

## The conflicts trilogy

Since 1990, the Supreme Court of Canada has on three occasions set out to clarify the rules surrounding conflicts: *MacDonald Estate v. Martin*, *R. v. Neil* and *Strother v. 346920 Canada Inc.*

In the 2002 Neil decision, the court set out the “bright line” conflicts test. This is a general rule that lawyers may not represent a client “whose interests are directly adverse to the immediate interests of another current client — even if the two mandates are unrelated — unless both clients consent after receiving full disclosure (and preferably independent legal advice), and the lawyer reasonably believes that he or she is able to represent each client without adversely affecting the other.”

One area that has given rise to a confusion and concern among the profession relates to the duty of loyalty, says Scott Jolliffe, Chair and CEO of Gowling Lafleur Henderson LLP in Toronto. Lawyers have a fiduciary duty of loyalty to their current clients — their representation of those clients must be zealous and unaffected by any other interest, including their own personal interest, or their interest or duty towards another client. “I think generally the profession understands that principle,” says

Jolliffe. “Things really became quite confused, though, with the decision in the Neil case.”

Neil has been interpreted by some in the profession, and by some courts, as indicating that the duty of loyalty prevents a lawyer — or his or her law firm — from acting against a current client, even in an unrelated matter. “That came as quite a surprise to the profession,” says Jolliffe, “because I think the practice that has been followed was that if the matter was totally unrelated, then the lawyer or law firm could act against even an existing client, provided that there was no adverse effect on the representation of the client. That’s not how the case has been interpreted.”

The Supreme Court went further in the 2007 Strother decision in clarifying law firms’ fiduciary duties to their present and former clients. It outlined the importance of putting clients’ business ahead of lawyers’ business, saying that lawyers must not reveal confidential information about other clients. The court ruled: “A fundamental duty of a lawyer is to act in the best interest of his or her client to the exclusion of all other adverse interests, except those duly disclosed by the lawyer and willingly accepted by the client.” ■

## La gestion de conflits

Un récent rapport de l’Association du Barreau canadien met en lumière une des dimensions les plus floues de la réalité moderne de la pratique du droit : le conflit d’intérêts.

Le nombre de conflits d’intérêts entre des clients corporatifs et leurs conseillers juridiques n’a cessé d’augmenter au cours des dernières années. Ces clients corporatifs et particulièrement leur service de contentieux se retrouvent au cœur d’épineuses questions : quels clients les firmes d’avocats peuvent-elles accepter, quelles firmes les clients doivent-ils choisir et sur quoi doivent-ils baser ces deux décisions.

La confusion et l’irrégularité dans l’application des règles sur les conflits d’intérêt sont suffisamment importantes pour que l’ABC publie en août dernier un rapport-phare sur le sujet : Conflits d’intérêt : rapport

final, recommandations et trousse de documents modèles ([www.cba.org/abc/groups\\_f/pdf/conflicts\\_finalreport.pdf](http://www.cba.org/abc/groups_f/pdf/conflicts_finalreport.pdf))

« Des questions quant aux conflits émergent continuellement », affirme Gordon Currie, avocat général de la société George Weston LTD de Toronto, et qui a siégé sur le comité de rédaction du rapport.

M<sup>e</sup> Currie affirme avoir déjà eu à se pencher sur quatre cas de conflits d’intérêts en une seule semaine. « En tant qu’avocat, je comprends que certains conflits d’intérêts ne peuvent être contournés et je dois alors me tourner vers quelqu’un

d’autre pour faire le travail. »

Conseiller juridique dans une importante corporation, il lui est facile de dénicher un autre spécialiste, en cas de conflit. Mais pour une entreprise ayant accès à un bassin plus restreint de spécialistes, « les règles sur les conflits sont ainsi plus lourdes de conséquences », explique-t-il.

### L’importance de diversifier

Pour éviter les conflits potentiels, il est préférable de travailler avec plusieurs cabinets et ne pas remettre tous ses litiges entre les mains d’un seul, comme le faisaient les grandes compagnies auparavant. « Il faut

According to the report, the “task force understands that there are occasions when an unrelated mandate against a current client offends a substantial risk principle. But the task force does not believe that this occurs in most situations and, therefore, takes a

that happens, but the potential is there in every case.” He says he regards his law firms as partners, and that “what we’re trying to do is go beyond the typical client relationship. I guess it’s an extension of the principle that you don’t partner with people

## The report’s authors say the response to its recommendations from within the profession has been extremely positive.

position that acting on an unrelated mandate is generally unlikely to offend the substantial risk principle, especially when the matters do not involve litigation.”

For Aust, the duty of loyalty is breached if one of his law firms acts for another client in litigation. Whether a lawyer is acting for him at that time or not, “we’re not comfortable with our firms acting against us.” Contractually, he says, anyone selected to act for the bank signs an engagement package agreeing not to act against it. “That’s the crunch point for us.”

Aust suggests that in some instances, it could provide an unfair advantage to a firm that knows the client well. “I’m not saying

who are adversarial to you or take adversarial action against you.”

Many in the profession hope that the CBA’s task force report will go a long way towards clearing up conflicts issues. “As someone who practises in-house and has a pretty large in-house legal department, we certainly are interested in the clarity that comes with all of the recommendations,” says Currie.

“The clearer the rules, the more principled the rules are in their application, and the more consistent they are across the country — that’s good for every client.” ■

*Ann Macaulay is a Toronto legal affairs writer.*

éviter de mettre tous ses œufs dans le même panier », affirme M<sup>c</sup> Perrett, directeur du département de litige de la Banque de Montréal à Toronto.

Keith Perrett choisit souvent de retenir les services de petites firmes. Les chances de conflits sont ainsi réduites. « Au fur et à mesure que la firme grandit, sa clientèle s’élargit tout comme le potentiel de conflits », juge-t-il.

Selon plusieurs avocat-conseils, l’utilisation des conflits d’intérêts comme argument dans le cadre d’un litige est à la hausse.

« Si les allégations sont fondées, d’accord, indique M<sup>c</sup> Currie. Mais si elles sont évoquées uniquement dans le but de marquer des points alors qu’il n’y a pas l’ombre d’un conflit, là c’est différent. »

La plupart du temps, précise l’avocat, ce genre de situations se règle hors cour : aucun client n’a le temps ni l’argent pour résoudre une question de conflits devant les tribunaux.

### Le rapport de l’ABC

Le rapport de l’ABC est source d’espoir pour plusieurs, inquiets de la confusion qui règne dans ce domaine. Le rapport comporte 21 recommandations et offre une trousse contenant des conseils pratiques sur l’éthique et les moyens d’éviter de se placer dans ce type de situations.

Ce rapport fait actuellement l’objet d’une étude visant à apporter de nouvelles recommandations au code de déontologie professionnelle de l’ABC. La Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada se penche aussi sur son contenu.

Le principe de loyauté en est l’un des points centraux. Même si les tribunaux et les avocats peuvent mélanger ce principe avec le devoir de confidentialité, Scott Joiliffé, président du groupe de travail qui a rédigé le rapport, rappelle que les deux sont très différents.

Le devoir de loyauté envers un client se termine lorsque l’engagement entre son

conseiller légal et lui prend fin, rappelle-t-il, tandis que le devoir de confidentialité survit au mandat — et il doit particulièrement être pris en considération dans une perspective de prévention des conflits.

### Réactions positives

Les auteurs affirment que les réponses au sein même de la profession ont été extrêmement positives. D’ailleurs, plusieurs espèrent qu’il clarifie pour tous certaines questions qui étaient jusqu’ici restées en suspens.

« En tant que conseiller juridique à l’interne dans un vaste contentieux, je ne peux qu’appuyer la volonté d’éclaircissement présente dans chacune des recommandations », se réjouit pour sa part M<sup>c</sup> Currie.

« Plus les règles sont claires, plus elles sont uniformément appliquées et plus la pratique est similaire à la grandeur du pays... ce qui est bon pour tous les clients. » ■

— Yasmina El Jamaï