

THE CANADIAN BAR REVIEW

LA REVUE DU BARREAU  
CANADIEN

Vol. 92

2013

No. 3

**PREFACE**

In January 2014, the Centre for the Legal Profession at the University of Toronto held a conference in which participants examined ethical issues that arise in the law firm setting. Of course, many of the issues that arose in the course of the discussion applied to practice outside of law firms. The conference was a huge success with about eighty attendees from various sectors of the profession; a vibrant discussion ensued. We agreed that more people could benefit from the discussion if we developed full-fledged papers based on the presentations. The *Canadian Bar Review* kindly agreed to publish the papers.

John Pearson's paper focuses on the importance of protecting the public interest as a goal of regulating the legal profession. Given the self-regulatory nature of the present system, Pearson reasons that the public could be left doubting the ability and willingness of lawyers to be impartial and independent. To rectify this issue and increase public confidence in the existing regulatory infrastructure, he argues that the current framework should be adjusted to allow for increased public governance over significant issues of societal concern.

Malcolm Mercer's paper focuses on the distinction between solicitor-client privilege and law society codes of conduct, highlighting the differences in the scope of protection offered by each. He contends that while codes of conduct in some cases allow for the lawyer's use of protected information, such exceptions are never sanctioned under solicitor-client privilege. He argues that codes of conduct should be amended to clarify this difference, and that such reform would be consistent with current case law on the issue.

Amy Salyzyn's paper explores the regulatory intervention of law societies in the ethical infrastructure of Canadian law practices. By ethical infrastructure, she means "institutional policies, procedures, structures and

workplace culture within a law practice that help lawyers fulfill their ethical duties.” Salyzyn argues that reform of such infrastructure would result in enhanced outcomes with respect to a lawyer’s fulfillment of ethical duties quite apart from the complaints-based regime currently in place.

John Chapman’s paper entitled “Am I my partner’s keeper?” deals with a lawyer’s obligation to report a breach of ethical standards by his or her partner. While such a duty is more evident in clear cases of serious misconduct, Chapman discusses the duty in light of less serious conduct. His central argument is that the more onerous duty under the model code should be included in the new Ontario rules which, in turn, would imply heightened obligations on law firms to report issues of professional misconduct.

Stephen Pitel and Jordan McKie’s paper focuses on the increasing tendency of large law firms to designate certain lawyers as ethics counsel, responsible for providing guidance and oversight over the firms’ activities. Their paper considers whether communication with those designated as ethics counsel should be subject to solicitor-client privilege. As the issue is a novel one in Canada, they examine US best practices and make recommendations regarding the development of the law in Canada.

My own paper contemplates whether the self-regulatory structure of the legal profession is dominated by private interest regulation, a phenomenon known as “capture.” I further consider the extent to which capture derails the goals of self-regulation in protecting the public interest. Using large law firms as the primary subject of this analysis, I consider the many incentives for large law firms to comply with, and voluntarily create stricter parameters than, the rules of professional conduct.

Thanks to all of the authors for their enthusiasm in putting this volume together and for their patience through the editing process. Thanks also to Kim Snell who was the Director of the CLP when we held the conference and for the three years prior. Kim’s organizational prowess kept me on task and facilitated the conference that gave rise to this book. Thanks to Krupa Kotecha, JD Student at the Faculty of Law, for carefully reviewing the papers and footnotes while holding down a full-time summer job. Finally, thanks to Professor Beth Bilson with whom it has been a pleasure to work on this volume.

Anita Anand  
University of Toronto  
January, 2015

## PRÉFACE

En janvier 2014, le Centre for the Legal Profession de l'Université de Toronto a tenu un colloque, à l'occasion duquel les participants se sont penchés sur les questions déontologiques propres à la pratique du droit en cabinet. Bien entendu, bon nombre des questions soulevées lors du colloque avaient une portée plus générale. Le colloque, un franc succès, réunissait quelque 80 participants de divers secteurs de la profession, qui y ont tenu de riches discussions. Nous avons entrepris de mettre le contenu de ces conférences par écrit, afin d'en faire profiter un plus grand nombre de personnes. La Revue du Barreau canadien a aimablement accepté de publier les actes du colloque.

Dans son article, John Pearson traite de l'importance de défendre l'intérêt public en tentant de renforcer le contrôle de la profession juridique. Selon Pearson, l'autoréglementation du système actuel risque d'amener le public à douter de la volonté et de la capacité des avocats d'agir de façon impartiale et indépendante. En vue de remédier à la situation et de renforcer la confiance publique dans l'actuelle infrastructure réglementaire, il soutient qu'il faut adapter le cadre existant de façon à admettre une gouvernance accrue du public dans les importantes questions d'ordre sociétal.

L'article de Malcolm Mercer porte sur les différences entre le secret professionnel de l'avocat et les codes de déontologie des barreaux quant à l'étendue de la protection de part et d'autre. Il souligne que les codes de déontologie permettent dans certains cas à l'avocat d'utiliser des renseignements protégés, mais que ces exceptions entrent en conflit avec le secret professionnel de l'avocat. Il fait valoir que ces codes demandent à être revus de manière à mettre à clarifier ces différences et à orienter une réforme épousant la jurisprudence actuelle à ce chapitre.

Amy Salyzyn étudie quant à elle, l'intervention réglementaire des barreaux dans l'infrastructure déontologique des pratiques du droit canadien. Par infrastructure déontologique, elle entend « des politiques, procédures et structures institutionnelles et une culture s'inscrivant dans une pratique du droit favorisant le respect des obligations éthiques de l'avocat ». Salyzyn soutient que la réforme de cette infrastructure aiderait les avocats à mieux honorer leurs obligations éthiques, à la grande différence de l'actuel régime fondé sur les plaintes.

Dans son article intitulé « Am I my partner's keeper? » (Suis-je l'ange gardien de mon associé?), John Chapman traite du devoir qu'a l'avocat de

signaler tout manquement déontologique de son associé. Ce devoir coulant de source dans le cas d'une faute grave, Chapman analyse plutôt les zones grises ayant trait aux manquements plus bénins. Dans son argumentation principale, il recommande d'introduire dans la nouvelle réglementation ontarienne des dispositions du modèle de code déontologique qui renforcent ce devoir, ce qui, dans les cabinets, se traduirait par une obligation accrue de signaler les cas d'inconduite professionnelle.

Stephen Pitel et Jordan McKie analysent la tendance croissante qu'ont les grands cabinets à désigner certains avocats comme conseillers en éthique afin de les charger d'encadrer et de surveiller les activités du cabinet à cet égard. Ils se penchent sur la question de savoir si le secret professionnel de l'avocat devrait ou non s'appliquer aux communications avec ces conseillers désignés. Ce champ de réflexion étant nouveau au Canada, ils s'inspirent des pratiques exemplaires des États-Unis pour formuler des recommandations concernant l'évolution du droit au Canada.

Mon propre article porte sur la question de savoir si la structure d'autoréglementation régissant la profession juridique est dominée par une réglementation influencée par des intérêts privés, un phénomène qu'on appelle la « capture réglementaire ». Plus précisément, je tâche d'établir dans quelle mesure cette capture réglementaire vient pervertir l'autoréglementation dans sa vocation première, qui est de protéger l'intérêt public. Le sujet principal de mon analyse étant les grands cabinets, je relève les nombreux facteurs qui incitent ces cabinets à observer scrupuleusement les règles de déontologie, voire à créer volontairement un cadre plus restrictif que ces règles.

Merci à tous les auteurs pour l'enthousiasme de leur contribution et pour la patience dont ils ont fait preuve tout au long du processus de publication. Merci aussi à Kim Snell, qui était à l'époque du colloque la directrice du CLP depuis trois ans. Le succès de ce colloque n'aurait pas été si grand sans ses prouesses d'organisatrice. Son aide m'a été précieuse. Merci à Krupa Kotecha, étudiante au doctorat à la faculté de droit, qui a révisé méticuleusement les articles et les notes de bas de page tout en occupant un emploi d'été à temps plein. Enfin, merci à la professeure Beth Bilson, avec qui ce fut un réel plaisir de collaborer à cette publication.

Anita Anand  
Université de Toronto  
Janvier 2015