 4th ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto: Carswell, 2012.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Lane, Ottenbreit and Caldwell J.J.A.), 2011 SKCA 108, 375 Sask. R. 218, 340 D.L.R. (4th) 402, [2012] 1 W.W.R. 251, 9 C.P.C. (7th) 292, 525 W.A.C. 218, [2011] S.J. No. 589 (QL), 2011 CarswellSask 625, setting aside a decision of Popescul J., 2009 SKQB 369, 344 Sask. R. 3, [2009] 12 W.W.R. 157, 77 C.P.C. (6th) 24, [2009] S.J. No. 549 (QL), 2009 CarswellSask 610 (*sub nom. Wallace v. Canadian Pacific Railway*). Appeal allowed.

37 E.R. 864; *Taylor c. Blacklow* (1836), 3 Bing. (N.C.) 235, 132 E.R. 401; *Rakusen c. Ellis*, [1912] 1 Ch. 831; *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177; *Bolkiah c. KPMG*, [1999] 2 A.C. 222; *Moffat c. Wetstein* (1996), 29 O.R. (3d) 371; *Canadian Pacific Railway c. Aikins, MacAulay & Thorvaldson* (1998), 23 C.P.C. (4th) 55; *De Beers Canada Inc. c. Shore Gold Inc.*, 2006 SKQB 101, 278 Sask. R. 171; *Toddglen Construction Ltd. c. Concord Adex Developments Corp.* (2004), 34 C.L.R. (3d) 111.

Doctrine et autres documents cités

American Law Institute. *Restatement of the Law, Third: The Law Governing Lawyers*, vol. 2. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 2000.

Barreau du Haut-Canada. *Code de déontologie*, mis à jour le 24 janvier 2013, règle 2.02(6.1), (6.2) (en ligne : <http://www.lsuc.on.ca>).

Dodek, Adam. « Conflicted Identities : The Battle over the Duty of Loyalty in Canada » (2011), 14 *Legal Ethics* 193.

Law Society of Alberta. *Code of Conduct*, version 2013_V1, r. 2.01(2), Commentary (online : <http://www.lawsocietyalberta.com>).

Law Society of Saskatchewan. *Code of Professional Conduct*. Regina : The Society, 1991 (online : <http://www.lawsociety.sk.ca>).

Nightingale, J. *Report of the Proceedings before the House of Lords, on a Bill of Pains and Penalties against Her Majesty, Caroline Amelia Elizabeth, Queen of Great Britain, and Consort of King George the Fourth*, vol. II. London : J. Robins, 1821.

Nova Scotia Barristers' Society. *Code of Professional Conduct*, updated February 22, 2013, rr. 3.2-1A, 7.2-6A (online : <http://nsbs.org>).

Waters' Law of Trusts in Canada, 4th ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto : Carswell, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Lane, Ottenbreit et Caldwell), 2011 SKCA 108, 375 Sask. R. 218, 340 D.L.R. (4th) 402, [2012] 1 W.W.R. 251, 9 C.P.C. (7th) 292, 525 W.A.C. 218, [2011] S.J. No. 589 (QL), 2011 CarswellSask 625, qui a infirmé une décision du juge Popescul, 2009 SKQB 369, 344 Sask. R. 3, [2009] 12 W.W.R. 157, 77 C.P.C. (6th) 24, [2009] S.J. No. 549 (QL), 2009 CarswellSask 610 (*sub nom. Wallace c. Canadian Pacific Railway*). Pourvoi accueilli.

Douglas C. Hodson, Q.C., Vanessa Monar Enweani and C. Ryan Lepage, for the appellant.

Gavin MacKenzie and Lauren Wihak, for the respondents.

Malcolm M. Mercer, Eric S. Block and Brendan Brammall, for the intervener the Canadian Bar Association.

John J. L. Hunter, Q.C., and Stanley Martin, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — Can a law firm accept a retainer to act against a current client on a matter unrelated to the client's existing files? More specifically, can a firm bring a lawsuit against a current client on behalf of another client? If not, what remedies are available to the client whose lawyer has brought suit against it? These are the questions raised by this appeal.

I. Background

[2] McKercher LLP ("McKercher") is a large law firm in Saskatchewan. The Canadian National Railway Company ("CN") retained McKercher to act for it on a variety of matters. In late 2008, McKercher was acting for CN on three ongoing matters: a personal injury claim concerning a rail yard incident in which children had been injured; the purchase of real estate; and the representation of CN's interests as a creditor in a receivership. As well, two of its partners held power of attorney from CN for service of process in Saskatchewan.

[3] At the same time, the McKercher firm accepted a retainer from Gordon Wallace ("Wallace") to act against CN in a \$1.75 billion class action based on allegations that CN had illegally overcharged Western Canadian farmers for grain transportation. It is not contested on appeal that the Wallace action

Douglas C. Hodson, c.r., Vanessa Monar Enweani et C. Ryan Lepage, pour l'appelante.

Gavin MacKenzie et Lauren Wihak, pour les intimés.

Malcolm M. Mercer, Eric S. Block et Brendan Brammall, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

John J. L. Hunter, c.r., et Stanley Martin, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — Un cabinet d'avocats peut-il accepter le mandat d'agir contre un de ses clients actuels dans une affaire sans lien avec les dossiers en cours de ce client? Plus précisément, un cabinet d'avocats peut-il poursuivre son client actuel pour le compte d'un autre client? Dans la négative, quels recours s'offrent au client poursuivi par son avocat? Telles sont les questions que soulève le présent pourvoi.

I. Contexte

[2] McKercher LLP (« McKercher ») est un grand cabinet d'avocats en Saskatchewan. La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (le « CN ») a retenu les services de McKercher qui la représente dans divers dossiers. À la fin de 2008, McKercher représentait le CN dans trois dossiers en cours : une réclamation pour préjudice corporel relative à des blessures subies par des enfants dans une gare de triage, l'acquisition d'un immeuble et une affaire de séquestre où le CN était créancier. De plus, deux des associés de McKercher étaient habilités par procuration à recevoir la signification d'actes de procédure au nom du CN en Saskatchewan.

[3] À la même époque, le cabinet McKercher a accepté de Gordon Wallace le mandat d'intenter contre le CN un recours collectif de 1,75 milliard de dollars fondé sur l'allégation que le CN avait illégalement surfacturé le transport du grain aux agriculteurs de l'Ouest canadien. Nul ne conteste en

was legally and factually unrelated to the ongoing CN retainers.

[4] The McKercher firm did not advise CN that it intended to accept the Wallace retainer. CN learned this only when it was served with the statement of claim on January 9, 2009. Between December 5, 2008, and January 15, 2009, various McKercher partners hastily terminated their retainers with CN, except on the real estate file, which was terminated by CN.

[5] Following receipt of the statement of claim, CN applied for an order removing McKercher as solicitor of record for Wallace in the class action against it, on the grounds that the McKercher firm had breached its duty of loyalty to CN by placing itself in a conflict of interest, had improperly terminated its existing CN retainers, and might misuse confidential information gained in the course of the solicitor-client relationship.

[6] The motion judge granted the application, and disqualified McKercher from acting on the Wallace litigation: 2009 SKQB 369, 344 Sask. R. 3. He found that the firm had breached the duty of loyalty it owed CN, placing itself in a conflict of interest by accepting the Wallace retainer while acting for CN on other matters. In his view, CN felt an understandable sense of betrayal, which substantially impaired the McKercher firm's ability to represent CN in the ongoing retainers. Moreover, McKercher had received a unique understanding of the litigation strengths, weaknesses and attitudes of CN; this understanding constituted relevant confidential information. The motion judge concluded that McKercher's violation of the duty of loyalty, in addition to the possession of relevant confidential information, made disqualification of McKercher as counsel on the Wallace action an appropriate remedy.

appel que le recours intenté par M. Wallace n'avait aucun lien factuel ou juridique avec les mandats en cours que le CN avait confiés à McKercher.

[4] Le cabinet McKercher n'a pas informé le CN de son intention d'accepter le mandat de M. Wallace. Le CN ne l'a appris que lorsque la déclaration lui a été signifiée le 9 janvier 2009. Entre le 5 décembre 2008 et le 15 janvier 2009, des associés de McKercher se sont hâtés d'abandonner les mandats du CN, sauf le mandat relatif à l'achat d'un immeuble, auquel le CN a mis fin lui-même.

[5] Après avoir reçu la déclaration, le CN a demandé une ordonnance écartant McKercher en tant que procureur au dossier de M. Wallace dans le recours collectif intenté contre le CN. Ce dernier soutenait que le cabinet McKercher avait manqué à son devoir de loyauté envers le CN en se plaçant en situation de conflit d'intérêts, qu'il avait irrégulièrement abandonné les mandats en cours que lui avait confiés le CN, et qu'il pourrait utiliser à mauvais escient des renseignements confidentiels obtenus dans le cadre de la relation avocat-client.

[6] Le juge de première instance a accueilli la demande et déclaré McKercher inhabile à occuper dans l'instance introduite par M. Wallace : 2009 SKQB 369, 344 Sask. R. 3. Il a conclu que le cabinet avait manqué à son devoir de loyauté envers le CN et s'était placé en situation de conflit d'intérêts en acceptant le mandat de M. Wallace alors qu'il s'occupait d'autres dossiers pour le compte du CN. Selon le juge, la capacité du cabinet McKercher de représenter le CN dans les mandats en cours était sérieusement compromise en raison du sentiment de trahison normal qu'éprouvait le CN. En outre, McKercher avait acquis une connaissance particulière des forces, faiblesses et attitudes du CN envers les litiges. Ces connaissances constituaient des renseignements confidentiels pertinents. Le juge a conclu qu'en raison du manquement de McKercher à son devoir de loyauté envers le CN et des renseignements confidentiels pertinents dont il disposait, l'inhabilité de McKercher à occuper dans le recours intenté par M. Wallace constituait une réparation appropriée.

[7] The Court of Appeal overturned the motion judge's order disqualifying McKercher: 2011 SKCA 108, 375 Sask. R. 218. The Court of Appeal found that a general understanding of CN's litigation strengths and weaknesses did not constitute relevant confidential information warranting disqualification. Moreover, it found that McKercher had not breached its duty of loyalty by accepting to act concurrently for Wallace. CN was a large corporate client that was not in a position of vulnerability or dependency with respect to McKercher. As such, its implied consent to McKercher acting for an opposing party in unrelated legal matters could be inferred. However, the Court of Appeal found that McKercher had breached its duty of loyalty towards CN by peremptorily terminating the solicitor-client relationship on its existing files for CN. Nevertheless, disqualification was not an appropriate remedy in this case, since McKercher's continued representation of Wallace created no risk of prejudice to CN. Indeed, the termination of the lawyer-client relationship had effectively put an end to any possibility of prejudice.

[8] The case at hand requires this Court to examine the lawyer's duty of loyalty to his client, and in particular the requirement that a lawyer avoid conflicts of interest. As we held in *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631, the general "bright line" rule is that a lawyer, and by extension a law firm, may not concurrently represent clients adverse in interest without obtaining their consent — regardless of whether the client matters are related or unrelated: para. 29. However, when the bright line rule is inapplicable, the question becomes whether the concurrent representation of clients creates a "substantial risk that the lawyer's representation of the client would be materially and adversely affected by the lawyer's own interests or by the lawyer's duties to another current client, a former client, or a third person": *Neil*, at para. 31. This appeal turns on the scope of the bright line rule: Did it apply to McKercher's concurrent representation

[7] La Cour d'appel a infirmé l'ordonnance du juge de première instance déclarant McKercher inhabile à occuper : 2011 SKCA 108, 375 Sask. R. 218. Elle a jugé qu'une connaissance générale des forces et faiblesses du CN en matière contentieuse n'équivalait pas à la possession de renseignements confidentiels pertinents justifiant l'inhabilité à occuper. Elle a en outre conclu que McKercher n'avait pas manqué à son devoir de loyauté en acceptant de représenter en même temps M. Wallace. Le CN, une société d'envergure, ne se trouvait pas en situation de vulnérabilité ou de dépendance vis-à-vis de McKercher. On pouvait donc inférer que le CN consentait implicitement à ce que McKercher représente une partie opposée dans d'autres affaires juridiques n'ayant aucun lien avec ses dossiers en cours. La Cour d'appel a toutefois estimé que McKercher avait manqué à son devoir de loyauté envers le CN en mettant fin péremptoirement à la relation avocat-client dans les dossiers en cours que le CN lui avait confiés. Néanmoins, l'inhabilité à occuper ne constituait pas une réparation appropriée en l'espèce puisque le fait que McKercher continue de représenter M. Wallace ne risquait pas de porter préjudice au CN. En fait, toute possibilité de causer un préjudice a effectivement disparu lorsque la relation avocat-client a pris fin.

[8] En l'espèce, notre Cour doit examiner le devoir de loyauté de l'avocat envers son client, et tout particulièrement son obligation d'éviter les conflits d'intérêts. Comme nous l'avons décidé dans *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631, la « ligne de démarcation très nette » est tracée par la règle générale interdisant à l'avocat et, par extension, au cabinet d'avocats, de représenter simultanément des clients aux intérêts opposés sans avoir obtenu leur consentement — que leurs dossiers aient ou non un lien entre eux : par. 29. Toutefois, lorsque cette « règle de la démarcation très nette » ne s'applique pas, il faut se demander si la représentation simultanée de parties opposées pose un « risque sérieux que les intérêts personnels de l'avocat ou ses devoirs envers un autre client actuel, un ancien client ou une tierce personne nuisent de façon appréciable à la représentation du client par l'avocat » : *Neil*, par. 31.

of CN and Wallace? Or is the applicable test instead whether the concurrent representation of CN and Wallace created a substantial risk of impaired representation?

[9] In these reasons, I conclude that McKercher's concurrent representation of CN and Wallace fell squarely within the scope of the bright line rule. The bright line rule was engaged by the facts of this case: CN and Wallace were adverse in legal interests; CN has not attempted to tactically abuse the bright line rule; and it was reasonable in the circumstances for CN to expect that McKercher would not concurrently represent a party suing it for \$1.75 billion. McKercher failed to obtain CN's consent to the concurrent representation of Wallace, and consequently breached the bright line rule when it accepted the Wallace retainer.

[10] In addition to its duty to avoid conflicts of interest, a law firm is under a duty of commitment to the client's cause which prevents it from summarily and unexpectedly dropping a client in order to circumvent conflict of interest rules, and a duty of candour which requires the law firm to advise its existing client of all matters relevant to the retainer. I conclude that McKercher's termination of its existing retainers with CN breached its duty of commitment to its client's cause, and its failure to advise CN of its intention to accept the Wallace retainer breached its duty of candour to its client. However, McKercher possessed no relevant confidential information that could be used to prejudice CN.

[11] As regards the appropriate remedy to McKercher's breaches, I conclude that the only concern that would warrant disqualification in this case is the protection of the repute of the administration of justice. A breach of the bright line rule normally attracts the remedy of disqualification. This remains

Le pourvoi concerne la portée de la règle de la démarcation très nette : cette règle s'appliquait-elle à la représentation simultanée du CN et de M. Wallace par McKercher? Ou le critère applicable consiste-t-il plutôt à décider si leur représentation simultanée par le même cabinet d'avocats a créé un risque substantiel de représentation déficiente?

[9] Dans les présents motifs, je conclus que la représentation simultanée du CN et de M. Wallace par McKercher tombait clairement sous le coup de la règle de la démarcation très nette. Cette règle s'applique en raison des faits de l'espèce : le CN et M. Wallace avaient des intérêts juridiques opposés; le CN n'a pas tenté d'abuser tactiquement de la règle et, dans les circonstances, il était raisonnable pour le CN de s'attendre à ce que McKercher ne représente pas simultanément une partie qui la poursuivait pour 1,75 milliard de dollars. McKercher a contrevenu à la règle de la démarcation très nette lorsqu'il a accepté, sans avoir obtenu le consentement du CN, de représenter M. Wallace alors qu'il représentait déjà le CN.

[10] En plus de devoir éviter les conflits d'intérêts, un cabinet d'avocats est tenu de se dévouer à la cause de son client, ce qui l'empêche de laisser tomber un client de façon expéditive et inattendue afin de contourner les règles relatives au conflit d'intérêts, et il a un devoir de franchise qui l'oblige à informer son client actuel de toutes les questions relatives au mandat. Je conclus que McKercher a manqué à son devoir de dévouement à la cause de son client en abandonnant les mandats en cours que lui avait confiés le CN, de même qu'à son devoir de franchise envers son client en n'avisant pas le CN de son intention d'accepter le mandat de M. Wallace. Toutefois, McKercher n'avait en sa possession aucun renseignement confidentiel pertinent susceptible de porter préjudice au CN.

[11] Concernant la réparation appropriée à l'égard des manquements de McKercher, je conclus que la protection de la considération dont jouit l'administration de la justice constitue la seule préoccupation qui justifierait en l'espèce une déclaration d'incapacité à occuper. Une violation de

true even if the lawyer-client relationship is terminated subsequent to the breach. However, certain factors may militate against disqualification, and they must be taken into consideration. As the motion judge did not have the benefit of these reasons, I would remit the matter to the Queen's Bench for redetermination in accordance with them.

II. Issues

[12] The appeal raises the following issues:

- A. The Role of the Courts in Resolving Conflicts Issues
- B. The Governing Principles
- C. Application of the Principles
- D. The Appropriate Remedy

III. Analysis

- A. *The Role of the Courts in Resolving Conflicts Issues*

[13] Courts of inherent jurisdiction have supervisory power over litigation brought before them. Lawyers are officers of the court and are bound to conduct their business as the court directs. When issues arise as to whether a lawyer may act for a particular client in litigation, it falls to the court to resolve those issues. The courts' purpose in exercising their supervisory powers over lawyers has traditionally been to protect clients from prejudice and to preserve the repute of the administration of justice, not to discipline or punish lawyers.

[14] In addition to their supervisory role over court proceedings, courts develop the fiduciary principles that govern lawyers in their duties to

la règle de la démarcation très nette appelle normalement une déclaration d'inhabilité à occuper, et ce, même s'il est mis fin à la relation avocat-client après le manquement. Toutefois, certains facteurs peuvent militer contre la déclaration d'inhabilité à occuper, et ces facteurs doivent être pris en considération. Puisque le juge saisi de la requête ne pouvait bénéficier des présents motifs, je suis d'avis de renvoyer l'affaire à la Cour du Banc de la Reine pour réexamen conformément à ceux-ci.

II. Questions en litige

[12] Le pourvoi soulève les questions suivantes :

- A. Le rôle des tribunaux dans la résolution des conflits d'intérêts
- B. Les principes pertinents
- C. L'application des principes
- D. La réparation à accorder

III. Analyse

- A. *Le rôle des tribunaux dans la résolution des conflits d'intérêts*

[13] Les tribunaux investis d'une compétence inhérente disposent du pouvoir de surveiller la conduite des litiges dont ils sont saisis. Les avocats sont des auxiliaires de justice et sont tenus, dans l'exercice de leurs activités, de suivre les instructions du tribunal. Lorsque la représentation d'un client en particulier par un avocat dans une instance soulève des questions, il appartient au tribunal de trancher ces questions. Dans l'exercice de leur pouvoir de surveillance à l'endroit des avocats, les tribunaux ont habituellement pour objectif d'éviter tout préjudice aux clients et de préserver la considération dont jouit l'administration de la justice, mais pas de punir les avocats ou de leur imposer des sanctions disciplinaires.

[14] En plus de superviser le déroulement des instances, les tribunaux développent les principes en matière fiduciaire qui régissent les obligations

clients. Solicitor-client privilege has been a frequent subject of court consideration, for example.

[15] The inherent power of courts to resolve issues of conflicts in cases that may come before them is not to be confused with the powers that the legislatures confer on law societies to establish regulations for their members, who form a self-governing profession: *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235, at p. 1244. The purpose of law society regulation is to establish general rules applicable to all members to ensure ethical conduct, protect the public and discipline lawyers who breach the rules — in short, the good governance of the profession.

[16] Both the courts and law societies are involved in resolving issues relating to conflicts of interest — the courts from the perspective of the proper administration of justice, the law societies from the perspective of good governance of the profession: see *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331. In exercising their respective powers, each may properly have regard for the other's views. Yet each must discharge its unique role. Law societies are not prevented from adopting stricter rules than those applied by the courts in their supervisory role. Nor are courts in their supervisory role bound by the letter of law society rules, although “an expression of a professional standard in a code of ethics . . . should be considered an important statement of public policy”: *Martin*, at p. 1246.

[17] In recent years the Canadian Bar Association and the Federation of Law Societies of Canada have worked toward common conflict rules applicable across Canada. However, they have been unable to agree on their precise form: see, for example, A. Dodek, “Conflicted Identities: The Battle over the Duty of Loyalty in Canada” (2011), 14 *Legal Ethics* 193. That debate was transported into the proceedings before us, each of these interveners asking

de l’avocat envers son client. Par exemple, les tribunaux se sont souvent penchés sur le secret professionnel de l’avocat.

[15] Il ne faut pas confondre le pouvoir inhérent à tout tribunal de résoudre les conflits d’intérêts dans les affaires qui lui sont soumises et les pouvoirs que les législateurs confèrent aux barreaux d’établir des règles applicables à leurs membres, qui forment une profession autonome : *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235, p. 1244. Les règles du barreau se veulent des règles générales applicables à tous les membres pour assurer l’éthique professionnelle, protéger le public et imposer des sanctions disciplinaires aux avocats qui enfreignent les règles — en bref, ces règles assurent le bon encadrement de la profession.

[16] Les tribunaux et les barreaux participent au règlement des questions qui se rapportent aux conflits d’intérêts — du point de vue de la bonne administration de la justice dans le cas des tribunaux, et pour les barreaux, du point de vue du bon encadrement de la profession : voir *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331. Dans l’exercice de ces pouvoirs respectifs, chacun d’eux peut, avec raison, tenir compte des avis de l’autre. Toutefois, chacun doit s’acquitter de la fonction qui lui est propre. Rien n’empêche les barreaux d’établir des règles plus strictes que celles appliquées par les tribunaux dans l’exercice de leur fonction de surveillance. Les tribunaux ne sont pas non plus tenus, dans l’exercice de cette fonction de surveillance, de respecter à la lettre les règles du barreau, bien que « les normes exposées dans un [. . .] code [de déontologie] [. . .] doivent être considérées comme un important énoncé de principes » : *Martin*, p. 1246.

[17] Ces dernières années, l’Association du Barreau canadien et la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada ont œuvré à l’établissement de règles communes en matière de conflits d’intérêts applicables partout au Canada, mais elles ne sont pas parvenues à s’entendre sur le contenu précis de ces règles : voir, par exemple, A. Dodek, « Conflicted Identities : The Battle over the Duty of Loyalty in Canada » (2011), 14

this Court to endorse their approach. While the court is properly informed by views put forward, the role of this Court is not to mediate the debate. Ours is the more modest task of determining which principles should apply in a case such as this, from the perspective of what is required for the proper administration of justice.

[18] Against this backdrop, I now turn to examine the principles that govern this appeal.

B. *The Governing Principles*

[19] A lawyer, and by extension a law firm, owes a duty of loyalty to clients. This duty has three salient dimensions: (1) a duty to avoid conflicting interests; (2) a duty of commitment to the client's cause; and (3) a duty of candour: *Neil*, at para. 19. I will consider each in turn.

1. Avoiding Conflicts of Interest

(a) *English Origins*

[20] Canada's law of conflicts as administered by the courts is based on precedents rooted in the English jurisprudence. Traditionally, the main concern was that clients not suffer prejudice from a lawyer's representation — at the same time or sequentially — of parties adverse in interest. Disqualification of a lawyer from a case was reserved for situations where there was a real risk of harm to the client, as opposed to a theoretical possibility of harm: see, for example, *Cholmondeley v. Clinton* (1815), 19 Ves. Jun. 261, 34 E.R. 515; *Bricheno v. Thorp* (1821), Jacob 300, 37 E.R. 864; *Taylor v. Blacklow* (1836), 3 Bing. (N.C.) 235, 132 E.R. 401. The rule was not absolute or "bright line", but pragmatic. Courts looked to the circumstances of each case and sought to determine whether it was realistic to conclude that the client would suffer some form of harm. Fletcher Moulton L.J.'s statement in *Rakusen v. Ellis*, [1912] 1 Ch. 831

Legal Ethics 193. Ce débat s'est poursuivi devant nous, chacune de ces intervenantes demandant à notre Cour de se rallier à son point de vue. Notre Cour tient compte à juste titre des avis exprimés, mais il ne lui appartient pas d'animer le débat. Elle doit plutôt s'acquitter de la tâche plus humble de déterminer les principes qui doivent s'appliquer dans un cas comme celui qui nous occupe, et ce, dans l'optique de ce que requiert la bonne administration de la justice.

[18] C'est sur cette toile de fond que je me penche maintenant sur les principes applicables en l'espèce.

B. *Les principes pertinents*

[19] L'avocat et, par extension, le cabinet d'avocats, ont envers leurs clients un devoir de loyauté qui comporte les trois aspects principaux suivants : (1) le devoir d'éviter les conflits d'intérêts; (2) le devoir de dévouement à la cause du client; (3) le devoir de franchise : *Neil*, par. 19. J'examinerai tour à tour chacun d'eux.

1. Éviter les conflits d'intérêts

a) *Les origines anglaises*

[20] Au Canada, le droit des conflits d'intérêts appliqué par les tribunaux repose sur des précédents qui trouvent leur source dans la jurisprudence anglaise. On cherchait par tradition à éviter que les clients subissent un préjudice du fait qu'un avocat représente — en même temps ou consécutivement — des parties aux intérêts opposés. L'avocat n'était déclaré inhabile à occuper que dans les cas où il existait un véritable risque de préjudice pour le client plutôt qu'une possibilité théorique de préjudice : voir, par exemple, *Cholmondeley c. Clinton* (1815), 19 Ves. Jun. 261, 34 E.R. 515; *Bricheno c. Thorp* (1821), Jacob 300, 37 E.R. 864; *Taylor c. Blacklow* (1836), 3 Bing. (N.C.) 235, 132 E.R. 401. Cette règle n'était pas absolue et ne constituait pas une « démarcation très nette »; il s'agissait d'une règle pragmatique. Les tribunaux examinaient les circonstances propres à chaque affaire et cherchaient à déterminer si l'on pouvait

(C.A.), catches the flavour of the English common law approach:

As a general rule the Court will not interfere unless there be a case where mischief is rightly anticipated. . . . [W]here there is such a probability of mischief that the Court feels that, in its duty as holding the balance between the high standard of behaviour which it requires of its officers and the practical necessities of life, it ought to interfere and say that a solicitor shall not act. Now in the present case there is an absolute absence of any reasonable probability of any mischief whatever. [p. 841]

(b) *The Martin Test: A Focus on Risk of Prejudice and Balancing of Values*

[21] In the *Martin* case, this Court (*per* Sopinka J.) adopted the English common law's focus on protecting the client from real risks of harm, although it diverged from some of the English case law with respect to the exact level of risk that should attract the conflicts rule. The issue in *Martin* was whether a law firm should be disqualified from acting against a party because a lawyer in the firm had received relevant confidential information in the course of her prior work for that party. As will be discussed further below, the Court held that a firm cannot be disqualified unless there is a risk of prejudice to the client, although in some cases the client benefits from a presumption of risk of prejudice: pp. 1260-61.

[22] In addition to retaining an emphasis on risk of prejudice to the client, the Court concluded in *Martin* that an effective and fair conflicts rule must strike an appropriate balance between conflicting values. On the one hand stands the high repute of the legal profession and the administration of justice. On the other hand stand the values of allowing the client's choice of counsel and permitting reasonable mobility in the legal profession. The realities of large

conclude de façon réaliste que le client subirait un quelconque préjudice. L'affirmation suivante du lord juge Fletcher Moulton dans *Rakusen c. Ellis*, [1912] 1 Ch. 831 (C.A.), saisit l'essence de l'approche adoptée dans la jurisprudence anglaise :

[TRADUCTION] En règle générale, le tribunal n'interviendra pas, sauf si un préjudice est prévu avec raison. [. . .] [E]n cas de probabilité de préjudice telle que le tribunal estime, dans l'exercice de son devoir de pondérer la norme exigeante de conduite qu'il impose à ses auxiliaires et les nécessités pratiques de la vie, qu'il devrait intervenir, il doit le faire et interdire à un avocat d'occuper pour un client. En l'espèce, il n'y a pas la moindre probabilité raisonnable de préjudice. [p. 841]

b) *Le critère de l'arrêt Martin : une analyse axée sur le risque de préjudice et la pondération des valeurs*

[21] Dans l'arrêt *Martin*, notre Cour (sous la plume du juge Sopinka) a adopté l'objectif de la jurisprudence anglaise de soustraire le client au risque véritable de préjudice, mais elle s'est dissociée de certaines décisions anglaises quant au degré précis de risque qui devrait commander l'application de la règle en matière de conflits d'intérêts. Dans l'affaire *Martin*, il s'agissait de savoir si un cabinet d'avocats devait être déclaré inhabile à agir contre une partie parce qu'une avocate de ce cabinet avait appris des faits confidentiels pertinents dans l'exercice de ses fonctions pour le compte de cette partie. Comme je l'expliquerai davantage plus loin, la Cour a décidé qu'un cabinet d'avocats ne peut être déclaré inhabile à occuper, sauf s'il existe un risque de préjudice pour le client, bien que ce dernier bénéficie, dans certains cas, d'une présomption de risque de préjudice : p. 1260-1261.

[22] En plus de conserver l'accent sur le risque de préjudice pour le client, la Cour a conclu dans *Martin* qu'une règle efficace et équitable en matière de conflits d'intérêts doit établir un juste équilibre entre des valeurs opposées. D'un côté, il y a la haute considération dont jouissent la profession d'avocat et l'administration de la justice. De l'autre, il y a l'importance de laisser au client le choix de son avocat, et de permettre une mobilité raisonnable

law firms and litigants who pick and choose between them must be factored into the balance. As was the case in the English common law, the Court declined to endorse broad rules that are not context-sensitive.

(c) *Types of Prejudice Addressed by Conflict of Interest Rules*

[23] The law of conflicts is mainly concerned with two types of prejudice: prejudice as a result of the lawyer's misuse of confidential information obtained from a client; and prejudice arising where the lawyer "soft peddles" his representation of a client in order to serve his own interests, those of another client, or those of a third person. As regards these concerns, the law distinguishes between former clients and current clients. The lawyer's main duty to a former client is to refrain from misusing confidential information. With respect to a current client, for whom representation is ongoing, the lawyer must neither misuse confidential information, nor place himself in a situation that jeopardizes effective representation. I will examine each of these aspects of the conflicts rule in turn.

(d) *Confidential Information*

[24] The first major concern addressed by the duty to avoid conflicting interests is the misuse of confidential information. The duty to avoid conflicts reinforces the lawyer's duty of confidentiality — which is a distinct duty — by preventing situations that carry a heightened risk of a breach of confidentiality. A lawyer cannot act in a matter where he may use confidential information obtained from a former or current client to the detriment of that client. A two-part test is applied to determine whether the new matter will place the lawyer in a conflict of interest: (1) Did the lawyer receive confidential information attributable to a solicitor and client relationship relevant to the matter at hand? (2) Is there a risk that it will be used to the prejudice of that client?: *Martin*, at p. 1260. If the lawyer's new retainer is "sufficiently related" to the matters

au sein de cette profession. Il faut mettre en balance les réalités des grands cabinets d'avocats et des parties qui choisissent l'un d'entre eux. À l'instar des tribunaux anglais, la Cour a refusé d'approuver des règles générales qui ne tiennent pas compte du contexte en présence.

(c) *Les types de préjudice visés par les règles en matière de conflits d'intérêts*

[23] Le droit relatif aux conflits d'intérêts cible surtout deux types de préjudice : celui découlant de l'utilisation à mauvais escient, par l'avocat, des renseignements confidentiels qu'il a obtenus d'un client; et celui causé lorsque l'avocat « met une sourdine » à la représentation de son client dans ses propres intérêts, ceux d'un autre client ou ceux d'un tiers. Pour ce qui est de ces préoccupations, le droit établit une distinction entre les anciens clients et les clients actuels. Le principal devoir de l'avocat envers un ancien client est de s'abstenir d'utiliser à mauvais escient des renseignements confidentiels. Quant au client actuel qu'il représente toujours, l'avocat ne doit ni utiliser à mauvais escient des renseignements confidentiels, ni se placer dans une situation où sa représentation efficace est compromise. J'examinerai tour à tour chacun de ces aspects de la règle applicable aux conflits d'intérêts.

(d) *Les renseignements confidentiels*

[24] La prévention de l'utilisation à mauvais escient de renseignements confidentiels constitue la première considération importante visée par le devoir d'éviter les conflits d'intérêts. Ce devoir renforce le devoir de confidentialité de l'avocat — un devoir distinct — en prévenant les situations comportant un risque élevé de manquement à la confidentialité. Un avocat ne peut agir dans un dossier dans lequel il peut utiliser des renseignements confidentiels obtenus d'un ancien client ou d'un client actuel au détriment de ce client. On applique un critère à deux volets pour déterminer si le nouveau dossier placera l'avocat en situation de conflit d'intérêts : (1) L'avocat a-t-il appris des faits confidentiels, grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client, qui concernent l'objet du litige? (2) Y a-t-il un risque que ces renseignements

on which he or she worked for the former client, a rebuttable presumption arises that the lawyer possesses confidential information that raises a risk of prejudice: p. 1260.

(e) *Effective Representation*

[25] The second main concern, which arises with respect to current clients, is that the lawyer be an effective representative — that he serve as a zealous advocate for the interests of his client. The lawyer must refrain “from being in a position where it will be systematically unclear whether he performed his fiduciary duty to act in what he perceived to be the best interests” of his client: D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters’ Law of Trusts in Canada* (4th ed. 2012), at p. 968. As the oft-cited Lord Brougham said, “an advocate, in the discharge of his duty, knows but one person in all the world, and that person is his client”: *Trial of Queen Caroline* (1821), by J. Nightingale, vol. II, The Defence, Part I, at p. 8.

[26] Effective representation may be threatened in situations where the lawyer is tempted to prefer other interests over those of his client: the lawyer’s own interests, those of a current client, of a former client, or of a third person: *Neil*, at para. 31. This appeal concerns the risk to effective representation that arises when a lawyer acts concurrently in different matters for clients whose immediate interests in those matters are directly adverse. This Court has held that concurrent representation of clients directly adverse in interest attracts a clear prohibition: the bright line rule.

(f) *The Bright Line Rule*

[27] In *Neil*, this Court (*per* Binnie J.) stated that a lawyer may not represent a client in one matter while representing that client’s adversary in another matter, unless both clients provide their informed consent. Binnie J. articulated the rule thus:

soient utilisés au détriment du client? : *Martin*, p. 1260. L’existence d’une « connexité suffisante » entre le nouveau mandat de l’avocat et les dossiers auxquels il a travaillé pour le compte de l’ancien client fait intervenir une présomption réfutable que l’avocat dispose de renseignements confidentiels susceptibles de causer un préjudice : p. 1260.

e) *La représentation efficace*

[25] Selon la deuxième considération importante, qui concerne les clients actuels, l’avocat doit être un représentant efficace — il doit défendre avec zèle les intérêts de son client. L’avocat doit éviter [TRADUCTION] « de se trouver dans une situation où l’on ne sait jamais s’il s’est acquitté de son obligation fiduciaire d’agir dans ce qui lui semble être l’intérêt » de son client : D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., *Waters’ Law of Trusts in Canada* (4^e éd. 2012), p. 968. Suivant le propos de lord Brougham, cité à maintes reprises, [TRADUCTION] « l’avocat, dans l’accomplissement de son devoir, ne connaît qu’une personne au monde et cette personne est son client » : *Trial of Queen Caroline* (1821), par J. Nightingale, vol. II, The Defence, partie I, p. 8.

[26] La représentation efficace peut être compromise lorsque l’avocat est tenté de privilégier des intérêts autres que ceux de son client : ses propres intérêts, ceux d’un autre client actuel, d’un ancien client ou d’un tiers : *Neil*, par. 31. Le pourvoi qui nous occupe porte sur le risque qui se pose pour la représentation efficace lorsqu’un avocat occupe en même temps dans différents dossiers pour des clients dont les intérêts immédiats s’opposent directement dans ces mêmes dossiers. Notre Cour a décidé que la représentation simultanée de clients aux intérêts opposés est frappée d’une interdiction claire : la règle de la démarcation très nette.

f) *La règle de la démarcation très nette*

[27] Notre Cour (sous la plume du juge Binnie) a affirmé dans *Neil* qu’un avocat ne saurait représenter un client dans un dossier tout en représentant l’adversaire de ce client dans un autre dossier, sauf si les deux clients y consentent de manière éclairée. Le juge Binnie a formulé ainsi cette règle :

The bright line is provided by the general rule that a lawyer may not represent one client whose interests are directly adverse to the immediate interests of another current client — *even if the two mandates are unrelated* — unless both clients consent after receiving full disclosure (and preferably independent legal advice), and the lawyer reasonably believes that he or she is able to represent each client without adversely affecting the other. [Emphasis in original; para. 29]

[28] The rule expressly applies to both related *and* unrelated matters. It is possible to argue that a blanket prohibition against concurrent representation is not warranted with respect to unrelated matters, where the concrete duties owed by the lawyer to each client may not actually enter into conflict. However, the rule provides a number of advantages. It is clear. It recognizes that it is difficult — often impossible — for a lawyer or law firm to neatly compartmentalize the interests of different clients when those interests are fundamentally adverse. Finally, it reflects the fact that the lawyer-client relationship is a relationship based on trust. The reality is that “the client’s faith in the lawyer’s loyalty to the client’s interests will be severely tried whenever the lawyer must be loyal to another client whose interests are materially adverse”: *Restatement of the Law, Third: The Law Governing Lawyers* (2000), vol. 2, § 128(2), at p. 339.

[29] The parties and interveners to this appeal disagreed over the substance of the bright line rule. It was variously suggested that the bright line rule is only a rebuttable presumption of conflict, that it does not apply to unrelated matters, and that it attracts a balancing of various circumstantial factors that may give rise to a conflict. These suggestions must be rejected. Where applicable, the bright line rule prohibits concurrent representation. It does not invite further considerations. As Binnie J. stated in *Strother v. 3464920 Canada Inc.*, 2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177, “[t]he ‘bright line’ rule is the product of the balancing of interests not the gateway to further internal balancing”: para. 51. To turn

Cette ligne de démarcation très nette est tracée par la règle générale interdisant à un avocat de représenter un client dont les intérêts sont directement opposés aux intérêts immédiats d’un autre client actuel — *même si les deux mandats n’ont aucun rapport entre eux* — à moins que les deux clients n’y aient consenti après avoir été pleinement informés (et de préférence après avoir obtenu des avis juridiques indépendants) et que l’avocat ou l’avocate estime raisonnablement pouvoir représenter chaque client sans nuire à l’autre. [Italiques dans l’original; par. 29]

[28] La règle s’applique expressément aux dossiers ayant un lien entre eux *et* à ceux qui n’en ont pas. On peut soutenir qu’il n’est pas justifié d’interdire totalement la représentation simultanée de parties adverses dans des dossiers n’ayant aucun lien entre eux en l’absence d’une véritable possibilité de conflit entre les devoirs que l’avocat a concrètement envers chacun des clients. Cette règle présente toutefois plusieurs avantages. Elle est claire. Elle reconnaît qu’il est difficile — et souvent impossible — pour l’avocat ou le cabinet d’avocats de cloisonner nettement les intérêts fondamentalement opposés de différents clients. Enfin, cette règle s’accorde avec le fait que la relation avocat-client repose sur la confiance. Le fait est que [TRADUCTION] « la foi du client dans la loyauté de l’avocat envers ses intérêts sera sérieusement ébranlée dès lors que l’avocat doit faire preuve de loyauté envers un autre client aux intérêts sensiblement opposés » : *Restatement of the Law, Third : The Law Governing Lawyers* (2000), vol. 2, § 128(2), p. 339.

[29] Les parties et les intervenantes en l’espèce ne s’entendent pas sur la teneur de la règle de la démarcation très nette. Divers arguments ont été avancés : la règle de la démarcation très nette n’est qu’une présomption réfutable de conflit; elle ne s’applique pas si les dossiers n’ont aucun lien entre eux; elle commande une pondération de divers facteurs circonstanciels qui peuvent donner lieu à un conflit. Il faut rejeter ces prétentions. Si elle s’applique, la règle de la démarcation très nette interdit la représentation simultanée de clients. Elle ne suppose pas la prise en compte d’autres considérations. Comme l’a dit le juge Binnie dans *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007

the rule into a rebuttable presumption or a balancing exercise would be tantamount to overruling *Neil* and *Strother*. I am not persuaded that it would be appropriate here to depart from the rule of precedent.

[30] However, the bright line rule is not a rule of unlimited application. The real issue raised by this appeal is the scope of the rule. I now turn to this issue.

(g) *The Scope of the Bright Line Rule*

[31] The bright line rule holds that a law firm cannot act for a client whose interests are adverse to those of another existing client, unless both clients consent. It applies regardless of whether the client matters are related or unrelated. The rule is based on “the inescapable conflict of interest which is inherent” in some situations of concurrent representation: *Bolkiah v. KPMG*, [1999] 2 A.C. 222 (H.L.), at p. 235, cited in *Neil*, at para. 27. It reflects the essence of the fiduciary’s duty of loyalty: “. . . a fiduciary cannot act at the same time both for and against the same client, and his firm is in no better position”: *Bolkiah*, at p. 234.

[32] However, *Neil* and *Strother* make it clear that the scope of the rule is not unlimited. The rule applies where the *immediate legal* interests of clients are *directly* adverse. It does not apply to condone tactical abuses. And it does not apply in circumstances where it is unreasonable to expect that the lawyer will not concurrently represent adverse parties in unrelated legal matters. The limited scope of application of the rule is illustrated by *Neil* and *Strother*. This Court found the bright line rule to be inapplicable to the facts of both of those cases, and instead examined whether there

CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177, « [l]a règle de la “démarcation très nette” est le fruit de la mise en balance d’intérêts et non un mécanisme qui donne ouverture à une autre mise en balance interne » : par. 51. Transformer cette règle en une présomption réfutable ou en un exercice de mise en balance reviendrait à infirmer les arrêts *Neil* et *Strother*. Je ne suis pas convaincue qu’il convienne en l’espèce de déroger au respect des précédents.

[30] La règle de la démarcation très nette n’est toutefois pas une règle d’application illimitée. La portée de la règle constitue la véritable question qui se pose en l’espèce et j’aborde maintenant cette question.

g) *La portée de la règle de la démarcation très nette*

[31] Selon la règle de la démarcation très nette, un cabinet d’avocats ne peut occuper pour un client dont les intérêts s’opposent à ceux d’un autre client actuel, sauf si les deux clients y consentent. La règle s’applique peu importe que les dossiers des clients aient ou non un lien entre eux. Cette règle repose sur [TRADUCTION] « l’inévitable conflit d’intérêts inhérent » à certains cas de représentation simultanée : *Bolkiah c. KPMG*, [1999] 2 A.C. 222 (H.L.), p. 235, cité dans *Neil*, par. 27. Elle traduit l’essentiel du devoir de loyauté qu’assume le fiduciaire : [TRADUCTION] « . . . un fiduciaire ne peut agir en même temps à la fois pour et contre un même client, et son cabinet n’est pas en meilleure position » : *Bolkiah*, p. 234.

[32] Toutefois, les arrêts *Neil* et *Strother* indiquent clairement que cette règle n’a pas une portée illimitée. Elle s’applique lorsque les intérêts *juridiques immédiats* des clients s’opposent *directement*. Son application ne vise pas à sanctionner les abus tactiques. Et elle ne s’applique pas dans les cas où il est déraisonnable de s’attendre à ce que l’avocat ne représente pas simultanément des parties adverses dans des dossiers juridiques n’ayant aucun lien entre eux. Les arrêts *Neil* et *Strother* illustrent l’application limitée de la règle. Notre Cour a conclu que la règle de la démarcation

was a substantial risk of impaired representation: *Neil*, at para. 31; *Strother*, at para. 54.

[33] First, the bright line rule applies only where the *immediate* interests of clients are *directly* adverse in the matters on which the lawyer is acting. In *Neil*, a law firm was concurrently representing Mr. Neil in criminal proceedings and Ms. Lambert in divorce proceedings, when it was foreseeable that Lambert would eventually become Neil's co-accused in the criminal proceedings. The lawyer representing Lambert in the divorce proceedings began to gather information that he could eventually use against Neil. The law firm also encouraged another one of its clients, Mr. Doblanko, to report criminal actions by Neil to the police. The goal was to mount a "cut-throat" defence for Lambert in the criminal case, painting her as an innocent dupe who had been manipulated by Neil.

[34] This Court did not apply the bright line rule to the facts in *Neil*, because of the nature of the conflict. Neither Neil and Lambert, nor Neil and Doblanko, were *directly* adverse to one another in the legal matters on which the law firm represented them. Neil was not a party to Lambert's divorce, nor to any action in which Doblanko was involved. The adversity of interests was *indirect*: it stemmed from the strategic linkage between the matters, rather than from Neil being directly pitted against Lambert or Doblanko in either of the matters.

[35] Second, the bright line rule applies only when clients are adverse in *legal* interest. The main area of application of the bright line rule is in civil and criminal proceedings. *Neil* and *Strother* illustrate this limitation. The interests in *Neil* were not legal, but rather strategic. In *Strother*, they were commercial:

très nette ne s'appliquait pas aux faits de ces deux affaires, et s'est plutôt demandé s'il existait un risque substantiel de représentation déficiente : *Neil*, par. 31; *Strother*, par. 54.

[33] Premièrement, la règle de la démarcation très nette s'applique uniquement lorsque les intérêts *immédiats* des clients s'opposent *directement* dans les dossiers où occupe l'avocat. Dans l'affaire *Neil*, un cabinet d'avocats représentait simultanément M. Neil dans un procès criminel et M^{me} Lambert dans une instance de divorce alors qu'il était prévisible que M^{me} Lambert deviendrait éventuellement la coaccusée de M. Neil dans le procès criminel. L'avocat de M^{me} Lambert dans l'instance de divorce a commencé à recueillir des renseignements qu'il pourrait éventuellement utiliser contre M. Neil. En outre, le cabinet d'avocats a incité un autre de ses clients, M. Doblanko, à signaler aux policiers des actes criminels commis par M. Neil. L'objectif consistait à présenter une « défense traîtresse » en faveur de M^{me} Lambert dans l'instance pénale en dépeignant celle-ci comme une personne innocente qui avait été dupée et manipulée par M. Neil.

[34] Notre Cour n'a pas appliqué la règle de la démarcation très nette aux faits de l'affaire *Neil* en raison de la nature du conflit. Ni M. Neil et M^{me} Lambert, ni MM. Neil et Doblanko n'étaient des adversaires *directs* dans les dossiers juridiques où le cabinet d'avocats les représentait. M. Neil n'était partie ni au divorce de M^{me} Lambert, ni à une procédure à laquelle avait participé M. Doblanko. Les intérêts s'opposaient *indirectement* : cette opposition découlait du lien stratégique entre les dossiers plutôt que d'une confrontation directe entre M. Neil et M^{me} Lambert ou M. Doblanko dans l'un ou l'autre de ces dossiers.

[35] Deuxièmement, la règle de la démarcation très nette ne s'applique que dans le cas de clients aux intérêts *juridiques* opposés. Elle s'applique principalement dans les instances civiles et criminelles. Les arrêts *Neil* et *Strother* font ressortir cette limite. Les intérêts en jeu dans *Neil* étaient de nature stratégique plutôt que juridique. Ils étaient d'ordre commercial dans *Strother* :

... the conflict of interest principles do not generally preclude a law firm or lawyer from acting concurrently for different clients who are in the same line of business, or who compete with each other for business. ...

The clients' respective "interests" that require the protection of the duty of loyalty have to do with the practice of law, not commercial prosperity. Here the alleged "adversity" between concurrent clients related to business matters. [paras. 54-55, *per* Binnie J.]

[36] Third, the bright line rule cannot be successfully raised by a party who seeks to abuse it. In some circumstances, a party may seek to rely on the bright line rule in a manner that is "tactical rather than principled": *Neil*, at para. 28. The possibility of tactical abuse is especially high in the case of institutional clients dealing with large national law firms. Indeed, institutional clients have the resources to retain a significant number of firms, and the retention of a single partner in any Canadian city can disqualify all other lawyers within the firm nation-wide from acting against that client. As Binnie J. remarked,

[i]n an era of national firms and a rising turnover of lawyers, especially at the less senior levels, the imposition of exaggerated and unnecessary client loyalty demands, spread across many offices and lawyers who in fact have no knowledge whatsoever of the client or its particular affairs, may promote form at the expense of substance, and tactical advantage instead of legitimate protection. [Emphasis added; para. 15.]

Thus, clients who intentionally create situations that will engage the bright line rule, as a means of depriving adversaries of their choice of counsel, forfeit the benefit of the rule. Indeed, institutional clients should not spread their retainers among scores of leading law firms in a purposeful attempt to create potential conflicts.

... les principes applicables en matière de conflit d'intérêts n'empêchent généralement pas un cabinet d'avocats ou un avocat de représenter simultanément différents clients qui œuvrent dans le même secteur d'activités ou qui se font concurrence. ...

Les « intérêts » respectifs des clients qui requièrent la protection du devoir de loyauté concernent la pratique du droit et non la prospérité commerciale. En l'espèce, la présumée « opposition » entre des clients concurrents portait sur des questions commerciales. [par. 54-55, le juge Binnie]

[36] Troisièmement, la règle de la démarcation très nette ne peut être invoquée avec succès par une partie qui cherche à en abuser. Dans certaines circonstances, une partie peut chercher à invoquer cette règle d'une manière qui tient à des considérations de « tactique plutôt que de principe » : *Neil*, par. 28. La possibilité d'abus tactiques est particulièrement élevée dans le cas de clients institutionnels qui font affaire avec de grands cabinets d'avocats nationaux. En effet, ces clients ont les moyens de retenir les services d'un nombre important de cabinets, et le recours, par un de ces clients, aux services d'un seul associé dans une ville canadienne peut empêcher tous les autres avocats du cabinet au Canada d'agir contre lui. Comme l'a fait remarquer le juge Binnie,

[e]n cette ère de cabinets d'envergure nationale et de roulement élevé des avocats, surtout aux niveaux inférieurs, il se peut que l'imposition d'exigences exagérées et inutiles quant à la loyauté envers le client, réparties entre un grand nombre de cabinets et d'avocats qui ne connaissent, en fait, aucunement le client ni ses affaires particulières, privilégie la forme au détriment du contenu et l'avantage tactique plutôt que la protection légitime. [Je souligne; par. 15.]

Par conséquent, les clients qui créent volontairement des situations où la règle de la démarcation très nette entre en jeu pour priver des adversaires de leur choix d'un avocat renoncent au bénéfice de la règle. En fait, les clients institutionnels ne devraient pas répartir leurs mandats parmi une multitude de grands cabinets d'avocats pour tenter délibérément de susciter des conflits d'intérêts.

[37] Finally, the bright line rule does not apply in circumstances where it is unreasonable for a client to expect that its law firm will not act against it in unrelated matters. In *Neil*, Binnie J. gave the example of “professional litigants” whose consent to concurrent representation of adverse legal interests can be inferred:

In exceptional cases, consent of the client may be inferred. For example, governments generally accept that private practitioners who do their civil or criminal work will act against them in unrelated matters, and a contrary position in a particular case may, depending on the circumstances, be seen as tactical rather than principled. Chartered banks and entities that could be described as professional litigants may have a similarly broad-minded attitude where the matters are sufficiently unrelated that there is no danger of confidential information being abused. These exceptional cases are explained by the notion of informed consent, express or implied. [para. 28]

In some cases, it is simply not reasonable for a client to claim that it expected a law firm to owe it exclusive loyalty and to refrain from acting against it in unrelated matters. As Binnie J. stated in *Neil*, these cases are the exception, rather than the norm. Factors such as the nature of the relationship between the law firm and the client, the terms of the retainer, as well as the types of matters involved, may be relevant to consider when determining whether there was a reasonable expectation that the law firm would not act against the client in unrelated matters. Ultimately, courts must conduct a case-by-case assessment, and set aside the bright line rule when it appears that a client could not reasonably expect its application.

[37] Enfin, la règle de la démarcation très nette ne s’applique pas lorsqu’il est déraisonnable pour un client de s’attendre à ce que son cabinet d’avocats n’agisse pas contre lui dans des dossiers sans lien avec le sien. Dans *Neil*, le juge Binnie a donné l’exemple des « plaideurs d’habitude » dont on peut déduire le consentement à la représentation simultanée de clients aux intérêts juridiques opposés :

Dans des cas exceptionnels, il est possible de déduire qu’il y a eu consentement du client. Ainsi, les gouvernements reconnaissent généralement que les avocats en cabinet privé qui les représentent au civil ou au criminel agiront contre eux dans le cadre d’affaires qui n’ont aucun rapport avec ces mandats; une position contraire adoptée dans un cas particulier pourra, selon les circonstances, être considérée comme liée à des considérations de tactique plutôt que de principe. Les banques à charte, tout comme les entités qu’on pourrait qualifier de plaideurs d’habitude, peuvent faire preuve d’une ouverture d’esprit semblable dans des affaires qui sont si peu reliées entre elles que le risque d’utilisation à mauvais escient de renseignements confidentiels est inexistant. Ces cas exceptionnels s’expliquent par la notion de consentement éclairé, exprès ou implicite. [par. 28]

Dans certains cas, il n’est tout simplement pas raisonnable pour un client de prétendre qu’il s’attendait à ce que son cabinet d’avocats lui doive une loyauté sans partage et s’abstienne d’agir contre lui dans des dossiers sans lien avec le sien. Comme l’a mentionné le juge Binnie dans *Neil*, les situations de ce genre forment l’exception plutôt que la règle. Il peut être utile de prendre en considération des facteurs comme la nature de la relation entre le cabinet d’avocats et son client, les modalités du mandat ainsi que les types de dossier en jeu pour décider s’il était raisonnable de s’attendre à ce que le cabinet d’avocats n’agisse pas contre le client dans des dossiers sans lien avec le sien. En dernière analyse, les tribunaux doivent examiner cette question au cas par cas et écarter l’application de la règle de la démarcation très nette lorsqu’il apparaît qu’un client ne peut s’attendre raisonnablement à ce qu’elle s’applique.

(h) *The Substantial Risk Principle*

[38] When a situation falls outside the scope of the bright line rule for any of the reasons discussed above, the question becomes whether the concurrent representation of clients creates a substantial risk that the lawyer's representation of the client would be materially and adversely affected. The determination of whether there exists a conflict becomes more contextual, and looks to whether the situation is "liable to create conflicting pressures on judgment" as a result of "the presence of factors which may reasonably be perceived as affecting judgment": Waters, Gillen and Smith, at p. 968. In addition, the onus falls upon the client to establish, on a balance of probabilities, the existence of a conflict — there is only a deemed conflict of interest if the bright line rule applies.

(i) *Practical Implications*

[39] When a law firm is asked to act against an existing client on an unrelated matter, it must determine whether accepting the retainer will breach the bright line rule. It must ask itself whether (i) the immediate *legal* interests of the new client are directly adverse to those of the existing client, (ii) the existing client has sought to exploit the bright line rule in a tactical manner; and (iii) the existing client can reasonably expect that the law firm will not act against it in unrelated matters. In most cases, simultaneously acting for and against a client in legal matters will result in a breach of the bright line rule, with the result that the law firm cannot accept the new retainer unless the clients involved grant their informed consent.

[40] If the law firm concludes that the bright line rule is inapplicable, it must then ask itself whether accepting the new retainer will create a substantial risk of impaired representation. If the answer is no, then the law firm may accept the retainer. In the

h) *Le principe du risque sérieux*

[38] En présence d'une situation qui échappe à la portée de la règle de la démarcation très nette pour l'une ou l'autre des raisons exposées précédemment, il faut se demander si la représentation simultanée de clients risque sérieusement de compromettre l'efficacité de la représentation du client par l'avocat. La détermination de l'existence d'un conflit d'intérêts s'attache alors davantage au contexte et consiste à décider si la situation est [TRADUCTION] « susceptible d'exercer des pressions contradictoires sur le jugement » compte tenu de « la présence de facteurs qui peuvent raisonnablement être perçus comme influençant le jugement » : Waters, Gillen et Smith, p. 968. De plus, il incombe au client d'établir, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'un conflit d'intérêts — il n'y a une présomption de conflit d'intérêts que si la règle de la démarcation très nette s'applique.

i) *Les conséquences pratiques*

[39] Le cabinet d'avocats auquel on demande d'agir contre son client actuel dans un dossier sans lien avec celui du client doit décider s'il contreviendrait à la règle de la démarcation très nette en acceptant le mandat. Il doit se demander (i) si les intérêts *juridiques* immédiats du client éventuel s'opposent directement à ceux de son client actuel; (ii) si le client actuel a tenté de profiter tactiquement de la règle de la démarcation très nette; et (iii) si le client actuel peut raisonnablement s'attendre à ce que le cabinet d'avocats n'agira pas contre lui dans des dossiers sans lien avec le sien. Dans la plupart des cas, le fait d'agir simultanément pour et contre un même client dans des dossiers juridiques est contraire à la règle de la démarcation très nette, ce qui empêche par conséquent le cabinet d'avocats d'accepter le nouveau mandat, à moins que les clients concernés n'y consentent de manière éclairée.

[40] Si le cabinet d'avocats conclut que la règle de la démarcation très nette ne peut s'appliquer, il doit se demander si l'acceptation du nouveau mandat crée un risque substantiel de représentation déficiente. Dans la négative, le cabinet d'avocats

event that the existing client disagrees with the law firm's assessment, the client may bring a motion before the courts to prevent the firm from continuing to represent the adverse party. In this manner, the courts will be called upon to further develop the contours of the bright line rule, and to ensure that lawyers do not act in matters where they cannot exercise their professional judgment free of conflicting pressures.

(j) *Summary*

[41] The bright line rule is precisely what its name implies: a bright line rule. It cannot be rebutted or otherwise attenuated. It applies to concurrent representation in both related *and* unrelated matters. However, the rule is limited in scope. It applies only where the *immediate* interests of clients are *directly* adverse in the matters on which the lawyer is acting. It applies only to legal — as opposed to commercial or strategic — interests. It cannot be raised tactically. And it does not apply in circumstances where it is unreasonable for a client to expect that a law firm will not act against it in unrelated matters. If a situation falls outside the scope of the rule, the applicable test is whether there is a substantial risk that the lawyer's representation of the client would be materially and adversely affected.

[42] I now turn to the other dimensions of the duty of loyalty which are relevant to the present appeal.

2. The Duty of Commitment to the Client's Cause

[43] The duty of commitment is closely related to the duty to avoid conflicting interests. In fact, the lawyer must avoid conflicting interests precisely so that he can remain committed to the client. Together, these duties ensure "that a divided loyalty does not cause the lawyer to 'soft peddle' his or her [representation] of a client out of concern for another client": *Neil*, at para. 19.

peut accepter le mandat. Le client actuel qui ne partage pas l'avis de son cabinet d'avocats peut demander par requête au tribunal d'empêcher le cabinet de continuer à représenter la partie adverse. Les tribunaux seront ainsi appelés à préciser davantage les limites de la règle de la démarcation très nette et à s'assurer que les avocats n'occupent pas dans des dossiers où ils ne peuvent exercer leur jugement professionnel sans être sujets à des pressions contradictoires.

j) *Résumé*

[41] La règle de la démarcation très nette est précisément ce que son nom indique : une règle prévoyant une ligne de démarcation très nette. Elle ne peut être réfutée ou autrement atténuée. Elle s'applique à la représentation simultanée dans des dossiers ayant un lien entre eux *et* dans les dossiers qui n'en ont pas. Toutefois, sa portée est limitée. Elle s'applique uniquement lorsque les intérêts *immédiats* des clients s'opposent *directement* dans les dossiers où occupe l'avocat. Elle s'applique uniquement aux intérêts juridiques, et non aux intérêts commerciaux ou stratégiques. Elle ne peut être invoquée pour des raisons d'ordre tactique. Et elle ne s'applique pas lorsqu'il est déraisonnable pour un client de s'attendre à ce que le cabinet d'avocats n'agira pas contre lui dans des dossiers n'ayant aucun lien avec le sien. En présence d'une situation qui échappe à la portée de la règle, le critère applicable consiste à se demander s'il existe un risque sérieux que la représentation du client par l'avocat soit affectée de façon appréciable.

[42] Je passe maintenant aux autres aspects du devoir de loyauté qui sont pertinents en l'espèce.

2. Le devoir de dévouement à la cause du client

[43] Le devoir de dévouement est étroitement lié au devoir d'éviter les conflits d'intérêts. En fait, l'avocat doit éviter les conflits d'intérêts justement pour être en mesure de rester dévoué à son client. Ensemble, ces devoirs font en sorte « qu'une situation de loyauté partagée n'incite pas l'avocat à "mettre une sourdine" à la [représentation] de son client par souci d'en ménager un autre » : *Neil*, par. 19.

[44] The duty of commitment prevents the lawyer from undermining the lawyer-client relationship. As a general rule, a lawyer or law firm should not summarily and unexpectedly drop a client simply in order to avoid conflicts of interest with existing or future clients. This is subject to law society rules, which may, for example, allow law firms to end their involvement in a case under the terms of a limited scope retainer: see, for example, Law Society of Upper Canada, *Rules of Professional Conduct* (online), r. 2.02(6.1) and (6.2); Law Society of Alberta, *Code of Conduct* (online), Commentary to r. 2.01(2); Nova Scotia Barristers' Society, *Code of Professional Conduct* (online), rr. 3.2-1A and 7.2-6A.

3. The Duty of Candour

[45] A lawyer or law firm owes a duty of candour to the client. This requires the law firm to disclose any factors relevant to the lawyer's ability to provide effective representation. As Binnie J. stated in *Strother*, at para. 55: "The thing the lawyer must not do is keep the client in the dark about matters he or she knows to be relevant to the retainer" (emphasis deleted).

[46] It follows that as a general rule a lawyer should advise an existing client before accepting a retainer that will require him to act against the client, even if he considers the situation to fall outside the scope of the bright line rule. At the very least, the existing client may feel that the personal relationship with the lawyer has been damaged and may wish to take its business elsewhere.

[47] I add this. The lawyer's duty of candour towards the existing client must be reconciled with the lawyer's obligation of confidentiality towards his new client. In order to provide full disclosure to the existing client, the lawyer must first obtain the consent of the new client to disclose the existence, nature and scope of the new retainer. If the new client refuses to grant this consent, the lawyer will be unable to fulfill his duty of candour and, consequently, must decline to act for the new client.

[44] Le devoir de dévouement empêche l'avocat de miner sa relation avec son client. En règle générale, un avocat ou un cabinet d'avocats ne devraient pas laisser tomber de façon expéditive et inattendue un client simplement pour éviter des conflits d'intérêts avec des clients actuels ou de futurs clients. Les règles du barreau peuvent toutefois prévoir différemment, par exemple en permettant aux cabinets d'avocats de cesser d'occuper dans un dossier en vertu d'un mandat à portée limitée : voir, par exemple, Barreau du Haut-Canada, *Code de déontologie* (en ligne), règle 2.02 (6.1) et (6.2); Law Society of Alberta, *Code of Conduct* (en ligne), Commentary to r. 2.01(2); Nova Scotia Barristers' Society, *Code of Professional Conduct* (en ligne), règles 3.2-1A et 7.2-6A.

3. Le devoir de franchise

[45] L'avocat ou le cabinet d'avocats a un devoir de franchise envers son client, ce qui l'oblige à faire part à celui-ci de tout facteur influant sur son aptitude à bien représenter le client. Comme l'a mentionné le juge Binnie dans *Strother*, par. 55, « [c]e que l'avocat doit éviter de faire est de maintenir son client dans l'ignorance au sujet de questions qu'il sait pertinentes quant au mandat » (italiques omis).

[46] Par conséquent, l'avocat doit, en règle générale, informer son client actuel avant d'accepter un mandat qui l'obligera à agir contre ce client, même s'il juge que la situation échappe à la portée de la règle de la démarcation très nette. Le client actuel peut à tout le moins estimer que sa relation avec son avocat s'est dégradée et vouloir retenir les services d'un autre avocat.

[47] J'ajouterai ceci. Il faut concilier le devoir de franchise de l'avocat envers son client actuel avec l'obligation de confidentialité de l'avocat envers un client éventuel. Afin de divulguer à son client actuel tous les renseignements utiles, l'avocat doit d'abord obtenir du client éventuel qu'il consente à la divulgation de l'existence, de la nature et de la portée du nouveau mandat. Si le client éventuel refuse de consentir à la divulgation de ces renseignements, l'avocat ne sera pas en mesure de remplir son devoir de franchise, et il doit donc refuser de représenter le client éventuel.

C. *Application of the Principles*

[48] All three of the duties that flow from the lawyer's duty of loyalty are engaged in this case: the duty to avoid conflicting interests; the duty of commitment to the client's cause; and the duty of candour to the client. I will deal with each in turn.

1. The Duty to Avoid Conflicting Interests

[49] The question here is whether McKercher's concurrent representation of CN and Wallace fell within the scope of the bright line rule. I conclude that it did.

[50] The bright line rule prevents the concurrent representation of clients whose immediate legal interests are directly adverse, subject to the limitations discussed in these reasons. The fact that the Wallace and CN retainers were legally and factually unrelated does not prevent the application of the bright line rule.

[51] Here, the bright line rule is applicable. The immediate interests of CN and Wallace were directly adverse, and those interests were legal in nature. Indeed, McKercher helped Wallace bring a class action directly against CN. In addition, there is no evidence on the record that CN is seeking to use the bright line rule tactically. Nothing suggests that CN has been purposefully spreading out its legal work across Saskatchewan law firms in an attempt to prevent Wallace or other litigants from retaining effective legal counsel. The motion judge accepted the testimony of CN's general counsel and concluded that CN was acting "on a principled basis, and not merely for tactical reasons": para. 62. I find no palpable and overriding error in this conclusion.

[52] Finally, it was reasonable in these circumstances for CN to expect that McKercher would

C. *L'application des principes*

[48] Les trois devoirs qui découlent du devoir de loyauté de l'avocat sont en jeu en l'espèce : le devoir d'éviter les conflits d'intérêts, le devoir de dévouement à la cause du client et le devoir de franchise envers le client. Je les examinerai l'un après l'autre.

1. Le devoir d'éviter les conflits d'intérêts

[49] La question est de savoir si la règle de la démarcation très nette s'appliquait à la représentation simultanée du CN et de M. Wallace par McKercher. Je conclus qu'elle s'y appliquait.

[50] La règle de la démarcation très nette empêche l'avocat de représenter simultanément des clients dont les intérêts juridiques immédiats s'opposent directement, sous réserve des limites examinées dans les présents motifs. L'absence de lien juridique et factuel entre les mandats de M. Wallace et du CN n'empêchait pas l'application de la règle de la démarcation très nette.

[51] En l'espèce, la règle de la démarcation très nette est applicable. Les intérêts immédiats du CN et de M. Wallace s'opposaient directement et étaient de nature juridique. En effet, McKercher a aidé M. Wallace à intenter un recours collectif directement contre le CN. En outre, aucun élément de preuve au dossier ne démontre que le CN cherche à utiliser la règle de la démarcation très nette pour des raisons tactiques. Rien ne porte à croire que le CN répartit à dessein ses dossiers juridiques entre les cabinets d'avocats de la Saskatchewan afin d'empêcher M. Wallace ou d'autres personnes de retenir les services d'un bon avocat. Le juge de première instance a accepté le témoignage de l'avocat général du CN et a conclu que le CN avait agi [TRADUCTION] « sur le fondement de principes, et non uniquement pour des raisons tactiques » : par. 62. À mon avis, cette conclusion n'est entachée d'aucune erreur manifeste et dominante.

[52] Enfin, il était raisonnable dans les circonstances que le CN s'attende à ce que McKercher

not act for Wallace. I agree with the motion judge's findings on this point:

The solicitor and client had a longstanding relationship. CN used the McKercher Firm as the "go to" firm. Although there were at least two other firms in Saskatchewan that also did CN's legal work, I accept the testimony of Mr. Chouc, that the McKercher Firm was its primary firm within this province. . . . The lawsuit commenced seeks huge damages against CN and alleges both aggravated and punitive damages, which connote a degree of moral turpitude on the part of CN. Simply put, it is hard to imagine a situation that would strike more deeply at the loyalty component of the solicitor-client relationship. [para. 56]

In other words, it was reasonable for CN to be surprised and dismayed when its primary legal counsel in the province of Saskatchewan sued it for \$1.75 billion.

[53] Consequently, the facts of this appeal fall within the scope of the bright line rule. McKercher breached the rule, and by extension its duty to avoid conflicting interests, when it accepted to represent Wallace without first obtaining CN's informed consent.

[54] However, I cannot agree that this is a situation where there also exists a risk of misuse of confidential information. CN's contention that McKercher obtained confidential information that might assist it on the Wallace matter — namely, a general understanding of CN's litigation philosophy — does not withstand scrutiny. "[M]erely . . . making a bald assertion that the past relationship has provided the solicitor with access to . . . litigation philosophy" does not suffice: *Moffat v. Wetstein* (1996), 29 O.R. (3d) 371 (Gen. Div.), at p. 401. "There is a distinction between possessing information that is relevant to the matter at issue and having an understanding of the corporate philosophy" of a previous client: *Canadian Pacific Railway v. Aikins, MacAulay & Thorvaldson* (1998), 23 C.P.C. (4th) 55 (Man. C.A.), at para. 26. The information must be capable of being used against the client in some tangible manner. In the present case, the real estate,

ne représente pas M. Wallace. Je partage les conclusions du juge de première instance à ce sujet :

[TRADUCTION] L'avocat et le client entretenaient une relation de longue date. Le CN a fait de McKercher son cabinet « de confiance ». Même si le CN confiait également des dossiers juridiques à au moins deux autres cabinets d'avocats en Saskatchewan, j'accepte le témoignage de M. Chouc selon lequel le cabinet McKercher était le principal cabinet d'avocats du CN dans cette province. [. . .] La poursuite vise l'obtention de dommages-intérêts considérables du CN et une condamnation à des dommages-intérêts majorés et punitifs, ce qui laisse entendre une certaine turpitude morale de la part du CN. En somme, il est difficile d'imaginer une situation où l'élément de loyauté de la relation avocat-client serait autant mise à mal. [par. 56]

Autrement dit, il était raisonnable que le CN soit étonné et consterné lorsque son principal avocat en Saskatchewan l'a poursuivi pour 1,75 milliard de dollars.

[53] En conséquence, la règle de la démarcation très nette s'applique aux faits de l'espèce. McKercher a enfreint cette règle et, par extension, a manqué à son devoir d'éviter les conflits d'intérêts lorsqu'il a accepté de représenter M. Wallace sans avoir obtenu d'abord le consentement éclairé du CN.

[54] Je ne peux cependant me rallier à la thèse voulant qu'il s'agisse d'une situation où existe également un risque d'utilisation à mauvais escient de renseignements confidentiels. La prétention du CN selon laquelle McKercher a obtenu des renseignements confidentiels qui pourraient lui être utiles dans l'affaire Wallace — à savoir une connaissance générale de la philosophie du CN en matière contentieuse — ne résiste pas à l'examen. Il ne suffit pas de [TRADUCTION] « simplement affirmer que la relation passée a renseigné l'avocat sur [. . .] la philosophie du client en matière contentieuse » : *Moffat c. Wetstein* (1996), 29 O.R. (3d) 371 (Div. gén.), p. 401. [TRADUCTION] « Il y a une différence entre disposer de renseignements sur l'affaire en cause et connaître la philosophie d'entreprise » d'un ancien client : *Canadian Pacific Railway c. Aikins, MacAulay & Thorvaldson* (1998), 23 C.P.C. (4th) 55 (C.A. Man.), par. 26. Il

insolvency, and personal injury files on which McKercher worked were entirely unrelated to the Wallace action, and CN has failed to show how they or other matters on which McKercher acted could have yielded *relevant* confidential information that could be used against it.

faut que les renseignements puissent être utilisés contre le client de façon concrète. En l'espèce, les dossiers relatifs à la vente d'un immeuble, à l'insolvabilité et au préjudice corporel confiés à McKercher n'avaient absolument aucun rapport avec l'action intentée par M. Wallace, et le CN n'est pas parvenu à démontrer que ces dossiers ou d'autres dossiers confiés à McKercher auraient permis la communication de renseignements confidentiels *pertinents* susceptibles d'être utilisés contre le CN.

2. The Duty of Commitment to the Client's Cause

[55] The duty of commitment to the client's cause suggests that a law firm should not summarily and unexpectedly terminate a retainer as a means of circumventing conflict of interest rules. The McKercher firm had committed itself to act loyally for CN on the personal injury, real estate and receivership matters. McKercher was bound to complete those retainers, unless the client discharged it or acted in a way that gave McKercher cause to terminate the retainers. McKercher breached its duty of commitment to CN's causes when it terminated its retainer with CN on two of these files. It is clear that a law firm cannot terminate a client relationship purely in an attempt to circumvent its duty of loyalty to that client: *De Beers Canada Inc. v. Shore Gold Inc.*, 2006 SKQB 101, 278 Sask. R. 171, at para. 17; *Toddglen Construction Ltd. v. Concord Adex Developments Corp.* (2004), 34 C.L.R. (3d) 111 (Ont. S.C.J., *per* Master Sandler).

[56] The conclusion on this point is supported by the obligation imposed on McKercher by its Law Society that it not withdraw its services from a client without good cause and appropriate notice: see the ethical rules applicable at the relevant time, Law Society of Saskatchewan *Code of Professional Conduct* (1991), chapter XII, at p. 47. The desire to accept a new, potentially lucrative client did not provide good cause to withdraw services from CN.

2. Le devoir de dévouement à la cause du client

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

[56] La conclusion sur ce point prend appui sur l'obligation imposée à McKercher par le barreau dont il relève de ne pas retirer ses services à un client sans motif valable et sans lui donner un préavis suffisant : voir les règles de déontologie applicables à l'époque en cause, Law Society of Saskatchewan, *Code of Professional Conduct* (1991), ch. XII, p. 47. Le désir d'accepter un éventuel mandat potentiellement très profitable ne constituait pas une raison valable de priver le CN de ses services.

3. The Duty of Candour

[57] The McKercher firm breached its duty of candour to CN by failing to disclose to CN its intention to accept the Wallace retainer.

[58] It bears repeating: a lawyer must not “keep the client in the dark about matters he or she knows to be relevant to the retainer”: *Strother*, at para. 55. As discussed, this rule must be broadly construed to give the client an opportunity to judge for itself whether the proposed concurrent representation risks prejudicing its interests and if so, to take appropriate action.

[59] CN should have been given the opportunity to assess McKercher’s intention to represent Wallace and to make an appropriate decision in response — whether to terminate its existing retainers, continue those retainers, or take other action. Instead, CN only learned that it was being sued by its own lawyer when it received a statement of claim. This is precisely the type of situation that the duty of candour is meant to prevent.

D. *The Appropriate Remedy*

[60] I have concluded that accepting the Wallace retainer placed McKercher in a conflict of interest, and that McKercher breached its duties of commitment and candour to CN. The question is whether McKercher should be disqualified from representing the Wallace plaintiffs because its acceptance of the Wallace retainer breached the duty of loyalty it owed CN.

[61] As discussed, the courts in the exercise of their supervisory jurisdiction over the administration of justice in the courts have inherent jurisdiction to remove law firms from pending litigation. Disqualification may be required: (1) to avoid the risk of improper use of confidential information; (2) to avoid the risk of impaired representation; and/or (3) to maintain the repute of the administration of justice.

3. Le devoir de franchise

[57] Le cabinet McKercher a manqué à son devoir de franchise envers le CN en n’informant pas le CN de son intention d’accepter le mandat de M. Wallace.

[58] Il convient de le répéter : un avocat ne doit pas « maintenir son client dans l’ignorance au sujet de questions qu’il sait pertinentes quant au mandat » : *Strother*, par. 55. Comme nous l’avons vu, il faut interpréter largement cette règle pour donner au client l’occasion de juger lui-même si la représentation simultanée proposée risque d’être préjudiciable à ses intérêts et de prendre les mesures qui s’imposent le cas échéant.

[59] Le CN aurait dû se voir offrir la possibilité de jauger l’intention de McKercher de représenter M. Wallace et de prendre une décision opportune en conséquence — résilier ses mandats en cours, les maintenir ou prendre une autre mesure. Au lieu de cela, le CN n’a appris qu’à la réception d’une déclaration qu’il était poursuivi par son propre avocat. C’est justement les situations de ce genre que le devoir de franchise vise à éviter.

D. *La réparation à accorder*

[60] J’ai conclu que McKercher s’était placé en situation de conflit d’intérêts en acceptant le mandat de M. Wallace et qu’il avait manqué à ses devoirs de dévouement et de franchise envers le CN. La question est de savoir si McKercher devrait être déclaré inhabile à représenter les demandeurs membres du groupe de M. Wallace parce qu’en acceptant le mandat de M. Wallace, McKercher a manqué à son obligation de loyauté envers le CN.

[61] Comme nous l’avons vu, les tribunaux, dans l’exercice de leur pouvoir de surveillance à l’égard de l’administration de la justice, ont compétence inhérente pour interdire à un cabinet d’avocats d’occuper dans un litige en instance. 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.

[62] Where there is a need to prevent misuse of confidential information, as set out in *Martin*, disqualification is generally the only appropriate remedy, subject to the use of mechanisms that alleviate this risk as permitted by law society rules. Similarly, where the concern is risk of impaired representation as set out in these reasons, disqualification will normally be required if the law firm continues to concurrently act for both clients.

[63] The third purpose that may be served by disqualification is to protect the integrity and repute of the administration of justice. Disqualification may be required to send a message that the disloyal conduct involved in the law firm's breach is not condoned by the courts, thereby protecting public confidence in lawyers and deterring other law firms from similar practices.

[64] In assessing whether disqualification is required on this ground alone, all relevant circumstances should be considered. On the one hand, acting for a client in breach of the bright line rule is always a serious matter that on its face supports disqualification. The termination of the client retainers — whether through lawyer withdrawal or through a client firing his lawyer after learning of a breach — does not necessarily suffice to remove all concerns that the lawyer's conduct has harmed the repute of the administration of justice.

[65] On the other hand, it must be acknowledged that in circumstances where the lawyer-client relationship has been terminated and there is no risk of misuse of confidential information, there is generally no longer a concern of ongoing prejudice to the complaining party. In light of this reality, courts faced with a motion for disqualification on this third ground should consider certain factors that may point the other way. Such factors may include: (i) behaviour discrediting the complaining party from

[62] S'il est nécessaire d'empêcher l'utilisation à mauvais escient de renseignements confidentiels en vertu du test élaboré dans l'arrêt *Martin*, la déclaration d'inhabilité à occuper est généralement la seule réparation appropriée, si l'on ne peut recourir à des mécanismes prévus par les règles du barreau pour écarter ce risque. De même, si l'on appréhende un risque de représentation déficiente au sens du test élaboré dans les présents motifs, la déclaration d'inhabilité s'imposera normalement si le cabinet d'avocats continue d'occuper simultanément pour les deux clients.

[63] Troisièmement, la déclaration d'inhabilité peut servir à protéger l'intégrité et la considération dont jouit l'administration de la justice. La déclaration d'inhabilité peut s'avérer nécessaire pour indiquer clairement que les tribunaux n'acceptent pas la conduite déloyale que constitue le manquement du cabinet d'avocats; elle protégerait ainsi la confiance du public envers les avocats et dissuaderait les autres cabinets d'agir de même.

[64] Au moment de déterminer si la déclaration d'inhabilité s'impose pour cette raison, il faut tenir compte de toutes les circonstances pertinentes. D'une part, le fait pour un avocat d'occuper pour un client en violation de la règle de la démarcation très nette s'avère toujours une circonstance grave qui justifie de prime abord une déclaration d'inhabilité. La résiliation des mandats du client — du fait de l'avocat qui cesse d'occuper ou du client qui répudie son avocat en apprenant l'existence d'un manquement — ne suffit pas nécessairement pour apaiser toutes les craintes que la conduite de l'avocat ait porté atteinte à la considération dont jouit l'administration de la justice.

[65] D'autre part, il faut reconnaître que dans les cas où l'on a mis fin à la relation avocat-client et où il n'y a pas de risque d'utilisation à mauvais escient de renseignements confidentiels, il n'y a généralement plus lieu de craindre que le plaignant subisse un préjudice. Compte tenu de ce fait, les tribunaux saisis d'une demande de déclaration d'inhabilité uniquement pour cette troisième raison doivent tenir compte de certains facteurs qui peuvent militer contre la déclaration d'inhabilité.

seeking the removal of counsel, such as delay in bringing the motion for disqualification; (ii) significant prejudice to the new client's interest in retaining its counsel of choice, and that party's ability to retain new counsel; and (iii) the fact that the law firm accepted the conflicting retainer in good faith, reasonably believing that the concurrent representation fell beyond the scope of the bright line rule and applicable law society restrictions.

[66] Against this background, I return to this appeal. The motion judge concluded that the appropriate remedy was to disqualify McKercher from the Wallace action. He based this conclusion on a variety of factors — in particular, he focused on what he perceived to be CN's justified sense of betrayal, the impairment of McKercher's ability to continue to represent CN on the ongoing retainers, and the risk of misuse of confidential information. Some of these considerations were not relevant. Here, disqualification is not required to prevent the misuse of confidential information. Nor is it required to avoid the risk of impaired representation. Indeed, the termination of the CN retainers that McKercher was working on ended the representation. The only question, therefore, is whether disqualification is required to maintain public confidence in the justice system.

[67] As discussed, a violation of the bright line rule on its face supports disqualification, even where the lawyer-client relationship has been terminated as a result of the breach. However, it is also necessary to weigh the factors identified above, which may suggest that disqualification is inappropriate in the circumstances. The motion judge did not have the benefit of these reasons, and obviously could not consider all of the factors just discussed that are relevant to the issue of disqualification.

Ces facteurs peuvent inclure (i) un comportement qui prive le plaignant de la possibilité de demander que l'avocat cesse d'occuper, par exemple, s'il tarde à présenter la demande de déclaration d'incapacité; (ii) une atteinte grave au droit du client éventuel de retenir les services de l'avocat de son choix, et la capacité de ce client de trouver un autre avocat; et (iii) le fait que le cabinet d'avocats a accepté en toute bonne foi le mandat à l'origine du conflit d'intérêts, en croyant raisonnablement que la représentation simultanée échappait à la portée de la règle de la démarcation très nette et des restrictions du barreau applicables.

[66] Dans ce contexte, je reviens à l'espèce qui nous occupe. Le juge de première instance a conclu que la réparation appropriée consistait à déclarer McKercher inhabile à occuper dans l'instance introduite par M. Wallace. Il a fondé sa conclusion sur divers facteurs — insistant en particulier sur ce qui lui a semblé être un sentiment de trahison justifié qu'éprouvait le CN, le fait que le mandat de poursuivre le CN nuisait à la capacité de McKercher de continuer à représenter le CN dans les mandats que ce dernier lui avait confiés, et le risque d'utilisation à mauvais escient de renseignements confidentiels. Certaines de ces considérations n'étaient pas pertinentes. En l'espèce, la déclaration d'incapacité n'est pas requise pour prévenir l'utilisation à mauvais escient de renseignements confidentiels. Elle n'est pas requise non plus pour éviter le risque de représentation déficiente. En effet, la résiliation des mandats du CN confiés à McKercher a mis fin à la représentation. La seule question est donc de savoir si la déclaration d'incapacité est requise en l'espèce pour préserver la confiance du public dans l'administration de la justice.

[67] Nous avons vu qu'une violation de la règle de la démarcation très nette justifie de prime abord une déclaration d'incapacité, même lorsque la relation entre l'avocat et le client a pris fin en raison de cette violation. Toutefois, il est également nécessaire de prendre en compte les facteurs identifiés précédemment, qui peuvent laisser croire que la déclaration d'incapacité n'est pas appropriée dans les circonstances. Le juge de première instance n'a pas pu bénéficier des présents motifs et ne pouvait

These reasons recast the legal framework for judging McKercher's conduct and determining the appropriate remedy. Fairness suggests that the issue of remedy should be remitted to the court for consideration in accordance with them.

IV. Conclusion

[68] I would allow the appeal and remit the matter to the Queen's Bench to be decided in accordance with these reasons. I would award costs to the appellant, CN.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: MacPherson Leslie & Tyerman, Saskatoon.

Solicitors for the respondents: Heenan Blaikie, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Hunter Litigation Chambers, Vancouver; Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

évidemment prendre en compte tous les facteurs que je viens d'examiner et qui sont pertinents à l'égard de la question de la déclaration d'incapacité. Les présents motifs remanient le cadre juridique permettant de juger la conduite de McKercher et de déterminer la réparation qui s'impose. Il faudrait en toute justice que la question de la réparation soit renvoyée à la cour pour qu'elle l'examine conformément à ces motifs.

IV. Conclusion

[68] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire à la Cour du Banc de la Reine pour qu'elle la tranche conformément aux présents motifs. J'accorderais les dépens à l'appelante CN.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : MacPherson Leslie & Tyerman, Saskatoon.

Procureurs des intimés : Heenan Blaikie, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Hunter Litigation Chambers, Vancouver; Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

