

Conflicts of Interest

WHEREAS the Canadian Bar Association has a long history of contributing to the development of codes of professional conduct and the law of professional responsibility, starting with the adoption of the Canons of Legal Ethics in 1920;

WHEREAS concerns about the efficacy of and practical difficulties imposed by conflict of interest and confidentiality rules have been increasing steadily within the legal profession for some time;

WHEREAS in March 2007 the Canadian Bar Association established the Task Force on Conflicts of Interest with a mandate to:

- (a) propose practical guidelines for the profession in applying the duty of loyalty and implementing appropriate modifications or waivers of the duty;
- (b) consider the appropriate scope and content of client engagement letters; and
- (c) propose practical guidelines for the profession in the application of the duty of confidentiality, particularly in areas of deemed knowledge and relevance of information;

WHEREAS the Task Force, through extensive research and consultations, confirmed the extent to which today's conflicts challenges affect all types of clients and legal practices and raise concerns in all parts of Canada;

Conflits d'intérêts

ATTENDU QUE l'Association du Barreau canadien contribue depuis longtemps à l'élaboration de codes de déontologie et au droit en matière de responsabilité professionnelle, comme en témoigne l'adoption du premier code intitulé *Canons of Legal Ethics* en 1920;

ATTENDU QUE les préoccupations concernant l'efficacité des règles sur les conflits d'intérêts et la confidentialité ainsi que les difficultés pratiques engendrées par ces règles ne font qu'augmenter au sein de la profession juridique depuis quelque temps;

ATTENDU QU'en mars 2007, l'Association du Barreau canadien a mis sur pied le Groupe de travail sur les conflits d'intérêts dont le mandat est de :

- (a) proposer des lignes directrices à l'intention des membres de la profession quant à l'application du devoir de loyauté et à la mise en œuvre de modifications ou de renonciations opportunes à ce devoir;
- (b) étudier quels seraient la portée et le contenu appropriés des mandats écrits signés par les client(e)s;
- (c) proposer aux membres de la profession des lignes directrices pratiques pour l'application du devoir de confidentialité, notamment dans les cas de connaissance réputée et de pertinence de l'information;

ATTENDU QUE le Groupe de travail, à la suite de recherches et de consultations exhaustives, a confirmé la mesure dans laquelle les enjeux liés aux conflits d'intérêts touchent présentement tous les genres de clients et de pratiques juridiques et font naître des préoccupations dans toutes les régions du Canada;

WHEREAS there is an urgent need to find workable solutions to the difficulties lawyers and their clients are experiencing with the application of the conflicts rules as articulated in codes of professional conduct and judicial decisions;

WHEREAS the Task Force recognizes that the governing bodies of the legal profession have the authority to establish appropriate professional standards for the profession and require compliance with them and that the courts have the authority, when called on, to accept or reject the articulated standards, while considering the law generally and the public interest;

BE IT RESOLVED THAT the Canadian Bar Association *Code of Professional Conduct* be amended as follows:

Elements of a Conflicting Interest

1. to recognize that a “conflicting interest” is any one of a “conflict of duty and interest”, a “conflict of duty and duty”, and a “conflict of duty with relationship”;

Substantial Risk Principle and Unrelated Matters

2. to define a “conflicting interest” to mean an interest that gives rise to a “substantial risk of material and adverse effect on representation”;
3. to provide that, except after adequate disclosure to and with the consent of the client, a lawyer may not act in a matter in which a conflicting interest is present;
4. to provide that a lawyer may act in a matter which is adverse to the interests of a current client provided that:

ATTENDU QU’il existe un besoin pressant de trouver des solutions pratiques aux difficultés auxquelles font face les avocats et leurs clients dans l’application des règles relatives aux conflits d’intérêts, telles qu’elles sont énoncées dans les codes de déontologie et les décisions judiciaires;

ATTENDU QUE le Groupe de travail reconnaît que les organes directeurs de la profession juridiques ont le pouvoir d’établir des normes professionnelles appropriées et d’exiger le respect de ces dernières et que les tribunaux ont le pouvoir, lorsqu’ils sont appelés à le faire, d’accepter ou de rejeter les normes établies lorsqu’ils sous-pèsent les questions générales de droit et l’intérêt public;

QU’IL SOIT RÉSOLU QUE le *Code de déontologie professionnelle* de l’Association du Barreau soit modifié de la façon suivante :

Éléments d’un intérêt conflictuel

1. de reconnaître qu’un « intérêt conflictuel » est soit un « conflit de devoirs et d’intérêts », soit un « conflit de devoirs et d’obligations » ou soit un « conflit de devoirs et de relations »;

Principe du risque substantiel et affaires distinctes

2. de définir « intérêt conflictuel » comme étant un conflit engendrant un « risque sérieux d’effet nuisible appréciable sur la représentation » d’un client;
3. de prévoir qu’un avocat ne peut agir dans une affaire lorsqu’il y a un intérêt conflictuel, sauf à la suite d’une divulgation suffisante au client et avec le consentement de ce dernier ;
4. de prévoir qu’un avocat peut agir dans une affaire qui est opposée aux intérêts d’un autre client actuel si les conditions suivantes sont réunies :

- (a) the matter is unrelated to any matter in which the lawyer is acting for the current client and
- (b) no conflicting interest is present;

- (a) l'affaire n'est pas liée à une autre affaire pour laquelle l'avocat a le mandat d'agir pour le client actuel; et
- (b) il n'existe aucun intérêt conflictuel;

Duties After Retainer Ends

- 5. to clarify that the duty of loyalty owed to a client after a retainer has been completed prohibits a lawyer from attacking the legal work done during the retainer or from, in effect, changing sides on an aspect of the legal work that is central to the prior retainer. (The term "legal work" refers to the very legal advice, representation or work product that the lawyer provides to a client in a specific dispute, transaction or similar mandate. This principle does not prevent a lawyer from advising, representing or taking a position for or against a particular issue for a different client where the immediate interests of the former client are not directly and adversely affected by the lawyer's action);

Devoirs après fin du mandat

- 5. de clarifier que le devoir de loyauté envers un client à la suite de l'exécution du mandat empêche un avocat de s'attaquer au travail juridique qui a été effectué au cours du mandat ou d'agir pour la partie adverse dans une affaire qui est critique au mandat préalable. (L'expression «travail juridique» s'entend seulement de l'avis juridique, de la représentation ou du travail que l'avocat procure ou livre à un client, à l'occasion d'un différend en particulier, d'une transaction ou d'un mandat similaire. Ce principe n'a pas pour but d'empêcher un avocat de conseiller, de représenter ou de prendre une position différente à l'égard d'une question donnée pour le compte d'un client, si la position de l'avocat n'a pas d'incidence directe ou contraire aux intérêts immédiats d'un autre client.);

Confidentiality and Conflicting Interests

- 6. to recognize that a risk of misuse of confidential information is a potential failure to comply with the duty of confidentiality and is distinct from a conflicting interest;
- 7. to include a rule which explicitly delineates the different duties of loyalty and confidentiality owed to a client after a retainer has been completed;
- 8. to reaffirm the requirement, both during a retainer and after a retainer has been completed, not to misuse confidential client information.

Confidentialité et intérêts conflictuels

- 6. de reconnaître qu'un risque d'usage à mauvais escient de renseignements confidentiels équivaut possiblement à un manquement de se conformer au devoir de confidentialité et est distinct d'un intérêt conflictuel;
- 7. d'inclure une règle qui précise les différents devoirs de loyauté et de confidentialité qu'un avocat a envers son client après l'exécution d'un mandat;
- 8. de réaffirmer l'obligation de ne pas utiliser à mauvais escient les renseignements confidentiels du client, ni pendant l'exécution du mandat, ni par la suite;

Confidentiality and Screens

- 9. to provide that a delay in the erection of a confidentiality screen need not require that a law firm cease acting if it can be shown that no disclosure of confidential information occurred;
- 10. to adopt the Law Society of Upper Canada Rule 2.04(5) which says:

Confidentialité et écrans déontologiques

- 9. de prévoir qu'un cabinet juridique dont la mise en place d'écrans déontologiques a été retardée ne soit pas obligé de cesser d'agir au nom d'un client s'il peut démontrer qu'aucun renseignement confidentiel n'a été divulgué;
- 10. d'adopter la règle 2.04(5) du Barreau du Haut-Canada qui se lit comme suit :

Where a lawyer has acted for a former client and obtained confidential information relevant to a new matter, the lawyer's partner or associate may act in the new matter against the former client if

- (a) the former client consents to the lawyer's partner or associate acting, or
- (b) the law firm establishes that it is in the interests of justice that it act in the new matter, having regard to all relevant circumstances, including
 - (i) the adequacy and timing of the measures taken to ensure that no disclosure of the former client's confidential information to the partner or associate having carriage of the new matter will occur,
 - (ii) the extent of prejudice to any party,
 - (iii) the good faith of the parties,
 - (iv) the availability of suitable alternative counsel, and
 - (v) issues affecting the public interest.

Confidentiality and Law Firm Staff Transfers

11. to include commentary to clarify the procedures that should be followed when professional, specialist and administrative staff transfer from one law firm to another.

Confidentiality and Law Firm Mergers

12. to amend the CBA guidelines on conflicts from transfer between law firms to recognize that in the case of a merger of law firms the risk of a breach of client confidentiality does not occur by reason only of entering into a merger agreement and that any necessary screens should therefore be required only when the lawyers in the merged firm start working together or otherwise sharing client information.

Si l'avocat ou l'avocate a déjà représenté un client ou une cliente et a alors obtenu des renseignements confidentiels pertinents dans une nouvelle affaire, son associé ou associée, un professionnel salarié ou une professionnelle salariée peut agir dans cette nouvelle affaire contre l'ancien client ou l'ancienne cliente si, selon le cas :

- (a) l'ancien client ou l'ancienne cliente consent à ce que l'associé, l'associée, le professionnel salarié ou la professionnelle salariée agisse ainsi;
- (b) le cabinet décide que son intervention dans l'affaire sert l'intérêt de la justice, en tenant compte de tous les faits pertinents, notamment de ce qui suit :
 - (i) la suffisance et l'opportunité des mesures prises pour faire en sorte que les renseignements confidentiels concernant l'ancien client ou l'ancienne cliente ne soient pas divulgués à l'associé, à l'associée, au professionnel salarié ou à la professionnelle salariée qui s'occupe de l'affaire,
 - (ii) l'étendue du préjudice causé à n'importe quelle partie,
 - (iii) la bonne foi des parties,
 - (iv) la disponibilité d'un autre avocat ou d'une autre avocate capable de s'occuper de l'affaire,
 - (v) l'intérêt public:

Confidentialité et mouvements de personnel

11. de présenter un commentaire clarifiant la procédure à suivre lorsque des employés professionnels, spécialisés et administratifs passent d'un cabinet d'avocats à un autre;

Confidentialité et fusionnement de cabinets d'avocats

12. de modifier les lignes directrices de l'ABC sur les conflits d'intérêts découlant d'un changement de cabinet juridique afin de reconnaître que dans le cas de fusionnement de cabinets juridiques, le risque de violer la confidentialité d'un client ne se produit pas simplement du fait de conclure un accord de fusion et que tout écran nécessaire ne devrait être obligatoire que si les avocats dans le cabinet ainsi fusionné travaillent

ensemble ou partagent les renseignements d'un client;

Clients and others

13. to clarify that a client is the person who:
 - (a) consults the lawyer and on whose behalf a lawyer renders or undertakes to render legal services or
 - (b) having consulted the lawyer, has reasonably concluded that the lawyer has agreed to render legal services;
14. to clarify that in the case of an individual who consults the lawyer in a representative capacity, the client is the corporation, partnership, organization, or legal entity that the individual is representing;
15. to clarify that the definition of client does not extend to near-clients, affiliated entities, directors, shareholders, employees or family members unless there is objective evidence to demonstrate that they had a reasonable expectation that a lawyer-client relationship would be established;
16. to clarify that lawyers owe a duty of loyalty only to clients and that this duty should not be extended to others; and
17. to clarify that lawyers owe a duty of confidentiality to clients and that a similar confidentiality obligation may extend to near-clients and non-clients when they have disclosed confidential information to the lawyer in the course of the retainer, reasonably expecting that it would be protected, and the lawyer knows or ought to know that the information is confidential.

Engagement Letters

18. to encourage strongly the use of engagement letters as the preferred way to:
 - (a) define and determine the nature and scope of the lawyer-client relationship; and
 - (b) clarify the expectations that lawyers and clients have regarding this relationship.

Clients, clients potentiels et non-clients

13. de préciser que le client est la personne qui, selon le cas :
 - (a) consulte un avocat qui rend ou s'engage à rendre des services juridiques en son nom;
 - (b) a consulté un avocat et pour qui il est raisonnable de conclure que l'avocat a accepté de rendre des services juridiques;
14. de préciser que si un individu consulte un avocat à titre de représentant, le client devient l'entreprise, la société de personnes, l'organisation ou l'entité juridique que cet individu représente;
15. de préciser que la définition d'un client ne s'étend pas aux clients potentiels, entités connexes, administrateurs, actionnaires, employés et aux membres de la famille à moins qu'il existe de la preuve objective démontrant qu'il était raisonnable pour ces derniers de s'attendre à ce qu'une relation avocat-client serait établie;
16. de préciser que les avocats ont un devoir de loyauté envers leurs clients seulement et que ce devoir ne s'étend pas à d'autres personnes;
17. de préciser que les avocats ont un devoir de confidentialité envers leurs clients et qu'une obligation semblable de confidentialité peut s'étendre aux clients potentiels et aux non-clients lorsque ceux-ci ont communiqué des renseignements confidentiels à l'avocat durant la durée du mandat et s'attendent raisonnablement à ce que ces renseignements seront protégés et que l'avocat sait ou devrait savoir que les renseignements sont confidentiels.

Lettres-contrats

18. d'encourager fortement l'utilisation de lettres-contrats comme façon privilégiée de :
 - (a) définir et déterminer la nature et la portée de la relation avocat-client et
 - (b) préciser les attentes des avocats et des clients quant à leur relation.

AND BE IT RESOLVED THAT the Canadian Bar Association take the following measures to implement the Task Force Report:

19. undertake the work necessary to transform the Task Force recommendations into rules and commentaries in the CBA *Code of Professional Conduct*;
20. communicate paragraph 11 with respect to the transfer of professional, specialist and administrative staff to their appropriate professional associations so they may consider adopting parallel provisions in their codes of conduct; and
21. forward the Task Force Report to the Federation of Law Societies of Canada for the Federation's consideration in the development of its model code of conduct, noting the importance of having harmonized conflicts rules in place across Canada.

Certified true copy of a resolution carried as amended by the Council of the Canadian Bar Association at the Annual Meeting held in Québec, QC, August 16-17, 2008.

ET QU'IL SOIT RÉSOLU QUE l'Association du Barreau canadien prenne les mesures suivantes afin mettre en œuvre le Rapport du Groupe de travail :

19. entreprendre le travail nécessaire afin de rédiger des règles et observations pour le *Code de déontologie professionnel de l'ABC* à partir des recommandations du Groupe de travail;
20. porter la paragraphe 11, concernant le déplacement des employés professionnels, spécialisés et administratifs à un cabinet différent, à l'attention de leurs associations professionnelles respectives afin que ces dernières puissent adopter des provisions analogues dans leurs codes de déontologie;
21. transmettre le Rapport du Groupe de travail à la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada pour que cette dernière le consulte lors de l'élaboration d'un modèle de code de déontologie, en soulignant l'importance d'avoir des règles sur les conflits d'intérêts uniformes en place partout au Canada.

Copie certifiée d'une résolution adoptée, tel que modifiée, par le Conseil de l'Association du Barreau canadien, lors de son Assemblée annuelle, à Québec, QC, les 16 et 17 août 2008

**John D.V. Hoyles
Executive Director/Directeur exécutif**