

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

87-13-CA
89-13-CA

BRENDA G. NOBLE, Q.C. and MARY-EILEEN
O'BRIEN

BRENDA G. NOBLE, c. r. et MARY-EILEEN
O'BRIEN

APPELLANTS

APPELANTES

- and -

- et -

DENIS ARSENAULT and LISE ARSENAULT

DENIS ARSENAULT et LISE ARSENAULT

RESPONDENTS

INTIMÉS

Noble and O'Brien v. Arsenault and Arsenault,
2014 NBCA 39

Noble et O'Brien c. Arsenault et Arsenault, 2014
NBCA 39

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Quigg

CORAM :

l'honorable juge en chef Drapeau
l'honorable juge Deschênes
l'honorable juge Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
August 14, 2013

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 14 août 2013

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2013 NBQB 258

Décision frappée d'appel :
2013 NBBR 258

Preliminary or incidental proceedings:
[2013] N.B.J. No. 256
[2013] N.B.J. No. 257

Procédures préliminaires ou accessoires :
[2013] A.N.-B. n° 256
[2013] A.N.-B. n° 257

Appeal heard:
January 16, 2014
February 6, 2014

Appel entendu :
le 16 janvier 2014
le 6 février 2014

Judgment rendered:
February 6, 2014

Jugement rendu :
le 6 février 2014

Reasons delivered:
June 16, 2014

Motifs déposés :
le 16 juin 2014

Reasons for judgment:
The Honourable Justice Quigg

Motifs de jugement :
l'honorable juge Quigg

Concurred in by:
The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Deschênes

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge en chef Drapeau
l'honorable juge Deschênes

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant Brenda G. Noble, Q.C.:
Darren G. Blois

Pour l'appelante Brenda G. Noble, c.r. :
Darren G. Blois

For the appellant Mary-Eileen O'Brien:
Matthew R. Letson

Pour l'appelante Mary-Eileen O'Brien :
Matthew R. Letson

For the respondent Denis Arsenault:
Marie-Claude Bélanger-Richard, Q.C.

Pour l'intimé Denis Arsenault :
Marie-Claude Bélanger-Richard, c.r.

For the respondent Lise Arsenault:
Brenda McMullen Brown

Pour l'intimée Lise Arsenault :
Brenda McMullen Brown

THE COURT

LA COUR

These reasons for decision follow an order made on February 6, 2014, dismissing the appeal. Each appellant will pay costs of \$5,000 to each respondent.

Les présents motifs sont consécutifs à une ordonnance rendue le 6 février 2014 et portant rejet de l'appel. Chacune des appelantes versera des dépens de 5 000 \$ à chacun des intimés.

The Court's reasons for decision were delivered by

QUIGG, J.A.

I. Introduction

[1] The Court's decision to uphold the order rendered in first instance reflects the application of an elementary proposition: appeals are from the actual disposition of the case, not from reasons given in support: *Veno v. United General Insurance Corporation*, 2008 NBCA 39, 330 N.B.R. (2d) 237, at para. 77; *J.D. Irving, Limited v. Hughes and Astle*, 2010 NBCA 23, 358 N.B.R. (2d) 49, at para. 24. After hearing the parties, we dismissed the appeal from the Bench, having concluded the disclosure and production order under appeal, which was carefully formulated, was sound. Usually, in those circumstances, we avoid commenting on *obiter dicta* found in the reasons for decision in the court below. However, because the underlying proceedings between the respondents (husband and wife) are ongoing and some of the *dicta* may negatively affect their ability to prosecute claims or defences, as the case may be, the incidental statements must be addressed.

[2] The present appeal opposes litigants to their former lawyers. It also provides this Court with its first opportunity to consider the process of collaborative family law and invites a consideration of: (1) the responsibilities to clients of lawyers engaged in the process and, in particular, their responsibilities in the event a marriage contract achieved through that process is challenged; and (2) whether the process gives rise to a class privilege to the benefit of the participating lawyers. The asserted privilege would allow them to deny their respective clients' requests for disclosure of process-related information and documents. As will be seen, consideration of those matters brings into play the role of the *Rules of Court* in proceedings in the Family Division and, more specifically, the effect of Rule 31.11 (Documents in the Possession of a Person Not a Party) and Rule 32.10 (Discovery Where Leave is Required).

II. Background

[3] The relevant facts for present purposes are generally straightforward and not contested by the parties. To set out the background against which this appeal was decided, I borrow liberally from the written submissions, as well as the motion judge's reasons for decision, indicating any factual discrepancy where appropriate. I would point out, however, that the following are not findings of fact that bind the parties going forward.

[4] Denis Arsenault and Lise Arsenault married in November, 1985. There are two adult children of this marriage. During the marriage, Mr. Arsenault founded and operated several businesses. Mrs. Arsenault worked at NB Power until 1996, when she left to stay home with their children. Occasionally, she carried out some work for the family businesses. Mr. Arsenault is presently 52 years of age, while Mrs. Arsenault is 54. In 2006, the parties were experiencing marital difficulties. Although they agreed to remain married and cohabit until their youngest child graduated from high school, at Mr. Arsenault's suggestion, they explored the possibility of preparing a marriage contract which would settle their financial affairs and parental obligations in the event they did separate. Despite the fact they resided in Moncton, the parties preferred to retain outside solicitors, and they were encouraged to pursue negotiations of the marriage contract through the "collaborative law" process. As a result, Mr. Arsenault retained Brenda Noble, Q.C., and Mrs. Arsenault retained Mary-Eileen O'Brien, both lawyers practicing in Saint John.

[5] On July 19, 2006, the parties and their respective lawyers executed a Collaborative Law Contract, which set out rules for the collaborative law process and touched upon the duties and responsibilities of the spouses and their counsel. A review of the contract indicates it addresses issues of confidentiality, disclosure and the procedure to be followed if the collaborative law process is unsuccessful. On November 6, 2006, after a series of meetings at which the parties and their lawyers were in attendance, a marriage contract was signed.

[6] On May 19, 2009, Mr. Arsenault informed Mrs. Arsenault that he intended to leave the marriage. They both agreed that this would not be disclosed to their children until after their son's graduation, which was to occur the following month. On June 23, 2009, the parties advised their children of the breakup of their marriage.

[7] The parties then took action pursuant to the marriage contract they had executed three years prior. They transferred title to various properties, and divided other marital property including the contents of residences and RRSPs. Medical and dental insurance benefits continued to be provided by Mr. Arsenault to Mrs. Arsenault. Also, Mr. Arsenault continued to split income with his spouse until, as per the marriage contract, the periodic spousal support obligations were triggered. Mr. Arsenault paid child support and post-secondary educational expenses, but Mrs. Arsenault later contended he did not fully comply with these obligations.

[8] Mr. Arsenault then decided to convert the periodic spousal support payments to a lump sum amount in accordance with the formula provided in the marriage contract. On August 30, 2011, he paid \$653,013.06 to Mrs. Arsenault. This sum purported to include spousal support and an amount relating to an equalization of assets. On December 14, 2010, Mr. Arsenault filed a Petition for Divorce seeking corollary relief in accordance with the terms of the marriage contract. On March 30, 2011, Mrs. Arsenault filed an Answer and Counter-Petition wherein she contested the claim for corollary relief on a number of grounds including unconscionability and non-disclosure. She stated:

[...] "the Marriage Contract ... is unconscionable in the circumstances and should be set aside regarding the division of marital and non-marital property and debts, on the grounds of non-disclosure, improper valuations, inducement to sign and verbal promises by the Petitioner".
[para. 19]

[9] In the Counter-Petition, Mrs. Arsenault specifically claimed:

(a) a divorce;

(b) under the *Divorce Act*:

(i) Child support for M.A.A., born on May 4, 1991, for the months of May, June, July and August, in accordance with the Child Support Guidelines and pursuant to Section 15;

(ii) Lump sum and periodic spousal support for the Respondent, retroactive to the date of separation, in accordance with the Spousal Support Advisory Guidelines and pursuant to Section 15;

(iii) The Petitioner maintain medical and dental insurance for the Respondent, pursuant to Section 15.1(4).

(c) under the *Marital Property Act*:

(i) An equal division of marital assets pursuant to Section 3;

(ii) An equitable division of marital debts pursuant to Section 9;

(iii) An equitable division of non-marital assets pursuant to Sections 6 and 7.

(d) under the *Rules of Court*;

(i) the Petitioner pay the costs of these proceedings.
[para. 20]

[Emphasis in original.]

III. The Hearing in the Court Below

[10] The lawyers representing the Arsenaults in the Family Division proceedings requested the collaborative law lawyers produce the files they opened and maintained in the course of negotiating the marriage contract. Mrs. Arsenault requires production in order to mount her challenge to the validity of the marriage contract and

Mr. Arsenault requires production to uphold the contract. The collaborative law lawyers have refused to produce their respective files, arguing the process is confidential in nature and that privilege attaches to the contents of the files as well as the process itself. Both Ms. Noble and Ms. O'Brien refer to the clauses of the Collaborative Law Contract that deal with confidentiality. It is their position that the sole document from the collaborative law process that is subject to production is the marriage contract, as it is a "with prejudice" agreement.

[11] Upon receiving this response from the collaborative law lawyers, Mr. Arsenault filed a Notice of Motion seeking:

[...] an order for disclosure mandating the collaborative law lawyers, Brenda Noble and Mary-Eileen Flanagan [now O'Brien], involved in the negotiation and preparation of the marriage contract to list the contents of their files and to disclose the information relevant to the issues in the divorce proceedings in their possession and knowledge upon such conditions and terms that the Court deems just and appropriate;

Mrs. Arsenault sought similar relief in her responding document.

[12] The motion judge took a broad view of the issues. She summarized them as follows:

- (a) What is the nature of the privilege inherent in the Collaborative Law process?
- (b) Does the claim for disclosure fall within the recognized exceptions to non-disclosure for privilege? [para. 24]

[13] As an aside, Mrs. Arsenault has filed a Notice of Action with Statement of Claim attached, claiming, among other things, both collaborative law lawyers were negligent in the preparation of the marriage contract that resulted from the collaborative law process. Specifically, she claims that a critical provision, paragraph 10(c), was

omitted from the contract. It is her contention that paragraph 10(c) was designed to flesh out her entitlement to part of the business assets. The collaborative law lawyers take a benign view of that omission, describing it as a “typo”, and dispute the allegation of negligence. The fact is that the marriage contract refers explicitly to paragraph 10(c), and that paragraph is nowhere to be found in the marriage contract.

IV. The Decision under Appeal

[14] On August 14, 2013, the motion judge determined that class privilege applied to the collaborative family law process, but that all documents compellable pursuant to the *Marital Property Act*, S.N.B. 2012, c. 107, the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), the *Federal Child Support Guidelines* and the *Rules of Court*, as well as documents produced to verify the financial information, were subject to disclosure and production. The formal order in relation to Ms. O’Brien reads as follows:

[...] it is ordered that:

1. The Collaborative Law lawyer, Mary-Eileen O’Brien, make the following disclosure:
 - a) within 20 days of these reasons, Mary-Eileen O’Brien, shall provide to her former client [Lise Arsenault], a list of the financial documents of either party in her possession, that consist of documents required by sections 15 and 21 of the *Federal Child Support Guidelines*, Rules 72, 73 and 74 of the *Rules of Court*, the *Divorce Act* and the *Marital Property Act*;
 - b) upon a written request from [Lise Arsenault], Mary-Eileen O’Brien shall provide to [Lise Arsenault] at the latter’s cost, copies of all documents on the list prepared in accordance with paragraph 1(b) hereinabove; and
2. The Collaborative Law lawyer, Mary-Eileen O’Brien, pay the sum of \$1,200.00 in costs to her former client, [Lise Arsenault]; the costs to be all-inclusive of HST and disbursements.

An identical formal order has been entered in respect of Ms. Noble's obligations to her former client, Mr. Arsenault.

[15] As noted in my introductory remarks, the Court upheld this order because, as drafted, it did not infringe the contested privilege asserted by the appellants. However, and as mentioned, the reasons for decision by the motion judge feature *obiter dicta* with which I cannot agree and which may prove problematic for the respondents going forward. I deal with this topic under "Analysis".

V. Grounds of Appeal

[16] Ms. Noble and Ms. O'Brien submit the motion judge erred in law in the following respects:

- (1) In finding that the files were not protected from disclosure by a collaborative law, mediation or other privilege.
- (2) In finding that the files were not protected from disclosure by contractual agreement.
- (3) [...] by finding that an exception to the [settlement] privilege applied without requiring that [Mr. and Mrs. Arsenault] demonstrate that lifting of the privilege was necessary.
- (4) In finding that:
 - (i) Noble and O'Brien were subject to legislative disclosure obligations that apply only to parties involved in a marital dispute; and
 - (ii) applying disclosure obligations based upon the *Marital Property Act* where those obligations were in conflict with a domestic contract, contrary to s. 42 of that *Act*.

- (5) By finding that:
- (i) neither Mr. nor Mrs. Arsenault had a list of the financial documents exchanged through the collaborative law process, nor could they outline the nature of the financial documents exchanged through the collaborative law process; and
 - (ii) there were no other means of obtaining an accurate reproduction of the relevant financial documents.

[17] The matter of the impugned order's under-inclusiveness was discussed at the hearing. However, neither Mr. Arsenault nor Mrs. Arsenault has filed a Notice of Cross-Appeal. Accordingly, strictly speaking, we need not determine whether the scope of the order is inadequate.

VI. Standard of Review

[18] The parties agree the issues raised by grounds of appeal (1), (2), (3) and (4) involve questions of law, for which the standard of review is correctness, while the issues raised in ground (5) involve questions of fact for which the standard of review is palpable and overriding error: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *LeBlanc v. Fundy Drywall Ltd. and Allain*, 2014 NBCA 2, 414 N.B.R. (2d) 339, at para. 12; *Baniuk v. Filliter*, 2011 NBCA 110, 381 N.B.R. (2d) 352, at para. 25. Ground (4) was not pressed at the hearing and for good reason: it is entirely without merit. I will say no more on that point.

VII. Analysis

A. *Collaborative law: General Observations and a word or two of caution*

[19] The collaborative family law (CFL) process has gained popularity in Canada in recent decades because it purports to take a holistic, non-confrontational approach to separation and divorce. CFL is intended to be a conflict resolution process through which clients and their lawyers meet privately and attempt to reach a settlement through cooperation and dialogue. Wanda Wieggers and Michaela Keet, authors of “Collaborative Family Law and Gender Inequalities: Balancing Risks and Opportunities” (2008) 46 Osgoode Hall L.J. 733, succinctly describe the Collaborative Law (CL) process:

In this article, we examine whether and how the distinctive features of CL affect the impact and salience of gender inequalities in the negotiation of family law disputes. First developed by lawyers in the United States, the emergence of CL has been described as a “paradigm shift” in legal practice. One of the key distinguishing features of CL is the role lawyers play in the settlement process. CL seeks to realize the benefits of client participation and interest-based negotiation through the active involvement of lawyers as both facilitators and advocates. Unlike in traditional negotiation or litigation, CL lawyers commit to a set of transparent values that emphasizes the importance of the emotional and participatory needs of their clients, the possibility of creative outcomes, and the interdependence of the parties. In another departure from most settlement processes, CL requires that both lawyers and clients work together in open fourway sessions toward the resolution of their dispute.

The CL process is also typically structured according to rules of engagement and disengagement that are set out in agreements entered into by both clients and their lawyers. The content of these agreements varies between provinces and/or regions, but generally these agreements require open disclosure of all material information within the four-way session and demand that lawyers cease representing their clients if the process fails to generate a settlement. To date, the CL process, in both Canada and the United States, has been restricted largely to the family law area. [p. 735]

[20] Many litigants have chosen CFL over standard litigation because of its emphasis on client participation and building consensus, as opposed to the adversarial system found by many to be antagonistic and alienating: Cristin Schmitz, “Collaborative

Lawyers Must Observe Same Standard as Family Law Litigators: Alta. CA” (2011) 30 The Lawyers Weekly 38 (QL). The parties agree to negotiate in “four-way” meetings (meetings comprised of both parties and their lawyers) in which all parties are expected to participate actively. In CFL, lawyers do not litigate the dispute; they are supposed to help shape and guide the process. Clients are required to make important decisions regarding their settlement instead of relying on their lawyer to represent their interests. Parties generally enter into CFL by signing a Participation Agreement or Collaborative Law Contract, committing to forego litigation and follow the CFL process. The process ends abruptly if either party sues or threatens to sue, and neither lawyer may be retained for litigation: Donalee Moulton, “Collaborative Family Law and Mediation are Similar but Different” (2002) 22 The Lawyers Weekly 5 (QL). Under CFL theory, “CL creates a metaphorical ‘container’ around the lawyers and clients to help focus on negotiation. CL creates this container through a mutual withdrawal agreement that disqualifies both lawyers from continuing to represent their clients if either party chooses to discontinue with CL and proceed in litigation”: John Lande, “Possibilities for Collaborative Law: Ethics and Practice of Lawyer Disqualification and Process Control in a New Model of Lawyering” (2003) 64 Ohio St. L.J. 1315 at 1322.

[21] The lawyer’s role in this process involves facilitating dialogue, seeking mutually beneficial settlement, and information gathering, which can require parties to disclose various types of information (e.g. financial) or hire financial or psychological specialists: Ann Osborne, “The Shift Required of the Family Lawyer is from Zealous Representation to Problem Solving, Educating, Role Modeling and Facilitating” (2005) 24 The Lawyers Weekly 34 (QL).

[22] However, though CFL lawyers are committed to coming to an agreement that benefits both parties they are, unlike mediators, not neutral actors in the process and have a fundamental responsibility to provide legal counsel to their client throughout the process. CFL lawyers must participate in the process and advise their clients to the best of their abilities while striving to maintain an atmosphere of cooperation and integrity that

fosters a mutually beneficial solution for both parties: *Webb v. Birkett*, 2011 ABCA 13, [2011] A.J. No. 54 (QL).

[23] The CFL practice varies among jurisdictions but the broad parameters of the process are usually set by participation agreements, which are entered into by both clients and lawyers before the process begins.

[24] Despite CFL's numerous advocates, many questions persist about its compatibility with current codes of professional conduct. Questions arise as to whether CL is consistent with the duty of loyalty, the duty of candour and truthfulness to others, the compatibility of the disqualification provision and fears over potential breaches of the duty of confidentiality. CL faces challenges with these ethical questions because general rules of ethics governing traditional practice were drafted without CL in mind and may be at odds with the new CL process: Christopher M. Fairman, "A Proposed Model Rule for Collaborative Law" (2005) 21:1 Ohio St. L. Disp. Resol. 73 at 84.

[25] Another issue that has arisen with the increase in use of CFL is the potential of gender inequalities during the CFL process. In "Collaborative Family Law and Gender Inequalities: Balancing Risks and Opportunities", the authors opine:

Thus, while the CL structure may encourage more open and transparent communication between the parties, it can also disadvantage parties in unequal or abusive relationships. An undue emphasis on the four-way model as a primary mode of negotiation can restrict access to the verification tools of the discovery process, and restrict the advice and independent support for vulnerable clients. Where an abusive party bargains in bad faith or does not fully disclose, the DP [disqualification provision] will operate to penalize the innocent spouse through the loss of his or her counsel [p. 763].

[26] The authors also discuss whether the disqualification provisions (DP) found in CFL agreements are ethical:

The DP is the key distinguishing feature in CL, and many lawyers view it as essential. Most CL agreements require the parties not to threaten or commence court action during the process and to compromise if necessary to reach a settlement. The DP further provides that contracting lawyers are disqualified from representing their clients in any contested court proceeding involving the parties. This clause is broad enough to be triggered by a number of events leading to court action, including the failure to reach an agreement; the need for a restraining order to protect a client; the reliance on formal discovery methods in order to obtain full disclosure; or the need for an order to prohibit the disposition of family property, to compel enforcement after reaching a settlement, or to vary the terms of the initial agreement.

Under the Saskatchewan Contract, CL lawyers are also bound not to release any portion of their file or discuss any aspect of the case with a new lawyer, unless both clients jointly agree in writing. In most agreements, related provisions prevent the work or testimony of any experts or collaborative professionals, such as divorce coaches or child or financial specialists, from being used or subpoenaed in any court action without the written consent of both parties.

Most negotiation models presume and rely on access to litigation to both frame and measure progress through the negotiation. In mediation, the option to terminate at any point is used as security for genuine and voluntary participation and as a defensive “out” for those who experience the process as coercive. While all costly processes likely involve some element of entrapment over time, the DP in CL deliberately increases the potential level of entrapment in an effort to raise the stakes that both lawyers and clients have in the process. The underlying behavioural assumption is that increasing the costs of defection will reduce the temptation to become adversarial or to otherwise take advantage of the other side. The CL model encourages early settlement by removing uncertainty over the durability and strength of the parties’ commitment to cooperation that often accompanies collaborative negotiation.

There is significant academic controversy in the United States as to whether the DP is consistent with ethical rules

of professional conduct. Nine state ethics committees have considered collaborative agreements in relation to their professional codes of conduct and all but one have upheld their use. Three states have passed statutes authorizing the use of CL. Although DPs might be seen as analogous to agreements allowing for the withdrawal of one's lawyer—and which are enforceable in Canada—there is a key difference in that the loss of one's lawyer under the DP can be triggered by the conduct of either party, and not only the lawyer's own client. Some writers have argued that parties might be better served by a different process, especially where the parties' economic resources and the merits of their legal positions differ significantly. An alternative process is Co-operative Law, which includes a Cooperative Agreement that incorporates the co-operative norms of CL but excludes the DP. According to Hilary Linton, in circumstances of financial and legal inequality, the DP will unfairly compromise the power of the party with the superior legal claim and deny a legitimate source of leverage.

Although the DP is gender neutral in form, it is likely to have a disparate impact on female clients and place them at greater risk of relative disadvantage. Since women are most often the claimants in family disputes, legal entitlements are more apt to operate as a source of power for them. Upon separation, it is women who more often lack access to an adequate income stream or marital assets or who may have superior claims to custody through their disproportionate role as primary caregivers. To the extent that the DP raises the financial and emotional costs of litigation, it can increase the pressure to accept agreements that meet neither women's identified interests nor their legal entitlements. [pp. 763-766]

[27] It bears noting that in the United States, the *Uniform Collaborative Law Act* was adopted in 2009 by the Uniform Law Commission, and thereby became available to the individual States to enact as law. Renamed the *Uniform Collaborative Law Rules and Act* in 2010, the *Rules/Act* regulates the use of collaborative law and standardizes the most important features of the Collaborative Law Process. As of June 2013, the *Uniform Collaborative Law Act* was enacted into law in eight states and the District of Columbia. The Overview to the *Act* provides a comprehensive and reliable history of the emergence

of collaborative law in the United States. The Uniform Law Commission describes the purpose of the *Act*:

This committee has drafted an act on collaborative law, a new kind of alternative dispute resolution framework used in many states today, particularly in a family law context, i.e., divorce, custody, and support proceedings. The core idea is that lawyers (and parties) to a dispute agree in advance that the lawyers will withdraw if the dispute goes to trial. In the spring of 2010, revisions to this *Act* were approved that, inter alia, provide the ability for a state to adopt the provisions of the Act either as a court rule or legislation, and that provide the option to limit the scope of the Act to family law matters or to have the Act applicable to all types of disputes.

(Uniform Law Commission, *Committees, Collaborative Law Act*, online: Uniform Law Commission <<http://www.uniformlaws.org>>.)

[28] In “Collaborative Practice in the Canadian Landscape” (2011) 49:2 Fam. Ct. Rev. 221, Nancy Cameron states:

Unlike the experience in the United States, no provinces have enacted collaborative statutes. Likewise, neither law societies nor bar associations have expressed the view that there may be an ethical problem with the underlying requirements of the disqualification agreement, or any conflict arising out of the fact that both lawyers and both clients sign the participation agreement.

It is common practice in Canadian provinces that couples enter into the collaborative process prior to commencing any court proceedings. Since the timing for the issuance of a divorce in Canada begins running once the parties are living separate and apart, there is no need to file an order to commence “running the clock” for purposes of the final issuing of a divorce. The usual practice in Canada is to commence proceedings at the completion of the collaborative process for an order for divorce.

Because it is unnecessary to create a statute to limit otherwise mandatory court scheduling intervention, are there other reasons that a collaborative statute may be

helpful or useful in Canada? The creation of a collaborative law statute may in itself raise the profile of collaborative practice and increase public knowledge about this process choice. A collaborative statute could also be designed to protect confidentiality within the collaborative process by creating privilege for communications within formal collaborative practice negotiations and by statutorily protecting professionals (including collaborative interdisciplinary professionals) from subpoena if the collaborative process breaks down. Also, a collaborative statute could statutorily enshrine the disqualification clause, disqualifying collaborative professionals from acting for collaborative clients if litigation ensues.

[...]

Aside from the contractual remedy, a lawyer's reputation may be the strongest motivator to dissuade lawyers from breaching the disqualification agreement. As lawyers, we all understand that our best resource is our reputation. Any lawyer who fails to abide by their contractual obligation under the participation agreement risks her reputation as a trusted collaborative colleague. The interpersonal professional relationships among collaborative practitioners are a profoundly important aspect of client service. In order to build and strengthen these relationships, professional practice groups are a common feature of collaborative practice. These practice groups strengthen the working relationships in collaborative teams. For all collaborative practitioners, being able to trust one's professional colleagues is a central component of our work. Like all relationships of trust, this is built over time, and is strengthened by an agreement on shared values. For any professional to disregard a core value of collaborative practice would likely irreparably affect that professional's relationship with other collaborative practitioners.

In the last decade, the landscape of dispute resolution in Canada has changed dramatically. Part of the impetus for change has been clients not only desiring but demanding non-litigious approaches to resolving family disputes. Yet without practitioners willing to completely rethink dispute resolutions systems, retrain, and build new skills, this cannot be offered to clients. Peace building is a value that helps inform the work of this type of systems change. Holding this value allows us to frame the question more

broadly than: “Should Canada have a collaborative statute?” If we think about statutory change, what can we do within our jurisdiction to support fundamental statutory change? How do we effectively advocate for change to existing statutes that encourage consensual dispute resolution process; that support families in resolving disputes instead of assuming families will be in a courtroom? How do we influence statutory change so that statutes provide process options that support healthy post-divorce transitions for children and for adults? [pp. 224 - 226]

[29] Against this backdrop, it appears that Canadian CFL practitioners are relying on local rules to assist them in their practice. A review of CFL in other provinces indicates that some provincial Law Societies are attempting to incorporate CFL into their Codes of Professional Conduct and family law legislation. This does not appear to be the case in New Brunswick, a situation that should change only after careful consideration of the pros and cons of the process having regard to the best interests of the clients.

[30] In sum, in this province, the process of collaborative law is not defined in the Code of Professional Conduct for lawyers, the *Rules of Court* or any other legislation. Moreover, there is no standard contract for participants in a collaborative law process. The rights and obligations of the participants stand to be determined on the basis of the legally valid contractual arrangements they have reached.

B. *Rules of Court*

[31] Regrettably, the objective of the underlying motion has been a moving target with little concern for the *Rules of Court*. Mr. Arsenault’s current lawyer requested in the motion dated April 10, 2012:

An Order for disclosure mandating the Collaborative Law lawyers, Brenda Noble and Mary-Eileen Flanagan, involved in the negotiation and preparation of the Marriage Contract to list the contents of their files and to disclose the information relevant to the issues in the divorce proceedings in their possession and knowledge upon such

conditions and terms that the Court deems just and appropriate; [...]

However, no rule of procedure was cited in support of the relief sought, as required by Rule 37.03(b). In addition, the parties appear to have equated disclosure with production, two distinct processes under the *Rules of Court*. Despite the imprecision of the claim for relief, I will proceed on the assumption that the objective was an order for the disclosure (in essence, oral discovery of the appellants) and production of all relevant documents in the appellants' possession, including those brought to the collaborative law process by the parties.

[32] Even though this case is a CFL case, the *Rules of Court* are in play. In *W.A. v. Minister of Family and Community Services*, 2002 NBCA 100, 254 N.B.R. (2d) 153, Drapeau J.A. (as he then was) explains the importance of the *Rules* in family law cases:

Each of those issues can be litigated, justly, inexpensively and expeditiously, if Mr. W.A. resorts to the appropriate process under the *Rules of Court*. In that regard, what was said in *Smith v. Human Rights Commission (N.B.) et al.* (1999), 217 N.B.R. (2d) 336 (C.A.), at para. 19, bears repeating:

[...] Experience has shown that respect for the jurisdictional framework created by the Rules of Court and compliance with its procedural dictates serve the best interests of justice. Indeed, conformity with the Rules of Court invariably produces a winnowing of the chaff from the grain and, in turn, helpful clarity is brought to the questions submitted to the court for resolution. Focused and insightful decisions invariably follow. The end product is better justice for all. [para. 35]

[33] After citing this passage, Wooder J., in *H.C. v. New Brunswick (Minister of Family and Community Services)*, 2003 NBQB 196, 263 N.B.R. (2d) 106, further noted that:

Similar, and equally pointed, directives have repeatedly issued from that same Court. See: *Waugh v. Canadian Broadcasting Corp.* (2000), 224 N.B.R. (2d) 391; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick* (1999), 217 N.B.R. (2d) 230; *Norris v. Lloyd's of London* (1998), 205 N.B.R. (2d) 29.

Motions judges must insist on compliance with the Rules of Court. This is more than obsessiveness or idleness on their part. Insistence on compliance with the procedures established by our statutes is no more than an attempt to ensure due process for all parties who come before the courts. It avoids the necessity for the guesswork and patchwork which is the inevitable result when courts attempt to deal with pleadings which do not set out with specificity the relief sought or when pleadings fail to identify the grounds or the authority for the relief requested. Procedural compliance avoids hearings by ambush, or at the most benign, surprise. It ensures that respondents know the case they must meet and it informs applicants of the reasons for any resistance to the claim. It provides the court with a clear statement of the issues before it and identifies the jurisdictional basis for the proceeding and the order(s) sought. [paras. 20-21]

[34] The *Rules of Court*, when utilized effectively, are conducive to achieving justice. It is with this in mind that I turn to the import of the use of the discovery-related *Rules of Court* in family law cases. The appellants contend the order compelling them to list documents is essentially an order providing for their oral discovery under Rule 32.10, while the order directing them to produce documents is an order under Rule 31.11. Neither Rule 32.10 nor Rule 31.11 is referenced in the Notice of Motion.

[35] Rule 31.11(3) contains the prerequisite that before making an order for production against a non-party, the court must be satisfied, not only that the document in question relates to a material issue in the action, but, as well, that it would be inequitable to require the applicant to proceed to trial without its discovery. Rule 31.11 reads:

31.11 Documents in the Possession of a Person Not a Party 31.11 Documents en possession d'un tiers

(1) Where a document is in the possession of a person who is not a party to the action, the court may, on application, order the production of the document if the court is satisfied that the document is relevant to the action and that it would be inequitable to require the applicant to proceed to trial without its discovery. (1) Lorsqu'un document est en la

or control of a person not a party to the action, any party may apply to the court, on notice to such person and to every other party, for an order for the production for inspection of such document if it is not privileged.

possession ou sous le contrôle d'une personne non partie à l'action, toute partie peut, sur préavis à ce tiers et à chaque autre partie, demander à la cour d'ordonner la production pour examen de tout document non privilégié.

[...]

[...]

(3) No order shall be made under this subrule for the production for inspection of a document unless the court is satisfied that the document relates to a material issue in the action and that it would be inequitable to require the applicant to proceed to trial without having discovery of that document.

(3) La cour ne doit ordonner la production pour examen d'un document que si elle est assurée qu'il a trait à une question déterminante dans cette action et qu'il serait injuste d'exiger que le requérant entame le procès sans que le document ne lui ait été communiqué au préalable.

(4) On an application under this subrule, where

(4) Lors d'une requête présentée en application du présent article, dans les cas où

(a) privilege is claimed for a document, or

a) un privilège serait revendiqué sur un document ou

(b) the court, with respect to a document, is in doubt as to

b) la cour douterait

(i) its relevance, or
(ii) the necessity for its discovery,

(i) de la pertinence d'un document ou
(ii) de la nécessité de communiquer un document,

the court may inspect the document.

la cour peut examiner le document.

[36]

As for Rule 32.10, it provides a mechanism by which information may be obtained from non-parties. Before an order for discovery may issue under that Rule, the court must first be satisfied the moving party cannot obtain the information from individuals he or she is entitled to examine and it would be unfair to require the moving party to proceed to a hearing without the benefit of discovery of the non-party. Rule 32.10 provides:

32.10 Discovery Where Leave Is 32.10 Interrogatoire sur permission requise

Required

(1) The court may grant leave, on such terms respecting costs and other matters as are just, to examine for discovery any person who there is reason to believe has information relevant to a material issue in the action.

(2) An order under paragraph (1) shall not be made unless the court is satisfied that

(a) the party making the motion has been unable to obtain the information from other persons whom he is entitled to examine for discovery, or from the person he seeks to examine;

(b) it would be unfair to require the party making the motion to proceed to trial without having the opportunity of examining the person; and

(c) the examination will not

- (i) unduly delay the commencement of the trial of the action,
- (ii) entail unreasonable expense for other parties, or
- (iii) result in unfairness to the person whom the party making the motion seeks to examine.

(1) La Cour peut accorder, aux conditions qu'elle estime justes relativement aux dépens et à d'autres matières, la permission d'interroger au préalable toute personne si la cour a des raisons de croire qu'elle possède des renseignements pertinents sur une question déterminante du litige.

(2) La cour ne rend une ordonnance en application du paragraphe (1) que si elle est convaincue

a) que l'auteur de la motion n'a pas été en mesure d'obtenir les renseignements des autres personnes qu'il a le droit d'interroger au préalable, ou de la personne qu'il cherche à interroger;

b) qu'il serait injuste d'exiger que le procès suive son cours sans que l'auteur de la motion ait eu la possibilité d'interroger cette personne; et

c) que l'interrogatoire n'aura pas pour effet

- (i) de retarder indûment le début du procès,
- (ii) d'entraîner des dépenses exagérées pour les autres parties, ou
- (iii) de causer une injustice à la personne que l'auteur de la motion cherche à interroger.

[37]

The appellants submit the order under appeal cannot stand because there is nothing in the record to establish that it would be inequitable or unfair to require the respondents to proceed without the benefit of the targeted disclosure of information and production of documents. They underscore the respondents have yet to exchange *Rules*-compliant affidavits of documents or to submit to an examination for discovery. They suggest it is likely that following the usual inter-party discovery process, the need for the disclosure and production sought in the Notice of Motion will no longer exist. There is

much to be said in support of that view. However, here, the motion judge made strong findings of fact on point:

Both Mr. and Mrs. [Arsenault] seek disclosure of the financial information that is contained in the Collaborative Family Law files in order to deal directly with the stated grounds of misrepresentation arising from the alleged non-disclosure of financial information. They wish to proceed to discoveries and finalize the litigation relating to the validity of their contract. Neither Mr. [Arsenault] nor Mrs. [Arsenault] has possession of the Collaborative Family Law files maintained by solicitors Noble and O'Brien. They do not have a detailed list of the financial documents relevant to matrimonial matters that were exchanged in the course of the negotiations. They are unable to clearly outline in any reliable fashion the true nature of the financial disclosure that was produced some seven years ago when the marriage contact was negotiated.

[...] Financial disclosure in this context is not a matter of recollection of the paperwork that was exchanged in 2006 nor is it a guessing game between two competing versions or a case of hide and seek. It is a matter of producing what was in fact brought to the table in 2006 in circumstances where there is no other means of obtaining an accurate reproduction of the relevant financial documents. [paras 39 and 52]

[38] Those findings of fact can only be set aside in the event of palpable and overriding error. I find no such error, and conclude the preconditions to an order for production under Rule 31.11 and an order under Rule 32.10 were satisfied. There is therefore no merit to ground of appeal (5). That brings me to the principal basis upon which the appellants resisted the motion in first instance: privilege, which is the issue targeted by grounds of appeal (1), (2) and (3).

C. *Privilege*

[39] It is important to note the uniqueness of this case. The appellants are asserting a privilege against the interests of their former clients, each of whom has

unequivocally waived any and all privileges that apply, or could arguably apply, to information and documentation relating to the collaborative law process that culminated with the contested marriage contract. Each client has instructed his/her former collaborative law lawyer to disclose that information and to produce those documents without delay. To be clear, the claim for privilege asserted in these proceedings is one that would allow collaborative law lawyers to disregard instructions from their clients and to deny them disclosure of relevant information and production of relevant documents in their former clients' files. It should go without saying that this claim of privilege to the benefit of the lawyers is *prima facie* objectionable.

[40] Ms. Noble and Ms. O'Brien claim they, along with Mr. and Mrs. Arsenault, contracted for the benefit of protection of confidentiality and privilege over the communications that arose during their settlement discussions in the collaborative law process. Ms. O'Brien's written submission states:

The parties, in entering the collaborative law process, agreed to be bound by strict confidentiality and unusual protections against disclosure of anything occurring during the collaborative law process in consideration for the significant advantages obtained through the collaborative law process, such as an environment in which full disclosure without prejudice to the interests of the parties could be made. [Denis Arsenault] and [Lise Arsenault] took full advantage of this process to arrive at a settlement in the form of a Marriage Contract. Their agreement with their solicitors to maintain strict confidentiality should not be set aside in the circumstances of this case. [para. 38]

Ms. Noble and Ms. O'Brien rely upon Clause 10.4 of the Collaborative Law Contract to support their claim of complete privilege over the collaborative law files. Clause 10.4 states:

If either Lise or Denis go to court they may use or refer to "with prejudice" agreements they make during the Collaborative Law Process. Lise & Denis cannot use or refer to any other minutes or discussions from the Collaborative Law Process if Lise or Denis go to Court.

The judge found, correctly in my view, that the sought-after information and documents were not captured by the phrase “minutes or discussions from the Collaborative Law Process” found in Clause 10.4. I would add that the clause operates to the benefit of the clients, not the lawyers. No other clause of the Collaborative Law Contract accords confidentiality rights to the lawyers, which they might assert against the wishes of the clients.

[41] At any rate, Ms. Noble and Ms. O’Brien submit collaborative law files are subject to a blanket privilege, which they term “mediator’s privilege”. They suggest this privilege applies to documents brought to, and communications made at, mediation. They contend it belongs to both the mediator and the parties, and may not be waived unilaterally by the parties to the underlying dispute. They argue this privilege is distinct from “settlement privilege”, which applies to “without prejudice” communications and belongs to, and may be waived by, the parties. Finally, they assert the need for protection of confidentiality is even stronger in the case of collaborative law lawyers than it is for traditional mediators. This is because collaborative law lawyers might give advice to move the process toward settlement and there is value in preventing future litigation counsel from learning what transpired in collaborative law sessions.

[42] The motion judge discusses the applicability of privilege at length in the decision. At paragraph 35 she states:

I therefore find that the class privilege (blanket privilege) applies to the Collaborative Family law process. The process engages a combination of solicitor-client privilege and settlement privilege, resolution of legal issues being the objective. Accordingly, the communications and settlement discussions arising through the Collaborative Law process are prima facie privileged and inadmissible as the public interest in encouraging settlements outweighs the interest of disclosure. [para. 35]

[Emphasis added.]

Later, she asserts that “all communications, discussions, proposals whether written or oral, and documents created during the collaborative law process remain privileged, in

the context of this current motion, except for the signed marriage contract itself” (para. 53).

[43] Regardless, the motion judge goes on to examine whether the claim for disclosure and production falls into the recognized exceptions to settlement privilege:

Consistently, the jurisprudence and legal texts have recognized the existence of limited exceptions to the *prima facie* privilege that arises in settlement negotiations. When exception is claimed, the party who wishes to obtain disclosure bears the burden of establishing it. In cases where the Court admits the exception, the disclosure will by necessity, be qualified by narrow and well defined parameters as it remains in the public interest to promote settlement and avoid injury to the confidentiality and privilege that attaches to settlements. [para. 36]

She relies on *Sable Offshore Energy Inc. vs. Ameron International Corp.*, 2013 SCC 37, [2013] 2 S.C.R. 623, for the proposition that class privilege attaches to settlement negotiations and sets out the necessary exceptions to disclosure that can arise:

[...] [12] Settlement privilege promotes settlements. As the weight of the jurisprudence confirms, it is a class privilege. As with other class privileges, while there is a *prima facie* presumption of inadmissibility, exceptions will be found “when the justice of the case requires it” (*Rush & Tompkins Ltd. v. Greater London Council*, [1988] 3 All E.R. 737 (H.L.), at p. 740).

[...]

[19] There are, inevitably, exceptions to the privilege. To come within those exceptions, a defendant must show that, on balance, “a competing public interest outweighs the public interest in encouraging settlement” (*Dos Santos Estate v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2005 BCCA 4, 207 B.C.A.C. 54, at para. 20). These countervailing interests have been found to include allegations of misrepresentation, fraud or undue influence (*Unilever plc v. Procter & Gamble Co.*, [2001] 1

All E.R. 783 (C.A.), *Underwood v. Cox* (1912), 26 O.L.R. 303), and preventing a plaintiff from being overcompensated (*Dos Santos*, [2005] B.C.J. No. 5).

In this case, the issue in the main action revolves around an attack on the validity of the marriage contract on a number of fronts including “*allegations of misrepresentation*”. Mrs. [Arsenault] raises allegations of incomplete and or inadequate financial disclosure from Mr. [Arsenault] in the course of the Collaborative Family Law process. She argues that this impacts on the resolution of the marital property and non-marital property division and the issue of spousal support that the marriage contract pre-determined. [paras. 37-38]

[44] The judge goes on to describe the documents being sought as “documents that are compellable at law” (para. 44). She states:

When parties are involved in proceedings related to marital and non-marital property claims as well as child and spousal support claims, they are required to produce comprehensive financial disclosure. That duty exists both as a result of the legislative requirements and the jurisprudence.

Specifically, under Rules 72 (Divorce Petition with or without a joinder for relief under the *Marital Property Act*), Rule 73 (Family Division Proceedings including claims under the *Family Services Act*) and Rule 74 (*Marital Property Act* applications), the parties are obligated to produce a Financial Statement (Form 72J) or a Statement of Property and Debts (Form 74A), a Statement of Contribution to Property (Form 74B) where required, and income information pursuant to the *Federal Child Support Guidelines*. The extent of disclosure under the *Guidelines* is of itself very broad depending upon a party's sources of income and/or the nature of any business or corporate holdings. [paras. 45-46]

[45] The judge explains she could not see how production of the above noted financial documents, which are compellable by law, could be found to be “injurious” to either settlement privilege or solicitor-client privilege. The judge determined that

regardless of whether the exception to privilege was met, she would have concluded the financial documents that are compellable at law must be produced. In the end, she found as follows:

I find that the parties are entitled to have access to the mandatory financial documents that were disclosed in 2006 because they were compellable at law. They are also entitled to have access to the documents that were produced as verification of the values of assets, debts and or proof of income. Financial disclosure in this context is not a matter of recollection of the paperwork that was exchanged in 2006 nor is it a guessing game between two competing versions or a case of hide and seek. It is a matter of producing what was in fact brought to the table in 2006 in circumstances where there is no other means of obtaining an accurate reproduction of the relevant financial documents.

However, as stated in the case law, disclosure orders in this context cannot be overly broad. The parameters must be clear and fairly narrow. Further, in order to protect the public's interest in settlement, it follows that all communications, discussions, proposals whether written or oral, and documents created during the collaborative law process remain privileged, in the context of this current motion, except for the signed marriage contract itself. However, the documents that are compellable through the normal course of claims made pursuant to the *Marital Property Act*, the *Divorce Act*, the *Federal Child Support Guidelines* and the *Rules of Court* as well as the documents produced to verify the financial information are subject to disclosure. [paras. 52-53]

[46] With respect, I do not agree with the motion judge's statement that "all communications, discussions, proposals whether written or oral, and documents created during the collaborative law process remain privileged, in the context of this current motion, except for the signed marriage contract itself". In my view, in this province there is no class privilege in the Collaborative Law Process for the benefit of the participating lawyers. In that regard, I will underscore the obvious: (1) this province does not have a long-standing history with collaborative law; (2) there is no provincial statute on point; (3) there is no *Rule of Court* directly on topic; (4) no provision in the *Code of*

Professional Conduct for lawyers is specifically directed at collaborative law; and (5) no standard contract has been adopted. Before the existence of a privilege inuring to the lawyers could be judicially considered, a clear provision to that effect would have to be included in the Collaborative Law Contract. Here, the issue of confidentiality is addressed in Clause 10.4 of the Collaborative Law Contract, which is reproduced in paragraph 40 above. That clause, by its very terms, accords rights and obligations to the clients, not their lawyers. It is a clause that was inserted in the Collaborative Law Contract for the benefit of the clients, and no one else. If confidentiality rights had been accorded to the lawyers by the Collaborative Law Contract and the lawyers had asserted those rights over the objections of their clients, the Court would have had to consider whether the pertinent clause should be struck on public policy grounds.

[47] At the hearing on appeal, counsel for Mr. and Mrs. Arsenault confirmed each of their clients had waived any and all privileges (solicitor/client privilege, settlement privilege, etc.) that could conceivably be argued. The respondents/clients simply want disclosure of the information and production of the documents that are relevant to their dispute over the validity of the marriage contract. Much was said about privilege in the court below and in our Court, but one must not overlook what exactly was being requested of the collaborative law lawyers: in essence, to produce the documents their clients brought to the table – documents that are the property of the clients and which, pursuant to the Law Society of New Brunswick’s *Code of Professional Conduct*, must be returned to the clients when requested.

VIII. Conclusion

[48] While I disagreed with some features of the motion judge's reasons for decision relating to the issue of privilege, like my colleagues, I was satisfied the actual order she granted, which is carefully and narrowly drawn, was beyond reproach. In sum, that is why I joined in dismissing the appeal from the Bench. I would complete the proceedings by ordering each appellant pay costs of \$5,000 to each respondent.

[49] That said, and having regard to the terms of the Collaborative Law Contract between the parties, the state of collaborative law in this province, the respondents' unqualified waiver of any privilege, whether valid or not, and the solicitor-client relationships in effect at the material times, I am of the view that no privilege stands in the way of the respondents' discovery of communications, discussions, proposals, whether written or oral, and documents created during the collaborative law process.

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] La décision de la Cour de confirmer l'ordonnance rendue en première instance reflète l'application d'un principe élémentaire : c'est la décision elle-même qui est portée en appel et non les motifs donnés à l'appui de celle-ci : *Veno c. La United, Corporation d'assurances générales*, 2008 NBCA 39, 330 R.N.-B. (2^e) 237, au par. 77; *J.D. Irving, Limited c. Hughes et Astle*, 2010 NBCA 23, 358 R.N.-B. (2^e) 49, au par. 24. Après avoir entendu les parties, nous avons rejeté l'appel séance tenante puisque nous avons conclu que l'ordonnance de divulgation et de production qui fait l'objet de l'appel, et qui a été formulée avec soin, était valable. Habituellement, dans ces circonstances, notre Cour évite, dans ses motifs, de commenter des remarques incidentes figurant dans les motifs de décision du juge de première instance. Étant donné, toutefois, que l'instance sous-jacente opposant les intimés (mari et femme) est en cours et que certaines de ces remarques peuvent avoir une incidence négative sur leur capacité de faire valoir des prétentions ou de présenter des moyens de défense, selon le cas, les remarques incidentes doivent être examinées.

[2] Le présent appel oppose les parties au litige à leurs ex-avocates. Il donne également à notre Cour la possibilité d'examiner pour la première fois le processus de droit familial collaboratif et l'invite à examiner : (1) les responsabilités des avocats engagés dans ce processus envers leurs clients et plus précisément, leurs responsabilités en cas de contestation d'un contrat de mariage intervenu dans le cadre de ce processus; et (2) la question de savoir si ce processus fait naître un privilège générique au profit des avocats qui y participent. Ce privilège, ainsi qu'il est convenu de l'appeler, leur permettrait de rejeter les demandes de leurs clients respectifs en vue d'obtenir la divulgation de renseignements et documents relatifs au processus. Comme nous le verrons, l'examen de ces questions nous amène à nous pencher sur le rôle des *Règles de*

procédure dans une instance devant la Division de la famille et, plus précisément, sur l'incidence de la règle 31.11 (Documents en [la] possession d'un tiers) et de la règle 32.10 (Interrogatoire sur permission requise).

II. Le contexte

[3] Les faits pertinents pour les fins qui nous occupent sont généralement simples et ne sont pas contestés par les parties. Pour exposer les faits d'après lesquels le présent appel a été tranché, je citerai abondamment les mémoires des parties, ainsi que les motifs de décision de la juge saisie de la motion, en indiquant toute divergence factuelle lorsque ce sera approprié. Je soulignerais, toutefois, que les conclusions qui suivent ne sont pas des conclusions de fait qui lieront les parties pour l'avenir.

[4] Denis Arsenault et Lise Arsenault se sont mariés en novembre 1985. Il y a deux enfants adultes issus de ce mariage. Pendant le mariage, M. Arsenault a fondé et exploité plusieurs entreprises. M^{me} Arsenault a travaillé à Énergie NB jusqu'en 1996, année où elle a quitté son emploi pour rester à la maison avec les enfants. Il lui arrivait à l'occasion d'effectuer du travail pour l'entreprise familiale. M. Arsenault est actuellement âgé de cinquante-deux ans et M^{me} Arsenault, de cinquante-quatre ans. En 2006, les parties éprouvaient des difficultés matrimoniales. Bien qu'elles eussent convenu de rester mariées et de cohabiter jusqu'à ce que le plus jeune de leurs enfants obtienne son diplôme d'études secondaires, elles ont, sur la suggestion de M. Arsenault, envisagé la possibilité de préparer un contrat de mariage qui établirait leur situation financière et leurs obligations parentales pour le cas où elles se sépareraient. Malgré le fait qu'elles habitaient à Moncton, les parties ont préféré retenir les services d'avocates de l'extérieur et elles ont été encouragées à mener les négociations en vue du contrat de mariage dans le cadre du processus de [TRADUCTION] « droit collaboratif ». Il s'en est suivi que M. Arsenault a retenu les services de Brenda Noble, c.r., et M^{me} Arsenault, ceux de Mary-Eileen O'Brien, deux avocates qui exerçaient le droit à Saint John.

[5] Le 19 juillet 2006, les parties et leurs avocates respectives ont passé un contrat de droit collaboratif qui faisait état des règles régissant le processus de droit collaboratif et énonçait brièvement les obligations et responsabilités des époux et de leurs avocates. On constate, à la lecture du contrat, qu'il aborde les questions que sont la confidentialité, la divulgation et la procédure à suivre pour le cas où le processus de droit collaboratif échouerait. Le 6 novembre 2006, après une série de rencontres auxquelles les parties et leurs avocates avaient assisté, un contrat de mariage a été signé.

[6] Le 19 mai 2009, M. Arsenault a informé M^{me} Arsenault qu'il avait l'intention de mettre fin à leur mariage. Les parties ont toutes deux convenu de ne pas en informer leurs enfants avant la remise du diplôme d'études secondaires de leur fils, soit un mois plus tard. Le 23 juin 2009, les parties ont informé leurs enfants de la rupture de leur mariage.

[7] Les parties ont alors pris les mesures prévues au contrat de mariage qu'elles avaient passé trois ans plus tôt. Elles ont transféré les titres de propriété de différents biens et ont procédé à la répartition des autres biens matrimoniaux, y compris le contenu des résidences et les REER. M. Arsenault a maintenu les assurances de soins médicaux et dentaires au profit de M^{me} Arsenault. De plus, M. Arsenault a continué de partager les revenus avec son épouse jusqu'à ce qu'il commence à lui verser une pension alimentaire selon les modalités du contrat de mariage. Il a versé des aliments au profit des enfants et payé les frais liés à leurs études postsecondaires, mais M^{me} Arsenault a plus tard prétendu qu'il ne s'était pas entièrement acquitté de ses obligations à cet égard.

[8] M. Arsenault a ensuite décidé de convertir les versements alimentaires périodiques en une somme forfaitaire calculée conformément à la formule énoncée dans le contrat de mariage. Le 30 août 2011, il a versé 653 013,06 \$ à M^{me} Arsenault. Cette somme devait inclure les aliments au profit de l'épouse ainsi qu'un montant réservé à l'égalisation des biens. Le 14 décembre 2010, M. Arsenault a déposé une requête en divorce dans laquelle il sollicitait des mesures accessoires conformément aux clauses du contrat de mariage. Le 30 mars 2011, M^{me} Arsenault a déposé une réponse et demande

reconventionnelle dans laquelle elle contestait la demande de mesures accessoires en invoquant un certain nombre de moyens dont l'iniquité et l'omission de communiquer certains renseignements. Elle y disait ce qui suit :

[TRADUCTION]

[...] le contrat de mariage [...] est inique dans les circonstances et devrait être annulé en ce qui concerne la répartition des dettes et biens matrimoniaux et non matrimoniaux, en raison de l'omission de communiquer certains renseignements, d'estimations inexactes, d'une incitation à signer et des promesses verbales du requérant.

[Par. 19]

[9] Dans sa demande reconventionnelle, M^{me} Arsenault sollicitait expressément les mesures suivantes :

[TRADUCTION]

a) un divorce;

b) en application de la *Loi sur le divorce* :

(i) des aliments pour M.A.A., né le 4 mai 1991, pour les mois de mai, juin, juillet et août, conformément aux *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* et en vertu de l'art. 15;

(ii) une somme forfaitaire et des aliments à son profit versés périodiquement, avec effet rétroactif à la date de la séparation, conformément aux *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux* et en vertu de l'art. 15;

(iii) le maintien des assurances de soins médicaux et dentaires pour l'intimée, en vertu du par. 15.1(4);

c) en application de la *Loi sur les biens matrimoniaux* :

(i) une répartition égale des biens matrimoniaux, en vertu de l'art. 3;

(ii) une répartition égale des dettes matrimoniales, en vertu de l'art. 9;

(iii) une répartition égale des biens non matrimoniaux, en vertu des art. 6 et 7;

d) sous le régime des *Règles de procédure* :

(i) les dépens de la présente instance. [Par. 20]

III. L'audience devant le tribunal d'instance inférieure

[10] Les avocates qui représentent les Arsenault dans le cadre de l'instance devant la Division de la famille ont demandé que les avocates qui les avaient représentés dans le processus de droit collaboratif produisent les dossiers qu'elles avaient ouverts et tenus au cours des négociations relatives au contrat de mariage. M^{me} Arsenault demande la production de ces dossiers afin de faire progresser sa contestation de la validité du contrat de mariage et M. Arsenault demande leur production afin de confirmer la validité du contrat. Les avocates de droit collaboratif ont refusé de communiquer leurs dossiers respectifs, soutenant à cet égard que le processus est confidentiel de par sa nature et que ce privilège se rattache tout aussi bien au contenu des dossiers qu'au processus lui-même. M^e Noble et M^e O'Brien invoquent toutes deux les clauses du contrat de droit collaboratif qui établissent la confidentialité. Elles prétendent que le seul document issu du processus de droit collaboratif qui est susceptible d'être produit est le contrat de mariage lui-même, car il s'agit d'une entente [TRADUCTION] « non sous toutes réserves ».

[11] Après avoir reçu cette réponse des avocates de droit familial collaboratif, M. Arsenault a déposé un avis de motion dans lequel il sollicitait ceci :

[TRADUCTION]

[U]ne ordonnance enjoignant aux avocates de droit familial collaboratif Brenda Noble et Mary-Eileen Flanagan [maintenant O'Brien], qui ont négocié et rédigé le contrat de mariage, d'établir la liste des pièces contenues dans leurs dossiers et de divulguer les renseignements d'intérêt dans l'instance en divorce qui sont en leur possession et dont elles ont eu connaissance, suivant les modalités que la Cour juge indiquées[.] [Par. 2]

M^{me} Arsenault a sollicité des mesures réparatoires semblables dans sa réponse.

[12] La juge saisie de la motion a envisagé les questions à trancher d'une façon globale. Elle les a ainsi résumées :

[TRADUCTION]

(b) Quelle est la nature du privilège inhérent au processus de droit collaboratif?

b) La demande de divulgation fait-elle partie des exceptions à la non-divulgation reconnues pour ce privilège? [Par. 24]

[13] Mentionnons incidemment que M^{me} Arsenault a déposé un avis de poursuite accompagné d'un exposé de la demande, dans lequel elle prétend notamment que les deux avocates de droit familial collaboratif ont été négligentes dans la préparation du contrat de mariage issu du processus de droit collaboratif. Plus précisément, elle prétend qu'une disposition fondamentale, l'alinéa 10c), a été omise du contrat. Selon sa prétention, l'alinéa 10c) avait pour but de préciser son droit à une partie des actifs commerciaux. Les avocates de droit familial collaboratif estiment que cette omission est bénigne, disent qu'il s'agit d'une simple [TRADUCTION] « erreur typographique » et contestent l'allégation de négligence. Le fait est que l'alinéa 10c) est explicitement mentionné dans le contrat de mariage mais que cet alinéa ne s'y trouve nulle part.

IV. La décision qui fait l'objet de l'appel

[14] Le 14 août 2013, la juge saisie de la motion a conclu que le privilège générique s'appliquait au processus de droit familial collaboratif, mais que tous les documents dont on peut contraindre la production en vertu de la *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.N.-B. 2012, ch. 107, de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* et des *Règles de procédure* ainsi que les documents produits pour vérifier les renseignements financiers étaient visés par l'ordonnance de divulgation et de production. L'ordonnance formelle rendue relativement à M^e O'Brien est ainsi rédigée :

[TRADUCTION]

[I] est ordonné

1. à l'avocate de droit collaboratif Mary-Eileen O'Brien de faire les divulgations suivantes :

a) dans un délai de 20 jours calculé à partir de la date des présents motifs, Mary-Eileen O'Brien devra fournir à son ancienne cliente [Lise Arsenault] une liste des documents financiers intéressant l'une ou l'autre des parties qu'elle a en sa possession et qui consistent en les documents requis en vertu des art. 15 à 21 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, des règles 72, 73 et 74 des *Règles de procédure* et des dispositions de la *Loi sur le divorce* et de la *Loi sur les biens matrimoniaux*;

b) sur demande écrite de [Lise Arsenault], Mary-Eileen O'Brien fournira à [Lise Arsenault], aux frais de cette dernière, des copies de tous les documents figurant sur la liste préparée conformément à l'alinéa 1b [*sic*, lire 1a)] ci-dessus;

2. L'avocate de droit collaboratif Mary-Eileen O'Brien versera à son ancienne cliente [Lise Arsenault] la somme de 1 200 \$ au titre des dépens. Ce montant inclut la TVH et les débours.

Une ordonnance formelle identique a été rendue en ce qui concerne les obligations de M^e Noble envers son ancien client, M. Arsenault.

[15] Comme je l'ai souligné dans mes remarques introductives, notre Cour a confirmé cette ordonnance parce que telle qu'elle était libellée, elle ne portait pas atteinte au privilège contesté que revendiquent les appelantes. Toutefois, et comme je l'ai mentionné, les motifs de décision de la juge saisie de la motion contiennent des remarques incidentes auxquelles je ne puis souscrire et qui pourraient se révéler problématiques pour les intimés pour la suite des choses. Je traite de cette question sous la rubrique « Analyse ».

V. Les moyens d'appel

[16] M^e Noble et M^e O'Brien soutiennent que la juge saisie de la motion a commis une erreur de droit :

[TRADUCTION]

- (1) En concluant que les dossiers n'étaient pas protégés contre la divulgation par un privilège de droit collaboratif, de médiation ou autre.
- (2) En concluant que les dossiers n'étaient pas protégés contre la divulgation par une entente contractuelle.
- (3) [E]n concluant qu'une exception au privilège [relatif aux règlements] s'appliquait sans exiger de [M. et M^{me} Arsenault] qu'ils établissent que la levée du privilège était nécessaire.
- (4) En concluant :
 - (i) que M^{es} Noble et O'Brien étaient tenues d'obligations de divulgation d'origine législative qui ne s'appliquent qu'aux personnes qui sont parties à un litige d'ordre matrimonial;
 - (ii) qu'elles étaient tenues d'obligations de divulgation du fait de la *Loi sur les biens matrimoniaux* alors que ces obligations étaient incompatibles avec les dispositions d'un contrat domestique, ce qui contrevient à l'art. 42 de cette *Loi*.
- (5) En concluant :
 - (iii) que ni M. ni M^{me} Arsenault n'avaient de liste des documents financiers communiqués dans le cadre du processus de droit collaboratif et qu'ils ne pouvaient pas non plus décrire la nature des documents financiers communiqués dans le cadre du processus de droit collaboratif;

- (iv) qu'il n'existait aucun autre moyen d'obtenir une reproduction précise des documents financiers pertinents.

[17] La question de la portée trop limitée de l'ordonnance contestée a été examinée à l'audience. Toutefois, ni M. ni M^{me} Arsenault n'ont déposé d'avis d'appel reconventionnel. Par conséquent, nous n'avons pas, à strictement parler, à décider si la portée de l'ordonnance est inadéquate.

VI. Norme de contrôle

[18] Les parties s'entendent pour reconnaître que les questions soulevées par les moyens d'appel (1), (2), (3) et (4) font intervenir des questions de droit, au titre desquelles la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte, alors que les questions soulevées dans le moyen (5) font intervenir des questions de fait au titre desquelles la norme de contrôle applicable est celle de l'erreur manifeste et dominante : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *LeBlanc c. Fundy Drywall Ltd. et Allain*, 2014 NBCA 2, 414 R.N.-B. (2^e) 339, au par. 12; *Filliter et Mockler c. Baniuk et autre*, 2011 NBCA 110, 381 R.N.-B. (2^e) 352, au par. 25. On n'a pas insisté sur le moyen (4) à l'audience pour la bonne raison qu'il est dénué de tout fondement. Je ne dirai rien de plus à ce propos.

VII. Analyse

A. *Le droit collaboratif : quelques observations générales et une courte mise en garde*

[19] Le processus de droit familial collaboratif a acquis une popularité de plus en plus grande au Canada au cours des dernières décennies parce qu'il vise à ce que la séparation et le divorce soient abordés d'une façon holistique et non conflictuelle. Le droit familial collaboratif se veut un processus de résolution des conflits dans le cadre

duquel les clients et leurs avocats se réunissent en privé et essaient d'en arriver à un règlement amiable grâce à la coopération et au dialogue. Wanda Wiegers et Michaela Keet, auteures de l'article intitulé « Collaborative Family Law and Gender Inequalities: Balancing Risks and Opportunities » (2008), 46 Osgoode Hall L.J. 733, font une description succincte du processus de droit collaboratif :

[TRADUCTION]

Dans le présent article, nous examinons la question de savoir si, et de quelle façon, les traits distinctifs du droit collaboratif atténuent l'incidence et l'importance des inégalités de genre dans la négociation des litiges ressortissant au droit de la famille. Tout d'abord mis au point par des avocats aux États-Unis, le droit collaboratif a été décrit comme un « changement de paradigme » dans l'exercice du droit. Une des caractéristiques qui distinguent le droit collaboratif est le rôle que jouent les avocats dans le processus de règlement amiable. Le droit collaboratif cherche à mettre à profit les avantages qu'apportent la participation des clients et les négociations fondées sur leurs intérêts au moyen du rôle actif que jouent les avocats à la fois comme coordonnateurs du processus et intervenants. Contrairement à ce qui se passe dans le cadre des négociations ou du contentieux traditionnels, les avocats de droit collaboratif s'engagent à respecter un ensemble de valeurs transparentes qui insistent sur l'importance des besoins de leurs clients sur le plan affectif et sur celui de la participation, sur la possibilité d'un résultat créatif et sur l'interdépendance des parties. Élément qui le distingue également de la plupart des processus de règlement amiable, le droit collaboratif exige qu'avocats et clients travaillent de concert lors de séances ouvertes auxquelles tous participent en vue du règlement de leur différend.

De plus, le processus de droit collaboratif est habituellement structuré suivant les règles d'engagement et de désengagement qui sont énoncées dans les conventions que passent les clients et leurs avocats. La teneur de ces conventions varie d'une province ou d'une région à l'autre, mais celles-ci prescrivent généralement la divulgation complète de tous les renseignements pertinents dans le cadre des séances réunissant les deux parties et leurs avocats et obligent les avocats à cesser d'occuper pour leurs clients si le processus ne donne pas lieu à un

règlement amiable. À ce jour, le processus de droit collaboratif, tant au Canada qu'aux États-Unis, est principalement limité au domaine du droit de la famille. [P. 735]

[20] Si de nombreuses parties ont préféré le droit familial collaboratif au contentieux habituel, c'est parce qu'il met l'accent sur la participation du client et l'atteinte d'un consensus, par opposition au système accusatoire que beaucoup jugent antagoniste et aliénant : voir l'article de Cristin Schmitz, intitulé « Collaborative Lawyers Must Observe Same Standard as Family Law Litigators: Alta. CA » (2011), 30 *The Lawyers Weekly* 38 (QL). Les parties acceptent de négocier lors de réunions [TRADUCTION] « à quatre » (savoir des réunions auxquelles participent les deux parties et leurs avocats) auxquelles toutes les parties doivent prendre une part active. Dans le cadre du processus de droit familial collaboratif, les avocats ne plaident pas leur cause, ils sont censés aider à façonner et à orienter le processus. Les clients ont des décisions importantes à prendre en ce qui concerne le règlement amiable de leur différend au lieu de s'en remettre à leurs avocats afin qu'ils représentent leurs intérêts. Les parties s'engagent habituellement dans le processus de droit familial collaboratif en signant un accord de participation ou un contrat de droit collaboratif aux termes duquel elles s'engagent à renoncer à recourir au contentieux et à suivre le processus de droit familial collaboratif. Le processus prend fin subitement si l'une ou l'autre partie engage une poursuite ou menace d'engager une poursuite et les services de l'un ou l'autre avocats ne peuvent pas être retenus aux fins de cette poursuite : voir l'article de Donalee Moulton, intitulé « Collaborative Family Law and Mediation are Similar but Different » (2002), 22 *The Lawyers Weekly* 5 (QL). Suivant les principes dont participe le processus de droit familial collaboratif, [TRADUCTION] « le droit collaboratif crée une 'gaine' métaphorique autour des avocats et de leurs clients pour les aider à se concentrer sur la négociation. Le droit collaboratif crée cette gaine au moyen d'un accord mutuel de retrait qui interdit aux deux avocats de continuer à représenter leurs clients si l'une ou l'autre partie choisit d'interrompre le processus de droit collaboratif et d'engager une poursuite » : voir l'article de John Lande, intitulé « Possibilities for Collaborative Law:

Ethics and Practice of Lawyer Disqualification and Process Control in a New Model of Lawyering » (2003), 64 Ohio St. L. J. 1315, à la p. 1322.

[21] Dans le cadre de ce processus, l'avocat a notamment pour rôle de faciliter le dialogue, de chercher à obtenir un règlement amiable mutuellement avantageux et de recueillir des renseignements, ce qui peut obliger les parties à divulguer différents genres de renseignements (notamment financiers) ou à retenir les services de spécialistes des questions financières ou de la psychologie : voir l'article d'Anu Osborne, intitulé « The Shift Required of the Family Lawyer is from Zealous Representation to Problem Solving, Educating, Role Modeling and Facilitating » (2005), 24 The Lawyers Weekly 34 (QL).

[22] Toutefois, bien que les avocats de droit familial collaboratif s'engagent à en arriver à une entente qui avantage les deux parties, ils ne sont pas, à la différence des médiateurs, des acteurs neutres dans le processus et ils ont la responsabilité fondamentale de donner des conseils juridiques à leur client pendant toute la durée du processus. Les avocats de droit familial collaboratif doivent prendre part au processus et conseiller leurs clients du mieux qu'ils le peuvent tout en s'efforçant de conserver une atmosphère de coopération et d'intégrité qui favorise l'émergence d'une solution mutuellement avantageuse pour les deux parties : voir l'arrêt *Webb c. Birkett*, 2011 ABCA 13, [2011] A.J. No. 54 (QL).

[23] L'exercice du droit familial collaboratif varie d'un ressort à l'autre mais les paramètres généraux du processus sont habituellement fixés au moyen des accords de participation que passent les clients et les avocats avant le début du processus.

[24] Malgré les nombreux défenseurs que compte le droit familial collaboratif, plusieurs questions se posent toujours en ce qui concerne sa compatibilité avec les codes de déontologie en vigueur. Ainsi, des questions se posent quant à savoir si le droit collaboratif est compatible avec l'obligation de loyauté et avec l'obligation de franchise et de sincérité envers autrui et en ce qui concerne la compatibilité de la disposition prévoyant l'inhabileté et les craintes que suscitent les éventuels manquements à

l'obligation de confidentialité. Ces questions éthiques représenteront un défi pour le droit collaboratif parce que les règles générales de déontologie qui régissent l'exercice traditionnel du droit ont été rédigées sans qu'il soit tenu compte du droit collaboratif et pourraient ne pas concorder avec ce nouveau processus : voir l'article de Christopher M. Fairman, intitulé « A Proposed Model Rule for « Collaborative Law » (2005), 21:1 Ohio St. J. Disp. Resol. 73, à la p. 84.

[25] Une autre des questions qui se sont fait jour avec le recours croissant au droit familial collaboratif est la possibilité que surgissent des inégalités de genre dans le cadre du processus de droit familial collaboratif. Dans l'article intitulé « Collaborative Family Law and Gender Inequalities: Balancing Risks and Opportunities », les auteures avancent l'opinion suivante :

[TRADUCTION]

Donc, bien que la structure du droit collaboratif puisse favoriser une communication plus ouverte et plus transparente entre les parties, elle peut aussi désavantager les parties qui se trouvent dans une relation d'inégalité ou de violence. Un accent exagéré sur le modèle des rencontres à quatre comme principal mode de négociation peut limiter l'accès aux outils de vérification que comporte le processus de communication préalable et limiter l'accès des clients vulnérables à des conseils et à un soutien indépendant. Lorsqu'une partie violente négociera de mauvaise foi ou ne fera pas une divulgation complète, la disposition prévoyant l'inhabileté aura pour effet de pénaliser le conjoint innocent parce qu'il perdra son avocat [p. 763].

[26] Les auteures s'interrogent également sur le caractère éthique des dispositions prévoyant l'inhabileté que contiennent les contrats de droit familial collaboratif :

[TRADUCTION]

La disposition prévoyant l'inhabileté est le principal trait distinctif du processus de droit collaboratif et bien des avocats la tiennent pour essentielle. La plupart des conventions de droit collaboratif interdisent aux parties de

brandir la menace d'une poursuite ou d'engager une poursuite pendant le processus et prescrivent qu'elles doivent faire des compromis, si nécessaire, pour en arriver à un règlement amiable. La disposition prévoyant l'inhabileté précise également que les avocats qui sont parties au contrat sont inhabiles à représenter leurs clients dans un quelconque recours en justice mettant en cause les parties. Cette clause a une portée suffisamment générale pour qu'un certain nombre d'événements donnant lieu à l'introduction d'un recours en justice la rende applicable, savoir notamment le défaut de parvenir à un règlement; la nécessité d'une ordonnance interdictive pour protéger un client; le recours aux méthodes reconnues de communication préalable pour obtenir une divulgation complète; ou la nécessité d'une ordonnance afin d'empêcher l'aliénation des biens familiaux, de forcer l'exécution après la conclusion d'un règlement amiable ou de modifier les clauses de la convention initiale.

Aux termes du contrat en vigueur en Saskatchewan, il est également interdit aux avocats de droit collaboratif de divulguer une quelconque partie de leur dossier ou de discuter d'un quelconque aspect d'une affaire avec un nouvel avocat, à moins que les deux clients n'y consentent conjointement par écrit. Dans la plupart des conventions, des dispositions connexes interdisent que les travaux ou le témoignage d'experts ou de professionnels du droit collaboratif, comme des conseillers en divorce ou des spécialistes de l'enfance ou des questions financières, soient utilisés ou que ceux-ci soient assignés à témoigner dans le cadre d'une action en justice sans le consentement écrit des deux parties.

La plupart des modèles de négociation comptent sur la possibilité d'un recours aux tribunaux pour à la fois encadrer et mesurer les progrès accomplis pendant les négociations. Lors d'une médiation, la possibilité d'y mettre fin à tout moment sert à garantir une participation réelle et volontaire et à permettre un « retrait » défensif à ceux qui jugent le processus coercitif. Bien que tous les processus coûteux supposent sans doute, avec le temps, la présence d'un élément de confinement, la disposition prévoyant l'inhabileté dont s'accompagne le processus de droit collaboratif accroît délibérément l'éventuel degré de confinement dans le but exprès de hausser les intérêts que les avocats et les clients ont dans le processus. L'hypothèse

comportementale qui sous-tend ce principe est qu'une majoration du coût de la défection réduit la tentation de recourir au système accusatoire ou d'abuser de la bonne volonté de l'autre partie. Le modèle de droit collaboratif favorise un règlement amiable précoce en dissipant l'incertitude au sujet de la durabilité et de la solidité de l'engagement des parties à coopérer qui accompagne souvent les négociations en droit collaboratif.

Il y a, aux États-Unis, une importante controverse dans le milieu universitaire en ce qui concerne la question de savoir si la disposition prévoyant l'inhabileté est compatible avec les règles de déontologie. Les comités de déontologie de neuf États ont examiné des conventions de droit collaboratif à la lumière de leurs codes de déontologie et tous, sauf un, ont confirmé leur utilisation. Trois États ont adopté des lois autorisant le recours au droit collaboratif. Bien que la disposition prévoyant l'inhabileté puisse être considérée comme analogue à certaines conventions autorisant une personne à mettre fin au mandat de son avocat — qui sont exécutoires au Canada — il y a une différence fondamentale en ce sens que la perte de l'avocat en vertu de la disposition prévoyant l'inhabileté peut découler de la conduite de l'une ou l'autre partie et non être seulement le fait du client même de l'avocat. Certains auteurs ont prétendu que les parties seraient peut-être mieux servies par un processus différent, tout particulièrement lorsque leurs ressources économiques et le bien-fondé de leurs positions juridiques diffèrent considérablement. Il existe un autre processus dit de droit coopératif, lequel comprend une convention de droit coopératif qui reprend les normes de coopération du droit collaboratif mais qui écarte la disposition prévoyant l'inhabileté. Selon Hilary Linton, dans une situation d'inégalité financière et juridique, la disposition prévoyant l'inhabileté compromet injustement le pouvoir de la partie dont les prétentions juridiques sont supérieures et lui enlève un moyen légitime de rétablir l'équilibre.

Bien que la disposition prévoyant l'inhabileté soit non discriminatoire dans sa forme, elle est susceptible d'avoir un effet disparate sur les clientes et de les exposer à un risque accru d'infériorité relative. Puisque ce sont le plus souvent des femmes qui sont requérantes dans les litiges d'ordre familial, les droits légaux sont davantage susceptibles de constituer une source de pouvoir pour elles.

En cas de séparation, ce sont les femmes qui, le plus souvent, n'ont pas accès à une source de revenus suffisante ou à des biens matrimoniaux ou qui peuvent avoir des prétentions supérieures à la garde en raison du rôle disproportionné qu'elles jouent comme principales pourvoyeuses de soins. Dans la mesure où la disposition prévoyant l'inhabileté accroît les coûts financiers et affectifs du litige, elle peut accroître la pression afin que soient acceptées des ententes qui ne satisfont pas aux intérêts bien précis des femmes et qui ne respectent pas non plus leurs droits légaux. [P. 763 à 766]

[27] Il est à remarquer qu'aux États-Unis, la Uniform Law Commission a adopté la loi intitulée *Uniform Collaborative Law Act* en 2009, de sorte que les différents États pouvaient dorénavant la promulguer. Renommés *Uniform Collaborative Law Rules and Act* en 2010, les *Rules/Act* régissent le recours au droit collaboratif et normalisent les caractéristiques les plus importantes du processus de droit collaboratif. En juin 2013, la *Uniform Collaborative Law Act* a été promulguée dans huit États ainsi que dans le District de Columbia. On trouve sous la rubrique *Overview* [aperçu] de cette Loi un historique complet et fiable de l'émergence du droit collaboratif aux États-Unis. La Uniform Law Commission décrit ainsi l'objet de la Loi :

[TRADUCTION]

Le présent comité a rédigé une loi sur le droit collaboratif, lequel est un nouveau mode extrajudiciaire de règlement des conflits qui est aujourd'hui utilisé dans plusieurs États, particulièrement en droit de la famille, c'est-à-dire dans des instances concernant le divorce, les droits de garde et les aliments. L'idée fondamentale est que les avocats (et les parties) à un litige conviennent d'avance que les avocats se désisteront si le litige est porté devant les tribunaux. Au printemps 2010, des modifications à cette Loi qui prévoient notamment qu'un État a la capacité d'adopter les dispositions de la Loi soit à titre de règle de procédure soit à titre de texte législatif et qui lui donnent la possibilité de restreindre la portée de la Loi aux questions qui ressortissent au droit de la famille ou encore de la rendre applicable à tous les genres de litiges, ont été approuvées.

(Uniform Law Commission, sous la rubrique *Committees, Collaborative Law Act*, en ligne : Uniform Law Commission, <http://www.uniformlaws.org>.)

[28] Dans l'article intitulé « Collaborative Practice in the Canadian Landscape » (2011), 49:2 Fam. Ct. Rev. 221, Nancy Cameron dit ceci :

[TRADUCTION]

Contrairement à ce qui s'est passé aux États-Unis, aucune province n'a adopté de loi sur le droit collaboratif. De même, aucun barreau ne s'est dit d'avis que la condition sous-jacente prescrivant l'inhabileté pourrait poser un problème d'ordre déontologique ou qu'un conflit pourrait découler du fait que tant les avocats que les clients signent l'accord de participation.

Il est courant, dans les provinces canadiennes, que des couples s'engagent dans le processus de droit collaboratif avant d'engager un quelconque recours en justice. Puisque le délai qui précède le prononcé d'un jugement de divorce au Canada commence à courir dès que les parties vivent séparées, il n'est pas nécessaire de déposer une ordonnance pour faire « démarrer le compteur » pour les fins du prononcé définitif du divorce. Habituellement, au Canada, la procédure en vue d'obtenir une ordonnance de divorce est engagée à l'issue du processus de droit collaboratif.

Puisqu'il n'est pas nécessaire de créer une loi afin de limiter l'intervention en matière d'inscription des causes aux rôles, qui est par ailleurs obligatoire, existe-t-il d'autres raisons pour lesquelles une loi régissant le droit collaboratif pourrait être utile au Canada? La création d'une loi sur le droit collaboratif pourrait en soi améliorer le profil de ce domaine d'exercice et mieux faire savoir au public qu'il a le choix de recourir à ce processus. Une loi sur le droit collaboratif pourrait aussi être conçue de façon à assurer la confidentialité du processus en créant un privilège applicable aux communications effectuées dans le cadre des négociations formelles tenues pendant le processus et en protégeant, au moyen d'une disposition législative, les professionnels (y compris les professionnels appartenant à toutes les disciplines auquel fait appel le droit collaboratif) contre les assignations à témoigner en cas d'échec du processus de droit collaboratif. De plus, une loi de cette nature pourrait consacrer dans un texte législatif la clause prévoyant l'inhabileté, qui rend les professionnels du droit collaboratif inhabiles à agir pour des clients ayant recouru au droit collaboratif lorsqu'un litige s'ensuit.

[...]

Outre le recours contractuel, la réputation dont il jouit est sans doute le principal facteur susceptible de dissuader un avocat de rompre la convention d'inhabileté. Comme avocats, nous comprenons tous que notre meilleure ressource est notre réputation. L'avocate qui ne respecte pas les obligations contractuelles qui lui sont faites en vertu de l'entente de participation risque sa réputation comme collègue de confiance dans le processus de droit collaboratif. Les rapports interpersonnels professionnels entre les avocats de droit collaboratif sont un aspect profondément important du service à la clientèle. Pour que ces relations puissent s'établir et se renforcer, les groupements de professionnels sont une caractéristique courante de l'exercice du droit collaboratif. Ces groupements de professionnels renforcent les relations de travail au sein d'équipes de droit collaboratif. Pour tous les avocats de droit collaboratif, le fait de pouvoir de fier à ses collègues est un élément essentiel du travail. Comme toutes les relations de confiance, celle-ci se construit avec le temps et elle est renforcée par une entente sur les valeurs communes. Le fait qu'un professionnel passe outre à une des valeurs fondamentales du droit collaboratif compromettrait sans doute d'une façon irrémédiable les rapports de ce professionnel avec les autres avocats de droit collaboratif.

Au cours de la dernière décennie, le paysage a changé du tout au tout, au Canada, en matière de règlement des différends. Ce sont les clients qui non seulement désiraient mais exigeaient des méthodes non contentieuses de résolution des conflits familiaux qui sont en partie à l'origine de ce changement. Pourtant, sans des avocats disposés à repenser complètement le système de règlement des différends, à obtenir une nouvelle formation et à acquérir de nouvelles compétences, cela ne pourrait être offert aux clients. La consolidation de la paix est une valeur qui contribue à éclairer l'introduction de changements de ce genre dans le système. La défense de cette valeur nous permet de formuler la question d'une façon plus globale : « Le Canada devrait-il se doter d'une loi sur le droit collaboratif? » Si nous songeons à des modifications d'ordre législatif, que pouvons-nous faire dans notre ressort pour appuyer une modification législative fondamentale?

Comment pouvons-nous militer efficacement en faveur d'une modification des lois existantes qui favorise le recours à un processus consensuel de règlement des différends; qui aide les familles à régler les différends au lieu de tenir pour acquis qu'elles se retrouveront dans une salle d'audience? Comment pouvons-nous influencer la modification des lois afin que celles-ci prévoient la possibilité de recourir à un processus qui permet aux enfants et aux adultes d'effectuer une transition saine après le divorce? [P. 224 à 226]

[29] Dans ce contexte, il semble que les avocats de droit collaboratif canadiens comptent sur des règles locales pour les aider dans l'exercice de leur profession. L'examen du droit familial collaboratif qui existe dans d'autres provinces indique que les barreaux de certaines provinces essaient d'incorporer le droit familial collaboratif dans leurs codes de déontologie et leur législation ressortissant au droit de la famille. Cela ne semble pas être le cas au Nouveau-Brunswick, situation qui ne devrait changer qu'après que l'on aura soigneusement soupesé le pour et le contre de ce processus et tenu compte de l'intérêt supérieur des clients.

[30] En somme, dans notre province, le processus de droit collaboratif n'est pas défini dans le *Code de déontologie professionnelle* des avocats, dans les *Règles de procédure* ni dans aucun autre texte législatif. De plus, il n'existe pas de contrat-type à l'intention des participants au processus de droit collaboratif. Les droits et obligations des participants doivent être définis au moyen des arrangements contractuels légalement valides qu'ils ont conclus.

B. *Les Règles de procédure*

[31] Malheureusement, la motion sous-jacente a eu comme objectif une cible mobile et les *Règles de procédure* n'ont été que fort peu prises en compte. L'avocate actuelle de M. Arsenault a demandé ce qui suit dans la motion datée du 10 avril 2012 :

[TRADUCTION]

[U]ne ordonnance enjoignant aux avocates de droit familial collaboratif Brenda Noble et Mary-Eileen Flanagan, qui ont

négocié et rédigé le contrat de mariage, d'établir la liste des pièces contenues dans leurs dossiers et de divulguer les renseignements d'intérêt dans l'instance en divorce qui sont en leur possession et dont elles ont eu connaissance, suivant les modalités que la Cour juge indiquées; [...]

Toutefois, aucune règle de procédure n'a été invoquée à l'appui des mesures réparatoires sollicitées comme le veut la règle 37.03b). De plus, les parties semblent avoir assimilé la divulgation à la production, deux processus distincts sous le régime des *Règles de procédure*. Malgré l'imprécision de la demande de mesures réparatoires, je tiendrai pour acquis que l'objectif visé était une ordonnance prescrivant la divulgation (soit essentiellement l'interrogatoire préalable des appelantes) et la production de tous les documents pertinents se trouvant en la possession des appelantes, y compris ceux que les parties ont elles-mêmes fournis dans le cadre du processus de droit collaboratif.

[32] Bien qu'il s'agisse en l'espèce d'une instance ressortissant au droit familial collaboratif, les *Règles de procédure* s'appliquent. Dans l'arrêt *W.A. c. Ministre des Services familiaux et communautaires*, 2002 NBCA 100, 254 R.N.-B. (2^e) 153, le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre) a expliqué l'importance des *Règles* dans les instances relevant du droit de la famille :

Chacune de ces questions peut être tranchée de façon juste, non onéreuse et rapide, si M. W.A. a recours à la procédure appropriée prévue aux *Règles de procédure*. À cet égard, il convient de reprendre ici ce qui a été dit dans *Smith c. Human Rights Commission (N.B.) et al.* (1999), 217 R.N.-B. (2^e) 336 (C.A.), au paragraphe 19 :

[...] L'expérience a montré que le respect tant du cadre juridictionnel des *Règles de procédure* que de ses préceptes en matière de procédure sert l'intérêt supérieur de la justice. De fait, l'obligation de se conformer aux *Règles de procédure* permet invariablement de séparer le bon grain de l'ivraie, ce qui se traduit par une clarification utile des questions que le tribunal est appelé à trancher. Il s'ensuit invariablement des décisions centrées et éclairées qui se traduisent en fin de compte par une meilleure justice pour tous. [Par. 35]

[33] Après avoir cité ce passage, la juge Wooder, dans la décision *H.C. c. New Brunswick (Minister of Family and Community Services)*, 2003 NBBR 196, 263 R.N.-B. (2^e) 106, a également souligné ce qui suit :

[TRADUCTION]

Cette même Cour a, à maintes reprises, formulé des directives semblables et tout aussi précises. Voir les arrêts *Waugh et al. c. Canadian Broadcasting Corp. et al.* (2000), 224 R.N.-B. (2^e) 391; 574 A.P.R. 391 (C.A.); *Conseil de la magistrature (N.-B.) c. Moreau-Bérubé* (1999), 217 R.N.-B. (2^e) 230; 555 A.P.R. 230 (C.A.) et *Norris c. Lloyd's of London* (1998), 205 R.N.-B. (2^e) 29; 523 A.P.R. 29 (C.A.).

Les juges des motions doivent insister sur le respect des *Règles de procédure*. Ce n'est pas là le fait d'une simple obsession ou futilité de leur part. L'insistance sur le respect de la procédure établie dans nos lois n'est rien de plus qu'une tentative visant à garantir l'application régulière de la loi à toutes les parties qui se présentent devant les tribunaux. Elle évite les conjectures et les solutions disparates qui se font inévitablement jour lorsque les tribunaux tentent d'examiner des plaidoiries qui ne font pas état avec précision du redressement demandé ou lorsque les plaidoiries ne font pas état des moyens ou des dispositions législatives invoqués à l'appui de la mesure de redressement demandée. Le respect de la procédure évite les pièges ou, dans les cas les plus bénins, les surprises pendant l'audience. Il fait en sorte que la partie intimée connaît la preuve produite contre elle et que la partie requérante est informée des motifs pour lesquels ses prétentions se heurtent à une résistance. Il permet à la Cour de disposer d'un énoncé clair des questions dont elle est saisie et il permet d'établir le fondement juridictionnel de l'instance et de préciser l'ordonnance ou les ordonnances sollicitées. [Par. 20 et 21]

[34] Les *Règles de procédure*, lorsqu'elles sont utilisées efficacement, permettent que justice soit rendue. C'est à la lumière de ce qui précède que je rappellerai maintenant l'importance des *Règles de procédure* régissant l'enquête préalable dans les instances ressortissant au droit de la famille. Les appelantes prétendent que l'ordonnance

leur enjoignant d'établir la liste de certains documents est essentiellement une ordonnance prévoyant leur interrogatoire préalable en vertu de la règle 32.10 et que l'ordonnance leur enjoignant de produire des documents est une ordonnance prononcée en vertu de la règle 31.11. Ni la règle 32.10 ni la règle 31.11 ne sont mentionnées dans l'avis de motion.

[35] La règle 31.11(3) énonce la condition préalable qui veut qu'avant de rendre une ordonnance de production à l'encontre d'un tiers, la Cour doive être convaincue non seulement que le document en question a trait à une question déterminante dans l'action, mais aussi qu'il serait injuste d'exiger que le requérant entame le procès sans que le document ne lui ait été communiqué au préalable. La règle 31.11 est ainsi rédigée :

31.11 Documents in the Possession of a Person Not a Party

31.11 Documents en [la] possession d'un tiers

(1) Where a document is in the possession or control of a person not a party to the action, any party may apply to the court, on notice to such person and to every other party, for an order for the production for inspection of such document if it is not privileged.

(1) Lorsqu'un document est en la possession ou sous le contrôle d'une personne non partie à l'action, toute partie peut, sur préavis à ce tiers et à chaque autre partie, demander à la cour d'ordonner la production pour examen de tout document non privilégié.

[...]

[...]

(3) No order shall be made under this subrule for the production for inspection of a document unless the court is satisfied that the document relates to a material issue in the action and that it would be inequitable to require the applicant to proceed to trial without having discovery of that document.

(3) La cour ne doit ordonner la production pour examen d'un document que si elle est assurée qu'il a trait à une question déterminante dans cette action et qu'il serait injuste d'exiger que le requérant entame le procès sans que le document ne lui ait été communiqué au préalable.

(4) On an application under this subrule, where

(4) Lors d'une requête présentée en application du présent article, dans les cas où

(a) privilege is claimed for a document,

a) un privilège serait revendiqué sur un

or document ou

(b) the court, with respect to a document, is in doubt as to b) la cour douterait

(i) its relevance, or (i) de la pertinence d'un document ou
(ii) the necessity for its discovery, (ii) de la nécessité de communiquer un document,

the court may inspect the document. la cour peut examiner le document.

[36] En ce qui concerne la règle 32.10, elle prévoit un mécanisme qui permet d'obtenir des renseignements de tiers. Avant qu'une ordonnance autorisant un interrogatoire préalable puisse être rendue en vertu de cette règle, la Cour doit d'abord être convaincue que l'auteur de la motion n'a pas été en mesure d'obtenir les renseignements d'autres personnes qu'il a le droit d'interroger au préalable et qu'il serait injuste d'exiger que l'audience suive son cours sans que l'auteur de la motion ait eu l'avantage d'interroger ce tiers au préalable. La règle 32.10 est ainsi rédigée :

32.10 Discovery Where Leave Is Required 32.10 Interrogatoire sur permission requise

(1) The court may grant leave, on such terms respecting costs and other matters as are just, to examine for discovery any person who there is reason to believe has information relevant to a material issue in the action. (1) La Cour peut accorder, aux conditions qu'elle estime justes relativement aux dépens et à d'autres matières, la permission d'interroger au préalable toute personne si la cour a des raisons de croire qu'elle possède des renseignements pertinents sur une question déterminante du litige.

(2) An order under paragraph (1) shall not be made unless the court is satisfied that (2) La cour ne rend une ordonnance en application du paragraphe (1) que si elle est convaincue

(a) the party making the motion has been unable to obtain the information from other persons whom he is entitled to examine for discovery, or from the person he seeks to examine; a) que l'auteur de la motion n'a pas été en mesure d'obtenir les renseignements des autres personnes qu'il a le droit d'interroger au préalable, ou de la personne qu'il cherche à interroger;

(b) it would be unfair to require the party making the motion to proceed to b) qu'il serait injuste d'exiger que le procès suive son cours sans que l'auteur

trial without having the opportunity of examining the person; and

de la motion ait eu la possibilité d'interroger cette personne; et

(c) the examination will not

c) que l'interrogatoire n'aura pas pour effet

(i) unduly delay the commencement of the trial of the action,

(i) de retarder indûment le début du procès,

(ii) entail unreasonable expense for other parties, or

(ii) d'entraîner des dépenses exagérées pour les autres parties, ou

(iii) result in unfairness to the person whom the party making the motion seeks to examine.

(iii) de causer une injustice à la personne que l'auteur de la motion cherche à interroger.

[37]

Les appelantes font valoir que l'ordonnance qui fait l'objet de l'appel ne peut être confirmée parce qu'il n'y a rien dans le dossier qui établit qu'il serait inéquitable ou injuste d'exiger que l'instance suive son cours sans que les intimés aient eu l'avantage d'obtenir la divulgation des renseignements et la production des documents qui sont demandées. Elles soulignent que les intimés n'ont pas encore échangé d'affidavits des documents conformes aux *Règles* ni subi d'interrogatoire préalable. Elles laissent entendre qu'il est probable qu'à l'issue du processus de communication préalable habituel auquel se prêtent les parties, la divulgation et la production sollicitées dans l'avis de motion ne seront plus nécessaires. Il y a beaucoup à dire à l'appui de cette opinion. En l'espèce, toutefois, la juge saisie de la motion a tiré de solides conclusions de fait à cet égard :

[TRADUCTION]

M. et M^{me} [Arsenault] demandent tous les deux la divulgation des renseignements financiers contenus dans les dossiers de droit familial collaboratif afin de débattre directement les moyens de déclaration inexacte découlant de la non-divulgation alléguée de renseignements financiers. Ils souhaitent procéder à des interrogatoires préalables et mener à bonne fin l'instance liée à la validité de leur contrat. Ni M. [Arsenault] ni M^{me} [Arsenault] ne sont en possession des dossiers de droit familial collaboratif qui ont été tenus par les avocates Brenda Noble et Mary-Eileen O'Brien. Ils n'ont pas de liste détaillée des documents financiers pertinents qui ont été communiqués au cours des négociations. Ils ne sont pas en mesure de

décrire clairement et avec certitude la véritable nature de la divulgation des renseignements financiers qui a eu lieu il y a environ sept ans, au moment où le contrat de mariage a été négocié.

[...] La divulgation des renseignements financiers dans le présent contexte ne consiste pas à se remémorer les documents communiqués en 2006 ni à s'amuser à deviner laquelle des deux versions contradictoires est véridique ni même à jouer à la cachette. Elle consiste plutôt à produire ce qui a été présenté à la table des négociations en 2006, dans des circonstances où il n'existe aucun autre moyen d'obtenir une reproduction précise des documents financiers pertinents. [Par. 39 et 52]

[38] Ces conclusions de fait ne peuvent être infirmées que s'il y a eu erreur manifeste et dominante. Je ne constate aucune erreur de ce genre et je conclus que les conditions préalables au prononcé d'une ordonnance de production en vertu de la règle 31.11 et d'une ordonnance visée à la règle 32.10 sont remplies. Le moyen d'appel (5) est donc sans fondement. Cela m'amène à la principale raison pour laquelle les appelantes ont contesté la motion en première instance : l'existence d'un privilège, savoir la question que visent les moyens d'appel (1), (2) et (3).

C. *Le privilège*

[39] Il importe de souligner le caractère unique de la présente instance. Les appelantes revendiquent un privilège contraire aux intérêts de leurs anciens clients, chacun de ceux-ci ayant renoncé sans aucune équivoque à tous les privilèges applicables, ou susceptibles de s'appliquer, aux renseignements et aux documents relatifs au processus de droit collaboratif qui a donné lieu au contrat de mariage contesté. Chaque client a donné comme directive à son ancienne avocate de droit collaboratif de divulguer ces renseignements et de produire ces documents sans tarder. Pour que les choses soient claires, le privilège qui est revendiqué en l'espèce est un privilège qui autoriserait les avocates de droit collaboratif à faire fi des instructions de leurs clients et à leur refuser la divulgation de renseignements pertinents et la communication de documents pertinents

versés aux dossiers de leurs anciens clients. Il devrait aller de soi que la revendication de ce privilège au profit des avocates est à première vue inacceptable.

[40] M^e Noble et M^e O'Brien prétendent qu'elles, ainsi que M. et M^{me} Arsenault, ont passé un contrat en vue de protéger la confidentialité des communications qui ont eu lieu pendant leurs discussions en vue d'un règlement amiable au cours du processus de droit collaboratif et d'en faire des communications privilégiées. On lit ceci dans le mémoire de M^e O'Brien :

[TRADUCTION]

En s'engageant dans le processus de droit collaboratif, les parties ont accepté d'être astreintes à une confidentialité stricte et à une protection inhabituelle contre la divulgation de tout ce qui peut se passer pendant ce processus en échange des avantages considérables que leur apporte le processus de droit collaboratif, notamment un environnement où elles pouvaient faire une divulgation complète sans qu'il soit porté atteinte à leurs intérêts. [Denis Arsenault] et [Lise Arsenault] ont pleinement tiré avantage de ce processus pour en arriver à un règlement amiable qui a pris la forme d'un contrat de mariage. L'entente passée avec leurs avocates en vue du maintien d'une stricte confidentialité ne devrait pas être annulée dans les circonstances. [Par. 38]

M^e Noble et M^e O'Brien invoquent la clause 10.4 du contrat de droit collaboratif à l'appui de la revendication d'un privilège absolu sur les dossiers de droit familial collaboratif. La clause 10.4 est ainsi rédigée :

[TRADUCTION]

En cas de recours en justice, Lise et Denis pourront utiliser les accords dits [TRADUCTION] « non sous toutes réserves » qu'ils auront conclus durant le processus de droit collaboratif ou y faire référence. Toutefois, Lise et Denis ne pourront utiliser les procès-verbaux et autres comptes rendus de discussion du processus de droit collaboratif ni y faire référence en cas de recours en justice.

La juge a conclu, à bon droit à mon avis, que les renseignements et documents sollicités n'étaient pas visés par l'expression [TRADUCTION] « procès-verbaux et autres comptes rendus de discussion du processus de droit collaboratif » que l'on trouve à la clause 10.4. J'ajouterais que cette clause s'applique au profit des clients, pas des avocates. Aucune autre clause du contrat de droit collaboratif n'accorde aux avocates des droits à la confidentialité qu'elles pourraient exercer à l'encontre des volontés de leurs clients.

[41] Quoiqu'il en soit, M^e Noble et M^e O'Brien prétendent que les dossiers de droit familial collaboratif font l'objet d'un privilège général, qu'elles appellent [TRADUCTION] « privilège du médiateur ». Elles laissent entendre que ce privilège s'applique aux documents fournis, et aux communications faites, dans le cadre de la médiation. Elles prétendent que ce privilège appartient au médiateur et aux parties et que les parties au litige sous-jacent ne peuvent y renoncer unilatéralement. Elles font valoir que ce privilège est différent du [TRADUCTION] « privilège relatif aux règlements », qui s'applique aux communications dites « sous toutes réserves », qui appartient aux parties et auquel celles-ci peuvent renoncer. Finalement, elles prétendent que la nécessité de protéger la confidentialité est encore plus grande dans le cas des avocats de droit collaboratif qu'elle l'est dans le cas des médiateurs traditionnels. Il en serait ainsi parce que les avocats de droit collaboratif pourraient donner des conseils afin de faire progresser le processus vers un règlement amiable et qu'il y a lieu d'empêcher que les avocats qui plaideront la cause à l'avenir n'apprennent ce qui s'est passé pendant les séances de droit collaboratif.

[42] La juge saisie de la motion a longuement examiné l'applicabilité de ce privilège dans sa décision. Voici ce qu'elle a dit au paragraphe 35 :

[TRADUCTION]

Par conséquent, je suis d'avis que le privilège générique (ou privilège général) s'applique au processus de droit familial collaboratif. Le processus allie le privilège du secret professionnel de l'avocat au privilège relatif aux règlements, la résolution des questions d'ordre juridique étant l'objectif. Ainsi, les communications et les discussions relatives à un règlement dans le cadre du

processus de droit collaboratif sont protégées et inadmissibles à première vue parce que l'intérêt du public à encourager le règlement amiable l'emporte sur le droit à la divulgation. [Par. 35.]

[C'est moi qui souligne.]

Plus loin, elle dit que [TRADUCTION] « les communications, les discussions, les propositions écrites ou verbales et les documents créés au cours du processus de droit collaboratif demeurent protégés, dans le contexte de la présente motion, sauf en ce qui a trait au contrat de mariage signé comme tel » (par. 53).

[43] Néanmoins, la juge saisie de la motion examine ensuite la question de savoir si la demande de divulgation et de production fait partie des exceptions reconnues au privilège relatif aux règlements :

[TRADUCTION]

Depuis toujours, la jurisprudence et la doctrine reconnaissent l'existence de certaines exceptions au privilège *prima facie* inhérent aux négociations menées en vue d'un règlement amiable. Pour invoquer une exception, il incombe à la partie qui souhaite obtenir la divulgation d'établir son existence. Dans les affaires où le tribunal fait droit à l'exception, la divulgation sera nécessairement assortie de paramètres précis et bien définis parce qu'il demeure dans l'intérêt public d'encourager la conclusion d'un règlement amiable et d'éviter de porter atteinte à la confidentialité et au privilège inhérent aux règlements amiables. [Par. 36]

Elle invoque l'arrêt *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, 2013 CSC 37, [2013] 2 R.C.S. 623, à l'appui de la proposition voulant que les privilèges génériques soient inhérents aux négociations menées en vue d'un règlement amiable et décrit les exceptions indispensables susceptibles d'être soulevées :

[TRADUCTION]

[...] [12] Le privilège relatif aux règlements favorise la conclusion de règlements. Comme le confirme l'abondance de la jurisprudence à ce sujet, il s'agit d'un privilège générique. Comme pour les

autres privilèges génériques, il bénéficie d'une présomption *prima facie* d'inadmissibilité, mais cette présomption souffre d'exceptions [TRADUCTION] « quand les considérations de justice que pose l'espèce le requièrent » (*Rush & Tompkins Ltd. c. Greater London Council*, [1988] 3 All E.R. 737 (H.L.), p. 740).

[...]

[19] Le privilège souffre inévitablement d'exceptions. Pour en bénéficier, le défendeur doit établir que, tout compte fait, [TRADUCTION] « un intérêt public opposé l'emporte sur l'intérêt public à favoriser le règlement amiable » (*Dos Santos Estate c. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2005 BCCA 4, 207 B.C.A.C. 54, par. 20). On a retenu parmi ces intérêts opposés les allégations de déclaration inexacte, la fraude ou l'abus d'influence (*Unilever plc c. Procter & Gamble Co.*, [2001] 1 All E.R. 783 (C.A.), *Underwood c. Cox* (1912), 26 O.L.R. 303), et la prévention de la surindemnisation du demandeur (*Dos Santos*).

En l'espèce, la contestation dans l'action principale se veut une attaque dirigée contre la validité du contrat de mariage à certains égards, y compris celui des « *allégations de déclaration inexacte* ». M^{me} [Arsenault] soulève des allégations de divulgation incomplète et insuffisante des renseignements financiers de la part de M. [Arsenault] au cours du processus de droit familial collaboratif. Elle allègue que cette divulgation incomplète et insuffisante a une incidence sur la répartition des biens matrimoniaux et des biens non matrimoniaux et sur la question des aliments à son profit que le contrat de mariage a préétablis. [Par. 37 et 38]

[44] La juge dit ensuite des documents sollicités qu'il s'agit de [TRADUCTION] « documents dont on pourrait contraindre la production en vertu de la loi » (par. 44). Elle dit ceci :

[TRADUCTION]

Dans une instance comportant des demandes liées aux biens matrimoniaux et non matrimoniaux et aux aliments au profit de l'époux et des enfants, les parties doivent faire

une divulgation complète de leurs renseignements financiers. Cette obligation tient des prescriptions de la loi et de la jurisprudence.

Plus précisément, en application de la règle 72 (requête en divorce avec ou sans jonction de demandes sollicitant des mesures de redressement sous le régime de la *Loi sur les biens matrimoniaux*), de la règle 73 (instances introduites devant la Division de la famille, y compris les demandes présentées sous le régime de la *Loi sur les services à la famille*) et de la règle 74 (instances relatives aux biens matrimoniaux introduites sous le régime de la *Loi sur les biens matrimoniaux*), les parties ont l'obligation de produire un état financier (formule 72J) ou une déclaration relative aux biens et dettes (formule 74A), une déclaration d'apport à l'égard des biens (formule 74B), s'il y a lieu, et les renseignements relatifs au revenu en application des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*. La divulgation faite dans le cadre des lignes directrices fédérales est en soi très large si l'on tient compte des sources de revenus d'une partie et de la nature des actifs d'une entreprise ou société. [Par. 45 et 46]

[45] La juge explique qu'elle ne voit pas comment la divulgation des documents financiers susmentionnés, dont on peut contraindre la production en vertu de la loi, peut être considérée comme étant [TRADUCTION] « préjudiciable » à un privilège relatif aux règlements ou à un privilège relatif au secret professionnel de l'avocat. Elle a estimé que peu importe que l'on ait établi ou non que la situation relevait de l'exception au privilège, elle aurait conclu que les documents financiers dont on peut contraindre la production en vertu de la loi devaient être produits. Au bout du compte, elle a tiré les conclusions suivantes :

[TRADUCTION]

Je suis d'avis que les parties ont le droit d'avoir accès aux documents financiers obligatoires qui ont été divulgués en 2006 parce qu'il était possible de contraindre leur production en vertu de la loi. Elles ont également le droit d'avoir accès aux documents qui ont été produits aux fins de vérification des valeurs imputées aux actifs et aux dettes ou comme preuve des revenus. La divulgation des renseignements financiers dans le présent contexte ne consiste pas à se remémorer les documents communiqués

en 2006 ni à s'amuser à deviner laquelle des deux versions contradictoires est véridique ni même à jouer à la cachette. Elle consiste plutôt à produire ce qui a été présenté à la table des négociations en 2006, dans des circonstances où il n'existe aucun autre moyen d'obtenir une reproduction précise des documents financiers pertinents.

Toutefois, comme l'indique la jurisprudence, les ordonnances de divulgation dans ce contexte ne sauraient être trop généreuses. Les paramètres doivent être clairs et assez précis. De plus, si l'on tient compte de l'intérêt du public pour les règlements amiables, il s'ensuit que les communications, les discussions, les propositions écrites ou verbales et les documents créés au cours du processus de droit collaboratif demeurent protégés, dans le contexte de la présente motion, sauf en ce qui a trait au contrat de mariage signé comme tel. Toutefois, les documents dont on peut contraindre la production dans le cours normal des demandes présentées sous le régime de la *Loi sur les biens matrimoniaux*, de la *Loi sur le divorce*, des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* et des *Règles de procédure*, ainsi que les documents produits pour vérifier les renseignements financiers sont visés par l'ordonnance de divulgation. [Par. 52 et 53]

[46] En toute déférence, je ne souscris pas à l'énoncé de la juge saisie de la motion selon lequel « les communications, les discussions, les propositions écrites ou verbales et les documents créés au cours du processus de droit collaboratif demeurent protégés, dans le contexte de la présente motion, sauf en ce qui a trait au contrat de mariage signé comme tel ». J'estime que dans notre province, il n'existe pas de privilège générique qui serait inhérent au processus de droit collaboratif au profit des avocats qui y participent. À cet égard, je vais souligner quelques évidences : (1) notre province n'a pas une longue expérience du droit collaboratif; (2) il n'y a pas de loi provinciale à ce sujet; (3) il n'y a aucune règle de procédure directement pertinente; (4) aucune disposition du *Code de déontologie professionnelle* des avocats ne se rapporte expressément au droit collaboratif; et (5) aucun contrat-type n'a été adopté. Avant que l'existence d'un privilège s'appliquant au profit des avocats puisse être judiciairement prise en compte, il faudrait qu'une disposition claire en ce sens soit incluse dans le contrat de droit collaboratif. En l'espèce, la question de la confidentialité est exposée à la clause 10.4 du contrat de droit

collaboratif qui est reproduite au paragraphe 40 ci-dessus. Cette clause, de par son libellé même, accorde des droits et obligations aux clients, pas à leurs avocates. Il s'agit d'une clause qui a été incorporée dans le contrat de droit collaboratif au profit des clients et de personne d'autre. Si le contrat de droit collaboratif avait accordé des droits à la confidentialité aux avocates et si les avocates avaient exercé ces droits malgré les objections de leurs clients, il aurait fallu que la Cour examine la question de savoir s'il y aurait eu lieu de radier la clause pertinente pour des raisons d'intérêt public.

[47] Lors de l'audition de l'appel, les avocates de M. et M^{me} Arsenault ont confirmé que chacun de leurs clients avait renoncé à tous les privilèges (privilège relatif au secret professionnel de l'avocat, privilège relatif aux règlements, etc.) susceptibles, en théorie, d'être invoqués. Les clients intimés veulent tout simplement obtenir la divulgation des renseignements et la production des documents qui sont pertinents pour ce qui concerne le différend qui les oppose quant à la validité du contrat de mariage. Beaucoup de choses ont été dites à propos des privilèges devant le tribunal d'instance inférieure et devant notre Cour, mais il ne faut pas oublier ce qui était précisément demandé aux avocates de droit collaboratif : essentiellement, de produire les documents que leurs clients avaient eux-mêmes fournis – lesquels documents sont la propriété des clients et doivent, conformément au *Code de déontologie professionnelle* du Barreau du Nouveau-Brunswick, être rendus aux clients lorsque ceux-ci en font la demande.

VIII. Conclusion

[48] Bien que je ne souscrive pas à certains aspects des motifs de décision de la juge du procès sur la question du privilège, je suis, à l'instar de mes collègues, convaincue que l'ordonnance qu'elle a accordée, qui est rédigée avec soin et précision, est irréprochable. En somme, c'est là la raison pour laquelle j'étais d'accord avec eux pour rejeter l'appel séance tenante. Pour clore l'instance, je suis d'avis de condamner chacune des appelantes à verser des dépens de 5 000 \$ à chacun des intimés.

[49] Cela dit, et compte tenu des clauses du contrat de droit collaboratif intervenu entre les parties, de l'état du droit collaboratif dans notre province, de la renonciation, sans aucune réserve, des intimés à tout privilège, valide ou non, et des relations avocates-clients qui ont existé pendant toute la période pertinente, je suis d'avis qu'aucun privilège ne fait obstacle à la communication aux intimés des communications, discussions, propositions, écrites ou orales, et documents créés pendant le processus de droit collaboratif.