

**William Steward Arnold Martin** *Appellant*

v.

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

INDEXED AS: MACDONALD ESTATE V. MARTIN

File No.: 21469.

1990: May 4; 1990: May 10\*.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

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

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

*Held:* The appeal should be allowed.

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

**William Steward Arnold Martin** *Appellant*

c.

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

RÉPERTORIÉ: SUCCESSION MACDONALD C. MARTIN

N° du greffe: 21469.

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

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

c

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

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

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

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

\* Reasons delivered December 20, 1990.

\*\* Chief Justice at the time of hearing.

\* Motifs rendus le 20 décembre 1990.

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

traditional English test, is not sufficiently high to satisfy the public requirement that there be an appearance of justice. The use of confidential information is a matter usually not susceptible of proof, and the test must therefore be such that the public represented by the reasonably informed person would be satisfied that no use of confidential information would occur. Two questions must be answered: (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 the client? In answering the first question American courts have adopted the "substantial relationship" test: once it is established that there is a "substantial relationship" between the matter out of which the confidential information is said to arise and the matter at hand, there is an irrebuttable presumption that confidential information was imparted to the lawyer. This test is too rigid, however. Rather, once it is shown by the client that there existed a previous relationship which is sufficiently related to the retainer from which it is sought to remove the solicitor, the court should infer that confidential information was imparted unless the solicitor satisfies the court that no information was imparted which could be relevant. The degree of satisfaction must withstand the scrutiny of the reasonably informed member of the public. This will be a difficult burden to discharge.

In answering the second question, whether the confidential information will be misused, a lawyer who has relevant confidential information is automatically disqualified from acting against a client or former client. With respect to the partners or associates in the firm, the concept of imputed knowledge is unrealistic in the era of the mega-firm. The court should therefore draw the inference that lawyers who work together share confidences, unless satisfied on the basis of clear and convincing evidence, that all reasonable measures have been taken to ensure that no disclosure will occur by the "tainted" lawyer to the member or members of the firm who are engaged against the former client. Such reasonable measures would include institutional mechanisms such as Chinese Walls and cones of silence. Until the governing bodies of the legal profession have approved of these and adopted rules with respect to their operation, it is unlikely that a court would accept them as evidence of effective screening. Undertakings and conclusory statements in affidavits are not sufficient, since affidavits of lawyers are difficult to verify objectively and the public is not likely to be satisfied without some

«probabilité de préjudice», qui est le critère anglais traditionnel, n'est pas une norme assez exigeante pour assurer à la justice ce caractère apparent que le public exige d'elle. L'utilisation de renseignements confidentiels est habituellement impossible à prouver et le critère retenu doit donc tendre à convaincre le public, c'est-à-dire une personne raisonnablement informée, qu'il ne sera fait aucun usage de renseignements confidentiels. Il faut répondre à deux questions: 1) L'avocat a-t-il appris, grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client, des faits confidentiels relatifs à l'objet du litige? 2) Y a-t-il un risque que ces renseignements soient utilisés au détriment du client? Les tribunaux américains ont répondu à la première question en appliquant le critère du «lien important»: dès qu'il est établi qu'il y a un «lien important» entre la question qui serait à l'origine du renseignement confidentiel et la question en litige, il existe une présomption irréfragable selon laquelle l'avocat a appris des faits confidentiels. Ce critère est cependant trop rigide. Il convient plutôt de dire que, dès que le client a prouvé l'existence d'un lien antérieur dont la connexité avec le mandat dont on veut priver l'avocat est suffisante, un tribunal doit en inférer que des renseignements confidentiels ont été transmis, sauf si l'avocat convainc le tribunal qu'aucun renseignement pertinent n'a été communiqué. La conviction doit être telle qu'un membre du public raisonnablement informé en serait également persuadé. Il sera difficile de s'acquitter du fardeau de la preuve.

Pour répondre à la deuxième question, savoir le mauvais usage qui pourrait être fait des renseignements confidentiels, un avocat qui a appris des faits confidentiels pertinents ne peut pas agir contre un client ou un ancien client. En ce qui concerne les associés d'un cabinet, le concept de connaissance présumée est irréaliste à l'ère des mégacabinets. Un tribunal doit donc tirer la conclusion que les avocats qui travaillent ensemble échangent des renseignements confidentiels, sauf s'il est persuadé, par des preuves claires et convaincantes, que toutes les mesures raisonnables ont été prises pour veiller à ce que l'avocat en cause ne divulgue rien aux membres du cabinet qui agissent contre son ancien client. Parmi ces mesures raisonnables, on pourrait compter des mécanismes institutionnels comme les murailles de Chine et les cônes de silence. Jusqu'à ce que les organes directeurs de la profession les aient approuvés et aient adopté les règles régissant leur fonctionnement, il est improbable qu'un tribunal les accepte comme preuve suffisante d'une protection efficace. Les engagements et affirmations catégoriques contenus dans des affidavits ne sont pas suffisants parce que les affidavits des avocats sont difficiles à vérifier objectivement et qu'il est peu probable que le public soit convaincu s'il n'a

additional guarantees that confidential information will under no circumstances be used.

In this case the lawyer actively worked on the very case in respect of which her new firm is acting against her former client, and she is therefore in possession of relevant confidential information. With respect to misuse of the information, there is nothing in the affidavits filed to indicate that any independently verifiable steps were taken by the firm to implement any kind of screening, and the firm may therefore not continue to act.

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

Neither the merger of law firms nor the mobility of lawyers can be permitted to affect adversely the public's confidence in the judicial system. At this time, when the work of the courts is having a very significant impact upon the lives and affairs of all Canadians, it is fundamentally important that justice not only be done, but appear to be done in the eyes of the public. While the necessity of selecting new counsel will certainly be inconvenient and worrisome to clients, and reasonable mobility may well be important to lawyers, the integrity of the judicial system is of such fundamental importance that it must be the predominant consideration. Our judicial system cannot function properly if doubt or suspicion exists in the mind of the public that the confidential information disclosed by a client to a lawyer might be revealed. No matter what form of restrictions were sought to be imposed on individual lawyers and law firms involved, the public would, quite properly, remain skeptical of their efficacy since lawyers in the same firm meet frequently and have numerous opportunities for the private exchange of confidential information.

#### Cases Cited

By Sopinka J.

**Not followed:** *Rakusen v. Ellis, Munday & Clarke*, [1912] 1 Ch. 831; **referred to:** *Morton v. Asper* (1987), 49 Man. R. (2d) 167, aff'd (1987), 51 Man. R. (2d) 207; *Law Society of Manitoba v. Giesbrecht* (1983), 24

d'autres garanties que les renseignements confidentiels ne seront jamais utilisés.

En l'espèce, l'avocate a travaillé activement au dossier à l'égard duquel le nouveau cabinet qui l'emploie agit contre son ancien client et elle a donc appris des faits confidentiels pertinents. Quant au mauvais usage des renseignements, les affidavits n'indiquent nullement que le cabinet ait pris des mesures vérifiables de façon indépendante pour mettre en œuvre quelque mécanisme de protection que ce soit et le cabinet ne peut donc continuer d'agir.

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

On ne saurait permettre que la fusion des cabinets d'avocats, ou la mobilité au sein de la profession, viennent entamer la confiance du public dans le système judiciaire. À l'époque actuelle, le travail des tribunaux a des répercussions très importantes sur la vie et les activités de tous les Canadiens. Il est donc fondamentalement important qu'aux yeux du public, la justice soit non seulement rendue, mais qu'il soit évident qu'elle est rendue. Bien que la nécessité de choisir un autre avocat cause certainement des inconvénients et des soucis au client et que la mobilité professionnelle puisse être jugée importante par les avocats, l'intégrité du système judiciaire revêt une importance tellement fondamentale qu'elle doit être tenue pour le facteur décisif. Notre système judiciaire ne peut pas fonctionner normalement si le public se demande si les renseignements confidentiels communiqués par un client à un avocat seront divulgués ou s'il soupçonne qu'ils pourraient l'être. Peu importe les limites que l'on aurait cherché à imposer aux avocats et aux cabinets en cause, le public, à juste titre, resterait sceptique à leur endroit, puisque les avocats au sein d'un cabinet se rencontrent souvent et ont fréquemment la possibilité d'échanger des renseignements confidentiels.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

**Arrêt non suivi:** *Rakusen v. Ellis, Munday & Clarke*, [1912] 1 Ch. 831; **arrêts mentionnés:** *Morton v. Asper* (1987), 49 Man. R. (2d) 167, conf. (1987), 51 Man. R. (2d) 207; *Law Society of Manitoba v. Giesbrecht*

Man. R. (2d) 228; *Re a Solicitor*, unreported, Chancery Division, March 31, 1987, summarized at 131 Sol. J. 1063; *T.C. Theatre Corp. v. Warner Bros. Pictures, Inc.*, 113 F. Supp. 265 (1953); *Emle Industries, Inc. v. Patentex, Inc.*, 478 F.2d 562 (1973); *E. F. Hutton & Co. Inc. v. Brown*, 305 F. Supp. 371 (1969); *Nemours Foundation v. Gilbane, Aetna, Federal Ins. Co.*, 632 F. Supp. 418 (1986); *U.S.A. for the Use and Benefit of Lord Electric Co. v. Titan Pacific Construction Corp.*, 637 F. Supp. 1556 (1986); *In re Asbestos Cases*, 514 F. Supp. 914 (1981); *Analytica, Inc. v. NPD Research, Inc.*, 708 F.2d 1263 (1983); *Novo Terapeutisk Laboratorium A/S v. Baxter Travenol Laboratories, Inc.*, 607 F.2d 186 (1955); *Akerly v. Red Barn System, Inc.*, 551 F.2d 539 (1977); *Gas-A-Tron of Arizona v. Union Oil Co. of California*, 534 F.2d 1322, certiorari denied, 429 U.S. 861 (1976); *Silver Chrysler Plymouth, Inc. v. Chrysler Motors Corp.*, 518 F.2d 751 (1975); *Laskey Bros. of W. Va., Inc. v. Warner Bros. Pictures*, 224 F.2d 824 (1955), certiorari denied, 350 U.S. 932 (1956); *City of Cleveland v. Cleveland Electric Illuminating Co.*, 440 F. Supp. 193 (1977), aff'd mem., 573 F.2d 1310, certiorari denied, 435 U.S. 996 (1977); *Fleischer v. A.A.P., Inc.*, 163 F. Supp. 548 (1958); *D & J Constructions Pty. Ltd. v. Head* (1987), 9 N.S.W.L.R. 118; *National Mutual Holdings Pty. Ltd. v. Sentry Corp.* (1989), 87 A.L.R. 539; *In the Marriage of Thevanaz* (1986), 11 Fam. L.R. 95; *Re the Marriage of R.P. and A.A. Gagliano* (1989), 12 Fam. L.R. 843; *Steed & Evans Ltd. v. MacTavish* (1976), 12 O.R. (2d) 236; *Canada Southern Railway Co. v. Kingsmill, Jennings* (1978), 8 C.P.C. 117; *Falls v. Falls* (1979), 12 C.P.C. 270; *Goldberg v. Goldberg* (1982), 141 D.L.R. (3d) 133; *Lukic v. Urquhart* (1984), 11 D.L.R. (4th) 638, aff'd in part (1985), 15 D.L.R. (4th) 639; *O'Dea v. O'Dea* (1987), 68 Nfld. & P.E.I.R. 67; *Fisher v. Fisher* (1986), 76 N.S.R. (2d) 326; *Thomson v. Smith Mechanical Inc.*, [1985] C.S. 782; *Canada v. Consortium Designers Inc.* (1988), 72 Nfld. & P.E.I.R. 255, aff'd (1989), 80 Nfld. & P.E.I.R. 12; *Farmers Mutual Petroleum Ltd. v. United States Smelting, Refining & Mining Co.* (1961), 28 D.L.R. (2d) 618; *R. v. Burkinshaw* (1967), 60 D.L.R. (2d) 748; *Devco Properties Ltd. v. Sunderland*, [1977] 2 W.W.R. 664; *Mercator Enterprises Ltd. v. Mainland Investments Ltd.* (1978), 29 N.S.R. (2d) 703; *Christo v. Bevan* (1982), 36 O.R. (2d) 797; *Schmeichel v. Saskatchewan Mining Development Corp.*, [1983] 5 W.W.R. 151; *International Electronics Corp. v. Woodside Developments Ltd.*, unreported, British Columbia Supreme Court, June 26, 1985; *Davey v. Woolley, Hames, Dale & Dingwall* (1982), 35 O.R. (2d) 599; *United States Surgical Corp. v. Downs Surgical Canada Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 157.

(1983), 24 Man. R. (2d) 228; *Re a Solicitor*, inédit, Chancery Division, 31 mars 1987, résumé à 131 Sol. J. 1063; *T.C. Theatre Corp. v. Warner Bros. Pictures, Inc.*, 113 F. Supp. 265 (1953); *Emle Industries, Inc. v. Patentex, Inc.*, 478 F.2d 562 (1973); *E. F. Hutton & Co. Inc. v. Brown*, 305 F. Supp. 371 (1969); *Nemours Foundation v. Gilbane, Aetna, Federal Ins. Co.*, 632 F. Supp. 418 (1986); *U.S.A. for the Use and Benefit of Lord Electric Co. v. Titan Pacific Construction Corp.*, 637 F. Supp. 1556 (1986); *In re Asbestos Cases*, 514 F. Supp. 914 (1981); *Analytica, Inc. v. NPD Research, Inc.*, 708 F.2d 1263 (1983); *Novo Terapeutisk Laboratorium A/S v. Baxter Travenol Laboratories, Inc.*, 607 F.2d 186 (1955); *Akerly v. Red Barn System, Inc.*, 551 F.2d 539 (1977); *Gas-A-Tron of Arizona v. Union Oil Co. of California*, 534 F.2d 1322, certiorari refusé, 429 U.S. 861 (1976); *Silver Chrysler Plymouth, Inc. v. Chrysler Motors Corp.*, 518 F.2d 751 (1975); *Laskey Bros. of W. Va., Inc. v. Warner Bros. Pictures*, 224 F.2d 824 (1955), certiorari refusé, 350 U.S. 932 (1956); *City of Cleveland v. Cleveland Electric Illuminating Co.*, 440 F. Supp. 193 (1977), conf. mem., 573 F.2d 1310, certiorari refusé, 435 U.S. 996 (1977); *Fleischer v. A.A.P., Inc.*, 163 F. Supp. 548 (1958); *D & J Constructions Pty. Ltd. v. Head* (1987), 9 N.S.W.L.R. 118; *National Mutual Holdings Pty. Ltd. v. Sentry Corp.* (1989), 87 A.L.R. 539; *In the Marriage of Thevanaz* (1986), 11 Fam. L.R. 95; *Re the Marriage of R.P. and A.A. Gagliano* (1989), 12 Fam. L.R. 843; *Steed & Evans Ltd. v. MacTavish* (1976), 12 O.R. (2d) 236; *Canada Southern Railway Co. v. Kingsmill, Jennings* (1978), 8 C.P.C. 117; *Falls v. Falls* (1979), 12 C.P.C. 270; *Goldberg v. Goldberg* (1982), 141 D.L.R. (3d) 133; *Lukic v. Urquhart* (1984), 11 D.L.R. (4th) 638, conf. en partie (1985), 15 D.L.R. (4th) 639; *O'Dea v. O'Dea* (1987), 68 Nfld. & P.E.I.R. 67; *Fisher v. Fisher* (1986), 76 N.S.R. (2d) 326; *Thomson c. Smith Mechanical Inc.*, [1985] C.S. 782; *Canada v. Consortium Designers Inc.* (1988), 72 Nfld. & P.E.I.R. 255, conf. (1989), 80 Nfld. & P.E.I.R. 12; *Farmers Mutual Petroleum Ltd. v. United States Smelting, Refining & Mining Co.* (1961), 28 D.L.R. (2d) 618; *R. v. Burkinshaw* (1967), 60 D.L.R. (2d) 748; *Devco Properties Ltd. v. Sunderland*, [1977] 2 W.W.R. 664; *Mercator Enterprises Ltd. v. Mainland Investments Ltd.* (1978), 29 N.S.R. (2d) 703; *Christo v. Bevan* (1982), 36 O.R. (2d) 797; *Schmeichel v. Saskatchewan Mining Development Corp.*, [1983] 5 W.W.R. 151; *International Electronics Corp. v. Woodside Developments Ltd.*, inédit, Cour suprême de la Colombie-Britannique, 26 juin 1985; *Davey v. Woolley, Hames, Dale & Dingwall* (1982), 35 O.R. (2d) 599; *United States Surgical Corp. v. Downs Surgical Canada Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 157.

By Cory J.

**Followed:** *Analytica, Inc. v. NPD Research, Inc.*, 708 F.2d 1263 (1983).

#### Authors Cited

Canadian Bar Association. *Code of Professional Conduct*. Adopted August 25, 1974.

Dean, Miriam R. and Christopher F. Finlayson. "Conflicts of interest: When may a lawyer act against a former client?", [1990] *N.Z.L.J.* 43.

"Developments in the Law—Conflicts of Interest in the Legal Profession" (1981), 94 *Harv. L. Rev.* 1247.

Kryworuk, Peter William. "Acting Against Former Clients—A Matter of Dollars and Common Sense" (1985), 45 *C.P.C.* 1.

Steele, Graham. "Imputing Knowledge From One Member of a Firm to Another: 'Lead Us Not Into Temptation'" (1990), 12 *Adv. Q.* 46.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1989), 57 Man. R. (2d) 161, 58 D.L.R. (4th) 67, [1989] 3 W.W.R. 653, reversing the judgment of the Court of Queen's Bench granting a declaration that a firm of lawyers was ineligible to continue to act as solicitors of record for the respondent and removing the firm as solicitors of record. Appeal allowed.

*R. A. Dewar* and *R. A. Watchman*, for the appellant.

*A. D. MacInnes, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and La Forest, Sopinka and Gonthier JJ. was delivered by

SOPINKA J.—This appeal is concerned with the standard to be applied in the legal profession in determining what constitutes a disqualifying conflict of interest. The issue arose in the context of a lawsuit in which a former junior solicitor for the appellant transferred her employment to the law firm acting for the respondent.

#### Facts

The respondent, Gray, is the plaintiff in an action for an accounting against the appellant and Rossmere Holdings. In 1983, the appellant retained the services of A. Kerr Twaddle, Q.C.,

Citée par le juge Cory

**Arrêt suivi:** *Analytica, Inc. v. NPD Research, Inc.*, 708 F.2d 1263 (1983).

#### a Doctrine citée

Association du Barreau canadien. *Code de déontologie professionnelle*. Adopté le 25 août 1974.

Dean, Miriam R. and Christopher F. Finlayson. «Conflicts of interest: When may a lawyer act against a former client?», [1990] *N.Z.L.J.* 43.

«Developments in the Law—Conflicts of Interest in the Legal Profession» (1981), 94 *Harv. L. Rev.* 1247.

Kryworuk, Peter William. «Acting Against Former Clients—A Matter of Dollars and Common Sense» (1985), 45 *C.P.C.* 1.

Steele, Graham. «Imputing Knowledge From One Member of a Firm to Another: 'Lead Us Not Into Temptation'» (1990), 12 *Adv. Q.* 46.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1989), 57 Man. R. (2d) 161, 58 D.L.R. (4th) 67, [1989] 3 W.W.R. 653, qui a infirmé un jugement de la Cour du Banc de la Reine qui avait déclaré qu'un cabinet d'avocats était inhabile à continuer d'occuper pour l'intimé et avait rayé l'inscription du cabinet au dossier. Pourvoi accueilli.

*R. A. Dewar* et *R. A. Watchman*, pour l'appellant.

*A. D. MacInnes, c.r.*, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges La Forest, Sopinka et Gonthier rendu par

LE JUGE SOPINKA—Ce pourvoi concerne la norme qui régit la conduite des avocats en matière de conflit d'intérêts. Il s'agit de déterminer dans quel cas l'avocat sera inhabile à occuper pour son client. La question s'est posée dans le contexte d'un procès au cours duquel une avocate junior représentant l'appellant a changé d'emploi et a été engagée par le cabinet d'avocats occupant pour l'intimé.

#### Les faits

L'intimé Gray était le demandeur dans une action en reddition de compte contre l'appellant et Rossmere Holdings. En 1983, l'appellant a retenu les services d'A. Kerr Twaddle, c.r., qui a exercé la

who served in the capacity of solicitor and counsel until his appointment to the bench in 1985. While acting for the appellant, Twaddle was assisted by Kristin Dangerfield, a graduate articulated student and later a junior member of his firm. She was actively engaged in the case and was privy to many confidences disclosed by the appellant to Twaddle. Dangerfield was in attendance at numerous meetings between Mr. Twaddle and the appellant Martin, assisted in the preparation of many documents, prepared and attended examinations for discovery, was present when a settlement was discussed by the parties and during discussions of a settlement with representatives of the law firm of Thompson, Dorfman, Sweatman, and participated in the taking of *de bene esse* evidence. Upon Twaddle's appointment to the bench in 1985, Dangerfield joined the firm of Scarth, Dooley. Eight out of eleven members of that firm, including Dangerfield, joined the Thompson firm in 1987. The Thompson firm represents the respondent in this action.

Both Dangerfield and senior members of Thompson, Dorfman, Sweatman have sworn affidavits that the case has not been discussed since Dangerfield joined the firm and will not be discussed.

The appellant brought an application in the Court of Queen's Bench in which he sought a declaration that the Thompson firm was ineligible to continue to act as solicitors of record for the respondent and an order removing that firm as solicitors of record. Hanssen J. allowed the application.

The respondent's appeal from the decision of the motions judge was allowed by the Court of Appeal of Manitoba, Monnin C.J.M. dissenting: (1989), 57 Man. R. (2d) 161.

### Judgments

#### *Court of Queen's Bench*

Hanssen J., the motions judge, observed that the respondent's right to retain counsel of his choice is

profession d'avocat jusqu'à sa nomination à la magistrature en 1985. Pour remplir le mandat que lui avait confié l'appellant, Twaddle s'est fait seconder par Kristin Dangerfield, stagiaire diplômée qui est devenue par la suite employée de son cabinet. Elle s'est occupée activement du dossier et a été mise dans le secret de bien des confidences faites par l'appellant à Twaddle. Dangerfield a assisté à de nombreuses réunions entre Twaddle et l'appellant Martin, a aidé à la rédaction de nombre de documents, a préparé des interrogatoires préalables et y a assisté; elle était présente quand les parties ont discuté d'un règlement amiable et quand la possibilité d'un règlement amiable a été discutée avec des représentants du cabinet Thompson, Dorfman, Sweatman. Elle a en outre apporté sa collaboration lorsque des témoignages ont été recueillis *de bene esse*. Au moment de la nomination de Twaddle à la magistrature, Dangerfield est entrée dans le cabinet Scarth, Dooley. Huit des onze avocats qui formaient ce cabinet, dont Dangerfield, se sont joints au cabinet Thompson en 1987. Ce cabinet occupe pour l'intimé dans la présente action.

Dangerfield et les associés principaux de Thompson, Dorfman, Sweatman ont déclaré sous serment que le dossier n'avait pas fait l'objet de discussions depuis que Dangerfield est entrée dans le cabinet et qu'il n'en ferait pas l'objet non plus.

L'appellant a demandé à la Cour du Banc de la Reine de déclarer le cabinet Thompson inhabile à continuer d'occuper pour l'intimé et d'ordonner que son inscription au dossier soit rayée. Le juge Hanssen a fait droit à la demande.

La Cour d'appel du Manitoba a fait droit à l'appel interjeté par l'intimé de la décision du juge qui avait entendu la requête. Le juge en chef Monnin a exprimé sa dissidence: (1989), 57 Man. R. (2d) 161.

### Jugements

#### *Cour du Banc de la Reine*

Le juge Hanssen, qui a statué sur la requête, a fait observer que le droit de l'intimé de retenir les

not an absolute right but, rather, it is subject to reasonable limits. In his view, the court has a duty not only to the parties to the litigation but also to the public "to ensure that lawyers observe the highest standards of professional conduct with respect to cases before the court". Where those high standards are not observed, the Court has jurisdiction to intervene and remove a lawyer from the record. In granting the order requested, the motions judge applied the principles enunciated by *Jewers J. in Morton v. Asper* (1987), 49 Man. R. (2d) 167 (Q.B.), *aff'd* (1987), 51 Man. R. (2d) 207 (C.A.).

Hanssen J. stated that, while he was satisfied that Dangerfield had not passed on confidential information to other members of the Thompson firm and that the likelihood of her so doing, either intentionally or unintentionally, was remote, the appearance of conflict or possible impropriety had to be avoided. In his opinion, there was an obvious conflict of interest and the continued participation of the Thompson firm as solicitors of record "would constitute a threat to the integrity of the trial and create the appearance of impropriety".

#### *Court of Appeal*

##### Monnin C.J.M. (dissenting)

The Chief Justice agreed with the conclusion of the trial judge that there was, in the circumstances, a conflict of interest. He found no reason to distinguish between the confidences obtained by either a senior or a junior counsel as both are members of the profession and bound by the rules of secrecy. In his view, the *Morton* decision was applicable in the circumstances of the case at bar. While the test propounded in that case may be a rigid one, it is a test which is clear and easily applied.

##### Huband J.A.

Huband J.A. was of the view that there is no absolute rule to the effect that, where there is an appearance of impropriety, the solicitor involved in

services de l'avocat de son choix n'est pas absolu, mais qu'il peut être restreint dans des limites raisonnables. À son avis, le tribunal a l'obligation non seulement envers les parties en litige mais encore envers le public de [TRADUCTION] «veiller à ce que les avocats se conforment à la norme de conduite la plus stricte lorsqu'ils s'occupent de litiges soumis aux tribunaux». S'il constate que cette norme très rigoureuse n'a pas été observée, le tribunal est compétent pour intervenir et priver un avocat du droit de représenter une partie. Pour faire droit à la demande, le juge s'est appuyé sur les principes énoncés par le juge Jewers dans l'affaire *Morton v. Asper* (1987), 49 Man. R. (2d) 167 (B.R.), *conf.* (1987), 51 Man. R. (2d) 207 (C.A.).

Bien que persuadé que Dangerfield n'avait pas communiqué de renseignements confidentiels à d'autres avocats du cabinet Thompson et qu'il était peu probable qu'elle le fit, intentionnellement ou non, le juge Hanssen a dit qu'il fallait éviter tout conflit ou écart de conduite possible, même s'il n'était qu'apparent. À son avis, l'existence d'un conflit d'intérêts était évidente et le cabinet Thompson, en continuant d'occuper pour ce client, [TRADUCTION] «compromettrait l'intégrité du procès et donnerait lieu à une apparence de manquement à la déontologie».

#### *Cour d'appel*

##### Le juge en chef Monnin (dissentant)

Le Juge en chef a approuvé la conclusion du juge du procès. Il y avait selon lui conflit d'intérêts en l'occurrence. Il ne voyait aucune raison d'établir une distinction entre les faits confidentiels appris par un avocat principal et ceux appris par un avocat junior, car tous deux exercent la même profession et sont tenus au secret. D'après lui, la décision *Morton* était applicable en l'espèce. Certes, le critère retenu dans cette cause est rigide, mais il a le mérite d'être clair et facile d'application.

##### Le juge Huband

Le juge Huband a considéré qu'aucune règle absolue n'exigeait, en cas de manquement apparent à la déontologie, que l'avocat apparemment

the apparent conflict must be declared ineligible. He observed that the only absolute rule is that information given by a client to a solicitor must remain confidential. Beyond that absolute rule, however, each case must be considered on its facts: *Rakusen v. Ellis, Munday & Clarke*, [1912] 1 Ch. 831.

In arriving at his conclusion, Huband J.A. distinguished on its facts the decision in *Morton*. He stated that, while there could be cases where appearances alone might be determinative, a case such as *Morton* constitutes an exception to the general rule and does not establish a principle of law giving rise to a new rule, general or absolute. In the circumstances of the case at bar, "where there is no real danger of prejudice or impropriety, where the nature of the litigation is complex, and where a sense of confidence has developed between the client and his solicitors as a consequence of a six year relationship, this factor deserves additional consideration" (p. 171).

#### Philp J.A. (concurring with Huband J.A.)

Philp J.A. agreed with the conclusion arrived at by Huband J.A. and substantially with his reasons. He added, however, that he had been a member of the Court of Appeal which upheld the decision of *Jewers J.* in *Morton*. In his view, *Jewers J.* did not pronounce or apply a test or rule to be automatically and rigidly applied regardless of the circumstances in which impropriety or unfairness is alleged to exist. *Jewers J.* had considered the nature of the litigation, the extent to which it had progressed and the inconvenience and the expense to be suffered by the party required to retain and instruct new counsel. In his opinion, *Jewers J.* had come to the correct conclusion on the facts before him. He found, in the circumstances, that *Hanssen J.* erred in holding that "the appearance of fairness is the overriding consideration".

#### The Issue

The sole issue in this appeal is the appropriate standard to be applied in determining whether *Thompson, Dorfman, Sweatman* are disqualified

dans une situation de conflit soit déclaré inhabile. Il a fait remarquer qu'il n'existait qu'une seule règle absolue et qu'elle disposait que tout renseignement communiqué par un client à son avocat devait demeurer confidentiel. Cette règle absolue mise à part, chaque cas est un cas d'espèce: *Rakusen v. Ellis, Munday & Clarke*, [1912] 1 Ch. 831.

Pour arriver à cette conclusion, le juge Huband a estimé que l'affaire *Morton* ne présentait pas les mêmes caractéristiques que le cas présent. Il a dit que, bien que parfois les apparences puissent être en soi déterminantes, un cas comme celui de *Morton* constituait une exception à la règle générale et qu'il ne saurait donner naissance à un principe de droit susceptible de fonder une nouvelle règle, générale ou absolue. Vu les circonstances de l'affaire, [TRADUCTION] «en l'absence de danger réel de préjudice ou de manquement à la déontologie, comme le litige est complexe et qu'une relation de confiance de six années s'est établie entre le client et ses avocats, il y a lieu d'apprécier ce facteur sous un autre jour» (p. 171).

#### Le juge Philp (a souscrit à l'avis du juge Huband)

Le juge Philp a approuvé la conclusion tirée par le juge Huband et souscrit pour l'essentiel à ses motifs. Il a cependant ajouté qu'il était l'un des juges de la Cour d'appel qui avaient confirmé la décision du juge *Jewers* dans l'affaire *Morton*. À son avis, le juge *Jewers* n'avait pas énoncé ni appliqué un critère ou une règle à suivre de façon automatique et rigide, sans égard aux circonstances dans lesquelles un manquement à la déontologie ou un résultat inéquitable se seraient produits. Le juge *Jewers* avait tenu compte de la nature du litige, de l'avancement de la procédure, ainsi que des inconvénients et des frais que devrait supporter la partie obligée de retenir les services d'un autre avocat. À son avis, le juge *Jewers* avait déduit de son analyse des faits la conclusion qui s'imposait. Il en a conclu qu'en l'espèce, le juge *Hanssen* avait décidé à tort que [TRADUCTION] «l'apparence de loyauté [était] le facteur décisif».

#### La question en litige

La seule question en litige dans ce pourvoi est la norme qu'il convient d'appliquer pour décider si *Thompson, Dorfman, Sweatman* doivent être



from continuing to act in this litigation by reason of a conflict of interest.

### Legal Ethics—Policy Considerations

In resolving this issue, the Court is concerned with at least three competing values. There is first of all the concern to maintain the high standards of the legal profession and the integrity of our system of justice. Furthermore, there is the countervailing value that a litigant should not be deprived of his or her choice of counsel without good cause. Finally, there is the desirability of permitting reasonable mobility in the legal profession. The review of the cases which follows will show that different standards have been adopted from time to time to resolve the issue. This reflects the different emphasis placed at different times and by different judges on the basic values outlined above.

The legal profession has changed with the changes in society. One of the changes that is most evident in large urban centers is the virtual disappearance of the sole practitioner and the tendency to larger and larger firms. This is a product of a number of factors including a response to the demands of large corporate clients whose multifaceted activities require an all-purpose firm with sufficient numbers in every area of expertise to serve their needs. With increase in size come increasing demands for management of a law firm in accordance with the corporate model. These changes in the composition and management practices of law firms are reflected in changes to ethical practices of the profession. Some of the old practices have been swept aside as anachronistic, perhaps with justification. Advertising to inform the public in a tasteful way of the services provided by a firm and of its fee schedule is but one example.

Merger, partial merger and the movement of lawyers from one firm to another are familiar features of the modern practice of law. They bring with them the thorny problem of conflicts of inter-

déclarés inhabiles à continuer d'occuper pour leur client dans cette action pour raison de conflit d'intérêts.

### a Déontologie de la profession d'avocat—Principes généraux

Pour résoudre cette question, la Cour doit prendre en considération au moins trois valeurs en présence. Au premier rang se trouve le souci de préserver les normes exigeantes de la profession d'avocat et l'intégrité de notre système judiciaire. Vient ensuite en contrepoids, le droit du justiciable de ne pas être privé sans raison valable de son droit de retenir les services de l'avocat de son choix. Enfin, il y a la mobilité raisonnable qu'il est souhaitable de permettre au sein de la profession. L'examen que nous allons faire de la jurisprudence montrera que des critères divergents ont été retenus au fil des ans pour trancher la question. C'est dire que les juges n'ont pas toujours accordé aux valeurs précitées la même importance selon les époques.

L'évolution de la profession d'avocat a suivi celle de la société. L'un des changements les plus évidents observés dans les grandes agglomérations est la quasi-disparition de l'avocat exerçant seul et la multiplication des grands cabinets. Nombre de facteurs ont contribué à ce résultat, dont les demandes exprimées par les grandes sociétés aux multiples activités, qui font appel à des cabinets formés de spécialistes de toutes les disciplines en nombre suffisant pour répondre à leurs besoins. Plus un cabinet élargit ses cadres, plus il lui faut adopter des méthodes de gestion modelées sur celles de la grande entreprise. Ces changements dans la composition et dans les méthodes de gestion des cabinets se traduisent par de nouvelles conceptions de la déontologie de la profession. Certaines pratiques anciennes ont été jugées anachroniques, et abandonnées, peut-être à juste titre. On peut citer l'exemple de la publicité de bon goût, destinée à renseigner le public sur les services et le tarif des honoraires d'un cabinet.

La fusion, totale ou partielle, et le déplacement des avocats d'un cabinet à un autre sont des caractéristiques bien connues de l'exercice moderne de la profession. Ces opérations entraînent le problè-

est. When one of these events is planned, consideration must be given to the consequences which will flow from loss of clients through conflicts of interest. To facilitate this process some would urge a slackening of the standard with respect to what constitutes a conflict of interest. In my view, to do so at the present time would serve the interest of neither the public nor the profession. The legal profession has historically struggled to maintain the respect of the public. This has been so notwithstanding the high standards that, generally, have been maintained. When the management, size of law firms and many of the practices of the legal profession are indistinguishable from those of business, it is important that the fundamental professional standards be maintained and indeed improved. This is essential if the confidence of the public that the law is a profession is to be preserved and hopefully strengthened. Nothing is more important to the preservation of this relationship than the confidentiality of information passing between a solicitor and his or her client. The legal profession has distinguished itself from other professions by the sanctity with which these communications are treated. The law, too, perhaps unduly, has protected solicitor and client exchanges while denying the same protection to others. This tradition assumes particular importance when a client bares his or her soul in civil or criminal litigation. Clients do this in the justifiable belief that nothing they say will be used against them and to the advantage of the adversary. Loss of this confidence would deliver a serious blow to the integrity of the profession and to the public's confidence in the administration of justice.

An important statement of public policy with respect to the conduct of barrister and solicitor is contained in the professional ethics codes of the governing bodies of the profession. The legal profession is self-governing. In each province there is a governing body usually elected by the lawyers practising in the province. The governing body enacts rules of professional conduct on behalf of those it represents. These rules must be taken as expressing the collective views of the profession as to the appropriate standards to which the profession should adhere.

me épineux des conflits d'intérêts. Lorsqu'elles sont envisagées, il faut en étudier les répercussions dans l'optique de la perte de clients que causeront les conflits d'intérêts. D'aucuns, pour faciliter ces opérations, préconisent l'assouplissement de la norme régissant les conflits d'intérêts. À mon sens, un tel assouplissement ne servirait pas, à l'heure actuelle, les intérêts du public, ni ceux de la profession. Les avocats ont constamment dû lutter pour conserver le respect du public et ceci malgré le maintien, en règle générale, de normes exigeantes. À une époque où la gestion, la taille et nombre des usages des cabinets ne se différencient pas de ceux des entreprises commerciales, il importe de maintenir, voire de renforcer, les normes professionnelles fondamentales. C'est une mesure essentielle à la préservation et, espérons-le, à l'augmentation de la confiance du public dans l'intégrité de la profession d'avocat. Pour garder cette confiance, il importe, au premier chef, que les communications entre l'avocat et son client soient confidentielles. La profession d'avocat s'est distinguée des autres professions par l'inviolabilité du secret professionnel. La loi aussi, peut-être indûment, a protégé le secret professionnel des avocats mais non celui d'autres professionnels. Cette tradition revêt une importance particulière dans tous les cas où un client se confie à son avocat en vue d'un procès au civil ou au pénal. Les clients agissant ainsi en toute légitime confiance que les faits qu'ils confient ne pourront pas servir contre eux et au bénéfice de l'adversaire. La perte de cette confiance porterait gravement atteinte à l'intégrité de la profession et déconsidérerait l'administration de la justice.

Les codes de déontologie des divers barreaux du pays constituent un important énoncé de principes à l'égard des devoirs professionnels des avocats. La profession d'avocat est autonome. Dans chaque province, il existe un organe directeur, habituellement élu par les membres exerçant dans la province. Cet organe établit des règles de déontologie professionnelle au nom des membres. Ces règles sont censées représenter le point de vue des membres sur les normes qui doivent régir la profession.

While there exists no national law society, the Canadian Bar Association, a national society representing lawyers across the country, adopted a Code of Professional Conduct in 1974. The Code has been adopted by the Law Society of Manitoba and by the Law Societies of other provinces. Chapter V, entitled "Impartiality and Conflict of Interest", commences with the following rule:

The lawyer must not advise or represent both sides of a dispute and, save after adequate disclosure to and with the consent of the client or prospective client concerned, he should not act or continue to act in a matter when there is or there is likely to be a conflicting interest. A conflicting interest is one which would be likely to affect adversely the judgment of the lawyer on behalf of or his loyalty to a client or prospective client or which the lawyer might be prompted to prefer to the interests of a client or prospective client.

The rule is followed by thirteen commentaries. The most relevant of these are Commentaries 11 and 12, which state:

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

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

A code of professional conduct is designed to serve as a guide to lawyers and typically it is enforced in disciplinary proceedings. See, for example, *Law Society of Manitoba v. Giesbrecht* (1983), 24 Man. R. (2d) 228 (C.A.). The courts, which have inherent jurisdiction to remove from the record solicitors who have a conflict of interest, are not bound to apply a code of ethics. Their jurisdiction stems from the fact that lawyers are officers of the court and their conduct in legal proceedings which may affect the administration of justice is subject to this supervisory jurisdiction.

Certes, il n'existe pas de barreau national, mais l'Association du Barreau canadien, qui représente des avocats de toutes les régions du pays, a adopté un Code de déontologie professionnelle en 1974. Ce code a été adopté par le Barreau du Manitoba et par les barreaux d'autres provinces. Le chapitre V, intitulé «L'impartialité et les conflits d'intérêts», commence par la règle suivante:

L'avocat ne doit pas conseiller ou représenter deux parties opposées et, à moins qu'il n'en ait dûment averti son client, actuel ou éventuel, et obtenu son consentement, il doit refuser toute affaire susceptible de le mettre en conflit d'intérêts. Il y a conflit d'intérêts lorsque les intérêts en présence sont tels que l'avocat pourrait être porté à préférer certains d'entre eux à ceux d'un client actuel ou éventuel ou qu'il serait à craindre que son jugement et sa loyauté envers celui-ci puissent en être défavorablement affectés.

La règle est suivie de treize commentaires, dont les plus pertinents sont les n<sup>os</sup> 11 et 12:

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

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

Un code de déontologie contient des lignes directrices dont la transgression est, en règle générale, sanctionnée par des mesures disciplinaires. Voir, par exemple, *Law Society of Manitoba v. Giesbrecht* (1983), 24 Man. R. (2d) 228 (C.A.). Les tribunaux, qui ont le pouvoir inhérent de priver un avocat du droit d'occuper pour une partie en cas de conflit d'intérêts, ne sont pas tenus d'appliquer un code de déontologie. Leur compétence repose sur le fait que les avocats sont des auxiliaires de la justice et que le comportement de ceux-ci à l'occasion de procédures judiciaires, dans la mesure où il

Nonetheless, an expression of a professional standard in a code of ethics relating to a matter before the court should be considered an important statement of public policy. The statement in Chapter V should therefore be accepted as the expression by the profession in Canada that it wishes to impose a very high standard on a lawyer who finds himself or herself in a position where confidential information may be used against a former client. The statement reflects the principle that has been accepted by the profession that even an appearance of impropriety should be avoided.

### The Law

The law in Canada and in other jurisdictions has adopted one of two basic approaches in determining whether a disqualifying conflict of interest exists: (1) the probability of real mischief, or (2) the possibility of real mischief. The term "mischief" refers to the misuse of confidential information by a lawyer against a former client. The first approach requires proof that the lawyer was actually possessed of confidential information and that there is a probability of its disclosure to the detriment of the client. The second is based on the precept that justice must not only be done but must manifestly be seen to be done. If, therefore, it reasonably appears that disclosure might occur, this test for determining the presence of a disqualifying conflict of interest is satisfied.

### *England*

The "probability of real mischief" test is the traditional English approach based on *Rakusen v. Ellis, Munday & Clarke, supra*. Rakusen was terminated from his employment. He retained Mr. Munday to discuss his legal position. When several months later Rakusen instituted proceedings with the assistance of new solicitors, the defendant company retained Munday's associate, Clarke. The court accepted the evidence that Clarke knew nothing about what had transpired between Rakusen and Munday. The passages set out below

peut influencer sur l'administration de la justice, est soumis à leur pouvoir de surveillance. Néanmoins, les normes exposées dans un tel code relativement à une question dont un tribunal est saisi doivent être considérées comme un important énoncé de principes. La règle énoncée au chapitre V doit donc être tenue pour l'expression par la profession au Canada de sa volonté d'imposer une norme très stricte qui régit la conduite des avocats dans une situation où des renseignements confidentiels pourraient être utilisés contre un ancien client. La règle énoncée repose sur le principe, accepté par la profession, qu'il faut éviter même l'apparence de manquement à la déontologie.

### Le droit

Au Canada et à l'étranger, la question de savoir s'il existe un conflit d'intérêts entraînant une inhabilité a été résolue selon deux critères fondamentaux: premièrement, la probabilité de préjudice réel; deuxièmement, la possibilité de préjudice réel. Le terme «préjudice» s'entend du mauvais usage de renseignements confidentiels par un avocat au détriment d'un ancien client. Pour satisfaire au premier critère, il faut prouver que l'avocat a appris des faits confidentiels et qu'il est probable qu'ils seront divulgués au préjudice du client. Le second critère participe du précepte qui veut que la justice soit non seulement rendue mais qu'il soit évident qu'elle est rendue. Par conséquent, s'il semble raisonnable de penser que les renseignements pourraient être divulgués, l'on a satisfait au deuxième critère servant à déterminer l'existence d'un conflit d'intérêts entraînant une inhabilité.

### *Angleterre*

Le critère de la «probabilité de préjudice réel» est la solution classique suivie en Angleterre depuis l'arrêt *Rakusen v. Ellis, Munday & Clarke*, précité. Rakusen avait perdu son emploi. Il avait mandaté M<sup>e</sup> Munday pour étudier ses droits. Lorsque, plusieurs mois plus tard, Rakusen a engagé des poursuites avec l'aide de nouveaux avocats, la société défenderesse a retenu les services de Clarke, associé de Munday. Le tribunal a accepté le témoignage de Clarke qui avait dit ne rien savoir des faits confidentiels communiqués par Rakusen à

are most often quoted in support of the “probability” test. Cozens-Hardy M.R. stated, at p. 835:

I do not doubt for a moment that the circumstances may be such that a solicitor ought not to be allowed to put himself in such a position that, human nature being what it is, he cannot clear his mind from the information which he has confidentially obtained from his former client; but in my view we must treat each of these cases, not as a matter of form, not as a matter to be decided on the mere proof of a former acting for a client, but as a matter of substance, before we allow the special jurisdiction over solicitors to be invoked, we must be satisfied that real mischief and real prejudice will in all human probability result if the solicitor is allowed to act. [Emphasis added.]

Fletcher Moulton L.J. expressed himself as follows, at p. 841:

As a general rule the Court will not interfere unless there be a case where mischief is rightly anticipated. I do not say that it is necessary to prove that there will be mischief, because that is a thing which you cannot prove, but where 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. [Emphasis added.]

There have been few cases in England since *Rakusen*, but the most recent case, *Re a Solicitor*, unreported, Chancery Division, March 31, 1987, summarized at 131 Sol. J. 1063, reaffirmed “the probability of real mischief test”. The court noted that it was not actually suggested that the solicitor had acquired “relevant knowledge concerning a former client” and the latter could not “think of any confidential information which he [had] communicated . . . and which might be relevant in connection with” the case (p. 4).

#### *United States*

The courts in the United States have generally adopted the stricter “possibility of real mischief” test. According to this approach, once it is established that there is a “substantial relationship” between the matter out of which the confidential information is said to arise and the matter at hand,

Munday. Les passages qui suivent sont très souvent cités à l’appui du critère de la «probabilité». Le maître des rôles Cozens-Hardy a déclaré, à la p. 835:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Je ne doute pas le moins du monde que les circonstances peuvent être telles qu’un avocat ne doive pas être autorisé à se mettre dans une situation où, la nature humaine étant ce qu’elle est, il ne pourrait effacer de sa mémoire les renseignements confidentiels que lui a communiqués son ancien client; mais, à mon sens, nous devons dans chacun de ces cas nous pencher non pas sur la forme, non pas sur la seule preuve du fait que l’avocat a déjà représenté ce client, mais sur le fond, avant de permettre que soit invoquée la compétence spéciale à l’égard des avocats, nous devons être convaincus qu’un préjudice réel s’ensuivrait, selon toute probabilité, si l’avocat était autorisé à agir. [Je souligne.]

Le lord juge Fletcher Moulton a émis l’opinion suivante, à la p. 841:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] En règle générale, le tribunal n’interviendra pas, sauf si un préjudice est prévu avec raison. Je ne dis pas qu’il est nécessaire de prouver qu’un préjudice surviendra, parce que ce n’est pas possible de le prouver, mais que, en cas de probabilité de préjudice telle que le tribunal estime, dans l’exercice de son devoir de soupeser 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 ordonner à un avocat de ne pas occuper pour un client. [Je souligne.]

Peu de précédents anglais sont postérieurs à l’arrêt *Rakusen*, mais la décision la plus récente, *Re a Solicitor*, inédit, Chancery Division, 31 mars 1987, résumé à 131 Sol. J. 1063, a réaffirmé [TRADUCTION] «le critère de la probabilité de préjudice réel». Le tribunal a fait observer qu’il n’avait pas été allégué que l’avocat avait appris [TRADUCTION] «des faits pertinents concernant un ancien client» et que ce dernier ne pouvait [TRADUCTION] «se rappeler aucun renseignement confidentiel qu’il aurait communiqué [. . .] et qui pourrait être pertinent par rapport à» l’affaire (p. 4).

#### *États-Unis*

Les tribunaux américains ont dans l’ensemble appliqué le critère plus rigoureux de «la possibilité de préjudice réel». Selon ce point de vue, s’il a été prouvé qu’il y a un «lien important» entre la question qui serait à l’origine du renseignement confidentiel et la question en litige, il en découle une

there is an irrebuttable presumption that the attorney received relevant information. If the attorney practises in a firm, there is a presumption that lawyers who work together share each other's confidences. Knowledge of confidential matters is therefore imputed to other members of the firm. This latter presumption can, however, in some circumstances, be rebutted. The usual methods used to rebut the presumption are the setting up of a "Chinese Wall" or a "cone of silence" at the time that the possibility of the unauthorized communication of confidential information arises. A "Chinese Wall" involves effective "screening" to prevent communication between the tainted lawyer and other members of the firm. A "cone of silence" is achieved by means of a solemn undertaking not to disclose by the tainted solicitor. Other means which would constitute clear and convincing evidence that no improper disclosure has or can take place are not ruled out. See *T.C. Theatre Corp. v. Warner Bros. Pictures, Inc.*, 113 F. Supp. 265 (S.D.N.Y. 1953); *Emle Industries, Inc. v. Patentex, Inc.*, 478 F.2d 562 (2d Cir. 1973); *E. F. Hutton & Co. Inc. v. Brown*, 305 F. Supp. 371 (S.D. Texas 1969); *Nemours Foundation v. Gilbane, Aetna, Federal Ins. Co.*, 632 F. Supp. 418 (D. Delaware 1986); *U.S.A. for the Use and Benefit of Lord Electric Co. v. Titan Pacific Construction Corp.*, 637 F. Supp. 1556 (W.D. Washington 1986); *In re Asbestos Cases*, 514 F. Supp. 914 (E.D. Virginia 1981); P. W. Kryworuk, "Acting Against Former Clients—A Matter of Dollars and Common Sense" (1985), 45 *C.P.C.* 1; "Developments in the Law—Conflicts of Interest in the Legal Profession" (1981), 94 *Harv. L. Rev.* 1247, at pp. 1315-34.

In *Analytica, Inc. v. NPD Research, Inc.*, 708 F.2d 1263 (7th Cir. 1983), Posner J., set out the rationale for the "substantial relationship" test which gives rise to an irrebuttable presumption that confidences have been disclosed by the client. He states, at p. 1269:

The "substantial relationship" test has its problems, but conducting a factual inquiry in every case into whether confidences had actually been revealed would not be a satisfactory alternative, particularly in a case such as this where the issue is not just whether they have been revealed but also whether they will be revealed

présomption irréfragable que l'avocat a appris des faits pertinents. Les avocats qui exercent au sein d'un cabinet sont présumés partager leurs secrets. Ils sont donc tous censés connaître les renseignements confidentiels. Cette présomption peut cependant être repoussée dans certains cas. Les moyens habituellement utilisés pour la repousser sont la mise en place, au moment où s'est présentée la possibilité de communication sans permission de renseignements confidentiels, d'une «muraille de Chine» ou d'un «cône de silence». Il s'agit dans le premier cas de mesures destinées à empêcher toute communication entre l'avocat en cause et les autres membres du cabinet. Dans le second, il s'agit d'un engagement solennel de l'avocat en cause de ne rien révéler. Il n'est pas exclu que d'autres moyens puissent être employés qui fourniraient une preuve claire et convaincante qu'aucune divulgation illicite n'a eu lieu ni ne peut avoir lieu. Voir *T.C. Theatre Corp. v. Warner Bros. Pictures, Inc.*, 113 F. Supp. 265 (S.D.N.Y. 1953); *Emle Industries, Inc. v. Patentex, Inc.*, 478 F.2d 562 (2d Cir. 1973); *E. F. Hutton & Co. Inc. v. Brown*, 305 F. Supp. 371 (S.D. Texas 1969); *Nemours Foundation v. Gilbane, Aetna, Federal Ins. Co.*, 632 F. Supp. 418 (D. Delaware 1986); *U.S.A. for the Use and Benefit of Lord Electric Co. v. Titan Pacific Construction Corp.*, 637 F. Supp. 1556 (W.D. Washington 1986); *In re Asbestos Cases*, 514 F. Supp. 914 (E.D. Virginie 1981); P. W. Kryworuk, «Acting Against Former Clients—A Matter of Dollars and Common Sense» (1985), 45 *C.P.C.* 1; «Developments in the Law—Conflicts of Interest in the Legal Profession» (1981), 94 *Harv. L. Rev.* 1247, aux pp. 1315 à 1334.

Dans l'affaire *Analytica, Inc. v. NPD Research, Inc.*, 708 F.2d 1263 (7th Cir. 1983), le juge Posner explique le fondement du critère du «lien important» qui fait naître une présomption irréfragable que le client a divulgué des renseignements confidentiels, à la p. 1269:

[TRADUCTION] Le critère du «lien important» pose des problèmes, mais faire un examen des faits dans chaque affaire afin de vérifier si des renseignements confidentiels ont été divulgués ne serait pas une solution satisfaisante non plus, surtout si, comme en l'espèce, il ne s'agit pas seulement de décider s'ils ont été divulgués,

during a pending litigation. Apart from the difficulty of taking evidence on the question without compromising the confidences themselves, the only witnesses would be the very lawyers whose firm was sought to be disqualified (unlike a case where the issue is what confidences a lawyer received while at a former law firm), and their interest not only in retaining a client but in denying a serious breach of professional ethics might outweigh any felt obligation to “come clean.” While “appearance of impropriety” as a principle of professional ethics invites and maybe has undergone uncritical expansion because of its vague and open-ended character, in this case it has meaning and weight. For a law firm to represent one client today, and the client’s adversary tomorrow in a closely related matter, creates an unsavory appearance of conflict of interest that is difficult to dispel in the eyes of the lay public—or for that matter the bench and bar—by the filing of affidavits, difficult to verify objectively, denying that improper communication has taken place or will take place between the lawyers in the firm handling the two sides. [Emphasis added.]

The rigidity and overinclusiveness of the irrebuttable presumption have been criticized and some courts have departed from it in special circumstances. These criticisms are summarized in “Developments in the Law—Conflicts of Interest in the Legal Profession”, *op. cit.*, at pp. 1355-59:

In situations involving large firms, the maintenance of an irrebuttable presumption of sharing among affiliates can become sorely strained. Suppose that a young litigator, now out on his own, was briefly associated with a big firm and that the firm included among its members a specialist in corporate law who once, perhaps many years before, represented a client in some affair. The young lawyer is now asked to represent a second client against the first in a suit involving a substantially related matter. If the firm is large enough, the corporate specialist may never have been more than a name on the letterhead to the young litigator, who was his nominal affiliate. In most instances, the affiliate will not have been familiar with the corporate lawyer’s old client or with any of the details of that client’s affairs during the affiliate’s association with the firm. In this case, forbidding the young litigator’s representation of a second

mais aussi s’ils le seront au cours d’un litige en instance. Mis à part la difficulté de recueillir des témoignages sur cette question sans risquer de révéler les renseignements, les seuls témoins seraient les avocats qu’on cherche à faire déclarer inhabiles (ce qui serait différent si la question était de savoir quels faits confidentiels un avocat a appris pendant qu’il faisait partie de son ancien cabinet), et leur intérêt non seulement à garder un client, mais encore à nier un grave manquement à la déontologie, pourrait l’emporter sur l’obligation de dire toute la vérité. Certes, on est invité, et peut-être a-t-on été porté à donner une extension inconsidérée à la règle professionnelle touchant «le manquement apparent à la déontologie», à cause de son caractère vague et de sa flexibilité, mais en l’occurrence elle a un sens et du poids. Si un cabinet d’avocats représente un client un jour, puis l’adversaire de ce client le lendemain dans une affaire étroitement connexe, il en résulte selon toute apparence un conflit d’intérêts; or, cette apparence, très déplaisante, est difficile à dissiper aux yeux du public profane—et d’ailleurs à ceux des magistrats et des avocats — par le dépôt d’affidavits, difficiles à vérifier objectivement, dans lesquels les avocats des deux cabinets occupant pour les parties nieraient qu’ils se sont communiqué ou qu’ils se communiqueront des renseignements d’une manière contraire à la déontologie. [Je souligne.]

D’aucuns ont critiqué la rigidité et la portée trop générale de la présomption irréfragable et certains tribunaux l’ont écartée dans des cas particuliers. Ces critiques sont résumées dans «Developments in the Law—Conflicts of Interest in the Legal Profession», *loc. cit.*, aux pp. 1355 à 1359:

[TRADUCTION] Dans les situations où il s’agit de grands cabinets, le maintien d’une présomption irréfragable de partage de renseignements entre associés peut devenir très difficile. Supposons qu’un jeune plaideur, maintenant à son compte, ait été brièvement associé à un grand cabinet qui comptait parmi ses membres un spécialiste du droit des sociétés chargé, il y a maintenant de nombreuses années, de représenter un client dans une certaine affaire. On demande maintenant au jeune avocat de représenter un deuxième client contre le premier dans une poursuite portant sur une affaire étroitement connexe. Si le cabinet est suffisamment important, le spécialiste du droit des sociétés n’aura peut-être jamais été plus qu’un nom figurant sur un en-tête de lettre pour le jeune plaideur qui était son associé nominal. Dans la plupart des cas, l’associé, alors qu’il était associé au cabinet, n’aura pas connu l’ancien client de

client in a suit against the first client is an empty gesture.

As the structure of legal practice changes and such cases become increasingly common, one must ask whether the putative benefits of the strict rule justify its costs. Proscription of successive representation, including representation by a former affiliate, imposes significant losses on would-be clients, including effective deprivation of their first choice of counsel. A further objection to the categorical rule is its effect on the professional mobility of young attorneys, who frequently begin their careers with a stint at a large firm. A rule irrebuttably imputing to every former affiliate of such a firm synoptic knowledge of the matters it has handled is not merely unrealistic, but is potentially a serious impediment to an attorney (like the young litigator in the previous example) who seeks either to establish his own practice or to affiliate himself with a new firm. Especially when the former affiliate has specialized during his tenure with his old colleagues, an irrebuttable presumption may block his attempt to use his training to the advantage of new clients; indeed, it may transform his specialized skills from an asset into a serious liability.

The need for a more flexible approach to imputation of client confidences is widely acknowledged. The liberalized rule allows the traditional presumption to be rebutted in an enforcement proceeding by evidence suggesting a low probability that the lawyer who was materially involved in representing a client actually shared any relevant information with his affiliate . . . .

Critics of a rebuttable imputation rule have generally relied on the need to prevent any representation that involves even an "appearance of impropriety." Operating on the view that appearances must be protected at nearly any price, some courts have rejected former affiliates' attempts to rebut the presumption of shared knowledge. Under the "appearance of impropriety" doctrine, the "non-existence of actual conflict is presumed," and the *mere appearance* of conflict is sufficient to taint the representation. Yet there seems to be a trend, even among those courts that accept the policy behind the doctrine, to allow "any initial inference of impropriety" to be "dispelled" by evidence rebutting the presumption that knowledge was shared among former affiliates. As the role of appearances in determining whether a given representation ought to be proscribed continues to

l'avocat du droit des sociétés ou quelque détail des affaires de ce client pendant qu'il était associé avec le cabinet. En l'espèce, le fait d'interdire au jeune plaideur de représenter le deuxième client dans une poursuite contre le premier client constitue un geste vain.

Comme la pratique du droit change et que de tels cas deviennent de plus en plus fréquents, il faut se demander si les avantages supposés de la règle stricte justifient son coût. L'interdiction de la représentation successive, y compris la représentation par un ancien associé, impose des pertes importantes aux clients éventuels, dont la privation réelle de leur premier choix d'un avocat. Une objection supplémentaire à la règle catégorique est son effet sur la mobilité professionnelle des jeunes procureurs, qui commencent souvent leur carrière par un séjour limité dans un grand cabinet. Une règle qui impute de manière absolue à chaque ancien associé d'un tel cabinet une connaissance synoptique des affaires que celui-ci a traitées n'est pas simplement irréaliste, mais elle est susceptible de constituer un empêchement grave pour un avocat (comme le jeune plaideur dans l'exemple précédent) qui cherche à mettre sur pied son propre cabinet ou à s'associer dans un nouveau cabinet. Particulièrement, lorsque l'ancien associé s'est spécialisé pendant qu'il était avec ses anciens collègues, une présomption irréfragable peut l'empêcher d'utiliser sa formation à l'avantage de nouveaux clients; en fait, elle peut transformer l'avantage que représente sa compétence spécialisée en un grave handicap.

La nécessité d'une position plus souple au regard de cette imputation des confidences du client est largement reconnue. La règle libéralisée permet de combattre la présomption traditionnelle en justice, en rapportant la preuve qu'il y a peu de risques que l'avocat qui représentait effectivement un client ait réellement partagé un renseignement pertinent avec son associé . . . .

Les critiques à l'égard de la règle de l'imputation réfutable se sont généralement fondées sur la nécessité d'empêcher toute représentation qui comporte ne serait-ce qu'un «manquement apparent à la déontologie». Partant du principe que les apparences doivent être sauvegardées presque à tout prix, certains tribunaux ont rejeté les tentatives d'anciens associés visant à repousser la présomption de la connaissance partagée. Selon la doctrine du «manquement apparent à la déontologie», «l'inexistence d'un conflit réel est présumée» et la *simple apparence* de conflit est suffisante pour entacher la représentation. Toutefois, il semble y avoir une tendance, même parmi les tribunaux qui acceptent la politique sous-jacente à la doctrine, à admettre que «toute conclusion initiale de manquement à la déontologie» puisse être «rejetée» par des preuves écartant la pré-



decline, objections to a rebuttable presumption will presumably dissipate. This liberalized approach reduces unnecessary proscriptive and its associated costs while affording former clients a reasonable degree of security from the threat of fiduciary breach. [Footnotes omitted.] [Italics in original.]

In support of this position, the author cites considerable authority. See for example: *Novo Terapeutisk Laboratorium A/S v. Baxter Travenol Laboratories, Inc.*, 607 F.2d 186 (7th Cir. 1955) (en banc); *Akerly v. Red Barn System, Inc.*, 551 F.2d 539 (3rd Cir. 1977); *Gas-A-Tron of Arizona v. Union Oil Co. of California*, 534 F.2d 1322 (9th Cir.), certiorari denied, 429 U.S. 861 (1976); *Silver Chrysler Plymouth, Inc. v. Chrysler Motors Corp.*, 518 F.2d 751 (2d Cir. 1975); *Laskey Bros. of W. Va., Inc. v. Warner Bros. Pictures*, 224 F.2d 824 (2d Cir. 1955), certiorari denied, 350 U.S. 932 (1956); *City of Cleveland v. Cleveland Electric Illuminating Co.*, 440 F. Supp. 193 (N.D. Ohio 1977), aff'd mem., 573 F.2d 1310 (6th Cir.), certiorari denied, 435 U.S. 996 (1977); *Fleischer v. A.A.P., Inc.*, 163 F. Supp. 548 (S.D.N.Y. 1958).

Typical of the statements in these cases is the following made in *Silver Chrysler Plymouth, Inc. v. Chrysler Motors Corp.*, supra, at pp. 753-54:

It is unquestionably true that in the course of their work at large law firms, associates are entrusted with the confidences of some of their clients. But it would be absurd to conclude that immediately upon their entry on duty they become the recipients of knowledge as to the names of all the firm's clients, the contents of all files relating to such clients, and all confidential disclosures by client officers or employees to any lawyer in the firm. Obviously such legal osmosis does not occur. The mere recital of such a proposition should be self-refuting . . .

Thus, while this Circuit has recognized that an inference may arise that an attorney formerly associated with a firm himself received confidential information transmitted by a client to the firm, that inference is a rebuttable

somption que la connaissance était partagée entre les anciens associés. À mesure que diminuera le rôle des apparences pour déterminer si une représentation donnée devrait être interdite, les objections à l'égard d'une présomption réfragable devraient se dissiper. Cette position libéralisée réduit les interdictions inutiles et les coûts qui en résultent, tout en garantissant raisonnablement les anciens clients contre la menace d'infidélité. [Les notes en bas de page sont omises.] [En italique dans l'original.]

À l'appui de cette position, l'auteur cite beaucoup de jurisprudence. Voir par exemple: *Novo Terapeutisk Laboratorium A/S v. Baxter Travenol Laboratories, Inc.*, 607 F.2d 186 (7th Cir. 1955) (en banc); *Akerly v. Red Barn System, Inc.*, 551 F.2d 539 (3rd Cir. 1977); *Gas-A-Tron of Arizona v. Union Oil Co. of California*, 534 F.2d 1322 (9th Cir.), certiorari refusé, 429 U.S. 861 (1976); *Silver Chrysler Plymouth, Inc. v. Chrysler Motors Corp.*, 518 F.2d 751 (2d Cir. 1975); *Laskey Bros. of W. Va., Inc. v. Warner Bros. Pictures*, 224 F.2d 824 (2d Cir. 1955), certiorari refusé, 350 U.S. 932 (1956); *City of Cleveland v. Cleveland Electric Illuminating Co.*, 440 F. Supp. 193 (N.D. Ohio 1977), conf. mem., 573 F.2d 1310 (6th Cir.), certiorari refusé, 435 U.S. 996 (1977); *Fleischer v. A.A.P., Inc.*, 163 F. Supp. 548 (S.D.N.Y. 1958).

La déclaration suivante faite dans l'arrêt *Silver Chrysler Plymouth, Inc. v. Chrysler Motors Corp.*, précité, aux pp. 753 et 754, est typique de ces affaires:

[TRADUCTION] Il est indéniablement vrai que dans le cadre de leur travail dans de grands cabinets d'avocats, les associés recueillent les confidences de certains de leurs clients. Toutefois, il serait absurde de conclure que dès leur entrée en fonction, ils connaissent le nom de tous les clients du cabinet, le contenu de tous les dossiers relatifs à ces clients ainsi que toutes les communications confidentielles faites par les dirigeants ou par les employés des clients à un avocat du cabinet. De toute évidence, une telle osmose juridique ne se produit pas. Le simple énoncé d'une telle proposition devrait se réfuter de lui-même . . .

Par conséquent, bien que notre cour de circuit ait reconnu que l'on puisse tirer la présomption qu'un avocat qui était associé dans un cabinet a lui-même reçu des renseignements confidentiels transmis par un client

one. *Laskey Bros. of W. Va., Inc. v. Warner Bros. Pictures*, 224 F.2d 824, 827 (2d Cir. 1955) . . . .

And in *Analytica*, *supra*, Coffey J., said, at p. 1277:

Reliance upon antiquated notions of disqualification such as irrebuttable presumptions simply will no longer suffice in today's specialized practice of law.

My concern in this area lies in the effect a disqualification motion has on both a law firm as well as a newly hired individual in a firm . . . .

If prior representation of a particular client will irrebutably disqualify an entire firm from handling certain cases, the result could easily be whole law firms of "Typhoid Marys." This would have a drastic impact on the careers of attorneys in entire firms, would impede clients' rights to be represented by attorneys of their choice and would discourage attorneys with expertise in a particular field of law from handling cases in their respective specialties.

#### *Australia*

In Australia as in Canada courts appear to vacillate as to the proper test. In *D & J Constructions Pty. Ltd. v. Head* (1987), 9 N.S.W.L.R. 118, Bryson J. approved of the *Rakusen* test. But in *National Mutual Holdings Pty. Ltd. v. Sentry Corp.* (1989), 87 A.L.R. 539, Gummow J. expressed the view that the Australian position was perhaps no less stringent than the American position. He also referred to a paper by Dr. Finn, "Conflicts of Interest and Professionals" (published by the New Zealand Legal Research Foundation in the volume *Professional Responsibility*) in which Dr. Finn refers to the *Rakusen* test as "untenable". Dr. Finn considers whether it is preferable to adopt the American concept of the irrebuttable presumption or the less rigid approach of a presumption rebuttable by the lawyer. The learned writer opts for the latter.

Several cases in the Family Court of Australia have applied a test stricter than *Rakusen*. See *In the Marriage of Thevanaz* (1986), 11 Fam. L.R.

au cabinet, cette présomption est réfragable. *Laskey Bros. of W. Va., Inc. v. Warner Bros. Pictures*, 224 F.2d 824, 827 (2d Cir. 1955) . . . .

De plus, dans l'arrêt *Analytica*, précité, le juge <sup>a</sup> Coffey, a dit, à la p. 1277:

[TRADUCTION] S'appuyer sur des notions dépassées d'inhabilité comme les présomptions irréfragables ne suffira désormais plus dans la pratique spécialisée du droit d'aujourd'hui.

<sup>b</sup> Ma préoccupation dans ce domaine porte sur l'effet qu'a une requête en exclusion sur le cabinet d'avocats ainsi que sur une personne qui vient d'être engagée dans un cabinet . . . .

<sup>c</sup> Si la représentation antérieure d'un client en particulier empêche de façon absolue un cabinet entier de s'occuper de certaines affaires, il pourrait facilement en résulter que des cabinets au complet soient craints comme la peste. Une telle situation aurait un effet important sur la carrière des avocats de cabinets entiers, porterait atteinte au droit des clients d'être représentés par les avocats de leur choix et découragerait les avocats d'expérience dans un domaine particulier du droit de s'occuper d'affaires dans leurs spécialités respectives.

#### <sup>e</sup> *Australie*

En Australie comme au Canada, les tribunaux semblent hésiter entre les critères à appliquer. Dans l'affaire *D & J Constructions Pty. Ltd. v. Head* (1987), 9 N.S.W.L.R. 118, le juge Bryson a approuvé le critère retenu dans l'arrêt *Rakusen*. Mais dans l'affaire *National Mutual Holdings Pty. Ltd. v. Sentry Corp.* (1989), 87 A.L.R. 539, le juge Gummow a considéré que le point de vue australien n'était peut-être pas moins rigoureux que la solution américaine. Il s'est référé en outre à un exposé de Finn, «Conflicts of Interest and Professionals», publié par la New Zealand Legal Research Foundation dans l'ouvrage *Professional Responsibility*. Finn qualifie le critère énoncé dans l'affaire *Rakusen* d'«insoutenable». Il se demande s'il serait préférable d'adopter le concept américain de présomption irréfragable ou la solution moins rigide de la présomption réfutable par l'avocat. L'auteur opte pour celle-ci.

<sup>j</sup> Dans plusieurs affaires soumises au tribunal de la famille de l'Australie, ce dernier a appliqué un critère plus strict que celui énoncé dans l'affaire *Rakusen*. Voir *In the Marriage of Thevanaz* (1986), 11 Fam. L.R. 95, et *Re the Marriage of*

95, and *Re the Marriage of R.P. and A.A. Gagliano* (1989), 12 Fam. L.R. 843.  
New Zealand

There are no reported cases on the point but, in "Conflicts of interest: When may a lawyer act against a former client?", Dean and Finlayson, [1990] *N.Z.L.J.* 43, the learned authors review several judicial statements and conclude, at p. 52:

It is the authors' submission that the appropriate test to be applied in this country in conflict of interest situations is the "possibility of real mischief or prejudice" test, developed by the American Courts and adopted and approved in at least the Canadian jurisdiction. Even if the American test is not followed to its fullest extent, it is at the very least essential that the Courts now place a greater onus on solicitors (and counsel) to avoid situations of conflict of interest including situations where there may be only the appearance of a conflict. Times have changed dramatically since *Rakusen*. As Bryson J observed in the *D & J Constructions* case "... each court must to some extent interpret its own times and manners and the conduct which it should expect or even fear from its practitioners" in deciding the degree of control to be exerted.

#### Canada

In Canada, some courts have applied *Rakusen* but the trend is to apply a stricter test which reflects the concern for the appearance of justice. P. W. Kryworuk, *op. cit.*, points out that Canadian courts are largely applying the stricter American test or are applying a stricter version of *Rakusen* "in light of current attitude towards 'conflict of interest, justice and the appearance of justice and even the concept of 'fairness''".

A few statements from recent cases will serve to illustrate the judicial mood in Canada. In *Steed & Evans Ltd. v. MacTavish* (1976), 12 O.R. (2d) 236, Goodman J. stated, at pp. 237-38:

The applicant in proceedings of this kind must come to Court with clean hands and justice must not only be done but it must be seen to be done.

... In my view it would be almost impossible for them to cleanse from their minds any information which they

*R.P. and A.A. Gagliano* (1989), 12 Fam. L.R. 843.

#### Nouvelle-Zélande

Aucune décision publiée ne traite de cette question; mais, dans «Conflicts of interest: When may a lawyer act against a former client?», Dean et Finlayson, [1990] *N.Z.L.J.* 43, les auteurs étudient plusieurs précédents, et concluent, à la p. 52:

[TRADUCTION] Selon nous, le critère qu'il convient de retenir dans ce pays, à l'égard des situations de conflit d'intérêts, est la «possibilité de préjudice réel», critère qu'ont énoncé les tribunaux américains et que les tribunaux canadiens du moins ont adopté et approuvé. Même si le critère américain n'est pas appliqué intégralement, il est à tout le moins essentiel que les tribunaux imposent aux avocats une obligation plus stricte d'éviter les situations de conflit d'intérêts, y compris les situations où il n'y a qu'un conflit apparent. Les choses ont bien changé depuis l'arrêt *Rakusen*. Comme le fait observer le juge Bryson dans l'affaire *D & J Constructions*, «... chaque tribunal doit, dans une certaine mesure, [pour décider du degré de contrôle à exercer] tenir compte des mœurs de son temps et de la conduite à prévoir ou à craindre de la part des avocats».

#### Canada

Au Canada, certains tribunaux ont suivi l'arrêt *Rakusen*, mais la plupart appliquent un critère plus strict, qui correspond à la notion de l'apparence de justice. P. W. Kryworuk, *loc. cit.*, souligne que les tribunaux canadiens, en grande partie, ont adopté le critère plus rigoureux de la jurisprudence américaine ou une version plus stricte du critère énoncé dans l'arrêt *Rakusen*, [TRADUCTION] «vu l'attitude actuelle à l'égard des «conflits d'intérêts, de la justice et de l'apparence de justice, et même de la notion de «loyauté» ».

Quelques extraits tirés de la jurisprudence récente permettront d'illustrer l'état d'esprit des juges canadiens. Dans l'affaire *Steed & Evans Ltd. v. MacTavish* (1976), 12 O.R. (2d) 236, le juge Goodman a déclaré, aux pp. 237 et 238:

[TRADUCTION] Le requérant en pareil cas doit se présenter devant la cour avec la conscience nette et justice doit non seulement être rendue mais il doit être évident qu'elle est rendue.

... À mon avis, il serait presque impossible pour eux de chasser de leur esprit les renseignements qu'ils auraient

may have received while acting on behalf of any of the defendants in the past relating in any way to the subject-matter of these proceedings. It is true that there has been no allegation or submission made by counsel for the defendants herein indicating any specific use or misuse of information obtained confidentially by reason of a solicitor-and-client relationship, but the fact remains that the possibility of that occurring is very real.

In *Canada Southern Railway Co. v. Kingsmill, Jennings* (1978), 8 C.P.C. 117, Southey J., after considering *Rakusen and Emle Industries, Inc. v. Patentex, Inc.*, *supra*, concluded, at p. 122:

It will be seen that the authorities emphasize the unfairness arising out of a solicitor acting against a former client where the solicitor might have received confidential information from that former client. That possibility, for all practical purposes, does not exist in the case at Bar, in my judgment.

In *Falls v. Falls* (1979), 12 C.P.C. 270, Fanjoy Co. Ct. J. applied *Rakusen* with the following caveat, at pp. 272-73:

From this judgment [*Rakusen*] I come to the conclusion that the Court must be satisfied that real mischief and real prejudice will in probability result if the solicitor is allowed to act.

I must apply this principle in light of present day practices and decisions with respect to conflict of interest, justice and the appearance of justice and even the concept of "fairness". My observation is that the Courts are requiring higher and stricter standards in all these areas. [Emphasis added.]

In *Goldberg v. Goldberg* (1982), 141 D.L.R. (3d) 133, Callaghan J. (now C.J.H.C.), after reviewing the competing considerations with respect to the probability and possibility tests, stated, at pp. 135-36:

Of more importance, however, is the fact that the principles involved herein are designed not only to protect the interests of the individual clients but they also protect the public confidence in the administration of justice. This is particularly so when the litigation involves a family dispute. Furthermore, when the public interest is involved, the appearance of impropriety overrides any private interest claimed by waiver.

obtenus quand ils représentaient l'un des défendeurs dans le passé et qui auraient un lien quelconque avec l'objet de ce litige. Il est vrai que l'avocat des défendeurs en l'espèce n'a présenté aucune allégation ni aucun argument indiquant que les renseignements confiés sous le sceau du secret aient été utilisés, indûment ou non, mais cette utilisation demeure une possibilité très réelle.

Dans l'affaire *Canada Southern Railway Co. v. Kingsmill, Jennings* (1978), 8 C.P.C. 117, le juge Southey tire de son analyse des décisions *Rakusen* et *Emle Industries, Inc. v. Patentex, Inc.*, précitées, la conclusion suivante, à la p. 122:

[TRADUCTION] Comme on peut le constater, il ressort nettement de la jurisprudence qu'il n'est pas juste qu'un avocat occupe pour une partie contre son ancien client s'il est possible que ce client lui ait communiqué des renseignements confidentiels. En pratique, cette possibilité n'existe pas en l'occurrence, à mon avis.

Dans l'affaire *Falls v. Falls* (1979), 12 C.P.C. 270, le juge Fanjoy de la Cour de comté a appliqué l'arrêt *Rakusen*, mais en faisant cette mise en garde, aux pp. 272 et 273:

[TRADUCTION] Je conclus de ce jugement [*Rakusen*] que la cour doit être convaincue qu'un préjudice réel se produira probablement si l'avocat est autorisé à agir.

Je dois appliquer ce principe en tenant compte des usages actuels et des décisions récentes touchant les conflits d'intérêts, la justice, l'apparence de justice, et même la notion de «loyauté». J'ai constaté que les tribunaux imposent des normes de plus en plus exigeantes et strictes au regard de toutes ces questions. [Je souligne.]

Au sujet des critères de la probabilité et de la possibilité, dans l'affaire *Goldberg v. Goldberg* (1982), 141 D.L.R. (3d) 133, le juge Callaghan (maintenant juge en chef de la Haute Cour) pèse le pour et le contre, puis conclut, aux pp. 135 et 136:

[TRADUCTION] Toutefois, ce qui importe encore plus, c'est que les principes en jeu visent non seulement à protéger les intérêts des clients, mais encore à préserver la confiance du public dans l'administration de la justice. C'est d'autant plus vrai quand le litige porte sur un conflit familial. Par surcroît, quand l'intérêt public est en jeu, tout manquement apparent à la déontologie l'emporte sur les intérêts privés que l'on fait valoir au moyen d'une renonciation.

1990 CanLII 32 (CSC)

In *Lukic v. Urquhart* (1984), 11 D.L.R. (4th) 638 (Ont. H.C.), aff'd in part (1985), 15 D.L.R. (4th) 639 (Ont. C.A.), a solicitor had been consulted by a party involved in a motor vehicle accident but swore that he had received no confidential information. O'Brien J., whose reasons were adopted by the Court of Appeal, stated, at p. 640:

I am satisfied in this case there is a very real appearance of professional impropriety and this is clearly a situation where the solicitor might have received confidential information from the defendant, which could be used against the defendant in these proceedings.

I think it would be difficult for the parties in this lawsuit to have confidence in a just result where the solicitor has been placed in that position and now intends to continue against one of his former clients. I am satisfied the solicitor should be removed from the record.

In *O'Dea v. O'Dea* (1987), 68 Nfld. & P.E.I.R. 67 (Nfld. Unif. Fam. Ct.), aff'd Nfld. C.A. June 6, 1988 (unreported), the solicitor, Mr. Day, was consulted by the defendant to obtain a second opinion with respect to the case. Subsequently, her husband retained another lawyer in the firm to act against his wife. Hickman C.J. granted the wife's application. After referring to the relevant rule of professional conduct, he concluded as follows, at p. 75:

In this case Mr. David C. Day, Q.C. was given confidential information by the plaintiff [*sic*], based upon which he gave her professional advice on some, if not all the issues, which will be coming before this court during trial. He was paid a fee for such professional services. A solicitor-client relationship existed relating to the matters in dispute. While Mr. Day may never be in a position to pass on such confidential information to his partner, Ms. Dawe, yet, the perception is such that the defendant, as a reasonable person, could, in my view, conclude that her interests will be jeopardized should Ms. Dawe or any member of her firm continue to act for her husband in this case. That fact, coupled with the apprehension the defendant has toward the justice system, as a result of her husband's allegations of "connections within the legal profession" makes it all the more necessary that it be made clear that no possibility exists of a conflict of interest.

Dans l'affaire *Lukic v. Urquhart* (1984), 11 D.L.R. (4th) 638 (H.C. Ont.); conf. en partie par (1985), 15 D.L.R. (4th) 639 (C.A. Ont.), une personne qui avait eu un accident d'automobile avait consulté un avocat, mais ce dernier avait juré n'avoir obtenu aucun renseignement confidentiel. Le juge O'Brien, dont les motifs ont été repris par la Cour d'appel, dit, à la p. 640:

[TRADUCTION] Je suis convaincu qu'en l'espèce, il y a eu une très réelle apparence de manquement à la déontologie et qu'à l'évidence, c'est un cas où l'avocat pourrait avoir appris du défendeur des faits confidentiels qui pourraient être utilisés contre lui dans cette cause.

Je pense qu'il serait difficile pour les parties à cette action d'avoir confiance dans un résultat juste alors que l'avocat se trouve dans cette situation et qu'il a l'intention d'agir contre l'un de ses anciens clients. Je suis convaincu qu'il y a lieu de déclarer l'avocat inhabile à agir en l'espèce.

Dans l'affaire *O'Dea v. O'Dea* (1987), 68 Nfld. & P.E.I.R. 67 (Cour unifiée de la famille T.-N.), conf. par la C.A.T.-N., 6 juin 1988 (inédit), la défenderesse qui voulait l'avis d'un autre avocat sur l'affaire avait consulté M<sup>e</sup> Day. Par la suite, son mari a mandaté un autre avocat du même cabinet pour la poursuivre. Le juge en chef Hickman a fait droit à la requête de l'épouse. Il a examiné la règle professionnelle pertinente, puis conclu, à la p. 75:

[TRADUCTION] En l'espèce, M<sup>e</sup> David C. Day, c.r., a appris des faits confidentiels de la défenderesse, sur la base desquels il l'a conseillée sur une partie, sinon sur la totalité, des questions qui seront soumises à cette Cour au cours du procès. Il a touché des honoraires pour ses services professionnels. C'est une relation entre un procureur et sa cliente qui s'est établie par rapport à l'objet du litige. Certes, M<sup>e</sup> Day ne sera peut-être jamais en mesure de transmettre ces renseignements confidentiels à son associée M<sup>e</sup> Dawe, mais l'impression créée autoriserait la défenderesse, comme toute personne raisonnable, à mon sens, à conclure que ses intérêts seraient compromis si M<sup>e</sup> Dawe ou un autre membre de son cabinet continuait de représenter son mari dans cette affaire. Cette conclusion, combinée à l'appréhension de la défenderesse vis-à-vis du système judiciaire, à cause des paroles de son mari, qui lui a dit avoir des «relations dans la profession», met encore mieux en évidence la nécessité de bien faire comprendre qu'aucun conflit d'intérêts n'est possible.

I conclude, as well, that to permit the plaintiff's law firm to continue to act in this case would be perceived by the public as placing the defendant in an unfair position when this action goes to trial. The *sine qua non* of the justice system is that there be an unqualified perception of its fairness in the eyes of the general public. In order to sustain that salutary precept, it is essential that the integrity and absolute independence of the courts and its [*sic*] officers be maintained in such a way as to assure a discerning public that the principle of equality before the law is not in danger of being comprised [*sic*]. The door must remain firmly shut against any possibility of comprising [*sic*] that principal [*sic*]. To allow the plaintiff's law firm to continue to act in this case would open that door, albeit ever so slightly, to the possibility of compromising the impartial administration of justice—something which a court is duty bound to prevent. [Emphasis added.]

In *Fisher v. Fisher* (1986), 76 N.S.R. (2d) 326, the Nova Scotia Court of Appeal disqualified a law firm which, while acting for a husband, was consulted by the wife. Different lawyers in the firm were involved. Although the court agreed that the conduct throughout was of the high standard expected in the legal profession, it refused to accept assurances that confidential information would not be shared.

In *Thomson v. Smith Mechanical Inc.*, [1985] C.S. 782, Gonthier J. (now a member of this Court) found a conflict of interest where counsel for the plaintiff had previously advised both parties in respect of the transaction giving rise to the litigation. He stated, at p. 785:

[TRANSLATION] This is the cost of ensuring that justice not only is done but is seen to be done, in accordance with the well-known maxim on which the integrity of the judicial system is based, and lawyers are an essential part of that system. Such a practice may also be contrary to the right of the parties to a full and equal hearing as required by s. 23 of the [Quebec] Charter.

In *Canada v. Consortium Designers Inc.* (1988), 72 Nfld. & P.E.I.R. 255 (P.E.I.S.C.T.D.), aff'd (1989), 80 Nfld. & P.E.I.R. 12, a lawyer who had been actively involved in the case for the plaintiff became a partner in the law firm representing the defendant. In acceding to the application to dis-

Je conclus en outre qu'aux yeux du public, permettre, en l'espèce, au cabinet mandaté par le demandeur de continuer d'occuper pour lui constituerait pour la défenderesse un désavantage injuste au moment où cette action serait instruite. Il est absolument indispensable que le système judiciaire soit tenu, sans réserve, pour loyal par le grand public. Afin de préserver ce précepte salutaire, il est essentiel que l'intégrité et l'absolue indépendance des tribunaux et de leurs auxiliaires soient maintenues de façon à convaincre le public doué de discernement que le principe de l'égalité de tous devant la loi est à l'abri de tout péril. Il faut laisser la porte fermée à toute possibilité de mettre ce principe en danger. Permettre au cabinet représentant le demandeur de continuer à occuper pour lui dans cette cause ouvrirait la porte, si peu que ce soit, à la possibilité de compromettre l'impartialité de l'administration de la justice — résultat qu'un tribunal a l'obligation de prévenir. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Fisher v. Fisher* (1986), 76 N.S.R. (2d) 326, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a prononcé l'incapacité à agir d'un cabinet d'avocats qui avait été consulté par la femme du client qui l'avait d'abord mandaté. Des avocats différents représentaient les parties. Bien que la cour ait reconnu que leur conduite avait toujours été conforme aux normes exigeantes de la profession, elle a refusé d'accepter leur assurance de ne pas partager de renseignements confidentiels.

Dans l'affaire *Thomson c. Smith Mechanical Inc.*, [1985] C.S. 782, le juge Gonthier (maintenant juge de notre Cour) a conclu à l'existence d'un conflit d'intérêts dans un cas où l'avocat du demandeur avait conseillé les deux parties sur la transaction à l'origine du litige. Il a déclaré, à la p. 785:

C'est à ce prix que non seulement justice sera faite mais également paraîtra être faite selon la maxime bien connue sur laquelle repose l'intégrité du système judiciaire dont les avocats sont un élément essentiel. Une telle pratique peut être contraire aussi au droit des parties à la tenue d'une audition en pleine égalité comme le prescrit l'article 23 de la Charte [québécoise].

Dans l'affaire *Canada v. Consortium Designers Inc.* (1988), 72 Nfld. & P.E.I.R. 255 (D.P.I.C.S. Î.-P.-É.), conf. (1989), 80 Nfld. & P.E.I.R. 12, un avocat qui avait pris une part active dans l'affaire au nom du demandeur était devenu associé dans le cabinet mandaté par la défenderesse. Pour faire

qualify the defendant's law firm, McQuaid J. propounded the following test, at pp. 257-62:

... the court has a duty to balance the expected high standards of professional integrity against the realities of life. Where, in the opinion of the court, there exists, or may exist, or may be reasonably anticipated to exist a danger of a breach of confidentiality, then an injunction will issue. Strict proof of the likelihood of breach is not the standard; the standard is the perceived, or reasonably anticipated "danger" of such a breach.

... if he [the transferred lawyer] has a duty to all parties to the litigation, as well as to the public, to avoid the very appearance of the possibility of any conflict of duty, which the law would appear to indicate that he has, then not only he, but his new colleagues as well, who are, may, or might be perceived to be, privy to the confidential information, then all would be tainted with the brush of conflict of interest.

I consider the more appropriate approach to be, not the narrow and rigid approach of Cozens-Hardy, M.R., "that real mischief and real prejudice will in all human probability result", but with the broader, and I think more relevant approach in today's society that "the court ought to be concerned not only with the actual possibility of a conflict of duty, but also with the appearance of such a possibility", as expressed by Saunders, J., in *Brown*.

The issue is: Can the court reasonably infer, given all of the facts, that it might reasonably be perceived primarily by the client, and secondarily, but possibly equally important, by the public, that such did, might, or could have taken place to the prejudice of the client, and to the prejudice of the public's perception and high expectations of the profession.

Finally, in *Morton v. Asper*, *supra*, which was applied by Hanssen J. in this case, Jewers J. stated, at pp. 173-74:

For myself, I prefer to follow those cases which have extended the principle in *Rakusen* to include considerations of public policy, the interest of the public in the proper administration of justice and the perception of fairness by the public and individual litigants. I see

droit à la demande visant à faire déclarer le cabinet inhabile à occuper pour la défenderesse, le juge McQuaid a proposé le critère suivant, aux pp. 257 à 262:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] ... le tribunal a l'obligation de mettre dans la balance les normes exigeantes d'intégrité attendues de la profession et les réalités de tous les jours. Si, de l'avis du tribunal, il y a, ou il peut y avoir, ou il est raisonnablement prévisible qu'il y ait, un danger de violation du secret, une injonction sera prononcée. La norme ne consiste pas dans la preuve stricte de la probabilité de violation; la norme réside dans le «danger» de violation, qui est perçu ou raisonnablement prévu.

<sup>c</sup> ... s'il [l'avocat qui a changé de cabinet] a l'obligation envers toutes les parties au litige, et envers le public, d'éviter l'apparence même de la possibilité d'un conflit de devoirs—ce que la loi semble lui imposer—alors non seulement lui, mais encore ses nouveaux collègues qui ont, ou qui peuvent avoir, ou qui pourraient être perçus comme ayant, connaissance des renseignements confidentiels, tous pourraient se voir reprocher un conflit d'intérêts.

<sup>e</sup> Je considère que la solution préférable est, non pas le critère étroit et rigide énoncé par le maître des rôles Cozens-Hardy—«qu'un préjudice réel s'ensuivrait, selon toute probabilité»—mais le point de vue plus libéral et, je crois, mieux adapté à la réalité d'aujourd'hui, qu'exprime le juge Saunders dans l'affaire *Brown*, selon qui «la cour doit tenir compte non seulement de la possibilité réelle d'un conflit de devoirs, mais encore de l'apparence même de cette possibilité».

<sup>g</sup> La question à trancher est la suivante: la cour peut-elle raisonnablement inférer de l'ensemble des faits que le client tout d'abord, et ensuite, mais c'est peut-être aussi important, le public, pourraient avoir l'impression que la chose a eu, pourrait avoir, ou aurait pu avoir, lieu au détriment du client et au préjudice de l'image de marque de la profession et de l'attente considérable du public à son égard.

<sup>i</sup> Enfin, dans la décision *Morton v. Asper*, précitée, que le juge Hanssen a suivie en l'espèce, le juge Jewers dit, aux pp. 173 et 174:

[TRADUCTION] Pour ma part, je préfère suivre les décisions qui ont élargi la portée du principe énoncé dans l'arrêt *Rakusen* pour y inclure des considérations d'intérêt général, l'intérêt public au regard de la bonne administration de la justice et l'impression de loyauté

nothing in the appellate decisions which would prevent this approach and indeed, in my view, it is encouraged by **Re Speid** [(1984), 43 O.R. (2d) 596 (C.A.)] and **Fisher v. Fisher** (supra). I believe that these broad principles are reflected in the **Code of Professional Conduct**, in particular Clause 11 which speaks of a solicitor placing himself in a position where he might be tempted or appear to be tempted to breach the rule relating to confidential information.

It reduces itself to a matter of appearance and perception: The plaintiffs' former solicitors have now joined the other side. They have a great deal of confidential information going to the very heart of the plaintiffs' case which would be of inestimable value to the opposition. I have already said that I am confident that they have not and will not divulge this information; however, the **Code of Ethics** says that they should not be in a position where they might be tempted or appear to be tempted to do so. I don't say they might be tempted to do so, but to the plaintiffs and to interested members of the public, they might very well appear to be tempted. [Emphasis in original.]

A number of courts, however, have continued to follow the *Rakusen* test. These decisions include: *Farmers Mutual Petroleums Ltd. v. United States Smelting, Refining & Mining Co.* (1961), 28 D.L.R. (2d) 618 (Sask. C.A.); *R. v. Burkinshaw* (1967), 60 D.L.R. (2d) 748 (Alta. S.C.); *Devco Properties Ltd. v. Sunderland*, [1977] 2 W.W.R. 664 (Alta. S.C.); *Mercator Enterprises Ltd. v. Mainland Investments Ltd.* (1978), 29 N.S.R. (2d) 703 (S.C.T.D.); *Christo v. Bevan* (1982), 36 O.R. (2d) 797 (H.C.); *Schmeichel v. Saskatchewan Mining Development Corp.*, [1983] 5 W.W.R. 151 (Sask. C.A.); and *International Electronics Corp. v. Woodside Developments Ltd.*, unreported, British Columbia Supreme Court, June 26, 1985.

Nevertheless it is evident from this review of authorities that the clear trend is in favour of a stricter test. This trend is the product of a strong policy in favour of ensuring not only that there be no actual conflict but that there be no appearance of conflict.

A number of cases have specifically addressed the question as to whether possession of confidential information on the part of one member of a

qu'ont le public et les plaideurs. Je ne vois rien dans les arrêts des cours d'appel qui contredisent ce point de vue et, en réalité, il s'appuie à mon sens sur les arrêts **Re Speid** [(1984), 43 O.R. (2d) 596 (C.A.)] et **Fisher v. Fisher** (précité). Je pense que ces principes généraux sont reflétés dans le **Code de déontologie professionnelle**, en particulier à l'article 11 qui parle de l'avocat qui se met dans une situation où il pourrait être tenté ou sembler être tenté de violer la règle du secret professionnel.

C'est une affaire d'apparence et de perception. Les anciens avocats du demandeur sont passés dans l'autre camp. Ils disposent de quantité de renseignements confidentiels qui concernent le fond de l'argumentation du demandeur et qui auraient une valeur inestimable pour l'adversaire. J'ai déjà dit être sûr qu'ils n'ont pas divulgué et qu'ils ne divulgueront pas ces renseignements; le **Code de déontologie** dit cependant qu'ils ne doivent pas se trouver dans une situation où ils pourraient être tentés ou sembler être tentés de le faire. Je ne dis pas qu'ils pourraient être tentés de le faire, mais ils pourraient très bien sembler l'être aux yeux des demandeurs et des personnes intéressées, en général. [Souligné dans l'original.]

Toutefois, dans un bon nombre de décisions, les tribunaux ont continué de suivre le critère énoncé dans l'arrêt *Rakusen*. Parmi celles-ci, on compte *Farmers Mutual Petroleums Ltd. v. United States Smelting, Refining & Mining Co.* (1961), 28 D.L.R. (2d) 618 (C.A. Sask.); *R. v. Burkinshaw* (1967), 60 D.L.R. (2d) 748 (C.S. Alb.); *Devco Properties Ltd. v. Sunderland*, [1977] 2 W.W.R. 664 (C.S. Alb.); *Mercator Enterprises Ltd. v. Mainland Investments Ltd.* (1978), 29 N.S.R. (2d) 703 (C.S.D.P.I.); *Christo v. Bevan* (1982), 36 O.R. (2d) 797 (H.C.); *Schmeichel v. Saskatchewan Mining Development Corp.*, [1983] 5 W.W.R. 151 (C.A. Sask.); *International Electronics Corp. v. Woodside Developments Ltd.*, inédit, Cour suprême de la Colombie-Britannique, 26 juin 1985.

Il ressort néanmoins manifestement de l'examen de ces décisions que les tribunaux ont nettement tendance à appliquer un critère plus rigoureux. Cette tendance participe d'une volonté ferme d'éviter non seulement les conflits réels, mais encore les conflits qui ne seraient qu'apparents.

Un certain nombre de précédents ont porté sur la question de savoir s'il fallait induire du fait qu'un des membres d'un cabinet avait obtenu des



firm should be imputed to the rest of the firm. The strict application of the appearance principle has led some courts to apply it so that the presumption that "the knowledge of one is the knowledge of all" is irrebuttable. In this category are *Davey v. Woolley, Hames, Dale & Dingwall* (1982), 35 O.R. (2d) 599 (C.A.); *Fisher v. Fisher*, *supra*; and *Morton v. Asper*, *supra*. Other courts have allowed the principle to be rebutted: see *United States Surgical Corp. v. Downs Surgical Canada Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 157 (F.C.T.D.), and *Law Society of Manitoba v. Giesbrecht*, *supra*. These cases are analyzed by Graham Steele in "Imputing Knowledge From One Member of a Firm to Another: 'Lead Us Not Into Temptation'" (1990), 12 *Adv. Q.* 46. He concludes, at p. 58:

Some judges (and lawyers) find the rigid application of test (2) to be too hard on lawyers and law firms, particularly in today's climate of mergers and mega-firms. For the purpose of determining whether there is a conflict of interest, they would advocate what might be called a "rebuttable imputation" of a lawyer's knowledge.

### The Appropriate Test

What then should be the correct approach? Is the "probability of mischief" standard sufficiently high to satisfy the public requirement that there be an appearance of justice? In my opinion, it is not. This is borne out by the judicial statements to which I have referred and to the desire of the legal profession for strict rules of professional conduct as its adoption of the Canadian Code of Professional Conduct demonstrates. The probability of mischief test is very much the same as the standard of proof in a civil case. We act on probabilities. This is the basis of *Rakusen*. I am, however, driven to the conclusion that the public, and indeed lawyers and judges, have found that standard wanting. In dealing with the question of the use of confidential information we are dealing with a matter that is usually not susceptible of proof. As pointed out by Fletcher Moulton L.J. in *Rakusen*, "that is a thing which you cannot prove" (p. 841). I would add "or disprove". If it were otherwise, then no doubt the public would be satisfied upon proof that no prejudice would be occasioned. Since, however, it is not susceptible of proof, the test must be such

renseignements confidentiels, que les autres en avaient eux aussi eu connaissance. L'application rigoureuse du critère de l'apparence a amené certains tribunaux à considérer qu'il s'agissait d'une présomption irréfragable. Rentrent dans cette catégorie les décisions *Davey v. Woolley, Hames, Dale & Dingwall* (1982), 35 O.R. (2d) 599 (C.A.); *Fisher v. Fisher* et *Morton v. Asper*, précitées. D'autres tribunaux ont tenu la présomption pour réfutable: voir *United States Surgical Corp. v. Downs Surgical Canada Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 157 (D.P.I.C.F.) et *Law Society of Manitoba v. Giesbrecht*, précitée. Graham Steele analyse ces décisions dans un article: «Imputing Knowledge From One Member of a Firm to Another: 'Lead Us Not Into Temptation'» (1990), 12 *Adv. Q.* 46. Il conclut, à la p. 58:

[TRADUCTION] Certains juges (et certains avocats) estiment que l'application rigide du critère (2) est trop sévère à l'endroit des avocats et des cabinets, surtout dans le contexte actuel des fusions et des mégacabinets. Ils préconisent, pour déterminer s'il y a un conflit d'intérêts, ce que l'on pourrait appeler la notion de l'«imputation réfutable» de ce qu'a appris un avocat.

### Le critère à retenir

Quelle doit donc être la bonne approche? La norme de la «probabilité de préjudice» est-elle assez exigeante pour donner à la justice ce caractère apparent que le public exige d'elle? À mon sens, elle ne l'est pas; ce que confirment la jurisprudence que j'ai citée et le désir de la profession juridique d'avoir des règles strictes de déontologie, comme le démontre l'adoption du Code canadien de déontologie professionnelle. Le critère de la probabilité de préjudice correspond essentiellement à la norme de preuve en matière civile. Nous nous en tenons aux probabilités, tel est le fondement de l'arrêt *Rakusen*. Force m'est cependant de conclure que le public, et même les avocats et les juges, ont jugé cette norme insuffisante. L'utilisation de renseignements confidentiels est habituellement impossible à prouver. Comme le fait remarquer le lord juge Fletcher Moulton dans l'arrêt *Rakusen*, [TRADUCTION] «ce n'est pas possible de le prouver» (p. 841). J'ajouterais: «ou de le réfuter». S'il en était autrement, le public se satisferait sans doute d'une preuve d'absence de préjudice. Mais comme c'est impossible à prouver, le critère.

that the public represented by the reasonably informed person would be satisfied that no use of confidential information would occur. That, in my opinion, is the overriding policy that applies and must inform the court in answering the question: Is there a disqualifying conflict of interest? In this regard, it must be stressed that this conclusion is predicated on the fact that the client does not consent to but is objecting to the retainer which gives rise to the alleged conflict.

Typically, these cases require two questions to be answered: (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 the client?

In answering the first question, the court is confronted with a dilemma. In order to explore the matter in depth may require the very confidential information for which protection is sought to be revealed. This would have the effect of defeating the whole purpose of the application. American courts have solved this dilemma by means of the "substantial relationship" test. Once a "substantial relationship" is shown, there is an irrebuttable presumption that confidential information was imparted to the lawyer. In my opinion, this test is too rigid. There may be cases in which it is established beyond any reasonable doubt that no confidential information relevant to the current matter was disclosed. One example is where the applicant client admits on cross-examination that this is the case. This would not avail in the face of an irrebuttable presumption. In my opinion, once it is shown by the client that there existed a previous relationship which is sufficiently related to the retainer from which it is sought to remove the solicitor, the court should infer that confidential information was imparted unless the solicitor satisfies the court that no information was imparted which could be relevant. This will be a difficult burden to discharge. Not only must the court's degree of satisfaction be such that it would withstand the scrutiny of the reasonably informed member of the public that no such information passed, but the burden must be discharged without revealing the

retenu doit tendre à convaincre le public, c'est-à-dire une personne raisonnablement informée, qu'il ne sera fait aucun usage de renseignements confidentiels. Voilà, à mon sens, la ligne directrice primordiale que doit suivre la Cour en répondant à la question: sommes-nous en présence d'un conflit d'intérêts de nature à rendre l'avocat inhabile à agir? Il faut souligner à cet égard que cette conclusion suppose que le client n'a pas acquiescé, mais qu'il s'oppose au mandat qui est à l'origine du conflit présumé.

D'ordinaire, ce type d'affaire soulève deux questions: premièrement, l'avocat a-t-il appris des faits confidentiels, grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client, qui concernent l'objet du litige? Deuxièmement, y a-t-il un risque que ces renseignements soient utilisés au détriment du client?

Pour répondre à la première question, la cour doit résoudre un dilemme. Il peut en effet être nécessaire, pour examiner à fond la question, de révéler les renseignements confidentiels que l'on cherche justement à protéger. La requête perdrait alors tout sens. Les tribunaux américains ont résolu ce dilemme en adoptant le critère du «lien important». L'établissement d'un «lien important» fait naître une présomption irréfragable selon laquelle l'avocat a appris des faits confidentiels. À mon avis, ce critère est trop rigide. Il peut arriver qu'il soit prouvé hors de tout doute raisonnable qu'aucun renseignement confidentiel pertinent en l'espèce n'a été divulgué; le requérant a pu, par exemple, reconnaître ce fait au cours de son contre-interrogatoire. Or, cette preuve serait inefficace au regard d'une présomption irréfragable. À mon avis, dès que le client a prouvé l'existence d'un lien antérieur dont la connexité avec le mandat dont on veut priver l'avocat est suffisante, la Cour doit en inférer que des renseignements confidentiels ont été transmis, sauf si l'avocat convainc la Cour qu'aucun renseignement pertinent n'a été communiqué. C'est un fardeau de preuve dont il aura bien de la difficulté à s'acquitter. Non seulement la Cour doit être convaincue, au point qu'un membre du public raisonnablement informé serait persuadé qu'aucun renseignement de cette nature n'a été transmis, mais encore la preuve doit être faite sans que soient révélés les détails de la

specifics of the privileged communication. Nonetheless, I am of the opinion that the door should not be shut completely on a solicitor who wishes to discharge this heavy burden.

The second question is whether the confidential information will be misused. A lawyer who has relevant confidential information cannot act against his client or former client. In such a case the disqualification is automatic. No assurances or undertakings not to use the information will avail. The lawyer cannot compartmentalize his or her mind so as to screen out what has been gleaned from the client and what was acquired elsewhere. Furthermore, there would be a danger that the lawyer would avoid use of information acquired legitimately because it might be perceived to have come from the client. This would prevent the lawyer from adequately representing the new client. Moreover, the former client would feel at a disadvantage. Questions put in cross-examination about personal matters, for example, would create the uneasy feeling that they had their genesis in the previous relationship.

The answer is less clear with respect to the partners or associates in the firm. Some courts have applied the concept of imputed knowledge. This assumes that the knowledge of one member of the firm is the knowledge of all. If one lawyer cannot act, no member of the firm can act. This is a rule that has been applied by some law firms as their particular brand of ethics. While this is commendable and is to be encouraged, it is, in my opinion, an assumption which is unrealistic in the era of the mega-firm. Furthermore, if the presumption that the knowledge of one is the knowledge of all is to be applied, it must be applied with respect to both the former firm and the firm which the moving lawyer joins. Thus there is a conflict with respect to every matter handled by the old firm that has a substantial relationship with any matter handled by the new firm irrespective of whether the moving lawyer had any involvement with it. This is the "overkill" which has drawn so much criticism in the United States to which I have referred above.

communication privilégiée. Néanmoins, je suis d'avis qu'il ne convient pas de priver de tout moyen d'action l'avocat qui veut s'acquitter de ce lourd fardeau.

a

Il s'agit en deuxième lieu de décider si un mauvais usage sera fait des renseignements confidentiels. Un avocat qui a appris des faits confidentiels pertinents ne peut pas agir contre son client ou son ancien client. Il sera automatiquement déclaré inhabile à agir. Peu importe qu'il donne l'assurance ou qu'il promette de ne pas utiliser les renseignements. L'avocat ne peut pas compartimenter son esprit de façon à trier les renseignements appris de son client et ceux obtenus d'autres sources. Au surplus, il risquerait de s'abstenir d'utiliser des renseignements obtenus licitement, par crainte de donner l'impression qu'ils proviennent du client. L'avocat serait ainsi empêché de bien représenter son nouveau client. Par surcroît, l'ancien client aurait le sentiment d'être désavantagé. Il ne pourrait s'empêcher de penser que les questions posées au cours du contre-interrogatoire au sujet de sa vie privée, par exemple, ont leur origine dans la relation antérieure.

b

c

d

e

La réponse est moins claire en ce qui concerne les associés. Certains tribunaux ont appliqué le concept de la connaissance présumée. Selon cette présomption, tous les membres du cabinet sont censés savoir ce que sait chacun d'eux. Si l'un de ceux-ci ne peut pas agir, aucun ne le peut. Certains cabinets s'en sont fait une ligne de conduite. Certes, l'initiative est louable et mérite d'être encouragée, mais c'est à mon sens une présomption irréaliste à l'ère des mégacabinets. De plus, si la présomption, selon laquelle lorsqu'un avocat est au courant, tous le sont, doit être appliquée, elle doit l'être à l'égard de l'ancien cabinet comme de celui auquel s'est joint l'avocat qui vient de changer de cabinet. Par conséquent, il y a un conflit relativement à chaque affaire traitée par l'ancien cabinet qui a un rapport important avec une affaire traitée par le nouveau cabinet, peu importe que l'avocat qui vient de changer s'en soit occupé ou non. C'est l'effet démesuré qui a entraîné tant de critiques aux États-Unis, que j'ai mentionnées précédemment.

f

g

h

i

j

Moreover, I am not convinced that a reasonable member of the public would necessarily conclude that confidences are likely to be disclosed in every case despite institutional efforts to prevent it. There is, however, a strong inference that lawyers who work together share confidences. In answering this question, the court should therefore draw the inference, unless satisfied on the basis of clear and convincing evidence, that all reasonable measures have been taken to ensure that no disclosure will occur by the "tainted" lawyer to the member or members of the firm who are engaged against the former client. Such reasonable measures would include institutional mechanisms such as Chinese Walls and cones of silence. These concepts are not familiar to Canadian courts and indeed do not seem to have been adopted by the governing bodies of the legal profession. It can be expected that the Canadian Bar Association, which took the lead in adopting a Code of Professional Conduct in 1974, will again take the lead to determine whether institutional devices are effective and develop standards for the use of institutional devices which will be uniform throughout Canada. Although I am not prepared to say that a court should never accept these devices as sufficient evidence of effective screening until the governing bodies have approved of them and adopted rules with respect to their operation, I would not foresee a court doing so except in exceptional circumstances. Thus, in the vast majority of cases, the courts are unlikely to accept the effectiveness of these devices until the profession, through its governing body, has studied the matter and determined whether there are institutional guarantees that will satisfy the need to maintain confidence in the integrity of the profession. In this regard, it must be borne in mind that the legal profession is a self-governing profession. The Legislature has entrusted to it and not to the court the responsibility of developing standards. The court's role is merely supervisory, and its jurisdiction extends to this aspect of ethics only in connection with legal proceedings. The governing bodies, however, are concerned with the application of conflict of interest standards not only in respect of litigation but in other fields which constitute the greater part of the practice of law. It would be wrong, therefore, to shut out the

En outre, je ne suis pas convaincu qu'un membre raisonnable du public conclurait nécessairement qu'il est probable que les renseignements confidentiels seront divulgués à tout coup en dépit des efforts concertés faits pour prévenir ce résultat. Pourtant, il y a fort à présumer que les avocats qui travaillent ensemble échangent des renseignements confidentiels. Pour trancher cette question, le tribunal doit donc tirer les conséquences de cette présomption, sauf s'il est persuadé, par des preuves claires et convaincantes, que toutes les mesures raisonnables ont été prises pour veiller à ce que l'avocat en cause ne divulgue rien aux membres du cabinet qui agissent contre son ancien client. Parmi ces mesures raisonnables, on pourrait compter des mécanismes institutionnels comme les murailles de Chine et les cônes de silence. Ces concepts sont peu connus des tribunaux canadiens et même ne semblent pas avoir été adoptés par les organes directeurs de la profession. On peut s'attendre à ce que l'Association du barreau canadien qui a pris l'initiative par l'adoption en 1974 d'un Code de déontologie professionnelle, prenne encore l'initiative de déterminer si les dispositifs institutionnels sont efficaces et d'élaborer des normes en matière d'utilisation des dispositifs institutionnels qui seront uniformes au Canada. Bien que je ne sois pas prêt à dire qu'un tribunal ne devrait jamais considérer ces dispositifs comme la preuve d'une protection suffisante tant que les organes directeurs ne les auront pas approuvés et n'auront pas adopté des règles régissant leur fonctionnement, je ne puis envisager qu'un tribunal le fasse sauf dans des circonstances exceptionnelles. Par conséquent, dans la grande majorité des cas, il est improbable que les tribunaux admettent l'efficacité de ces dispositifs, tant que la profession, par l'entremise de son organe directeur, n'aura pas étudié la question et déterminé qu'il existe des garanties institutionnelles répondant à la nécessité de conserver la confiance dans l'intégrité de la profession. À cet égard, il convient de se rappeler que la profession d'avocat est une profession qui se régit elle-même. C'est à elle, et non aux tribunaux, que le législateur a confié la responsabilité d'élaborer des normes. Les tribunaux ont simplement un rôle de surveillance et leur compétence porte sur cet aspect de la déontologie uniquement en ce qui

governing body of a self-regulating profession from the whole of the practice by the imposition of an inflexible and immutable standard in the exercise of a supervisory jurisdiction over part of it.

*A fortiori* undertakings and conclusory statements in affidavits without more are not acceptable. These can be expected in every case of this kind that comes before the court. It is no more than the lawyer saying "trust me". This puts the court in the invidious position of deciding which lawyers are to be trusted and which are not. Furthermore, even if the courts found this acceptable, the public is not likely to be satisfied without some additional guarantees that confidential information will under no circumstances be used. In this regard I am in agreement with the statement of Posner J. in *Analytica, supra*, to which I have referred above, that affidavits of lawyers difficult to verify objectively will fail to assure the public.

These standards will, in my opinion, strike the appropriate balance among the three interests to which I have referred. In giving precedence to the preservation of the confidentiality of information imparted to a solicitor, the confidence of the public in the integrity of the profession and in the administration of justice will be maintained and strengthened. On the other hand, reflecting the interest of a member of the public in retaining counsel of her choice and the interest of the profession in permitting lawyers to move from one firm to another, the standards are sufficiently flexible to permit a solicitor to act against a former client provided that a reasonable member of the public who is in possession of the facts would conclude that no unauthorized disclosure of confidential information had occurred or would occur.

a trait aux procédures judiciaires. Toutefois, les organes directeurs se préoccupent de l'application des normes relatives aux conflits d'intérêts non seulement en ce qui concerne le contentieux mais dans d'autres domaines qui constituent la plus grande part de la pratique du droit. Par conséquent, il ne conviendrait pas de fermer l'ensemble de la pratique à l'organe directeur d'une profession autonome par l'imposition d'une norme inflexible et immuable dans l'exercice d'une compétence de surveillance à l'égard d'une partie de cette pratique.

*A fortiori*, les simples engagements et affirmations catégoriques contenus dans des affidavits ne sont pas acceptables. On peut s'attendre à les trouver dans toute affaire de cette nature qui est soumise aux tribunaux. Cela revient à une invitation de l'avocat à lui faire confiance. Le tribunal a alors la tâche ingrate de décider quels avocats sont dignes de confiance et lesquels ne le sont pas. De plus, même si les tribunaux estimaient que cette pratique est acceptable, il est peu probable que le public soit convaincu s'il n'a d'autres garanties que les renseignements confidentiels ne seront jamais utilisés. À cet égard, j'approuve les propos du juge Posner dans la décision *Analytica*, précitée, selon qui les affidavits des avocats, qui sont difficiles à vérifier objectivement, ne rassureront pas le public.

Selon moi, ces normes établiront un juste équilibre entre les trois valeurs que j'ai mentionnées plus haut. Si l'on donne préséance au secret professionnel, on pourra préserver et augmenter la confiance du public dans l'intégrité de la profession et de l'administration de la justice. En revanche, parce qu'elles reconnaissent le droit du justiciable de retenir les services de l'avocat de son choix et l'intérêt de la profession à la mobilité, ces normes sont assez souples pour permettre à l'avocat d'agir contre un ancien client, à la condition qu'un membre raisonnable du public au courant des faits en arriverait à la conclusion qu'aucun renseignement confidentiel n'a été divulgué sans autorisation ni n'est susceptible de l'être.

### Application to this Case

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

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

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

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

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

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

### Application à la présente espèce

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

rer et de défendre les causes de leurs clients devant les tribunaux. En vue de l'audition d'une question litigieuse, le client doit souvent confier des renseignements confidentiels à l'avocat qu'il a mandaté.

<sup>a</sup> Il doit souvent, par nécessité, dévoiler à son avocat ses plans et ses désirs les plus secrets, ses craintes les plus vives. Le client doit avoir la certitude que l'avocat ne révélera pas ses confidences ni n'en tirera profit.

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### Conclusion

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

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

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

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

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

### Conclusion

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

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

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

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

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

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Pitblado & Hoskin, Winnipeg.*

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

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

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

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

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