

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

112-17-CA

E.J. MOCKLER and E.J. MOCKLER,
PROFESSIONAL CORP.

E.J. MOCKLER et E.J. MOCKLER,
PROFESSIONAL CORP.

APPELLANTS

APPELANTS

- and -

- et -

THE PROVINCE OF NEW BRUNSWICK, THE
NEW BRUNSWICK UNION OF PUBLIC AND
PRIVATE EMPLOYEES, THE NEW
BRUNSWICK NURSES UNION, LOCAL 37 OF
THE INTERNATIONAL BROTHERHOOD OF
ELECTRICAL WORKERS, MARILYN QUINN,
SUSIE PROULX-DAIGLE, ROSS GALBRAITH,
LEONARD LEE-WHITE, ERNEST L.
MacKINNON, MARK GAUDET, THE NEW
BRUNSWICK INVESTMENT MANAGEMENT
CORPORATION and GUY LÉVESQUE

LA PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK,
LE SYNDICAT DES EMPLOYÉ(E)S DES
SECTEURS PUBLIC ET PRIVÉ DU
NOUVEAU-BRUNSWICK, LE SYNDICAT
DES INFIRMIÈRES ET INFIRMIERS DU
NOUVEAU-BRUNSWICK, LA SECTION
LOCALE 37 DE LA FRATERNITÉ
INTERNATIONALE DES OUVRIERS EN
ÉLECTRICITÉ, MARILYN QUINN, SUSIE
PROULX-DAIGLE, ROSS GALBRAITH,
LEONARD LEE-WHITE, ERNEST L.
MacKINNON, MARK GAUDET, LA SOCIÉTÉ
DE GESTION DES PLACEMENTS DU
NOUVEAU-BRUNSWICK et GUY LÉVESQUE

RESPONDENTS

INTIMÉS

Mockler v. New Brunswick et al., 2019 NBCA 50

Mockler c. Nouveau-Brunswick et autres, 2019
NBCA 50

CORAM:

The Honourable Justice Drapeau
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice French

CORAM :

l'honorable juge Drapeau
l'honorable juge Larlee
l'honorable juge French

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
September 28, 2017

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 28 septembre 2017

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2017 NBQB 180

Décision frappée d'appel :
2017 NBBR 180

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Appeal:
2019 NBCA 10

Appeal heard and judgment rendered:
June 17, 2019

Reasons delivered:
August 15, 2019

Counsel at hearing:

For the appellants:
G. Scott Ellsworth, Q.C.

For the respondents, the Province of New Brunswick and the New Brunswick Investment Management Corporation:
Stephen J. Hutchison, Q.C., and Josie H. Marks

For the respondents, the New Brunswick Union of Public and Private Employees and New Brunswick Nurses Union and Local 37 of the International Brotherhood of Electrical Workers:
David M. Brown, Q.C.

For the respondents, Marilyn Quinn, Susie Proulx-Daigle, Ross Galbraith, Leonard Lee-White, Ernest L. MacKinnon and Mark Gaudet:
Ronald A. Pink, Q.C. and Bettina Quistgaard

For the respondent, Guy Lévesque:
Sabrina A.D. Winters

THE COURT

On June 17, 2019, the Court dismissed the appeal against an order removing the appellants as solicitors of record on the basis of a disqualifying conflict of interest, with reasons to follow. Those reasons are set out in the accompanying text. In our view, none of the conditions precedent to principled intervention has been established.

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour d'appel :
2019 NBCA 10

Appel entendu et jugement rendu :
le 17 juin 2019

Motifs déposés :
le 15 août 2019

Avocats à l'audience :

Pour les appelants :
G. Scott Ellsworth, c.r.

Pour les intimées la Province du Nouveau-Brunswick et la Société de gestion des placements du Nouveau-Brunswick :
Stephen J. Hutchison, c.r., et Josie H. Marks

Pour les intimés le Syndicat des employé(e)s des secteurs public et privé du Nouveau-Brunswick, le Syndicat des infirmières et infirmiers du Nouveau-Brunswick et la section locale 37 de la Fraternité internationale des ouvriers en électricité :
David M. Brown, c.r.

Pour les intimés Marilyn Quinn, Susie Proulx-Daigle, Ross Galbraith, Leonard Lee-White, Ernest L. MacKinnon et Mark Gaudet :
Ronald A. Pink, c.r. et Bettina Quistgaard

Pour l'intimé Guy Lévesque :
Sabrina A.D. Winters

LA COUR

Le 17 juin 2019, la Cour a rejeté l'appel interjeté contre une ordonnance en radiation des appelants en tant qu'avocats commis au dossier en raison d'un conflit d'intérêts entraînant leur inhabilité à agir, en précisant que les motifs suivraient. Ces motifs sont exposés dans le texte qui suit. À notre avis, aucune condition préalable à une intervention de principe n'a été établie.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

I. Introduction

[1] Nearly 30 years after its release, *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R 1235, [1990] S.C.J. No. 41 (QL) continues to inform the determination of motions for the removal of a solicitor from ongoing litigation on the basis of a conflict of interest. In *MacDonald Estate*, the issue arose in the context of a lawsuit in which a solicitor for one party transferred to the law firm acting for an adverse party. Sopinka J., writing for the majority, fashioned a two-prong test for the removal of the latter firm: (1) Did it receive confidential information attributable to a solicitor and client relationship relevant to the matter at hand? and (2) Is there a risk this information will be used to the prejudice of the client? The answer to those pivotal questions is shaped by rebuttable presumptions: confidential information has been or will be disclosed by the transferring solicitor and has been or will be used to the prejudice of the objecting client. Those presumptions will not be rebutted by objectively unverifiable undertakings and conclusory statements in affidavits sworn by the solicitor whose removal is sought (*MacDonald Estate*, para. 50).

[2] The test and guidelines articulated by the majority in *MacDonald Estate* stand to be applied to motions for removal of the respondent solicitor where he or she is in possession, without legal entitlement, of confidential information arising from a solicitor-client relationship. It matters not one iota that the source of the confidential information did not make its acquisition while acting as solicitor for the proprietor; it is sufficient if the confidential information is attributable, as here, to a solicitor-client relationship. In the result, and as correctly determined by the motion judge, the relevant elements of the *MacDonald Estate* analysis governed the determination of the motion by the defendants, the New Brunswick Investment Management Corporation and the Province of New Brunswick, for removal of the appellants as solicitors of record for the

plaintiff in the underlying action. In the text that follows, we refer to the appellants collectively as “Mr. Mockler” in virtually all instances.

[3] In the Amended Statement of Claim, the plaintiff, Guy Lévesque, a retired civil servant, seeks unspecified damages and manifold declaratory and mandatory orders against the Corporation for its role in the execution of the Province’s legislatively imposed conversion from the public service pension plan in effect prior to 2014 to a shared risk plan. Richard Speight Q.C. was, at the critical time, a director of the Corporation. As such, he was privy to confidential corporate information, including legal advice provided to the Corporation by its solicitors with respect to issues at the heart of the litigation, and he had undertaken not to disclose any information of that nature to outsiders. Significantly, Mr. Speight was simultaneously a director of the Corporation and an active member of Mr. Mockler’s legal team in preparing, framing and prosecuting, for several months, the action on Mr. Lévesque’s behalf.

[4] After receiving comprehensive briefs, hearing the parties over the course of several days on the facts, the law and their interaction, and conducting the *MacDonald Estate* analysis, a judge of the Court of Queen’s Bench found Mr. Mockler had a disqualifying conflict of interest, and allowed the motion for removal (see 2017 NBQB 180). Mr. Mockler appeals, seeking reversal and ancillary relief.

[5] Following a fulsome debate, we dismissed the appeal from the bench, with reasons to follow. In a nutshell, our view is quite simply that the controlling standard of review forecloses intervention. Where the correct legal principles are identified and applied, a removal order can only be set aside if it is the result of a palpable and overriding error in the assessment of the evidence or if the exercise of discretion at the root of the order is unreasonable in the sense that nothing in the record can justify it. As will more fully appear, none of those conditions precedent to principled intervention has been established.

II. The Context

[6] Mr. Lévesque retired from the Provincial civil service in 1998. At that time, and until December 31, 2013, the pension benefits to which he was entitled were set out in the Public Service Superannuation Plan (“the Plan” or “the pre-2014 Plan”), which was created and governed by the *Public Service Superannuation Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-26. The overall responsibility for the Plan was entrusted to its “governor”, the Chairman of the Board of Management, while the *Act*’s administration was assigned to the Minister of Finance.

[7] Pension payments, including a guaranteed annual cost of living adjustment, were drawn from a “pension trust fund” established by s. 27 of the *Act*. All prescribed employer and employee contributions were paid into that fund and s. 27(3) appointed the Corporation as its trustee. Section 14(1)(a) of the *New Brunswick Investment Management Corporation Act*, S.N.B. 1994, c. N-6.01 added, perhaps unnecessarily, the Corporation was to “act as the trustee for” the pension trust fund.

[8] Section 27(8) of the *Public Service Superannuation Act* specified that, should the pension trust fund be insufficient to make the payments due under the *Act*, the Minister of Finance was required, upon the request of the Board of Management, to pay out of the Consolidated Fund and into the pension trust fund an amount sufficient to cover the deficiency. This seemingly conditional obligation apparently fuels Mr. Lévesque’s understanding that the sufficiency of the pre-2014 pension trust fund was guaranteed by the Province.

[9] *An Act Respecting Public Service Pensions*, S.N.B. 2013, c. 44, converted the Plan to a shared risk plan in accordance with Part 2 of the *Pension Benefits Act*, S.N.B. 1987, c. P-5.1, effective January 1, 2014. Broadly speaking, under a shared risk pension plan, both the employer and the plan membership share the risk as benefits may be impacted by the fund’s performance and the plan’s ongoing capacity to pay. In

addition to mandating conversion to a shared risk plan, *An Act Respecting Public Service Pensions* eliminated the annual cost of living adjustment guarantee.

[10] Section 100.4(1) of the *Pension Benefits Act* lists the criteria that must be met by any shared risk plan:

100.4(1) A shared risk plan shall meet the following criteria:

(a) the employer and the members make contributions to the pension plan in the amount set in accordance with the plan and the funding policy;

(b) subject to the prior consent of the Superintendent, a funding policy for the pension plan is established at inception and reviewed at least annually by the administrator in accordance with the regulations;

(c) subject to the prior consent of the Superintendent, an investment policy for the pension plan is established at inception and reviewed at least annually by the administrator in accordance with the regulations;

(d) subject to the prior consent of the Superintendent, risk management goals and procedures for the pension plan are established at inception and reviewed at least annually by the administrator in accordance with the regulations;

(e) escalated adjustments may only be granted in respect of past periods and if the funding policy so permits;

100.4(1) Le régime à risques partagés satisfait aux critères suivants :

a) le montant des cotisations que versent au régime de pension l'employeur et les participants est fixé conformément au régime et à la politique de financement;

b) sous réserve du consentement préalable du surintendant, la politique de financement du régime de pension est établie au moment de l'instauration du régime et l'administrateur la révisé au moins une fois l'an conformément aux règlements;

c) sous réserve du consentement préalable du surintendant, la politique de placement du régime de pension est établie au moment de l'instauration du régime et l'administrateur la révisé au moins une fois l'an conformément aux règlements;

d) sous réserve du consentement préalable du surintendant, les procédures et les objectifs de gestion des risques du régime de pension sont établis à l'instauration du régime et l'administrateur les révisé au moins une fois l'an conformément aux règlements;

e) des rajustements actualisés ne peuvent être accordés qu'à l'égard de périodes antérieures et que si la politique de financement le permet;

- | | |
|--|--|
| (f) contributions shall not be reduced or suspended except in accordance with the <i>Income Tax Act</i> (Canada) and the funding policy; | f) la suspension ou la réduction des cotisations n'est permise qu'en conformité avec la <i>Loi de l'impôt sur le revenu</i> (Canada) et la politique de financement; |
| (g) disclosure of the purpose and characteristics of the pension plan is made to its members in accordance with the regulations; | g) l'objet et les caractéristiques du régime de pension sont communiqués aux participants conformément aux règlements; |
| (h) a dispute resolution process is established at inception in the shared risk plan to resolve a deadlock among the trustees on a board of trustees with respect to any resolution or motion before them; and | h) le mécanisme de règlement des différends est établi, au moment de l'instauration du régime, dans le régime à risques partagés pour mettre fin à une impasse au sein du conseil de fiduciaires relativement à une résolution ou à une motion dont les fiduciaires sont saisis; |
| (i) the base benefits and ancillary benefits satisfy any other criteria prescribed by regulation. | i) les prestations de base et les prestations accessoires satisfont à tout autre critère réglementaire. |

[11] In accordance with s. 100.5, the administrator of a shared risk plan may be a board of trustees. The sole obligation and fiduciary duty of the board “is to carry out the purposes of the shared risk plan”. In discharging its mandate, the board is required to manage financial risk in compliance with the funding policy, the investment policy and the risk management procedures established pursuant to s. 100.4(1).

[12] Importantly, for the purposes of the underlying litigation: (1) *An Act Respecting Public Service Pensions* repealed the entirety of the *Public Service Superannuation Act* as well as s. 14(1)(a) of the *New Brunswick Investment Management Corporation Act*, effective January 1, 2014; and (2) pursuant to s. 100.52(4) of the *Pension Benefits Act*, the administrator of the Plan was required to transfer the ownership of its assets, including the pension trust fund of approximately six billion dollars, to the shared risk plan. As a result, the pre-2014 Plan and the Corporation's statutory trusteeship of the Plan's pension trust fund ceased to exist on January 1, 2014, and the ownership of that fund was transferred to the shared risk plan to be administered by a board of trustees composed of the respondents, Marilyn Quinn, Susie Proulx-Daigle,

Ross Galbraith, Leonard Lee-White, Ernest L. MacKinnon and Mark Gaudet (“the Trustees”).

[13] A number of documents were prepared in furtherance of the legislatively imposed conversion to a shared risk plan including, in addition to the documents contemplated by Part 2 of the *Pension Benefits Act*, the following: (1) an Agreement to Transfer Trust Assets and Indemnity under which the Corporation was directed to transfer the pension trust fund established by the *Public Service Superannuation Act* to the Trustees as administrators of the shared risk plan, and the Province agreed to indemnify the Corporation, its officers, directors, employees, advisors and agents against any and all transfer-related liability, loss, damage, cost or expense whatsoever; (2) an Agreement and Declaration of Trust for the shared risk fund executed by the Trustees as administrators of the shared risk plan; (3) an Investment Management Agreement by which the Trustees appointed the Corporation as investment manager for the shared risk fund; and (4) a Memorandum of Understanding regarding the conversion signed by the Province and the respondent Unions, dated November 20, 2013.

[14] In August 2015, Mr. Speight and others retained Mr. Mockler’s services to prosecute an action challenging the validity of the conversion of the pre-2014 Plan to a shared risk plan. Eventually, Mr. Lévesque agreed to stand as the sole plaintiff. He did so despite being financially unscathed by the plan conversion. Indeed, in virtue of the conversion legislation, any pre-2014 earned, accrued or vested benefit pursuant to the *Public Service Superannuation Act* becomes a base benefit under the shared risk plan and, since the conversion, Mr. Lévesque has received the annual cost of living adjustments that were guaranteed under the pre-2014 Plan.

[15] On December 30, 2015, Mr. Lévesque commenced the underlying action against the Province, the Corporation, and the respondent Unions and Trustees alleging, *inter alia*: (1) the conversion-related actions and steps taken or announced by the Province were “illegal, void or of no force or effect”. This was so, it is alleged, because those actions and steps constitute “a breach of the contractual rights existing between

[Mr. Lévesque] and the Defendants, or some one or more of them, and they breach the reliances placed on them by [Mr. Lévesque] to secure his pension and the benefits to which he is entitled”; (2) the Defendants “without colour of right made, or alternatively failed to prevent, payments out of the [pre-2014 pension trust fund] which were contrary to the [*The Public Service Superannuation Act*]”; (3) the Defendants “did, without colour of right, purport to, and in fact did, utilize the [pre-2014 pension trust fund] for purposes contrary to those for which it was created and without regard for the rights of [Mr. Lévesque] thereto or, alternatively, failed to prevent such improper use of the [pre-2014 pension trust fund]”; and (4) by subscribing to the terms of the conversion documents, the Defendants “agreed to cause harm” to Mr. Lévesque without “colour of right or authority”.

[16] Those harm-causing agreements are particularized as follows in the Amended Statement of Claim:

- (a) agreeing that the [pre-2014 pension trust fund] might be utilized by the Trustees for payment of benefits of a new shared risk pension plan;
- (b) agreeing [Mr. Lévesque] would have no further contractual entitlement under the terms of the [pre-2014 pension trust fund];
- (c) agreeing [Mr. Lévesque] would be a member of the new shared risk plan, the terms of which were agreed to by them, and that he would be bound by those terms and conditions;
- (d) agreeing to create a trust for the benefit of the Defendants utilizing the [pre-2014 pension trust fund] without regard for [Mr. Lévesque]’s beneficial entitlement thereto;
- (e) agreeing that the benefits payable out of the [post-2013 pension trust fund under the shared risk plan] and contributions to that fund might be as determined by them;

- (f) agreeing that a new trustee for the [pre-2014 pension trust fund] might be appointed;
- (g) agreeing that the terms of the [pre-2014 pension trust plan] and the [pension trust fund itself] might be altered without regard for [Mr. Lévesque]'s rights and entitlement thereto or thereunder; and
- (h) agreeing that the employment contract liability of the Province to [Mr. Lévesque], which was in return for good and valuable consideration provided by [Mr. Lévesque] would not be honoured. [para. 62]

[17] In paragraph 66 of the Amended Statement of Claim, Mr. Lévesque seeks the following relief:

- a) an Order appointing [him] as the representative of the pensioners and the survivors, beneficiaries and Estates of the retirees;
- b) a Declaration that the [*Public Service Superannuation*] Act was based on and contained the terms and conditions of a contract of employment entered into by each retiree at the commencement of employment with the Public Service, and said contract is in full force and effect, notwithstanding the illegal attempt to establish a Shared Risk Plan as at January 1, 2014;
- c) a Declaration that the Defendants, and each of them, have breached the trust under which the [pre-2014 pension trust fund] was held and that the said Defendants, and each of them, repay all trust monies found to have been misappropriated or misapplied contrary to and in breach of the terms of the [pre-2014 pension trust fund], as set out herein and for equitable compensation in the amount determined by the Court, plus interest at 6% per annum, compounded from January 1, 2014, until paid;
- d) an order directed to each of the Defendants to provide an accounting detailing any and all payments or transfer of assets from the [pre-2014 pension trust fund] made on and after the

[Memorandum of Understanding] was executed: (i) by them, (ii) at their direction, or (iii) for their benefit;

- e) an order directed to each of the Defendants to cease and desist from any and all use of the [pension trust fund] save for the purposes of making the payments prescribed under the terms of the trust as set out in section 27 of the [*Public Service Superannuation Act*];
- f) an order severally directing the Defendants to repay to the [pension trust fund] all amounts detailed by them pursuant to the order under Paragraph 66(d) which are other than payments described in Paragraph 32 hereof;
- g) an order directed to the Province directing it to pay sufficient amounts into the [pension trust fund] to meet its pension liability under the [*Public Service Superannuation Act*] as determined by its actuaries upon the wind up of the [Plan] in 2014;
- h) an order directing the disbursement of the [pension trust fund], upon the payment by the Province of the amounts described in Paragraph 66(g), to members of the Public Service in accordance with their individual entitlement under the [*Public Service Superannuation Act*];
- i) alternatively, with respect to Paragraphs 66(g) and (h), an order directing the Province to (i) pay, on a going concern basis, the pension benefits to which the Plaintiff is entitled under the [pre-2014 public service pension plan], (ii) continue to administer [that plan] in accordance with its terms, (iii) preserve the [pension trust fund] in accordance with the terms of the trust, (iv) ensure that the [pension trust fund] has sufficient funds at all times to make the payments described in subsection 27(8) of the [*Public Service Superannuation Act*], and (v) such other order as the court deems just in the circumstances;
- j) an order directing a determination of the Defendants' right to use the [pension trust fund] and

the validity of the appointment of the Trustees therefor;

- k) damages as are just in the circumstances;
- l) an Order that the Defendant Trustees establish a fund of \$2,000,000.00 from the funds now held in trust and use the same for payment of such legal fees and costs as are incurred by [Mr. Lévesque] in this litigation. And such fees and costs shall be paid as rendered, but shall be subject to taxation in accordance with the provisions of the *Law Society Act*, S.N.B. 1996, c. 89, and Regulations.

[18] As can be discerned, in seeking to turn back the clock to the pre-2014 Plan, Mr. Lévesque does not challenge the constitutionality of the conversion-prescribing legislation or any related documents. That being so, one might be forgiven for wondering how the relief claimed in paragraph 66 of the Amended Statement of Claim could be granted without violating the constitutional separation of powers between the judiciary and the Legislature.

[19] Be that as it may, the lawsuit is described in the Appellants' Submission as a challenge to the legality of the transfer of the pension trust fund from the Corporation to the Trustees as administrators of the shared risk plan: "Mr. Lévesque claims this transfer was done without any authority by the [Corporation], and without the consent of the beneficiary members of the [pre-2014 Plan] who, like Mr. Lévesque, were retirees with vested pension entitlements" (para. 13). As the motion judge noted, in a January 23, 2017 letter, Mr. Mockler indicates the action "is to remedy public mischief, e.g. confiscation of trust funds".

[20] In the Amended Statement of Claim, Mr. Lévesque seeks a representation order that would allow him to pursue the action on behalf of the "approximately 13,200 retired employees whose pension benefits have been, or may be, adversely impacted" by the conversion to a shared risk plan. To this date, Mr. Lévesque has not applied for, let alone secured the sought-after representation order.

[21] The 66-paragraph Statement of Claim and Amended Statement of Claim were signed by Mr. Mockler. However, those documents were drafted by Mr. Speight, albeit under Mr. Mockler's supervision.

[22] In its Statement of Defence, the Corporation denies all liability and relies, for the validity of its conversion-related actions and decisions, on the sovereign authority of the Legislature. It also pleads immunity from suit under specific legislative provisions applicable to the conversion and the *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-18.

[23] The pleadings are not closed; there are indications Mr. Lévesque might file a Reply in which he may, *inter alia*, contest the constitutional validity of the conversion-prescribing legislation and all ancillary documents.

[24] Neither documentary nor oral discovery has taken place. In fact, affidavits of documents have not been exchanged.

[25] A motion for summary judgment dismissing the action is outstanding. On October 25, 2016, Mr. Mockler signed the 124-page Brief filed on Mr. Lévesque's behalf in opposition to the motion. However, the Brief was drafted by Mr. Speight.

[26] Also outstanding is a motion by Mr. Lévesque for an order compelling the Trustees under the shared risk plan to set aside \$2,000,000 to cover his anticipated legal fees (see paragraph 66(1) of the Amended Statement of Claim reproduced hereinabove). The January 6, 2017 affidavit sworn and filed by Mr. Lévesque in support of that motion prompted the Corporation to make inquiries to ascertain whether Mr. Speight might have been assisting Mr. Mockler in the underlying action while he sat on its board of directors ("the Board").

[27] In the affidavit in question, Mr. Lévesque adverts to the contribution of an unnamed pensioner ("a senior lawyer") to the prosecution of his action:

Mr. Mockler advised me [...] he has engaged the help of one of the pensioners who is a senior lawyer and highly experienced. He estimates his time in the file to be probably upwards of 500 hours, but for which no charge is included in this account. This pensioner engaged to assist in briefing Mr. Mockler and in the preparation of the Statement of Claim [...], preparation of the Notices Requiring Affidavits of Documents and a Demand for Particulars, and reviewing and responding to Briefs filed by all the Defendants. A Brief outlining in very great detail the entire history of this matter and pin-pointing the many legal and factual issues involved consisting of some 124 pages was prepared and filed by this Plaintiff. Countless hours in discussing strategy, tactics and issues with Mr. Mockler have been expended as advised by Mr. Mockler, which I verily believe. [motion decision, para. 56]

[Emphasis added.]

[28] Mr. Lévesque also requested “fair payment to cover the fees and disbursements and any taxes incurred by the undisclosed pensioner”.

[29] By letter dated January 13, 2017, counsel for the Province and the Corporation asked Mr. Mockler for the name of that “undisclosed pensioner”.

[30] In an e-mail dated January 16, 2017, Mr. Mockler responded the still unidentified “solicitor” did not intend to make a claim for fees, disbursements and taxes incurred by him.

[31] By letter dated January 19, 2017, counsel for the Province and the Corporation asked Mr. Mockler to confirm Mr. Speight was the “undisclosed individual”. Mr. Mockler did so by e-mail bearing the same date.

[32] In a letter dated January 23, 2017, counsel for the Province and the Corporation described for Mr. Mockler’s benefit the basis upon which his clients considered he and Mr. Speight were burdened by a disqualifying conflict of interest:

Mr. Speight's active assistance to the Plaintiff while serving as a director of the [Corporation] constitutes a serious breach of his fiduciary duty of loyalty. It also creates a legal presumption that you have been the recipient of an unauthorized disclosure of confidential and privileged information belonging to the [Corporation], so as to disqualify you from representing the Plaintiff in this proceeding. We specifically draw your attention to the law relating to disqualifying conflicts of interest, including the decision of our Court of Appeal in relation to confidential information held by corporate directors in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick Broadcasting Co.*, [2000] N.B.J. No. 450 (NBCA).

Your pre-bill confirms a level of involvement of Mr. Speight that is sufficiently serious to require your removal as solicitor of record. If Mr. Speight is also the "undisclosed pensioner" whom your client estimates has spent upwards of 500 hours on this file, we are concerned that this conduct can only be characterized as egregious.

In the circumstances, we have no choice but to file a motion seeking removal of you and your firm as solicitor of record for the Plaintiff and to enjoin Mr. Speight from assisting the Plaintiff in this litigation. As this motion must be brought without delay, it is our intention to file same by tomorrow afternoon (January 24, 2017).

Prior to doing so, we wished to bring the above conflict to your attention. Should you and Mr. Speight wish to voluntarily withdraw from this file, we are prepared to discuss the possibility of resolving this delicate matter by agreement or consent order. Should you wish to discuss same, we urge you to contact the undersigned at your earliest convenience and prior to 11:00 a.m. tomorrow, January 24, 2017.

[33] By responding letter also dated January 23, 2017, Mr. Mockler advised he was not aware Mr. Speight had been a director of the Corporation from November 2002 until October 1, 2016. In his view, withdrawal was unnecessary since no confidential information had been disclosed by Mr. Speight and, more fundamentally, there was no confidential information since "all information with which this litigation is concerned is

highly public”. We would point out, parenthetically, that the latter observation fails to take account of the confidential legal advice provided to the Board by its solicitors.

[34] On January 25, 2017, the Corporation and the Province applied, by motion, for orders:

1. [...];
2. that Eugene J. Mockler, Q.C. (“Mr. Mockler”) and E. J. Mockler Professional Corporation (“the Mockler Firm”) be removed as solicitors of record for the Plaintiff;
3. enjoining the Plaintiff or any representative on his behalf from, directly or indirectly, communicating with or receiving further advice or information from Mr. Mockler, the Mockler Firm or Richard Speight, Q.C. (“Mr. Speight”) with respect to this proceeding or any other proceeding arising out of or related to the facts pleaded in the Amended Notice of Action with Statement of Claim Attached;
4. restraining Mr. Speight from disclosing to the Plaintiff or to any other person any confidential or privileged information he obtained as a director of the [Corporation];
5. that the Plaintiff shall immediately remit its entire file to the Court or, in the alternative, to an independent third party solicitor appointed by the Court, for review and removal of:
 - (a) all confidential or privileged documents belonging to the [Corporation] and all documents which record or communicate confidential or privileged information relating to the [Corporation], which documents or information shall be returned to counsel for the [Corporation] forthwith, without retention of any copies, whether paper or electronic;
 - (b) all documentation provided or prepared by Mr. Speight, which documentation shall be destroyed [...].

[35] The motion was supported by four affidavits sworn by John Sinclair, at all pertinent times the President and Chief Executive Officer of the Corporation. Those affidavits establish the following:

- a) Mr. Speight was first appointed to the Board on September 19, 2002. He was a director until October 1, 2016, occupying the seat statutorily reserved for “a member of the public service superannuation plan in respect of which the Corporation acts as trustee of the pension fund referred to in section 27 of the *Public Service Superannuation Act.*” Effective October 1, 2016, the Board ceased to exist and all appointments to the Board, including Mr. Speight’s, were terminated by *An Act to Implement Strategic Program Review Initiatives*, S.N.B. 2016, c. 28;
- b) From August 2015, when he retained Mr. Mockler, until October 1, 2016, Mr. Speight was both on the Board and an active contributing member of the Mockler legal team representing Mr. Lévesque in his action against the Corporation;
- c) For each of the three full years of his last re-appointment to the Board in 2013, Mr. Speight was duty bound to abide by the Corporation’s Code of Ethics and Business Conduct. As the motion judge noted, the following provisions are pertinent:

4. CONFIDENTIAL INFORMATION

Employees and directors may have access to confidential information relating to the affairs of the [Corporation] and its investments or potential investments. The disclosure of such confidential information even to close friends or family members, or the use of such confidential information for personal gain, could be highly detrimental to the interests of the [Corporation] and parties whose confidential information has been entrusted to the [Corporation].

4.1 **Confidentiality**

Individuals must recognize that all non-public information is to be held in strict confidence. No one shall divulge any confidential information unless authorized by the President or required by law, to do so. Individuals who leave the [Corporation], or retire from the [Corporation], continue to be bound by this requirement.

5. **CONFLICT OF INTEREST**

5.1 **Conflict of Interest**

All individuals must avoid conflict of interest situations. A conflict of interest may appear when an individual is put in a position of judging between the interest of the [Corporation] and his/her personal interests or those of another party in which they may have an interest. When conflicts are present, individuals must act in the interest of the [Corporation]. Furthermore, individuals who are acting as a fiduciary should hold their fiduciary duty above their personal interests. Furthermore, all employees and directors are subject to the [Corporation's] Conflict of Interest Guidelines contained in the By-Laws.

5.2 **Disclosure and Elimination of Conflict**

Any employee or director who believes that he/she has or may have an actual or potential conflict of interest must report it to the person to whom they directly report. In the case of directors, they must report the matter to the Chair.

All efforts must be taken to remove the conflicted individual from situations where decisions, opinions or actions are required in regards to the conflict issue.

(d) Additionally, the Code recognized explicitly that confidentiality was an important aspect of the duty of loyalty, which it defined as “the duty to place the interests of the Corporation first, and not to use one’s position to further private interests”. In his last Declaration of compliance, Mr. Speight certified

he had read and understood the Code of Ethics and Business Conduct Policy, and he agreed to abide by its dictates;

- (e) Mr. Speight had online website access to confidential Board materials from December 12, 2011, until the end of his tenure as a director. As well, he had the use of a Director Material iPad from 2012 until its return following his last Board meeting on September 26, 2016. This was a personalized, secure and password-protected device that included confidential Board and committee meeting minutes, memoranda and other confidential documents circulated in November and December 2013 in relation to issues that are central to the underlying action;
- (f) While on the Board, Mr. Speight was privy to confidential and privileged legal advice in relation to the proposed legislative conversion to a shared risk pension plan, the Agreement to Transfer Trust Assets and Indemnity and the transfer of the pre-2014 pension trust fund to the shared risk plan. In that regard, the following paragraphs of the affidavit sworn by Mr. Sinclair in January 2017 bear reproduction:

In or about December 2013, after Bill 11 – *An Act Respecting Public Service Pension* was tabled in the New Brunswick legislature but before its enactment, members of the Board engaged in several private and confidential discussions regarding the impact of the proposed legislative changes and sought the advice of legal counsel. As a member of the Board, Mr. Speight engaged in discussions in my presence and received copies of legal advice from our legal counsel.

The Defendant [Corporation] executed an Agreement to Transfer Trust Assets and Indemnity dated January 1, 2014 (“the Agreement”). Prior to entering the Agreement, the Board received legal advice in relation to same. Mr. Speight engaged in those discussions in my presence and participated in the Board decision for the Defendant [Corporation] to enter the Agreement.

On January 1, 2014, the Defendant [Corporation] transferred assets previously held in a fund established pursuant to the (now repealed) *Public Service Superannuation Act* to a fund established pursuant to the new shared risk plan under the *Pension Benefits Act*. Mr. Speight engaged in confidential and privileged discussions of the Board, including with its solicitor, in my presence in relation to this transfer of assets.

The Plaintiff commenced this action on December 30, 2015 and filed an amended claim on January 20, 2016.

The legislative reform relating to pensions, the Agreement and the transfer of assets by the Defendant [Corporation] are referenced repeatedly in the pleadings underlying this action, as well as in the Motion materials filed by the Plaintiff's legal team and in the 124-page Brief referenced at paragraph 2 of the [Plaintiff's] Affidavit sworn on January 6, 2017. Based upon paragraphs 25-26 and Exhibit 4 [Mr. Mockler's pre-bill] of the [Plaintiff's] Affidavit, I believe that Mr. Speight has been an active member of the Plaintiff's legal team in relation to these and other aspects of this proceeding.

The Defendant [Corporation] was served with this action on January 12, 2016. The Board scheduled a meeting for January 15, 2016 to obtain legal advice with respect to same. Prior to that meeting, Mr. Speight was identified as having a potential conflict of interest as the action was purportedly brought to benefit all retired members of the public service superannuation plan, which would include Mr. Speight. Consequently, he was asked to recuse himself.

Mr. Speight initially refused to recuse himself from the discussions of the Board relating to this action. As a result, the matter was not discussed at the January 15, 2016 meeting. Following further discussion between myself, Michael Walton, the Chair of the Defendant [Corporation] and Mr. Speight, Mr. Speight agreed to recuse himself. From January 17, 2016 until the end of his term as a director on October 1, 2016, Mr. Speight recused himself from Board discussions regarding this action.

However, at no time did Mr. Speight inform the Defendant [Corporation] that he had been and would continue to assist counsel for the Plaintiff in these legal proceedings against the Defendant [Corporation].

At no time did Mr. Speight request permission from the Defendant [Corporation] to waive confidentiality or privilege or to waive compliance with Mr. Speight's obligations as a Director of the Board so as to permit him to assist counsel for the Plaintiff in these proceedings against the Defendant [Corporation].

The Defendant [Corporation] has not waived and does not intend to waive confidentiality or privilege regarding communications with the Board, including any communications referenced above;

(g) As a director and Chair of the Corporation's Governance Committee, Mr. Speight received and discussed confidential and privileged legal advice in relation to the Corporation's status as a Crown Corporation for the purposes of the *Proceedings Against the Crown Act*. In his March 23, 2017 affidavit, Mr. Sinclair states:

- (i) I was personally present, along with Mr. Speight, at a meeting of the Governance Committee on May 25, 2015. At that meeting, Mr. Speight raised the issue of the identity of the [Corporation] as a Crown Corporation and I was asked to seek advice of legal counsel on behalf of the [Corporation] with respect to same;
- (ii) I was personally present, along with Mr. Speight, at a meeting of the [Corporation] Board on June 8, 2015 where the issue of the identity of the [Corporation] as a Crown Corporation was discussed again;
- (iii) I received legal advice in writing with respect to the status of the [Corporation] as a Crown Corporation on July 14, 2015. This information was immediately forwarded to Mr. Speight by e-mail, in his capacity as Governance Committee Chairperson, and placed

on the Agenda for discussion at the next meeting of the Committee;

- (iv) I personally shared this legal advice with Mr. Speight and other Directors at a meeting of the Governance Committee on September 15, 2015 and at a meeting of the [Corporation] Board on September 28, 2015.

[Emphasis added throughout.]

[36] Initially, both Mr. Mockler and Mr. Speight opposed the motion. Each filed two affidavits designed to rebut the presumptions of disclosure and misuse adopted in *MacDonald Estate*. Mr. Speight swore he had not informed Mr. Mockler he was a director of the Corporation and had not disclosed to him any confidential information. As for Mr. Mockler, it is his sworn evidence he only found out Mr. Speight was a director of the Corporation in January 2017 and that he believes Mr. Speight never communicated any confidential information to him. Reliance was also placed on affidavit evidence by Mr. Lévesque denying any knowledge of confidential information having been relayed by anyone to Mr. Mockler, confirming his wish to be represented by Mr. Mockler and detailing the significant prejudice he claims would be visited upon him if Mr. Mockler were removed. In a third affidavit, which was filed for the purposes of a follow-up hearing, Mr. Lévesque admits he was aware, from the outset of Mr. Mockler's involvement, that Mr. Speight was a director of the Corporation. He, too, failed to inform Mr. Mockler of this fact.

[37] In late June 2017, Mr. Speight relented in his opposition to the motion for removal insofar as it concerned him, and consented to an order restraining him "from disclosing to [Mr. Lévesque] or any other person information he obtained as a director of the [Corporation], except as required by law". The Consent Order, which was signed by the motion judge on June 27, also provided:

1. [...];
2. Richard Speight, Q.C. shall return all copies of documents he has in his possession or control that he

received in his capacity as a director of the [Corporation] to counsel for the [Corporation] and destroy all electronic copies of such documents.

3. Pending the resolution of the Motion, Mr. Speight will have no further involvement in assisting the Plaintiff or any representative on his behalf or Mr. Mockler or the Mockler Firm in this proceeding or any other proceeding arising out of or related to the facts pleaded in the Amended Notice of Action with Statement of Claim Attached.

[38] Mr. Mockler contends that, if any relief was justified, a continuation of the Consent Order would have been a proportionate and sufficient response to the motion for removal.

[39] In his September 28, 2017 decision, the motion judge made the following observations before concluding, after hearing the parties over the course of eight days, Mr. Mockler had a disqualifying conflict of interest:

[...] in this action the Plaintiff [Mr. Lévesque] has been assisted by Mr. Speight, while Mr. Speight was a director of the Defendant [Corporation]. The Plaintiff says Mr. Speight spent “countless hours discussing strategy, tactics and issues with Mr. Mockler” and “upwards of 500 hours” working on the Plaintiff’s case. [para. 88]

[...]

Mr. Speight was a director of the [Corporation], not its solicitor. However, he had been exposed to privileged legal opinions provided to the [Corporation] with respect to issues in this litigation. He was a party to other private discussions at the Board of Directors. He also had access to various documents and records of the [Corporation] as a director and as Chair of the Board’s Governance Committee. [para. 90]

[...]

The principles set out by Justice Sopinka in *MacDonald Estate* as extended to a director of a corporation by Chief

Justice Daigle in *CBC* apply to the facts of this case. I conclude:

- a) Mr. Speight's relationship with the [Corporation] exposed him to confidential information;
- b) that information was relevant to this proceeding;
- c) there is a risk that information will be used to the prejudice of the [Corporation];
- d) Mr. Speight spent a lot of time helping Mr. Mockler initiate this action;
- e) the public represented by the reasonably informed person would not be satisfied that no use of confidential information from the [Corporation] would occur; [...]. [para. 92]

[40] Those findings led the judge to order: (1) the removal of Mr. Mockler and his professional corporation as solicitors of record for Mr. Lévesque; (2) Mr. Lévesque or anyone on his behalf, directly or indirectly be prohibited from communicating with or receiving advice or information from Mr. Mockler, his firm or Mr. Speight with respect to the proceeding or any other similar proceeding, until further order; (3) the continuation of the June 27, 2017 interim Consent Order signed by Mr. Speight until the conclusion of the trial of the action or further order; and (4) a further hearing into the motion's request for an order of costs and "an order for the review by the Court or by a third party solicitor appointed by the court of the Plaintiff's file and the removal of all confidential or privileged documents or records of information belonging to" the Corporation (para. 96).

[41] By order dated November 27, 2017, the judge directed Mr. Lévesque to pay costs of \$10,000 to the Province and the Corporation, and costs of \$10,000 to the Trustees. Those costs were to be paid within 30 days. They remain outstanding. Despite this arguable contempt of court, we exercised our discretion in favour of hearing Mr. Lévesque.

[42] Mr. Mockler and his professional corporation appeal, seeking reversal of the September 28, 2017 removal order and the November 27, 2017 order for costs against Mr. Lévesque, their re-installation as solicitors of record, and costs throughout. In the Supplementary Notice of Appeal, they allege the motion judge:

1. [...] erred in law and misdirected himself when he determined that he had no discretion to refuse removal of the Appellants as solicitors for the Plaintiff and in so doing he failed to weigh adequately or at all the factors necessary to determine whether or not he should make the order requested on the motion;
2. [...] failed to consider issues of proportionality or the public perception test adequately or at all, but simply transferred to his consideration of the motion the principles set out in the *MacDonald Estate* decision and did thereby fail to consider adequately, or at all, differences in the facts between the case at bar and those in *MacDonald Estate* and, accordingly, erred in law in the application of the said decision to the facts in the case at bar;
3. [...] also gave no consideration to the constitutional right of the Plaintiff to have counsel of his choice and failed to weigh that right in the balance with the applicable facts and principles of proportionality, thus depriving himself of important and serious grounds for the exercise of his discretion;
4. [...] failed to address the submissions of the Appellants in respect of relevant trust issues and the application of principles of waiver as they related to certain of the evidence, and did thereby err in law; and
5. [...] made adverse credibility findings regarding Richard Speight in a manner contrary to the principles of *Browne v. Dunn* (as applied by this Court), which said findings were without foundation and adversely reflected on the Appellants, and thereby erred in law and arrived at an incorrect Decision.

[43] All respondents, other than Mr. Lévesque, oppose the appeal and submit the motion judge's decision is legally and factually unimpeachable by this Court.

III. Reasons for Disposition

A. *General observations*

[44] Judicial disqualification of a solicitor of record is a discretionary decision that attracts a highly deferential standard of review on appeal. As noted in our introductory remarks, where the correct legal principles are identified and applied, a removal order can only be set aside if it is the result of a palpable and overriding error in the assessment of the evidence or if the exercise of discretion at the root of the order is unreasonable in the sense that nothing in the record can justify it: *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.*, 2002 NBCA 41, 251 N.B.R. (2d) 102 and *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick Broadcasting Co.* (2000), 230 N.B.R. (2d) 332, [2000] N.B.J. No. 450 (C.A.) (QL), per Daigle C.J.N.B., sitting as a single judge. Correctness is the governing standard of review for only one issue: whether the right legal principles have been brought to bear on the determination of the motion for removal. All other findings must stand unless unreasonable, a conclusion that cannot be reached in respect of findings of fact without identifying a palpable and overriding error in the assessment of the evidence.

[45] The motion judge concluded the principles formulated by the majority in *MacDonald Estate* apply to the facts of this case. In our view, that understanding of the law is correct. Subject possibly to exceptions based on public policy considerations, like cases involving “whistleblowing” for the greater good, those principles stand to be applied to dispose of motions for removal where the respondent solicitor is in possession, without legal entitlement, of confidential information arising from a solicitor-client relationship. The source of the confidential information need not have made its acquisition as solicitor for the proprietor; it is sufficient if the confidential information is attributable to a solicitor-client relationship. As noted in *Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, [2006] 2 S.C.R. 189, [2006] S.C.J. No. 35 (QL), “the relevant elements of the *MacDonald Estate* analysis do not depend on a pre-existing solicitor-client relationship. The gravamen of the problem here is the possession by opposing

solicitors of relevant and confidential information attributable to a solicitor-client relationship to which they have no claim of right whatsoever” (para. 46). We pause to emphasize the appeal is resolved without deciding whether *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick Broadcasting Co.* correctly determined the *MacDonald Estate* analysis applies to confidential information attributable to any and all relationships of confidence.

[46] As a director of the Corporation, Mr. Speight was privy to legal advice provided by its solicitors with respect to issues at the heart of the litigation, and he had undertaken not to disclose that information to outsiders. Although, Mr. Speight had not acted as solicitor for the Corporation, the confidential information he acquired as a director was attributable to a solicitor-client relationship between the Corporation and its advising solicitors. That being so, and as correctly determined by the motion judge, the relevant elements of the *MacDonald Estate* analysis informed the determination of the joint motion by the Province and the Corporation for removal of the appellants as solicitors of record for Mr. Lévesque.

[47] After setting out his understanding of the applicable principles, the judge made the following findings of fact or mixed fact and law:

- a) Mr. Speight’s relationship with the [Corporation] exposed him to confidential information;
- b) that information was relevant to this proceeding;
- c) there is a risk that information will be used to the prejudice of the [Corporation];
- d) Mr. Speight spent a lot of time helping Mr. Mockler initiate this action;
- e) the public represented by the reasonably informed person would not be satisfied that no use of confidential information from the [Corporation] would occur;
- f) thus, Mr. Mockler has a disqualifying conflict of interest. [motion decision, para. 92]

[48] In our view, none of those findings is the product of a palpable and overriding error in the assessment of the evidence.

[49] Moreover, we are not persuaded Mr. Mockler's removal is an unreasonable disposition. The facts, as settled by the motion judge primarily on the basis of Mr. Sinclair's affidavit evidence, the salient parts of which are set out in paragraph 35 hereinabove, are: for more than 15 months, Mr. Speight was simultaneously an active contributing member of Mr. Mockler's legal team and a director of the defendant Corporation and, as such, he was privy to privileged legal advice with respect to key issues raised in the Amended Statement of Claim.

[50] Mr. Mockler's initial lack of knowledge of Mr. Speight's Board membership is without significance. Mr. Speight was a key member of Mr. Mockler's legal team and, just as importantly, Mr. Mockler's client, Mr. Lévesque, knew Mr. Speight was, at all material times, a director of the Corporation. As for Mr. Mockler, he learned in January 2017 Mr. Speight had been on the Board from the time of his retainer in August 2015 until October 1, 2016, yet he took no steps to remove him from his team and end their interaction. Rather, like Mr. Speight, Mr. Mockler insisted there was no conflict of interest and that Mr. Speight was duty bound to share with Mr. Lévesque *qua* pensioner, and presumably himself, all confidential information he acquired as a director. The Consent Order precluding Mr. Speight from further sharing confidential information was only signed in late June 2017.

[51] In this case, we are concerned with more than a risk that confidential information might be knowingly and explicitly shared to the prejudice of the Corporation. In our view, Mr. Speight's sworn statements that he did not reveal confidential information to Mr. Mockler is no answer to the motion for removal. He drafted the Statement of Claim, the Amended Statement of Claim and a 124-page Brief in opposition to the motion for summary judgment, and engaged in tactical and strategic discussions with Mr. Mockler over "countless" hours, as a member of Mr. Mockler's legal team. It is likely those key documents and discussions were shaped, wittingly or unwittingly, by Mr.

Speight's knowledge of the legal advice to which he became privy while a director of the Corporation. Admittedly, we do not know the tenor of the legal advice in question, but we do know the Corporation saw fit to secure an indemnity agreement from the Province with respect to the transfer of the pension trust fund to the Trustees. It can be reasonably surmised the legal advice adverted to the risk, perhaps raised through an over-abundance of caution, that the process dictated by legislation might leave the door ever-so-slightly open to liability on the part of the Corporation. Broadly speaking, when one side in litigation knows the arguments that will bring to the fore potential risks or vulnerabilities referenced in confidential legal advice provided to the other side, the latter's ability to make its case is compromised. An otherwise unwarranted settlement may become an option worthy of consideration.

[52] Moreover, like the motion judge, we are unswayed by the complaint that Mr. Lévesque is being denied counsel of his choice. This consideration is trumped by the need to protect the integrity of the justice system. Furthermore, Mr. Lévesque is the author of his own misfortune: he knew Mr. Speight was a director of the Corporation and, for whatever reason, he withheld that information from Mr. Mockler. Had Mr. Lévesque shared this information, Mr. Mockler could have severed, early on, his relationship with Mr. Speight and instructed both Mr. Lévesque and Mr. Speight to do what the June 27, 2017 Consent Order would eventually prescribe. Mr. Mockler would then have had, at least arguably, a stronger defence against the motion for removal. Finally, the litigation, while longstanding, is in its early stages. Recall the pleadings are not closed and discovery has not taken place.

[53] We now turn to the individual grounds of appeal with a view to addressing, albeit succinctly, the main issues that underlie each.

B. *Ground 1*

The motion judge erred in law and misdirected himself when he determined that he had no discretion to refuse removal of the appellants as solicitors for the plaintiff

and in so doing he failed to weigh adequately or at all the factors necessary to determine whether or not he should make the order requested on the motion;

[54] Two lines of argument purport to substantiate this ground. First, Mr. Mockler argues the motion judge erred in finding Mr. Speight owed a duty of confidentiality to the Corporation. That would be so because of the fiduciary disclosure obligations he contends were owed by the Corporation and Mr. Speight (as one of its directors) to Mr. Lévesque as a beneficiary of the pre-2014 Plan with vested pension benefits. Second, Mr. Mockler contends the motion judge failed to appreciate he could fashion a remedy short of removal.

(1) The duty of confidentiality

[55] In our view, Mr. Speight owed a duty of confidentiality to the Corporation. If that duty did not arise, as a matter of law, from his position as a director of the Corporation, it certainly flowed from the Corporation's Code of Ethics and Business Conduct Policy, and his agreement to abide by its dictates.

[56] Moreover, Mr. Mockler advised the judge that the resolution of the motion for removal did not require he determine whether Mr. Speight owed a duty to disclose the Corporation's confidential information to Mr. Lévesque and other members of the pre-2014 Plan. A party to an appeal will be allowed to resile from positions taken in first instance only in exceptional circumstances. This is not one of those cases.

(2) Judicial discretion in fashioning the remedy

[57] Mr. Mockler's submission under this rubric is that the disposition of a motion for a solicitor's removal involves the exercise of judicial discretion. This is indisputably so: *Beetham v. Markessini* (1997), 190 N.B.R. (2d) 193, [1997] N.B.J. No. 579 (C.A.) (QL), *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick Broadcasting Co.* and *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.*

[58] In his reasons for decision, the motion judge opined that whether a lawyer should be removed is not a question that stands to be determined “on such terms as may be just” (para. 81). Mr. Mockler submits this statement reveals a deeply flawed understanding of the law in that it excises judicial discretion from the disposition-shaping process. In our view, this submission reflects a misunderstanding of the motion judge’s approach to adjudication in this case.

[59] After making the observation referenced in the preceding paragraph, the judge added the central question on a motion for removal stood to be decided by following “the principles, rules and directions established by the higher courts in previous decisions or precedents” (para. 81). The judge’s view was simply that previous decisions by the Supreme Court of Canada and other rulings, notably the decision of Daigle, C.J.N.B. in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick Broadcasting Co.*, provided “principles, rules and directions” which he was duty-bound to apply, and those “principles, rules and directions” led him to conclude the appropriate disposition was the removal of Mr. Mockler as solicitor of record for Mr. Lévesque, and not the less draconian measure he advocated.

[60] In our view, the judge’s reasons for decision and his disposition are not tainted by the errors alleged in this ground of appeal. Accordingly, it fails.

C. *Ground 2*

The motion judge failed to consider issues of proportionality or the public perception test adequately or at all, but simply transferred to his consideration of the motion the principles set out in the *MacDonald Estate* decision and did thereby fail to consider adequately, or at all, differences in the facts between the case at bar and those in *MacDonald Estate* and, accordingly, erred in law in the application of the said decision to the facts in the case at bar;

[61] Mr. Mockler contends the motion judge overlooked “the applicable factual matrix in attempting to apply the circumstances of the instant matter to those in the *MacDonald Estate* and *CBC* cases”. With respect, this criticism is wholly unfounded. Indeed, a fair reading of the judge’s reasons reveals he understood the relevant “factual matrix” and was alive to the factual differences between the present case and those cases. The judge found the differences neither warranted a derogation from the test and guidelines espoused in *MacDonald Estate* and *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick Broadcasting Co.*, nor justified allowing Mr. Mockler to remain solicitor of record.

[62] Mr. Mockler also submits the judge failed to consider “the public perception test” in association with the principle of proportionality. He submits an order short of removal would have been proportionate bearing in mind the June 27, 2017 Consent Order, which precluded any further involvement by Mr. Speight in the litigation, and Mr. Lévesque’s right to counsel of his choosing. This submission is captured by the following excerpt from the Appellants’ Submission:

Given appropriate judicial concern with even the appearance of conflict, a proportional order, which would also have reasonably preserved the administration of justice, by simply proscribing Mr. Speight’s continued involvement, could easily have been crafted. Such a proportional order (as was eventually given voluntarily by Mr. Speight) would have cured any apprehension that going forward in the file Mr. Speight might be in a position to disclose relevant confidential information, inadvertently or otherwise. [para. 53]

[63] Significantly, Mr. Mockler acknowledges in the Appellants’ Submission that “written and oral arguments of proportionality were made to the motion judge, suggesting a balancing of the interests of Mr. Lévesque and the defendants and the perception of the man on the street who would see Mr. Lévesque’s lawyer of choice being removed” (para. 54). Evidently, the arguments rooted in the proportionality principle that fuel this ground of appeal were put to the motion judge and he declined to

give effect to them. In our view, the judge could reasonably conclude that, in the particular circumstances of this case, removal was the appropriate outcome. That being so, reversal is out of the question.

[64] This ground of appeal has not been substantiated.

D. *Ground 3*

The motion judge also gave no consideration to the constitutional right of the plaintiff to have counsel of his choice and failed to weigh that right in the balance with the applicable facts and principles of proportionality, thus depriving himself of important and serious grounds for the exercise of his discretion;

[65] This ground mischaracterizes the analysis undertaken by the motion judge. His reasons for decision show he was alive to the importance of Mr. Lévesque's choice of counsel. However, the judge found, in our view quite reasonably, that this consideration was overshadowed by other important factors, principally the need to preserve the integrity of our system of justice, which is of paramount importance under the authority of *MacDonald Estate*. In other words, a litigant's right to be represented by counsel of his or her choice, while indisputably important, is far from absolute. In a case like the present one, that right must yield to "the paramount public interest in preserving the integrity of the justice system": *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.*, para. 77.

[66] There is no merit to this ground of appeal.

E. *Ground 4*

The motion judge failed to address the submissions of the appellants in respect of relevant trust issues and the application of principles of waiver as they related to certain of the evidence, and did thereby err in law; and

[67] The animating complaint here is that the motion judge “not only ignored the trust issues raised by the motion with respect to Mr. Speight’s position, but also failed to address the implied waiver of any privilege associated with allegedly confidential information, and wholly failed to consider how those issues impacted the question of disclosure of allegedly confidential information.”

[68] The “trust issues” relate to Mr. Mockler’s submission that Mr. Speight did not owe any duty of confidentiality to the Corporation because of the disclosure obligations arising from the fiduciary relationship between, on the one hand, the Corporation and its directors, and on the other, the pensioners. We rejected this submission in dealing with Ground 1. Nothing further need be said on the subject.

[69] The submission regarding waiver is predicated on the theory that Mr. Speight was appointed to the Board to represent the interests of the pensioners, and “by that very appointment the province would necessarily have waived any objection to him reporting trust information to the beneficiaries.”

[70] Mr. Mockler cites no jurisprudence in support of this submission. In our view, it is based on an erroneous interpretation of s. 6(d)(ii), now repealed, of the *New Brunswick Investment Management Corporation Act* under which Mr. Speight was appointed to the Board. Section 6(d)(ii) simply provided for the appointment by the Lieutenant-Governor in Council of “a member of the public service superannuation plan in respect of which the Corporation acts as trustee of the pension fund referred to in section 27 of the *Public Service Superannuation Act*”.

[71] We note the appointing authority was the Lieutenant-Governor in Council, not the Plan membership. Moreover, nothing in s. 6(d)(ii) or any other provision of the *New Brunswick Investment Management Corporation Act* displaces the general rule that directors’ duties are owed exclusively to the corporation.

[72] In our view, Mr. Speight was appointed to the Board to bring to the table the insights and judgment he developed over the course of a distinguished professional career as well as any concerns he might have as a member of the Plan, all with a view to contributing to the Corporation's discharge of its investment mandate. Nothing in his appointment under s. 6(d)(ii) operated as a waiver of confidentiality. We are comforted in this view by Mr. Speight's agreement to comply with the Corporation's confidentiality rules; at the very least, that agreement confirms he understood no waiver of confidentiality arose from his appointment.

[73] The case for acceptance of this ground of appeal has not been made.

F. *Ground 5*

The motion judge made adverse credibility findings regarding Richard Speight in a manner contrary to the principles of *Browne v. Dunn* (as applied by this Court), which said findings were without foundation and adversely reflected on the appellants, and thereby erred in law and arrived at an incorrect decision.

[74] In his reasons for decision, the motion judge described Mr. Speight's conduct as surreptitious. In the judge's view this surreptitiousness rendered the veracity of his affidavit evidence suspect:

As well, Mr. Speight did not disclose his involvement in suing the [Corporation] to anyone at the [Corporation]. He even "initially refused to recuse himself from the discussions of the Board of the [Corporation] relating to this action". His failure to disclose his involvement in suing the [Corporation] and his initial failure to recuse himself suggests that he was acting surreptitiously.

Such conduct makes it difficult to attach any weight to the various statements in his affidavits such as "I do not recall receiving any legal advice" and "at no time did I discuss any information that I received as a director" during those "countless hours discussing strategy, tactics and issues with Mr. Mockler". [paras. 60-61]

[75] In the Appellants' Submission, Mr. Mockler articulates the following complaint:

The adverse credibility finding against Mr. Speight had a direct impact on the position of the Appellants as solicitors for Mr. Lévesque. In the *MacDonald Estate* case, the Supreme Court left the door open for a solicitor to bring forth evidence to challenge any presumption of a conflict of interest. The Supreme Court noted this would ordinarily be difficult. The finding that Mr. Speight acted surreptitiously and that little weight could therefore be given to his denials impacted directly on the veracity of Mr. Mockler at the same time. Mr. Mockler says in his affidavits that he received no confidential or privileged information from Mr. Speight. At the same time, Mr. Speight says in both of his affidavits that he disclosed no confidential or privileged information to Mr. Mockler.

If Mr. Speight is disbelieved, then Mr. Mockler must be disbelieved as well. Such a judicial assessment against Mr. Speight dramatically and drastically impacts Mr. Mockler's credibility. The Motions Judge made adverse credibility findings against Mr. Speight without any consideration for the very adverse impact that such findings would have on Mr. Mockler's ability to "open the door wide", as the Supreme Court indicated in the *MacDonald Estate* case was the right of any solicitor. [paras. 79-80]

[76] The rule in *Browne v. Dunn* (1894), 6 R. 67 (H.L.), [1893] J.C.J. No. 5 (QL), has no application where the party adducing the testimonial evidence could and should have addressed reasonably predictable grounds for impeaching the witness' credibility (see *R. v. Gillis*, 2014 NBCA 58, 426 N.B.R. (2d) 1, paras. 92-96). Mr. Mockler bore the burden of showing there had been no disclosure, let alone misuse, of confidential information Mr. Speight acquired while on the Board. The discharge of this heavy burden was made particularly difficult by Mr. Speight's significant contribution as a member of the Mockler legal team. The credibility of Mr. Speight's denials of disclosure became a legitimate issue as soon as Mr. Mockler filed with the court Mr. Speight's affidavit evidence in opposition to the motion seeking his removal. Mr. Mockler ought to have known Mr. Speight's failure to inform him of his Board

membership and his failure to apprise the Board of his role in the prosecution of the underlying action could, unless satisfactorily explained, be reasonably viewed by the motion judge as “surreptitious” and lead to adverse credibility findings.

[77] That said, we prefer to dispose of this ground of appeal on the basis that Mr. Mockler’s affidavits and the “undertakings and conclusory statements” they contain are not “acceptable” as rebuttal evidence. They are certainly not objectively verifiable. In *MacDonald Estate*, the majority provides the following guidelines on this topic:

A fortiori undertakings and conclusory statements in affidavits without more are not acceptable. These can be expected in every case of this kind that comes before the court. It is no more than the lawyer saying “trust me”. This puts the court in the invidious position of deciding which lawyers are to be trusted and which are not. Furthermore, even if the courts found this acceptable, the public is not likely to be satisfied without some additional guarantees that confidential information will under no circumstances be used. In this regard I am in agreement with the statement of Posner J. in *Analytica, supra*, to which I have referred above, that affidavits of lawyers difficult to verify objectively will fail to assure the public. [para. 50]

[78] This ground of appeal is bereft of merit.

IV. Conclusion

[79] It is for the reasons set out hereinabove that we dismissed the appeal after hearing counsel for all parties. We wrap up the proceedings by ordering the appellants pay one set of costs in the amount of \$5,000 to the Province and the New Brunswick Investment Management Corporation, one set of costs in the amount of \$2,500 to the respondent Unions and one set of costs in the amount of \$2,500 to the respondent Trustees. At the hearing, counsel for the respondent, Guy Lévesque, requested, after some hesitation, that the appellants be ordered to pay his costs on appeal. Since Mr.

Lévesque has supported the appeal throughout, we decline to make an award of costs in his favour.

LA COUR

I. Introduction

[1] Près de 30 ans après *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235, [1990] A.C.S. n° 41 (QL), cet arrêt guide toujours les tribunaux pour trancher les motions visant à déclarer un avocat inhabile à agir dans une instance en cours en raison d'un conflit d'intérêts. Dans *Succession MacDonald*, la question s'est posée dans le contexte d'un procès au cours duquel une avocate représentant une partie a changé d'emploi et a été engagée par le cabinet d'avocats représentant la partie adverse. Le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la majorité, a élaboré un critère à deux volets servant à ordonner la radiation de l'inscription au dossier de ce cabinet. Premièrement, l'avocat a-t-il pris connaissance de renseignements confidentiels, grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client, qui concernent l'objet du litige? Deuxièmement, y a-t-il un risque que ces renseignements soient utilisés au détriment du client? Les réponses à ces questions centrales reposent sur des présomptions réfutables : l'avocat ayant changé de cabinet a communiqué, ou communiquera, des renseignements confidentiels et ceux-ci ont été utilisés, ou seront utilisés, au détriment du client concerné. Ces présomptions ne seront pas réfutées par de simples engagements et affirmations catégoriques objectivement non vérifiables contenus dans les affidavits sous serment de l'avocat visé par la déclaration d'inhabilité (*Succession MacDonald*, par. 50).

[2] Le critère et les lignes directrices qui sont énoncés par la majorité dans *Succession MacDonald* doivent s'appliquer aux motions visant à déclarer l'avocat de l'intimé inhabile à agir, lorsqu'il est en possession, sans droit, de renseignements confidentiels découlant de rapports antérieurs d'avocat à client. Il importe peu que la source des renseignements confidentiels en ait fait l'acquisition au cours de son mandat comme avocat représentant le propriétaire des renseignements; il suffit que les renseignements confidentiels découlent, comme en l'espèce, de rapports antérieurs

d'avocat à client. En conséquence, et comme l'a bien déterminé le juge saisi de la motion, les éléments pertinents de l'analyse effectuée dans *Succession MacDonald* s'appliquent à la détermination de la motion des défendeurs, la Société de gestion des placements du Nouveau-Brunswick et la Province du Nouveau-Brunswick, visant à déclarer les appelants inhabiles à agir en tant qu'avocats inscrits au dossier du demandeur dans l'instance sous-jacente. Dans le texte qui suit, nous appelons les appelants, collectivement, « M^e Mockler », dans presque toutes les instances.

[3] Dans l'exposé de la demande modifié, le demandeur, Guy Lévesque, un fonctionnaire retraité, sollicite des dommages-intérêts indéterminés et une multitude d'ordonnances déclaratoires et mandatoires contre la Société pour le rôle que cette dernière a joué dans la conclusion de la conversion imposée par voie législative du régime de pension dans les services publics de la Province en vigueur avant 2014 en un régime à risques partagés. Durant la période déterminante, Richard Speight, c.r., siégeait au conseil d'administration de la Société. À ce titre, il a eu accès à des renseignements confidentiels de la Société, notamment l'avis juridique que cette dernière a obtenu de ses avocats sur des questions au cœur du litige, et il s'est engagé à ne communiquer aucun renseignement de cette nature à un tiers. Fait significatif, M^e Speight était simultanément un administrateur de la Société et un membre actif de l'équipe d'avocats de M^e Mockler dans la préparation, l'encadrement et la poursuite, durant plusieurs mois, de l'action pour le compte de M. Lévesque.

[4] Après avoir reçu des mémoires exhaustifs, avoir entendu les parties durant plusieurs jours sur les faits, le droit et leur interaction, et avoir procédé à l'analyse effectuée dans *Succession MacDonald*, un juge de la Cour du Banc de la Reine a conclu que M^e Mockler se trouvait dans une situation de conflit d'intérêts le rendant inhabile à agir et il a accueilli la motion en déclaration d'inhabilité (voir 2017 NBBR 180). M^e Mockler interjette appel et sollicite l'infirmité de la décision et l'attribution de mesures de redressement accessoires.

[5] Après l'audition d'un débat approfondi, nous avons rejeté l'appel séance tenante, motifs à suivre. En résumé, nous sommes tout simplement d'avis que la norme de contrôle applicable empêche une intervention. Lorsque les principes juridiques appropriés sont définis et appliqués, une ordonnance en déclaration d'inhabilité ne peut être infirmée que si elle résulte d'une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve, ou encore, que si l'exercice du pouvoir discrétionnaire à l'origine de l'ordonnance est déraisonnable en ce sens que rien au dossier ne saurait justifier pareille ordonnance. Comme il en ressortira plus amplement ci-dessous, aucune de ces conditions préalables à une intervention de principe n'a été établie.

II. Contexte

[6] M. Lévesque a pris sa retraite de la fonction publique provinciale en 1998. À l'époque, et jusqu'au 31 décembre 2013, les prestations de pension auxquelles il avait droit étaient énoncées dans le régime de pension de retraite dans les services publics (le « régime » ou le « régime antérieur à 2014 »), lequel régime avait été mis sur pied et était régi par la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-26. La gouvernance du régime avait été confiée au président du Conseil de gestion, tandis que l'administration de la *Loi* avait été confiée au ministre des Finances.

[7] Les paiements au titre des pensions, y compris le rajustement annuel garanti en fonction du coût de la vie, étaient prélevés sur la « caisse de retraite en fiducie » établie par l'article 27 de la *Loi*. Toutes les cotisations obligatoires des employeurs et des employés étaient versées à cette caisse et la Société avait été désignée comme son fiduciaire au titre du par. 27(3). L'alinéa 14(1)a) de la *Loi sur la Société de gestion des placements du Nouveau-Brunswick*, L.N.-B. 1994, ch. N-6.01 prévoyait, peut-être inutilement, que la Société devait « agi[r] à titre de fiduciaire pour » la caisse de retraite en fiducie.

[8] Le paragraphe 27(8) de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* prévoyait que, si la caisse de retraite en fiducie ne disposait pas de fonds

suffisants pour effectuer les paiements requis en application de la *Loi*, le ministre des Finances devait, à la demande du Conseil de gestion, prélever sur le fonds consolidé et transférer à la caisse de retraite en fiducie la somme nécessaire pour combler l'insuffisance. Cette obligation conditionnelle en apparence entretient, semble-t-il, la compréhension de M. Lévesque selon laquelle la suffisance de la caisse de retraite en fiducie antérieure à 2014 était garantie par la Province.

[9] La *Loi concernant la pension de retraite dans les services publics*, L.N.-B. 2013, ch. 44, a converti le régime en régime à risques partagés conformément à la partie 2 de la *Loi sur les prestations de pension*, L.N.-B. 1987, ch. P-5.1, à compter du 1^{er} janvier 2014. De façon générale, en vertu d'un régime de pension à risques partagés, tant l'employeur que les participants au régime partagent le risque, car le rendement de la caisse et la capacité de paiement du régime peuvent avoir une incidence sur les prestations. En plus de la conversion obligatoire en un régime à risques partagés, la *Loi concernant la pension de retraite dans les services publics* a mis fin à la garantie de rajustement annuel en fonction du coût de la vie.

[10] Le paragraphe 100.4(1) de la *Loi sur les prestations de pension* énonce les critères qu'un régime à risques partagés doit remplir :

100.4(1) A shared risk plan shall meet the following criteria:

(a) the employer and the members make contributions to the pension plan in the amount set in accordance with the plan and the funding policy;

(b) subject to the prior consent of the Superintendent, a funding policy for the pension plan is established at inception and reviewed at least annually by the administrator in accordance with the regulations;

100.4(1) Le régime à risques partagés satisfait aux critères suivants :

a) le montant des cotisations que versent au régime de pension l'employeur et les participants est fixé conformément au régime et à la politique de financement;

b) sous réserve du consentement préalable du surintendant, la politique de financement du régime de pension est établie au moment de l'instauration du régime et l'administrateur la révisé au moins une fois l'an conformément aux règlements;

- (c) subject to the prior consent of the Superintendent, an investment policy for the pension plan is established at inception and reviewed at least annually by the administrator in accordance with the regulations;
- (d) subject to the prior consent of the Superintendent, risk management goals and procedures for the pension plan are established at inception and reviewed at least annually by the administrator in accordance with the regulations;
- (e) escalated adjustments may only be granted in respect of past periods and if the funding policy so permits;
- (f) contributions shall not be reduced or suspended except in accordance with the *Income Tax Act* (Canada) and the funding policy;
- (g) disclosure of the purpose and characteristics of the pension plan is made to its members in accordance with the regulations;
- (h) a dispute resolution process is established at inception in the shared risk plan to resolve a deadlock among the trustees on a board of trustees with respect to any resolution or motion before them; and
- (i) the base benefits and ancillary benefits satisfy any other criteria prescribed by regulation.
- c) sous réserve du consentement préalable du surintendant, la politique de placement du régime de pension est établie au moment de l'instauration du régime et l'administrateur la révisé au moins une fois l'an conformément aux règlements;
- d) sous réserve du consentement préalable du surintendant, les procédures et les objectifs de gestion des risques du régime de pension sont établis à l'instauration du régime et l'administrateur les révisé au moins une fois l'an conformément aux règlements;
- e) des rajustements actualisés ne peuvent être accordés qu'à l'égard de périodes antérieures et que si la politique de financement le permet;
- f) la suspension ou la réduction des cotisations n'est permise qu'en conformité avec la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada) et la politique de financement;
- g) l'objet et les caractéristiques du régime de pension sont communiqués aux participants conformément aux règlements;
- h) le mécanisme de règlement des différends est établi, au moment de l'instauration du régime, dans le régime à risques partagés pour mettre fin à une impasse au sein du conseil de fiduciaires relativement à une résolution ou à une motion dont les fiduciaires sont saisis;
- i) les prestations de base et les prestations accessoires satisfont à tout autre critère réglementaire.

[11] Conformément à l'article 100.5, un conseil de fiduciaires peut agir en tant qu'administrateur d'un régime à risques partagés. Sa seule obligation ou son seul devoir

fiducial consiste à « assurer la réalisation des objectifs du régime à risques partagés ». Dans l'exécution de son mandat, le conseil doit gérer les risques financiers en conformité avec la politique de financement, la politique de placement et les procédures de gestion des risques du régime à risques partagés qui sont établies en application du par. 100.4(1).

[12] Éléments importants, pour l'instance sous-jacente : (1) la *Loi concernant la pension de retraite dans les services publics* a abrogé l'intégralité de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* ainsi que l'al. 14(1)a) de la *Loi sur la Société de gestion des placements du Nouveau-Brunswick*, à compter du 1^{er} janvier 2014; (2) conformément au par. 100.52(4) de la *Loi sur les prestations de pension*, l'administrateur du régime devait transférer au régime à risques partagés le droit de propriété sur ses éléments d'actif, y compris la caisse de retraite en fiducie d'une valeur d'environ six milliards de dollars. Ainsi, le régime antérieur à 2014 et l'administration confiée par la loi à la Société de la caisse de retraite en fiducie du régime ont cessé d'exister le 1^{er} janvier 2014, et le droit de propriété de cette caisse a été transféré au régime à risques partagés qui devait être administré par un conseil de fiduciaires composé des intimés : Marilyn Quinn, Susie Proulx-Daigle, Ross Galbraith, Leonard Lee-White, Ernest L. MacKinnon et Mark Gaudet (les « fiduciaires »).

[13] La préparation de divers documents a servi à la conversion imposée par la loi en un régime à risques partagés. Ces documents comprennent, en plus des documents prévus à la partie 2 de la *Loi sur les prestations de pension*, notamment : (1) une convention de transfert des actifs fiduciaires et d'indemnisation, convention dans laquelle il était ordonné à la Société de transférer la caisse de retraite en fiducie établie par la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* aux fiduciaires en tant qu'administrateurs du régime à risques partagés et dans laquelle la Province s'engageait à garantir la Société et ses dirigeants, administrateurs, salariés, conseillers et mandataires contre l'ensemble des responsabilités, des pertes, des dommages, des frais et des dépenses de quelque nature que ce soit découlant du transfert; (2) une convention et déclaration de fiducie relativement à la caisse à risques partagés signée par les fiduciaires en tant qu'administrateurs du régime à risques partagés; (3) une convention de gestion

des placements aux termes de laquelle les fiduciaires ont nommé la Société en qualité de gestionnaire de placements de la caisse à risques partagés; (4) un protocole d'entente relativement à la conversion signé par la Province et les syndicats intimés, en date du 20 novembre 2013.

[14] En août 2015, M^e Speight, entre autres, a retenu les services de M^e Mockler pour instruire une action en contestation de la validité de la conversion du régime antérieur à 2014 en un régime à risques partagés. Au bout du compte, M. Lévesque a consenti à être le seul demandeur, bien qu'il ait été financièrement épargné de la conversion du régime. En effet, selon la législation disposant de la conversion, toute prestation acquise, accumulée ou dévolue avant 2014 sous le régime de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* devient une prestation de base du régime à risques partagés et depuis la conversion, M. Lévesque a reçu les rajustements annuels en fonction du coût de la vie qui étaient garantis sous le régime antérieur à 2014.

[15] Le 30 décembre 2015, M. Lévesque a intenté l'action sous-jacente contre la Province, la Société et les syndicats et fiduciaires intimés en invoquant, notamment : (1) que les actions et les mesures qui ont été prises ou diffusées par la Province en lien avec la conversion étaient [TRADUCTION] « illégales, nulles et sans effet ». Il en était ainsi, il est allégué, parce que ces actions et mesures constituent [TRADUCTION] « une violation du droit contractuel qui existe entre [M. Lévesque] et les défendeurs, ou toute combinaison de ces personnes, et qu'elles brisent les liens de confiance que [M. Lévesque] avait pour assurer sa pension et les prestations auxquelles il a droit »; (2) que les défendeurs [TRADUCTION] « ont effectué, ou subsidiairement n'ont pas empêché, sans apparence de droit, des paiements sur la [caisse de retraite en fiducie antérieure à 2014] en violation de la [*Loi sur la pension de retraite dans les services publics*] »; (3) que les défendeurs [TRADUCTION] « ont, sans apparence de droit, cherché à utiliser, mais dans les faits ils ont utilisé, la [caisse de retraite en fiducie antérieure à 2014] à des fins contraires à celles pour lesquelles la caisse a été créée et sans égard aux droits de [M. Lévesque] qui s'y rapportent ou, subsidiairement, qu'ils n'ont pas empêché cet usage inapproprié de la [caisse de retraite en fiducie antérieure à

2014] »; (4) qu'en adhérant aux conditions des documents de conversion, les défendeurs [TRADUCTION] « ont accepté de causer un préjudice » à M. Lévesque sans [TRADUCTION] « apparence de droit ni autorité pour le faire ».

[16] Ces ententes qui auraient causé un préjudice sont détaillées comme ceci dans l'exposé de la demande modifié :

[TRADUCTION]

- a) un engagement selon lequel la [caisse de retraite en fiducie antérieure à 2014] pourrait être utilisée par les fiduciaires pour effectuer les paiements des prestations d'un nouveau régime de retraite à risques partagés;
- b) un engagement selon lequel [M. Lévesque] n'aurait aucun autre droit contractuel au titre de la [caisse de retraite en fiducie antérieure à 2014];
- c) un engagement selon lequel [M. Lévesque] serait un participant du nouveau régime à risques partagés, dont les conditions ont été convenues par [les défendeurs] et qu'il serait lié par ces conditions;
- d) un engagement à créer une fiducie au profit des défendeurs qui utilisent la [caisse de retraite en fiducie antérieure à 2014] sans égard au droit [de M. Lévesque] qui s'y rapporte à titre bénéficiaire;
- e) un engagement selon lequel les paiements des prestations acquittés sur la [caisse de retraite en fiducie postérieure à 2013 sous le régime à risques partagés] et les cotisations à cette caisse pourraient être déterminés par [les défendeurs];
- f) un engagement selon lequel un nouveau fiduciaire pour la [caisse de retraite en fiducie antérieure à 2014] pourrait être nommé;
- g) un engagement selon lequel des modifications pourraient être apportées aux conditions du [régime de retraite en fiducie antérieur à 2014] et de la [caisse de retraite en fiducie elle-même] sans égard aux droits [de

M. Lévesque] qui s'y rapportent et à son admissibilité à cet égard;

- h) un engagement selon lequel la Province n'honorait pas sa responsabilité envers [M. Lévesque] au titre du contrat de travail, contrat passé par [M. Lévesque] moyennant une contrepartie de valeur. [Par. 62]

[17] Au paragraphe 66 de l'exposé de la demande modifié, M. Lévesque sollicite les mesures de redressement suivantes :

- a) une ordonnance nommant [M. Lévesque] à titre de représentant des pensionnés et de leurs survivants, de leurs bénéficiaires et des successions des retraités;
- b) une déclaration portant que la *Loi* [la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics*] avait pour fondement et renfermait les modalités et conditions d'un contrat de travail passé par chaque retraité à son entrée dans la fonction publique, lequel contrat est toujours pleinement en vigueur malgré la tentative illégale de mettre sur pied un régime à risques partagés à partir du 1^{er} janvier 2014;
- c) une déclaration portant que tous les défendeurs ont rompu la relation de confiance en vertu de laquelle la [caisse de retraite en fiducie antérieure à 2014] était détenue et ordonnant par ailleurs à ces défendeurs de rembourser la totalité des sommes en fiducie dont il est prouvé qu'elles ont été détournées en violation des conditions de la [caisse de retraite en fiducie antérieure à 2014] qui sont énoncées dans les présentes, et imposant une indemnisation en equity du montant qui sera déterminé par la Cour, plus des intérêts de 6 % par an, composés à partir du 1^{er} janvier 2014 jusqu'au versement de ces sommes;
- d) une ordonnance enjoignant à chacun des défendeurs de présenter une reddition de comptes détaillée de tous les paiements ou transferts d'actifs de la [caisse de retraite en fiducie antérieure à 2014] qui avaient été effectués à la date de la signature du protocole

d'entente ou après : (i) par eux, (ii) selon leurs instructions ou (iii) à leur profit;

- e) une ordonnance enjoignant à chacun des défendeurs de cesser et de s'abstenir d'utiliser de quelque façon la caisse de retraite en fiducie, sauf dans le but d'effectuer les paiements que prescrivent les conditions de la fiducie comme le prévoit l'article 27 de la [*Loi sur la pension de retraite dans les services publics*];
- f) une ordonnance enjoignant individuellement à chacun des défendeurs de rembourser à la [caisse de retraite en fiducie] toutes les sommes dont ils ont présenté une reddition détaillée en vertu de l'ordonnance dont il est question à l'alinéa 66d) en dehors des paiements décrits au paragraphe 32 des présentes;
- g) une ordonnance enjoignant à la Province de verser dans la caisse de retraite en fiducie des sommes suffisantes pour lui permettre de remplir ses obligations en matière de retraite que lui impose la [*Loi sur la pension de retraite dans les services publics*], sommes dont les montants ont été déterminés par ses actuaires lors de la liquidation du [régime] en 2014;
- h) une ordonnance imposant la distribution des fonds de la caisse de retraite en fiducie, une fois que la Province aura versé les sommes visées à l'alinéa 66g), aux membres de la fonction publique en fonction des sommes auxquelles ils sont individuellement admissibles en vertu de la [*Loi sur la pension de retraite dans les services publics*];
- i) subsidiairement, en ce qui concerne les alinéas 66g) et h), une ordonnance enjoignant à la Province de (i) verser, selon une approche de continuité, les prestations de pension auxquelles le demandeur a droit en vertu du [régime de pension de retraite dans les services publics antérieur à 2014], (ii) de continuer à administrer [ce] régime conformément à ses clauses, (iii) de préserver la [caisse de retraite en fiducie] conformément aux conditions de la fiducie, (iv) de veiller à ce que la caisse de retraite en

fiducie dispose en tout temps de suffisamment de fonds pour effectuer les paiements décrits au paragraphe 27(8) de la [*Loi sur la pension de retraite dans les services publics*] et (v) toute autre ordonnance que la Cour jugera équitable dans les circonstances;

- j) une ordonnance imposant qu'un tribunal se prononce sur le droit des défendeurs d'utiliser la caisse de retraite en fiducie et sur la validité de la nomination des fiduciaires de cette caisse;
- k) les dommages-intérêts qui sont équitables dans les circonstances;
- l) une ordonnance imposant aux fiduciaires défendeurs l'obligation de constituer, à partir des capitaux détenus en fiducie, un fonds de 2 000 000 \$ qui sera affecté au paiement des frais de justice et des dépens que [M. Lévesque] aura supportés dans le cadre de la présente instance; ces frais de justice et dépens seront versés selon la reddition qui en a été faite, mais ils pourront faire l'objet d'une taxation conformément aux dispositions de la *Loi de 1996 sur le Barreau*, L.N.-B. 1996, ch. 89, et son règlement.

[18] Comme on peut le constater, en cherchant à rétablir les conditions qui caractérisaient le régime antérieur à 2014, M. Lévesque ne conteste pas la constitutionnalité de la loi prescrivant la conversion ni celle des documents connexes. Cela étant, il est permis de se demander comment la réparation sollicitée au paragraphe 66 de l'exposé de la demande modifiée pourrait être accordée sans violer la séparation constitutionnelle des pouvoirs entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif.

[19] Quoi qu'il en soit, l'action est décrite dans le mémoire des appelants comme une contestation de la légalité du transfert de la caisse de retraite en fiducie de la Société aux fiduciaires en leur qualité d'administrateurs du régime à risques partagés : [TRADUCTION] « M. Lévesque soutient que ce transfert a été effectué sans que la [Société] ait le pouvoir de le faire, et sans le consentement des participants bénéficiaires

du [régime antérieur à 2014] qui, comme M. Lévesque, étaient à la retraite et bénéficiaient de droits acquis à une pension ». (Par. 13). Comme le juge saisi de la motion l'a fait observer, dans une lettre datée du 23 janvier 2017, M^e Mockler indique que l'action [TRADUCTION] « [...] a pour objet de réparer un méfait public, soit la confiscation des fonds en fiducie ».

[20] Dans l'exposé de la demande modifié, M. Lévesque sollicite une ordonnance de représentation qui lui permettrait d'intenter une action pour le compte [TRADUCTION] « d'environ 13 200 employés retraités dont les prestations de pension ont été, ou pourraient être, touchées de façon négative » par la conversion au régime à risques partagés. À ce jour, M. Lévesque n'a pas présenté sa demande, encore moins obtenu l'ordonnance de représentation sollicitée.

[21] M^e Mockler a signé l'exposé de la demande comportant 66 paragraphes et l'exposé de la demande modifié, mais c'est M^e Speight qui les a rédigés, quoique sous la supervision de M^e Mockler.

[22] Dans son exposé de la défense, la Société nie toute responsabilité et se fonde, en ce qui concerne la validité des actions et des décisions qu'elle a prises en lien avec la conversion, sur l'autorité souveraine du législateur. Elle plaide également l'immunité contre les poursuites judiciaires conformément à des dispositions législatives précises applicables à la conversion et à la *Loi sur les procédures contre la Couronne*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-18.

[23] Les plaidoiries ne sont pas closes; M. Lévesque laisse entendre qu'il pourrait déposer une réponse dans laquelle il pourrait, entre autres, contester la validité constitutionnelle de la loi prescrivant la conversion et des documents connexes.

[24] Aucun interrogatoire ni aucune communication de documents n'a eu lieu. En fait, il n'y a eu aucun échange d'affidavits des documents.

[25] Une motion en jugement sommaire en vue du rejet de l'action est pendante. Le 25 octobre 2016, M^e Mockler a signé le mémoire de 124 pages qui a été déposé pour le compte de M. Lévesque en opposition à la motion. Toutefois, le mémoire a été rédigé par M^e Speight.

[26] Une autre motion de M. Lévesque, qui est également pendante, vise à obtenir une ordonnance enjoignant aux fiduciaires du régime à risques partagés de mettre de côté 2 000 000 \$ pour couvrir les frais de justice et les dépens qu'il prévoit engager (voir l'alinéa 66(l) de l'exposé de la demande modifié). Dans l'affidavit du 6 janvier 2017 qu'il a souscrit et déposé au soutien de cette motion, M. Lévesque a amené la Société à se renseigner afin de vérifier si M^e Speight aurait pu aider M^e Mockler dans l'instance sous-jacente pendant qu'il siégeait à son conseil d'administration (le « conseil »).

[27] Dans l'affidavit en question, M. Lévesque invoque la contribution d'un pensionné dont l'identité n'est pas révélée (un « avocat chevronné ») dans l'instruction de son action :

[TRADUCTION]

M^e Mockler m'a informé [...] qu'il a obtenu l'aide d'un des pensionnés qui est un avocat chevronné. Il estime avoir consacré au dossier sans doute plus de 500 heures qui ne font l'objet d'aucune facturation dans le présent compte. Ce pensionné a été engagé pour donner des informations à M^e Mockler et a aussi été associé à la préparation de l'exposé de la demande [...], à la préparation d'avis de production d'un affidavit de documents et d'une demande de précisions et à l'examen des mémoires déposés par tous les défendeurs et à la préparation de réponses à ces mémoires. Le demandeur a préparé et déposé un mémoire de quelque 124 pages faisant de façon très détaillée l'historique complet de la présente affaire et mettant en relief les nombreuses questions de droit et de fait qui sont en cause. Un nombre incalculable d'heures ont été passées à discuter de stratégie, de tactiques et des questions en litige avec M^e Mockler comme ce dernier l'a indiqué, ce que je crois sincèrement. [Décision sur la motion, par. 56]

[C'est moi qui souligne.]

[28] M. Lévesque a également sollicité [TRADUCTION] « un paiement équitable permettant de couvrir les honoraires, débours et les taxes supportés par le pensionné dont l'identité n'est pas révélée ».

[29] Dans une lettre datée du 13 janvier 2017, les avocats de la Province et de la Société ont demandé à M^e Mockler quel était le nom de ce [TRADUCTION] « pensionné dont l'identité n'est pas révélée ».

[30] Dans un courriel daté du 16 janvier 2017, M^e Mockler a répondu que l'avocat dont l'identité n'a pas encore été révélée n'avait pas l'intention de présenter une demande de paiement des honoraires, débours et taxes qu'il avait supportés.

[31] Dans une lettre datée du 19 janvier 2017, les avocats de la Province et de la Société ont demandé à M^e Mockler de confirmer que M^e Speight était le [TRADUCTION] « pensionné dont l'identité n'est pas révélée ». M^e Mockler l'a confirmé par courriel le même jour.

[32] Dans une lettre datée du 23 janvier 2017, l'avocat de la Province et de la Société a décrit au bénéfice de M^e Mockler la raison pour laquelle ses clients considéraient que M^e Speight et lui avaient un conflit d'intérêts entraînant son inhabilité à agir :

[TRADUCTION]

L'aide soutenue que M^e Speight a apportée au demandeur pendant qu'il siégeait au conseil d'administration de la [Société] constitue un manquement grave à son devoir fiduciaire de loyauté. Elle crée également une présomption [en droit] selon laquelle vous avez bénéficié d'une divulgation non autorisée de renseignements confidentiels et privilégiés appartenant à la [Société], ce qui vous rend inhabile à représenter le demandeur dans la présente instance. Nous attirons tout particulièrement votre attention sur le droit régissant les conflits d'intérêts entraînant l'inhabilité, notamment la décision que notre Cour d'appel a rendue sur les renseignements confidentiels détenus par

des membres de conseils d'administration dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. New Brunswick Broadcasting Co.*, [2000] A.N.-B. n° 450 (NBCA).

Votre facture préliminaire confirme que le niveau de participation de M^e Speight est suffisamment élevé pour justifier que vous soyez déclaré inhabile à agir comme avocat inscrit au dossier. Si M^e Speight est également le « pensionné dont l'identité n'est pas révélée » qui, selon les estimations de votre client, a passé plus de 500 heures sur ce dossier, nous craignons qu'une telle conduite ne puisse être qualifiée que d'inacceptable.

Dans les circonstances, nous n'avons d'autre choix que de déposer une motion visant à obtenir que vous-même et votre étude soyez déclarés inhabiles à agir comme avocats inscrits au dossier du demandeur et que M^e Speight s'abstienne de venir en aide au demandeur dans la présente instance. Étant donné que cette motion doit être introduite sans délai, notre intention est de la déposer d'ici demain après-midi (le 24 janvier 2017).

Avant de le faire, nous voulions attirer votre attention sur le conflit d'intérêts susmentionné. Si vous-même et M^e Speight souhaitez vous retirer volontairement du dossier, nous sommes prêts à discuter de la possibilité de parvenir à un règlement de cette affaire délicate soit à l'amiable, soit au moyen d'une ordonnance par consentement. Si vous voulez discuter de la question, nous vous invitons à prendre contact avec le soussigné dès que possible avant demain, le 24 janvier 2017, à 11 h.

[33] M^e Mockler a répondu le même jour à cette lettre datée du 23 janvier 2017 pour aviser l'avocat qu'il ignorait que M^e Speight avait siégé au conseil d'administration de la Société de novembre 2002 au 1^{er} octobre 2016. Selon lui, le retrait n'était pas nécessaire puisque M^e Speight n'avait communiqué aucun renseignement confidentiel et, de façon plus fondamentale, il n'existait aucun renseignement confidentiel puisque [TRADUCTION] « tous les renseignements se rapportant à la présente instance sont largement diffusés ». Nous soulignerons, en passant, que la dernière observation ne tient pas compte des conseils juridiques confidentiels que les avocats ont fournis au conseil.

[34] Le 25 janvier 2017, la Société et la Province ont sollicité, par voie de motion, les ordonnances suivantes :

[TRADUCTION]

2. [...];
3. d'ordonner à Eugene J. Mockler, c.r., (« M^e Mockler ») et à E.J. Mockler, société professionnelle, de cesser d'occuper à titre d'avocats inscrits au dossier du demandeur;
4. d'ordonner au demandeur ou au représentant agissant pour son compte, de façon directe ou indirecte, de ne pas communiquer avec M^e Mockler, son étude d'avocats ou M^e Richard Speight, c.r. (« Speight »), et de ne pas recevoir d'eux d'autres avis ou renseignements concernant l'instance en cause ou toute autre instance découlant des faits allégués dans l'avis de poursuite accompagné d'un exposé de la demande modifié;
5. d'ordonner à M^e Speight de s'abstenir de divulguer au demandeur ou à quiconque des renseignements confidentiels ou privilégiés, quels qu'ils soient, qu'il a obtenus en sa qualité de membre du conseil d'administration de la [Société];
6. d'ordonner au demandeur de remettre immédiatement la totalité de son dossier à la Cour ou, subsidiairement, à un avocat d'une tierce partie indépendante nommé par la Cour, pour passer le dossier en revue et en retirer;
 - a) tous les documents confidentiels ou privilégiés appartenant à la [Société] ainsi que l'ensemble des documents renfermant ou communiquant des renseignements confidentiels ou privilégiés visant la [Société], ces documents ou renseignements devant ensuite être retournés sur-le-champ à l'avocat de la [Société], sans en garder aucune copie sur support papier ou sous forme électronique;

b) toute la documentation fournie ou préparée par M^e Speight, documentation qui devra être détruite [...].

[35] La motion était appuyée de quatre affidavits souscrits par John Sinclair, président-directeur général de la Société durant toute la période déterminante. Ces affidavits établissent ceci :

- a) M^e Speight a été nommé pour la première fois au conseil le 19 septembre 2002. Il a siégé au conseil d'administration jusqu'au 1^{er} octobre 2016 et occupé le siège réservé par la loi à un « membre d'un régime de pension de retraite dans les services publics à l'égard duquel la Société remplit les fonctions de fiduciaire de la caisse de retraite visée à l'article 27 de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* ». À compter du 1^{er} octobre 2016, le conseil a cessé d'exister et toutes les nominations au conseil, y compris celle de M^e Speight, ont été révoquées par suite de l'adoption de la *Loi mettant en œuvre des initiatives de la révision stratégique des programmes*, L.N.-B. 2016, ch. 28.
- b) Du mois d'août 2015, période où les services de M^e Mockler ont été retenus, jusqu'au 1^{er} octobre 2016, M^e Speight siégeait au conseil tout en jouant un rôle actif au sein de l'équipe d'avocats de M^e Mockler qui représentait M. Lévesque dans le cadre de son action contre la Société.
- c) Durant chacune des trois années complètes de son dernier mandat au conseil en 2013, M^e Speight était tenu de se conformer au *Code of Ethics and Business Conduct* [Code de déontologie et de conduite des affaires] de la Société. Comme l'a souligné le juge saisi de la motion, les dispositions suivantes sont pertinentes [TRADUCTION] :

4. RENSEIGNEMENTS CONFIDENTIELS

Il peut arriver que les employés et les administrateurs aient accès à des renseignements confidentiels concernant les activités et les placements réels ou potentiels de la [Société]. La divulgation de ce type de renseignements confidentiels, même à des amis proches ou à des membres de la famille, ou leur utilisation pour le profit personnel, peut se révéler extrêmement préjudiciable à la [Société] et aux parties qui lui ont confié ces renseignements.

4.1 Confidentialité

Chaque personne doit comprendre que l'information qui n'est pas d'ordre public doit rester strictement confidentielle. Nul n'est autorisé à divulguer des renseignements confidentiels à moins d'y avoir été autorisé par le président ou d'y être tenu par la loi. Les personnes qui quittent leur emploi à la [Société] ou prennent leur retraite restent liées par cette obligation.

5. CONFLIT D'INTÉRÊTS

5.1 Conflit d'intérêts

Chacun est tenu d'éviter les situations de conflits d'intérêts. Un conflit d'intérêts peut survenir lorsqu'une personne se trouve dans une situation où elle est amenée à choisir entre l'intérêt de la [Société] et ses propres intérêts ou ceux qu'elle partage avec un tiers. En cas de conflit, chacun doit agir dans l'intérêt de la [Société]. En outre, les personnes agissant en qualité de fiduciaires doivent faire passer leur devoir fiducial avant leurs intérêts personnels. Enfin, tous les employés et administrateurs doivent respecter les lignes directrices sur les conflits d'intérêts de la [Société] que renferment les règlements administratifs.

5.2 Divulgence et élimination du conflit

L'employé ou l'administrateur qui croit se trouver en conflit d'intérêts réel ou potentiel doit en informer son supérieur direct. Les administrateurs en informeront le président du conseil.

Tout doit être mis en œuvre pour éviter à la personne en conflit les situations lui imposant de prendre des décisions, d'émettre des opinions ou d'entreprendre des actions concernant l'objet du conflit.

- d) De plus, le Code reconnaît explicitement que la confidentialité constituait un aspect important du devoir de loyauté, lequel s'entend [TRADUCTION] « de l'obligation de donner priorité aux intérêts de la Société et de ne pas utiliser ses fonctions pour servir ses intérêts personnels ». Dans sa dernière déclaration de conformité, M^e Speight a attesté avoir lu et compris le *Code of Ethics and Business Conduct* [Code de déontologie et de conduite des affaires], et il a accepté de s'y conformer.
- e) M^e Speight a bénéficié d'un accès en ligne à la documentation du conseil sur le site Web à partir du 12 décembre 2011 jusqu'à la fin de son mandat en qualité de membre du conseil d'administration. Il a également bénéficié d'un iPad qui lui donnait accès aux documents destinés aux membres du conseil d'administration à compter de 2012 jusqu'à ce qu'il le retourne à l'issue de sa dernière réunion du conseil le 26 septembre 2016. Cet appareil personnalisé, sûr et protégé par un mot de passe lui donnait notamment accès aux notes de service et aux procès-verbaux confidentiels des réunions du conseil et des comités ainsi qu'à d'autres documents confidentiels fournis en novembre et décembre 2013 au sujet des questions centrales dans l'instance sous-jacente.
- f) Pendant qu'il siégeait au conseil, M^e Speight a eu accès à un avis juridique confidentiel et privilégié relativement au projet législatif de conversion en régime de pension à risques partagés, à la convention de transfert des actifs fiduciaires et d'indemnisation et au transfert de la caisse de retraite en fiducie antérieure à 2014 au régime à risques partagés. À cet égard, il n'est pas inutile de citer les paragraphes suivants de l'affidavit souscrit par M. Sinclair en janvier 2017 :

En décembre 2013 ou aux environs de cette date, après le dépôt du projet de loi 11 – *Loi concernant la pension de retraite dans les services publics* à l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick, mais avant son édicition, les membres du conseil ont eu plusieurs discussions privées et confidentielles au sujet des répercussions des modifications législatives proposées et ont décidé d'obtenir un avis juridique. En sa qualité de membre du conseil, M^e Speight a participé à ces discussions en ma présence et a reçu des copies de l'avis juridique de notre avocat.

La défenderesse [la Société] a conclu [une convention de transfert des actifs fiduciaires et d'indemnisation] datée du 1^{er} janvier 2014 (« l'entente »). Avant de conclure l'entente, le conseil a reçu un avis juridique à ce sujet. M^e Speight a été associé à ces discussions en ma présence et il a pris part à la décision du conseil de faire en sorte que la défenderesse [la Société] signe l'entente.

Le 1^{er} janvier 2014, la défenderesse [la Société] a transféré les actifs qui étaient auparavant détenus dans une caisse établie en vertu de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* (maintenant abrogée) dans un fonds constitué dans le cadre du régime à risques partagés sous le régime de la *Loi sur les prestations de pension*. M^e Speight a participé en ma présence aux discussions confidentielles et privilégiées que le conseil a eues au sujet de ce transfert d'actifs, notamment avec les avocats du conseil.

Le demandeur a intenté la présente action le 30 décembre 2015 et déposé une demande modifiée le 20 janvier 2016.

Il est fait état à de nombreuses reprises de la réforme législative des retraites, de l'entente et du transfert d'actifs par la défenderesse [la Société] dans les plaidoiries qui sous-tendent la présente poursuite ainsi que dans la documentation accompagnant la requête que l'équipe de juristes du demandeur a déposée et dans le mémoire de 124 pages dont il est question au paragraphe 25 de l'affidavit que [le demandeur] a souscrit le 6 janvier 2017. En me fondant sur les paragraphes 25 et 26 et la pièce n^o 4 [la facture

préliminaire de M^e Mockler] de l'affidavit [du demandeur], j'ai acquis la conviction que M^e Speight a joué un rôle actif au sein de l'équipe de juristes du demandeur relativement à ces questions et à d'autres aspects de la présente instance.

La défenderesse [la Société] a reçu signification de la présente action le 12 janvier 2016. Le conseil a alors convoqué une réunion le 15 janvier 2016 pour obtenir un avis juridique au sujet de cette poursuite. Avant la tenue de cette réunion, M^e Speight a été identifié comme étant peut-être en conflit d'intérêts étant donné que l'action était censée avoir été intentée au profit de tous les membres à la retraite du régime de pension de retraite dans les services publics, ce qui aurait inclus M^e Speight. Par conséquent, il lui a été demandé de se récuser.

Dans un premier temps, M^e Speight a refusé de se récuser des discussions du conseil concernant la présente action. De ce fait, l'affaire n'a pas été discutée lors de la réunion du 15 janvier 2016. À l'issue de nouvelles discussions entre moi-même, Michael Walton, le président du conseil d'administration de la défenderesse [la Société], et M^e Speight, M^e Speight a accepté de se récuser. À partir du 17 janvier 2016 jusqu'au terme de son mandat d'administrateur le 1^{er} octobre 2016, M^e Speight s'est récuser des discussions que le conseil a eues au sujet de la présente action.

Toutefois, M^e Speight n'a jamais informé la défenderesse [la Société] qu'il avait aidé les avocats du demandeur dans le cadre des poursuites intentées à la défenderesse [la Société] et continuerait à le faire.

M^e Speight n'a, à aucun moment, demandé à la défenderesse [la Société] la permission de lever la confidentialité ou le privilège ou de dégager M^e Speight de ses obligations de membre du conseil afin de lui permettre d'apporter son soutien aux avocats du demandeur dans les présentes poursuites intentées à la défenderesse [la Société].

La défenderesse [la Société] n'a pas renoncé à la confidentialité ou à la nature privilégiée des

communications du conseil, dont les communications susmentionnées, et n'a pas l'intention de le faire[.]

g) En sa qualité de membre du conseil d'administration de la Société et de président du comité de gouvernance, M^e Speight a reçu un avis juridique confidentiel et privilégié relativement au statut de société d'État de la Société pour l'application de la *Loi sur les procédures contre la Couronne* et en a discuté. Dans son affidavit du 23 mars 2017, M. Sinclair déclare ceci [TRADUCTION] :

- (i) J'ai personnellement assisté, avec M^e Speight, à une réunion du comité de gouvernance qui s'est tenue le 25 mai 2015. Lors de cette réunion, M^e Speight a soulevé la question de savoir si la [Société] était une société d'État et il m'a été demandé de solliciter l'avis d'un conseiller juridique à ce sujet au nom de la [Société].
- (ii) J'ai personnellement assisté, comme M^e Speight, à la réunion du conseil de la [Société] qui s'est tenue le 8 juin 2015, réunion à laquelle la question de l'identité de la [Société] comme société d'État a de nouveau été discutée.
- (iii) J'ai reçu par écrit un avis juridique sur le statut de société d'État de la [Société] le [14] juillet 2015. Cette information a été immédiatement transmise par courrier électronique à M^e Speight en sa qualité de président du comité de gouvernance, et ce point a été inscrit à l'ordre du jour de la réunion suivante du comité.
- (iv) J'ai personnellement partagé cet avis juridique avec M^e Speight et d'autres administrateurs lors d'une réunion du comité de gouvernance qui a eu lieu le 15 septembre 2015 et lors de la réunion du conseil de la [Société] du 28 septembre 2015.
[C'est partout moi qui souligne.]

[36] Dans un premier temps, M^e Mockler et M^e Speight ont tous deux contesté la motion. Chacun a déposé deux affidavits en vue de réfuter les présomptions de

communication et de mauvais usage adoptées dans *Succession MacDonald*. M^e Speight a juré qu'il n'avait pas informé M^e Mockler qu'il était membre du conseil d'administration de la Société et qu'il ne lui avait communiqué aucun renseignement confidentiel. Quant à M^e Mockler, il jure sous serment qu'il n'a su qu'en janvier 2017 que M^e Speight était membre du conseil d'administration de la Société et qu'il a la conviction que M^e Speight ne lui a jamais communiqué de renseignement confidentiel. La preuve par affidavit de M. Lévesque a également été invoquée pour nier toute connaissance de la transmission de renseignement confidentiel par quiconque à M^e Mockler, preuve dans laquelle M. Lévesque confirmait son souhait d'être représenté par M^e Mockler et détaillait le préjudice important qu'il subirait si M^e Mockler était déclaré inhabile à agir. Dans un troisième affidavit, qui a été déposé pour l'audience de suivi, M. Lévesque admet qu'il était au courant depuis le début de la participation de M^e Mockler que M^e Speight était membre du conseil d'administration de la Société. Lui aussi a omis d'informer M^e Mockler de ce fait.

[37] À la fin du mois de juin 2017, M^e Speight a fléchi dans sa contestation de la motion en déclaration d'inhabilité pour ce qui le concernait, et il a consenti à une ordonnance l'enjoignant de s'abstenir [TRADUCTION] « de divulguer à [M. Lévesque] ou à quiconque tout renseignement qu'il a obtenu en sa qualité de membre du conseil de la [Société], sauf si la loi l'exige ». L'ordonnance par consentement, signée par le juge saisi de la motion le 27 juin, prévoyait également ceci :

[TRADUCTION]

1. [...];
2. Richard Speight, c.r., retournera à l'avocat de la [Société] toutes les copies des documents en sa possession ou sous son contrôle qu'il a reçus à titre de membre du conseil de la [Société] et détruira toutes les copies électroniques de ces documents.
3. En attendant la décision relative à la motion, M^e Speight n'apportera plus d'aide au demandeur ou à son représentant ou à M^e Mockler ou à la société de M^e Mockler dans le cadre de l'instance en cause ou de

toute autre instance qui découle des faits allégués dans l'avis de poursuite accompagné d'un exposé de la demande modifié.

[38] M^e Mockler soutient que si une réparation était justifiée, la prolongation de l'ordonnance par consentement aurait été une réponse proportionnée et suffisante à la motion en déclaration d'inhabilité.

[39] Dans sa décision du 28 septembre 2017, le juge saisi de la motion a fait les observations suivantes avant de conclure, après avoir entendu les parties durant huit jours, que M^e Mockler se trouvait dans une situation de conflit d'intérêts qui le rendait inhabile à agir :

[...] Dans la présente instance, [M. Lévesque] a reçu le soutien de M^e Speight pendant que celui-ci siégeait au conseil d'administration de la [Société] défenderesse. Le demandeur affirme que M^e Speight a passé [TRADUCTION] « un nombre incalculable d'heures [...] à discuter de stratégie, de tactiques et des questions en litige avec M^e Mockler » et [TRADUCTION] « plus de 500 heures » à travailler sur la cause du demandeur. [Par. 88]

[...]

M^e Speight était un administrateur de la [Société], pas son avocat. Cependant, il avait pris connaissance d'avis juridiques privilégiés au sujet de questions en litige dans la présente instance qui avaient été communiqués à la [Société]. Il avait pris part à d'autres discussions de nature privée au sein du conseil d'administration. Il avait également accès à différents documents et dossiers de la [Société] en sa double qualité d'administrateur et de président du comité de gouvernance du conseil. [Par. 90]

[...]

Les principes que le juge Sopinka a énoncés dans l'arrêt *Succession MacDonald* et que le juge en chef Daigle a étendus aux administrateurs de sociétés dans

l'arrêt *Société Radio-Canada* s'appliquent aux faits de la présente affaire. Je conclus :

- a) que la relation que M^e Speight a eue avec la [Société] l'a exposé à des renseignements confidentiels;
- b) que ces renseignements étaient pertinents pour la présente instance;
- c) qu'il existe un risque que ces renseignements seront utilisés au préjudice de la [Société];
- d) que M^e Speight a passé beaucoup de temps à aider M^e Mockler à intenter la présente action;
- e) que le public représenté par une personne raisonnablement informée ne serait pas convaincu qu'aucune utilisation de renseignements confidentiels de la [Société] ne sera faite; [...]. [Par. 92]

[40] En raison de ces conclusions, le juge a ordonné : [TRADUCTION] (1) à M^e Mockler et à sa société professionnelle de cesser d'occuper à titre d'avocats inscrits au dossier de M. Lévesque; (2) à M. Lévesque ou à quiconque agissant pour son compte, de façon directe ou indirecte, de ne pas communiquer avec M^e Mockler, son étude d'avocats ou M^e Richard Speight, c.r., et de ne pas recevoir d'eux d'autres avis ou renseignements concernant l'instance en cause ou toute autre instance analogue jusqu'à nouvelle ordonnance; (3) la prolongation de l'ordonnance par consentement provisoire signée par M^e Speight et datée du 27 juin 2017 jusqu'à la conclusion du procès sur l'action ou jusqu'à nouvelle ordonnance; (4) la tenue d'une nouvelle audience sur l'aspect de la motion sollicitant une ordonnance relative aux dépens et une ordonnance prescrivant que la Cour « pass[e] elle-même en revue ou [ordonne] à un avocat d'une tierce partie nommé par la Cour de passer en revue le dossier du demandeur et d'en retirer tous les documents ou pièces confidentiels ou privilégiés appartenant » à la Société. (Par. 96).

[41] Par voie d'ordonnance datée du 27 novembre 2017, le juge a ordonné à M. Lévesque de payer des dépens de 10 000 \$ à la Province et à la Société et de 10 000 \$

aux fiduciaires. Ces dépens étaient payables dans les 30 jours. Ils demeurent toujours impayés. En dépit de ce qu'il est permis d'appeler ici un outrage au tribunal, nous avons exercé notre pouvoir discrétionnaire pour entendre M. Lévesque.

[42] M^e Mockler et sa société professionnelle interjettent appel pour solliciter l'infirmité de l'ordonnance en déclaration d'inhabilité datée du 28 septembre 2017 et de l'ordonnance du 27 novembre 2017 condamnant M. Lévesque aux dépens, pour leur réintégration à titre d'avocats inscrits au dossier, et pour les dépens dans toutes les instances. Dans un avis d'appel supplémentaire, ils prétendent que le juge saisi de la motion :

[TRADUCTION]

1. [...] a commis une erreur de droit et s'est mal enquis du droit en déterminant qu'il n'avait aucun pouvoir discrétionnaire de refuser de déclarer les appelants inhabiles à agir comme avocats du demandeur et, ce faisant, il n'a pas bien soupesé, ou il a complètement omis de le faire, les facteurs nécessaires pour déterminer s'il devait rendre ou non l'ordonnance sollicitée dans la motion;
2. [...] n'a pas suffisamment tenu compte des questions de proportionnalité ou du critère de l'impression du public, ou il a complètement omis de le faire, mais a simplement fondé son examen de la motion sur les principes énoncés dans l'arrêt *Succession MacDonald* et, ce faisant, il a omis de prendre suffisamment en ligne de compte les différences de faits dans la présente affaire et dans *Succession MacDonald*, ou il a complètement omis de le faire et, par conséquent, il a commis une erreur de droit dans l'application de cet arrêt aux faits de la présente affaire;
3. [...] n'a, par ailleurs, accordé aucun poids au droit constitutionnel du demandeur d'être représenté par l'avocat de son choix et n'a pas pris ce droit en considération avec les faits et les principes de proportionnalité applicables et, ce faisant, il s'est privé de motifs importants et solides pour exercer son pouvoir discrétionnaire;

4. [...] a omis d'examiner les mémoires des appelants relativement aux questions pertinentes d'obligations fiduciaires et à l'application des principes de renonciation qui se rapportaient à certains éléments de preuve et, ce faisant, il a commis une erreur de droit;
5. [...] a tiré des conclusions défavorables concernant la crédibilité de Richard Speight de manière contraire aux principes énoncés dans *Browne c. Dunn* (comme notre Cour les applique), conclusions qui étaient sans fondement et qui entachent la réputation des appelants, et, ce faisant, il a commis une erreur de droit et a rendu une mauvaise décision.

[43] Tous les intimés, sauf M. Lévesque, ont contesté l'appel et soutiennent que la décision du juge saisi de la motion est inattaquable par notre Cour tant sur le plan du droit que des faits.

III. Motifs de décision

A. *Observations générales*

[44] La déclaration judiciaire d'inhabilité d'un avocat inscrit au dossier est de nature discrétionnaire et la norme de contrôle qui s'y applique exige un degré élevé de retenue en appel. Comme nous l'avons souligné dans notre exposé introductif, lorsque les principes juridiques appropriés sont isolés et appliqués, une ordonnance en déclaration d'inhabilité ne peut être infirmée que si elle résulte d'une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve ou encore que si le pouvoir discrétionnaire à l'origine de l'ordonnance est déraisonnable en ce sens que rien au dossier ne peut justifier pareille ordonnance : *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.*, 2002 NBCA 41, 251 R.N.-B. (2^e) 102 et *Société Radio-Canada c. New Brunswick Broadcasting Co.* (2000), 230 R.N.-B. (2^e) 332, [2000] A.N.-B. n^o 450 (C.A.) (QL), le juge en chef Daigle, siégeant seul. La norme de contrôle de la décision correcte s'applique à la seule question de savoir si les bons principes juridiques ont servi de fondement à la décision sur la motion en déclaration d'inhabilité. Toutes les autres

conclusions demeurent, à moins qu'elles ne soient déraisonnables, et les conclusions de faits ne seront pas jugées déraisonnables si l'appréciation de la preuve ne révèle aucune erreur manifeste et dominante.

[45] Le juge saisi de la motion a conclu que les principes énoncés par la majorité dans *Succession MacDonald* s'appliquent aux faits de la présente affaire. À notre avis, cette interprétation du droit est correcte. Sous réserve peut-être des exceptions fondées sur des considérations d'intérêt public, comme les cas comportant une « dénonciation » au nom de l'intérêt supérieur, ces principes s'appliquent pour décider des motions en déclaration d'incapacité lorsque l'avocat intimé est en possession, sans en avoir le droit, de faits confidentiels découlant de rapports entre avocat et client. Il n'est pas nécessaire que la source des renseignements confidentiels en ait fait l'acquisition au cours de son mandat comme avocat du propriétaire des renseignements; il suffit que les renseignements confidentiels découlent d'un rapport entre avocat et client. Comme il a été soulevé dans *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 189, [2006] A.C.S. n° 35 (QL), « [l]es éléments pertinents de l'analyse effectuée dans l'arrêt *Succession MacDonald* ne sont pas tributaires de l'existence préalable de rapports d'avocat à client. En l'espèce, le fond du problème est que les avocats de la partie adverse sont en possession de renseignements confidentiels pertinents qui ont été obtenus grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client et à l'égard desquels ils ne peuvent invoquer aucun droit. » (Par. 46) Nous soulignons en passant que nous tranchons l'appel sans décider si *Société Radio-Canada c. New Brunswick Broadcasting Co.* a conclu à bon droit que l'analyse effectuée dans *Succession MacDonald* s'applique aux renseignements confidentiels découlant de toute relation de confiance que ce soit.

[46] En qualité de membre du conseil d'administration de la Société, M^e Speight a eu accès à un avis juridique que cette dernière a obtenu de ses avocats sur des questions au cœur du litige et il s'était engagé à ne pas communiquer ces renseignements à un tiers. Bien que M^e Speight n'ait pas agi à titre d'avocat de la Société, il a obtenu les renseignements confidentiels à titre de membre du conseil d'administration grâce aux rapports d'avocat à client entre la Société et ses avocats. Cela étant, et comme

l'a déterminé à bon droit le juge saisi de la motion, les éléments pertinents de l'analyse effectuée dans *Succession MacDonald* ont servi à trancher la motion conjointe de la Province et de la Société visant à déclarer les appelants inhabiles à agir en tant qu'avocats inscrits au dossier de M. Lévesque.

[47] Après avoir exposé sa compréhension des principes applicables, le juge a tiré les conclusions de fait ou les conclusions mixtes de fait et de droit suivantes :

- a) que la relation que M^e Speight a eue avec la [Société] l'a exposé à des renseignements confidentiels;
- b) que ces renseignements étaient pertinents pour la présente instance;
- c) qu'il existe un risque que ces renseignements seront utilisés au préjudice de la [Société];
- d) que M^e Speight a passé beaucoup de temps à aider M^e Mockler à intenter la présente action;
- e) que le public représenté par une personne raisonnablement informée ne serait pas convaincu qu'aucune utilisation de renseignements confidentiels de la [Société] ne sera faite;
- f) que M^e Mockler se trouve donc dans une situation de conflit d'intérêts qui le rend inhabile à agir. [Décision sur la motion, par. 92]

[48] À notre avis, aucune de ces conclusions n'est le produit d'une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve.

[49] Qui plus est, nous ne sommes pas persuadés que la déclaration d'inhabilité contre M^e Mockler soit une décision déraisonnable. Les faits, confirmés par le juge saisi de la motion principalement en fonction de la preuve par affidavit de M. Sinclair, dont les parties saillantes se retrouvent au paragraphe 35 ci-dessus, sont les suivants : pendant plus de 15 mois, M^e Speight a simultanément joué un rôle actif au sein de l'équipe d'avocats de M^e Mockler et siégé au conseil de la Société défenderesse et, dans ces

fonctions, il a eu accès à un avis juridique privilégié sur les questions clés soulevées dans l'exposé de la demande modifié.

[50] La méconnaissance initiale de M^e Mockler à l'égard du fait que M^e Speight était membre du conseil est sans importance. M^e Speight jouait un rôle clé au sein de l'équipe d'avocats de M^e Mockler et, autre élément tout aussi important, le client de M^e Mockler, M. Lévesque, était au courant que M^e Speight siégeait, à toutes les époques pertinentes, au conseil d'administration de la Société. Quant à M^e Mockler, il a appris en janvier 2017 que M^e Speight siégeait au conseil entre le moment de son mandat de représentation en août 2015 et le 1^{er} octobre 2016, mais il n'a rien fait pour le retirer de son équipe et mettre un terme à leurs échanges. Au lieu, M^e Mockler a soutenu, comme M^e Speight, qu'il n'y avait aucun conflit d'intérêts et que M^e Speight avait le devoir de partager avec M. Lévesque en tant que pensionné, et vraisemblablement avec lui, tous les renseignements confidentiels qu'il a obtenus en tant que membre du conseil d'administration. L'ordonnance par consentement interdisant à M^e Speight de partager davantage de renseignements confidentiels a seulement été signée à la fin du mois de juin 2017.

[51] En l'espèce, ce n'est pas uniquement le risque que les renseignements confidentiels puissent être sciemment et explicitement partagés au détriment de la Société qui nous inquiète. À notre avis, les déclarations sous serment de M^e Speight selon lesquelles il n'a pas dévoilé de renseignement confidentiel à M^e Mockler ne répondent en rien à la motion en déclaration d'inhabilité. Il a rédigé l'exposé de la demande, l'exposé de la demande modifié et un mémoire de 124 pages en opposition à la motion en jugement sommaire et a entrepris des discussions tactiques et stratégiques avec M^e Mockler pendant un nombre « incalculable » d'heures, comme membre de l'équipe d'avocats de M^e Mockler. Il est probable que la connaissance de l'avis juridique auquel M^e Speight a eu accès pendant qu'il siégeait au conseil d'administration de la Société a dicté, sciemment ou non, cette documentation et ces discussions clés. Certes, nous ne sommes pas au courant de la teneur de l'avis juridique en question, mais nous savons que la Société a jugé bon d'obtenir de la Province une convention d'indemnisation en ce qui

concerne le transfert de la caisse de retraite en fiducie aux fiduciaires. Nous pouvons ainsi raisonnablement supposer que l'avis juridique faisait mention du risque, probablement soulevé par excès de prudence, que le processus prescrit par la législation pourrait engager, si tant peu que ce soit, la responsabilité de la Société. De façon générale, la capacité d'une partie à faire valoir sa cause est compromise lorsque l'autre partie au litige connaît les arguments qui mettront à l'avant-plan les risques ou les vulnérabilités possibles soulevés dans un avis juridique confidentiel qui lui a été fourni. Un règlement par ailleurs injustifié peut devenir une option qui mérite d'être prise en considération.

[52] De surcroît, tout comme le juge saisi de la motion, nous ne sommes pas convaincus par la plainte selon laquelle M. Lévesque est privé de la possibilité d'être représenté par l'avocat de son choix. Cette considération cède le pas au besoin de protection de l'intégrité du système de justice. En outre, M. Lévesque est l'artisan de son propre malheur : il savait que M^e Speight siégeait au conseil d'administration de la Société et, pour une raison ou une autre, il n'en a pas informé M^e Mockler. Si M. Lévesque lui avait communiqué ce renseignement, M^e Mockler aurait pu, dès le début, rompre sa relation avec M^e Speight et donner des instructions à M. Lévesque et à M^e Speight de faire ce que l'ordonnance par consentement datée du 27 juin 2017 prescrirait tôt ou tard. M^e Mockler aurait eu alors, vraisemblablement, à tout le moins, une meilleure défense contre la motion en déclaration d'inhabilité. En dernier lieu, l'action, bien qu'elle ait été introduite depuis longtemps, en est à sa phase initiale. Rappelons que les plaidoiries ne sont pas closes et que l'interrogatoire préalable n'a pas eu lieu.

[53] Nous procéderons maintenant à l'examen, quoique succinctement, de chaque moyen d'appel en vue de traiter les questions principales qui les sous-tendent individuellement.

B. *Moyen n° 1*

[TRADUCTION] Le juge saisi de la motion a commis une erreur de droit et s'est mal enquis du droit en

déterminant qu'il n'avait aucun pouvoir discrétionnaire de refuser de déclarer les appelants inhabiles à agir comme avocats du demandeur et, ce faisant, il n'a pas bien soupesé, ou il a complètement omis de le faire, les facteurs nécessaires pour déterminer s'il devait rendre ou non l'ordonnance sollicitée dans la motion[.]

[54] Il y a deux types d'arguments qui prétendent justifier ce moyen. Le premier, M^e Mockler prétend que le juge saisi de la motion a commis une erreur en concluant que M^e Speight avait une obligation de confidentialité envers la Société. Il s'agirait là d'une erreur en raison des prétendues obligations fiduciaires de communication de la Société et de M^e Speight (en qualité de membre de son conseil d'administration) envers M. Lévesque à titre de bénéficiaire du régime antérieur à 2014 avec des prestations de pension acquises. Le deuxième, M^e Mockler soutient que le juge saisi de la motion a omis d'apprécier qu'il lui était loisible de remédier au problème sans avoir à déclarer inhabiles à occuper les avocats commis au dossier.

(1) Obligation de confidentialité

[55] À notre avis, M^e Speight avait une obligation de confidentialité envers la Société. Si cette obligation ne découle pas, en droit, de ses fonctions de membre du conseil d'administration de la Société, elle découle certainement du *Code of Ethics and Business Conduct* [Code de déontologie et de conduite des affaires] de la Société et de son engagement à s'y conformer.

[56] De plus, M^e Mockler a informé le juge que le règlement de la motion en déclaration d'inhabilité n'exigeait pas qu'il détermine si M^e Speight avait une obligation de communiquer à M. Lévesque ou aux autres participants du régime antérieur à 2014 des renseignements confidentiels de la Société. Une partie à un appel ne sera autorisée à se soustraire des points de vue qu'elle a adoptés en première instance que dans des circonstances exceptionnelles. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

(2) Pouvoir discrétionnaire du juge de déterminer la réparation

[57] L'argument de M^e Mockler sur ce point est que la décision sur une motion en déclaration d'inhabilité d'un avocat nécessite l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire. Sans conteste : *Beetham et al. c. Markessini et al.* (1997), 190 R.N.-B. (2^e) 193, [1997] A.N.-B. n^o 579 (C.A.) (QL), *Société Radio-Canada c. New Brunswick Broadcasting Co.*, et *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.*

[58] Dans ses motifs de décision, le juge saisi de la motion s'est dit d'avis que la question de savoir si un avocat devait être déclaré inhabile ne pouvait être tranchée « aux conditions [que la Cour] estime justes » (par. 81). M^e Mockler soutient que cette affirmation dénote une très mauvaise compréhension du droit, en ce sens qu'elle exclut le pouvoir discrétionnaire judiciaire du processus d'élaboration du dispositif. À notre avis, cet argument dénote une incompréhension de la démarche suivie par le juge saisi de la motion pour décider cette affaire.

[59] Après avoir fait les observations auxquelles il est fait référence dans le paragraphe précédent, le juge a ajouté que la question centrale découlant de la motion en déclaration d'inhabilité devait être tranchée en fonction des « principes, règles et directives que nos juridictions supérieures ont établis dans leurs décisions antérieures ou dans leur jurisprudence » (par. 81). L'avis du juge précisait seulement que les décisions antérieures de la Cour suprême du Canada et autres décisions, particulièrement la décision du juge en chef Daigle dans *Société Radio-Canada c. New Brunswick Broadcasting Co.*, établissaient des « principes, règles et directives » qu'il devait appliquer et que ces « principes, règles et directives » l'ont amené à conclure que le dispositif approprié était de déclarer M^e Mockler inhabile à agir comme avocat inscrit au dossier de M. Lévesque, et non la mesure moins draconienne que M^e Mockler préconisait.

[60] À notre avis, les motifs de décision du juge et sa décision ne sont pas entachés des erreurs alléguées dans ce moyen d'appel. Par conséquent, ce moyen est rejeté.

C. *Moyen n° 2*

[TRADUCTION]

Le juge saisi de la motion n'a pas suffisamment tenu compte des questions de proportionnalité ou du critère de l'impression du public, ou il a complètement omis de le faire, mais a simplement fondé son examen de la motion sur les principes énoncés dans l'arrêt *Succession MacDonald* et, ce faisant, il a omis de prendre suffisamment en ligne de compte les différences de faits dans la présente affaire et dans *Succession MacDonald*, ou il a complètement omis de le faire et, par conséquent, il a commis une erreur de droit dans l'application de cet arrêt aux faits de la présente affaire[.]

[61] M^e Mockler soutient que le juge saisi de la motion a négligé [TRADUCTION] « le contexte factuel applicable en tentant d'appliquer les circonstances du dossier dont il était saisi à celles des affaires *Succession MacDonald* et *Société Radio-Canada* ». Avec égard, cette critique est dépourvue de fondement. D'ailleurs, une lecture objective des motifs du juge révèle qu'il a compris le « contexte factuel » pertinent et a saisi les différences factuelles entre la présente affaire et ces autres affaires. Le juge a conclu que les différences ne justifiaient pas une dérogation au critère et aux lignes directrices qui ont été adoptés dans *Succession MacDonald* et *Société Radio-Canada c. New Brunswick Broadcasting Co.*, ni le maintien de M^e Mockler en tant qu'avocat inscrit au dossier.

[62] M^e Mockler soutient également que le juge a omis de considérer « le critère de l'impression du public » en lien avec le principe de proportionnalité. Il soutient qu'une ordonnance sans déclaration d'inhabilité aurait été proportionnelle, compte tenu de l'ordonnance par consentement datée du 27 juin 2017, qui interdisait à M^e Speight d'apporter son aide à l'instance, et du droit de M^e Lévesque d'être représenté par l'avocat

de son choix. Cet argument est couvert par l'extrait suivant tiré du mémoire des appelants :

[TRADUCTION]

Étant donné la préoccupation justifiée du tribunal au sujet même d'une apparence de conflit, il aurait été facile d'établir une ordonnance proportionnelle qui, en même temps, aurait protégé raisonnablement l'intégrité de l'administration de la justice, en interdisant simplement à M^e Speight de continuer à apporter de l'aide. Une telle ordonnance proportionnelle (comme celle à laquelle M^e Speight a éventuellement volontairement souscrit) aurait remédié à toute appréhension voulant que M^e Speight soit peut-être en mesure de communiquer des renseignements confidentiels pertinents, par inadvertance ou autrement, au fil de l'avancement du dossier. [Par. 53]

[63] De façon significative, M^e Mockler reconnaît dans le mémoire des appelants que [TRADUCTION] « des observations écrites et orales sur la proportionnalité ont été faites au juge saisi de la motion, lesquelles suggéraient que soient soupesés les intérêts de M. Lévesque et des défendeurs et la perception de la personne ordinaire qui verrait M. Lévesque privé de son droit de retenir les services de l'avocat de son choix » (par. 54). Manifestement, les arguments fondés sur le principe de la proportionnalité qui alimentent ce moyen d'appel ont été soumis au juge saisi de la motion et ce dernier a refusé de leur accorder une valeur. À notre avis, le juge pouvait raisonnablement conclure que, dans les circonstances particulières de l'espèce, la déclaration d'inhabilité était le résultat approprié. Cela étant, il est hors de question d'infirmier cette décision.

[64] Ce moyen d'appel n'est pas fondé.

D. *Moyen n° 3*

[TRADUCTION]

Le juge saisi de la motion n'a, par ailleurs, accordé aucun poids au droit constitutionnel du demandeur d'être représenté par l'avocat de son choix et n'a pas

pris ce droit en considération avec les faits et les principes de proportionnalité applicables et, ce faisant, il s'est privé de motifs importants et solides pour exercer son pouvoir discrétionnaire[.]

[65] Ce moyen qualifie mal l'analyse faite par le juge saisi de la motion. Les motifs de sa décision montrent qu'il a compris l'importance du droit de M. Lévesque de retenir les services de l'avocat de son choix. Toutefois, le juge a conclu, avec beaucoup de bon sens à notre avis, que cette considération était éclipsée par d'autres facteurs importants, principalement le besoin de préserver l'intégrité de notre système de justice, ce qui est d'importance primordiale d'après l'arrêt *Succession MacDonald*. Autrement dit, le droit d'une partie d'être représentée par l'avocat de son choix, en admettant qu'il soit incontestablement important, est loin d'être un droit absolu. Dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis, ce droit doit céder le pas à « l'intérêt public prépondérant servi par la sauvegarde de l'intégrité du système judiciaire » : *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.*, par. 77.

[66] Ce moyen d'appel est sans fondement.

E. *Moyen n° 4*

[TRADUCTION]

Le juge saisi de la motion a omis d'examiner les mémoires des appelants relativement aux questions pertinentes d'obligations fiduciaires et à l'application des principes de renonciation qui se rapportaient à certains éléments de preuve et, ce faisant, il a commis une erreur de droit[.]

[67] La plainte relative à ce moyen est que le juge saisi de la motion [TRADUCTION] « a non seulement omis de tenir compte des questions d'obligations fiduciaires soulevées dans la motion en ce qui concerne le rôle de M^e Speight, mais il a aussi omis d'examiner la renonciation implicite à quelque privilège que ce soit lié aux renseignements dits confidentiels, et a complètement omis d'examiner les incidences de ces questions sur la communication de renseignements dits confidentiels ».

[68] Les « questions d'obligations fiduciaires » se rapportent à l'argument de M^e Mockler selon lequel M^e Speight n'avait aucune obligation de confidentialité envers la Société en raison des obligations de divulgation qui découlent de la relation fiduciaire entre, d'une part, la Société et les membres de son conseil d'administration, et d'autre part, les pensionnés. Nous avons rejeté cet argument en statuant sur le moyen n^o 1. Il n'y a rien de plus à dire sur ce point.

[69] L'argument qui se rapporte à la renonciation se fonde sur la thèse selon laquelle M^e Speight a été nommé au conseil pour représenter les intérêts des pensionnés, et [TRADUCTION] « par ce fait même, la Province aurait alors nécessairement renoncé à s'opposer à ce qu'il rapporte des renseignements sur la fiducie aux bénéficiaires ».

[70] M^e Mockler ne cite aucune jurisprudence au soutien de cet argument. À notre avis, il est fondé sur une interprétation erronée du sous-al. 6d(ii), maintenant abrogé, de la *Loi sur la Société de gestion des placements du Nouveau-Brunswick* en vertu de laquelle M^e Speight a été nommé au conseil. Le sous-alinéa 6d(ii) ne fait que prévoir la nomination par le lieutenant-gouverneur en conseil d'un « [...] membre d'un régime de pension de retraite dans les services publics à l'égard duquel la Société remplit les fonctions de fiduciaire de la caisse de retraite visée à l'article 27 de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* ».

[71] Nous signalons que l'autorité investie du pouvoir de nomination était le lieutenant-gouverneur en conseil, et non les membres du régime. En outre, rien dans le sous-al. 6d(ii) ou dans toute autre disposition de la *Loi sur la Société de gestion des placements du Nouveau-Brunswick* remplace la règle générale selon laquelle les membres du conseil d'administration ont une obligation seulement à l'égard de la société.

[72] À notre avis, M^e Speight a été nommé au conseil pour y apporter ses idées et son jugement acquis au cours d'une éminente carrière professionnelle ainsi que les préoccupations qu'il pouvait avoir en tant que participant au régime, et ce, en vue de contribuer à l'exécution du mandat de placements de la Société. Rien dans sa nomination

en vertu de du sous-al. 6d)(ii) n'entraînait une renonciation à la confidentialité. Ce point de vue est renforcé par l'engagement de M^e Speight de se conformer aux règles de confidentialité de la Société; à tout le moins, cet engagement confirme qu'il comprenait qu'aucune renonciation à la confidentialité n'émanait de sa nomination.

[73] La preuve de ce moyen d'appel n'a pas été faite.

F. *Moyen n° 5*

[TRADUCTION]

Le juge saisi de la motion a tiré des conclusions défavorables concernant la crédibilité de Richard Speight de manière contraire aux principes énoncés dans *Browne c. Dunn* (comme notre Cour les applique), conclusions qui étaient sans fondement et qui entachent la réputation des appelants, et, ce faisant, il a commis une erreur de droit et a rendu une mauvaise décision.

[74] Dans les motifs de sa décision, le juge saisi de la motion a qualifié la conduite de M^e Speight de subreptice. Le juge a estimé que cette sournoiserie avait rendu suspecte la véracité de sa preuve par affidavit :

Par ailleurs, M^e Speight n'a révélé à personne au sein de la [Société] qu'il était associé à la poursuite entamée contre elle. Il a même [TRADUCTION] « refusé [dans un premier temps] de se récuser des discussions du conseil concernant la présente action ». Son omission de divulguer le rôle qu'il avait joué dans la poursuite entamée contre la [Société] et son refus initial de se récuser donnent à penser qu'il agissait subrepticement.

En raison d'une telle conduite, il est difficile d'accorder un poids quelconque aux différentes déclarations que renferment ses affidavits comme [TRADUCTION] « je ne me souviens pas d'avoir reçu [...] un avis juridique quelconque » et « je n'ai discuté à aucun moment avec lui des renseignements que j'avais reçus en ma qualité de membre du conseil d'administration » pendant ce [TRADUCTION] « nombre incalculable d'heures passées à

discuter de stratégie, de tactiques et des questions en litige avec M^e Mockler ». [Par. 60 et 61]

[75] Dans le mémoire des appelants, M^e Mockler formule la plainte suivante :

[TRADUCTION]

La conclusion défavorable concernant la crédibilité de M^e Speight a eu une incidence directe sur le rôle des appelants à titre d'avocats de M. Lévesque. Dans l'arrêt *Succession MacDonald*, la Cour suprême a donné à l'avocat l'occasion de présenter une preuve en vue de contester toute présomption de conflit d'intérêts. La Cour suprême a fait remarquer qu'il est ordinairement difficile de le faire. La conclusion selon laquelle M^e Speight a agi subrepticement et que peu de poids pourrait par conséquent être accordé à ses dénégations a par ailleurs une incidence directe sur la véracité de M^e Mockler. M^e Mockler mentionne dans ses affidavits qu'il n'a reçu aucun renseignement confidentiel ou privilégié de la part de M^e Speight. En même temps, M^e Speight mentionne dans ses deux affidavits qu'il n'a communiqué aucun renseignement confidentiel ou privilégié à M^e Mockler.

Si on ne croit pas M^e Speight, alors on ne devrait pas croire M^e Mockler. Pareille évaluation judiciaire contre M^e Speight a une terrible incidence sur la crédibilité de M^e Mockler. Le juge saisi de la motion a tiré des conclusions défavorables concernant la crédibilité de M^e Speight sans aucune considération pour l'incidence défavorable que ces conclusions auraient sur la capacité de M^e Mockler « de saisir pleinement l'occasion », de présenter une preuve, droit de tout avocat comme l'a souligné la Cour suprême dans l'arrêt *Succession MacDonald*. [Par. 79 et 80]

[76] La règle énoncée dans *Browne c. Dunn* (1864), 6 R. 67 (Ch. des lords), [1893] J.C.J. n° 5 (QL), ne s'applique pas lorsque la partie qui produit des éléments de preuve aurait pu ou aurait dû cibler des moyens raisonnablement prévisibles pour mettre en doute la crédibilité du témoin (voir *Gillis c. R.*, 2014 NBCA 58, 426 R.N.-B. (2^e) 1, par. 92 à 96). M^e Mockler avait le fardeau de démontrer l'absence de communication, sans parler de mauvais usage, des renseignements confidentiels que M^e Speight avait obtenus lorsqu'il siégeait au conseil. Ce fut particulièrement difficile pour M^e Mockler de

se décharger de ce lourd fardeau en raison de l'importante aide de M^e Speight à titre de membre de l'équipe d'avocats de M^e Mockler. La crédibilité des dénégations de communication de M^e Speight est devenue une question légitime dès que M^e Mockler a déposé la preuve par affidavit de M^e Speight auprès de la Cour en opposition à la motion en vue d'obtenir une déclaration d'incapacité. M^e Mockler aurait dû savoir que le juge saisi de la motion pourrait, à moins d'une explication satisfaisante, raisonnablement considérer l'omission de M^e Speight d'informer M^e Mockler de sa participation au conseil et d'informer le conseil de son rôle dans la poursuite en justice de l'action sous-jacente comme « subreptice » et tirer des conclusions défavorables concernant la crédibilité.

[77] Cela dit, nous préférons trancher ce moyen d'appel sur le fondement du fait que les affidavits de M^e Mockler et les « engagements et [les] affirmations catégoriques » contenus dans ces affidavits ne sont pas « acceptables » comme contre-preuve. Ils ne sont certainement pas objectivement vérifiables. Dans *Succession MacDonald*, la majorité a fourni les lignes directrices suivantes sur ce sujet :

A fortiori, les simples engagements et affirmations catégoriques contenus dans des affidavits ne sont pas acceptables. On peut s'attendre à les trouver dans toute affaire de cette nature qui est soumise aux tribunaux. Cela revient à une invitation de l'avocat à lui faire confiance. Le tribunal a alors la tâche ingrate de décider quels avocats sont dignes de confiance et lesquels ne le sont pas. De plus, même si les tribunaux estimaient que cette pratique est acceptable, il est peu probable que le public soit convaincu s'il n'a d'autres garanties que les renseignements confidentiels ne seront jamais utilisés. À cet égard, j'approuve les propos du juge Posner dans la décision *Analytica*, précitée, selon qui les affidavits des avocats, qui sont difficiles à vérifier objectivement, ne rassureront pas le public. [Par. 50]

[78] Ce moyen d'appel n'est pas fondé.

IV. Conclusion

[79] C'est pour les motifs précités que nous avons rejeté l'appel après avoir entendu les avocats de toutes les parties. Nous mettons fin à l'instance en ordonnant aux appelants de payer une seule masse de dépens de 5 000 \$ en faveur de la Province et de la Société de gestion de placements du Nouveau-Brunswick, une seule masse de dépens de 2 500 \$ en faveur des syndicats intimés et une seule masse de dépens de 2 500 \$ en faveur des fiduciaires intimés. À l'audience, l'avocate de l'intimé, Guy Lévesque, a demandé, non sans hésitation, que les appelants soient enjoins de payer ses dépens en appel. Puisque M. Lévesque a appuyé l'appel tout au long, nous refusons de lui accorder ses dépens.