

T-2682-87

T-2682-87

Sinclair M. Stevens (Plaintiff)**Sinclair M. Stevens (demandeur)**

v.

c.

The Attorney General of Canada (Defendant)**Le procureur général du Canada (défendeur)****INDEXED AS: STEVENS v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(T.D.)****RÉPERTORIÉ: STEVENS c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(1^{re} INST.)**

Trial Division, Lafrenière P.—Toronto, May 29 and August 8, 2000.

Section de première instance, protonotaire Lafrenière
—Toronto, 29 mai et 8 août 2000.

Practice — Discovery — Examination for discovery — Motion for leave to examine Commissioner, appointed under Inquiries Act, pursuant to r. 238 — Action brought in which Commissioner, Attorney General named as party defendants — F.C.A. ordering Commissioner struck as party defendant — No undue delay, inconvenience, prejudice to parties, Commissioner should leave be granted under r. 238 — Limited discovery proposed by plaintiff not unduly lengthening proceedings — All reasonable means not exhausted by plaintiff to obtain required information from other sources — No evidence other persons present during discussions regarding role of Commission counsel in report-drafting phase approached informally by plaintiff — Only issue meeting all conditions in r. 238(3) that of role of Commission counsel after public hearings phase as information unavailable to plaintiff through other sources — Discovery denied on ground of deliberative secrecy.

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Interrogatoire préalable — Requête en vue d'obtenir l'autorisation d'interroger le commissaire, nommé en vertu de la Loi sur les enquêtes, conformément à la règle 238 — Action dans laquelle le commissaire et le procureur général sont désignés comme parties défenderesses — La C.A.F. a ordonné que le commissaire soit radié à titre de partie défenderesse — Si l'autorisation était accordée conformément à la règle 238, cela n'occasionnerait pas de retard ou des inconvénients déraisonnables ni ne causerait un préjudice aux parties ou au commissaire — L'interrogatoire préalable restreint que propose le demandeur n'aurait pas pour effet de prolonger indûment l'instance — Le demandeur n'a pas épuisé tous les moyens raisonnables en vue d'obtenir les renseignements nécessaires d'autres sources — Aucun élément de preuve ne tend à montrer que le demandeur a communiqué de façon informelle avec d'autres personnes qui étaient présentes lors des discussions au sujet du rôle de l'avocat de la Commission au cours de la phase de rédaction du rapport — La seule question qui satisfait aux exigences énoncées dans la règle 238(3) se rapporte au rôle de l'avocat de la Commission à la suite des audiences publiques tenues, étant donné que le demandeur ne peut pas obtenir ces renseignements d'autres sources — L'interrogatoire préalable est refusé compte tenu du secret du délibéré.

Practice — Privilege — Commissioner, appointed under Inquiries Act, objecting to examination for discovery regarding role of Commission counsel, other issues on basis of solicitor-client privilege — Privilege protecting communications between solicitor and client, not facts contained in communication, or acts performed by solicitor on behalf of client — Objection upheld only with respect to communications, not activities of Commission counsel.

Pratique — Communications privilégiées — Le commissaire, nommé en vertu de la Loi sur les enquêtes, s'oppose à l'interrogatoire préalable portant sur le rôle de l'avocat de la Commission et sur d'autres questions en se fondant sur le secret professionnel de l'avocat — Le secret professionnel protège les communications entre un avocat et son client, mais non les faits contenus dans la communication ou les actes qu'un avocat accomplit pour le compte de son client — L'objection est retenue uniquement dans la mesure où elle s'applique aux communications, non aux activités de l'avocat de la Commission.

Inquiries — Commissioner appointed under Inquiries Act to inquire into alleged conflict of interest — Commissioner, Attorney General sued for defamation over inquiry report — Commissioner struck as party — Commissioner opposing

Enquêtes — Le commissaire nommé en vertu de la Loi sur les enquêtes était chargé d'enquêter sur une allégation de conflit d'intérêts — Le commissaire et le procureur général ont été poursuivis pour diffamation relativement au rapport

motion for examination for discovery on basis of deliberative secrecy — Plaintiff submitting rules of natural justice not followed by Commissioner — Facts alleged failing to meet high threshold for piercing deliberative secrecy, not raising serious questions of denial of natural justice — Speculation by plaintiff Commission counsel may have been involved in writing Commission report not valid reason for lifting deliberative secrecy.

Judges and Courts — C.J. of S.C.O., High Court Division, appointed Commissioner to inquire into alleged conflict of interest — Commissioner, Attorney General sued for defamation over inquiry report — Commissioner struck as defendant — Commissioner objecting to motion for leave to examine him for discovery on grounds of judicial independence, deliberative secrecy — Quasi-judicial tribunals, such as commissions of inquiry, not having high level of immunity enjoyed by judiciary against being compelled to testify — Deliberative secrecy lifted where valid reasons for believing natural justice rules not adhered to — Commissioner not compellable witness as not exceptional case warranting Court's intervention.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1.
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 238, 271.
Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Smith v. Jones, [1999] 1 S.C.R. 455; (1999), 169 D.L.R. (4th) 385; [1999] 8 W.W.R. 364; 120 B.C.A.C. 161; 62 B.C.L.R. (3d) 209; 132 C.C.C. (3d) 225; 22 C.R. (5th) 203; 236 N.R. 201; *In the Matter of an Application under section 441.1(3)(c) of the Criminal Code*, CC881107, Hollinrake J., judgment dated 21/2/90 (B.C.S.C.), not reported; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; (1989), 94 N.S.R. (2d) 1; 61 D.L.R. (4th) 688; 41 Admin. L.R. 236; 50 C.C.C. (3d) 449; 72 C.R. (3d) 129; 100 N.R. 81; *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; (1992), 90 D.L.R. (4th) 609; 3 Admin. L.R. (2d) 173; 136 N.R. 5; 147 Q.A.C. 169; *Glengarry Memorial Hospital v.*

d'enquête — Le commissaire a été radié à titre de partie — Il s'est opposé à la requête relative à l'interrogatoire préalable en se fondant sur le secret du délibéré — Le demandeur allègue que le commissaire a omis de respecter les principes de justice naturelle — Les faits allégués ne satisfont pas à l'exigence préliminaire très rigoureuse permettant de lever le secret du délibéré et ne soulèvent aucune question sérieuse de déni de justice naturelle — L'hypothèse du demandeur selon laquelle l'avocat de la Commission a peut-être participé à la rédaction du rapport de la Commission ne constitue pas une raison sérieuse permettant de lever le secret du délibéré.

Juges et tribunaux — Le juge en chef de la Cour suprême de l'Ontario, Division de la Haute Cour, a été nommé commissaire en vue d'enquêter sur une allégation de conflit d'intérêts — Le commissaire et le procureur général ont été poursuivis pour diffamation relativement au rapport d'enquête — Le commissaire a été radié à titre de partie défenderesse — Il s'est opposé à la requête déposée en vue de procéder à son interrogatoire préalable en se fondant sur l'indépendance judiciaire et le secret du délibéré — Les tribunaux quasi judiciaires tels que les commissions d'enquête ne bénéficient pas du haut degré d'immunité dont jouissent les juges pour ce qui est d'être contraints à témoigner — Il faut qu'il y ait des raisons sérieuses de croire que les règles de justice naturelle n'ont pas été suivies pour qu'il soit possible de lever le secret du délibéré — Le commissaire ne peut être contraint à témoigner car il ne s'agit pas d'un cas exceptionnel justifiant l'intervention de la Cour.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1.
Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 238, 271.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Smith c. Jones, [1999] 1 R.C.S. 455; (1999), 169 D.L.R. (4th) 385; [1999] 8 W.W.R. 364; 120 B.C.A.C. 161; 62 B.C.L.R. (3d) 209; 132 C.C.C. (3d) 225; 22 C.R. (5th) 203; 236 N.R. 201; *In the Matter of an Application under section 441.1(3)(c) of the Criminal Code*, CC881107, le juge Hollinrake, jugement en date du 21-2-90 (C.S. C.-B.), inédit; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; (1989), 94 N.S.R. (2d) 1; 61 D.L.R. (4th) 688; 41 Admin. L.R. 236; 50 C.C.C. (3d) 449; 72 C.R. (3d) 129; 100 N.R. 81; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; (1992), 90 D.L.R. (4th) 609; 3 Admin. L.R. (2d) 173; 136 N.R. 5; 147 Q.A.C. 169; *Glengarry*

Ontario (Pay Equity Hearings Tribunal) (1993), 99 D.L.R. (4th) 682; 9 Admin. L.R. (2d) 61; 60 O.A.C. 161 (Ont. Div. Ct.); *Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry on the Blood System)*, [1996] 2 F.C. 668; (1996), 133 D.L.R. (4th) 565; 37 Admin. L.R. (2d) 241; 109 F.T.R. 96 (T.D.).

CONSIDERED:

Stevens v. Canada (Commissioner, Commission of Inquiry), [1998] 4 F.C. 125; (1998), 228 N.R. 133 (C.A.); *Edwards v. Canada (Attorney General)* (1999), 46 O.R. (3d) 447; 182 D.L.R. (4th) 736 (S.C.).

AUTHORS CITED

Canada. Commission of Inquiry into the Facts of Allegations of Conflict of Interest Concerning the Honourable Sinclair M. Stevens. *Report*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1987 (Commissioner: William D. Parker).

MOTION by plaintiff for leave to examine for discovery the Honourable W. D. Parker pursuant to rule 238 of the *Federal Court Rules, 1998*. Motion dismissed.

APPEARANCES:

Peter R. Jervis for plaintiff.
Richard A. Kramer for defendant.
Eleanore A. Cronk for Commissioner Parker.

SOLICITORS OF RECORD:

Lerner & Associates, Toronto, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.
Lax O'Sullivan Cronk, Toronto, for Commissioner Parker.

The following are the reasons for order and order rendered in English by

[1] LAFRENIÈRE P.: This is a motion by the plaintiff for leave to examine for discovery the Honourable W. D. Parker (Commissioner Parker) pursuant to rule 238 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106]. In addition or in the alternative, the plaintiff seeks an

Memorial Hospital v. Ontario (Pay Equity Hearings Tribunal) (1993), 99 D.L.R. (4th) 682; 9 Admin. L.R. (2d) 61; 60 O.A.C. 161 (C. div. Ont.); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada)*, [1996] 2 C.F. 668; (1996), 133 D.L.R. (4th) 565; 37 Admin. L.R. (2d) 241; 109 F.T.R. 96 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Stevens c. Canada (Commissaire, Commission d'enquête), [1998] 4 C.F. 125; (1998), 228 N.R. 133 (C.A.); *Edwards v. Canada (Attorney General)* (1999), 46 O.R. (3d) 447; 182 D.L.R. (4th) 736 (C.S.).

DOCTRINE

Canada. Commission d'enquête sur les faits reliés à des allégations de conflit d'intérêts concernant l'honorable Sinclair M. Stevens. *Rapport*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1987 (Commissaire: William D. Parker).

REQUÊTE déposée par le demandeur en vue d'obtenir l'autorisation de procéder à l'interrogatoire préalable de l'honorable W. D. Parker conformément à la règle 238 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*. Requête rejetée.

ONT COMPARU:

Peter R. Jervis pour le demandeur.
Richard A. Kramer pour le défendeur.
Eleanore A. Cronk pour le commissaire Parker.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Lerner & Associates, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.
Lax O'Sullivan Cronk, Toronto, pour le commissaire Parker.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance et ordonnance rendus par

[1] LE PROTONOTAIRE LAFRENIÈRE: Il s'agit d'une requête que le demandeur a présentée en vue d'obtenir l'autorisation de procéder à l'interrogatoire préalable de l'honorable W. D. Parker (le commissaire Parker) conformément à la règle 238 des *Règles de la Cour*

order pursuant to rule 271 allowing the examination for trial of Commissioner Parker out of Court.

[2] Commissioner Parker resists the motion on the grounds that the discovery proposed by the plaintiff relates to matters that cannot be divulged without breaching solicitor-client privilege and deliberative secrecy. He also contends that the plaintiff has not satisfied all of the requirements of rules 238 and 271 of the *Federal Court Rules, 1998*. The defendant, the Attorney General of Canada, joins in opposing the relief sought by the plaintiff.

BACKGROUND

[3] On May 15, 1986, the Honourable W. D. Parker, then Chief Justice of the Supreme Court of Ontario, High Court Division, was appointed a Commissioner under Part I of the *Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11* by order in council with a mandate to conduct an inquiry into:

a) the facts following allegations of conflict of interest made in various newspapers, electronic media and the House of Commons, with respect to the conduct, dealings or actions of the Honourable Sinclair M. Stevens; and

b) whether the Honourable Sinclair M. Stevens was in real or apparent conflict of interest as defined in the Conflict of Interest and Post Employment Code for Public Office Holders and the letter from the Prime Minister to the Honourable Sinclair M. Stevens of September 9, 1985.

[4] Commissioner Parker submitted his report concerning the inquiry to the Governor General in Council on December 3, 1987 [Commission of Inquiry into the Facts of Allegations of Conflict of Interest Concerning the Honourable Sinclair M. Stevens. *Report*].

[5] On December 18, 1987, the plaintiff instituted the present action in which he named both Commissioner Parker and the Attorney General of Canada as party defendants. The plaintiff alleges that the report which emanated from the inquiry has caused him injury and damaged his reputation in the community.

fédérale (1998) [DORS/98-106]. De plus ou subsidiairement, le demandeur sollicite, conformément à la règle 271, une ordonnance l'autorisant à interroger le commissaire Parker hors cour en vue de l'instruction.

[2] Le commissaire Parker s'oppose à la requête pour le motif que l'interrogatoire préalable proposé par le demandeur se rapporte à des questions qui ne peuvent pas être divulguées sans que le secret professionnel de l'avocat et le secret du délibéré soient violés. Il soutient également que le demandeur n'a pas satisfait à toutes les exigences des règles 238 et 271 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*. Le procureur général du Canada, à titre de défendeur, s'oppose lui aussi à la réparation sollicitée par le demandeur.

LES FAITS

[3] Le 15 mai 1986, l'honorable W. D. Parker, qui était alors juge en chef de la Cour suprême de l'Ontario, Division de la Haute Cour, a, par décret, été nommé commissaire en vertu de la partie I de la *Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11*; dans le cadre de son mandat, il devait enquêter sur:

a) les faits suivant les allégations de conflit d'intérêts qui ont été faites par différents journaux et médias électroniques, ainsi qu'à la Chambre des communes, relativement à la conduite, aux transactions et aux agissements de l'honorable Sinclair Stevens; et

b) la possibilité que l'honorable Sinclair Stevens se soit trouvé effectivement, ou selon toute apparence, en situation de conflit d'intérêts tel que l'entend le Code pour les titulaires de charges publiques sur les conflits d'intérêts et l'après-mandat et comme l'indique la lettre qu'adressait le Premier ministre à l'intéressé en date du 9 septembre 1985.

[4] Le commissaire Parker a soumis son rapport d'enquête au gouverneur en conseil le 3 décembre 1987 [Commission d'enquête sur les faits reliés à des allégations de conflit d'intérêts concernant l'honorable Sinclair M. Stevens. *Rapport*].

[5] Le 18 décembre 1987, le demandeur a intenté la présente action, dans laquelle il désignait le commissaire Parker et le procureur général du Canada comme parties défenderesses. Le demandeur allègue que le rapport d'enquête lui a causé un préjudice et a terni sa réputation dans la collectivité.

[6] Paragraph 5 of the statement of claim alleges that Commissioner Parker “acted outside of and in excess of his jurisdiction and failed to act in accordance to the principles of natural justice” in conducting the inquiry, and in particular:

- (1) The Commissioner exceeded his terms of reference and jurisdiction and erred in law:
 - (a) in defining what constitutes a conflict of interest within the meaning of the guidelines for public office holders;
 - (b) in treating alleged breaches of the blind trust, *per se*, as an issue to be inquired into and reported on; and
 - (c) in treating the mingling of private and public business as an allegation of conflict of interest.
- (2) The procedure adopted violated the rules of procedural fairness and the Charter of Human Rights and Freedoms and in particular s. 7 thereof, as follows:
 - (a) no adequate notice was given of the matters to be inquired into;
 - (b) section 13 of the Inquiries Act, R.S.C. 1970, c. I-13 was not complied with;
 - (c) in the alternative, if s. 13 was complied with, the procedure so authorized contravenes s. 7 of the Charter; and
 - (d) the role performed by Commission Counsel was contrary to the principles of fundamental justice and deprived the applicant of his right to a determination by a fair and impartial tribunal.

[7] In his prayer for relief found at paragraph 7 of the statement of claim, the plaintiff seeks a declaration that the Commissioner’s report be set aside and declared to be of no force and effect.

[8] In March 1997, Commissioner Parker brought a motion to be struck as a party defendant in the action. The plaintiff took the position that the presence of Commissioner Parker as a defendant was necessary in order to have full and complete discovery. The motion was unsuccessful at first instance, however the Federal Court of Appeal allowed an appeal on June 5, 1998 and ordered Commissioner Parker struck as party defendant. Stone, J.A., for the Court, wrote:¹

[6] Au paragraphe 5 de la déclaration, il est allégué que le commissaire Parker [TRADUCTION] «a outrepassé sa compétence et omis de respecter les principes de justice naturelle» en menant l’enquête, et en particulier que:

- (1) Le Commissaire a excédé son mandat et sa compétence et il a commis des erreurs de droit:
 - a) lorsqu’il a défini ce qui constitue un conflit d’intérêts au sens des lignes directrices applicables aux titulaires de charge publique;
 - b) lorsqu’il a traité des présumées violations de fiducies sans droit de regard, en tant que telles, comme s’il s’agissait d’une question sur laquelle il devait enquêter et faire rapport;
 - c) lorsqu’il a traité de la confusion des affaires privées et des affaires publiques en tant qu’allégation de conflit d’intérêts.
- (2) La procédure suivie violait les règles d’équité procédurale et la Charte des droits et libertés et en particulier l’article 7 de la Charte en ce sens:
 - a) qu’aucun avis suffisant n’a été donné au sujet des questions visées par l’enquête;
 - b) que l’article 13 de la Loi sur les enquêtes, S.R.C. 1970, ch. I-13, n’a pas été observé;
 - c) subsidiairement, si l’article 13 a été observé, la procédure ainsi autorisée contrevient à l’article 7 de la Charte;
 - d) que le rôle assumé par l’avocat de la Commission allait à l’encontre des principes de justice fondamentale et privait le demandeur de son droit à une décision rendue par un tribunal équitable et impartial.

[7] Dans les demandes de réparation énoncées au paragraphe 7 de la déclaration, le demandeur sollicite un jugement déclaratoire annulant le rapport du commissaire et le déclarant nul et non avenue.

[8] Au mois de mars 1997, le commissaire Parker a présenté une requête en vue d’être radié à titre de partie défenderesse à l’action. Le demandeur a soutenu qu’il était nécessaire que le commissaire Parker soit désigné à titre de défendeur pour qu’un interrogatoire préalable complet et exhaustif puisse avoir lieu. La requête a été rejetée en première instance, mais la Cour d’appel fédérale a accueilli l’appel le 5 juin 1998 et ordonné que le commissaire Parker soit radié à titre

It would appear that the respondent's primary interest in joining the appellant Parker is to ensure his availability for discovery as a party defendant. Thus in paragraph 38 of the respondent's written argument, he contends that the appellant Parker must remain a party so as to "be subject to the usual discovery obligations of a party to an action" It may well be that the evidence of the appellant will be needed at trial but that, by itself, is not a sufficient reason for requiring him to remain as a party defendant.

It is to be noted as well that it is no longer the case that a non-party is absolutely immune by our rules of civil procedure from discovery by a party in an action. The *Federal Court Rules, 1998* . . . themselves provide for the examination for discovery of, and the production of a document by, a non-party. By Rule 238 the Court may grant leave to a party to examine a non-party "who might have information on an issue in the action" if it is satisfied "that the party has been unable to obtain the information informally . . . or from another source by any other reasonable means", that "it would be unfair not to allow the party an opportunity to question . . . before trial" and that the questioning "will not cause any undue delay, convenience [*sic*] or expense to the person or to the other parties". By Rule 233 the Court may order the production of any document in the possession of a non-party "if the document is relevant and its production could be compelled at trial". The potential is thus available under these two rules for the respondent to secure a measure of discovery of the appellant Parker even though he may not be a party to the action.

Moreover, the respondent would be entitled to subpoena the appellant Parker to testify at trial and, for the same purpose, to subpoena other persons who were present at the meeting referred to in paragraph 16 of the respondent's affidavit.

[9] The plaintiff attempted to examine Commissioner Parker in writing prior to his removal as a party to the action. Commissioner Parker declined to answer the written interrogatories pending a final decision with respect to his involvement in the action. Since his removal as a party, Commissioner Parker has resisted any further discovery attempts by the plaintiff.

de partie défenderesse. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Stone a dit¹:

Il semblerait que l'intérêt principal de l'intimé à constituer l'appellant Parker partie est d'assurer qu'il puisse être interrogé au préalable en qualité de partie défenderesse. Ainsi, au paragraphe 38 de son mémoire écrit, l'intimé soutient qu'il est nécessaire que l'appellant Parker demeure partie à l'action afin [TRADUCTION] «d'être assujéti aux obligations habituelles d'une partie à une action en matière d'interrogatoire préalable» [. . .] Il se peut fort bien que le témoignage de l'appellant Parker sera nécessaire au procès, mais, en soi, ce n'est pas une raison suffisante pour exiger qu'il demeure partie défenderesse.

Il faut également noter que ce n'est plus le cas qu'une personne qui n'est pas partie à une action bénéficie, sous le régime de nos règles de procédure civile, d'une immunité absolue contre l'interrogatoire préalable à l'instance d'une partie à l'action. *Les Règles de la Cour fédérale (1998)* [. . .] elles-mêmes prévoient l'interrogatoire au préalable d'une personne qui n'est pas partie à une action ainsi que la production de documents par cette personne. Selon la Règle 238, la Cour peut autoriser une partie à procéder à l'interrogatoire préalable d'une personne qui n'est pas partie à l'action, mais «qui pourrait posséder des renseignements sur une question litigieuse soulevée dans l'action», si elle est convaincue à la fois que «la partie n'a pu obtenir ces renseignements de la personne de la façon informelle ou d'une autre source par des moyens raisonnables», qu'«il serait injuste de ne pas permettre à la partie d'interroger la personne avant l'instruction», et que l'interrogatoire «n'occasionnera pas de retards, d'inconvénients ou de frais déraisonnables à la personne ou aux autres parties.» Selon la Règle 233, la Cour peut ordonner qu'un document en la possession d'une personne qui n'est pas partie à une action soit produit «s'il est pertinent et si sa production pourrait être exigée lors de l'instruction». Il est donc possible, sous le régime de ces deux règles, que l'intimé puisse dans une certaine mesure interroger au préalable l'appellant Parker, même s'il n'est pas partie à l'action.

Au surplus, l'intimé aurait le droit d'assigner l'appellant Parker à témoigner à l'instruction, et, pour les mêmes fins, d'assigner d'autres personnes qui étaient présentes à la réunion mentionnée au paragraphe 16 de son affidavit.

[9] Le demandeur a tenté d'interroger le commissaire Parker par écrit avant que celui-ci ne soit radié à titre de partie à l'action. Le commissaire Parker a refusé de répondre à l'interrogatoire écrit tant qu'une décision définitive ne serait pas rendue au sujet de sa participation à l'action. Depuis qu'il a été radié à titre de partie, le commissaire Parker s'est opposé à toute autre tentative que le demandeur a faite pour procéder à un interrogatoire préalable.

[10] The plaintiff tried to obtain information requested of Commissioner Parker through the discovery of the representative of the defendant, however the government deponent had no knowledge of the internal workings of the Commission. The plaintiff also made a request pursuant to the *Access to Information Act* [R.S.C., 1985, c. A-1]. This recourse proved ineffective due to statutory exemptions which greatly restricted the extent of disclosure.

[11] The plaintiff now seeks to examine Commissioner Parker as a non-party with respect to four areas of interrogation namely:

(a) the role and activities of Commission counsel following the public hearings phase of the inquiry;

(b) the understanding between Commissioner Parker and Commission counsel and the discussions between the Commissioner and all counsel involved in the Commission of Inquiry to the effect that Commission counsel would not participate in drafting the Commissioner's report;

(c) issues concerning the concept of "conflict of interest" as defined and adopted by the Commission; and

(d) particulars of notice given to the plaintiff with respect to the scope of inquiry and the standards against which the plaintiff's conduct would be measured.

ISSUE

[12] The issue before the Court is whether the plaintiff should be granted leave to examine for discovery Commissioner Parker, a non-party to the action. A determination of this issue requires consideration of the following questions: (1) whether the plaintiff has met the requirements of rules 238 and 271; (2) whether answers to the questions proposed by the plaintiff are protected by solicitor-client privilege; and (3) whether the principles of judicial independence and deliberative secrecy apply so as to preclude

[10] Le demandeur a tenté d'obtenir les renseignements demandés au commissaire Parker en interrogeant au préalable le représentant du défendeur, mais le déposant qui représentait le gouvernement n'avait pas connaissance du fonctionnement interne de la Commission. Le demandeur a également présenté une demande en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* [L.R.C. (1985), ch. A-1]. Ce recours s'est avéré inefficace à cause des exceptions prévues par la loi qui restreignaient grandement l'étendue de la communication.

[11] Le demandeur cherche maintenant à interroger le commissaire Parker, à titre de tiers, sur quatre sujets, à savoir:

a) le rôle et les activités de l'avocat de la Commission à la suite des audiences publiques tenues dans le cadre de l'enquête;

b) l'entente conclue entre le commissaire Parker et l'avocat de la Commission et les discussions qui ont eu lieu entre le commissaire et tous les avocats qui ont participé à la commission d'enquête, selon lesquelles l'avocat de la Commission ne participerait pas à la rédaction du rapport du commissaire;

c) les questions se rapportant au concept de «conflit d'intérêts» tel qu'il a été défini et adopté par la Commission;

d) les détails concernant l'avis donné au demandeur au sujet de la portée de l'enquête et des normes par rapport auxquelles la conduite de celui-ci serait appréciée.

LA QUESTION LITIGIEUSE

[12] Il s'agit ici de savoir si le demandeur doit se voir accorder l'autorisation de procéder à l'interrogatoire préalable du commissaire Parker, qui n'est pas partie à l'action. La réponse à cette question exige l'examen des questions suivantes, à savoir: 1) si le demandeur a satisfait aux exigences des règles 238 et 271; 2) si les réponses aux questions proposées par le demandeur sont protégées par le secret professionnel de l'avocat; et 3) si les principes de l'indépendance judiciaire et du secret du délibéré s'appliquent de

Commissioner Parker from being compellable to testify.

façon à empêcher le commissaire Parker d'être contraint à témoigner.

I-Examination of non-parties with leave (rule 238)

I-Interrogatoire de tiers sur autorisation (règle 238)

[13] Subsection 238(1) provides that a party may apply to the Court for leave to examine any person not a party to the action who might have information on an issue in the action. Subsection 238(3) sets out four factors which the Court must consider before granting leave. In exercising its discretion, the Court must be satisfied that:

[13] Le paragraphe 238(1) prévoit qu'une partie peut demander à la Cour l'autorisation de procéder à l'interrogatoire d'une personne qui n'est pas partie à l'action et qui pourrait posséder des renseignements sur une question litigieuse soulevée dans le cadre de celle-ci. Le paragraphe 238(3) énonce quatre facteurs dont la Cour doit tenir compte avant d'accorder l'autorisation. En exerçant son pouvoir discrétionnaire, la Cour doit être convaincue:

(a) the person may have information on an issue in the action;

a) que la personne peut posséder des renseignements sur une question litigieuse soulevée dans l'action;

(b) the party has been unable to obtain the information informally from the person or from any source by any other reasonable means;

b) que la partie n'a pas pu obtenir ces renseignements de la personne de façon informelle ou d'une autre source par des moyens raisonnables;

(c) it would be unfair not to allow the party an opportunity to question the person before trial; and

c) qu'il serait injuste de ne pas permettre à la partie d'interroger la personne avant l'instruction;

(d) the questioning will not cause undue delay, inconvenience or expense to the person or to the other parties.

d) que l'interrogatoire n'occasionne pas de retards, d'inconvénients ni de frais déraisonnables à la personne ou aux autres parties.

[14] The plaintiff submits that he has exhausted all efforts to obtain the information he now seeks from Commissioner Parker. He contends that there is no other source from which the information can reasonably be obtained.

[14] Le demandeur soutient qu'il a épuisé toutes les possibilités en vue d'obtenir les renseignements qu'il cherche maintenant à obtenir du commissaire Parker. Selon lui, les renseignements ne peuvent être raisonnablement obtenus d'aucune autre source.

[15] The plaintiff says it would be unfair to deny him an opportunity to discover Commissioner Parker, particularly since the Federal Court of Appeal, in deciding to remove Commissioner Parker as a party to the action, took into account the possibility he could be examined for discovery as a non-party. In addition, the plaintiff contends that since the defendant joined with Commissioner Parker in moving to have him struck as a party, it can be inferred that the defendant has or will be given information which the plaintiff requires for trial. He submits that fairness dictates that both parties should have access to the same witnesses.

[15] Le demandeur affirme qu'il serait injuste de lui refuser la possibilité d'interroger au préalable le commissaire Parker, étant donné en particulier qu'en décidant de radier le commissaire Parker comme partie à l'action, la Cour d'appel fédérale a tenu compte de la possibilité qu'il puisse être interrogé au préalable à titre de tiers. De plus, le demandeur soutient que, comme le défendeur s'est joint au commissaire Parker pour demander la radiation de celui-ci à titre de partie, on peut déduire que le défendeur possède ou obtiendra des renseignements dont le demandeur a besoin en vue de l'instruction. Il soutient que l'équité exige que les deux parties aient accès aux mêmes témoins.

[16] Finally, the plaintiff says that the proposed questioning would not occasion any significant delay, inconvenience or expense to the parties or Commissioner Parker.

[17] Commissioner Parker responds that the plaintiff has not satisfied all four conditions set out in subsection 238(3). He does not deny that he may have information being sought by the plaintiff, but argues that the plaintiff has not established that the information cannot be obtained from others. Furthermore, he maintains that there has been undue delay which would cause him significant inconvenience and prejudice.

[18] I see no merit to the argument by Commissioner Parker that there would be undue delay, inconvenience and prejudice to the parties or himself should leave be granted pursuant to rule 238. The delay contemplated by the rule is that occasioned by the questioning, and not the plaintiff's previous delay in prosecuting his action. The limited discovery proposed by the plaintiff would not, in my view, unduly lengthen the proceedings. As for inconvenience or prejudice to the parties or Commissioner Parker, none of any significance has been established before me.

[19] I decline to infer, as the plaintiff would have me do, that Commissioner Parker has or will be providing the defendant with information to which the plaintiff would not have access. There is simply no evidence before me to justify such an inference. In fact, Commissioner Parker has asserted privilege as against both parties.

[20] I find that the plaintiff has met conditions (a), (c) and (d) set out in subsection 238(3). However, I am not satisfied that all reasonable means have been exhausted by the plaintiff to obtain the required information from other sources. Questions having to do with the scope of the inquiry's terms of reference and the definition of the term "conflict of interest" should and could have been directed to the defendant.

[16] Enfin, le demandeur dit que l'interrogatoire proposé n'occasionnerait pas de retards, d'inconvénients ni de frais déraisonnables aux parties ou au commissaire Parker.

[17] Le commissaire Parker répond que le demandeur ne satisfait pas aux quatre exigences énoncées dans le paragraphe 238(3). Il ne nie pas qu'il possède peut-être les renseignements demandés, mais il affirme que le demandeur n'a pas établi qu'il ne peut obtenir ces renseignements d'autres personnes. En outre, il maintient qu'il y a eu un retard déraisonnable qui lui occasionnerait de gros inconvénients et lui causerait un grave préjudice.

[18] Je ne puis voir le bien-fondé de l'argument du commissaire Parker selon lequel, si l'autorisation était accordée conformément à la règle 238, cela occasionnerait un retard et des inconvénients déraisonnables et lui causerait un préjudice ainsi qu'aux parties. Le retard dont traite cette règle est celui qu'occasionne l'interrogatoire plutôt que le fait que le demandeur a antérieurement tardé à poursuivre son action. À mon avis, l'interrogatoire préalable restreint que propose le demandeur n'aurait pas pour effet de prolonger indûment l'instance. Quant aux inconvénients ou au préjudice que subiraient les parties ou le commissaire Parker, aucun inconvénient ou préjudice grave n'a été établi devant moi.

[19] Je refuse d'inférer, comme le demandeur me demande de le faire, que le commissaire Parker possède des renseignements auxquels le demandeur n'aurait pas accès ou qu'il fournira pareils renseignements au défendeur. Je ne dispose d'aucun élément de preuve justifiant une telle inférence. De fait, le commissaire Parker a revendiqué le privilège à l'encontre des deux parties.

[20] Je conclus que le demandeur a satisfait aux exigences a), c) et d) énoncées dans le paragraphe 238(3). Toutefois, je ne suis pas convaincu que le demandeur ait épuisé tous les moyens raisonnables en vue d'obtenir les renseignements nécessaires d'autres sources. Les questions se rapportant à l'étendue du mandat de l'enquête et à la définition de ce qui constitue un «conflict d'intérêts» auraient dû et auraient pu être adressées au défendeur.

[21] As for the discussions between the Commissioner and counsel involved in the inquiry regarding the role of Commission counsel during the report-drafting phase, there is no evidence before me that other persons who were present during the discussions were approached informally by the plaintiff. In fact, the plaintiff received some particulars during his discovery of the defendant.

[22] Moreover, the plaintiff must surely have knowledge as to how he was notified with respect to the scope of inquiry. The plaintiff could serve a request to admit facts regarding notice which the defendant will have difficulty disputing.

[23] As for the standards against which the plaintiff's conduct were measured, these are set out in the Commissioner's report which speaks for itself. The standards will no doubt be the subject of scrutiny in this action and I see no reason to call the author of the report to expand on his conclusions.

[24] I conclude that the only area of examination proposed by the plaintiff which meets all the conditions in subsection 238(3) is in relation to the role and activities of Commission counsel following the public hearings phase of the inquiry. This information is clearly unavailable to the plaintiff through other sources.

[25] I therefore turn to the responding parties' objections based on solicitor and client privilege and deliberative secrecy before determining whether I should exercise my discretion in favour of the plaintiff.

II-Solicitor-client privilege

[26] Commissioner Parker submits that the proposed areas of examination are protected by solicitor-client privilege and that the privilege has not been waived.

[27] In *Smith v. Jones*,² the Supreme Court of Canada held that solicitor-client privilege is the

[21] Quant aux discussions entre le commissaire et les avocats qui ont participé à l'enquête au sujet du rôle de l'avocat de la Commission au cours de la phase de rédaction du rapport, je ne dispose d'aucun élément de preuve tendant à montrer que le demandeur a communiqué de façon informelle avec les autres personnes qui ont assisté aux discussions. De fait, le demandeur a obtenu certaines précisions lorsqu'il a interrogé le défendeur au préalable.

[22] En outre, le demandeur a certainement connaissance de la façon dont il a été avisé de l'étendue de l'enquête. Le demandeur pourrait signifier une demande visant à faire admettre des faits au sujet de l'avis, que le défendeur pourra difficilement contester.

[23] Quant aux normes par rapport auxquelles la conduite du demandeur a été appréciée, elles sont énoncées dans le rapport du commissaire, qui est très explicite. Les normes seront sans aucun doute assujetties à un examen dans cette action et, à mon avis, il n'y a pas lieu de citer l'auteur du rapport pour qu'il donne des précisions au sujet des conclusions qu'il a tirées.

[24] Je conclus que la seule question proposée par le demandeur qui satisfait aux exigences énoncées dans le paragraphe 238(3) se rapporte au rôle et aux activités de l'avocat de la Commission à la suite des audiences publiques tenues dans le cadre de l'enquête. Le demandeur ne peut certes pas obtenir ces renseignements d'autres sources.

[25] J'examinerai maintenant les objections des parties défenderesses qui sont fondées sur le secret professionnel de l'avocat et sur le secret du délibéré avant de déterminer si je dois exercer mon pouvoir discrétionnaire en faveur du demandeur.

II-Le secret professionnel de l'avocat

[26] Le commissaire Parker soutient que les sujets proposés sont protégés par le secret de l'avocat et qu'on n'a pas renoncé à ce privilège.

[27] Dans l'arrêt *Smith c. Jones*², la Cour suprême du Canada a statué que le secret professionnel de

highest privilege recognized by the Court. Cory J., speaking for the majority, defined the nature of the privilege as follows:

Clients seeking advice must be able to speak freely to their lawyers secure in the knowledge that what they say will not be divulged without their consent. It cannot be forgotten that the privilege is that of the client, not the lawyer. The privilege is essential if sound legal advice is to be given in every field. It has a deep significance in almost every situation where legal advice is sought whether it be with regard to corporate and commercial transactions, to family relationships, to civil litigation or to criminal charges. Family secrets, company secrets, personal foibles and indiscretions all must on occasion be revealed to the lawyer by the client. Without this privilege clients could never be candid and furnish all the relevant information that must be provided to lawyers if they are to properly advise their clients. It is an element that is both integral and extremely important to the functioning of the legal system. It is because of the fundamental importance of the privilege that the onus properly rests upon those seeking to set aside the privilege to justify taking such a significant step.

[28] Counsel asserts that privilege applies to all communications between Commissioner Parker and his legal advisers, as well as their assigned activities, on matters related to any phase of the inquiry, including the report-writing stage. Consequently, she claims that it would be inappropriate to compel her client to answer any of the proposed questions, either on discovery or by examination out of court for trial.

[29] The plaintiff responds that solicitor and client privilege does not apply to the acts of counsel, including the act of writing or participating in the preparation of the final report of the Commission. A lawyer's acts, even though they stem from a client's instructions, are not communications, but rather matters of fact to which no privilege attaches.

[30] I agree with the plaintiff that solicitor and client privilege protects communications between a solicitor and his or her client, but not the facts contained in the communication, or the acts a solicitor performs on behalf of his or her client. As Hollinrake J. explained

l'avocat est le privilège le plus important reconnu par la Cour. Le juge Cory, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a défini la nature du privilège de la façon suivante:

Les clients qui consultent un avocat doivent pouvoir s'exprimer en toute liberté avec la certitude que ce qu'ils disent ne sera pas divulgué sans leur consentement. Il ne faut pas oublier que le privilège appartient au client et non à l'avocat. Le privilège est essentiel si l'on veut que des avis juridiques judicieux soient donnés dans tous les domaines. Il revêt une grande importance dans presque chaque cas où un avis juridique est sollicité, qu'il s'agisse d'opérations commerciales, de relations familiales, de litiges civils ou d'accusations criminelles. Les secrets de famille, les secrets d'entreprise, les faiblesses et les étourderies doivent parfois être révélés par le client à l'avocat. Sans ce privilège, les clients ne pourraient parler avec franchise à leurs avocats ni leur communiquer l'ensemble des renseignements qu'ils doivent connaître pour conseiller judicieusement leurs clients. Il s'agit d'un élément qui constitue une partie extrêmement importante du fonctionnement du système judiciaire. C'est en raison de l'importance cruciale de ce privilège qu'il incombe à juste titre à ceux qui désirent l'écartier de justifier une mesure d'une telle gravité.

[28] L'avocate affirme que ce privilège s'applique à toutes les communications entre le commissaire Parker et ses conseillers juridiques ainsi qu'aux activités qu'ils ont été chargés de mener sur des questions se rapportant à l'une ou l'autre phase de l'enquête, y compris le stade de rédaction du rapport. Elle affirme donc qu'il ne conviendrait pas de contraindre son client à répondre aux questions proposées, que ce soit dans le cadre d'un interrogatoire préalable ou d'un interrogatoire hors cours en vue de l'instruction.

[29] Le demandeur répond que le secret professionnel de l'avocat ne s'applique pas aux actes de l'avocat et notamment à la rédaction du rapport final de la Commission ou à la participation à la préparation de ce rapport. Les actes de l'avocat, même s'ils ont été faits par suite des instructions données par le client, ne sont pas des communications, mais plutôt des questions de fait qui ne sont pas visées par un privilège.

[30] Je suis d'accord avec le demandeur pour dire que le secret professionnel protège les communications entre un avocat et son client, mais non les faits contenus dans la communication ou les actes qu'un avocat accomplit pour le compte de son client.

in *In the Matter of an Application under section 441.1(3)(c) of the Criminal Code*:³

What is protected is communications. The privilege is for the protection of the client to enable him to confide in his legal adviser. The acts of the solicitor are facts which, indeed, may proceed from the instructions of the client, but is no wise [*sic*] confidential communications by the client to the solicitor. Cheques, ledgers, deposit slips, documents of that nature, are not communications between solicitor and a client, but are, rather, documents forming part of the solicitor's records and they are a report of acts, not communications.

[31] The plaintiff seeks information regarding the role and activities of Commission counsel following the public hearings phase of the inquiry. Such information could be provided without in any way breaching the privileged communications between solicitor and client. Commissioner Parker's objection based on solicitor and client privilege is therefore upheld only to the extent that it covers communications and not the activities of Commission counsel.

Judicial independence and deliberative secrecy

[32] As an additional argument, Commissioner Parker submits that his process of decision making, the formulation of his findings and his consultations with his legal advisers, including their activities, are protected by deliberative secrecy. He submits that the integrity of the principle of judicial independence requires that commissions of inquiry enjoy complete testimonial immunity in respect of their adjudicative function. The plaintiff points out however that the common law protection of deliberative secrecy is not absolute.

[33] In *MacKeigan v. Hickman*,⁴ the Supreme Court of Canada confirmed the principle of immunity of judges from testifying on the grounds of judicial independence. However, the Court also recognized that exceptional cases could arise where the qualified privilege of immunity from testifying would have to give way; such as when it is necessary to reaffirm public confidence in the administration of justice.

Comme le juge Hollinrake l'a expliqué dans la décision *In the Matter of an Application under section 441.1(3)(c) of the Criminal Code*³:

[TRADUCTION] Ce sont les communications qui sont protégées. Le privilège vise à protéger le client de façon à lui permettre de fournir des renseignements confidentiels à son conseiller juridique. Les actes accomplis par l'avocat sont des faits qui peuvent en réalité découler des instructions données par le client, mais il ne s'agit aucunement de communications confidentielles que le client a faites à son avocat. Les chèques, les livres, les bordereaux de dépôt, les documents de ce genre, ne sont pas des communications entre un avocat et son client; il s'agit plutôt de documents qui font partie des dossiers de l'avocat et qui constituent des comptes rendus d'actes et non de communications.

[31] Le demandeur sollicite des renseignements au sujet du rôle et des activités de l'avocat de la Commission à la suite des audiences publiques tenues dans le cadre de l'enquête. On pourrait fournir de tels renseignements sans aucunement violer les communications privilégiées entre l'avocat et son client. L'objection du commissaire Parker fondée sur le secret professionnel de l'avocat est donc retenue uniquement dans la mesure où elle s'applique aux communications plutôt qu'aux activités de l'avocat de la Commission.

Indépendance judiciaire et secret du délibéré

[32] De plus, le commissaire Parker soutient que son processus décisionnel, l'énoncé de ses conclusions et les consultations qu'il a eues avec ses conseillers juridiques, et notamment les activités de ceux-ci, sont protégés par le secret du délibéré. Il affirme que l'intégrité du principe de l'indépendance judiciaire exige que les commissions d'enquête bénéficient d'une immunité testimoniale complète à l'égard de leur fonction décisionnelle. Toutefois, le demandeur souligne que la protection fournie par la common law à l'égard du secret du délibéré n'est pas absolue.

[33] Dans l'arrêt *MacKeigan c. Hickman*⁴, la Cour suprême du Canada a confirmé, en se fondant sur le principe de l'indépendance judiciaire, le principe de l'immunité testimoniale dont bénéficient les juges. Toutefois, la Cour a également reconnu que dans certains cas exceptionnels, le privilège restreint qui dispense de l'obligation de témoigner doit céder le pas, par exemple, lorsqu'il est nécessaire de réaffirmer

[34] In *Edwards v. Canada (Attorney General)*,⁵ Lax J. concluded that judges do not enjoy absolute testimonial immunity and can be compelled to testify to matters unrelated to their judicial function. However, they cannot be compelled to testify to matters arising in the course of their exercising their judicial function. At page 457, he states:

Judges . . . must be free to perform their judicial duties without concern that decisions made in “the *bona fide* exercise of [their] office” are subject to subsequent scrutiny or elaboration: Friedland, *supra*, at p. 34. An independent judiciary is central to a free and democratic society, and judicial immunity is one of its safeguards.

[35] However, quasi-judicial tribunals, such as commissions of inquiry, have not been given the same absolute immunity against being compelled to testify. Such was the conclusion of Gonthier J., speaking for the Supreme Court of Canada, in *Tremblay v. Québec (Commission des affaires sociales)*:⁶

Accordingly, it seems to me that by the very nature of the control exercised over their decisions administrative tribunals cannot rely on deliberative secrecy to the same extent as judicial tribunals. Of course, secrecy remains the rule, but it may none the less be lifted when the litigant can present valid reasons for believing that the process followed did not comply with the rules of natural justice.

[36] In *Glengarry Memorial Hospital v. Ontario (Pay Equity Hearings Tribunal)*,⁷ O’Leary J. came to the same conclusion, that “valid reasons for believing that the rules of natural justice were not followed” needed to be established before deliberative secrecy would be lifted:

In my view, the common law principle involved here is more accurately stated as follows. A judge cannot be forced to testify as to how or why he or any other judge arrived at a decision; a member of a *quasi-judicial* tribunal can only be required to testify as to how and why he or any member of a panel arrived at a decision when there is compelling

la confiance du public dans l’administration de la justice.

[34] Dans la décision *Edwards v. Canada (Attorney General)*⁵, le juge Lax a conclu que les juges ne bénéficient pas d’une immunité testimoniale absolue et qu’ils peuvent être contraints à témoigner sur des questions qui ne sont pas liées à leur fonction judiciaire. Toutefois, ils ne peuvent pas être contraints à témoigner sur les questions qui se posent dans l’exercice de leur fonction judiciaire. Voici ce que le juge a dit à la page 457:

[TRADUCTION] Les juges [. . .] doivent pouvoir exercer leurs fonctions judiciaires sans avoir à se demander si les décisions qu’ils rendent dans «l’exercice véritable de leurs fonctions» feront l’objet d’un examen ou devront être expliquées: Friedland, *supra*, à la p. 34. Un appareil judiciaire indépendant est essentiel dans une société libre et démocratique; or, l’immunité judiciaire est l’une des protections fournies à cet égard.

[35] Toutefois, les tribunaux quasi judiciaires tels que les commissions d’enquête ne bénéficient pas de cette immunité testimoniale absolue. Telle est la conclusion que le juge Gonthier a tirée au nom de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*⁶:

Il me semble donc que, de par la nature du contrôle qui est exercé sur leurs décisions, les tribunaux administratifs ne puissent invoquer le secret du délibéré au même degré que les tribunaux judiciaires. Le secret demeure bien sûr la règle, mais il pourra néanmoins être levé lorsque le justiciable peut faire état de raisons sérieuses de croire que le processus suivi n’a pas respecté les règles de justice naturelle.

[36] Dans la décision *Glengarry Memorial Hospital v. Ontario (Pay Equity Hearings Tribunal)*⁷, le juge O’Leary est arrivé à la même conclusion, à savoir que [TRADUCTION] «des raisons sérieuses de croire que les règles de justice naturelle n’ont pas été suivies» doivent être établies pour qu’il soit possible de lever le secret du délibéré:

[TRADUCTION] À mon avis, le principe de common law en cause dans la présente affaire est énoncé d’une façon plus exacte de la façon suivante: un juge ne peut pas être contraint à témoigner au sujet de la façon dont il est arrivé à une décision ou de la façon dont un autre juge est arrivé à une décision ou encore au sujet de la raison pour laquelle

and overriding reason that he should testify.

...

In short, it is the common law testimonial privilege, not a statutory testimonial privilege, that will protect a tribunal member from having to testify, when the tribunal's jurisdiction is being judicially reviewed. But even that common law protection does not apply where as here there are valid reasons for believing that the rules of natural justice were not followed by the tribunal.

The reasons why the common law imposes a rule of deliberative secrecy upon a tribunal are too obvious, especially in the case of a tripartite tribunal, to require enumeration. The integrity of the deliberative process can only be insured if the rule is all but absolute. But absolute it cannot be. Where, as in this case, it becomes necessary to pierce that secrecy to ensure that natural justice has not been denied, then that secrecy will be pierced.

[37] The plaintiff submits that he has "valid reasons" for believing that the rules of natural justice were not followed by Commissioner Parker. He points to three facts to support his contention:

(1) An article appeared in the *Globe and Mail* in November 1986 which reported that Mr. Scott (Commission counsel) said that he would help Commissioner Parker write his report;

(2) A meeting subsequently took place with counsel appearing at the inquiry and Commissioner Parker to deal with concerns regarding the role of Commission counsel; and

(3) Commission counsel docketed over 1,700 hours of work and billed over \$230,000 in fees after the completion of the public hearings between February 1987 and December 1987.

[38] I am not persuaded that the above facts constitute sufficient or valid reasons to meet the very high threshold for piercing deliberative secrecy. The plaintiff obviously has access to the article which

une décision a été rendue; les membres d'un tribunal quasi judiciaire peuvent uniquement être tenus de témoigner au sujet de la façon dont ils sont arrivés à une décision ou dont les autres membres de la formation sont arrivés à une décision lorsqu'il existe des raisons impérieuses et dominantes les obligeant à témoigner.

[...]

Bref, c'est l'immunité testimoniale que prévoit la common law, plutôt qu'une immunité prévue par la loi, qui dispense les membres d'un tribunal de l'obligation de témoigner lorsque la compétence du tribunal fait l'objet d'un contrôle judiciaire. Cependant, même cette protection qu'offre la common law ne s'applique pas lorsque, comme en l'espèce, il existe des raisons sérieuses de croire que le tribunal n'a pas suivi les règles de justice naturelle.

Les raisons pour lesquelles la common law impose la règle du secret du délibéré au tribunal sont trop évidentes, en particulier dans le cas d'un tribunal tripartite, pour qu'il soit nécessaire de les énumérer. L'intégrité du processus du délibéré peut uniquement être assurée si la règle est presque absolue. Cependant, la règle ne peut pas être absolue. Lorsque, comme en l'espèce, il devient nécessaire de lever le secret de façon à assurer le respect de la justice naturelle, ce secret sera levé.

[37] Le demandeur soutient qu'il a des [TRADUCTION] «raisons sérieuses» de croire que le commissaire Parker n'a pas suivi les règles de justice naturelle. Il signale trois faits à l'appui de sa prétention:

(1) Au mois de novembre 1986, le *Globe and Mail* a publié un article dans lequel on relatait que M. Scott (l'avocat de la Commission) avait dit qu'il aiderait le commissaire Parker à rédiger son rapport;

(2) Les avocats qui avaient assisté à l'enquête et le commissaire Parker se sont subséquemment rencontrés en vue de traiter des questions se rapportant au rôle de l'avocat de la Commission;

(3) L'avocat de la Commission a enregistré plus de 1 700 heures de travail et facturé des honoraires s'élevant à plus de 230 000 \$ après la fin des audiences publiques, entre le mois de février et le mois de décembre 1987.

[38] Je ne suis pas convaincu que les faits susmentionnés constituent des raisons sérieuses ou suffisantes pour satisfaire à l'exigence préliminaire très rigoureuse permettant de lever le secret du délibéré. De toute

appeared in the *Globe and Mail*. He has also been provided with some information by the defendant in answer to undertakings given during discovery regarding the meeting which took place between counsel and Commissioner Parker.

[39] The fact that Commission counsel performed significant work after the conclusion of the public phase of the inquiry is not suspect in itself, even in light of the *Globe and Mail* article and the meeting between counsel and Commissioner Parker. Would an informed person conclude that the above facts raise serious questions of denial of natural justice? I think not.

[40] I am not satisfied that speculation by the plaintiff that Commission counsel may have been involved in writing the Commission report constitutes a valid reason for lifting deliberative secrecy. As was stated by Richard J. (as he then was) in *Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry on the Blood System)*:⁸

The Supreme Court of Canada has recognized that administrative tribunals can rely on deliberative secrecy, albeit to a lesser extent than judicial tribunals. The Federal Court of Appeal has ruled that the former Rule 1402 does not provide a discovery procedure, nor is it intended to authorize a fishing expedition.

[41] The plaintiff is evidently grasping at straws, searching for some evidence that Commission counsel acted improperly in his subsequent dealings with Commissioner Parker. This is not in my view an exceptional case which warrants the Court's intervention. Therefore, I uphold Commissioner Parker's objection that he is not compellable as a witness based on deliberative secrecy.

[42] In light of the above, it is not necessary to deal with the plaintiff's request to examine Commissioner Parker out of Court pursuant to rule 271. In any event, I am not satisfied that the mere fact that

évidence, le demandeur a eu accès à l'article qui a paru dans le *Globe and Mail*. Le défendeur lui a également fourni certains renseignements en réponse aux engagements qui avaient été pris lors de l'interrogatoire préalable au sujet de la rencontre qui avait eu lieu entre les avocats et le commissaire Parker.

[39] Le fait que l'avocat de la Commission a accompli beaucoup de travail après la conclusion de la phase publique de l'enquête n'est pas suspect en soi, même si l'on tient compte de l'article du *Globe and Mail* et de la rencontre entre les avocats et le commissaire Parker. Une personne informée conclurait-elle que les faits susmentionnés soulèvent des questions sérieuses de déni de justice naturelle? Je ne le crois pas.

[40] Je ne suis pas convaincu que l'hypothèse du demandeur selon laquelle l'avocat de la Commission a peut-être participé à la rédaction du rapport de la Commission constitue une raison sérieuse permettant de lever le secret du délibéré. Comme l'a dit le juge Richard (tel était alors son titre) dans la décision *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission royale de l'enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada)*⁸:

La Cour suprême du Canada a reconnu que les tribunaux administratifs peuvent invoquer le secret du délibéré, quoique dans une moindre mesure que les tribunaux judiciaires. La Cour d'appel fédérale a statué que l'ancienne Règle 1402 ne prévoit pas d'interrogatoire préalable, pas plus qu'elle ne vise à autoriser que l'on se lance dans des recherches à l'aveuglette.

[41] Le demandeur se raccroche de toute évidence à un semblant d'espoir, en cherchant un élément de preuve montrant que l'avocat de la Commission a agi d'une façon irrégulière dans les rapports subséquents qu'il a eus avec le commissaire Parker. À mon avis, il ne s'agit pas ici d'un cas exceptionnel justifiant l'intervention de la Cour. Je confirme donc l'objection du commissaire Parker, à savoir qu'il ne peut pas être contraint à témoigner compte tenu du secret du délibéré.

[42] Cela étant, il n'est pas nécessaire d'examiner la demande que le demandeur a faite en vue d'interroger le commissaire Parker hors cour conformément à la règle 271. Quoi qu'il en soit, je ne suis pas convaincu

Commissioner Parker is of advanced age would warrant granting the relief requested.

ORDER

[43] The plaintiff's motion is dismissed. If the parties are unable to agree on costs of this motion, they shall serve and file concise written representations within 10 days of the date of these reasons for my consideration.

¹ *Stevens v. Canada (Commissioner, Commission of Inquiry)*, [1998] 4 F.C. 125 (C.A.), at pp. 137-139.

² [1999] 1 S.C.R. 455, at pp. 474-475.

³ Unreported, February 21, 1990, Vancouver Reg. No. CC881107 (B.C.S.C.).

⁴ [1989] 2 S.C.R. 796, at p. 843.

⁵ (1999), 46 O.R. (3d) 447 (S.C.).

⁶ [1992] 1 S.C.R. 952, at p. 966.

⁷ (1993), 99 D.L.R. (4th) 682 (Ont. Div. Ct.), at pp. 702, 705.

⁸ [1996] 2 F.C. 668 (T.D.), at p. 692.

que le simple fait que le commissaire Parker soit âgé justifie l'octroi de la réparation demandée.

ORDONNANCE

[43] La requête du demandeur est rejetée. Si les parties n'arrivent pas à s'entendre au sujet des dépens de la requête, elles signifieront et déposeront de brèves observations écrites dans les 10 jours qui suivront la date des présents motifs pour que je les examine.

¹ *Stevens c. Canada (Commissaire, Commission d'enquête)*, [1998] 4 C.F. 125 (C.A.), aux p. 137 à 139.

² [1999] 1 R.C.S. 455, aux p. 474 et 475.

³ Décision non publiée, 21 février 1990, Vancouver Reg. No. CC881107 (C.S.C.-B.).

⁴ [1989] 2 R.C.S. 796, à la p. 843.

⁵ (1999), 46 O.R. (3d) 447 (C.S.).

⁶ [1992] 1 R.C.S. 952, à la p. 966.

⁷ (1993), 99 D.L.R. (4th) 682 (C. div. Ont.), aux p. 702 et 705.

⁸ [1996] 2 C.F. 668 (1^{re} inst.), à la p. 692.