

A-497-11  
2013 FCA 199

A-497-11  
2013 CAF 199

**Paul Slansky** (*Applicant*)

**Paul Slansky** (*demandeur*)

v.

c.

**Attorney General of Canada, Her Majesty the Queen**  
(*Respondents*)

**Procureur général du Canada, Sa majesté la Reine**  
(*intimés*)

and

et

**Canadian Judicial Council** (*Intervener*)

**Conseil canadien de la magistrature** (*intervenant*)

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. SLANSKY**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. SLANSKY**

Federal Court of Appeal, Evans, Stratas and Mainville  
J.J.A.—Toronto, April 16; Ottawa, September 9, 2013.

Cour d'appel fédérale, juges Evans, Stratas et Mainville,  
J.C.A.—Toronto, 16 avril; Ottawa, 9 septembre 2013.

*Practice — Privilege — Appeal from Federal Court decision determining that report by Canadian Judicial Council (CJC) subject to both legal advice, public interest privilege — Appellant, lawyer, complaining to CJC about alleged misconduct of Ontario Superior Court of Justice judge — CJC Chairperson dismissing complaint, relying on report by counsel — CJC not disclosing report as part of tribunal record, claiming report legal advice, protected by solicitor-client privilege, subject to public interest privilege — Appellant's motion to compel disclosure of report granted by Federal Court Prothonotary — However, that decision reversed by Federal Court — Federal Court finding that report subject to legal advice, public interest privilege; declining to sever parts of report — Scope of counsel's mandate set out in retainer letter — That letter stating that role of counsel to, inter alia, gather information, collect, analyze documentation — CJC indicating counsel's role of "fact-finder" broader than might be inferred — Whether report subject to solicitor-client privilege, factual components severable — Per Evans J.A.: Letter of engagement not expressly including provision of legal advice — Supreme Court of Canada in Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health (Blood Tribe) deciding that lawyer, client relationship established if lawyer engaged to provide services in legal context for which lawyer's skills, knowledge necessary, even if services not regarded as provision of legal advice in ordinary sense — Terms in retainer letter not conclusive — Analysis of documents by counsel herein requiring extensive knowledge of criminal law, trial process — Inferred from nature of allegations that counsel's role involving legal, factual analyses — Counsel engaged in capacity as lawyer — Report therefore subject to legal advice privilege — Not permissible to sever findings of fact made in investigative report covered by solicitor-client*

*Pratique — Privilège — Appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a déterminé que le rapport du Conseil canadien de la magistrature (CCM) relevait du conseil juridique et était donc protégé par un privilège d'intérêt public — Le demandeur, un avocat, s'est plaint auprès du CCM de l'inconduite alléguée d'un juge de la Cour supérieure de l'Ontario — Le président du CCM a rejeté la plainte, s'appuyant sur un rapport rédigé par un conseiller juridique — Le CCM a refusé de divulguer le rapport avec les autres documents du dossier du tribunal, affirmant que le contenu relevait du conseil juridique et que le rapport était donc protégé par le secret professionnel de l'avocat ainsi que par un privilège d'intérêt public — La requête du demandeur en vue de contraindre le CCM à inclure le rapport dans son dossier a été accueillie par la protonotaire de la Cour fédérale — Cependant, cette décision a été infirmée par la Cour fédérale — La Cour fédérale a conclu que le rapport était protégé en tant que conseil juridique et par un privilège d'intérêt public, et a refusé de faire retrancher des parties du rapport — La portée du mandat du conseiller juridique était établie dans une lettre d'engagement — Cette lettre indique que le rôle de l'avocat consiste, entre autres, à obtenir un complément d'information, et à amasser des documents et procéder à leur analyse — Le CCM a indiqué que le rôle d'« enquêteur » du conseiller juridique est plus grand que l'on pourrait le croire — Il s'agissait de savoir si le rapport était protégé par le secret professionnel de l'avocat et s'il était possible de prélever les éléments factuels du rapport — Le juge Evans, J.C.A. : La lettre d'engagement ne parlait pas expressément de la prestation de conseils juridiques — La Cour suprême du Canada a conclu dans l'arrêt Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health (Blood Tribe) qu'une relation entre un avocat et son client est établie si l'avocat est chargé de*

privilege when forming basis of, inextricably linked to, legal advice provided — Appeal dismissed — Per Mainville J.A. (concurring): Report subject to public interest privilege — CJC decision not to disclose report reasonable — Damage to public interest non-existent or minimal — Disclosure of report would negate undertakings of confidentiality provided to third parties — Trial Judge not obligated to justify conduct of trial to appellant or Federal Court — CJC amply discharging its duty of disclosure by informing appellant of disposition of complaint — Federal Court committing no error — Per Stratas J.A. (dissenting): No solicitor-client, public interest privileges here — Retainer letter must predominate in assessing claim of privilege — Counsel not performing legal analysis — Otherwise running counter to letter's explicit instructions — Word "analyzed" in letter meaning identifying, gathering, summarizing bits of information from documents — Lawyer cannot make secret informational document by unilaterally inserting analyses, recommendations, advice that formed no part of retainer — "Advice" having to be broadly construed in assessing whether lawyer retained only to gather information or to gather information as part of larger exercise of providing legal advice — Here, letter showing that CJC leaving for itself task of analysis — Supreme Court comment "otherwise acting as a lawyer" in *Blood Tribe* may have been allusion to litigation privilege — Not open to Court to reify words "otherwise acting as a lawyer" to level of general principle, apply that principle to impose secrecy over information gathering report when no legal advice sought — Privilege, if present, waived by CJC when report given to third party — CJC not permitted to disclose some information supporting its decision, withhold rest — Report should be included in record — Report not protected by public interest privilege — CJC failing to demonstrate interest in confidentiality — Report hidden from reviewing court if public interest claim upheld — Immunizing part of CJC's decision offending principle that holders of public power accountable for exercise of power — Allowing reviewing court to view report strengthening judicial independence.

fournir des services dans un contexte juridique exigeant les compétences et les connaissances d'un avocat, même si ces services peuvent ne pas être perçus comme étant des services juridiques au sens courant du terme — Les modalités du mandat n'étaient pas nécessairement déterminantes — L'analyse des documents et des enregistrements exigeaient de la part d'un avocat une connaissance approfondie du droit pénal et des procès criminels — Il était possible de conclure à partir de la nature des allégations que le rôle du conseiller juridique supposait des analyses juridiques et factuelles — Le conseiller juridique a été embauché en sa qualité d'avocat — Le rapport était donc protégé par le secret professionnel de l'avocat — Le prélèvement des constatations de faits contenues dans un rapport d'enquête protégé par le secret professionnel de l'avocat lorsque celles-ci sont le fondement des conseils juridiques fournis et y sont inextricablement liées n'est pas permis — Appel rejeté — Le juge Mainville, J.C.A. (motifs concourants) : Le rapport fait l'objet d'un privilège d'intérêt public — La décision du CCM de ne pas divulguer le rapport était raisonnable — L'atteinte à l'intérêt public est minime, voire inexistante — La divulgation du rapport bafouerait la promesse de confidentialité faite aux tierces parties — Le juge du procès n'a pas à justifier sa conduite durant le procès devant le demandeur ou devant la Cour fédérale — Le CCM s'est amplement acquitté de son devoir de divulgation en informant le demandeur de l'issue du traitement de la plainte — La Cour fédérale n'a commis aucune erreur — Le juge Stratas, J.C.A. (dissident) : Il n'y a aucun privilège du secret professionnel de l'avocat et aucun privilège d'intérêt public en l'espèce — Lorsqu'il s'agit d'examiner une demande de privilège, une lettre de mandat doit être le principal élément pris en compte — Le conseiller juridique n'a pas effectué une analyse de nature juridique — Effectuer une telle analyse serait contraire à la directive explicite de la lettre de mandat — Le mot « analyse » dans le mandat ne peut renvoyer qu'au fait de circonscrire, de réunir et de résumer les éléments d'information contenus dans les documents — Un avocat ne peut pas prendre un document purement informatif et en faire instantanément un document entièrement secret en y ajoutant de façon unilatérale des analyses, des recommandations, et des conseils, alors que cela ne faisait pas partie de son mandat — Il convient de donner un sens large au mot « conseil » lorsqu'il s'agit d'évaluer la situation d'un avocat chargé seulement de recueillir des renseignements et celle d'un avocat chargé de recueillir des renseignements dans le cadre d'une tâche plus large consistant à fournir des conseils juridiques — En l'espèce, la lettre de mandat montre que le CCM s'est réservé la tâche d'examiner les faits — Lorsque la Cour suprême a ajouté le commentaire « ou agit, d'une autre manière, en qualité d'avocat » dans l'arrêt *Blood Tribe*, cela pouvait faire allusion au privilège de la poursuite — Il n'appartient pas à la Cour d'ériger l'expression « agit, d'une autre manière, en qualité d'avocat » en principe général, puis, d'appliquer ce principe pour imposer la confidentialité d'un rapport d'enquête lorsqu'aucun conseil juridique n'est demandé — Le CCM a renoncé à tout privilège,

*Judges and Courts — Appellant, lawyer, complaining to Canadian Judicial Council (CJC) about alleged serious misconduct of Ontario Superior Court of Justice judge during murder trial — CJC Chairperson dismissing complaint, closing file — In making decision, Chairperson relying on report from counsel — Appellant seeking judicial review of Chairperson's decision — CJC not disclosing report as part of tribunal record, claiming report legal advice, protected by solicitor-client privilege, subject to public interest privilege — Appellant's motion to compel disclosure of report granted by Federal Court Prothonotary — However, that decision reversed by Federal Court — Federal Court finding that report subject to legal advice, public interest privilege; declining to sever parts of report — Appellant alleging, inter alia, that CJC's investigation of complaint inadequate, interpretation of Judge's conduct wrong in law, CJC exceeding jurisdiction by passing "erroneous and flawed judgment" on appellant's conduct at trial as excuse for Judge's misconduct — Whether report subject to solicitor-client privilege, factual components severable — Counsel's role involving legal, factual analyses — Counsel engaged in capacity as lawyer — Report therefore subject to legal advice privilege — Not permissible to sever findings of fact made in investigative report covered by solicitor-client privilege when forming basis of, inextricably linked to, legal advice provided — Appeal dismissed, Stratas J.A. dissenting.*

This was an appeal from a decision of the Federal Court setting aside the Prothonotary's decision and determining that

*s'il existe, en remettant volontairement le rapport à une tierce partie — Le CCM ne devrait pas être autorisé à divulguer certains éléments d'information pour appuyer cette décision, mais à préserver la confidentialité du reste du rapport — Le rapport devrait être versé au dossier de la Cour — Le rapport n'est pas protégé par un privilège d'intérêt public — Le CCM n'a pas démontré l'existence d'un intérêt à l'égard de la confidentialité — Si la demande de privilège d'intérêt public est accueillie, la cour de révision n'aura pas accès au rapport — Mettre à l'abri de tout contrôle une partie de la décision du CCM enfreint le principe selon lequel tous les titulaires de pouvoirs publics doivent rendre compte de la façon dont ils exercent ces pouvoirs — Permettre à la cour de révision de consulter le rapport vient renforcer l'indépendance judiciaire.*

*Juges et Tribunaux — Le demandeur, un avocat, s'est plaint auprès du Conseil canadien de la magistrature (CCM) de l'inconduite alléguée d'un juge de la Cour supérieure de l'Ontario durant un procès pour meurtre au premier degré — Le président du CCM a rejeté la plainte et a fermé le dossier — Pour rendre sa décision, le président s'était appuyé sur un rapport rédigé par un conseiller juridique — Le demandeur sollicite le contrôle judiciaire de la décision du président — Le CCM a refusé de divulguer le rapport avec les autres documents du dossier du tribunal, affirmant que le contenu relevait du conseil juridique et que le rapport était donc protégé par le secret professionnel de l'avocat ainsi que par un privilège d'intérêt public — La requête du demandeur en vue de contraindre le CCM à inclure le rapport dans son dossier a été accueillie par la protonotaire de la Cour fédérale — Cependant, cette décision a été infirmée par la Cour fédérale — La Cour fédérale a conclu que le rapport était protégé en tant que conseil juridique et par un privilège d'intérêt public, et a refusé de faire retrancher des parties du rapport — Le demandeur a allégué, entre autres choses, que l'enquête menée par le CCM au sujet de la plainte était inadéquate et que le CCM avait outrepassé sa compétence en « jugeant de façon erronée et viciée » que le comportement du demandeur durant le procès excusait l'inconduite du juge — Il s'agissait de savoir si le rapport était protégé par le secret professionnel de l'avocat et s'il était possible de prélever les éléments factuels du rapport — Le rôle du conseiller juridique supposait des analyses juridiques et factuelles — Le conseiller juridique a été embauché en sa qualité d'avocat — Le rapport était donc protégé par le secret professionnel de l'avocat — Le prélèvement des constatations de faits contenues dans un rapport d'enquête protégé par le secret professionnel de l'avocat lorsque celles-ci sont le fondement des conseils juridiques fournis et y sont inextricablement liées n'est pas permis — Appel rejeté, le juge Stratas, J.C.A., dissident.*

Il s'agissait d'un appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a annulé la décision de la protonotaire et

a report by the Canadian Judicial Council (CJC) was subject to both legal advice and public interest privilege.

The appellant, a lawyer, complained to the CJC about the alleged serious misconduct of an Ontario Superior Court of Justice judge during a long and difficult first degree murder trial before a jury, in which the appellant was representing the accused. The CJC Chairperson dismissed the complaint and closed the file without referring it to an Inquiry Committee of the CJC. In making this decision, the Chairperson relied on a report from Professor Martin Friedland (Friedland Report). The appellant brought an application for judicial review of the Chairperson's decision. Although the Friedland Report had been taken into account by the Chairperson, the CJC refused to disclose it as part of the tribunal record pursuant to rule 317 of the *Federal Courts Rules* (Rules), claiming that it constituted legal advice and was protected by solicitor-client privilege, and subject to public interest privilege. A Federal Court Prothonotary granted the appellant's motion to compel disclosure of the report and rejected the CJC's privilege arguments. The Federal Court allowed the CJC's motion brought under rule 51 of the Rules and reversed the Prothonotary's decision. The Federal Court found that the Friedland Report was subject to both legal advice and public interest privilege. It declined to sever parts of the report, and exercised its discretion not to convert the application into an action.

The scope of Professor Friedland's mandate was set out in a letter stating, *inter alia*, that "[t]he role of Counsel in conducting further inquiries is, essentially, to gather further information .... Documentation may be collected and analyzed. It is not the role of Counsel conducting further inquiries to weigh the merits of a complaint or to make any recommendation as to the determination that a Chairperson or a Panel should make." The Executive Director and General Counsel of the CJC indicated that counsel's role of "fact-finder" was broader than might be inferred and expected that the report would constitute legal advice.

The appellant alleged, *inter alia*, that the CJC's investigation of the complaint was inadequate, the interpretation of the Judge's conduct was wrong in law, and the CJC had exceeded its jurisdiction by passing "erroneous and flawed judgment" on the appellant's conduct at trial as an excuse for the Judge's misconduct.

qui a déterminé que le rapport du Conseil canadien de la magistrature (CCM) relevait du conseil juridique et était protégé par un privilège d'intérêt public.

Le demandeur, un avocat, s'est plaint auprès du CCM de l'inconduite grave alléguée d'un juge de la Cour supérieure de justice de l'Ontario au cours d'un long et difficile procès devant jury pour meurtre au premier degré dans le cadre duquel le demandeur représentait l'accusé. Le président du CCM a rejeté la plainte et fermé le dossier sans le renvoyer à un comité d'enquête du CCM. Pour rendre sa décision, le président s'était appuyé sur un rapport rédigé par un conseiller juridique, le professeur Martin Friedland (le rapport Friedland). Le demandeur a présenté une demande de contrôle judiciaire de la décision du président. Quoique le président ait tenu compte du rapport Friedland pour rendre sa décision, le CCM a refusé de le divulguer avec les autres documents du dossier du tribunal conformément à la règle 317 des *Règles des Cours fédérales* (les Règles), affirmant que le contenu du rapport relevait du conseil juridique et que le rapport était donc protégé par le secret professionnel de l'avocat ainsi que par un privilège d'intérêt public. Une protonotaire de la Cour fédérale a accueilli la requête du demandeur en vue de contraindre le CCM à inclure le rapport dans son dossier et a rejeté les arguments du CCM concernant le privilège. La Cour fédérale a accueilli la requête du CCM présentée en application de la règle 51 des Règles et a infirmé la décision de la protonotaire. La Cour fédérale a conclu que le rapport Friedland était protégé en tant que conseil juridique et par un privilège d'intérêt public. Il a refusé de faire retrancher des parties du rapport et a exercé son pouvoir discrétionnaire pour refuser de convertir la demande en action.

La portée du mandat confié au professeur Friedland a été établie dans une lettre indiquant, entre autres choses, que « [l]e rôle de l'avocat menant une enquête supplémentaire consiste essentiellement à obtenir un complément d'information [...] Il est possible que l'on amasse des documents et que l'on procède à leur analyse. Il ne revient pas à l'avocat menant une enquête supplémentaire d'évaluer le bien-fondé d'une plainte ou de faire des recommandations quant à la décision qui devrait être prise par le président ou le sous-comité ». Le directeur exécutif et avocat général principal du CCM a précisé que le rôle d'« enquêteur » du conseiller juridique est plus grand que l'on pourrait le croire à la lecture de la politique et que le rapport de l'avocat constituerait un avis juridique.

Le demandeur a allégué, entre autres choses, que l'enquête menée par le CCM au sujet de la plainte était inadéquate, que l'interprétation de la conduite du juge était erronée en droit et que le CCM avait outrepassé sa compétence en « jugeant de façon erronée et viciée » que le comportement du demandeur durant le procès excusait l'inconduite du juge.

The main issues were whether the Friedland Report was subject to solicitor-client privilege and whether its factual components were severable.

*Held* (Stratas J.A. dissenting), the appeal should be dismissed.

*Per* Evans J.A.: The central question in this case was whether the Chairperson engaged Professor Friedland in his capacity as a lawyer to provide legal advice to assist him in deciding whether to dismiss the complaint or refer it to a hearing. Professor Friedland's letter of engagement did not expressly include the provision of legal advice to the Chairperson. Indeed, he was specifically instructed not to advise the Chairperson on the decision he should make regarding the complaint. However, the Supreme Court in *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health* somewhat modified the law as formulated in *Gower v. Tolko Manitoba Inc.* and *College of Physicians of B.C. v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* in that a lawyer and client relationship will be established if the lawyer has been engaged to provide services in a legal context for which a lawyer's skills and knowledge are necessary, even if the services might not be regarded as the provision of legal advice in the ordinary sense. While the retainer is important evidence of whether a solicitor-client relationship has been established, the terms of the retainer are not necessarily conclusive and must be construed in light of all the relevant circumstances. Inquiring into the appellant's allegations called for an analysis of documents and tapes that required a lawyer who had an extensive knowledge of criminal law and criminal trial process. The documents that had to be analysed to enable Professor Friedland to conduct further inquiries into the appellant's allegations called for a lawyer's expertise. A lawyer's knowledge was required to make the distinction between judicial errors that are appropriately remedied by an appeal and misconduct that might warrant removal from the Bench. Thus, despite the engagement letter's description of counsel's role as that of a gatherer and finder of the facts, it can be inferred from the nature of the allegations into which the letter stated that Professor Friedland was to conduct his inquiries that his role involved legal and factual analyses that required the skills and knowledge of a lawyer. Accordingly, when assisting the Chairperson in deciding how to proceed with the complaint, Professor Friedland was engaged in his capacity as a lawyer. The report of his inquiries was therefore subject to legal advice privilege.

Finally, it is not permissible to sever findings of fact made in an investigative report covered by solicitor-client privilege

Il s'agissait de savoir principalement si le rapport était protégé par le secret professionnel de l'avocat et s'il était possible de prélever les éléments factuels du rapport.

*Arrêt* (le juge Stratas, J.C.A., dissident) : l'appel doit être rejeté.

Le juge Evans, J.C.A. : La principale question à trancher en l'espèce était celle de savoir si le président a eu recours aux services du professeur Friedland à titre d'avocat pour qu'il lui fournisse des conseils juridiques afin de l'aider à décider s'il devait rejeter la plainte ou la déférer à une audience. La lettre d'engagement du professeur Friedland ne parlait pas expressément de la prestation de conseils juridiques au président. Le professeur Friedland a plutôt reçu pour instruction précise de ne pas conseiller le président à l'égard de la décision qu'il devrait rendre selon lui au sujet de la plainte. Cependant, la Cour suprême dans l'arrêt *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) v. Blood Tribe Department of Health* est venu modifier dans une certaine mesure le droit formulé dans le cadre des décisions *Gower c. Tolko Manitoba Inc.* et *College of Physicians and Surgeons of B.C. v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)* en précisant qu'une relation entre un avocat et son client est établie si l'avocat est chargé de fournir des services dans un contexte juridique exigeant les compétences et les connaissances d'un avocat, même si ces services peuvent ne pas être perçus comme étant des services juridiques au sens courant du terme. Quoique le mandat constitue une preuve importante de l'établissement d'une relation entre un avocat et son client, les modalités de celui-ci ne sont pas nécessairement déterminantes, et elles doivent être interprétées à la lumière de toutes les circonstances pertinentes. L'enquête concernant les allégations du demandeur supposait une analyse des documents et des enregistrements exigeant qu'un avocat possède une connaissance approfondie du droit pénal et des procès criminels. L'analyse des documents que le professeur Friedland devait examiner pour mener une enquête supplémentaire sur les allégations formulées par l'avocat exigeait l'expertise d'un avocat. Les connaissances d'un avocat étaient nécessaires pour distinguer les erreurs judiciaires pouvant être réparées adéquatement en appel et l'inconduite justifiant la destitution du juge. Ainsi, même si la lettre d'engagement décrit le rôle de l'avocat comme étant celui d'un enquêteur, il est possible de conclure à partir de la nature des allégations qui devaient faire l'objet de l'enquête du professeur Friedland selon cette lettre que son rôle supposait des analyses juridiques et factuelles exigeant les compétences et les connaissances d'un avocat. Par conséquent, lorsqu'il a aidé le président à décider de la façon de traiter la plainte, le professeur Friedland a été embauché en sa qualité d'avocat. Son rapport d'enquête était donc visé par le privilège de la consultation juridique.

Enfin, le prélèvement des constatations de faits contenues dans un rapport d'enquête protégé par le secret professionnel

when they form the basis of, and are inextricably linked to, the legal advice provided. The disclosure of documents ordered by the Federal Court substantively satisfied any possible duty to sever. To go further would erode the confidentiality on which the lawyer-client relationship fundamentally rests.

*Per Mainville J.A. (concurring):* The report of Professor Friedland was subject to public interest privilege on the grounds raised by the CJC. The CJC's decision that the Friedland Report should not be disclosed on the ground of public interest privilege was reasonable in the circumstances of this case. Any resulting damage to the public interest in the due administration of justice was non-existent or minimal at best. On the other hand, the disclosure of the report would negate, without justification, the undertakings of confidentiality provided by the CJC to the third parties who participated in the process, undertakings which were made at the behest of the appellant himself. Though the trial Judge may well have provided justifications to the CJC concerning his conduct of the trial or his decisions, this does not mean that these justifications must be disclosed to the appellant or to the Federal Court. Under the principle of judicial independence, he need not (and should not) justify his conduct of the trial, or any of his judicial decisions, to either the appellant or the Federal Court. The trial Judge may well wish to explain to the CJC his management of the trial and the reasons for his trial decisions, but that does not entail that he must do so publicly. The limited duty of disclosure owed under the CJC's Complaints Procedures is simply to inform the complainant of the disposition of the complaint. This was amply discharged in this case. The CJC owed no further duty of disclosure to the appellant. Since, in this case, the CJC justifiably raised a public interest privilege over the Friedland Report, and since the disclosure of this report was not necessary in order for the appellant to pursue his judicial review application, the Federal Court did not commit an error in concluding that the motion seeking its disclosure should have been dismissed by the Prothonotary.

*Per Stratas J.A. (dissenting):* The prerequisites for the solicitor-client privilege and the public interest privilege were not present here.

In assessing a claim of privilege, the retainer letter, if there is one, must predominate. The retainer letter defines, with binding contractual force, the nature of the relationship, the purpose of the lawyer's retainer, whether any advice is to be given, and the nature of that advice. In the present case, while the retainer letter mentioned that "[d]ocumentation may be collected and analyzed", to suggest that Professor Friedland was performing legal analysis is a leap too far. It would run

de l'avocat lorsque celles-ci sont le fondement des conseils juridiques fournis et y sont inextricablement liées n'est pas permis. La divulgation des documents que la Cour fédérale a ordonnée permet en grande partie l'acquittement de tout devoir de prélèvement. Aller plus loin viendrait éroder la confidentialité dont la relation entre un avocat et son client est fondamentalement tributaire.

Le juge Mainville, J.C.A. (motifs concourants) : Le rapport du professeur Friedland fait l'objet d'un privilège d'intérêt public pour les raisons invoquées par le CCM. La décision du CCM selon laquelle le rapport Friedland ne devrait pas être divulgué à cause de l'existence d'un privilège d'intérêt public est raisonnable, compte tenu des circonstances de l'espèce. L'atteinte à l'intérêt public par entrave à l'administration de la justice découlant de la non-divulgation était minime, voire inexistante. La divulgation du rapport bafouerait par contre de façon injustifiée la promesse de confidentialité faite par le CCM aux tierces parties qui ont participé au processus, promesse qu'a lui-même demandée le demandeur. Il se peut très bien que le juge ait justifié devant le CCM sa conduite durant le procès et ses décisions, mais cela n'entraîne pas automatiquement la divulgation de ses justifications au demandeur ou à la Cour fédérale. Selon le principe de l'indépendance judiciaire, il n'a pas à justifier sa conduite durant le procès ni aucune des décisions judiciaires qu'il a rendues devant l'appelant ni devant la Cour fédérale (et il ne devrait pas le faire). Il se peut très bien que le juge du procès souhaite expliquer au CCM la façon dont il a mené le procès et le fondement des décisions qu'il a rendues durant celui-ci, mais cela ne l'oblige pas à le faire publiquement. Le devoir de divulgation limité dont le CCM doit s'acquitter conformément à ses Procédures relatives aux plaintes consiste simplement à informer le plaignant de l'issue du traitement de la plainte. Le CCM s'est amplement acquitté de ce devoir en l'espèce. Il n'avait plus de devoir de divulgation envers le demandeur. Comme le CCM a invoqué avec raison un privilège d'intérêt public à l'égard du rapport Friedland, et comme la divulgation du rapport n'était pas nécessaire pour permettre au demandeur de présenter sa demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que la requête de divulgation aurait dû être rejetée par la protonotaire.

Le juge Stratas, J.C.A. (dissident) : Les conditions préalables à l'existence du privilège du secret professionnel de l'avocat et du privilège d'intérêt public ne sont pas réunies en l'espèce.

Lorsqu'il s'agit d'examiner une demande de privilège, s'il y a une lettre de mandat, celle-ci doit être le principal élément pris en compte. La lettre de mandat précise, avec la force exécutoire d'un contrat, la nature de la relation, l'objectif du mandat de l'avocat, le fait que l'on demande à l'avocat de fournir des conseils ou non, et, le cas échéant, la nature de ces conseils. Dans la présente cause, bien que la lettre de mandat ait mentionné que le professeur Friedland « amasse des

counter to the retainer letter’s explicit instruction that Professor Friedland was “not ... to weigh the merits of a complaint” or make any “recommendation as to the determination a Chairperson or a Panel should make.” Professor Friedland could not even engage in adjudicative fact-finding, as opposed to information gathering. Viewed in light of the tasks the retainer letter assigned to Professor Friedland and the restrictions on what he could do, the word “analyzed” only meant identifying, gathering, and summarizing bits of information from the documents and interviews. A lawyer cannot take a purely informational document and suddenly make it wholly secret by unilaterally inserting analyses, recommendations and advice that formed no part of the retainer. The mere fact that a lawyer is involved does not make a report generated by the lawyer privileged. In the context of investigations, a line exists between a lawyer retained only to gather information and a lawyer who is retained to gather information as part of the larger exercise of providing legal advice. In assessing where a case falls, “advice” must be broadly construed. It includes “advice as to what should prudently and sensibly be done in the relevant legal context”, in other words, practical advice mindful of the legalities or advice on a course of action informed by the legalities. But Professor Friedland was asked to gather information, not to give any sort of advice. The retainer letter showed that the CJC decomposed the overall task into factual and legal parts. It assigned to Professor Friedland a subset of the factual part—information gathering—leaving for itself the task of reviewing the facts gathered, applying the relevant law, and reaching a conclusion on the merits of the appellant’s complaint. Based on the Supreme Court’s comment in *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health* that solicitor-client privilege extends to “all interactions between a client and his or her lawyer when the lawyer is engaged in providing legal advice or otherwise acting as a lawyer”, the CJC sought to extend the scope of solicitor-client privilege far beyond the decided cases. It sought to shift the analytical focus from whether legal advice has been sought to whether the skills of a lawyer were required for the assigned task. In adding the comment, “otherwise acting as a lawyer”, the Supreme Court might have been alluding, infelicitously, to litigation privilege. It is not open to the Court to pluck the words “otherwise acting as a lawyer” from the introductory part of the Supreme Court’s reasoning in *Blood Tribe*, reify them to the level of a general principle, and then, contrary to authority, apply that principle to impose secrecy over an information gathering report that formed the basis of a public administrative decision. Protecting factual information from disclosure where no legal advice of any kind has been sought—indeed where, as here, the instructions were *not* to give advice of any kind—does not further the purposes of privilege. This is especially so where the disclosure of factual information reveals nothing about legalities or legal views held by the author. If the privilege existed, the CJC waived it by voluntarily giving the Friedland Report to a third party,

documents et [...] procède à leur analyse », laisser entendre que le professeur Friedland aurait effectué une analyse de nature juridique est un pas de trop. Cela serait contraire à la directive explicite de la lettre de mandat selon laquelle le professeur Friedland ne devait « pas [...] évaluer le bien-fondé d’une plainte » ni faire des « recommandations quant à la décision qui devrait être prise par le président ou le sous-comité ». Le professeur Friedland ne pouvait même pas procéder à une recherche des faits dans le cadre d’un processus juridictionnel, par opposition à l’obtention d’un complément d’information. À la lumière des tâches confiées au professeur Friedland dans la lettre de mandat, et surtout des restrictions concernant ce qu’il pouvait faire, le mot « analyse » ne pouvait renvoyer qu’au fait de circonscrire, de réunir et de résumer les éléments d’information contenus dans les documents et obtenus pendant les entrevues. Un avocat ne peut pas prendre un document purement informatif et en faire instantanément un document entièrement secret en y ajoutant de façon unilatérale des analyses, des recommandations, et des conseils, alors que cela ne faisait pas partie de son mandat. Le simple fait qu’un avocat prenne part au processus n’implique pas que le rapport qu’il rédige est protégé par le secret professionnel. Dans le contexte des enquêtes, il y a une distinction entre la situation d’un avocat chargé seulement de recueillir des renseignements et celle d’un avocat chargé de recueillir des renseignements dans le cadre d’une tâche plus large consistant à fournir des conseils juridiques. Il convient de donner un sens large au mot « conseil » lorsqu’il s’agit de décider à quelle catégorie une affaire appartient. Cela comprend « les conseils sur les mesures raisonnables et prudentes à prendre dans le contexte juridique en cause », autrement dit, des conseils pratiques tenant compte du droit ou des conseils concernant la marche à suivre en fonction du droit. Mais le professeur Friedland a été chargé de recueillir des renseignements, et non de donner quelque conseil que ce soit. La lettre de mandat montrait que le CCM a divisé la tâche en deux parties : le volet factuel et le volet juridique. Il a attribué au professeur Friedland un sous-ensemble du volet factuel — la collecte de renseignements — et s’est réservé la tâche d’examiner les faits réunis, d’appliquer les règles de droit pertinentes et de tirer une conclusion du bien-fondé de la plainte du demandeur. D’après le commentaire de la Cour suprême dans l’arrêt *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, selon lequel le secret professionnel de l’avocat s’applique à « toutes les communications entre un client et son avocat lorsque ce dernier donne des conseils juridiques ou agit, d’une autre manière, en qualité d’avocat », le CCM a cherché à étendre la portée du secret professionnel bien au-delà des décisions rendues. Il a cherché à faire porter l’analyse sur la question de savoir si les compétences d’un avocat étaient nécessaires pour l’exécution de la tâche assignée, plutôt que sur celle de savoir si des conseils juridiques avaient été demandés. Lorsqu’elle a ajouté « ou agit, d’une autre manière, en qualité d’avocat », il est possible que la Cour suprême a plutôt maladroitement fait

i.e. the Deputy Attorney General of Ontario. The CJC should not be permitted to disclose bits of information in the Friedland Report that support its decision, but withhold the rest of it. In the interests of fairness and consistency, the Council should be taken to have waived whatever privilege might have existed over all of the Friedland Report.

As to severance, even if Professor Friedland's task included providing legal advice, and even if the CJC did not waive any privilege which existed, the Friedland Report should be included in the record of the Court, with any privileged portions severed.

The Friedland Report is not protected by public interest privilege. In order to succeed in its claim of public interest privilege, the CJC had to demonstrate an interest in confidentiality, well established in the evidence, one that justifies withholding a document that a reviewing court would normally get to see. The CJC failed to do this and its claim for public interest privilege must fail.

Finally, if the CJC's public interest claim was upheld, the reviewing court would not see the Friedland Report. The reviewing court would thus not be able to assess the grounds of review asserted by the appellant and to some extent the CJC's decision would be shielded from review. Immunizing part of the CJC's decision offends the principle that all holders of public power should be accountable for their exercises of power. In this case, immunization weakens the accountability and transparency of the CJC and the judicial disciplinary system it administers. This principle finds voice in many areas of the law. With less accountability and transparency, public confidence in the judiciary would fall, ultimately threatening judicial independence. Allowing the reviewing court to consider the appellant's grounds of challenge with the benefit of

allusion au privilège de la poursuite. Il n'appartient pas à la Cour d'extraire l'expression « agit, d'une autre manière, en qualité d'avocat » de l'introduction du raisonnement de la Cour suprême dans l'arrêt *Blood Tribe*, de l'ériger en principe général, puis, de façon contraire à la jurisprudence, d'appliquer ce principe pour imposer la confidentialité d'un rapport d'enquête sur lequel est fondée une décision relevant de l'administration publique. La protection de renseignements factuels contre la divulgation dans le cas où aucun conseil juridique, de quelque nature que ce soit, n'a été demandé — et dans le cas, en fait, où, comme en l'espèce, l'avocat a reçu pour directive de ne *pas* fournir quelque conseil que ce soit — ne sert pas les fins du privilège. C'est particulièrement vrai lorsque la divulgation des renseignements concernant les faits ne révèle rien au sujet du droit ou sur les points de vue sur le droit adoptés par l'auteur. Si le privilège a existé, le CCM y a renoncé en remettant volontairement le rapport Friedland à une tierce partie, soit au sous-procureur général de l'Ontario. Le CCM ne devrait pas être autorisé à divulguer certains éléments d'information contenus dans le rapport Friedland pour appuyer cette décision, mais à préserver la confidentialité du reste du rapport. Par souci d'équité et de cohérence, il faudrait considérer que le Conseil a renoncé à tout privilège dont le rapport Friedland a pu faire l'objet.

Quant au prélèvement, même si la tâche confiée au professeur Friedland incluait la prestation de conseils juridiques, et même si le CCM n'a pas renoncé à tout privilège existant, le rapport Friedland devrait être versé au dossier de la Cour, après que toute partie confidentielle en aura été prélevée.

Le rapport Friedland n'est pas protégé par un privilège d'intérêt public. Afin d'obtenir un privilège d'intérêt public, le CCM devait démontrer l'existence d'un intérêt à l'égard de la confidentialité, intérêt qui soit bien établi dans les éléments de preuve et qui justifie la non-production d'un document que la cour de révision devrait normalement pouvoir consulter. Le CCM ne l'a pas fait, et sa demande de privilège d'intérêt public doit donc être rejetée.

Enfin, si la demande de privilège d'intérêt public du CCM est accueillie, la cour de révision n'aura pas accès au rapport Friedland. Par conséquent, la cour de révision ne pourrait évaluer les motifs de contrôle que le demandeur a invoqués et le CCM empêcherait dans une certaine mesure que sa décision soit contrôlée. Mettre à l'abri de tout contrôle une partie de la décision du CCM enfreint le principe selon lequel tous les titulaires de pouvoirs publics doivent rendre compte de la façon dont ils exercent ces pouvoirs. En l'espèce, la mise à l'abri nuit à la responsabilisation et à la transparence du CCM, ainsi qu'au système de justice disciplinaire qu'il administre. Ce principe est affirmé à bien des endroits dans notre jurisprudence. La diminution de la responsabilisation et de la transparence entraînerait une diminution de la confiance du public envers la magistrature, ce qui au



the Friedland Report does not undercut judicial independence at all. If anything, it strengthens it.

bout du compte menace l'indépendance judiciaire. Permettre à la cour de révision d'examiner les motifs de la contestation du demandeur à la lumière du rapport Friedland ne nuirait pas du tout à l'indépendance judiciaire. En fait, cela pourrait même l'accroître.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1.  
*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37, 38, 39.  
*Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 49 to 51.12.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.4.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 51, 53, 151, 152, 317, 318.  
*Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1, ss. 59(1), 60, 61, 62, 63, 64, 65, 71.  
*Judicial Conduct and Disability Act of 1980*, 28 U.S.C. § 360 (2012).  
*Judicial Discipline (Prescribed Procedures) Regulations 2006*, SI 2006/676, s. 40(4).  
*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, R. 39.03.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, (1979), 105 D.L.R. (3d) 745.

##### CONSIDERED:

*Payne v. Ontario Human Rights Commission*, 2000 CanLII 5731, 192 D.L.R. (4th) 315 (Ont. C.A.); *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809; *General Accident Assurance Co. v. Chrusz*, 1999 CanLII 7320, 45 O.R. (3d) 321 (C.A.); *College of Physicians of B.C. v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2002 BCCA 665, [2003] 2 W.W.R. 279; *Balabel v. Air India*, [1988] Ch. 317 (C.A.); *Blood Tribe v. Canada (Attorney General)*, 2010 ABCA 112 (CanLII), 487 A.R. 71; *Gower v. Tolko Manitoba Inc.*, 2001 MBCA 11 (CanLII), 196 D.L.R. (4th) 716; *Wilson v. Favelle*, 1994 CanLII 1152, 26 C.P.C. (3d) 273 (B.C.S.C.); *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, 2002 SCC 11, [2002] 1 S.C.R. 249; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, (1989), 61 D.L.R. (4th) 688; *Morier et al. v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716, (1985), 23 D.L.R. (4th) 1; *Sirros v. Moore*, [1975] 1

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Judicial Conduct and Disability Act of 1980*, 28 U.S.C. § 360 (2012).  
*Judicial Discipline (Prescribed Procedures) Regulations 2006*, SI 2006/676, s. 40(4).  
*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37, 38, 39.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.4.  
*Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1, art. 59(1), 60, 61, 62, 63, 64, 65, 71.  
*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 49 à 51.12.  
*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 39.03.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 51, 53, 151, 152, 317, 318.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Payne v. Ontario Human Rights Commission*, 2000 CanLII 5731, 192 D.L.R. (4th) 315 (C.A. Ont.); *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809; *General Accident Assurance Co. v. Chrusz*, 1999 CanLII 7320, 45 R.J.O. (3<sup>e</sup>) 321 (C.A.); *College of Physicians of B.C. v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2002 BCCA 665, [2003] 2 W.W.R. 279; *Balabel v. Air India*, [1988] Ch. 317 (C.A.); *Blood Tribe v. Canada (Attorney General)*, 2010 ABCA 112 (CanLII), 487 A.R. 71; *Gower v. Tolko Manitoba Inc.*, 2001 MBCA 11 (CanLII), 196 D.L.R. (4th) 716; *Wilson v. Favelle*, 1994 CanLII 1152, 26 C.P.C. (3d) 273 (C. supr. C.-B.); *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *Morier et autre c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118; *R. c. Lippé*,

Q.B. 118; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, (1991), 5 C.R.R. (2d) 31; *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; *Thompson v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 197, 366 D.L.R. (4th) 169; *Guelph (City) v. Super Blue Box Recycling Corp.*, 2004 CanLII 34954, 2 C.P.C. (6th) 276 (Ont. S.C.J.); *Hartwig v. Commission of Inquiry into matters relating to the death of Neil Stonechild*, 2007 SKCA 74 (CanLII), 284 D.L.R. (4th) 268; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, (1986), 58 O.R. (2d) 352; *Sankey v. Whitlam* (1978), 21 A.L.R. 505 (H.C.); *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700 (H.L.); *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157, (1997), 143 D.L.R. (4th) 1; *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138, (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *Tzaban v. Minister of Religious Affairs* (1986), 40(4) P.D. 141; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332.

REFERRED TO:

*Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425, [1993] 1 C.T.C. 186 (C.A.); *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450; *Three Rivers District Council & Ors v. Bank of England*, [2004] UKHL 48 (BAILII), [2004] 3 W.L.R. 1274; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, (1986), 30 D.L.R. (4th) 481; *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673, (1985), 24 D.L.R. (4th) 161; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island; Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, (1997), 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611; *Therrien (Re)*, 2001 SCC 35, [2001] 2 S.C.R. 3; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCA 55, [2003] 3 F.C. 3; *Guardian News & Media Limited v. Information Commissioner*, 10 June 2009, Information Tribunal Appeal Number: EA/2008/0084; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, 2001 FCT 1247, [2002] 3 F.C. 91; *Douglas v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 451, [2014] 4 F.C.R. 494; *Jacko v. McLellan*, 2008 CanLII 69579, 306 D.L.R. (4th) 126 (Ont. S.C.J.); *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, (1999), 171 D.L.R. (4th) 193; *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, (1993), 106 Nfld. & P.E.I.R. 140; *Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp., Re*, 1983 CanLII 1894, 41 O.R. (2d) 328 (Div. Ct.); *R. v. Joubert*, 1992 CanLII 1073, 7 B.C.A.C. 31 (C.A.); *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, (1999), 169 D.L.R. (4th) 385; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, [1991] 6 W.W.R. 673; *Bone v. Person*, 2000 CanLII 26955, 185 D.L.R. (4th) 335 (Man. C.A.); *Ranger v. Penterman*, 2011 ONCA 412, 342 D.L.R. (4th) 690;

[1991] 2 R.C.S. 114; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Thompson c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 197; *Guelph (City) v. Super Blue Box Recycling Corp.*, 2004 CanLII 34954, 2 C.P.C. (6th) 276 (C.S.J. Ont.); *Hartwig v. Commission of Inquiry into matters relating to the death of Neil Stonechild*, 2007 SKCA 74 (CanLII), 284 D.L.R. (4th) 268; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *Sankey v. Whitlam* (1978), 21 A.L.R. 505 (H.C.); *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700 (H.L.); *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157; *Thorson c. Procureur général du Canada et al.*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *Tzaban v. Minister of Religious Affairs* (1986), 40(4) P.D. 141; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332.

DÉCISIONS CITÉES :

*Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.); *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450; *Three Rivers District Council & Ors v. Bank of England*, [2004] UKHL 48 (BAILII), [2004] 3 W.L.R. 1274; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611; *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 35; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 55, [2003] 3 C.F. 3; *Guardian News & Media Limited v. Information Commissioner*, 10 June 2009, Information Tribunal Appeal Number: EA/2008/0084; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 1247, [2002] 3 C.F. 91; *Douglas c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 451, [2014] 4 R.C.F. 494; *Jacko v. McLellan*, 2008 CanLII 69579, 306 D.L.R. (4th) 126 (C.S.J. Ont.); *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp., Re*, 1983 CanLII 1894, 41 O.R. (2d) 328 (C. div.); *R. v. Joubert*, 1992 CanLII 1073, 7 B.C.A.C. 31 (C.A.); *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *Bone v. Person*, 2000 CanLII 26955, 185 D.L.R. (4th) 335 (C.A. Man.); *Ranger v. Penterman*, 2011 ONCA 412, 342 D.L.R. (4th) 690; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CAF 104; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005

*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 FCA 104, 360 D.L.R. (4th) 176; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *Southern Railway of British Columbia Ltd. v. Canada (Deputy Minister of National Revenue)*, 1991 CanLII 2083, [1991] 1 C.T.C. 432 (B.C.S.C.); *PSC Industrial Services Canada Inc. v. Thunder Bay (City)*, 2006 CanLII 7029 (Ont. S.C.J.); *B.C. Securities Commission v. BDS and CWM*, 2002 BCSC 664; *1225145 Ontario Inc. v. Kelly*, 2006 CanLII 19425, 27 C.P.C. (6th) 227 (Ont. S.C.J.); *Access Information Agency Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2007 FCA 224; *1185740 Ontario Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue)*, 1999 CanLII 8774, 247 N.R. 287 (F.C.A.); *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; *M.N.R. v. Derakhshani*, 2009 FCA 190; *Canada (National Revenue) v. RBC Life Insurance Company*, 2013 FCA 50; *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 2002 BCSC 1509, 8 B.C.L.R. (4th) 281; *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.); *Glasgow Corporation v. Central Land Board*, 1956 S.C. (H.L.) 1; *Rogers v. Home Secretary*, [1973] A.C. 388 (H.L.); *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Woodward Estate (Executors of) v. Minister of Finance*, [1973] S.C.R. 120, (1972), 27 D.L.R. (3d) 608; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, (1988), 35 Admin. L.R. 153; *Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220, (1981), 127 D.L.R. (3d) 1; *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607, (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; *Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General)*; *Paul Magder Furs Ltd. v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 675, (1993), 107 D.L.R. (4th) 634; *Harris v. Canada*, [2000] 4 F.C. 37, (2000), 187 D.L.R. (4th) 419 (C.A.); *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, 2001 SCC 4, [2001] 1 S.C.R. 221.

CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *Southern Railway of British Columbia Ltd. v. Canada (Deputy Minister of National Revenue)*, 1991 CanLII 2083, [1991] 1 C.T.C. 432 (C. supr. C.-B.); *PSC Industrial Services Canada Inc. v. Thunder Bay (City)*, 2006 CanLII 7029 (C.S.J. Ont.); *B.C. Securities Commission v. BDS and CWM*, 2002 BCSC 664; *1225145 Ontario Inc. v. Kelly*, 2006 CanLII 19425, 27 C.P.C. (6th) 227 (C.S.J. Ont.); *Access Information Agency Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 224; *1185740 Ontario Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national)*, 1999 CanLII 8774 (C.A.F.); *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *M.R.N. c. Derakhshani*, 2009 CAF 190; *Canada (Revenu national) c. Compagnie d'assurance vie RBC*, 2013 CAF 50; *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 2002 BCSC 1509, 8 B.C.L.R. (4th) 281; *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.); *Glasgow Corporation v. Central Land Board*, 1956 S.C. (H.L.) 1; *Rogers v. Home Secretary*, [1973] A.C. 388 (H.L.); *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Succession Woodward (Exécuteurs testamentaires) c. Ministre des Finances*, [1973] R.C.S. 120; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Crevier c. Procureur général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)*; *Paul Magder Furs Ltd. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675; *Harris c. Canada*, [2000] 4 C.F. 37 (C.A.); *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, 2001 CSC 4, [2001] 1 R.C.S. 221.

## AUTHORS CITED

Barak, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2006.  
 Binnie, Ian. "Judicial Independence in Canada" in *World Conference on Constitutional Justice*, 2nd Congress, Rio de Janeiro, January 16–18, 2011, online:

## DOCTRINE CITÉE

Barak, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton, N.J. : Princeton University Press, 2006.  
 Binnie, Ian. « Judicial Independence in Canada » dans *Conférence mondiale de justice constitutionnelle*, 2<sup>e</sup> Congrès, Rio de Janeiro, 16–18 janvier 2011, en ligne :

- <[http://www.venice.coe.int/wccj/Rio/Papers/CAN\\_Binnie\\_E.pdf](http://www.venice.coe.int/wccj/Rio/Papers/CAN_Binnie_E.pdf)>.
- Brody, David C. “The Use of Judicial Performance Evaluation to Enhance Judicial Accountability, Judicial Independence and Public Trust” (2008), 86 *Denv. U. L. Rev.* 115.
- Bryant, Alan W. *et al. The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2009.
- Campbell, Enid and H. P. Lee. *The Australian Judiciary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- Canadian Judicial Council. *Annual Report 2002-03*. Appendix E “Procedures for Dealing with Complaints made to the Canadian Judicial Council about Federally Appointed Judges”, online: <[http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news\\_pub\\_annualreport\\_2002-2003\\_en.pdf](http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_pub_annualreport_2002-2003_en.pdf)>.
- Canadian Judicial Council. *Annual Report 2002-03*. Appendix F “Canadian Judicial Council Policy with Respect to Counsel Retained in Judicial Conduct Matters”, online: <[http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news\\_pub\\_annualreport\\_2002-2003\\_en.pdf](http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_pub_annualreport_2002-2003_en.pdf)>.
- Canadian Judicial Council. *Ethical Principles for Judges*, 2004, online: <[http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news\\_pub\\_judicialconduct\\_Principles\\_en.pdf](http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_pub_judicialconduct_Principles_en.pdf)>.
- Canadian Judicial Council. Procedures for Dealing with Complaints made to the Canadian Judicial Council about Federally Appointed Judges: “Complaints Procedures”, October 14, 2010, online: <<http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/CJC-CCM-Procedures-2010.pdf>>.
- Ciparick, Carmen Beauchamp and Bradley T. King. “Judicial Independence: Is It Impaired or Bolstered by Judicial Accountability?” (2010), 84 *St. John’s L. Rev.* 1.
- Dodek, Adam M. “Reconceiving Solicitor-Client Privilege” (2010), 35 *Queen’s L.J.* 493.
- Friedland, Martin L. *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada*. Ottawa: Canadian Judicial Council, 1995.
- Geyh, Charles G. “Rescuing Judicial Accountability from the Realm of Political Rhetoric” (2006), 56 *Case W. Res. L. Rev.* 911.
- Hubbard, Robert W. *et al. The Law of Privilege in Canada*, loose-leaf. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006.
- Keane, Adriane *et al. The Modern Law of Evidence*, 8th ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- McLachlin, Beverley. “Courts, Transparency and Public Confidence – To the Better Administration of Justice” (2003), 8 *Deakin L. Rev.* 1.
- Olowofoyeku, Abimbola A. “The Crumbling Citadel: Absolute Judicial Immunity De-rationalised” (1990), 10 *Legal Studies* 271.
- Paciocco, David M. and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 6th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.
- Phipson, Sidney Lovell. *Phipson on Evidence*, 17th ed. by Hodge C. Malek, Q.C. London: Sweet & Maxwell, 2010.
- <[http://www.venice.coe.int/wccj/Rio/Papers/CAN\\_Binnie\\_E.pdf](http://www.venice.coe.int/wccj/Rio/Papers/CAN_Binnie_E.pdf)>.
- Brody, David C. « The Use of Judicial Performance Evaluation to Enhance Judicial Accountability, Judicial Independence and Public Trust » (2008), 86 *Denv. U. L. Rev.* 115.
- Bryant, Alan W. *et al. The Law of Evidence in Canada*, 3<sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2009.
- Campbell, Enid et H. P. Lee. *The Australian Judiciary*. Cambridge : Cambridge University Press, 2001.
- Ciparick, Carmen Beauchamp et Bradley T. King. « Judicial Independence: Is It Impaired or Bolstered by Judicial Accountability? » (2010), 84 *St. John’s L. Rev.* 1.
- Conseil canadien de la magistrature. *Principes de déontologie judiciaire*, 2004, en ligne : <[https://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news\\_pub\\_judicialconduct\\_Principles\\_fr.pdf](https://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_pub_judicialconduct_Principles_fr.pdf)>.
- Conseil canadien de la magistrature. Procédures relatives à l’examen des plaintes déposées au Conseil canadien de la magistrature au sujet de juges de nomination fédérale: « Procédures relatives aux plaintes », 14 octobre 2010, en ligne : <<http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/CJC-CCM-Procedures-2010.pdf>>.
- Conseil canadien de la magistrature. *Rapport annuel 2002-2003*. Annexe E « Procédures relatives à l’examen des plaintes déposées au Conseil canadien de la magistrature au sujet de juges de nomination fédérale », en ligne : <[http://epe.lac-bac.gc.ca/100/201/301/ra\\_conseil\\_canadien\\_magistrature/2002-2003.pdf](http://epe.lac-bac.gc.ca/100/201/301/ra_conseil_canadien_magistrature/2002-2003.pdf)>.
- Conseil canadien de la magistrature. *Rapport annuel 2002-2003*. Annexe F « Politique du Conseil canadien de la magistrature relative aux avocats agissant dans les affaires de déontologie judiciaire », en ligne : <[http://epe.lac-bac.gc.ca/100/201/301/ra\\_conseil\\_canadien\\_magistrature/2002-2003.pdf](http://epe.lac-bac.gc.ca/100/201/301/ra_conseil_canadien_magistrature/2002-2003.pdf)>.
- Dodek, Adam M. « Reconceiving Solicitor-Client Privilege » (2010), 35 *Queen’s L.J.* 493.
- Friedland, Martin L. *Une place à part : l’indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*. Ottawa : Conseil canadien de la magistrature, 1995.
- Geyh, Charles G. « Rescuing Judicial Accountability from the Realm of Political Rhetoric » (2006), 56 *Case W. Res. L. Rev.* 911.
- Hubbard, Robert W. *et al. The Law of Privilege in Canada*, feuilles mobiles. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2006.
- Keane, Adriane *et al. The Modern Law of Evidence*, 8<sup>e</sup> éd. Oxford : Oxford University Press, 2010.
- McLachlin, Beverley. « Courts, Transparency and Public Confidence – To the Better Administration of Justice » (2003), 8 *Deakin L. Rev.* 1.
- Nations Unies. Haut-Commissariat aux droits de l’homme. Principes fondamentaux relatifs à l’indépendance de la magistrature, en ligne : <<http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx>>.

Strassfeld, Robert N. “‘Atrocious Judges’ and ‘Odious’ Courts Revisited” (2006), 56 *Case W. Res. L. Rev.* 899.  
 Tapper, Colin. *Cross and Tapper on Evidence*, 11th ed. New York: Oxford University Press, 2007.  
 United Nations. Office of the High Commissioner for Human Rights. Basic Principles on the Independence of the Judiciary, online: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx>>.  
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, Vol. 8. Boston: Little Brown & Co., 1961.

Olowofoyeku, Abimbola A. « The Crumbling Citadel: Absolute Judicial Immunity De-rationalised » (1990), 10 *Legal Studies* 271.  
 Paciocco, David M. et Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 6<sup>e</sup> éd. Toronto : Irwin Law, 2011.  
 Phipson, Sidney Lovell. *Phipson on Evidence*, 17<sup>e</sup> éd. par Hodge C. Malek, c.r. Londres : Sweet & Maxwell, 2010.  
 Strassfeld, Robert N. « ‘Atrocious Judges’ and ‘Odious’ Courts Revisited » (2006), 56 *Case W. Res. L. Rev.* 899.  
 Tapper, Colin. *Cross and Tapper on Evidence*, 11<sup>e</sup> éd. New York : Oxford University Press, 2007.  
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, vol. 8. Boston : Little Brown & Co., 1961.

APPEAL from a decision of the Federal Court (2011 FC 1467, [2013] 3 F.C.R. 558) setting aside the Prothonotary’s decision (2011 FC 476, 388 F.T.R. 217) and determining that a report by the Canadian Judicial Council was subject to both legal advice and public interest privilege. Appeal dismissed, Stratas J.A. dissenting.

APPEL à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale (2011 CF 1467, [2013] 3 R.C.F. 558) qui a annulé la décision de la protonotaire (2011 CF 476) et qui a déterminé que le rapport du Conseil canadien de la magistrature relevait du conseil juridique et était protégé par un privilège d’intérêt public. Appel rejeté, le juge Stratas, J.C.A., étant dissident.

#### APPEARANCES

*Rocco Galati* for appellant.  
*James Gorham* for respondents.  
*Paul J. J. Cavalluzzo* and *Adrienne Telford* for intervener.

#### ONT COMPARU

*Rocco Galati* pour le demandeur.  
*James Gorham* pour les intimés.  
*Paul J. J. Cavalluzzo* et *Adrienne Telford* pour l’intervenant.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Rocco Galati Law Firm Professional Corporation*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.  
*Cavalluzzo Shilton McIntyre & Cornish LLP*, Toronto, for intervener.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Rocco Galati Law Firm Professional Corporation*, Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.  
*Cavalluzzo Shilton McIntyre & Cornish LLP/s.r.l.*, Toronto, pour l’intervenant.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

EVANS J.A.:

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

#### A. INTRODUCTION

[1] The Canadian Judicial Council (CJC) has a statutory responsibility to investigate complaints of misconduct made against federally appointed judges.

#### A. INTRODUCTION

[1] Le Conseil canadien de la magistrature (CCM) est tenu par la loi d’enquêter sur les plaintes d’inconduite concernant les juges nommés par le gouvernement

This may result in a recommendation to the Minister of Justice that a judge has become unable to perform judicial duties by virtue of misconduct, and should be removed from office. The CJC's disciplinary function is delicate: it engages issues of judicial independence and accountability, and of confidentiality and transparency. Consideration of these issues must be driven by the public interest in the administration of justice in both its broadest and more specific senses.

[2] This case raises an important issue about the CJC's investigative process. If a complainant applies for judicial review of a decision by the Chairperson of the Judicial Conduct Committee (Chairperson) to dismiss a complaint against a judge, must the CJC disclose a confidential report prepared by outside counsel to assist the Chairperson in considering the complaint?

[3] In August 2004, Paul Slansky, a Toronto criminal lawyer, complained to the CJC about the conduct of Justice Robert Thompson (Judge), an Ontario Superior Court of Justice judge. He alleged that the Judge had been guilty of serious misconduct during a long and difficult first degree murder trial before a jury, in which Mr. Slansky was representing the accused.

[4] The Chairperson, Chief Justice Scott of Manitoba, dismissed the complaint and closed the file without referring it to an Inquiry Committee (hearing panel) of the CJC. In making this decision, the Chairperson relied on a report from counsel, Professor Martin Friedland, whom he had retained to make further inquiries into Mr. Slansky's allegations.

[5] Mr. Slansky brought an application for judicial review of the Chairperson's decision to dismiss his complaint and not to refer it to a hearing panel. Although Professor Friedland's report had been taken into account by the Chairperson in making this decision, the CJC refused to disclose it as part of the tribunal record requested by Mr. Slansky pursuant to rule 317 of the

fédéral. L'enquête peut donner lieu à une recommandation au ministre de la Justice selon laquelle le juge concerné n'est plus en mesure d'assumer ses fonctions judiciaires en raison d'une conduite répréhensible et devrait être démis de ses fonctions. La fonction disciplinaire du CCM est de nature délicate : elle suppose l'examen de questions liées à l'indépendance et à la responsabilité des juges, ainsi qu'à la confidentialité et à la transparence. Cet examen doit être guidé par l'intérêt public à l'égard de l'administration de la justice au sens le plus large et selon certaines acceptions plus restreintes du terme.

[2] Une question importante concernant le processus d'enquête du CCM est soulevée en l'espèce. Lorsqu'une personne demande le contrôle judiciaire de la décision du président du Comité sur la conduite des juges (le président) de rejeter une plainte formulée contre un juge, le CCM doit-il divulguer un rapport confidentiel rédigé par un avocat de l'extérieur dans le but d'aider le président à examiner la plainte?

[3] En août 2004, Paul Slansky, criminaliste de Toronto, s'est plaint auprès du CCM de la conduite du juge Robert Thompson de la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Il a allégué que le juge Thompson s'était rendu coupable d'inconduite grave au cours d'un long et difficile procès devant jury pour meurtre au premier degré dans le cadre duquel M<sup>e</sup> Slansky représentait l'accusé.

[4] Le président, le juge en chef Scott du Manitoba, a rejeté la plainte et fermé le dossier sans le renvoyer à un comité d'enquête (comité d'audience) du CCM. Pour rendre sa décision, le président s'était appuyé sur un rapport rédigé par un conseiller juridique, le professeur Martin Friedland, à qui il avait demandé d'approfondir l'enquête concernant les allégations formulées par M<sup>e</sup> Slansky.

[5] M<sup>e</sup> Slansky a présenté une demande de contrôle judiciaire de la décision du président de rejeter sa plainte et de ne pas la renvoyer à un comité d'audience. Quoique le président ait tenu compte du rapport du professeur Friedland pour rendre sa décision, le CCM a refusé de le divulguer avec les autres documents du dossier du tribunal demandés par M<sup>e</sup> Slansky conformément à la

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (Rules). The CJC said that the report constituted legal advice and was thus protected by solicitor-client privilege, and was also subject to public interest privilege.

[6] Mr. Slansky brought a motion to compel disclosure of the report as part of the CJC's record. In the alternative, he argued that the Court should exercise its discretion under subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, to order the conversion of the application into an action, so that he would have the benefits of trial process, including discovery and *viva voce* evidence.

[7] Subject to the redaction of pages in the report that she considered to be legal advice, Prothonotary Milczynski granted the motion and rejected the CJC's privilege arguments. Having ordered disclosure of most of the report, she did not have to, and did not, determine the conversion issue. Her decision is reported at 2011 FC 476, 388 F.T.R. 217.

[8] The CJC brought a motion under rule 51 of the Rules to set aside the Prothonotary's decision. Justice de Montigny of the Federal Court allowed the motion and reversed the Prothonotary's decision. He found that Professor Friedland's report was subject to both legal advice and public interest privilege. He declined to sever parts of the report, but ordered the CJC to disclose the 6 000 pages of trial transcript examined by Professor Friedland, as well as other publicly available materials that he had considered in preparing his report. Justice de Montigny exercised his discretion not to convert the application into an action. His decision is reported at 2011 FC 1467, [2013] 3 F.C.R. 558.

[9] Mr. Slansky appeals to this Court from that decision. For the reasons that follow, I have concluded that the Friedland Report is covered by legal advice privilege. In addition, I agree with my colleague Justice Mainville that the report is also subject to public interest

règle 317 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles). Le CCM a affirmé que le contenu du rapport relevait du conseil juridique et que le rapport était donc protégé par le secret professionnel de l'avocat ainsi que par un privilège d'intérêt public.

[6] M<sup>e</sup> Slansky a présenté une requête en vue de contraindre le CCM à inclure le rapport dans son dossier. À titre subsidiaire, il a affirmé que la Cour devrait exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, pour ordonner la conversion de la demande en une action, de sorte qu'il puisse bénéficier d'un procès, et notamment de la communication préalable de renseignements et de témoignages de vive voix.

[7] Sous réserve du caviardage des pages du rapport qu'elle considérait comme relevant du conseil juridique, la protonotaire Milczynski a accueilli la requête et rejeté les arguments du CCM concernant le privilège. Comme elle a ordonné la divulgation de la majeure partie du rapport, elle n'a pas eu à trancher la question de la conversion de la demande, et elle ne l'a donc pas fait. Sa décision est publiée sous la référence 2011 CF 476.

[8] Le CCM a présenté, en application de la règle 51 des Règles, une requête en vue de faire annuler la décision de la protonotaire. Le juge de Montigny de la Cour fédérale a accueilli la requête et infirmé la décision de la protonotaire. Il a conclu que le rapport du professeur Friedland était protégé en tant que conseil juridique et par un privilège d'intérêt public. Il a refusé de faire retrancher des parties du rapport, mais il a ordonné au CCM de produire les 6 000 pages de transcription de procès examinées par le professeur Friedland, ainsi que tout autre document public utilisé pour rédiger son rapport. Le juge de Montigny a exercé son pouvoir discrétionnaire pour refuser de convertir la demande en action. Sa décision est publiée sous la référence 2011 CF 1467, [2013] 3 R.C.F. 558.

[9] M<sup>e</sup> Slansky interjette maintenant appel de cette décision. Pour les motifs qui suivent, j'ai conclu que le rapport Friedland est protégé par le privilège du conseil juridique. En outre, je suis d'accord avec mon collègue le juge Mainville pour dire que le rapport fait également

privilege. I am not persuaded that Justice de Montigny committed any error in refusing Mr. Slansky's request to convert the application into an action.

[10] Accordingly, I would dismiss the appeal, but vary the Federal Court's order by requiring the CJC to disclose pages 31–32 of the report as part of its tribunal record because they are not relevant to Professor Friedland's investigation of Mr. Slansky's complaint against the Judge.

## B. FACTUAL BACKGROUND

[11] In a 16-page complaint to the CJC, dated August 12, 2004 (appeal book, pages 39–54), Mr. Galati, who was representing Mr. Slansky, alleged serious misconduct by the Judge during the trial: discourteous, abusive and impatient behaviour towards Mr. Slansky; bias, refusal to hear arguments and unduly interfering with Mr. Slansky's cross-examination of witnesses; improper motives; abuse of office; and knowingly acting contrary to law.

[12] In turn, the Judge, through the Assistant Deputy Attorney General of Ontario, complained to the Law Society of Upper Canada about Mr. Slansky's conduct at the trial. This complaint was dismissed without being referred to a hearing, on the ground that the conduct in question did not warrant discipline.

[13] The pre-trial motions and the murder trial before Justice Thompson lasted from September 2002 to July 2004, including 130 days for the trial itself, which was much longer than anyone anticipated. It involved dozens of motions and required the Judge to make numerous difficult procedural and evidentiary rulings. A complicating factor throughout was that it was a re-trial following the Ontario Court of Appeal's reversal of the accused's conviction at the first trial, a fact that the Judge had to keep from the jury. The fact that Mr. Slansky was convinced of his client's innocence,

l'objet d'un privilège d'intérêt public. Je ne suis pas convaincu que le juge de Montigny a commis quelque erreur que ce soit en refusant la demande de M<sup>e</sup> Slansky concernant la conversion de la demande en action.

[10] Par conséquent, je rejetterais l'appel, mais je modifierais l'ordonnance de la Cour fédérale en exigeant que le CCM verse les pages 31 et 32 du rapport au dossier du tribunal, puisque celles-ci ne sont pas pertinentes par rapport à l'enquête menée par le professeur Friedland au sujet de la plainte de M<sup>e</sup> Slansky contre le juge concerné.

## B. CONTEXTE FACTUEL

[11] Dans une plainte de 16 pages adressée au CCM le 12 août 2004 (dossier d'appel, pages 39 à 54), M<sup>e</sup> Galati, qui représente M<sup>e</sup> Slansky, allègue que le juge s'est rendu coupable d'inconduite grave durant le procès : il aurait manqué de courtoisie envers M<sup>e</sup> Slansky et aurait été agressif et impatient lorsqu'il s'adressait à lui; il aurait été partial, aurait refusé d'entendre certains arguments et serait intervenu indûment lorsque M<sup>e</sup> Slansky procédait au contre-interrogatoire des témoins; il aurait fait preuve de malveillance; il aurait abusé de son pouvoir; enfin, il aurait sciemment enfreint la loi.

[12] Pour sa part, le juge, par l'intermédiaire du sous-procureur général adjoint de l'Ontario, a formulé une plainte auprès du Barreau du Haut-Canada concernant la conduite de M<sup>e</sup> Slansky durant le procès. La plainte a été rejetée sans faire l'objet d'une audience, au motif que la conduite de M<sup>e</sup> Slansky ne justifiait pas la prise de mesures disciplinaires.

[13] Les requêtes préalables au procès et le procès pour meurtre devant le juge Thompson se sont déroulés de septembre 2002 à juillet 2004, le procès en tant que tel ayant duré 130 jours, ce à quoi personne ne s'était attendu. Le procès a donné lieu à des dizaines de requêtes, et le juge a dû rendre de nombreuses décisions difficiles sur le plan de la preuve et de la procédure. Le fait qu'il s'agissait d'un nouveau procès donnant suite à l'annulation par la Cour d'appel de l'Ontario de la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé en première instance, ce que le juge devait cacher au



while the Judge seems to have been equally convinced that the accused was guilty, only made the management of the trial more challenging.

[14] After receiving Mr. Slansky's complaint against the Judge, the Chairperson engaged Professor Friedland of the University of Toronto's Faculty of Law to conduct further inquiries into it and to report back to him. Professor Friedland is a member of the Ontario Bar, a distinguished criminal law scholar, and the author of an influential report prepared for the CJC, *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada* (Ottawa: Canadian Judicial Council, 1995).

[15] The scope of Professor Friedland's mandate was set out in a letter, dated May 3, 2005, in which Norman Sabourin, the Executive Director and General Counsel of the CJC, confirmed Professor Friedland's appointment: appeal book, pages 56–58. The letter defined the scope of his role by quoting from the “Canadian Judicial Council Policy with Respect to Counsel Retained in Judicial Conduct Matters”, dated September 2002 [Canadian Judicial Council, *Annual Report 2002-03*, Appendix F, at page 51] (Policy).

The role of Counsel in conducting further inquiries is, essentially, to gather further information. Persons familiar with the circumstances surrounding the complaint, including the judge who is the subject of the complaint, will be interviewed. Documentation may be collected and analyzed. It is not the role of Counsel conducting further inquiries to weigh the merits of a complaint or to make any recommendation as to the determination that a Chairperson or a Panel should make. ...

This role is sometimes referred to as that of a “fact-finder”. This description is accurate if it is limited to the gathering or clarification of facts. It would not be accurate if it were intended to encompass adjudicative fact-finding in the sense of making determinations based on the relative credibility of witnesses or the persuasiveness of one fact over another. The role of Counsel conducting further inquiries is simply to attempt to clarify the allegations against the judge and gather evidence which, if established, would support or refute those

jury, est venu compliquer les choses tout au long du procès. Par ailleurs, le fait que M<sup>e</sup> Slansky était convaincu de l'innocence de son client alors que le juge semblait convaincu de sa culpabilité n'a pu que rendre encore plus difficile le déroulement du procès.

[14] Après avoir reçu la plainte de M<sup>e</sup> Slansky contre le juge, le président a demandé à M<sup>e</sup> Friedland, professeur à la faculté de droit de l'Université de Toronto, d'enquêter sur cette plainte et de lui soumettre un rapport. Le professeur Friedland, membre du Barreau de l'Ontario qui mène une carrière distinguée de chercheur en droit pénal, a produit un rapport important pour le CCM intitulé *Une place à part : L'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada* (Ottawa : Conseil canadien de la magistrature, 1995).

[15] La portée du mandat confié au professeur Friedland est établie dans une lettre datée du 3 mai 2005 dans laquelle Norman Sabourin, directeur exécutif et avocat général principal du CCM, confirme la nomination du professeur Friedland : dossier d'appel, pages 56 à 58. M<sup>e</sup> Sabourin délimite le rôle de M<sup>e</sup> Friedland selon la politique du CCM concernant les avocats engagés pour faire enquête dans les affaires relatives à la conduite d'un juge, datée de septembre 2002 [voir le Conseil canadien de la magistrature, *Rapport annuel 2002-2003*, Annexe F « Politique du Conseil canadien de la magistrature relative aux avocats agissant dans les affaires de déontologie judiciaire », aux pages 55 et 56] (la politique) :

Le rôle de l'avocat menant une enquête supplémentaire consiste essentiellement à obtenir un complément d'information. Les personnes au fait des circonstances entourant la plainte, y compris le juge visé par celle-ci, seront interrogées. Il est possible que l'on amasse des documents et que l'on procède à leur analyse. Il ne revient pas à l'avocat menant une enquête supplémentaire d'évaluer le bien-fondé d'une plainte ou de faire des recommandations quant à la décision qui devrait être prise par le président ou le sous-comité [...]

L'on associe parfois ce rôle à celui d'un « enquêteur ». Cette analogie est fondée dans la mesure où elle n'implique rien d'autre que la recherche et l'éclaircissement des faits. Elle ne l'est pas si l'on entend également par là la recherche des faits dans le cadre d'un processus juridictionnel, c'est-à-dire la prise de décisions fondées sur la crédibilité des témoins ou sur le caractère plus ou moins convaincant d'un fait par rapport à un autre. Le rôle de l'avocat menant une enquête supplémentaire consiste simplement à s'efforcer d'apporter des éclaircissements

allegations. The Counsel must obtain the judge's response to these allegations and evidence, and present all of this information to the Chairperson or Panel.

The role of Counsel undertaking further inquiries is to focus on the allegations made. However, if any additional, credible and serious allegations of inappropriate conduct or incapacity on the part of the judge come to the Counsel's attention, Counsel is not precluded from inquiry into those matters as well. [Emphasis added.]

[16] In an affidavit affirmed on February 9, 2007 (appeal book, pages 293–294) for the purpose of Mr. Slansky's motion before the Prothonotary, Mr. Sabourin put something of a gloss on the terms of the CJC's Policy reproduced in Professor Friedland's letter of engagement. He indicated that counsel's role of "fact-finder" was broader than might be inferred from reading the Policy.

[17] Thus, Mr. Sabourin said that he was responsible for directing the scope of counsel's inquiries and "the nature of the advice they provide" (emphasis added). Further, he said, counsel is expected "to provide a lawyer's analysis and recommendations" (emphasis added) in respect of the allegations of the complaint. Mr. Sabourin concluded that his expectation, as well as that of the Chairperson, was that counsel's report would constitute legal advice because

... we retain legal counsel and seek a solicitor's investigation of the facts and a solicitor's analysis and recommendations concerning those facts in the context of the legal mandate and obligations of the Council when considering a complaint. Indeed, this is why the *Complaints Procedures* provide that it must be a lawyer that conducts such inquiries; otherwise, this work could be ably conducted by an investigator without legal credentials. [Emphasis added.]

[18] That Professor Friedland shared this understanding of his mandate is suggested by the fact that he stamped his report "CONFIDENTIAL and subject to SOLICITOR-CLIENT PRIVILEGE".

sur les accusations portées contre le juge et à réunir des éléments de preuve qui, s'ils étaient établis, serviraient de fondement à ces accusations ou, au contraire, leur retireraient toute légitimité. L'avocat doit obtenir la réponse du juge sur ces accusations et sur ces éléments de preuve, puis il doit soumettre ces informations au président ou au sous-comité.

L'avocat menant une enquête supplémentaire a pour rôle d'examiner les allégations qui sont formulées. Le champ de son enquête ne se limite toutefois pas obligatoirement à ces allégations. Si de nouvelles allégations de conduite déplacée ou d'incompétence de la part du juge parviennent à sa connaissance, et que ces allégations sont à la fois graves et vraisemblables, il n'est pas interdit à l'avocat d'enquêter aussi à leur sujet. [Non souligné dans l'original.]

[16] Dans un affidavit souscrit le 9 février 2007 (dossier d'appel, pages 293 et 294) aux fins de la requête de M<sup>e</sup> Slansky devant la protonotaire, M<sup>e</sup> Sabourin met en quelque sorte en contexte l'extrait de la politique du CCM reproduit dans la lettre d'engagement du professeur Friedland. Il précise que le rôle d'« enquêteur » du conseiller juridique est plus grand que l'on pourrait le croire à la lecture de la politique.

[17] Ainsi, M<sup>e</sup> Sabourin a affirmé qu'il était chargé d'établir la portée de l'enquête menée par le conseiller juridique et [TRADUCTION] « la nature des conseils fournis » (non souligné dans l'original). Il a ajouté qu'il était attendu du conseiller juridique qu'il [TRADUCTION] « soumette l'analyse et les recommandations d'un avocat » (non souligné dans l'original) en ce qui concerne les allégations formulées dans la plainte. M<sup>e</sup> Sabourin conclut qu'il s'attendait, comme le président, à ce que le rapport de l'avocat constitue un avis juridique, en précisant ce qui suit :

[TRADUCTION] [...] nous retenons les services d'un conseiller juridique à qui nous demandons de faire enquête sur les faits et de nous soumettre son analyse et ses recommandations au sujet des faits en question dans le cadre de la mission que la loi confie au Conseil et des obligations qu'elle lui impose lorsqu'il est saisi d'une plainte. En effet, c'est la raison pour laquelle les *Procédures relatives aux plaintes* prévoient qu'un avocat mène une enquête de ce genre; sinon, ce travail pourrait très bien être fait par un enquêteur sans compétences juridiques. [Non souligné dans l'original.]

[18] Le fait que le professeur Friedland ait estampillé la mention [TRADUCTION] « le présent document est CONFIDENTIEL et est protégé par le SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT » sur son rapport

[19] In a 10-page letter, dated March 9, 2006, Mr. Sabourin advised Mr. Slansky of the bases of the Chairperson's decision that his complaint did not warrant further consideration: appeal book, pages 311–320.

[20] According to Mr. Sabourin, it was the Chairperson's opinion that when viewed in the context of this difficult trial, and taking into account Mr. Slansky's own conduct, the Judge's management of the trial, while far from perfect, did not constitute judicial misconduct. The Chairperson had concluded that, although not all the Judge's rulings were necessarily correct, they did not evidence bias or a knowing disregard of the law.

[21] Mr. Sabourin also described Professor Friedland's methodology in preparing his report (appeal book, page 312), which included: the examination of 6 000 pages of trial transcript, minutes of the proceedings prepared by the court registrars during the trial, and 78 of the rulings made by the Judge before and during the trial; and interviews conducted by Professor Friedland with the Judge, Mr. Slansky, named Crown counsel, the Regional Director of Crown Attorneys, and the Regional Senior Justice. Professor Friedland also listened to tapes of the parts of the trial that had become particularly intense.

[22] Mr. Sabourin noted that the Chairperson had not adopted Mr. Galati's suggestion that "the local bar" be interviewed, because the interviews conducted by Professor Friedland provided sufficient information to enable him to assess the complaint. Moreover, the Judge's predilections in matters of criminal justice, and sentencing in particular, were evident from interviews with the Judge and from some of his reported decisions.

[23] In his application for judicial review of the dismissal of the complaint, Mr. Slansky alleged, among

semble indiquer qu'il envisageait lui aussi son mandat de cette façon.

[19] Dans une lettre de 10 pages datée du 9 mars 2006, M<sup>e</sup> Sabourin explique à M<sup>e</sup> Slansky les éléments sur lesquels sont fondées la décision du président selon laquelle la plainte de M<sup>e</sup> Slansky ne justifiait pas un examen plus approfondi : dossier d'appel, pages 311 à 320.

[20] D'après M<sup>e</sup> Sabourin, le président était d'avis que, dans le contexte de la difficulté du procès, et compte tenu de la conduite de M<sup>e</sup> Slansky lui-même, même si elle était loin d'être parfaite, la façon dont le juge avait dirigé le procès ne constituait pas une inconduite judiciaire. Le président avait conclu que les décisions rendues par le juge n'étaient pas nécessairement toutes adéquates, mais qu'elles ne constituaient pas une preuve de partialité ou de la volonté du juge de faire sciemment fi de la loi.

[21] M<sup>e</sup> Sabourin a également décrit la démarche suivie par le professeur Friedland pour la rédaction de son rapport (dossier d'appel, page 312), laquelle comprenait ce qui suit : l'examen de 6 000 pages de transcription du procès, les procès-verbaux des procédures rédigés par les greffiers du tribunal pendant le procès et 78 des décisions rendues par le juge avant et pendant le procès; et des entrevues menées par le professeur Friedland auprès du juge, de M<sup>e</sup> Slansky, du procureur de la Couronne désigné, du directeur régional des procureurs de la Couronne et du juge principal régional. Le professeur Friedland a également écouté l'enregistrement de parties du procès particulièrement intenses.

[22] M<sup>e</sup> Sabourin a fait remarquer que le président n'avait pas suivi la suggestion de M<sup>e</sup> Galati d'interroger les membres du [TRADUCTION] « barreau local », parce que les entrevues menées par le professeur Friedland contenaient suffisamment de renseignements pour lui permettre d'évaluer la plainte. En outre, la prédilection du juge pour les affaires de justice pénale, et surtout pour ce qui est de la détermination de la peine, était évidente dans les entrevues avec celui-ci et dans certaines de ses décisions publiées.

[23] Dans sa demande de contrôle judiciaire du rejet de la plainte, M<sup>e</sup> Slansky allègue, entre autres choses,

other things, that the CJC’s investigation of the complaint was inadequate, the interpretation of the Judge’s conduct was wrong in law, and the CJC had exceeded its jurisdiction by passing “erroneous and flawed judgment” on Mr. Slansky’s conduct at trial as an excuse for the Judge’s misconduct.

que l’enquête menée par le CCM au sujet de la plainte était inadéquate, que l’interprétation de la conduite du juge était erronée en droit et que le CCM avait outrepassé sa compétence en « jugeant de façon erronée et viciée » que le comportement de M<sup>e</sup> Slansky durant le procès excusait l’inconduite du juge.

### C. LEGISLATIVE FRAMEWORK

### C. CADRE LÉGISLATIF

[24] The *Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1, is the primary legislation relevant to this appeal. Subsection 59(1) establishes the CJC, which is composed of the Chief Justice of Canada, who is the chair of the CJC, and the federally appointed chief justices, associate chief justices, and other specified senior judges, from across Canada.

[24] *La Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1, est la principale loi qui s’applique en l’espèce. Le paragraphe 59(1) de la Loi établit le CCM, qui est composé du juge en chef du Canada, président du CCM, et des juges en chef, des juges en chef adjoints et d’autres juges principaux désignés de l’ensemble du Canada nommés par le gouvernement fédéral.

[25] Subsection 60(1) defines the objects of the CJC. Subsection 60(2) set out the CJC’s means of furthering these objects; paragraph (c) is directly relevant to this appeal.

[25] Le paragraphe 60(1) de la Loi précise la mission du CCM. Le paragraphe 60(2) précise les moyens dont dispose le CCM pour remplir cette mission; l’alinéa c) est directement pertinent en l’espèce :

Objects of Council      **60.** (1) The objects of the Council are to promote efficiency and uniformity, and to improve the quality of judicial service, in superior courts.

Mission du Conseil      **60.** (1) Le Conseil a pour mission d’améliorer le fonctionnement des juridictions supérieures, ainsi que la qualité de leurs services judiciaires, et de favoriser l’uniformité dans l’administration de la justice devant ces tribunaux.

Powers of Council      (2) In furtherance of its objects, the Council may

Pouvoirs      (2) Dans le cadre de sa mission, le Conseil a le pouvoir :

...

[...]

(c) make the inquiries and the investigation of complaints or allegations described in section 63; and

c) de procéder aux enquêtes visées à l’article 63;

[26] Section 62 authorizes the CJC to engage the services of others as it deems necessary for performing its functions, including the services of counsel to assist in the conduct of inquiries or investigations.

[26] L’article 62 autorise le CCM à retenir les services de tiers lorsqu’il juge que cela est nécessaire pour lui permettre de s’acquitter de ses fonctions, dont les services de conseillers juridiques pour l’assister dans la tenue d’enquêtes :

Employment of counsel and assistants      **62.** The Council may engage the services of such persons as it deems necessary for carrying out its objects and duties, and also the services of counsel to aid and assist the Council in the conduct of any inquiry or investigation described in section 63. [Emphasis added.]

Nomination du personnel      **62.** Le Conseil peut employer le personnel nécessaire à l’exécution de sa mission et engager des conseillers juridiques pour l’assister dans la tenue des enquêtes visées à l’article 63. [Non souligné dans l’original.]

[27] Subsection 63(2) provides that the CJC may investigate any complaint or allegation made in respect of a federally appointed judge. Subsection 63(5) authorizes the CJC to prevent the publication of information arising from an investigation under this section, and subsection 63(6) permits an investigation to be held in public or private, unless the Minister of Justice requires it to be held in public.

**63. ...**

Prohibition of information relating to inquiry, etc.

(5) The Council may prohibit the publication of any information or documents placed before it in connection with, or arising out of, an inquiry or investigation under this section when it is of the opinion that the publication is not in the public interest.

Inquiries may be public or private

(6) An inquiry or investigation under this section may be held in public or in private, unless the Minister requires that it be held in public.

[28] After the completion of an investigation, the CJC must report its conclusions to the Minister and may recommend that the judge be dismissed from office if it concludes that the judge is incapacitated or disabled from the due execution of the office of judge by, among other things, misconduct.

Report of Council

**65.** (1) After an inquiry or investigation under section 63 has been completed, the Council shall report its conclusions and submit the record of the inquiry or investigation to the Minister.

Recommendation to Minister

(2) Where, in the opinion of the Council, the judge in respect of whom an inquiry or investigation has been made has become incapacitated or disabled from the due execution of the office of judge by reason of

...

(b) having been guilty of misconduct,

...

the Council, in its report to the Minister under subsection (1), may recommend that the judge be removed from office.

[27] Le paragraphe 63(2) précise que le CCM peut mener une enquête concernant toute plainte ou allégation formulée à l'égard d'un juge nommé par le gouvernement fédéral. Le paragraphe 63(5) autorise le CCM à empêcher la publication de renseignements issus d'une enquête menée en vertu de cette disposition, et le paragraphe 63(6) permet la tenue d'une enquête publique ou à huis clos, à moins que le ministre de la Justice n'exige qu'elle soit publique :

**63. [...]**

(5) S'il estime qu'elle ne sert pas l'intérêt public, le Conseil peut interdire la publication de tous renseignements ou documents produits devant lui au cours de l'enquête ou découlant de celle-ci.

Protection des renseignements

(6) Sauf ordre contraire du ministre, les enquêtes peuvent se tenir à huis clos.

Publicité de l'enquête

[28] À l'issue de l'enquête, le CCM doit communiquer ses conclusions au ministre, et il peut recommander la révocation s'il est d'avis que le juge en cause est inapte à remplir utilement ses fonctions, entre autres pour motifs d'inconduite :

**65.** (1) À l'issue de l'enquête, le Conseil présente au ministre un rapport sur ses conclusions et lui communique le dossier.

Rapport du Conseil

(2) Le Conseil peut, dans son rapport, recommander la révocation s'il est d'avis que le juge en cause est inapte à remplir utilement ses fonctions pour l'un ou l'autre des motifs suivants :

Recommandation au ministre

[...]

b) manquement à l'honneur et à la dignité.

[29] The statutory provisions establishing the disciplinary powers and process of the CJC are in addition to the existing powers to remove a judge from office.

Powers, rights or duties not affected

**71.** Nothing in, or done or omitted to be done under the authority of, any of sections 63 to 70 affects any power, right or duty of the House of Commons, the Senate or the Governor in Council in relation to the removal from office of a judge or any other person in relation to whom an inquiry may be conducted under any of those sections.

[30] The CJC's Procedures for Dealing with Complaints made to the Canadian Judicial Council about Federally Appointed Judges (Ottawa: Canadian Judicial Council, approved 2002) (Complaints Procedures) [see the Canadian Judicial Council's *Annual Report 2002-03*, Appendix E, at pages 45–49] puts some flesh on the skeletal statutory provisions about the process by which the CJC investigates complaints against judges. The Complaints Procedures were amended in 2010. However, since the 2002 version is the one relevant to this appeal, its terms are reproduced in these reasons.

[31] Section 3.2 of the Complaints Procedures describes the initial step after the CJC has received a complaint.

3.2 The Executive Director shall refer a file to either the Chairperson or a Vice-Chairperson of the Judicial Conduct Committee in accordance with the directions of the Chairperson of the Committee. The Chairperson or a Vice-Chairperson shall not deal with a file involving a judge of their court.

[32] If the Chairperson does not summarily close the file on the ground that the complaint is, among other things, manifestly without basis or outside the jurisdiction of the CJC (paragraph 3.5(a)), the Chairperson may ask the complainant for more information or solicit comments from the judge against whom the complaint has been made (paragraphs 3.5(b) and (c)). Section 5.1 sets out the options available to the Chairperson after considering the responses to these requests. Paragraph 5.1(c) is directly relevant to this appeal:

[29] Les dispositions législatives établissant les pouvoirs et les procédures disciplinaires du CCM s'ajoutent aux autres pouvoirs de révocation des juges :

**71.** Les articles 63 à 70 n'ont pas pour effet de porter atteinte aux attributions de la Chambre des communes, du Sénat ou du gouverneur en conseil en matière de révocation des juges ou des autres titulaires de poste susceptibles de faire l'objet des enquêtes qui y sont prévues.

Maintien du pouvoir de révocation

[30] Les Procédures relatives à l'examen des plaintes déposées au Conseil canadien de la magistrature au sujet de juges de nomination fédérale (Ottawa : Conseil canadien de la magistrature, approuvées en 2002) (Procédures relatives aux plaintes) [voir le *Rapport annuel 2002-2003*, Annexe E du Conseil canadien de la magistrature, aux pages 49 à 53] donnent corps au processus d'enquête du CCM sur les plaintes portées contre les juges qu'établissent les dispositions de la loi. Les Procédures relatives aux plaintes ont été modifiées en 2010. Cependant, comme c'est la version de 2002 qui est pertinente en l'espèce, des extraits de cette version sont reproduits dans les présents motifs.

[31] L'article 3.2 des Procédures relatives aux plaintes décrit la première étape suivant la réception d'une plainte par le CCM :

3.2 Le directeur exécutif transmet un dossier au président ou à un vice-président du comité sur la conduite des juges conformément aux directives du président du comité. Ni le président non plus que les vice-présidents ne doivent examiner un dossier mettant en cause un juge qui est membre de la même cour qu'eux.

[32] Si le président ne clôt pas sommairement le dossier au motif, notamment, que la plainte est manifestement dénuée de tout fondement ou qu'elle n'est pas du ressort du CCM (alinéa 3.5a)), il peut demander des renseignements supplémentaires au demandeur ou des commentaires au juge faisant l'objet de la plainte (alinéas 3.5b) et c)). L'article 5.1 établit les possibilités offertes au président une fois qu'il a reçu une réponse à ses demandes. L'alinéa 5.1c) est directement pertinent en l'espèce :

- 5.1 The Chairperson shall review the response from the judge and the judge's chief justice, as well as any other relevant material received in response to the complaint, and may
- (a) close the file where:
- (i) the Chairperson concludes that the complaint is without merit or does not warrant further consideration, or
- (ii) the judge acknowledges that his or her conduct was inappropriate and the Chairperson is of the view that no further measures need to be taken in relation to the complaint; or
- (b) hold the file in abeyance pending pursuit of remedial measures pursuant to section 5.3; or
- (c) ask Counsel to make further inquiries and prepare a report, if the Chairperson is of the view that such a report would assist in considering the complaint; or
- (d) refer the file to a Panel. [Emphasis added.]
- [33] Section 1 of the Complaints Procedures defines "Counsel" as follows:
- "Counsel" means a lawyer who is not an employee of the Council.
- [34] Section 7 contains two provisions that apply when the Chairperson asks counsel to make further inquiries under paragraph 5.1(c):
- 7.1 If the Chairperson asks Counsel to make further inquiries under paragraph 5.1(c), the Executive Director shall so inform the judge and his or her chief justice.
- 7.2 Counsel shall provide to the judge sufficient information about the allegations and the material evidence to permit the judge to make a full response and any such response shall be included in the Counsel's report.
- [35] If, after reviewing counsel's report, the Chairperson decides to close the file on any of the grounds set out in section 5.1, the Executive Director must provide
- 5.1 Le président examine la réponse du juge et du juge en chef, de même que tout autre document pertinent reçu en réponse à la plainte. Il peut prendre l'une ou l'autre des décisions suivantes :
- a) fermer le dossier dans l'un ou l'autre cas suivant :
- (i) il conclut que la plainte est dénuée de fondement ou qu'elle ne nécessite pas un examen plus poussé,
- (ii) le juge reconnaît que sa conduite était déplacée et le président est d'avis qu'il n'est pas nécessaire de prendre d'autres mesures en ce qui concerne la plainte;
- b) mettre le dossier en suspens en attendant l'application de mesures correctives conformément à l'article 5.3;
- c) demander à un avocat de mener une enquête supplémentaire et de rédiger un rapport, si le président est d'avis qu'un tel rapport faciliterait l'examen de la plainte;
- d) déférer le dossier à un comité d'examen. [Non souligné dans l'original.]
- [33] L'article 1 des Procédures relatives aux plaintes définit le terme « avocat » comme suit :
- « avocat » Un avocat qui n'est pas un employé du Conseil.
- [34] L'article 7 contient deux dispositions qui s'appliquent lorsque le président demande à un avocat de mener une enquête supplémentaire en vertu de l'alinéa 5.1c) :
- 7.1 Si le président demande à un avocat de mener une enquête supplémentaire en vertu de l'alinéa 5.1c), le directeur exécutif en informe le juge et son juge en chef.
- 7.2 L'avocat fournit au juge suffisamment de renseignements sur les allégations formulées et les éléments de preuve qui s'y rapportent pour lui permettre de présenter une réponse complète à leur égard; toute réponse du juge est incorporée au rapport de l'avocat.
- [35] Dans le cas où, après avoir examiné le rapport de l'avocat, le président décide de clore le dossier pour l'un ou l'autre des motifs prévus à l'article 5.1, le directeur

the judge with a copy of the letter informing the complainant that the file is closed (section 8.2).

[36] The CJC’s Policy [at page 51] contains further detail on the role of counsel when engaged by the Chairperson under paragraph 5.1(c) of the Complaints Procedure “to make further inquiries and prepare a report” to assist the Chairperson in considering a complaint. The provisions of that Policy relevant to this appeal are quoted in paragraph 15 of these reasons.

#### D. DECISION OF THE PROTHONOTARY

[37] Prothonotary Milczynski granted Mr. Slansky’s motion to compel disclosure of the Friedland Report pursuant to rule 318 of the Rules as part of the administrative record of the CJC’s dismissal of his complaint, which he was challenging in an application for judicial review. She held that the relationship between the CJC and Professor Friedland was not that of solicitor and client because its stated purpose was investigative or “fact-gathering”, not the provision of legal advice.

[38] Consequently, she held that the report was not exempted from disclosure by legal advice privilege in so far as it was limited to its purpose, that is, fact-gathering. However, she found that Professor Friedland had also gone on to provide legal analysis relevant to how the Chairperson should proceed with the complaint, including the allegation of bias. She ordered counsel representing the CJC on the motion to identify the portions of the report that constituted legal advice in order to assist the Court in determining how much should be redacted before disclosure.

[39] The Prothonotary also rejected the CJC’s claim for public interest privilege, on the ground that the non-disclosure of the report would both damage public confidence in the integrity of the complaints process and impede Mr. Slansky’s right to have his application for judicial review conducted in a meaningful manner. She noted that there was no precedent for extending public

exécutif doit fournir au juge un exemplaire de la lettre par laquelle il informe le plaignant de la fermeture du dossier (article 8.2).

[36] La politique du CCM contient des détails concernant le rôle de l’avocat à qui le président demande, en vertu de l’alinéa 5.1(c) des Procédures relatives aux plaintes, « de mener une enquête supplémentaire et de rédiger un rapport » pour l’aider dans l’examen de la plainte. Les dispositions de cette politique qui sont pertinentes en l’espèce sont citées au paragraphe 15 des présents motifs.

#### D. DÉCISION DE LA PROTONOTAIRE

[37] La protonotaire Milczynski a accueilli la requête de M<sup>e</sup> Slansky visant à faire verser, conformément à la règle 318 des Règles, le rapport Friedland au dossier administratif du rejet de sa plainte par le CCM, qu’il conteste dans une demande de contrôle judiciaire. La protonotaire a affirmé que la relation entre le CCM et le professeur Friedland ne correspondait pas à la relation entre un avocat et son client, puisque l’objectif déclaré était la cueillette de renseignements à des fins d’enquête, et non la prestation de conseils juridiques.

[38] Par conséquent, la protonotaire a déclaré que le rapport n’était pas protégé de la divulgation par un privilège de la consultation juridique pour autant que la portée de ce rapport était limitée à son objectif, c’est-à-dire l’enquête. Toutefois, elle a conclu que le professeur Friedland avait également fourni une analyse juridique pertinente par rapport à la façon dont le président devrait traiter la plainte, y compris l’allégation de partialité. Elle a ordonné à l’avocat représentant le CCM pour la requête de repérer les passages du rapport relevant du conseil juridique afin d’aider le tribunal à décider ce qui devait être expurgé avant la divulgation.

[39] La protonotaire a également rejeté l’argument du CCM concernant le privilège d’intérêt public, au motif que la non-divulgation du rapport minerait la confiance du public à l’égard de l’intégrité du processus de plaintes et empêcherait M<sup>e</sup> Slansky de se prévaloir de son droit à un examen en bonne due forme de sa demande de contrôle judiciaire. Elle a fait remarquer qu’il n’y avait



interest privilege to the facts gathered in an investigation, and concluded that there was no evidence that disclosure would hamper the CJC's investigative process.

#### E. DECISION OF THE FEDERAL COURT JUDGE

[40] Justice de Montigny granted the CJC's motion under rule 51 to set aside the decision of the Prothonotary. On the claim for legal advice privilege, the Judge found that, in light of all the circumstances, a relationship of solicitor and client existed between Professor Friedland and the CJC. In this regard, it was a mistake to focus on a single document, such as the CJC's Policy or the letter of engagement. He concluded (at paragraph 52) that the task of sorting out the facts relevant to the decision that the Chairperson had to make was "fundamentally a legal exercise", and that the factual components of the report could not be severed. However, he ordered the disclosure of publicly available materials consulted by Professor Friedland, including 6 000 pages of trial transcript.

[41] The Judge rejected the protection of judicial independence as the basis for public interest privilege. However, he found that the public interest in safeguarding the integrity of the CJC's informal investigative process warranted the non-disclosure of the report, especially since, in this case, Mr. Sabourin's letter to Mr. Slansky gave sufficient information about the bases of the Chairperson's decision to inform him of the case he had to meet.

[42] Finally, he held that summary applications for judicial review are only converted into actions in exceptional circumstances, which did not exist here. Mr. Sabourin had provided extensive information to Mr. Slansky about the bases of the Chairperson's decision. Moreover, even if it were possible for Mr. Slansky to identify all those interviewed by Professor Friedland, it was unclear whether they could provide relevant evidence if summoned as witnesses at a trial.

aucun précédent concernant l'extension du privilège d'intérêt public aux faits consignés au cours d'une enquête, et elle a conclu que rien n'indiquait que la divulgation nuirait au processus d'enquête du CCM.

#### E. DÉCISION DU JUGE DE LA COUR FÉDÉRALE

[40] Le juge de Montigny a fait droit à la requête présentée par le CCM en vertu de la règle 51 visant à faire annuler la décision de la protonotaire. En ce qui concerne le privilège de la consultation juridique, il a conclu que, à la lumière de l'ensemble des circonstances, il existait une relation d'avocat et de client entre le professeur Friedland et le CCM. À cet égard, le fait de ne tenir compte que d'un seul document, comme la politique du CCM ou la lettre d'engagement, était une erreur. Le juge de Montigny conclut (au paragraphe 52) que la tâche consistant à cerner les faits pertinents par rapport à la décision devant être prise par le président était « essentiellement [...] une activité juridique », et que les parties du rapport portant sur les faits ne pouvaient être retranchées. Le juge a toutefois ordonné la divulgation des documents publics consultés par le professeur Friedland, dont 6 000 pages de transcription du procès.

[41] Le juge de Montigny a rejeté l'argument selon lequel la protection de l'indépendance judiciaire justifiait le privilège d'intérêt public. Toutefois, il a conclu que l'intérêt public à l'égard de la protection de l'intégrité du processus officiel d'enquête du CCM justifiait la non-divulgation du rapport, surtout que la lettre de M<sup>e</sup> Sabourin à M<sup>e</sup> Slansky contenait suffisamment d'information au sujet des éléments sur lesquels était fondée la décision du président pour permettre à M<sup>e</sup> Slansky de se faire une idée de la cause qu'il doit présenter.

[42] Enfin, le juge de Montigny a affirmé que les demandes de contrôle judiciaire ne sont converties en actions que dans des circonstances exceptionnelles inexistantes en l'espèce. M<sup>e</sup> Sabourin avait fourni beaucoup de renseignements à M<sup>e</sup> Slansky au sujet des éléments sur lesquels la décision du président était fondée. En outre, même si M<sup>e</sup> Slansky avait été en mesure de connaître le nom de toutes les personnes interviewées par le professeur Friedland, il n'était pas certain que

celles-ci puissent livrer un témoignage pertinent si elles étaient citées à comparaître dans le cadre d'un procès.

## F. ISSUES AND ANALYSIS

[43] The principal issue to be considered in these reasons is whether the Friedland Report is covered by the legal advice branch of solicitor-client privilege. Before addressing this question, I shall deal briefly with three other issues.

### (i) standard of review

[44] Counsel for Mr. Slansky argued that the Judge made an error of law by failing to apply a deferential standard of review to the Prothonotary's decision on a question (the disclosure of the Friedland Report) that no one contended was vital to the final issue in the application for judicial review: see *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.); *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450, at paragraph 18.

[45] For this reason, and because it was not suggested that the Prothonotary had misapprehended the facts, Justice de Montigny held (at paragraph 32) that her decision could be reversed only on

... a clear showing that it is wrong, in the sense that it rests upon a wrong principle or a misunderstanding of the law.

[46] Counsel submitted that although Justice de Montigny had correctly formulated the applicable legal test for reviewing decisions of prothonotaries, he had in fact simply substituted his opinion for that of the Prothonotary on questions that were not pure questions of law or principle. I do not accept this argument.

[47] Justice de Montigny disagreed with the Prothonotary's finding on the legal advice privilege issue that a solicitor-client relationship had not been

## F. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

[43] La principale question en litige devant être examinée dans les présents motifs consiste à décider si le rapport Friedland est inclus dans le volet conseil juridique du secret professionnel de l'avocat. Avant de me pencher sur cette question, je vais en examiner brièvement trois autres.

### i) norme de contrôle

[44] L'avocat de M<sup>e</sup> Slansky a affirmé que le juge a commis une erreur de droit en n'appliquant pas une norme de contrôle empreinte de déférence à la décision de la protonotaire concernant une question (la divulgation du rapport Friedland) dont personne n'affirmait qu'elle avait une influence déterminante sur l'issue du principal dans la demande de contrôle judiciaire : voir *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.); *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450, au paragraphe 18.

[45] Pour cette raison, et parce qu'il n'a pas été affirmé que la protonotaire avait procédé à une mauvaise interprétation des faits, le juge de Montigny a déclaré (au paragraphe 32) que la décision de la protonotaire ne pouvait être infirmée que s'il était possible de

[...] démontrer clairement que cette décision est mal fondée en ce sens qu'elle reposait sur un principe erroné ou sur une mauvaise interprétation de la loi.

[46] L'avocat de M<sup>e</sup> Slansky a soutenu que le juge de Montigny avait correctement formulé le critère juridique applicable au contrôle des décisions des protonotaires, mais qu'il avait en réalité simplement substitué son opinion à celle de la protonotaire à l'égard de questions ne constituant pas purement des questions de droit ou de principe. Je rejette cet argument.

[47] Le juge de Montigny n'a pas souscrit à la conclusion de la protonotaire concernant la question du privilège de la consultation juridique, c'est-à-dire qu'une

established. He held that she had not considered all the circumstances relevant to this issue, including the nature of the task entrusted to Professor Friedland. Instead, she had focused too narrowly on the letter of engagement and the provisions of the CJC's Policy on the role of counsel. Justice de Montigny also held that it was an error of law to sever the factual portions of a privileged communication. In my view, these are questions of law or principle on which a prothonotary is not entitled to deference.

[48] As for the issue of public interest privilege, I view the error of principle that warranted the Judge's intervention as the Prothonotary's apparent insistence that the CJC had to adduce evidence that those interviewed by Professor Friedland would have been less forthcoming if they had known that his report would be disclosed in the course of judicial proceedings. The Prothonotary also attached virtually no weight to the additional resources that would be required if the CJC were forced to resort regularly to formal hearings before a panel, because the efficacy of its informal investigative process had been undermined by an inability to maintain the confidentiality of counsel's report.

[49] In my view, the Judge did not err by failing to apply a deferential standard of review to the Prothonotary's decision.

(ii) waiver

[50] A suggestion arose during argument before this Court that the CJC had waived any privilege that it might have with respect to the Friedland Report. The suggestion was based on the following statement in the Prothonotary's reasons (at paragraph 31):

The Court was advised at the hearing of the motion that the CJC subsequently provided a copy of the Friedland Report to the Law Society of Upper Canada to be included in its investigation of the complaint filed by Justice Thompson against Mr. Slansky, and that a further copy was sent to the

relation entre un avocat et son client n'avait pas été établie. Il a affirmé que la protonotaire n'avait pas tenu compte de l'ensemble des circonstances pertinentes quant à cette question, notamment de la nature de la tâche confiée au professeur Friedland. Selon lui, la protonotaire s'était plutôt concentrée à tort sur la lettre d'engagement et sur les dispositions de la politique du CCM concernant le rôle des avocats. Le juge de Montigny a également affirmé que le retranchement de parties factuelles d'une communication confidentielle constituait une erreur de droit. J'estime qu'il s'agit là de questions de droit ou de principe à l'égard desquelles un protonotaire n'a pas droit à la déférence.

[48] En ce qui concerne le privilège d'intérêt public, j'estime que l'erreur de principe justifiant l'intervention du juge est l'insistance manifeste de la protonotaire sur le fait que le CCM devait produire des témoignages que les personnes interrogées par le professeur Friedland auraient été moins bien disposées à livrer si elles avaient su que son rapport serait divulgué dans le cadre d'une procédure judiciaire. La protonotaire n'a par ailleurs accordé pratiquement aucun poids à la question des ressources supplémentaires qui seraient nécessaires si le CCM devait régulièrement recourir à des audiences formelles devant des comités d'examen en raison du fait que l'efficacité de son processus informel d'enquête serait minée par une incapacité d'assurer la confidentialité des rapports d'avocat.

[49] J'estime que le juge n'a pas commis d'erreur en n'appliquant pas une norme de contrôle empreinte de déférence à la décision de la protonotaire.

ii) renonciation

[50] Durant les débats devant notre Cour, on a laissé entendre que le CCM avait renoncé à tout privilège dont il aurait pu jouir à l'égard du rapport Friedland. Cette affirmation était fondée sur la déclaration suivante figurant dans les motifs de la protonotaire (au paragraphe 31) :

Lors de l'instruction de la requête, la Cour a été informée que le CCM avait par la suite communiqué une copie du rapport Friedland au Barreau du Haut-Canada en vue de le faire verser au dossier de l'enquête qu'il menait au sujet de la plainte déposée par le juge Thompson contre M<sup>e</sup> Slansky, et qu'une autre

Deputy Attorney General at the request of Justice Thompson for this purpose.

Nonetheless, the Prothonotary concluded that any disclosure to the Law Society for the purpose of its investigation of the complaint against Mr. Slansky did not constitute a waiver of privilege because the CJC and the Law Society had a common interest in the due disposition of complaints against those engaged in the administration of justice. She did not mention the further copy allegedly forwarded to the Deputy Attorney General.

[51] In addition, Mr. Slansky stated in a supplementary affidavit, sworn on June 8, 2009 (appeal book, page 341) that during a regulatory meeting of the Law Society in connection with the complaint against him, a lawyer had told him that Professor Friedland had said that Mr. Slansky's jury address in the murder trial was one of the best he had ever read. Because Professor Friedland had also said this to him during the interview, Mr. Slansky inferred that the CJC must have made the report available to the Law Society for use in its disciplinary proceedings against Mr. Slansky. However, this inference is not warranted because it is equally plausible that the lawyer had learned of this compliment during a conversation with Professor Friedland.

[52] These are the only indications in the record that the CJC might have disclosed the Friedland Report to the Law Society and to the Deputy Attorney General of Ontario. Mr. Slansky appears not to have pursued the issue of waiver before Justice deMontigny, nor did counsel raise it in his memorandum of fact and law in the appeal to this Court. When it arose at the hearing in this Court as a result of questions from the Bench, counsel for the CJC consulted Mr. Sabourin, and reported that Mr. Sabourin had told him that he had no knowledge of any disclosure of the report. Counsel for Mr. Slansky did not comment.

[53] In my view, there is insufficient evidence in the record to establish that the CJC had waived its privilege by providing copies of the report to either the Law Society or the Deputy Attorney General of Ontario.

copie avait été envoyée aux mêmes fins au Sous-procureur général, à la demande du juge Thompson.

Néanmoins, la protonotaire a conclu que toute divulgation au Barreau aux fins de son enquête concernant la plainte portée contre M<sup>e</sup> Slansky ne constituait pas une renonciation à un privilège, puisque le CCM et le Barreau ont un intérêt commun tenant au traitement en bonne et due forme des plaintes portées contre les responsables de l'administration de la justice. La protonotaire n'a pas mentionné l'autre copie du rapport qui aurait été envoyée au sous-procureur général.

[51] En outre, M<sup>e</sup> Slansky a affirmé dans un affidavit supplémentaire souscrit le 8 juin 2009 (dossier d'appel, page 341) qu'un avocat lui avait dit, au cours d'une réunion réglementaire du Barreau au sujet de la plainte portée contre lui, que le professeur Friedland avait dit que l'exposé au jury présenté par M<sup>e</sup> Slansky lors du procès pour meurtre était l'un des meilleurs qu'il ait jamais lus. Comme le professeur Friedland lui avait dit la même chose durant l'entrevue, M<sup>e</sup> Slansky en a conclu que le CCM devait avoir transmis le rapport au Barreau aux fins de la procédure disciplinaire intentée contre lui. Cette conclusion n'est toutefois pas justifiée, puisqu'il est tout aussi possible que l'avocat ait entendu le compliment de la bouche du professeur Friedland.

[52] Il s'agit là des seuls éléments du dossier pouvant donner à penser que le CCM avait transmis le rapport Friedland au Barreau et au sous-procureur général de l'Ontario. Il semble que M<sup>e</sup> Slansky n'ait pas abordé la question de la renonciation devant le juge de Montigny, et son avocat ne l'a pas soulevée dans le mémoire des faits et du droit qu'il a présenté dans le cadre de l'appel devant notre Cour. Lorsque la question a été abordée à l'audience devant notre Cour à la suite de questions posées par un juge, l'avocat du CCM a consulté M<sup>e</sup> Sabourin et déclaré que ce dernier lui avait dit qu'il n'avait connaissance d'aucune divulgation du rapport. L'avocat de M<sup>e</sup> Slansky n'a pas fait de commentaires.

[53] J'estime que les éléments de preuve versés au dossier ne suffisent pas à établir que le CCM a renoncé à son privilège en fournissant des copies du rapport au Barreau ou au sous-procureur général de l'Ontario.

## (iii) conversion

[54] The conversion of the application into an action only arises as an issue in this case if the Friedland Report is privileged. Since the Prothonotary found that it was not, she did not have to decide this question.

[55] Having held the report to be privileged, Justice de Montigny was required to consider Mr. Slansky's request to convert his application for judicial review into an action under section 18.4 of the *Federal Courts Act*. Because his refusal to convert was discretionary in nature, it will only be set aside on appeal if it was either unreasonable in light of the facts or wrong in law.

[56] In his careful consideration of this issue (at paragraphs 86–94), Justice de Montigny correctly stated that a court should grant a request for a conversion “only in exceptional circumstances” (at paragraph 87). He inferred this from the text of subsection 18.4(1) which provides that applications “shall be heard and determined without delay and in a summary way.” The Federal Court's discretion to convert an application into an action under subsection 18.4(2) is very much an exception to the general rule in subsection (1), as affirmed by the case law cited by Justice de Montigny (at paragraphs 88–89).

[57] He noted (at paragraph 90) that the only basis on which Mr. Slansky relied to support the request for a conversion was that the facts relevant to his challenge to the CJC's dismissal of his complaint could not be established by affidavit evidence, which could not make good the “various evidentiary gaps, inconsistencies, and factual issues”. However, Justice de Montigny held that any “gaps” were adequately filled by the detailed explanation of the Chairperson's decision that Mr. Sabourin had provided to Mr. Slansky. Moreover, he said, if gaps existed, it was by no means clear that they could be filled by *viva voce* evidence, especially since Mr. Slansky would not have access to the privileged report.

## iii) conversion

[54] La conversion de la demande en action ne doit être examinée en l'espèce que si le rapport Friedland est confidentiel. Comme la protonotaire a conclu qu'il ne l'était pas, elle n'a pas eu à trancher cette question.

[55] Ayant conclu que le rapport était confidentiel, le juge de Montigny a dû examiner la requête de M<sup>e</sup> Slansky concernant la conversion de sa demande de contrôle judiciaire en action aux termes de l'article 18.4 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Comme le rejet de la requête de conversion par le juge de Montigny était de nature discrétionnaire, la décision ne sera cassée en appel que si elle était déraisonnable à la lumière des faits ou erronée en droit.

[56] Le juge de Montigny a examiné attentivement la question (aux paragraphes 86 à 94), et il a affirmé à juste titre que les tribunaux ne devraient accueillir les requêtes de conversion « que dans des circonstances exceptionnelles » (au paragraphe 87). Son affirmation est fondée sur le paragraphe 18.4(1), qui prévoit que la Cour fédérale « statue à bref délai et selon une procédure sommaire » sur les demandes. L'application du pouvoir discrétionnaire de la Cour fédérale de convertir une demande en action en application du paragraphe 18.4(2) ne constitue qu'une exception très rare à la règle générale énoncée au paragraphe (1), comme le montre la jurisprudence citée par le juge de Montigny (aux paragraphes 88 et 89).

[57] Le juge de Montigny fait remarquer (au paragraphe 90), que M<sup>e</sup> Slansky n'appuie sa demande de conversion que sur l'idée selon laquelle les faits pertinents quant à sa contestation du rejet de sa plainte par le CCM ne pouvaient être établis par voie d'affidavit, ce qui empêchait de régler [TRADUCTION] « plusieurs lacunes, contradictions et questions factuelles dans la preuve ». Le juge de Montigny a cependant affirmé que toutes les « lacunes » ont été comblées adéquatement par l'explication détaillée de la décision du président que M<sup>e</sup> Sabourin a fournie à M<sup>e</sup> Slansky. Il a ajouté que, même s'il existait des lacunes, il n'était pas du tout clair que celles-ci puissent être comblées par des témoignages de vive voix, étant donné notamment que M<sup>e</sup> Slansky n'aurait pas accès au rapport confidentiel.

[58] Justice de Montigny concluded (at paragraph 93) that the key question was whether affidavit evidence would be inadequate for the fair disposition of the allegations made in the application for judicial review, and not whether trial evidence might be superior. Applying this test, he was not persuaded that the circumstances of this case justified converting the application into an action.

[59] This is the only issue on which counsel for the Attorney General took a position. Like the CJC, he supported Justice de Montigny's decision that conversion was not appropriate.

[60] In my view, Justice de Montigny's analysis contains no error warranting this Court's interference with his exercise of discretion. In substance, much of counsel's argument in this Court was designed to show that trial evidence was likely to be better than the affidavits. But that is not the test.

[61] Counsel for Mr. Slansky relied heavily on *Payne v. Ontario Human Rights Commission*, 2000 CanLII 5731, 192 D.L.R. (4th) 315 (Ont. C.A.). However, in my view, this case is not of much assistance to Mr. Slansky since it concerned a different issue, to which a different test applied: whether the applicant was entitled to serve a notice of examination on the Commission's registrar under Rule 39.03 of the Ontario *Rules of Civil Procedure* [R.R.O. 1990, Reg. 194] in order to obtain all the documents in the Commission's possession relevant to the case.

[62] In any event, if the Friedland Report is privileged—and the issue of conversion only arises if it is—it could not be discovered in a trial. Further, Mr. Slansky has been informed of the publicly available documents on which Professor Friedland relied and has been given a full explanation of the bases of the Chairperson's decision.

[58] Le juge de Montigny a conclu (au paragraphe 93) que la question clé à trancher était celle de savoir si les éléments de preuve obtenus par affidavit seraient inadéquats pour le traitement équitable des allégations formulées dans la demande de contrôle judiciaire, et non de savoir si ceux qui pourraient être recueillis au cours d'un procès seraient supérieurs. L'application de ce critère ne l'a pas convaincu que les circonstances de l'espèce justifiaient la conversion de la demande en action.

[59] Il s'agit là de la seule question à l'égard de laquelle l'avocat du procureur général a pris position. Comme le CCM, il a appuyé la décision du juge de Montigny selon laquelle il n'était pas indiqué de procéder à la conversion.

[60] J'estime que l'analyse du juge de Montigny ne contient aucune erreur justifiant l'intervention de la Cour dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Une bonne partie des arguments avancés par l'avocat de M<sup>e</sup> Slansky devant la Cour visaient essentiellement à montrer que les éléments de preuve qui seraient recueillis au cours d'un procès seraient susceptibles d'être supérieurs à ceux qu'ont permis de recueillir les affidavits. Il ne s'agit toutefois pas du critère applicable.

[61] L'avocat de M<sup>e</sup> Slansky appuie fortement son raisonnement sur l'arrêt *Payne v. Ontario Human Rights Commission*, 2000 CanLII 5731, 192 D.L.R. (4th) 315 (C.A. Ont.). J'estime toutefois que cet arrêt n'appuie pas vraiment la cause de M<sup>e</sup> Slansky, puisqu'il concerne une autre question, à laquelle un critère différent s'applique : il s'agissait dans ce cas de savoir si la demanderesse avait le droit de signifier un avis d'examen au greffier de la Commission en vertu de la règle 39.03 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario [R.R.O. 1990, Règl. 194] dans le but d'obtenir tous les documents en possession de la Commission qui seraient pertinents à l'égard de l'affaire.

[62] De toute façon, si le rapport Friedland est confidentiel — et la question de la conversion ne se pose que si c'est le cas —, il ne pourrait être divulgué dans le cadre d'un procès. En outre, M<sup>e</sup> Slansky a été informé des documents publics consultés par le professeur Friedland et a reçu une explication complète concernant les éléments sur lesquels le président a fondé sa décision.

[63] In these circumstances, I would not interfere with Justice de Montigny's exercise of discretion to refuse to convert the application into an action.

ISSUE 1: Is the Friedland Report subject to solicitor-client privilege?

(i) *introduction*

[64] In considering the CJC's claim for solicitor-client privilege for the Friedland Report, I have kept in mind the following four features of the privilege and of legal advice privilege in particular.

[65] First, solicitor-client privilege has two branches: litigation and legal advice privilege. The only branch claimed for the Friedland Report is legal advice privilege. This attaches to communications between solicitor and client for the purpose of obtaining or giving legal advice. It is the privilege of the client, not the lawyer.

[66] The rationale for legal advice privilege is that individuals who require the assistance of a lawyer must be able to disclose fully and frankly to the lawyer all the information that the lawyer requires in order to provide sound advice in a legal context: see, for example, *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574 (*Blood Tribe*), at paragraph 9.

[67] Without this guarantee of confidentiality, individuals may be unwilling to reveal all to their lawyer and, as a result, their ability to successfully assert their legal rights, or to discharge their legal duties, may be prejudiced, and the integrity of the administration of justice undermined: *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, at paragraph 2. Thus, the rule of law is the ultimate justification of the privilege: *Three Rivers District Council & Ors v. Bank of England*, 2004 UKHL 48 (BAILII), [2004] 3 W.L.R. 1274, at paragraph 34.

[63] Dans ces circonstances, je n'interviendrais pas dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de Montigny pour refuser de convertir la demande en action.

QUESTION 1 : Le rapport Friedland est-il protégé par le secret professionnel de l'avocat?

i) *introduction*

[64] J'ai examiné l'affirmation du CCM selon laquelle le rapport Friedland est protégé par le secret professionnel de l'avocat, en gardant en tête les quatre caractéristiques suivantes du privilège, et en particulier du privilège du conseil juridique.

[65] Premièrement, le secret professionnel de l'avocat comporte deux volets : le privilège relatif au litige et le privilège de la consultation juridique. Le volet qu'on demande d'appliquer au rapport Friedland est celui du privilège de la consultation juridique. Celui-ci touche les communications entre l'avocat et son client aux fins de l'obtention ou de la prestation de conseils juridiques. Il s'agit d'un privilège dont jouit le client, et non l'avocat.

[66] Le privilège de la consultation juridique est fondé sur le fait que les personnes qui ont besoin de l'aide d'un avocat doivent être en mesure de divulguer en toute franchise tous les renseignements dont l'avocat a besoin pour leur donner de bons conseils dans un contexte juridique : voir, par exemple, *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574 (*Blood Tribe*), au paragraphe 9.

[67] Sans cette garantie de confidentialité, les personnes concernées pourraient ne pas être disposées à tout révéler à leur avocat, ce qui pourrait miner leur capacité de faire valoir leurs droits prévus par la loi ou encore de s'acquitter de leurs devoirs également prévus par la loi et pourrait aussi miner l'intégrité du processus d'administration de la justice : *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, au paragraphe 2. Ainsi, c'est la règle de droit qui justifie au bout du compte l'existence du privilège : *Three Rivers District*

[68] Second, the privilege extends not only to communications from client to lawyer, but also from lawyer to client, including a lawyer's advice on legal issues on which she or he had been consulted by a public official or body in connection with the discharge of statutory responsibilities. Thus, for example, in *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809 (*Pritchard*), privilege was successfully claimed for a legal opinion provided by in-house counsel, on which the Commission had relied in deciding not to exercise its statutory power to refer a complaint of discrimination to adjudication.

[69] It follows from the rationale for legal advice privilege that it does not protect the confidentiality of communications by third parties to a lawyer, at least when the third party was not acting on behalf of the client: *General Accident Assurance Co. v. Chrusz*, 1999 CanLII 7320, 45 O.R. (3d) 321 (C.A.) (*Chrusz*), at paragraphs 120–122 (*per* Doherty J.A.); *College of Physicians of B.C. v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2002 BCCA 665, [2003] 2 W.W.R. 279 (*College of Physicians of B.C.*), at paragraphs 45–58.

[70] Hence, any discussion in the report of statements made in confidence to Professor Friedland by those he interviewed is not covered by legal advice privilege. Whether public interest privilege applies is, however, another matter.

[71] Third, when legal advice privilege for a communication has been established on the facts of a given case, and none of the limited exceptions apply (on which, see Adam M. Dodek, “Reconceiving Solicitor-Client Privilege” (2010), 35 *Queen's L.J.* 493, at pages 514–516), the privilege is “as close to absolute as possible” and, once established, “does not involve a balancing of interests on a case-by-case basis”: *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445 [cited

*Council & Ors v. Bank of England*, 2004 UKHL 48 (BAILII), [2004] 3 W.L.R. 1274, au paragraphe 34.

[68] Deuxièmement, le privilège s'applique non seulement aux communications entre le client et l'avocat, mais également aux communications entre l'avocat et le client, y compris les conseils donnés par l'avocat concernant des questions juridiques au sujet desquelles il a été consulté par un fonctionnaire ou un organisme public dans le contexte de l'acquittement des responsabilités prévues par la loi. Ainsi, dans l'arrêt *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809 (*Pritchard*), la Commission a obtenu la protection de la confidentialité d'un avis juridique qui lui avait été fourni par l'un de ses avocats et sur lequel elle avait fondé sa décision de ne pas exercer le pouvoir que lui confère la loi de renvoyer à l'arbitrage une plainte en matière de discrimination.

[69] Il découle de la justification du privilège de la consultation juridique que celui-ci ne protège pas la confidentialité des communications entre des tierces parties et un avocat, à tout le moins lorsque le tiers ne représente pas le client : *General Accident Assurance Co. v. Chrusz*, 1999 CanLII 7320, 45 R.J.O. (3<sup>e</sup>) 321 (C.A.) (*Chrusz*), aux paragraphes 120 à 122 (le juge Doherty); *College of Physicians of B.C. c. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2002 BCCA 665, [2003] 2 W.W.R. 279 (*College of Physicians of B.C.*), aux paragraphes 45 à 58.

[70] Par conséquent, toute analyse, dans le rapport, des déclarations faites sous le sceau de la confidentialité devant le professeur Friedland par les personnes qu'il a interrogées ne fait pas l'objet du privilège de la consultation juridique. Cela ne règle cependant pas la question de savoir si un privilège d'intérêt public s'applique.

[71] Troisièmement, lorsque l'application du privilège de la consultation juridique à une communication a été établie à la lumière des faits d'une affaire donnée et qu'aucune des quelques exceptions possibles ne s'applique (à ce sujet, voir l'article d'Adam M. Dodek intitulé « Reconceiving Solicitor-Client Privilege » (2010), 35 *Queen's L.J.* 493, aux pages 514 à 516), le privilège est « aussi absolu que possible », et, une fois qu'il est établi, il « ne nécessite pas une évaluation des



above], at paragraph 35. In this latter respect, legal privilege differs from public interest privilege. I would also add that, if a communication is found to be privileged, it is not for the Court to opine on the wisdom of the decision to make the claim.

[72] The search for truth in litigation should not be taken to be the one “true” principle, to which claims for the confidentiality of a communication on the basis of solicitor-client privilege are subsidiary and “a necessary evil to be tolerated only in the clearest of situations”: *Chrusz*, at paragraph 67. Rules 317 and 318 are not a statutory abrogation of solicitor-client privilege: *Pritchard*, at paragraphs 32–36.

[73] Fourth, legal privilege is based on the class to which the communication belongs, not on the content of that communication. Thus, once it is established that a communication falls within the definition of the scope of the privilege, the court does not consider the content of the document in question in order to determine whether its disclosure is likely to prejudice the free flow of information that legal privilege is designed to protect.

(i) *the elements of legal advice privilege*

[74] The four elements of the test for determining whether a communication qualifies for legal advice privilege are well established: (1) it must have been between a client and solicitor; (2) it must be one in which legal advice is sought or offered; (3) it must have been intended to be confidential; and (4) it must not have had the purpose of furthering unlawful conduct: see *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at page 837; *Pritchard*, at paragraph 15.

[75] Counsel for Mr. Slansky did not dispute that the report was intended to be confidential. Professor Friedland stamped it as such. As already noted, I am not persuaded that the CJC subsequently waived its

intérêts dans chaque cas » : *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445 [précité], au paragraphe 35. À ce dernier égard, le privilège juridique diffère du privilège d’intérêt public. J’ajouterai également que, lorsqu’une communication est jugée privilégiée, il n’appartient pas à la Cour de se prononcer sur le fait qu’il soit sage ou non de demander qu’elle le soit.

[72] La recherche de la vérité dans le cadre de la procédure ne devrait pas être vue comme étant le seul « vrai » principe, auquel les demandes de protection de la confidentialité des communications fondées sur le secret professionnel de l’avocat seraient subordonnées, celles-ci étant [TRADUCTION] « un mal nécessaire ne devant être toléré que dans les situations les plus claires » : *Chrusz*, au paragraphe 67. Les règles 317 et 318 ne constituent pas des dispositions supprimant le privilège avocat-client : *Pritchard*, aux paragraphes 32 à 36.

[73] Quatrièmement, le privilège juridique est fondé sur la catégorie à laquelle la communication appartient, et non sur le contenu de celle-ci. Ainsi, une fois qu’il est établi que la communication est incluse dans la portée définie du privilège, le tribunal n’examine pas le contenu du document en question dans le but de décider si sa divulgation est susceptible de nuire à la libre circulation de l’information que le privilège juridique vise à protéger.

ii) *les éléments du privilège de la consultation juridique*

[74] Les quatre éléments du critère servant à décider si une communication fait l’objet du privilège de la consultation juridique sont bien établis : il doit s’agir 1) d’une communication entre un avocat et son client; 2) qui comporte une consultation ou un avis juridiques; 3) que les parties considèrent de nature confidentielle; et 4) qui n’avait pas pour objectif de permettre la perpétration d’un acte illégal : voir *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la page 837; *Pritchard*, au paragraphe 15.

[75] L’avocat de M<sup>e</sup> Slansky n’a pas contesté le fait que le rapport était considéré par les parties concernées comme étant confidentiel. Le professeur Friedland a posé un tampon qui le précisait sur le rapport. Comme

confidentiality. The fourth element of the *Solosky* test is not relevant to this appeal.

[76] The central question in this case is whether the Chairperson engaged Professor Friedland in his capacity as a lawyer to provide legal advice to assist him in deciding whether to dismiss the complaint or refer it to a hearing.

[77] Legal advice has been held to include not only telling clients the law, but also giving advice “as to what should prudently and sensibly be done in the relevant legal context”: *Balabel v. Air India*, [1988] Ch. 317 (C.A.), at page 330, quoted with approval in *Blood Tribe v. Canada (Attorney General)*, 2010 ABCA 112 (CanLII), 487 A.R. 71, at paragraph 26.

[78] Further, as Steel J.A. observed in *Gower v. Tolko Manitoba Inc.*, 2001 MBCA 11(CanLII), 196 D.L.R. (4th) 716 (*Gower*), at paragraph 22, this question is “closely related to whether the solicitor was acting in a professional legal capacity as a solicitor.”

[79] In *Blood Tribe*, Justice Binnie somewhat broadened the scope of legal advice privilege by stating (at paragraph 10) that solicitor-client privilege is

... applicable to all interactions between a client and his or her lawyer when the lawyer is engaged in providing legal advice or otherwise acting as a lawyer rather than as a business counsellor or in some other non-legal capacity. [Emphasis added.]

Thus, a solicitor-client relationship is established for privilege purposes if the lawyer has been asked either to give legal advice or otherwise to act as a lawyer, that is, to perform services related to a legal issue pertaining to the client for which the professional skills and knowledge of a lawyer are required.

je l’ai déjà mentionné, je ne suis pas convaincu que le CCM a par la suite renoncé à la confidentialité du rapport. Le quatrième élément du critère de l’arrêt *Solosky* n’est pas pertinent en l’espèce.

[76] La principale question à trancher en l’espèce est celle de savoir si le président a eu recours aux services du professeur Friedland à titre d’avocat pour qu’il lui fournisse des conseils juridiques afin de l’aider à décider s’il devait rejeter la plainte ou la déférer à une audience.

[77] Les tribunaux ont affirmé que la consultation juridique inclut non seulement le fait d’expliquer le droit à un client, mais également la prestation de conseils [TRADUCTION] « sur les mesures raisonnables et prudentes à prendre dans le contexte juridique en cause » : *Balabel v. Air India*, [1988] Ch. 317 (C.A.), à la page 330, cité avec approbation dans l’arrêt *Blood Tribe v. Canada (Attorney General)*, 2010 ABCA 112 (CanLII), 487 A.R. 71, au paragraphe 26.

[78] En outre, comme l’a fait remarquer la juge Steel dans l’arrêt *Gower v. Tolko Manitoba Inc.*, 2001 MBCA 11 (CanLII), 196 D.L.R. (4th) 716 (*Gower*), au paragraphe 22, cette question est [TRADUCTION] « étroitement liée à la question de savoir si l’avocat agissait en tant qu’avocat assumant des fonctions juridiques professionnelles ».

[79] Dans l’arrêt *Blood Tribe*, le juge Binnie a dans une certaine mesure élargi la portée du privilège de la consultation juridique en déclarant (au paragraphe 10) que le secret professionnel de l’avocat est

[...] applicable à toutes les communications entre un client et son avocat lorsque ce dernier donne des conseils juridiques ou agit, d’une autre manière, en qualité d’avocat et non en qualité de conseiller d’entreprise ou à un autre titre que celui de spécialiste du droit. [Non souligné dans l’original.]

Ainsi, une relation entre un avocat et son client est établie aux fins du privilège si l’avocat s’est vu demander de fournir des conseils juridiques ou d’agir en tant qu’avocat à d’autres égards, c’est-à-dire d’offrir des services liés à une question juridique concernant le client pour la prestation desquels il est nécessaire de posséder les compétences professionnelles et les connaissances d’un avocat.

(iii) *lawyers and investigations: the jurisprudence*

[80] *Gower* is the leading authority on legal advice privilege respecting a report by a lawyer who has been instructed by a client to investigate a complaint of improper conduct. The issue in *Gower* was whether the plaintiff in a wrongful dismissal action was entitled to the production of a report written by a lawyer at the request of the defendant, the plaintiff's employer.

[81] The lawyer had been retained to conduct an investigation into a complaint against the plaintiff of sexual harassment "as counsel on behalf of the Employer for the purpose of providing a fact finding report and giving legal advice based on the findings in the report" (at paragraph 5). The Court held (at paragraph 12) that the entire report, including the section on findings of fact, was subject to legal advice privilege, on the ground that "the entire report forms an investigative report leading to legal advice".

[82] As to what constitutes "legal advice" for the purpose of the privilege, the Court stated (at paragraph 19):

... legal advice is not confined to merely telling the client the state of the law. It includes advice as to what should be done in the relevant legal context. It must, as a necessity, include ascertaining or investigating the facts upon which the advice will be rendered. Courts have consistently recognized that investigation may be an important part of a lawyer's legal services to a client so long as they are connected to the provision of those legal services.

[83] The Court held (at paragraph 37) that if the lawyer had been asked only to investigate and to find the facts, that would not have constituted the giving of legal advice, and the report would not have been privileged. However, the Court was satisfied (at paragraph 38) that the lawyer was also asked to provide recommendations and to advise on their legal implications. Since the fact finding was inextricably linked to the provision of that legal service, the portion of the

iii) *les avocats et les enquêtes : la jurisprudence*

[80] *Gower* est l'arrêt de principe à l'égard du privilège de consultation juridique concernant un rapport rédigé par un avocat chargé par un client d'enquêter sur une plainte en matière de conduite inappropriée. La question à trancher dans l'arrêt *Gower* était celle de savoir si le demandeur d'une poursuite pour congédiement injustifié pouvait faire produire un rapport rédigé par une avocate à la demande du défendeur, l'employeur du demandeur.

[81] L'avocate avait été chargée de mener une enquête sur une plainte de harcèlement sexuel portée contre le demandeur [TRADUCTION] « en tant qu'avocate de l'employeur aux fins de la rédaction d'un rapport sur les faits et de la prestation de conseils juridiques en fonction du contenu de ce rapport » (au paragraphe 5). La Cour a affirmé (au paragraphe 12) que l'intégralité du rapport, y compris la section de constatation des faits, faisait l'objet du privilège de la consultation juridique, au motif que [TRADUCTION] « le rapport dans son ensemble est un rapport d'enquête donnant lieu à la formulation de conseils juridiques ».

[82] Quant à ce qui constitue une « consultation juridique » aux fins du privilège, la Cour a déclaré ce qui suit (au paragraphe 19) :

[TRADUCTION] [...] la consultation juridique ne se limite pas à la description de l'état du droit pour le client. Elle inclut les conseils concernant ce qui devrait être fait dans le contexte juridique pertinent. Elle doit nécessairement inclure la vérification des faits ou l'enquête sur les faits qui constitueront le fondement des conseils offerts. Les tribunaux ont constamment reconnu que l'enquête peut constituer une partie importante des services juridiques fournis à un client par un avocat, pour autant qu'elle est liée à la prestation de ces services juridiques.

[83] La Cour a affirmé (au paragraphe 37) que, si l'avocate avait été chargée seulement d'enquêter et de constater les faits, son travail n'aurait pas consisté en la prestation de conseils juridiques, et le rapport n'aurait pas été confidentiel. La Cour s'est toutefois dite convaincue (au paragraphe 38) qu'on avait aussi demandé à l'avocate de formuler des recommandations ainsi que des conseils sur les répercussions de celles-ci sur le plan juridique. Comme la constatation des faits était inextricablement

report dealing with the lawyer's findings of fact was also covered by the privilege.

[84] *College of Physicians of B.C.* arose from a complaint of misconduct by a physician. One issue was whether experts' reports obtained by the College's in-house lawyer in the course of her investigation of the complaint were covered by legal advice privilege.

[85] Adopting the approach in *Gower*, the Court in *College of Physicians of B.C.* stated that legal advice privilege may attach to a communication by a lawyer to a committee of the regulatory body made in the context of providing legal advice on the performance of its statutory duty to decide whether a complaint should be subject to further inquiry. The Court found (at paragraph 42) that the lawyer's instructions were

... to obtain the facts necessary to render legal advice to the [College's Sexual Conduct Committee] concerning its legal obligations arising out of the complaint. As such, she was engaged in giving legal advice to her client.

However, on the basis of *Chrusz*, the Court held that the experts' reports were not covered by solicitor-client privilege because they were communications to the lawyer by third parties who were not acting on behalf of the College, the lawyer's client.

[86] In an earlier case, *Wilson v. Favelle*, 1994 CanLII 1152, 26 C.P.C. (3d) 273 (B.C.S.C.) (*Wilson*), the Master emphasized the importance of the scope of the role assigned to a lawyer in determining whether legal advice privilege applies. An outside lawyer had been retained by the British Columbia Ministry of Health to investigate a complaint of misconduct by the plaintiff, an employee of the Ministry. The plaintiff sought production of the lawyer's report, which the Province opposed on the ground that it was subject to solicitor-client privilege.

liée à la prestation de ce service juridique, la partie du rapport consistant en la constatation des faits par l'avocat a aussi été considérée comme étant confidentielle.

[84] L'arrêt *College of Physicians of B.C.* a découlé d'une plainte d'inconduite portée contre un médecin. L'une des questions soulevées était de savoir si les rapports d'experts obtenus par l'avocate interne du collège dans le cadre de son enquête concernant la plainte étaient visés par le privilège de la consultation juridique.

[85] Suivant la démarche adoptée dans l'arrêt *Gower*, la Cour a déclaré, dans l'arrêt *College of Physicians of B.C.*, que le privilège de la consultation juridique peut s'appliquer à une communication entre un avocat et un comité de l'organisme réglementaire faite dans le contexte de la prestation de conseils juridiques concernant l'acquittement de son devoir prévu par la loi de décider si une plainte devrait faire l'objet d'une enquête approfondie. La Cour a conclu (au paragraphe 42) que l'avocate avait reçu pour instructions

[TRADUCTION] [...] de recueillir les faits nécessaires pour donner au [comité relatif à la conduite sexuelle du collège] un avis juridique au sujet de ses obligations légales par suite de la plainte. Elle avait donc été engagée pour donner une opinion juridique à son client.

Cependant, en se fondant sur l'arrêt *Chrusz*, la Cour a affirmé que les rapports d'experts n'étaient pas visés par le secret professionnel de l'avocat, puisqu'il s'agissait de communications entre l'avocate et des tierces parties qui ne représentaient pas le collège, c'est-à-dire le client de l'avocate.

[86] Dans une décision antérieure, *Wilson v. Favelle*, 1994 CanLII 1152, 26 C.P.C. (3d) 273 (C. supr. C.-B.) (*Wilson*), le protonotaire a insisté sur l'importance de la portée du rôle attribué à un avocat pour ce qui est de décider si le privilège de la consultation juridique s'applique. Une avocate de l'extérieur avait été chargée par le ministère de la Santé de la Colombie-Britannique d'enquêter sur une plainte d'inconduite formulée par le demandeur, qui était un employé du ministère. Le demandeur a demandé la production du rapport de l'avocate, ce à quoi le gouvernement de la province s'est opposé au motif que le rapport était protégé par le secret professionnel de l'avocat.

[87] The contract between the lawyer and the Ministry stated that the lawyer was to investigate the allegations by interviewing the complainant. The lawyer was then to prepare a report for the Deputy Minister documenting the facts, and advise on any breaches of the standards of conduct applicable to public service employees and on any damage to either the Ministry's ability to perform its functions or the reputation of the Crown or its employees. The terms of the contract were subsequently characterized in an affidavit as including the provision of legal advice to the Deputy Minister.

[88] The Master granted the motion for production on the ground that the terms of the lawyer's contract did not establish a solicitor-client relationship. He gave no weight to the affidavit's after-the-fact recharacterization of the instructions.

[89] Unlike the situation in *Gower* and *College of Physicians of B.C.*, Professor Friedland's letter of engagement did not expressly include the provision of legal advice to the Chairperson. Indeed, he was specifically instructed not to advise the Chairperson on the decision he should make regarding the complaint. However, *Blood Tribe* has somewhat modified the law as formulated in these cases in that a lawyer and client relationship will be established if the lawyer had been engaged to provide services in a legal context for which a lawyer's skills and knowledge are necessary, even if the services might not be regarded as the provision of legal advice in the ordinary sense, because, for example, the lawyer neither informs the client about their legal rights or duties, nor expressly advises on action to be taken by the client given the client's legal position.

[90] Whether Professor Friedland was retained to give legal advice or otherwise to act as a lawyer depends on the answers to two questions. First, what was the scope of the mandate given to him by the CJC? Second, is that mandate properly characterized as "providing legal advice or otherwise acting as a lawyer"?

[87] Le contrat conclu entre l'avocate et le Ministère précisait que l'avocate devait enquêter sur les allégations formulées en interrogeant le plaignant. Elle devait ensuite rédiger un rapport sur les faits à l'intention du sous-ministre et l'aviser de toute entorse aux normes de conduite applicables aux employés de la fonction publique et de tout préjudice touchant la capacité du ministère d'exécuter ses fonctions ou la réputation de la Couronne ou de ses employés. Les modalités du contrat ont par la suite été précisées dans un affidavit indiquant qu'elles incluaient la prestation de conseils juridiques au sous-ministre.

[88] Le protonotaire a accueilli la requête de production du rapport au motif que les modalités du contrat de l'avocate n'établissaient pas de relation entre un avocat et son client. Il n'a accordé aucun poids à l'affidavit précisant après coup les instructions que devait suivre l'avocate.

[89] Contrairement aux documents examinés dans le cadre des arrêts *Gower* et *College of Physicians of B.C.*, la lettre d'engagement du professeur Friedland ne parlait pas expressément de la prestation de conseils juridiques au président. Le professeur Friedland a plutôt reçu pour instruction précise de ne pas conseiller le président à l'égard de la décision qu'il devrait rendre selon lui au sujet de la plainte. L'arrêt *Blood Tribe* est toutefois venu modifier dans une certaine mesure la jurisprudence formulée dans le cadre de ces décisions en précisant qu'une relation entre un avocat et son client est établie si l'avocat est chargé de fournir des services dans un contexte juridique exigeant les compétences et les connaissances d'un avocat, même si ces services peuvent ne pas être perçus comme étant des services juridiques au sens courant du terme, par exemple parce que l'avocat n'informe pas le client de ses droits et de ses devoirs ni ne le conseille expressément sur les mesures qu'il devrait prendre vu la situation dans laquelle il se trouve sur le plan juridique.

[90] Pour décider si le professeur Friedland avait été chargé de fournir des conseils juridiques ou d'agir d'une autre manière en qualité d'avocat, il faut répondre à deux questions. Premièrement, quelle était la portée du mandat que lui avait donné le CCM? Deuxièmement, peut-on affirmer à juste titre que ce mandat consistait à

(iv) *Professor Friedland's mandate*

[91] Counsel for Mr. Slansky says that the terms of the CJC's Policy form the basis of Professor Friedland's letter of engagement. They establish that, as counsel, his role was limited to investigating the complaint by gathering facts and clarifying the allegations, so as to assist the Chairperson in deciding how to proceed with the complaint.

[92] Further, he argues, it is clear from *Gower*; *College of Physicians of B.C.*; and *Wilson* that the reports of lawyers who are instructed to investigate the facts of a complaint are not subject to legal advice privilege, unless their mandate also includes the provision of legal advice.

[93] Counsel submits that Professor Friedland's role was not to provide legal advice or other legal services, but rather was analogous to that of human rights investigators who investigate complaints of discrimination and report to the Commission on whether an adjudicative hearing is warranted. He says that these investigators have not generally been lawyers, and their reports are normally disclosed as a matter of fairness to complainants.

[94] There might be much to be said for this view if the nature of Professor Friedland's mandate was to be determined only by reference to the CJC's Policy incorporated into the letter of engagement, without any consideration of context. However, while the retainer is important evidence of whether a solicitor-client relationship has been established, the terms of the retainer are not necessarily conclusive (*Gower*, at paragraph 40), and must be construed in light of all the relevant circumstances.

[95] The description of Professor Friedland's mandate in the letter of engagement was based on the CJC's Policy respecting the role of counsel. The parts of the Policy quoted in the letter state that the role of counsel

« donne[r] des conseils juridiques ou agi[r], d'une autre manière, en qualité d'avocat »?

iv) *Le mandat du professeur Friedland*

[91] L'avocat de M<sup>e</sup> Slansky affirme que la lettre d'engagement du professeur Friedland est fondée sur les dispositions de la politique du CCM. Selon ces dispositions, en tant qu'avocat, son rôle se limitait à mener une enquête sur la plainte en consignait les faits et en éclaircissant les allégations, de façon à aider le président à décider de la façon adéquate de traiter la plainte.

[92] Il ajoute qu'il est clair d'après les arrêts *Gower*; *College of Physicians of B.C.*; et la décision *Wilson* que les rapports des avocats chargés d'enquêter sur les faits liés à une plainte ne sont pas visés par le privilège de la consultation juridique, à moins que le mandat des avocats n'inclue aussi la prestation de conseils juridiques.

[93] L'avocat affirme que le rôle du professeur Friedland n'était pas de fournir des conseils juridiques ou d'autres services de cette nature. Il était plutôt analogue à celui des enquêteurs sur les droits de la personne qui examinent des plaintes de discrimination et présentent un rapport à la Commission en lui indiquant si la tenue d'une audience d'arbitrage est justifiée ou non. Il dit que ces enquêteurs ne sont pas en général des avocats et que leurs rapports sont normalement divulgués aux demandeurs par souci d'équité.

[94] Il y aurait peut-être beaucoup de choses à dire pour appuyer ce point de vue si la nature du mandat du professeur Friedland ne devait être déterminée que par référence à la politique du CCM dans la lettre d'engagement, sans qu'il soit tenu compte du contexte par ailleurs. Toutefois, quoique le mandat constitue une preuve importante de l'établissement d'une relation entre un avocat et son client, les modalités de celui-ci ne sont pas nécessairement déterminantes (voir l'arrêt *Gower*, au paragraphe 40), et elles doivent être interprétées à la lumière de toutes les circonstances pertinentes.

[95] La description du mandat du professeur Friedland figurant dans la lettre d'engagement est fondée sur la politique du CCM concernant le rôle des avocats. Selon les extraits de la politique cités dans la lettre, le rôle de

in conducting further inquiries into a complaint is to “gather further information”, “attempt to clarify the allegations” and “gather evidence which, if established, would support or refute those allegations”. In addition, the Policy provides that “[d]ocumentation may be collected and analyzed” (emphasis added) by counsel.

[96] The Policy provides no further positive explanation of what “fact-gathering” entails, but it does say what it does not include. First, while sometimes described as a fact-finder, counsel is not an adjudicative fact-finder who must make factual determinations based on a weighing of the evidence. Second, it is not counsel’s role to recommend the decision that the Chairperson should make on the complaint. The Policy does not mention the provision of legal analysis or advice, although, depending on the nature of the particular complaint, this could be implicit in counsel’s mandate, including the instruction to provide an analysis of documentation.

[97] Professor Friedland’s letter of engagement did not expressly relate the terms of the Policy to the nature of the inquiries he was to make in respect of Mr. Slansky’s complaint. However, in my view this can be inferred from the complaint itself, which included allegations that the Judge’s conduct of the trial included highly improper, non-judicial behaviour, bias, and procedural and evidentiary rulings that the Judge knew to be wrong.

[98] Inquiring into these allegations in order to assist the Chairperson in making a decision on whether to refer the complaint to a hearing panel called for an analysis of documents and tapes that required the skills and knowledge of a lawyer. And not just any lawyer, but one like Professor Friedland who had an extensive knowledge of criminal law and criminal trial process.

l’avocat menant une enquête supplémentaire concernant une plainte consiste à « obtenir un complément d’information », à « s’efforcer d’apporter des éclaircissements sur les accusations portées » et à « réunir des éléments de preuve qui, s’ils étaient établis, serviraient de fondement à ces accusations ou, au contraire, leur retireraient toute légitimité ». En outre, la politique précise qu’il « est possible que [l’avocat] amasse des documents et [qu’il] procède à leur analyse » (non souligné dans l’original).

[96] La politique ne précise pas ce que suppose la « recherche de faits », mais elle indique toutefois ce qu’elle exclut. Premièrement, si l’on dit parfois qu’il joue le rôle d’un « enquêteur », l’avocat n’est pas chargé de procéder à la recherche des faits dans le cadre d’un processus juridictionnel, c’est-à-dire de tirer des conclusions de fait après avoir apprécié la preuve. Deuxièmement, le rôle de l’avocat n’est pas de recommander au président qu’il rende telle ou telle décision concernant la plainte. La politique ne parle pas de la prestation d’analyse ou de conseils juridiques quoique cela puisse, selon la nature de la plainte, être implicite dans le mandat de l’avocat, notamment s’il lui est demandé de fournir une analyse des documents en cause.

[97] La lettre d’engagement du professeur Friedland n’établissait pas expressément de lien entre les dispositions de la politique et la nature de l’enquête qu’il devait mener sur la plainte de M<sup>e</sup> Slansky. J’estime toutefois que la nature de l’enquête découle de la plainte en elle-même, puisque celle-ci contient des allégations selon lesquelles le juge aurait eu durant le procès une conduite tout à fait inappropriée et un comportement non judiciaire, il aurait fait preuve de partialité et aurait rendu des décisions relatives à la procédure et à la preuve dont il savait qu’elles étaient erronées.

[98] L’enquête concernant ces allégations menée en vue d’aider le président à rendre une décision au sujet de la possibilité de déférer la plainte à un comité d’audience supposait une analyse des documents et des enregistrements exigeant les compétences et les connaissances d’un avocat, et pas seulement d’un avocat ordinaire, mais de quelqu’un comme le professeur Friedland, qui possède une connaissance approfondie du droit pénal et des procès criminels.

[99] Thus, Professor Friedland examined 6 000 pages of trial transcript, and listened to tape recordings of parts of the trial, in order to clarify the allegation of misconduct by the Judge in the manner in which he managed a difficult trial. Sifting through this material to understand the dynamics of the trial, identifying exchanges involving the Judge that might constitute judicial misconduct and not just give rise to an appeal, and providing an analysis of these findings, all called for a lawyer's knowledge and skills. Similarly, Professor Friedland's analysis of the Judge's rulings in this case, as well as of his other reported decisions, for indications of bias, bad faith, or improper motives, was also uniquely within a lawyer's competence.

[100] These activities are certainly included in the analysis of documentation that the CJC's Policy states is part of the role of counsel. The documents that had to be analysed to enable Professor Friedland to conduct further inquiries into Mr Slansky's allegations clearly called for a lawyer's expertise.

[101] The context in which Professor Friedland was retained under paragraph 5.1(c) of the Complaints Procedures as counsel to conduct further inquiries into the complaint of judicial misconduct was to assist the Chairperson in making a decision as to whether to refer the complaint to a hearing panel. This is an essential aspect of the legal context in which he provided his services.

[102] In order for Professor Friedland in this case to provide the assistance contemplated by paragraph 5.1(c), he also had to be sensitive to the line between judicial errors that are appropriately remedied by an appeal and misconduct that might warrant removal from the Bench. This is always an especially delicate matter when the CJC is investigating a complaint, like Mr. Slansky's, that relates to a judge's legal rulings and conduct of a trial, issues that are at the heart of judicial independence and for which an appeal is normally the appropriate recourse.

[103] In my view, a lawyer's knowledge was required to make that distinction in this case. Professor

[99] Le professeur Friedland a donc examiné 6 000 pages de transcription de procès et écouté l'enregistrement de certaines parties du procès dans le but d'éclaircir l'allégation d'inconduite du juge dans la façon dont il a mené un procès difficile. Pour épulcher ces documents en vue de comprendre la dynamique du procès, cerner les échanges au cours desquels le juge aurait pu se rendre coupable d'inconduite judiciaire et qui ne peuvent simplement donner lieu à un appel et pour présenter une analyse de ces conclusions, il fallait posséder les connaissances et les compétences d'un avocat. De même, seul un avocat aurait été en mesure de procéder comme le professeur Friedland à l'analyse des décisions du juge ainsi que de ses autres décisions publiées pour essayer d'y découvrir des indices de partialité, de mauvaise foi ou de malveillance.

[100] Ces activités font assurément partie de l'analyse des documents qu'englobe le rôle de l'avocat d'après la politique du CCM. Il est clair que l'analyse des documents que le professeur Friedland devait examiner pour mener une enquête supplémentaire sur les allégations formulées par M<sup>e</sup> Slansky exigeait l'expertise d'un avocat.

[101] Le professeur Friedland a été chargé, aux termes de l'alinéa 5.1c) des Procédures relatives aux plaintes et en qualité d'avocat, de mener une enquête supplémentaire sur la plainte en matière d'inconduite judiciaire en vue d'aider le président à rendre une décision quant à la possibilité de déférer la plainte à un comité d'audience. Il s'agit là d'un aspect essentiel du contexte juridique dans lequel il a offert ses services.

[102] Afin de pouvoir fournir l'aide prévue à l'alinéa 5.1c), le professeur Friedland devait également être en mesure de bien distinguer les erreurs judiciaires pouvant être réparées adéquatement en appel et l'inconduite justifiant la destitution du juge. Il s'agit là d'une question qui est toujours particulièrement délicate lorsque le CCM enquête sur une plainte liée, comme celle de M<sup>e</sup> Slansky, aux décisions juridiques et à la conduite d'un juge pendant un procès, éléments qui sont au cœur de l'indépendance judiciaire et à l'égard desquels la procédure d'appel est habituellement le recours approprié.

[103] J'estime qu'il fallait posséder les connaissances d'un avocat pour être en mesure d'établir cette distinction



Friedland's special legal expertise, as both a criminal lawyer and the author of a study of judicial discipline and judicial independence, made him particularly qualified for this role.

[104] There are undoubtedly similarities between the role of non-lawyer human rights investigators and that of counsel appointed under paragraph 5.1(c). In my view, however, these are outweighed in the present case by the differences. Human rights investigations are typically heavy on fact and light on law, and can be capably undertaken by suitably trained persons, whether or not they are lawyers. In contrast, the investigation of Mr. Slansky's allegations inherently required factual and legal analysis peculiarly within a lawyer's expertise.

[105] Thus, despite the engagement letter's description of counsel's role as that of a gatherer and finder of the facts, it can be inferred from the nature of the allegations into which the letter stated that Professor Friedland was to conduct his inquiries that his role involved legal and factual analyses that required the skills and knowledge of a lawyer. Accordingly, when engaged to assist the Chairperson in deciding how to proceed with the complaint, Professor Friedland was engaged in his capacity as a lawyer. As a result, his report to the Chairperson is subject to solicitor-client privilege as legal advice.

[106] Indeed, it is frankly inconceivable that, when read in the context of Mr. Slansky's complaint, the letter of engagement mandates Professor Friedland simply to gather the facts by assembling the raw data (the trial transcript and the Judge's rulings in this case, as well as other of his criminal law decisions), and to leave their analysis to the Chairperson. Indeed, the Policy specifically includes the analysis of documentation in the role of counsel, which in this case called for a legal analysis. The raw documentary data collected by Professor Friedland that is already in the public domain is not privileged. Justice de Montigny ordered its disclosure to Mr. Slansky.

en l'espèce. L'expertise juridique particulière du professeur Friedland, en tant que criminaliste et aussi en tant qu'auteur d'une étude sur la discipline et l'indépendance judiciaires, faisait de lui un candidat idéal pour le rôle en question.

[104] Il existe sans aucun doute des similitudes entre le rôle des enquêteurs sur les droits de la personne qui ne sont pas des avocats et celui des avocats désignés en vertu de l'alinéa 5.1c). J'estime cependant qu'il y a plus de différences que de similitudes en l'espèce. Les enquêtes relatives aux droits de la personne sont habituellement axées davantage sur les faits que sur le droit, et elles peuvent être menées par des personnes ayant reçu une formation adéquate, qu'il s'agisse d'avocats ou non. L'enquête concernant les allégations formulées par M<sup>e</sup> Slansky exigeait par contre nécessairement une analyse factuelle et juridique relevant de l'expertise d'un avocat.

[105] Ainsi, même si la lettre d'engagement décrit le rôle de l'avocat comme étant celui d'un enquêteur, il est possible de conclure à partir de la nature des allégations qui devaient faire l'objet de l'enquête du professeur Friedland selon cette lettre que son rôle supposait des analyses juridiques et factuelles exigeant les compétences et les connaissances d'un avocat. Par conséquent, lorsqu'il a été chargé d'aider le président à décider de la façon de traiter la plainte, le professeur Friedland a été embauché en sa qualité d'avocat. Le rapport qu'il a présenté au président est donc protégé par le secret professionnel de l'avocat puisque son contenu relève de la consultation juridique.

[106] En effet, il est franchement inconcevable que, dans le contexte de la plainte de M<sup>e</sup> Slansky, la lettre d'engagement charge simplement le professeur Friedland de réunir les faits en colligeant les données brutes (la transcription du procès et les décisions rendues par le juge, ainsi que d'autres décisions rendues par lui dans des affaires criminelles) pour en laisser l'analyse au président. La politique du CCM prévoit effectivement que le rôle d'avocat consiste notamment à analyser des documents, analyse qui, en l'espèce, devait être de nature juridique. Les données documentaires brutes recueillies par le professeur Friedland relèvent déjà du domaine public, et elles ne sont pas confidentielles. Le juge de Montigny en a ordonné la divulgation à M<sup>e</sup> Slansky.

[107] The view I have taken of Professor Friedland’s “fact-finding” role in this case is reinforced by the affidavit of Mr. Sabourin, where he states that, in engaging counsel, he and the Chairperson expect a lawyer’s analysis and recommendations in respect of the allegations. In addition, the fact that the CJC’s Complaints Procedures stipulates that counsel must be a lawyer suggests that their task calls for a lawyer’s skills. I do not accept that this is a cynical attempt by the CJC to ensure that it can keep all investigative reports secret.

[108] Nonetheless, in the interests of transparency, and to avoid future misunderstandings, the description of the role of counsel contained in the CJC’s Complaints Procedures should be modified to reflect more clearly the scope of the tasks that they are expected to undertake. The terms of letters of engagement should also provide more specific instructions regarding the particular complaint that counsel was engaged to investigate.

[109] In summary, when Professor Friedland was engaged to conduct further inquiries into Mr. Slansky’s allegations, and to submit a report on them to assist the Chairperson to discharge his legal duty to decide on how to proceed with the complaint, he was engaged in his professional capacity as a lawyer. In view of the complexity and nature of the complaint, any analysis of the data that would assist the Chairperson required the skills and knowledge of a lawyer. Hence, when the letter of engagement is read in the context of this complaint, it is my view that Professor Friedland was engaged to provide legal advice or otherwise to act as a lawyer. The report of his inquiries is therefore subject to legal advice privilege.

ISSUE 2: Are the factual components of the report severable?

[110] Having concluded that Professor Friedland was engaged by the Chairperson to provide legal advice, or otherwise to act in his capacity as a lawyer, and that the confidential report of his further inquiries is therefore privileged as legal advice, I can deal quite briefly with

[107] Le point de vue que j’ai adopté sur le rôle d’« enquêteur » du professeur Friedland est appuyé par l’affidavit de M<sup>e</sup> Sabourin, dans lequel celui-ci déclare que le président et lui s’attendaient à ce que l’avocat dont ils retenaient les services leur fournisse une analyse des allégations et formule des recommandations à cet égard. En outre, le fait que les Procédures relatives aux plaintes du CCM précisent que la personne dont les services sont retenus doit être un avocat donne à penser que la tâche dont cette personne doit s’acquitter exige les compétences d’un avocat. Je n’admets pas l’idée que le CCM puisse chercher cyniquement par ce moyen à garantir la confidentialité de tous ses rapports d’enquête.

[108] Néanmoins, par souci de transparence, et pour éviter les malentendus à l’avenir, il conviendrait de modifier la description du rôle de l’avocat figurant dans les Procédures relatives aux plaintes du CCM, afin qu’elle reflète clairement la portée des tâches dont on s’attend à ce que les avocats s’acquittent. Les lettres d’engagement devraient également contenir des directives précises concernant les plaintes que les avocats sont chargés d’examiner.

[109] En somme, lorsque le professeur Friedland a été chargé de mener une enquête supplémentaire au sujet des allégations formulées par M<sup>e</sup> Slansky et de soumettre un rapport d’enquête au président pour l’aider à s’acquitter de son devoir prévu par la loi en décidant de la façon de traiter la plainte, il a été embauché en sa qualité professionnelle d’avocat. Vu la complexité et la nature de la plainte, toute analyse des données pouvant être utile au président exigeait les compétences et les connaissances d’un avocat. J’estime donc que, dans le contexte de la plainte, la lettre d’engagement charge le professeur Friedland de donner des conseils juridiques ou d’agir, d’une autre manière, en qualité d’avocat. Son rapport d’enquête est donc visé par le privilège de la consultation juridique.

QUESTION 2 : Est-il possible de prélever les éléments factuels du rapport?

[110] Ayant conclu que le professeur Friedland a été chargé par le président de lui donner des conseils juridiques ou d’agir, d’une autre manière, en sa qualité d’avocat, et que le rapport confidentiel sur son enquête supplémentaire est donc visé par le privilège de la

the argument that the factual parts of the report should be severed and disclosed.

[111] In my view, the short answer to this argument is that, while holding that the factual analysis in the report could not be severed, Justice de Montigny nonetheless ordered the disclosure of the publicly available documentary materials that Professor Friedland had consulted in the preparation of his report. These documents contained the “facts”. However, the legal and factual analysis of this material, which Professor Friedland undertook to assist the Chairperson with his decision, is the core of the communication covered in this case by legal advice privilege.

[112] As the Court observed in *Gower*, it is not permissible to sever findings of fact made in an investigative report covered by solicitor-client privilege when they form the basis of, and are inextricably linked to, the legal advice provided.

[113] Without necessarily adopting every aspect of Justice de Montigny’s analysis of severance, subject to the two relatively minor reservations described below I agree that the disclosure of documents that he ordered substantively satisfied any possible duty to sever. To go further would erode the confidentiality on which the lawyer-client relationship fundamentally rests.

[114] First, I have already indicated at paragraphs 69 and 70 of these reasons that statements made by those interviewed by Professor Friedland in the course of his inquiries are not subject to legal advice privilege because they were not made on behalf of the client, the CJC. Accordingly, any account of those interviews in the report cannot be withheld from disclosure on the basis of solicitor-client privilege.

[115] My second reservation concerns pages 31–32 of the report. These deal with a general policy issue that Professor Friedland recommends that the CJC should

consultation juridique, je suis en mesure d’aborder assez brièvement l’argument selon lequel les parties du rapport portant sur les faits devraient en être prélevées et devraient être divulguées.

[111] À mon avis, la réponse courte à cet argument est que, même s’il a conclu que l’analyse des faits contenue dans le rapport ne pouvait en être prélevée, le juge de Montigny a néanmoins ordonné la divulgation des documents publics que le professeur Friedland avait consultés pour rédiger son rapport. Ces documents contiennent les « faits ». C’est toutefois l’analyse juridique et factuelle de ces documents que le professeur Friedland a effectuée pour aider le président à rendre sa décision qui est au cœur de la communication visée en l’espèce par le privilège de la consultation juridique.

[112] Comme la Cour l’a fait remarquer dans l’arrêt *Gower*, le prélèvement des constatations de faits contenues dans un rapport d’enquête protégé par le secret professionnel de l’avocat lorsque celles-ci sont le fondement des conseils juridiques fournis et y sont inextricablement liées n’est pas permis.

[113] Sans nécessairement souscrire à tous les aspects de l’analyse du juge de Montigny concernant le prélèvement, et sous réserve de deux détails plutôt mineurs que je décris ci-dessous, je suis d’accord pour dire que la divulgation des documents qu’il a ordonnée permet en grande partie l’acquittement de tout devoir de prélèvement pouvant exister. Aller plus loin viendrait éroder la confidentialité dont la relation entre un avocat et son client est fondamentalement tributaire.

[114] Premièrement, j’ai déjà indiqué aux paragraphes 69 et 70 des présents motifs que les déclarations faites par les personnes interrogées par le professeur Friedland au cours de son enquête n’étaient pas visées par le privilège de la consultation juridique, puisqu’elles n’ont pas été faites au nom du client, c’est-à-dire le CCM. Par conséquent, aucun compte rendu de ces entrevues dans le rapport ne peut être protégé contre la divulgation en vertu du secret professionnel de l’avocat.

[115] Ma seconde réserve concerne les pages 31 et 32 du rapport. Celles-ci portent sur un problème général de politiques que le professeur Friedland recommande au

take on as one of its initiatives, namely, the handling of mega trials.

[116] While this recommendation arises from Professor Friedland's inquiries into this complaint, it does not form the basis of his analysis of Mr. Slansky's allegations. In my view, it is essentially policy advice and is insufficiently connected to Professor Friedland's mandate to fall within the scope of the privilege. However, it will be for the Judge who hears the application for judicial review to decide what relevance, if any, these pages have to the issues raised in the application.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

[117] MAINVILLE J.A. (concurring): I have read the reasons of my colleague Evans J.A., and I adopt his description of the factual background, of the applicable legislative framework and of the decisions of the Federal Court. For the reasons given by him, which I also adopt, I agree (a) that Justice de Montigny did not err with respect to the standard of review; (b) that there is insufficient evidence in the record to establish that the Canadian Judicial Council (also referred to in these reasons as the "Council") waived its privilege; and (c) that we should not interfere with Justice de Montigny's exercise of discretion to refuse to convert the application into an action.

[118] On the substantive issue of legal advice privilege, I also agree with my colleague Evans J.A. that the analysis and advice contained in the confidential report prepared and submitted to the Canadian Judicial Council by Professor Martin Friedland (the "Friedland Report" or "report") is subject to such privilege.

[119] I also agree with my colleague Evans J.A. that the disclosure of the publicly available documentary materials that Professor Friedland had consulted contain most of the facts which were the subject of his report.

CCM de régler dans le cadre de l'une de ses initiatives, soit le déroulement des mégaprocès.

[116] Cette recommandation découle de l'enquête sur la plainte menée par le professeur Friedland, mais elle ne constitue pas le fondement de son analyse des allégations formulées par M<sup>e</sup> Slansky. J'estime qu'il s'agit essentiellement de conseils relatifs aux politiques et que ceux-ci ne sont pas suffisamment liés au mandat du professeur Friedland pour être visés par le privilège. Il incombera toutefois au juge qui instruira la demande de contrôle judiciaire de décider de la pertinence, le cas échéant, de ces pages par rapport aux questions soulevées dans la demande.

\* \* \*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

[117] LE JUGE MAINVILLE, J.C.A. (motifs concourants) : J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Evans, et je souscris à sa description du contexte factuel, du cadre législatif applicable et des décisions de la Cour fédérale. Pour les motifs qu'il a donnés, et auxquels je souscris également, je suis d'accord pour dire a) que le juge de Montigny n'a pas commis d'erreur en ce qui concerne la norme de contrôle; b) que la preuve au dossier est insuffisante pour établir que le Conseil canadien de la magistrature (aussi appelé le Conseil dans les présents motifs) a renoncé à son privilège; et c) que nous ne devrions pas intervenir dans l'exercice par le juge de Montigny de son pouvoir discrétionnaire de refuser de convertir la demande en action.

[118] En ce qui a trait à la question de fond du privilège de la consultation juridique, je suis également d'accord avec mon collègue le juge Evans pour dire que l'analyse et les conseils contenus dans le rapport confidentiel rédigé et soumis au Conseil canadien de la magistrature par le professeur Martin Friedland (le « rapport Friedland » ou le « rapport ») sont visés par ce privilège.

[119] Je suis également d'accord avec mon collègue le juge Evans lorsqu'il affirme que la divulgation des documents publics que le professeur Friedland a consultés permet d'accéder à la plupart des faits faisant l'objet de

However the report also contains other facts, including brief summaries of interviews carried out by Professor Friedland with the trial Judge and various third parties. I agree that legal advice privilege does not normally protect the confidentiality of communications by third parties, at least when the third party was not acting on behalf of the client. I however neither find it useful nor necessary to determine whether these communications are severable from the remainder of the report since they are, in any event, subject to a public interest privilege.

[120] My colleague Evans J.A. suggests at paragraph 108 of his reasons that the Canadian Judicial Council should give greater thought to the role and mandate of outside counsel. I concur. I note in particular that pursuant to general principles of administrative fairness and natural justice which are reflected in section 64 of the *Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1 and section 7.2 of the Council's Complaints Procedures, the Council has a legal duty to provide to a judge who is the subject of investigation sufficient information about the allegations and the material evidence to permit the judge to make a full response. Thus, a judge under investigation is entitled to such information, and this right cannot be thwarted through solicitor-client privilege claims over the fact findings of outside counsel.

[121] That being said, there may be appropriate circumstances where information included in a report from outside counsel, including communications from third parties, become subject to a public interest privilege. I address in my reasons the public interest privilege which applies in this case.

### Background

[122] One of the responsibilities of the Canadian Judicial Council is to maintain public confidence in the federal judiciary. For this purpose, and pursuant to the statutory mandate vested in it by Parliament under the *Judges Act*, the Canadian Judicial Council is empowered

son rapport. Ce rapport contient toutefois d'autres faits, notamment des résumés des entrevues menées par le professeur Friedland auprès du juge du procès et de diverses tierces parties. Je suis d'accord pour dire que le privilège de la consultation juridique ne protège normalement pas la confidentialité des communications avec des tierces parties, à tout le moins lorsque le tiers ne représentait pas le client. Je ne trouve toutefois ni utile ni nécessaire de décider si les communications avec des tiers peuvent être prélevées du rapport, puisqu'elles font de toute manière l'objet d'un privilège d'intérêt public.

[120] Mon collègue le juge Evans laisse entendre au paragraphe 108 de ses motifs que le Conseil canadien de la magistrature devrait réfléchir davantage au rôle et au mandat des avocats de l'extérieur auxquels il recourt. Je suis d'accord. Je voudrais en particulier faire remarquer que, selon les principes généraux de l'équité administrative et de la justice naturelle que reflètent l'article 64 de la *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1 et l'article 7.2 des Procédures relatives aux plaintes du Conseil, le Conseil est tenu par la loi de fournir à un juge faisant l'objet d'une enquête suffisamment de renseignements concernant les allégations dont il fait l'objet et la preuve matérielle pour lui permettre de soumettre une réponse exhaustive. Un juge faisant l'objet d'une enquête a donc droit à ces renseignements, et ce droit ne peut être contrecarré par des demandes de protection de la confidentialité des constatations de faits par l'avocat de l'extérieur au motif qu'elles sont protégées par le secret professionnel de l'avocat.

[121] Cela dit, il peut y avoir des situations où il est indiqué que les renseignements contenus dans un rapport rédigé par un avocat de l'extérieur, y compris les communications avec des tiers, fassent l'objet d'un privilège d'intérêt public. J'examine dans mes motifs le privilège d'intérêt public qui s'applique en l'espèce.

### Contexte

[122] L'une des responsabilités du Conseil canadien de la magistrature est de maintenir la confiance du public envers la magistrature fédérale. À cette fin, et en vertu du mandat qui lui a été confié par le législateur dans le cadre de la *Loi sur les juges*, le Conseil canadien de la

to carry out investigations and inquiries into the conduct of a superior court judge.

[123] In the course of such inquiries and investigations, questions may arise as to the disclosure of certain information, such as the disclosure of statements given to the Canadian Judicial Council under an undertaking of confidentiality. In such circumstances, the Council must determine whether maintaining public confidence in the judiciary is better served by disclosing or withholding the information.

[124] It is the prerogative and responsibility of the Canadian Judicial Council to decide in which circumstances and to what extent it is in the public interest not to disclose information obtained in the course of an investigation into the conduct of a judge. This public interest privilege flows in part from the constitutional principle of judicial independence. A large degree of deference is owed to the Council on this matter. However, in the context of a judicial proceeding where the issue may arise, it is the role of the court to balance the harm to judicial independence and the Council's processes that may result from a disclosure against the prejudice to the administration of justice that may result from non-disclosure.

[125] In this case, the Canadian Judicial Council decided to disclose a considerable amount of information with respect to its investigation into the conduct of the Honourable Justice Thompson of the Superior Court of Justice of Ontario (the trial Judge) during a long and difficult murder trial held before a jury in Owen Sound from October 2003 to May 2004 (the trial). This investigation was carried out in response to a complaint by one of the counsel acting at that trial, the appellant Paul Slansky. The Council explained in writing to Mr. Slansky the process it followed to investigate his complaint. In a letter, the Council set out a detailed review of all the salient and relevant facts, explained its review of the conduct of the trial Judge during the trial, and provided clear, cogent and detailed reasons supporting its conclusion that his complaint did not warrant further consideration.

magistrature est habilité à mener des enquêtes sur la conduite des juges des cours supérieures.

[123] Au cours de ces enquêtes, des questions peuvent être soulevées en ce qui a trait à la divulgation de certains renseignements, par exemple de déclarations faites devant le Conseil canadien de la magistrature sous le sceau de la confidentialité. Dans une situation de ce genre, le Conseil doit décider si la divulgation ou la non-divulgation des renseignements permet de maintenir le mieux possible la confiance du public envers la magistrature.

[124] Décider des circonstances dans lesquelles il choisit de ne pas divulguer des renseignements obtenus dans le cadre d'une enquête sur la conduite d'un juge ainsi que de la mesure dans laquelle il est dans l'intérêt public qu'il ne le fasse pas est une prérogative et une responsabilité du Conseil canadien de la magistrature. Ce privilège d'intérêt public découle en partie du principe constitutionnel de l'indépendance judiciaire. Il convient de faire preuve d'une grande déférence à l'égard du Conseil dans ce domaine. Toutefois, dans le contexte d'une procédure judiciaire dans le cadre de laquelle la question peut être soulevée, il appartient au tribunal de trouver le juste équilibre entre l'atteinte à l'indépendance judiciaire et aux processus du Conseil pouvant découler de la divulgation et l'entrave à l'administration de la justice pouvant découler de la non-divulgation.

[125] En l'espèce, le Conseil canadien de la magistrature a décidé de divulguer une quantité considérable de renseignements concernant son enquête sur la conduite du juge Thompson (le juge du procès), de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, au cours d'un long et difficile procès pour meurtre tenu devant jury à Owen Sound d'octobre 2003 à mai 2004 (le procès). L'enquête a été menée à la suite d'une plainte déposée par l'un des avocats ayant pris part au procès, M<sup>e</sup> Paul Slansky, qui est l'appelant en l'espèce. Le Conseil a expliqué par écrit à M<sup>e</sup> Slansky le processus qu'il a suivi pour enquêter sur sa plainte. Dans une lettre qu'il lui a fait parvenir, le Conseil passe en revue l'ensemble des faits saillants et pertinents, lui explique son évaluation de la conduite du juge durant le procès et lui présente des motifs clairs, convaincants et détaillés à l'appui de sa conclusion selon laquelle la plainte ne justifiait pas un examen plus approfondi.

[126] The Council did not however disclose to Mr. Slansky the confidential report prepared and submitted to it by Professor Martin Friedland, a lawyer and law professor it had engaged to assist it with its investigation. The Council claims solicitor-client privilege over the report, since Professor Friedland was hired as a legal counsel. This claim has been dealt with by Evans J.A. in concurring reasons. The Council also claims a public interest privilege over the report. I will address this claim in these reasons.

[127] The Council raised the following reasons to refuse disclosure of the Friedland Report to Mr. Slansky on the ground of public interest privilege: (a) the need to protect judicial independence; (b) that individuals who had conveyed information to Professor Friedland had done so on the basis of an undertaking of confidentiality; (c) that the integrity and effectiveness of the Council's summary complaints process requires it to have the ability to obtain full and frank disclosures from affected judges and third parties with the knowledge that their statements would not be disclosed to the public; and (d) that the privacy interests of the affected judge must be protected.

[128] Justice de Montigny of the Federal Court found that the Council could raise a public interest privilege in this case, principally on the ground of the integrity and effectiveness of the Council's complaints process. He also found that, in the circumstances of this case, the public interest privilege outweighed any argument for disclosure. He noted that the information and documents already provided to Mr. Slansky by the Council were fulsome and complete, and clearly sufficient to properly undertake a judicial review of the decision of the Council not to pursue further his complaint.

[129] For the reasons set out below, I find that the report of Professor Friedland is subject to public interest privilege on the grounds raised by the Canadian Judicial Council.

[126] Le Conseil n'a toutefois pas communiqué à M<sup>e</sup> Slansky le rapport confidentiel rédigé et soumis au Conseil par M<sup>e</sup> Martin Friedland, avocat et professeur de droit chargé par le Conseil de l'aider à mener son enquête. Le Conseil se réclame du privilège du secret professionnel de l'avocat à l'égard du rapport, étant donné que le professeur Friedland a été embauché à titre de conseiller juridique. La question du secret professionnel de l'avocat a été abordée par le juge Evans dans des motifs concourants. Le Conseil revendique également un privilège d'intérêt public à l'égard du rapport. J'aborderai cette revendication dans les présents motifs.

[127] Le Conseil a invoqué les motifs suivants pour justifier son refus de communiquer le rapport Friedland à M<sup>e</sup> Slansky en vertu du privilège d'intérêt public : a) la nécessité de protéger l'indépendance judiciaire; b) les personnes ayant fourni des renseignements au professeur Friedland l'ont fait sous le sceau de la confidentialité; c) l'intégrité et l'efficacité du processus de traitement sommaire des plaintes du Conseil exigent que celui-ci soit en mesure d'obtenir des divulgations exhaustives et franches des juges concernés et des tierces parties, ceux-ci sachant que leurs déclarations ne seront pas rendues publiques; et d) le droit au respect de la vie privée du juge concerné doit être protégé.

[128] Le juge de Montigny, de la Cour fédérale, a conclu que le Conseil pourrait invoquer un privilège d'intérêt public en l'espèce, principalement pour assurer l'intégrité et l'efficacité du processus de plainte du Conseil. Le juge a également conclu que, dans les circonstances, le privilège d'intérêt public pesait plus lourd dans la balance que tout argument en faveur de la divulgation. Il a fait remarquer que les renseignements et les documents déjà fournis à M<sup>e</sup> Slansky par le Conseil étaient substantiels et exhaustifs, et clairement suffisants pour permettre un contrôle judiciaire adéquat de la décision du Conseil de ne pas donner suite à sa plainte.

[129] Pour les motifs exposés ci-dessous, je conclus que le rapport du professeur Friedland fait l'objet d'un privilège d'intérêt public pour les raisons invoquées par le Conseil canadien de la magistrature.

Judicial independence and public interest privilege

[130] When the disclosure of information would be contrary to public interest, the common law may recognize a public interest privilege of non-disclosure: Hubbard, Magotiaux and Duncan, *The Law of Privilege in Canada*, Aurora, Ont.: Canada Law Book, loose-leaf ed., at sections 3.10 and 3.50. Several statutory provisions also provide for protection against disclosure on the ground of a specified public interest, notably sections 37, 38 and 39 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5. The public interest privilege of non-disclosure is usually raised by the executive branch of government, but it also extends to the legislative branch under the concept of Parliamentary privilege. In appropriate circumstances, the judicial branch may also raise public interest privilege.

[131] Through the combined effect of subsections 61(2), 63(5) and 63(6) of the *Judges Act*, Parliament has recognized that it may not be in the public interest to disclose certain information gathered within the context of an inquiry or an investigation into the conduct of a superior court judge. The relevant public interest here is judicial independence—a constitutional principle—and the integrity of the Canadian Judicial Council's process for enabling it to discharge its mandate effectively.

[132] Canadian constitutional history and Canadian constitutional law establish the deep roots, vitality and vibrancy of the principle of judicial independence in Canada. This principle requires that the courts be completely separate in authority and function from all other participants in the justice system. At a minimum, this means that no outsider—be it government, a pressure group, an individual or even another judge—should interfere, or attempt to interfere, with the way in which a judge conducts a case and makes a decision: *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56 (*Beauregard*), at pages 69–70 and 73. Moreover, judicial independence also means that security of tenure and financial security must be assured for a judge, and the institutional independence of the court to which the judge belongs must be preserved: *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673 (*Valente*), at page 687.

L'indépendance judiciaire et le privilège d'intérêt public

[130] Lorsque la divulgation de renseignements serait contraire à l'intérêt public, la common law peut reconnaître l'existence d'un privilège d'intérêt public de non-divulgation : Hubbard, Magotiaux et Duncan, *The Law of Privilege in Canada*, Aurora, Ont. : Canada Law Book, feuilles mobiles, aux sections 3.10 et 3.50. Plusieurs dispositions législatives prévoient également une protection contre la divulgation en raison d'un intérêt public précisé, notamment les articles 37, 38 et 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. Le privilège d'intérêt public de non-divulgation est habituellement invoqué par le pouvoir exécutif, mais il s'applique également au pouvoir législatif, sous forme de privilège parlementaire. Dans certaines circonstances, le pouvoir judiciaire peut également invoquer le privilège d'intérêt public.

[131] Par l'effet combiné des paragraphes 61(2), 63(5) et 63(6) de la *Loi sur les juges*, le législateur a reconnu qu'il peut être contre l'intérêt public que certains renseignements recueillis dans le cadre d'une enquête sur la conduite d'un juge d'une cour supérieure soient divulgués. L'intérêt public concerne en l'espèce l'indépendance judiciaire — qui est un principe constitutionnel — et l'intégrité du processus qui permet au Conseil canadien de la magistrature de s'acquitter de son mandat de façon efficace.

[132] Au Canada, le principe d'indépendance judiciaire trouve ses racines, sa vitalité et son dynamisme dans l'histoire et le droit constitutionnels du pays. Ce principe exige que les tribunaux soient complètement indépendants, sur le plan du pouvoir et de la fonction qu'ils assument, de tous les autres intervenants du système judiciaire. Cela suppose à tout le moins que personne de l'extérieur — que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même un autre juge — ne doit intervenir en fait, ou tenter d'intervenir, dans la façon dont un juge mène une affaire et rend sa décision : *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56 (*Beauregard*), aux pages 69, 70 et 73. En outre, pour garantir l'indépendance judiciaire, il faut assurer l'inamovibilité et la sécurité financière des juges, et l'indépendance institutionnelle du tribunal dont le juge est membre doit être préservée : *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673 (*Valente*), à la page 687.



[133] The concept of judicial independence has both individual and institutional aspects: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*; *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (*Reference re Remuneration*), at paragraphs 121–130. For the purposes of this appeal, it is sufficient to note that judicial independence requires that a judge be free from outside interference in conducting and deciding cases, and that, while acting in a judicial capacity, a judge should not fear that he or she may have to answer for the ideas expressed or the words used in open court or in a judgment: *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, 2002 SCC 11, [2002] 1 S.C.R. 249 (*Moreau-Bérubé*), at paragraphs 56–57.

[134] The principle of judicial independence has resulted in concomitant immunities, most notably (a) the immunity of a judge from suit and prosecution, and (b) the immunity of a judge from testifying about or otherwise justifying the reasons for a particular decision beyond those given in open court: *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796 (*MacKeigan*), at page 830.

[135] The immunity of a judge from suit and prosecution has long been recognized as necessary to maintain public confidence in the judicial system: *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, at pages 625–626, quoted approvingly in *Morier et al. v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716 (*Morier*), at page 737. The immunity serves to ensure that the judge is free in thought and independent in judgment: *Morier*, at pages 737–745. As noted by Lord Denning in *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118 (C.A.), quoted approvingly in *Morier*, at page 739 and in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at pages 155–156:

If the reason underlying this immunity is to ensure “that they may be free in thought and independent in judgment,” it applies to every judge, whatever his rank. Each should be protected from liability to damages when he is acting judicially. Each should be able to do his work in complete independence and free from fear. He should not have to turn

[133] La notion d’indépendance judiciaire a des aspects individuels et institutionnels : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*; *Renvoi relatif à l’indépendance et à l’impartialité des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (*Renvoi relatif à la rémunération*), aux paragraphes 121 à 130. Aux fins du présent appel, il suffit de signaler que l’indépendance judiciaire exige qu’un juge ne subisse pas d’influences extérieures dans la façon dont il mène et tranche les affaires dont il est saisi, et que, lorsqu’il exerce ses fonctions, un juge ne devrait pas craindre d’avoir à répondre des idées qu’il a exprimées ou des mots qu’il a choisis au cours d’une audience publique ou dans un jugement : *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249 (*Moreau-Bérubé*), aux paragraphes 56 et 57.

[134] Le principe de l’indépendance judiciaire a donné lieu à des immunités concomitantes, notamment a) l’immunité d’un juge contre les poursuites, et b) l’immunité d’un juge contre l’obligation de témoigner ou de fournir une quelconque justification au sujet des motifs d’une décision donnée, mis à part les motifs rendus au cours de l’audience publique : *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796 (*MacKeigan*), à la page 830.

[135] L’immunité des juges contre les poursuites est depuis longtemps reconnue comme étant nécessaire pour maintenir la confiance du public envers le système judiciaire : *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, aux pages 625 et 626, cités avec approbation dans l’arrêt *Morier et autre c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716 (*Morier*), à la page 737. L’immunité sert à garantir que le juge est libre d’esprit et indépendant de pensée : *Morier*, aux pages 737 à 745. Comme le fait remarquer lord Denning dans la décision *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118 (C.A.), cité avec approbation dans l’arrêt *Morier*, à la page 739 et dans l’arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, aux pages 155 et 156 :

[TRADUCTION] Si la raison d’être de l’immunité est de garantir qu’ils « soient libres d’esprit et indépendants de pensée », elle s’applique à tous les juges indépendamment de leur rang. Tout juge doit être à l’abri de toute action en responsabilité lorsqu’il agit de façon judiciaire. Tout juge devrait être en mesure de travailler en toute indépendance et à l’abri de toute

the pages of his books with trembling fingers, asking himself: “If I do this, shall I be liable to damages?”

[136] The additional immunity from accounting for or justifying judicial decisions beyond those reasons provided in open court also serves to ensure the independence of judges and to instil public confidence in the judicial process: *MacKeigan*, at pages 828–830. As noted by McLachlin J. (as she then was), at page 831 of that decision, “To entertain the demand that a judge testify before a civil body, an emanation of the legislature or executive, on how and why he or she made his or her decision would be to strike at the most sacrosanct core of judicial independence.”

[137] It is important to bear in mind that these immunities are there not for the benefit of individual judges; rather they exist for the benefit of the community as a whole. Indeed, an independent judiciary free from improper influence is an essential component of a free and democratic society.

[138] Unfortunately, it may happen that a judge’s conduct amounts to an abuse of judicial independence. Such abuse is extremely serious since it threatens the integrity of the judiciary as a whole. If actions or expressions of a judge raise concern about the integrity of the judicial function, the process that is put in place to investigate the conduct of the judge is, in effect, an investigation into allegations of abuse of judicial independence: *Moreau-Bérubé*, at paragraph 58. An effective mechanism for holding judges to account for misconduct is thus essential to maintaining public confidence in the judiciary and hence, ultimately, judicial independence.

[139] Through Part II [sections 58 to 71] of the *Judges Act*, Parliament has entrusted the Canadian Judicial Council with the responsibility of conducting investigations and inquiries into the conduct of superior court judges. Parliament has granted the Council a large degree of discretion to carry out this public interest task.

crainte. Il ne doit pas feuilleter ses recueils en tremblant et en se demandant « Si je prends ce parti, suis-je exposé à une action en responsabilité? »

[136] L’immunité supplémentaire contre le fait d’avoir à rendre des comptes ou à fournir des justifications concernant les décisions judiciaires, au-delà des motifs donnés en audience publique, sert également à garantir l’indépendance des juges et à accroître la confiance du public envers le processus judiciaire : *MacKeigan*, aux pages 828 à 830. Comme le fait remarquer la juge McLachlin (qui n’était pas encore juge en chef à l’époque) à la page 831 de cette décision, « Donner suite à l’exigence qu’un juge témoigne devant un organisme civil, émanant du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif, quant à savoir comment et pourquoi il a rendu sa décision, serait attaquer l’élément le plus sacro-saint de l’indépendance judiciaire. »

[137] Il est important de ne pas oublier que ces immunités existent non pas au bénéfice personnel des juges, mais plutôt au bénéfice de la collectivité dans son ensemble. En effet, un pouvoir judiciaire indépendant et libre de toute influence indue est un élément essentiel d’une société libre et démocratique.

[138] Malheureusement, il peut advenir que la conduite d’un juge corresponde à un abus de l’indépendance judiciaire. Il s’agit alors d’un abus extrêmement grave, puisqu’il menace l’intégrité de la magistrature dans son ensemble. Dans les cas où les actes ou les paroles d’un juge sèment le doute quant à l’intégrité de la fonction judiciaire, le processus suivi pour enquêter sur la conduite du juge est en fait une enquête sur les allégations d’abus de l’indépendance judiciaire : *Moreau-Bérubé*, au paragraphe 58. L’existence d’un mécanisme efficace pour obliger les juges à rendre des comptes en cas d’inconduite est donc essentielle au maintien de la confiance du public envers la magistrature et donc, au bout du compte, au maintien de l’indépendance judiciaire.

[139] Dans la partie II [articles 58 à 71] de la *Loi sur les juges*, le législateur confie au Conseil canadien de la magistrature la responsabilité de mener des enquêtes sur la conduite des juges des cours supérieures. Le législateur a accordé un vaste pouvoir discrétionnaire au Conseil pour lui permettre de s’acquitter de cette tâche d’intérêt

Indeed, the Council has been vested with all the powers of a superior court in investigating complaints and conducting inquiries (subsection 63(4)). It has the authority to make by-laws respecting the conduct of its inquiries and investigations (paragraph 61(3)(c)). It has been given large discretionary authority to direct the manner in which it carries out its own work, which includes how it chooses to handle complaints (subsection 61(2)). It may engage the services of counsel to aid and assist it in its inquiries and investigations (section 62). It may prohibit the publication of information or documents arising out of an inquiry or investigation (subsection 63(5)). It may also call for an inquiry or investigation to be held in private (subsection 63(6)).

[140] Pursuant to these statutory powers, the Council has adopted Complaints Procedures (approved by the Council on September 27, 2002 and revised effective October 14, 2010). These procedures provide for a gradation of steps in the analysis of complaints against superior court judges, going from a refusal to open a file when the complaint is irrational or an obvious abuse of process, to a full public inquiry carried out by an Inquiry Committee constituted under subsection 63(3) of the *Judges Act*, with intermediary steps in between.

[141] Many provinces have enacted similar legislation entrusting judges with the responsibility to oversee the conduct of provincial court judges, for example in Ontario the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, at sections 49 to 51.12. Indeed, judicial independence requires that such investigations and inquiries into the conduct of judges be dealt with primarily by other judges: *Therrien (Re)*, 2001 SCC 35, [2001] 2 S.C.R. 3, at paragraphs 39 and 57; *Moreau-Bérubé*, at paragraph 47.

[142] A judicial council investigating allegations of judicial misconduct has a unique mandate to consider the allegations in light of the constitutional principle of judicial independence. This unique mandate was explained in *Therrien (Re)*, above, at paragraphs 147–148, and restated as follows in *Moreau-Bérubé*, at paragraph 51:

public. En effet, la loi lui confère tous les pouvoirs d’une juridiction supérieure pour ce qui est de mener des enquêtes sur les plaintes qu’il reçoit (paragraphe 63(4)). Il a le pouvoir de prendre des règlements administratifs relativement à la conduite de ses enquêtes (alinéa 61(3)c)). Il a reçu un vaste pouvoir discrétionnaire pour décider de la façon dont il s’acquitte de ses tâches, et notamment de la façon dont il traite les plaintes (paragraphe 61(2)). Il peut retenir les services de conseillers juridiques pour l’assister dans la tenue de ses enquêtes (article 62). Il peut interdire la publication de renseignements ou de documents découlant d’une enquête (paragraphe 63(5)). Il peut aussi ordonner qu’une enquête se tienne à huis clos (paragraphe 63(6)).

[140] Conformément aux pouvoirs que lui confère la loi, le Conseil a adopté les Procédures relatives aux plaintes (approuvées par le Conseil le 27 septembre 2002; version modifiée entrée en vigueur le 14 octobre 2010). Ces procédures prévoient la prise de mesures graduelles dans le cadre de l’analyse des plaintes portées contre les juges des cours supérieures, mesures allant du refus d’ouvrir un dossier dans les cas où la plainte est irratio-nelle ou constitue un abus de procédures évident à une enquête publique en bonne et due forme menée par un comité d’enquête constitué aux termes du paragraphe 63(3) de la *Loi sur les juges*, avec des mesures intermédiaires entre les deux.

[141] Bon nombre de provinces ont adopté des lois similaires confiant aux juges la responsabilité de la supervision de la conduite des juges des cours provinciales, par exemple en Ontario la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43 (voir les articles 49 à 51.12). En effet, l’indépendance judiciaire exige que les enquêtes sur la conduite des juges soient menées principalement par d’autres juges : *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3, aux paragraphes 39 et 57; *Moreau-Bérubé*, au paragraphe 47.

[142] Un conseil judiciaire chargé d’enquêter sur des allégations d’inconduite judiciaire a le mandat unique d’examiner les allégations à la lumière du principe constitutionnel de l’indépendance judiciaire. Ce mandat unique est décrit dans l’arrêt *Therrien*, précité, aux paragraphes 147 et 148, et reformulé comme suit dans l’arrêt *Moreau-Bérubé*, au paragraphe 51 :

Gonthier J. noted in *Therrien, supra*, at para. 147 ..., that “before making a recommendation that a judge be removed, the question to be asked is whether the conduct for which he or she is blamed is so manifestly and totally contrary to the impartiality, integrity and independence of the judiciary that the confidence of individuals appearing before the judge, or of the public in its justice system, would be undermined, rendering the judge incapable of performing the duties of his office”. In making such a determination, issues surrounding bias, apprehension of bias, and public perceptions of bias all require close consideration, all with simultaneous attention to the principle of judicial independence. This, according to Gonthier J., creates “a very special role, perhaps a unique one, in terms of both the disciplinary process and the principles of judicial independence that our Constitution protects” (para. 148). [Emphasis added.]

[143] When undertaking an examination of the conduct of a judge, the Canadian Judicial Council must ensure that the examination respects the underlying purpose of the constitutional principle of judicial independence. Throughout its investigation, it must act in a manner that does not materially impair the independence and impartiality of the judiciary more than is necessarily inherent in the discharge of its statutory responsibility of preserving the integrity of the judiciary: As noted by La Forest J. in *MacKeigan*, at page 813:

To conclude, bodies which are set up or which in the course of their duties are required to undertake an examination of the conduct of a superior court judge in the exercise of judicial functions must be so constructed as to respect the letter and the underlying purpose of the judicature provisions of the Constitution. Nor can investigatory bodies act in a manner that might materially impair the protection accorded by s. 99 or the independence and impartiality of the judiciary.

[144] It may be necessary, in appropriate circumstances, to refuse to disclose information gathered in the course of an examination into a judge’s conduct, particularly when such disclosure risks impairing the independence and impartiality of the judiciary. The *Judges Act* recognizes this.

[145] Significantly, the Canadian Judicial Council is not subject to the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1. Moreover, pursuant to subsection 63(6) of

Dans *Therrien*, précité, le juge Gonthier a noté qu’« avant de formuler une recommandation de destitution à l’endroit d’un juge, [on] doit [...] se demander si la conduite qui lui est reprochée porte si manifestement et si totalement atteinte à l’impartialité, à l’intégrité et à l’indépendance de la magistrature qu’elle ébranle la confiance du justiciable ou du public en son système de justice et rend le juge incapable de s’acquitter des fonctions de sa charge » [...] Pour faire une telle recommandation, il faut examiner de près les questions touchant la partialité, la crainte de partialité et la perception de partialité qu’a le public, tout en portant attention au principe de l’indépendance judiciaire. D’après le juge Gonthier, cet examen donne lieu à « un rôle très particulier, voire unique, tant au niveau du processus déontologique qu’à l’égard des principes de l’indépendance judiciaire protégés par notre Constitution » (par. 148). [Non souligné dans l’original.]

[143] Lorsqu’il examine la conduite d’un juge, le Conseil canadien de la magistrature doit s’assurer que son examen respecte l’objet fondamental du principe constitutionnel de l’indépendance judiciaire. Durant toute l’enquête, il doit agir d’une manière qui ne diminue pas sensiblement l’indépendance et l’impartialité du pouvoir judiciaire plus qu’il ne lui est nécessaire de le faire pour s’acquitter de la responsabilité qui lui incombe de par la loi de préserver l’intégrité du pouvoir judiciaire. À ce sujet, voici une remarque formulée par le juge La Forest dans l’arrêt *MacKeigan*, à la page 813 :

Pour conclure, les organismes qui, dans le cours de leurs fonctions, sont appelés à examiner la conduite adoptée par un juge de cour supérieure dans l’exercice de fonctions judiciaires, de même que ceux créés à cette fin, doivent être constitués de manière à respecter la lettre et l’objet fondamental des dispositions de la Constitution relatives au système judiciaire. Les organismes d’enquête ne peuvent pas non plus agir d’une manière susceptible de diminuer sensiblement la protection accordée par l’art. 99 ou l’indépendance et l’impartialité du pouvoir judiciaire.

[144] Il peut être nécessaire, dans certaines circonstances, de refuser de divulguer des renseignements recueillis dans le cadre de l’examen de la conduite d’un juge, surtout lorsque la divulgation risque de nuire à l’indépendance et à l’impartialité du pouvoir judiciaire. La *Loi sur les juges* en tient compte.

[145] Fait important, le Conseil canadien de la magistrature n’est pas visé par la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. (1985), ch. A-1. En outre, selon le

the *Judges Act*, an inquiry or investigation carried out by the Council may be held in public “or in private”, unless the Minister of Justice of Canada requires that it be held in public. Pursuant to subsection 63(5) of the *Judges Act*, the Canadian Judicial Council may prohibit the publication of any information or documents placed before it in connection with, or arising out of, such an inquiry or investigation “when it is of the opinion that the publication is not in the public interest.” Pursuant to subsection 61(2) of the *Judges Act* “the work of the Council shall be carried out in such manner as the Council may direct.”

[146] All these provisions serve to protect judicial independence, while giving the Council the tools required for ensuring public confidence in the judiciary through effective and appropriately transparent inquiry and investigation processes. Though the *Judges Act* does not specifically refer to a public interest privilege or to solicitor-client privilege within the context of an investigation carried out by the Council, these privileges flow from the common law, and at least in the case of the public interest privilege, from the constitution itself which recognizes judicial independence as a fundamental concept.

[147] The apt comments below by Arbour J. in *Moreau-Bérubé*, at paragraph 46, made in relation to provincial disciplinary bodies must also be understood as applying to the task of the Canadian Judicial Council when it carries out an investigation or inquiry into the conduct of a superior court judge:

Despite provincial variations in their composition, discipline bodies that receive complaints about judges all serve the same important function. In *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35, Gonthier J. described, at para. 58, the committee of inquiry in Quebec as “responsible for preserving the integrity of the whole of the judiciary” (also see *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267). The integrity of the judiciary comprises two branches which may at times be in conflict with each other. It relates, first and foremost, to the institutional protection of the judiciary as a whole, and public perceptions of it, through the disciplinary process that allows the Council to investigate, reprimand, and potentially recommend the removal of judges where their conduct may threaten judicial integrity (*Therrien, supra*, at paras. 108-12 and 146-50). Yet, it also relates to constitutional guarantees of judicial independence, which includes security of tenure and the

paragraphe 63(6) de la *Loi sur les juges*, les enquêtes menées par le Conseil peuvent être tenues publiquement ou « à huis clos », à moins que le ministre de la Justice du Canada n’exige qu’elles soient publiques. D’après le paragraphe 63(5) de la *Loi sur les juges*, le Conseil canadien de la magistrature peut interdire la publication de tous renseignements ou documents produits devant lui au cours d’une enquête ou découlant de celle-ci « [s]’il estime qu’elle ne sert pas l’intérêt public ». Le paragraphe 61(2) de la *Loi sur les juges* prévoit que « le Conseil détermine la conduite de ses travaux ».

[146] Toutes ces dispositions servent à protéger l’indépendance judiciaire, en donnant au Conseil les outils dont il a besoin pour maintenir la confiance du public envers le pouvoir judiciaire grâce à des processus d’enquête efficaces et suffisamment transparents. La *Loi sur les juges* ne parle pas précisément du privilège d’intérêt public ni du secret professionnel de l’avocat dans le contexte d’une enquête menée par le Conseil, mais ces privilèges découlent de la common law, ainsi que, à tout le moins pour le privilège d’intérêt public, de la constitution en tant que telle, puisqu’elle fait de l’indépendance judiciaire un concept fondamental.

[147] Les observations éclairées, reproduites ci-dessous, formulées par la juge Arbour dans l’arrêt *Moreau-Bérubé*, au paragraphe 46, relativement aux organismes disciplinaires provinciaux doivent également être comprises comme s’appliquant à la tâche du Conseil canadien de la magistrature lorsqu’il mène une enquête sur la conduite d’un juge d’une cour supérieure :

Même si leur composition varie selon les provinces, les organismes disciplinaires qui reçoivent les plaintes visant les juges ont tous la même fonction importante. Dans *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35, le juge Gonthier a indiqué au par. 58 que le comité d’enquête au Québec avait « la responsabilité de veiller à l’intégrité de l’ensemble de la magistrature » (voir également *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267). L’intégrité de la magistrature comporte deux volets qui peuvent parfois entrer en conflit. Elle a trait, d’abord et avant tout, à la protection institutionnelle de la magistrature dans son ensemble et à la façon dont le public perçoit celle-ci, grâce au processus disciplinaire qui permet au Conseil de faire enquête sur les juges, de les réprimander et de recommander leur révocation lorsque leur conduite est susceptible de menacer l’intégrité de la magistrature (*Therrien*, précité, par. 108-112 et 146-150). Cependant, elle se rapporte

freedom to speak and deliver judgment free from external pressures and influences of any kind (see *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Valente*, *supra*. [Emphasis added.]

[148] This is a task for which the Canadian Judicial Council is particularly well suited, since it consists of the Chief Justice of Canada, and the chief justices and senior judges of all Canadian superior courts. In light of its statutory mandate, which is closely related to the preservation of both judicial independence and judicial integrity, it is the responsibility of the Canadian Judicial Council to determine in which circumstances and to what extent it is in the public interest not to disclose information arising out of an investigation or inquiry concerning a judge.

[149] A large degree of deference is owed to the Canadian Judicial Council on these matters: *Moreau-Bérubé*, at paragraphs 51–53; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCA 55, [2003] 3 F.C. 3, at paragraphs 46–55.

[150] Canada is not unique in this regard. As an example, in the United Kingdom, regulation 40(4) of the *Judicial Discipline (Prescribed Procedures) Regulation 2006*, SI 2006/676 allows for the public disclosure of information about disciplinary action where the Lord Chancellor and the Lord Chief Justice agree that the maintenance of public confidence in the judiciary requires that such information be disclosed. At the federal level in the U.S.A., under the *Judicial Conduct and Disability Act of 1980*, 28 U.S.C. § 360 (2012), all papers, documents, and records of proceedings related to investigations conducted under the act are confidential, and are not to be disclosed in any proceeding unless (i) the judicial council, at its discretion, chooses to release the report of a special committee to the complainant and the judge, (ii) unless the material is necessary for an impeachment proceeding or trial of a judge, or (iii) unless written authorization is provided by the judge subject to the complaint.

également aux garanties constitutionnelles d'indépendance judiciaire, qui comprennent l'inamovibilité ainsi que la liberté de s'exprimer et de rendre jugement sans pressions et influences extérieures de quelque nature que ce soit (voir *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Valente*, précité). [Non souligné dans l'original.]

[148] Il s'agit d'une tâche que le Conseil canadien de la magistrature est particulièrement bien placé pour remplir, puisqu'il est composé du juge en chef du Canada ainsi que des juges en chef et des juges principaux de toutes les cours supérieures du Canada. Vu le mandat que lui confère la loi, lequel est étroitement lié à la préservation de l'indépendance et de l'intégrité judiciaires, le Conseil canadien de la magistrature a la responsabilité de décider dans quelles circonstances et dans quelle mesure il est dans l'intérêt public que les renseignements découlant d'une enquête concernant un juge ne soient pas divulgués.

[149] Il faut faire preuve d'une grande déférence à l'égard du Conseil canadien de la magistrature sur ces questions : *Moreau-Bérubé*, aux paragraphes 51 à 53; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 55, [2003] 3 C.F. 3, aux paragraphes 46 à 55.

[150] Le Canada n'est pas unique à cet égard. À titre d'exemple, au Royaume-Uni, le règlement 40(4) du *Judicial Discipline (Prescribed Procedures) Regulation 2006*, SI 2006/676, autorise la divulgation publique de renseignements au sujet d'une mesure disciplinaire lorsque le grand chancelier et le lord juge en chef sont d'accord pour dire que le maintien de la confiance du public envers la magistrature exige que ces renseignements soient divulgués. Aux États-Unis, à l'échelon fédéral, aux termes de la *Judicial Conduct and Disability Act of 1980*, 28 U.S.C. § 360 (2012), tous les documents et les enregistrements de procédures liés à des enquêtes menées en vertu de la loi sont confidentiels et ne doivent être divulgués dans le cadre d'aucune procédure, à moins que i) le conseil judiciaire, à sa discrétion, ne décide de communiquer le rapport d'un comité spécial au demandeur et au juge, ii) les documents en questions ne soient nécessaires dans le cadre de la procédure de destitution ou du procès d'un juge, ou iii) que le juge faisant l'objet de la plainte ne fournisse une autorisation écrite de divulgation.

[151] The Supreme Court of Canada has referred to international instruments to flesh out the content of the principle of judicial independence: *Beauregard*, at pages 74–75; *R. v. Lippé*, above, at page 153. With this in mind, I note that the United Nations General Assembly has endorsed the *Basic Principles on the Independence of the Judiciary* [United Nations, Office of the High Commissioner for Human Rights]: UN General Assembly resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985. Those basic principles were specifically referred to approvingly by Lamer C.J. in *Reference re Remuneration*, at paragraph 194. As a fundamental component of judicial independence, these principles call for the confidentiality of the disciplinary process, at least at the initial stage:

17. A charge or complaint made against a judge in his/her judicial and professional capacity shall be processed expeditiously and fairly under an appropriate procedure. The judge shall have the right to a fair hearing. The examination of the matter at the initial stage shall be kept confidential, unless otherwise requested by the judge. [Emphasis added.]

[152] As this basic principle emphasizes, confidentiality is particularly important at the investigation stage of a complaint made against a judge. This is so for many reasons: (a) disclosure of information surrounding unsubstantiated complaints could risk undermining a judge’s authority in carrying out his or her judicial functions: *Guardian News & Media Limited v. Information Commissioner*, 10 June 2009, Information Tribunal Appeal Number: EA/2008/0084; (b) the effectiveness of the investigation process itself may be affected, since without the capability to ensure some form of confidentiality, the ability to obtain full and frank disclosures at the investigation stage may be compromised, thus affecting in the long term the public’s confidence in the process; moreover, without an effective screening process, more complaints would end up before a hearing panel leading to additional delays and expenditures without any obvious additional benefit; (c) the judge who is the subject of an investigation may have legitimate privacy concerns over the information; and (d) most compelling, in my view, is the overriding need to protect judicial independence.

[151] La Cour suprême du Canada a cité des instruments internationaux pour donner corps au principe de l’indépendance judiciaire : *Beauregard*, aux pages 74 et 75; *R. c. Lippé*, précité, à la page 153. Dans ce contexte, je fais remarquer que l’Assemblée générale des Nations Unies a adopté les *Principes fondamentaux relatifs à l’indépendance de la magistrature* [Nations Unies, Haut-Commissariat aux droits de l’homme] : résolutions 40/32 du 29 novembre 1985 et 40/146 du 13 décembre 1985 de l’Assemblée générale des Nations Unies. Ces principes fondamentaux ont été cités avec approbation par le juge en chef Lamer dans le *Renvoi relatif à la rémunération*, au paragraphe 194. En tant qu’élément fondamental de l’indépendance judiciaire, ces principes exigent la confidentialité du processus disciplinaire, au moins à l’étape initiale :

17. Toute accusation ou plainte portée contre un juge dans l’exercice de ses fonctions judiciaires et professionnelles doit être entendue rapidement et équitablement selon la procédure appropriée. Le juge a le droit de répondre, sa cause doit être entendue équitablement. La phase initiale de l’affaire doit rester confidentielle, à moins que le juge ne demande qu’il en soit autrement. [Non souligné dans l’original.]

[152] Comme ce principe fondamental le souligne, la confidentialité est particulièrement importante à l’étape de l’enquête sur une plainte portée contre un juge. Il en est ainsi pour de nombreuses raisons : a) la divulgation de renseignements concernant des plaintes dénuées de fondement risquerait de miner l’autorité du juge dans l’exercice de ses fonctions judiciaires : *Guardian News & Media Limited v. Information Commissioner*, 10 juin 2009, Information Tribunal Appeal Number : EA/2008/0084; b) l’efficacité du processus d’enquête en tant que telle pourrait être affectée, puisque, sans possibilité d’assurer une quelconque confidentialité, la capacité d’obtenir des déclarations franches et complètes à l’étape de l’enquête pourrait être compromise, ce qui affecterait à long terme la confiance du public envers le processus; en outre, l’absence d’un processus d’examen préalable efficace entraînerait la multiplication des plaintes soumises aux comités d’audience et donc des retards et des dépenses supplémentaires, sans aucun avantage clair; c) le juge faisant l’objet de l’enquête peut avoir des préoccupations légitimes relativement aux renseignements en question et au respect de sa vie

[153] The independence of the judiciary ultimately rests on the public's confidence in its integrity. This may certainly be enhanced by appropriate transparency in the Canadian Judicial Council's processing of complaints. Circumstances however vary from case to case, and ultimately, it is the responsibility and prerogative of the Council to determine what approach to disclosure of information best serves the public interest in any given case, while preserving judicial independence.

[154] However, the Canadian Judicial Council's view that judicial independence and the integrity of its process will be better served by not disclosing certain information is not the only consideration when a decision of the Council respecting a complaint against a judge is subject to judicial review or to some other form of judicial proceeding. There is also a public interest in the due administration of justice that may be harmed if a party is deprived of access to material relevant to the litigation. The Canadian Judicial Council, within its treatment of a complaint under the *Judges Act*, is entitled to deference on its determination of whether certain information should be withheld. On the other hand, the court dealing with litigation in which such information may be pertinent has to balance the harm to judicial independence and to the integrity of the Council's process against the prejudice to the administration of justice as a result of non-disclosure.

[155] I will now summarize my findings. Pursuant to the *Judges Act*, the Canadian Judicial Council is the judicial body which must consider and evaluate complaints made against superior court judges. It thus plays an important and crucial role in preserving public confidence in the judiciary and in protecting judicial independence. In determining the extent to which

privée; et d) il faut d'abord et avant tout protéger l'indépendance judiciaire, ce qui constitue à mes yeux la raison la plus convaincante.

[153] L'indépendance du pouvoir judiciaire repose au bout du compte sur la confiance du public à l'égard de son intégrité. La confiance du public sera assurément accrue si le processus de traitement des plaintes du Conseil canadien de la magistrature se caractérise par une transparence adéquate. Les circonstances varient cependant d'un cas à l'autre, et, au bout du compte, la décision concernant la meilleure façon d'envisager la divulgation des renseignements en sa possession pour servir au mieux l'intérêt public dans une affaire donnée, tout en préservant l'indépendance judiciaire, est une responsabilité et une prérogative du Conseil.

[154] Toutefois, le point de vue du Conseil canadien de la magistrature selon lequel l'indépendance judiciaire et l'intégrité de son processus seront mieux assurées si certains renseignements ne sont pas divulgués n'est pas la seule chose à prendre en compte lorsqu'une décision du Conseil concernant une plainte portée contre un juge fait l'objet d'un contrôle judiciaire ou d'un autre type de procédure judiciaire. Il convient aussi de tenir compte de l'intérêt public à l'égard de l'administration de la justice, qui peut être entravée si une partie est privée d'accès à des documents pertinents dans le cadre d'un litige. Lorsqu'il traite une plainte déposée en vertu de la *Loi sur les juges*, le Conseil canadien de la magistrature a droit à la déférence à l'égard des décisions qu'il prend concernant les renseignements qui ne seront pas divulgués. Par contre, il appartient au tribunal qui instruit l'affaire dans le cadre de laquelle les renseignements peuvent être pertinents de trouver le juste équilibre entre l'atteinte à l'indépendance judiciaire et à l'intégrité du processus du Conseil et l'entrave à l'administration de la justice découlant de la non-divulgation.

[155] Je vais maintenant résumer mes conclusions. Selon la *Loi sur les juges*, le Conseil canadien de la magistrature est l'organisme judiciaire qui doit se charger d'examiner et d'évaluer les plaintes portées contre des juges des cours supérieures. Le Conseil joue donc un rôle crucial à l'égard de la préservation de la confiance du public envers la magistrature et à l'égard de la protection



disclosure should not be made of certain information obtained in the course of an investigation or inquiry into the conduct of a judge, the Council must balance various important factors, including (but not limited to) the value of transparency, the constitutional principle of judicial independence, and the integrity of its processes. The Council is particularly well suited to carry out this function, and its decision to raise the public interest privilege in the course of an investigation deserves a large degree of respect and deference. However, in the context of a judicial proceeding where the issue may arise, it is the role of the court to balance the harm to judicial independence and the Council's processes that may result from a disclosure against the prejudice to the administration of justice that may result from non-disclosure.

#### Application to the circumstances of this case

[156] In this case, the Canadian Judicial Council acted with great transparency. It provided to the complainant, Mr. Slansky, a 10-page letter dated March 9, 2006 setting out detailed reasons why his complaint against the trial Judge did not warrant further consideration: appeal book (AB), at pages 83–92. This letter fully sets out the process followed by the Council in reviewing the complaint, as well as the conclusions reached from its investigation resulting from that complaint. It explains that the Council retained Professor Friedland as counsel, the process followed by Professor Friedland, including his review of the minutes of the trial, of an additional 6 000 pages of trial transcripts, and of 78 of the rulings that the trial Judge rendered before and during the trial. It moreover sets out in detail Chief Justice Scott's review of the salient and relevant facts, including his review of the conduct of the trial Judge during the trial. Finally, the letter provides clear, cogent and detailed reasons supporting the conclusion that the complaint did not warrant further consideration.

[157] In addition, it has been clear since the beginning of the judicial review proceedings that the Canadian

de l'indépendance judiciaire. Afin de décider dans quelle mesure certains renseignements obtenus dans le cadre d'une enquête sur la conduite d'un juge ne devraient pas être divulgués, le Conseil doit évaluer divers facteurs importants, notamment la valeur que constitue la transparence, le principe constitutionnel de l'indépendance judiciaire et l'intégrité de ses processus. Le Conseil est particulièrement bien placé pour assumer cette fonction, et sa décision d'invoquer un privilège d'intérêt public dans le contexte d'une enquête doit être envisagée avec beaucoup de respect et de déférence. Toutefois, dans le contexte d'une procédure judiciaire où la question peut être soulevée, il appartient au tribunal concerné de trouver le juste équilibre entre l'atteinte à l'indépendance judiciaire et aux processus du Conseil pouvant découler d'une divulgation et l'entrave à l'administration de la justice pouvant découler de la non-divulgation.

#### Application aux circonstances de l'espèce

[156] En l'espèce, le Conseil canadien de la magistrature a fait preuve d'une grande transparence. Il a adressé au demandeur, M<sup>e</sup> Slansky, une lettre de 10 pages datée du 9 mars 2006 décrivant en détail les motifs pour lesquels il n'était pas justifié d'examiner de façon plus approfondie la plainte portée par M<sup>e</sup> Slansky contre le juge du procès : dossier d'appel (DA), aux pages 83 à 92. La lettre explique entièrement le processus suivi par le Conseil pour l'examen de la plainte, ainsi que les conclusions qu'il a tirées à la suite de son enquête sur la plainte. Elle explique également que le Conseil a retenu les services du professeur Friedland en qualité d'avocat et le processus suivi par ce dernier, notamment qu'il a examiné le procès-verbal de l'audience, 6 000 pages de transcription du procès et 78 décisions rendues par le juge avant et pendant le procès. La lettre contient également des détails concernant l'examen des faits saillants et pertinents par le juge en chef Scott, dont des détails concernant son examen de la conduite du juge durant le procès. Enfin, la lettre contient des motifs clairs, convaincants et détaillés à l'appui de la conclusion selon laquelle il n'était pas justifié d'examiner de façon plus approfondie la plainte.

[157] En outre, il est clair depuis le début de la procédure de contrôle judiciaire que le Conseil canadien de la

Judicial Council would be providing Mr. Slansky with other material in its possession regarding his complaint: see letter dated May 17, 2006 from the Council reproduced at AB, at pages 120–121. This includes the 6 000 pages of trial transcripts reviewed by Professor Friedland, the minutes of the trial, and the trial Judge’s 78 rulings.

[158] Justice de Montigny closely reviewed the Friedland Report to determine if its disclosure would be required for a fair and proper determination of the judicial review proceedings. He found that the information already provided to Mr. Slansky was “clearly sufficient to judicially review the decision made by the [Canadian Judicial Council], and contrary to what Mr. Slansky claims, he is not left in the dark but is quite aware of the case he has to meet before the Federal Court, in order to be successful” (at paragraph 84 of his reasons). I agree with this assessment.

[159] Like Justice de Montigny, I find that the Canadian Judicial Council’s decision that the Friedland Report should not be disclosed on the ground of public interest privilege is reasonable in the circumstances of this case. Any resulting damage to the public interest in the due administration of justice is non-existent or minimal at best. On the other hand, the disclosure of the report would negate, without justification, the undertakings of confidentiality provided by the Council to the third parties who participated in the process, undertakings which were made at the behest of Mr. Slansky himself.

[160] First, the thrust of Mr. Slansky’s complaint against the trial Judge was that the Judge’s management of the trial was improper, and that the decisions he rendered before and during the trial were unfair to the defendant. As I have already noted, judicial independence requires that a judge be immune from having to account for and justify his or her decisions beyond the reasons given in open court. From a practical point of view, this immunity should not be raised in order to impede an investigation by the Canadian Judicial Council. However, this does not mean that the immunity becomes meaningless when the Council carries out an investigation or an inquiry. Rather, the Canadian Judicial

magistrature fournirait à M<sup>e</sup> Slansky d’autres documents qui sont en sa possession et qui concernent la plainte : voir la lettre du Conseil datée du 17 mai 2006, reproduite aux pages 120 et 121 du DA. Il s’agit entre autres des 6 000 pages de transcription du procès examinées par le professeur Friedland, du procès-verbal de l’audience et des 78 décisions rendues par le juge du procès.

[158] Le juge de Montigny a examiné attentivement le rapport Friedland afin de décider si sa divulgation serait nécessaire à l’issue équitable et adéquate de la procédure de contrôle judiciaire. Il a conclu que l’information déjà fournie à M<sup>e</sup> Slansky « suffit amplement pour justifier le contrôle judiciaire de la décision du CCM et, contrairement à ce qu’il prétend, M<sup>e</sup> Slansky n’est pas laissé dans l’ignorance, mais est tout à fait au courant de ce qu’il doit démontrer devant la Cour fédérale pour obtenir gain de cause » (au paragraphe 84 de ses motifs). Je souscris à cette conclusion.

[159] Comme le juge de Montigny, je conclus que la décision du Conseil canadien de la magistrature selon laquelle le rapport Friedland ne devrait pas être divulgué à cause de l’existence d’un privilège d’intérêt public est raisonnable, compte tenu des circonstances de l’espèce. L’atteinte à l’intérêt public par entrave à l’administration de la justice découlant de la non-divulgation est minime, voire inexistante. La divulgation du rapport bafouerait par contre de façon injustifiée la promesse de confidentialité faite par le Conseil aux tierces parties qui ont participé au processus, promesse qu’a lui-même demandée M<sup>e</sup> Slansky.

[160] Premièrement, la plainte de M<sup>e</sup> Slansky est fondée sur l’allégation selon laquelle le juge a mal dirigé le procès, et que les décisions qu’il a rendues avant et pendant le procès étaient injustes à l’endroit du défendeur. Comme je l’ai déjà fait remarquer, l’indépendance judiciaire exige qu’un juge échappe à l’obligation de rendre des comptes et de fournir des justifications à l’égard de ses décisions, outre les motifs donnés en audience publique. En pratique, l’immunité ne devrait pas être invoquée dans le but de bloquer la tenue d’une enquête par le Conseil canadien de la magistrature. Cela ne signifie toutefois pas que l’immunité n’existe plus dès lors que le Conseil lance une enquête. En fait, le Conseil

Council must carefully assess whether disclosing information provided by the judge in order to explain these rulings would infringe upon judicial independence.

[161] Though the trial Judge may well have provided justifications to the Council concerning his conduct of the trial or his decisions, this does not mean that these justifications must be disclosed to Mr. Slansky or to the Federal Court. To put it simply, the trial Judge does not report to Mr. Slansky or to the Federal Court. Under the principle of judicial independence, he need not (and should not) justify his conduct of the trial, or any of his judicial decisions, to either the appellant or the Federal Court. The trial Judge may well wish to explain to the Council his management of the trial and the reasons for his trial decisions, but that does not entail that he must do so publicly. As noted by the Executive Director of the Canadian Judicial Council at paragraph 24 of his affidavit dated February 9, 2007 (AB, at page 66): “The maintenance of this confidentiality also enables Counsel to obtain information from a judge (who is the subject of a complaint) that might be important in explaining the judge’s conduct but that might not be volunteered if it were to be made public. Indeed, judicial independence may be threatened if Council cannot give assurances of confidentiality about information provided by a judge regarding a judge’s state of mind during the deliberative or decision-making process.” I agree.

[162] Second, in his complaint to the Council, Mr. Slansky recognized himself that in the “early stages of any investigation, assurances of confidentiality may be necessary to obtain information”; he, in fact, insisted that confidentiality undertakings be extended to witnesses in the course of the Council’s investigation: AB, at page 53. As noted in the Council’s letter dated March 9, 2006, the trial Judge also agreed that assurances of confidentiality should be extended to third parties involved in the investigation: AB, at page 84. Professor Friedland’s interviews were thus carried out on the basis of confidentiality undertakings requested or agreed to by both Mr. Slansky and the trial

canadien de la magistrature doit examiner attentivement la question de savoir si la divulgation des renseignements fournis par le juge pour expliquer les décisions rendues porterait atteinte à l’indépendance judiciaire.

[161] Il se peut très bien que le juge ait justifié devant le Conseil sa conduite durant le procès et ses décisions, mais cela n’entraîne pas automatiquement la divulgation de ses justifications à M<sup>e</sup> Slansky ou à la Cour fédérale. Pour le dire simplement, le juge du procès n’a pas à rendre de comptes à M<sup>e</sup> Slansky ni à la Cour fédérale. Selon le principe de l’indépendance judiciaire, il n’a pas à justifier sa conduite durant le procès ni aucune des décisions judiciaires qu’il a rendues devant l’appelant ni devant la Cour fédérale (et il ne devrait pas le faire). Il se peut très bien qu’il souhaite expliquer au Conseil la façon dont il a mené le procès et le fondement des décisions qu’il a rendues durant celui-ci, mais cela ne l’oblige pas à le faire publiquement. Comme le fait remarquer le directeur exécutif du Conseil canadien de la magistrature au paragraphe 24 de son affidavit daté du 9 février 2007 (DA, à la page 66), [TRADUCTION] « Le maintien de cette confidentialité permet également au Conseil d’obtenir d’un juge (celui qui fait l’objet de la plainte) des renseignements pouvant être importants pour expliquer la conduite du juge, mais qu’il pourrait ne pas être disposé à fournir si ceux-ci devaient être rendus publics. En effet, l’indépendance judiciaire peut être menacée si le Conseil ne peut garantir la confidentialité des renseignements fournis par un juge concernant son état d’esprit durant le processus de délibération ou de décision. » Je suis d’accord.

[162] Deuxièmement, dans la plainte qu’il a adressée au Conseil, M<sup>e</sup> Slansky reconnaît lui-même que [TRADUCTION] « au cours des premières étapes de toute enquête, des promesses de confidentialité peuvent être nécessaires pour obtenir des renseignements »; en fait, il a lui-même insisté pour que des promesses de confidentialité soient faites aux témoins au cours de l’enquête du Conseil : DA, à la page 53. Comme le mentionne la lettre du Conseil datée du 9 mars 2006, le juge du procès était lui aussi d’accord avec l’idée que des garanties de confidentialité devraient être offertes aux tierces parties prenant part à l’enquête : DA, à la page 84. Le professeur Friedland a donc mené ses entrevues sur le fondement de

Judge. It would be unacceptable on the part of the Council to now breach the trust of those to whom it extended these undertakings without a valid, important and cogent reason to do so. No such explanation has been provided in these proceedings as to why these confidentiality undertakings, made in part at the behest of Mr. Slansky, should now be set aside and ignored.

[163] Third, as authorized by Parliament under paragraph 61(3)(c) of the *Judges Act*, the Canadian Judicial Council has established an investigations process that seeks to obtain candid views from persons with knowledge about the matters at issue in a complaint, as well as a candid assessment from the outside counsel appointed to assist it under section 62 of the *Judges Act*. The respective positions of a judge and of a complainant in such a candid investigation process are substantially different.

[164] Confidentiality is somewhat limited *vis-à-vis* a judge who is the subject of the inquiry and who is directly affected by its outcome. The judge is entitled to notice of the subject-matter of the investigation, and he must be provided sufficient information about the material evidence gathered: *Judges Act*, section 64 and Complaints Procedures of the Council at section 7.2. In investigating a complaint against a judge, the Council is in effect determining whether the judge's conduct could amount to an abuse that merits a further inquiry to determine whether the judge should be removed from office. Since the rights of the judge may be directly and substantially affected by the ultimate outcome, the Council owes the judge a high duty of procedural fairness throughout the process so as to afford the judge an effective opportunity to respond.

[165] However, since the complainant's only legal right is to make a complaint, the content of any duty of fairness that the Council may owe to the complainant in dismissing the complaint is at the low end of the spectrum: *Taylor v. Canada (Attorney General)*, 2001 FCT 1247, [2002] 3 F.C. 91, at paragraphs 50–52; *Douglas v.*

promesses de confidentialité demandées ou consenties à la fois par M<sup>e</sup> Slansky et par le juge du procès. Il serait maintenant inacceptable de la part du Conseil qu'il se montre indigne de la confiance que lui ont faite les personnes à qui il a offert des garanties sans avoir une raison valable, importante et convaincante de le faire. Aucune explication n'a été donnée dans le cadre de la présente procédure pour justifier que les promesses de confidentialité faites en partie à la demande de M<sup>e</sup> Slansky soient maintenant écartées et tenues pour inexistantes.

[163] Troisièmement, comme le législateur l'a autorisé à le faire à l'alinéa 61(3)c) de la *Loi sur les juges*, le Conseil canadien de la magistrature a établi un processus d'enquête visant à obtenir le point de vue sincère des personnes au courant des sujets soulevés par une plainte, ainsi que le point de vue sincère d'un avocat de l'extérieur chargé de lui venir en aide en vertu de l'article 62 de la *Loi sur les juges*. La situation du juge et celle du demandeur dans le contexte de ce genre de processus d'enquête caractérisés par la sincérité sont très différentes.

[164] La confidentialité est dans une certaine mesure limitée pour le juge qui fait l'objet de l'enquête et qui sera directement touché par son issue. Le juge a le droit d'être avisé de l'objet de l'enquête, et il doit bénéficier de renseignements suffisants au sujet de la preuve matérielle recueillie : article 64 de la *Loi sur les juges* et article 7.2 des Procédures relatives aux plaintes du Conseil. Lorsqu'il enquête sur une plainte portée contre un juge, le Conseil décide en fait si la conduite du juge peut être considérée comme un abus justifiant une enquête approfondie dans le but de décider si le juge doit être démis de ses fonctions. Comme les droits du juge peuvent être touchés directement et en profondeur par l'issue ultime de l'enquête, le Conseil doit s'acquitter d'un important devoir d'équité procédurale envers le juge pendant tout le processus, de sorte que le juge puisse bénéficier d'une réelle occasion de réagir à la situation.

[165] Toutefois, comme le seul droit du plaignant est celui de déposer une plainte, le contenu de tout devoir d'équité du Conseil envers le plaignant lorsqu'il rejette la plainte est plutôt faible : *Taylor c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 1247, [2002] 3 C.F. 91, aux paragraphes 50 à 52; *Douglas c. Canada (Procureur*

*Canada (Attorney General)*, 2013 FC 451, at paragraphs 20–22; see by analogy *Jacko v. McLellan*, 2008 CanLII 69579, 306 D.L.R. (4th) 126 (Ont. S.C.J.), at paragraph 18. The limited duty of disclosure owed under the Council’s Complaints Procedures is simply to inform the complainant of the disposition of the complaint. This was amply discharged in this case. The Council owes no further duty of disclosure to Mr. Slansky.

[166] Fourth, the privacy concerns of the judge who is the subject of the investigation must be taken into account. As noted by the Executive Director of the Canadian Judicial Council in his affidavit, at paragraph 24 (AB, at page 66): “The Council is also mindful of the privacy interests of the judge against which the complaint is brought. Even when a decision of the Council results in the complete exoneration of a judge, the report of Counsel in the matter might include information that the judge would rightly consider personal and confidential. This information may relate to medical conditions, family situations, or a judge’s state of mind during the deliberative process.”

[167] Since, in this case, the Canadian Judicial Council justifiably raised a public interest privilege over the Friedland Report, and since the disclosure of this report is not necessary in order for Mr. Slansky to pursue his judicial review application, Justice de Montigny did not commit an error in concluding that the motion seeking its disclosure should have been dismissed by the Prothonotary.

[168] I would dispose of this appeal in the manner proposed by my colleague Evans J.A.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

STRATAS J.A. (dissenting):

*général*), 2013 CF 451, aux paragraphes 20 à 22; voir par analogie *Jacko v. McLellan*, 2008 CanLII 69579, 306 D.L.R. (4th) 126 (C.S.J. Ont.), au paragraphe 18. Le devoir de divulgation limité dont le Conseil doit s’acquitter conformément à ses Procédures relatives aux plaintes consiste simplement à informer le plaignant de l’issue du traitement de la plainte. Le Conseil s’est amplement acquitté de ce devoir en l’espèce. Il n’a plus de devoir de divulgation envers M<sup>e</sup> Slansky.

[166] Quatrièmement, les préoccupations du juge faisant l’objet de l’enquête relativement au respect de sa vie privée doivent être prises en compte. Voici ce qu’affirme le directeur exécutif de Conseil canadien de la magistrature dans son affidavit, au paragraphe 24 (DA, à la page 66) : [TRADUCTION] « Le Conseil tient également compte du droit au respect de la vie privée du juge visé par la plainte. Même lorsqu’un juge est entièrement disculpé à la suite d’une décision du Conseil, il se peut que le rapport du Conseil sur l’affaire contienne des renseignements dont le juge estimerait à juste titre qu’ils sont personnels et confidentiels. Ces renseignements peuvent être liés à un problème de santé, à la situation familiale ou à l’état d’esprit du juge durant le processus de délibération. »

[167] Comme le Conseil canadien de la magistrature a invoqué avec raison un privilège d’intérêt public à l’égard du rapport Friedland, et comme la divulgation du rapport n’est pas nécessaire pour permettre à M<sup>e</sup> Slansky de présenter sa demande de contrôle judiciaire, le juge de Montigny n’a pas commis d’erreur en concluant que la requête de divulgation aurait dû être rejetée par la protonotaire.

[168] Je trancherais l’appel de la manière proposée par mon collègue le juge Evans.

\* \* \*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

LE JUGE STRATAS, J.C.A. (dissident) :

### A. Introduction

[169] Mr. Slansky, a defence lawyer, complained to the Canadian Judicial Council about Justice Thompson's conduct in the open courtroom during a criminal trial.

[170] When it looked into the complaint, the Council did not do its own investigation of the facts. Instead, it retained Professor Friedland to gather information about what had happened.

[171] Professor Friedland reviewed the minutes, transcripts and tapes of the trial. He also interviewed Mr. Slansky, Justice Thompson, three Crown counsel involved in the case, the Regional Director of Crown Attorneys, seven members of court staff, and Regional Senior Justice Bruce Durno.

[172] In the letter retaining Professor Friedland, the Council told him not to make any recommendations concerning how the Council should deal with the complaint. The letter went further: Professor Friedland was not to assess the facts or determine the credibility of witnesses. Those were Council's tasks.

[173] Professor Friedland delivered his report to the Council, setting out the information gathered. Contrary to the retainer letter, the Friedland Report contained limited legal analysis and recommendations. But that is of no consequence, as Mr. Slansky does not ask to see these portions of the report.

[174] After reviewing the information in the Friedland Report, the Council summarily dismissed Mr. Slansky's complaint.

[175] As is his right, Mr. Slansky has applied to the Federal Court for judicial review of the Council's decision, raising, among other things, the unreasonableness of the decision. He says the decision cannot be supported by the facts placed before the Council. He adds that the investigation of the available facts was inadequate.

### A. Introduction

[169] M<sup>e</sup> Slansky, avocat de la défense, s'est plaint devant le Conseil canadien de la magistrature de la conduite du juge Thompson en audience publique durant un procès criminel.

[170] Lorsqu'il a examiné la plainte, le Conseil n'a pas mené sa propre enquête sur les faits. Il a plutôt chargé le professeur Friedland de recueillir des renseignements sur ce qui s'était produit.

[171] Le professeur Friedland a passé en revue le procès-verbal, les transcriptions et les enregistrements du procès. Il a également interrogé M<sup>e</sup> Slansky, le juge Thompson, trois procureurs de la Couronne ayant pris part à l'affaire, le directeur régional des procureurs de la Couronne, sept membres du personnel judiciaire ainsi que le juge principal régional, Bruce Durno.

[172] Dans la lettre d'engagement qu'il a adressée au professeur Friedland, le Conseil lui demandait de ne pas lui faire de recommandation quant à la façon de traiter la plainte. La lettre allait plus loin : le professeur Friedland ne devait apprécier ni les faits ni la crédibilité des témoins. Il s'agissait là de tâches incombant au Conseil.

[173] Le professeur Friedland a présenté son rapport au Conseil, et il présente dans ce rapport les renseignements recueillis. Contrairement aux directives de la lettre d'engagement, le rapport Friedland contient certains éléments d'analyse juridique et certaines recommandations. Cela n'a toutefois aucune conséquence, puisque M<sup>e</sup> Slansky ne demande pas accès à ces parties du rapport.

[174] Après avoir examiné les renseignements consignés dans le rapport Friedland, le Conseil a sommairement rejeté la plainte de M<sup>e</sup> Slansky.

[175] M<sup>e</sup> Slansky s'est prévalu de son droit de demander à la Cour fédérale un contrôle judiciaire de la décision du Conseil en invoquant, entre autres choses, le caractère déraisonnable de la décision. Il affirme que les faits présentés au Conseil n'appuient pas cette décision. Il ajoute que l'enquête sur les faits connus était inadéquate.

[176] The Friedland Report describes the investigation and communicates most of the facts relied upon by the Canadian Judicial Council. In its decision, the Council often refers to the Friedland Report or the facts in it. Many of the facts relate to what happened in open court and how the Judge, a public official, behaved.

[177] Within the judicial review, Mr. Slansky has moved for an order requiring that the Friedland Report be placed before the Federal Court. Without it, he says, the Federal Court cannot determine whether the Council had sufficient factual support for its decision or whether the investigation of the available facts was inadequate.

[178] For the purpose of determining Mr. Slansky's motion, the Prothonotary, a Federal Court judge, and the three of us have accessed the Friedland Report under seal. As the Prothonotary recorded at paragraph 31 of her reasons, complete copies of the report have also found their way to Mr. Slansky's professional regulatory body (the Law Society of Upper Canada) and one of Mr. Slansky's clients (the Attorney General of Ontario).

[179] Given the centrality of the Friedland Report to the issues in Mr. Slansky's judicial review, the public nature of much of what the report describes, and the fact that many others have seen the report, one would think that the Court sitting in review of the Council's decision would also be able to see it.

[180] But one would be wrong. The Council says the reviewing court cannot see the Friedland Report it considered and relied upon. The Council says solicitor-client privilege and public interest privilege apply.

[181] I disagree. The prerequisites for the privileges are not present here. Beyond that, a contrary finding in these circumstances would extend these privileges beyond the purposes they serve. It would be secrecy for secrecy's sake, hobbling the reviewing court in its task of supervising the Council and vetting its decision to determine if it was acceptable and defensible on the facts and the law.

[176] Le rapport Friedland décrit le déroulement de l'enquête et porte sur la plupart des faits sur lesquels s'est fondé le Conseil canadien de la magistrature. Dans sa décision, le Conseil cite souvent le rapport Friedland et les faits qui y sont consignés. Bon nombre de ces faits ont trait aux événements survenus en audience publique et au comportement du juge, qui est un fonctionnaire.

[177] Dans le cadre du contrôle judiciaire, M<sup>e</sup> Slansky a présenté une requête visant une ordonnance de production du rapport Friedland devant la Cour fédérale. Sans ce rapport, dit-il, la Cour fédérale ne peut décider si la décision du Conseil est appuyée par les faits ni si l'enquête concernant les faits connus était adéquate ou non.

[178] Dans le contexte de l'examen de la requête de M<sup>e</sup> Slansky, la protonotaire, un juge de la Cour fédérale, ainsi que nous trois avons eu accès au rapport Friedland sous le sceau de la confidentialité. Comme la protonotaire l'indique au paragraphe 31 de ses motifs, des copies intégrales du rapport ont aussi été transmises à l'organisme qui régit la profession de M<sup>e</sup> Slansky (le Barreau du Haut-Canada) et à l'un des clients de M<sup>e</sup> Slansky (le procureur général de l'Ontario).

[179] Vu l'importance du rapport Friedland par rapport aux questions soulevées dans le cadre du contrôle judiciaire demandé par M<sup>e</sup> Slansky, la nature publique d'une bonne partie du contenu du rapport et le fait que bien d'autres gens ont pu le consulter, on penserait que le tribunal chargé d'examiner la décision du Conseil pourrait lui aussi le consulter.

[180] Ce serait toutefois une erreur. Le Conseil affirme que la cour de révision ne peut consulter le rapport qu'il a pris en compte et sur lequel il s'est appuyé. Le Conseil affirme que le privilège du secret professionnel de l'avocat et un privilège d'intérêt public s'appliquent.

[181] Je ne suis pas d'accord. Les conditions préalables à l'existence des privilèges ne sont pas réunies en l'espèce. En outre, tirer une conclusion contraire dans les circonstances aurait pour effet d'étendre ces privilèges au-delà des fins qu'ils servent. Ce serait garder le secret pour garder le secret et entraver le travail de la cour de révision consistant à superviser le Conseil et à vérifier le bien-fondé de sa décision afin

[182] Therefore, I would allow Mr. Slansky's appeal and grant his motion in large part. As we shall see, I would attach terms to the Court's order. My colleagues would dismiss Mr. Slansky's appeal. Regrettably, I dissent.

[183] The Council has asserted two bases for privilege: solicitor-client privilege and public interest privilege. I shall examine these in turn.

#### B. Solicitor-client privilege

[184] The Canadian Judicial Council submits that the Friedland Report must not form part of the tribunal record on judicial review because of solicitor-client privilege.

[185] For the reasons below, I reject the Canadian Judicial Council's submission. The Friedland Report is not covered by solicitor-client privilege. Many of the prerequisites for the privilege are not met—a matter well illustrated by the fact that the application of the privilege here would take it beyond the purposes the privilege is meant to serve. Even if the prerequisites were met, in two ways privilege has been waived.

##### (1) General principles

[186] Solicitor-client privilege protects communications between a solicitor and client, intended to be confidential and related to the seeking and giving of legal advice: *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at page 837. "Legal advice of any kind" is very much the gist of the privilege: see *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at page 872 and *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, at paragraph 49, quoting with approval the description of solicitor-client privilege in *Wigmore on Evidence*, McNaughton Revision, Vol. 8 (Boston: Little, Brown & Co., 1961), at § 2292.

de décider si elle est acceptable et justifiable en fait et en droit.

[182] J'accueillerais donc l'appel de M<sup>e</sup> Slansky, et j'accéderais à sa requête en grande partie. Comme nous le verrons plus loin, j'assortirais l'ordonnance de la Cour de certaines conditions. Mes collègues rejetteraient l'appel de M<sup>e</sup> Slansky. Malheureusement, je ne suis pas d'accord avec eux.

[183] Le Conseil invoque deux privilèges : le secret professionnel de l'avocat et un privilège d'intérêt public. Je vais examiner ces deux privilèges séparément.

#### B. Le secret professionnel de l'avocat

[184] Le Conseil canadien de la magistrature soutient que le rapport Friedland ne doit pas être versé au dossier du tribunal pour le contrôle judiciaire en raison du secret professionnel de l'avocat.

[185] Pour les motifs exposés ci-dessous, je rejette l'argument du Conseil canadien de la magistrature. Le rapport Friedland n'est pas protégé par le secret professionnel de l'avocat. Bon nombre des conditions préalables à l'existence du privilège ne sont pas réunies, chose qui est bien illustrée par le fait que l'application du privilège en l'espèce aurait pour effet de l'étendre à des fins autres que celles qu'il doit servir. Même si les conditions préalables étaient réunies, le Conseil a renoncé au privilège de deux manières.

##### 1) Principes généraux

[186] Le secret professionnel de l'avocat protège les communications entre un avocat et son client que les parties considèrent comme confidentielles et qui comportent une consultation ou un avis juridiques : *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la page 837. [TRADUCTION] « Les communications faites par le client qui consulte un conseiller juridique » sont ce qui fait surtout l'objet du privilège : voir *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, à la page 872, et *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, au paragraphe 49, où est citée avec approbation la description du secret



[187] Legal advice includes “opinion or analysis”: *College of Physicians of B.C. v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2002 BCCA 665, [2003] 2 W.W.R. 279, at paragraph 31. It also includes advice as to what should prudently and sensibly be done in the relevant legal context.

[188] To assess whether legal advice, legal opinion or legal analysis of any kind is present in the relationship between Professor Friedland and the Canadian Judicial Council, we are to assess the nature of the relationship, the subject matter of the advice and the circumstances in which it is sought and rendered: *Campbell*, above, at paragraph 50.

[189] The privilege enables individuals to obtain effective legal assistance, recognizing that such assistance requires that clients be able to discuss matters with their lawyers without fear of consequences. The Supreme Court often uses this purpose to help define the boundaries of solicitor-client privilege: see, e.g., *Descôteaux et al.*, above, at pages 876–877 and *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331, at paragraphs 25–34. As we shall see, this is a useful approach in this case.

(2) The role of retainer letters in the assessment of a privilege claim

[190] The Federal Court Judge in this case found (at paragraph 47) that “in order to determine whether the solicitor-client privilege attaches to a particular situation, one must not focus on any particular document, be it the retaining letter, but rather to the circumstances as a whole.” I disagree.

[191] In assessing a claim of privilege, where there is a retainer letter, it must predominate: *Gower v. Tolko Manitoba Inc.*, 2001 MBCA 11 (CanLII), 196 D.L.R.

professionnel de l’avocat faite dans *Wigmore on Evidence*, McNaughton Revision, vol. 8 (Boston : Little, Brown & Co., 1961), au § 2292.

[187] La consultation juridique inclut [TRADUCTION] « l’opinion ou l’analyse » : *College of Physicians of B.C. v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2002 BCCA 665, [2003] 2 W.W.R. 279, au paragraphe 31. Elle inclut également les conseils concernant ce qu’il serait sensé et prudent de faire dans le contexte juridique pertinent.

[188] Pour décider si la prestation de conseils, d’opinions ou d’analyses juridiques quelconque fait partie de la relation entre le professeur Friedland et le Conseil canadien de la magistrature, nous devons examiner la nature de cette relation, l’objet de l’avis et les circonstances dans lesquelles il est demandé et fourni : arrêt *Campbell*, précité, au paragraphe 50.

[189] Le privilège permet l’obtention d’une aide utile sur le plan juridique, puisque, pour pouvoir obtenir de l’aide, les clients doivent être en mesure de discuter des affaires qui les concernent avec leur avocat sans craindre les conséquences qu’ils pourraient subir. La Cour suprême recourt souvent à cet objectif pour définir les limites du secret professionnel de l’avocat : voir par exemple l’arrêt *Descôteaux et autre*, précité, aux pages 876 et 877, et *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331, aux paragraphes 25 à 34. Comme nous le verrons, il s’agit d’une démarche utile en l’espèce.

2) Le rôle des lettres de mandat dans l’examen d’une demande de privilège

[190] En l’espèce, le juge de la Cour fédérale a conclu (au paragraphe 47) que « pour déterminer si une situation déterminée donne lieu à l’application du privilège du secret professionnel de l’avocat, on ne doit pas s’en tenir à un document particulier, même dans le mandat de représentation en justice de l’avocat; il faut tenir compte de l’ensemble des circonstances ». Je ne suis pas d’accord.

[191] Lorsqu’il s’agit d’examiner une demande de privilège, s’il y a une lettre de mandat, celle-ci doit être le principal élément pris en compte : *Gower v. Tolko*

(4th) 716, at paragraph 40. The retainer letter, if one exists, defines, with binding contractual force, the nature of the relationship, the purpose of the lawyer's retainer, whether any advice is to be given, and the nature of that advice. A retainer letter also often discloses the circumstances which have prompted the retainer, including the reasons for it.

[192] The retainer letter is the best evidence of these matters, the matters that *Campbell* says must be examined. The retainer letter is written and agreed upon at the outset of the relationship, before any controversy over solicitor-client privilege. An affidavit is written and filed after controversy has arisen.

[193] Accordingly, in the usual case, an affidavit that seeks to add a gloss upon, modify, or supplant matters addressed in the retainer letter must be approached with caution, perhaps even with suspicion.

[194] Indeed, it may not even be admissible. The contractual nature of the retainer letter must be kept front of mind. Absent ambiguity, normally we do not admit affidavits tendered for the purpose of adding a gloss upon, modifying, or supplanting the matters explicitly addressed in a contract: *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at pages 341–342.

[195] In some solicitor-client relationships, there might be more to the story than the retainer letter. There could be contemporaneous shared oral understandings that are the equivalent of collateral contracts or later shared understandings that affect matters in the retainer letter.

[196] But not in this case. Before us is a retainer letter signed by Mr. Sabourin, in-house counsel for the

*Manitoba Inc.*, 2001 MBCA 11 (CanLII), 196 D.L.R. (4th) 716, au paragraphe 40. La lettre de mandat, si elle existe, précise, avec la force exécutoire d'un contrat, la nature de la relation, l'objectif du mandat de l'avocat, le fait que l'on demande à l'avocat de fournir des conseils ou non, et, le cas échéant, la nature de ces conseils. La lettre de mandat précise souvent aussi les circonstances dans lesquelles le mandat trouve son origine, y compris les raisons pour lesquelles il est confié à l'avocat.

[192] La lettre de mandat est le meilleur élément de preuve par rapport à ces questions, qui doivent être examinées selon les indications données dans l'arrêt *Campbell*. Elle est rédigée et fait l'objet d'un accord au début de la relation, avant que ne naisse toute controverse au sujet du secret professionnel de l'avocat. Les affidavits sont rédigés et déposés seulement lorsqu'il y a controverse.

[193] Par conséquent, il faut habituellement envisager avec prudence, voire même méfiance, les affidavits visant à jeter un nouvel éclairage sur les questions abordées dans la lettre de mandat, à la modifier et à la remplacer.

[194] En fait, l'affidavit peut même ne pas être admissible. Il faut bien garder en tête la nature contractuelle de la lettre de mandat. S'il n'y a pas d'ambiguïté, normalement, nous n'admettons pas d'affidavits déposés dans le but de jeter un nouvel éclairage sur les questions abordées explicitement dans un contrat, de modifier le contenu du contrat ou de le remplacer : *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, aux pages 341 et 342.

[195] Dans certaines relations entre un avocat et son client, il peut y avoir d'autres éléments à prendre en compte que la lettre de mandat. Il peut y avoir une entente verbale conclue au même moment, qui est l'équivalent d'un contrat accessoire ou encore une entente prise postérieurement et qui touche les questions abordées dans la lettre de mandat.

[196] Ce n'est toutefois pas le cas en l'espèce. Nous avons devant nous une lettre signée par M<sup>e</sup> Sabourin,

Council, the client in the solicitor-client relationship. If there were any contemporaneous oral understandings or later communications supplementing or amending the retainer letter, one would expect that Mr. Sabourin would tell us about them.

[197] He has not. Accordingly, we must proceed on the basis that there were none. In this case, the agreed-upon, contractual words of the retainer letter stand alone.

### (3) The retainer letter

[198] By retainer letter dated May 3, 2005, Mr. Sabourin retained Professor Friedland. Professor Friedland accepted the retainer.

[199] The letter carefully defines Professor Friedland's task. It does so by quoting a policy setting out the role he was to play. My colleague has reproduced the relevant portion of the letter at paragraph 15 of his reasons.

[200] Overall, the retainer letter shows that Professor Friedland was nothing more than an information gatherer who, if necessary, could clarify any ambiguities in the complaint.

[201] Specifically, the retainer letter tells us that Professor Friedland's "role...is, essentially, to gather further information" and "simply to attempt to clarify the allegations against the judge and gather evidence which, if established, would support or refute [the] allegations."

[202] In his information gathering, Professor Friedland was to focus on "the allegations made." Should he uncover further allegations of inappropriate conduct or incapacity on the part of the judge, he was instructed to look into those allegations as well.

[203] Professor Friedland was not instructed to provide any legal advice, opinion or analysis. Specifically,

avocat interne du Conseil, qui est le client de la relation avocat-client. S'il y avait eu des ententes verbales prises à la même époque que la lettre de mandat ou des communications postérieures venant compléter ou modifier la lettre de mandat, nous nous serions attendus à ce que M<sup>e</sup> Sabourin nous en parle.

[197] Or, il ne l'a pas fait. Nous devons donc présumer de l'inexistence de telles choses. En l'espèce, le contenu contractuel de la lettre de mandat accepté par les parties concernées est le seul élément à prendre en compte.

### 3) La lettre de mandat

[198] M<sup>e</sup> Sabourin a retenu les services du professeur Friedland au moyen d'une lettre de mandat datée du 3 mai 2005. Le professeur Friedland a accepté le mandat.

[199] La lettre décrit clairement la tâche confiée au professeur Friedland. Elle cite en effet une politique dans laquelle est décrit le rôle qu'il devra jouer. Mon collègue a reproduit la partie pertinente de la lettre au paragraphe 15 de ses motifs.

[200] Dans l'ensemble, la lettre de mandat indique que le professeur Friedland n'était rien de plus qu'une personne qui recueille des renseignements devant au besoin éclaircir toute ambiguïté dans le contenu de la plainte.

[201] Plus précisément, la lettre de mandat nous apprend que le « rôle [du professeur Friedland] [...] consiste essentiellement à obtenir un complément d'information » et « simplement à s'efforcer d'apporter des éclaircissements sur les accusations portées contre le juge et à réunir des éléments de preuve qui, s'ils étaient établis, serviraient de fondement [aux] accusations ou, au contraire, leur retirait toute légitimité ».

[202] Pour obtenir ce complément d'information, le professeur Friedland devait se concentrer sur « les allégations qui sont formulées ». S'il devait découvrir d'autres allégations de conduite déplacée ou d'incompétence de la part du juge, il devait se pencher sur celles-ci également.

[203] Le professeur Friedland n'a pas reçu pour directive de fournir des conseils, un avis ou une analyse

he was instructed “not...to weigh the merits of a complaint or to make any recommendation as to the determination that a Chairperson or a Panel should make.” Rather, he was to interview “[p]ersons familiar with the circumstances surrounding the complaint, including the judge”, “obtain the judge’s response to these allegations and evidence”, and “to gather further information.”

[204] Having collected this information, Professor Friedland was instructed to “present all of [it] to the Chairperson or Panel.” He could not engage in “[a]djudicative fact-finding in the sense of making determinations based on the relative credibility of witnesses or the persuasiveness of one fact over another.”

[205] As part of his information gathering task, the retainer letter mentions that “[d]ocumentation may be collected and analyzed” by Professor Friedland. In paragraph 15, my colleague, Justice Evans, emphasizes the word “analyzed” and suggests that Professor Friedland was performing legal analysis. That is a leap too far. It would run counter to the retainer letter’s explicit instruction that Professor Friedland was “not...to weigh the merits of a complaint” or make any “recommendation as to the determination a Chairperson or a Panel should make.” As mentioned, Professor Friedland could not even engage in adjudicative fact-finding, as opposed to information gathering.

[206] Viewed in light of the tasks the retainer letter assigns to Professor Friedland and, more importantly, the restrictions on what he could do, the word “analyzed” can only mean identifying, gathering, and summarizing bits of information from the documents and interviews.

(4) Mr. Sabourin’s affidavit

[207] Before us is an affidavit of Mr. Sabourin, in-house counsel for the Council. He swore it after the controversies giving rise to this matter arose.

juridiques. Plus précisément, il lui a été demandé de « ne [...] pas [...] évaluer le bien-fondé d’une plainte ou de faire des recommandations quant à la décision qui devrait être prise par le président ou le sous-comité ». Il devait plutôt interroger les « personnes au fait des circonstances entourant la plainte, y compris le juge visé par celle-ci », d’« obtenir la réponse du juge sur ces accusations et sur ces éléments de preuve » et d’« obtenir un complément d’information ».

[204] Après avoir recueilli ces renseignements, le professeur Friedland devait « soumettre ces informations au président ou au sous-comité ». Il ne pouvait pas procéder à « la recherche des faits dans le cadre d’un processus juridictionnel, c’est-à-dire la prise de décisions fondées sur la crédibilité des témoins ou sur le caractère plus ou moins convaincant d’un fait par rapport à un autre ».

[205] La lettre de mandat mentionne que le professeur Friedland « amasse des documents et [...] procède à leur analyse » dans le cadre de sa tâche d’obtention d’un complément d’information. Au paragraphe 15, mon collègue le juge Evans insiste sur le mot « analyse » et laisse entendre que le professeur Friedland aurait effectué une analyse de nature juridique. C’est faire un pas de trop. Cela serait contraire à la directive explicite de la lettre de mandat selon laquelle le professeur Friedland ne devait « pas [...] évaluer le bien-fondé d’une plainte » ni faire des « recommandations quant à la décision qui devrait être prise par le président ou le sous-comité ». Comme je l’ai déjà mentionné, le professeur Friedland ne pouvait même pas procéder à une recherche des faits dans le cadre d’un processus juridictionnel, par opposition à l’obtention d’un complément d’information.

[206] À la lumière des tâches confiées au professeur Friedland dans la lettre de mandat, et surtout des restrictions concernant ce qu’il pouvait faire, le mot « analyse » ne peut renvoyer qu’au fait de circonscrire, de réunir et de résumer les éléments d’information contenus dans les documents et obtenus pendant les entrevues.

4) L’affidavit de M<sup>e</sup> Sabourin

[207] Nous disposons de l’affidavit de M<sup>e</sup> Sabourin, avocat interne du Conseil. Il l’a souscrit après que la controverse a commencé en l’espèce.

[208] Nowhere in the affidavit does he disavow any of the text in the retainer letter. Nowhere in it is there a suggestion that any of the words in the letter should be altered or interpreted in a particular way. Nowhere in it is there a hint of any discussion with Professor Friedland that might alter or qualify those words. In short, Mr. Sabourin, acting under oath, did not displace the words of the retainer letter. Neither should we.

[209] Mr. Sabourin deposes that Professor Friedland was “appointed and requested to make further inquiries” (affidavit, paragraph 16). In the context of the words of the retainer letter, this can only be understood as inquiries to gather information.

[210] Mr. Sabourin deposes that Professor Friedland presented “findings and analysis” and “recommendations and advice” in the Friedland Report (affidavit, paragraph 19). The report has been confidentially filed before us and is under seal. I agree that small, severable parts of the Friedland Report contain analyses, recommendations, and advice. So, in a technical sense, Mr. Sabourin’s statement that the Friedland Report contains such things is accurate. But none of these things were solicited in the retainer letter.

[211] Can a lawyer take a purely informational document and suddenly make it wholly secret by unilaterally inserting analyses, recommendations and advice that formed no part of the retainer? I think not. And there is no authority to support such a proposition.

[212] In any event, Mr. Slansky does not seek any of the gratuitous legal observations made by Professor Friedland. When those are severed from the report—and, as we shall see and as the Prothonotary found, they are easily severed—all that is left is a dry recitation of information gathered without any analysis, recommendations or advice, exactly what Professor Friedland was retained to do.

[208] Il ne désavoue nulle part dans l’affidavit une partie quelconque de la lettre de mandat. Il ne laisse entendre nulle part dans l’affidavit qu’une partie quelconque de la lettre devrait être modifiée ou interprétée d’une façon particulière. Il n’y a nulle part dans l’affidavit de mention d’une quelconque discussion avec le professeur Friedland qui viendrait modifier ou préciser le contenu de la lettre. Bref, dans sa déclaration sous serment, M<sup>e</sup> Sabourin ne change pas le contenu de la lettre de mandat. Nous ne devrions pas le faire non plus.

[209] M<sup>e</sup> Sabourin affirme que le professeur Friedland a été [TRADUCTION] « mandaté et chargé de mener une enquête supplémentaire » (affidavit, paragraphe 16). Dans le contexte de la lettre de mandat, on ne peut qu’en comprendre qu’il s’agissait d’une enquête visant à recueillir des renseignements.

[210] M<sup>e</sup> Sabourin affirme que le professeur Friedland présente [TRADUCTION] « des conclusions et une analyse » ainsi que [TRADUCTION] « des recommandations et des conseils » dans son rapport (affidavit, paragraphe 19). Le rapport Friedland nous a été transmis et est sous scellés. Je suis d’accord pour dire que de petites parties pouvant être prélevées du rapport Friedland contiennent des analyses, des recommandations et des conseils. Techniquement, donc, M<sup>e</sup> Sabourin a raison de dire que le rapport Friedland contient de telles choses. Cependant, aucune n’est demandée dans la lettre de mandat.

[211] Un avocat peut-il prendre un document purement informatif et en faire instantanément un document entièrement secret en y ajoutant de façon unilatérale des analyses, des recommandations, et des conseils, alors que cela ne faisait pas partie de son mandat? Je ne le crois pas. Rien n’appuie cette thèse.

[212] Quoi qu’il en soit, M<sup>e</sup> Slansky ne demande accès à aucune des observations de nature juridique que le professeur Friedland formule sans qu’on lui ait demandé de le faire. Lorsqu’elles sont retranchées du rapport — et, comme nous allons le voir et comme la protonotaire l’a constaté, cela est facile à faire —, tout ce qui reste, c’est une liste brute des renseignements recueillis, sans analyse, recommandations, ni conseils, c’est-à-dire la liste que le professeur Friedland a précisément reçu le mandat de dresser.

[213] On the nature of Professor Friedland's retainer, Mr. Sabourin offers the following (affidavit, paragraph 26):

Counsel are instructed to gather information about the allegations surrounding the complaint and to provide a lawyer's analysis and recommendations in respect of those allegations, for consideration by the Chairperson of the Judicial Conduct Committee. In the case of the instant report, Professor Friedland did provide analysis and recommendations to the Chairperson on how to address the complaint.

[214] At best, the first sentence is nothing more than evidence of a general practice—it may be taken to be what Mr. Sabourin normally instructs counsel to do. But nowhere does Mr. Sabourin say this general practice was followed here. Nowhere does he say Professor Friedland was so instructed. Nor can he: in the retainer letter, he instructed Professor Friedland “not...to weigh the merits of a complaint” or make any “recommendation as to the determination a Chairperson or a Panel should make.”

[215] The second sentence in the above passage says nothing more than Professor Friedland went beyond his instructions and gratuitously offered some analysis and recommendations. As I have said, this is of no consequence.

[216] Mr. Sabourin further deposes (affidavit, at paragraph 27):

My expectations, and those of the Chairperson, in relation to mandate [sic] given to Counsel in conducting further inquiries, is that Counsel's report will constitute legal advice because we retain legal counsel and seek a solicitor's investigation of the facts and a solicitor's analysis and recommendations concerning those facts in the context of the legal mandate and obligations of the Council when considering a complaint. Indeed, this is why the *Complaints Procedures* provide that it must be a lawyer that conducts such inquiries; otherwise this work could be ably conducted by an investigator without legal credentials.

[213] Au sujet de la nature du mandat du professeur Friedland, M<sup>e</sup> Sabourin dit ce qui suit (affidavit, paragraphe 26) :

[TRADUCTION] Ceux qui sont engagés comme conseillers juridiques reçoivent pour instructions de recueillir des renseignements au sujet des allégations se rapportant à la plainte et de proposer leur analyse et leurs recommandations en tant qu'avocat au sujet des allégations en question en vue de leur examen par le président du Comité sur la conduite des juges. Dans son rapport, le professeur Friedland a effectivement fourni une analyse et des recommandations au président quant à la façon de traiter la plainte.

[214] La première phrase n'est au mieux rien de plus qu'une indication concernant une pratique courante — on peut en déduire que c'est ce que M<sup>e</sup> Sabourin demande habituellement aux avocats de faire. Il ne dit cependant nulle part que le professeur Friedland a fait ce que les avocats font habituellement. Il ne dit nulle part que c'est la directive qu'il a reçue. Il ne saurait le faire : dans la lettre de mandat, il demande au professeur Friedland de ne « pas [...] évaluer le bien-fondé d'une plainte » ni de faire des « recommandations quant à la décision qui devrait être prise par le président ou le sous-comité ».

[215] La seconde phrase du passage cité ci-dessus ne nous apprend qu'une seule chose : le professeur Friedland ne s'est pas limité aux directives qu'on lui avait données, et il a présenté des éléments d'analyse et des recommandations sans qu'on lui demande de le faire. Comme je le disais, cela n'a aucune conséquence.

[216] M<sup>e</sup> Sabourin affirme ensuite ce qui suit (affidavit, au paragraphe 27) :

[TRADUCTION] S'agissant du mandat confié à l'avocat chargé de mener une enquête supplémentaire, le président et moi-même nous attendons à ce que le rapport de l'avocat soit considéré comme contenant un avis juridique parce que nous retenons les services d'un conseiller juridique à qui nous demandons de faire enquête sur les faits et de nous soumettre son analyse et ses recommandations au sujet des faits en question dans le cadre de la mission que la loi confie au Conseil et des obligations qu'elle lui impose lorsqu'il est saisi d'une plainte. En effet, c'est pour cette raison que les *Procédures relatives aux plaintes* précisent que c'est un avocat qui doit mener ce genre d'enquête; sinon, le travail pourrait très bien être fait par un enquêteur ne possédant aucune compétence particulière dans le domaine juridique.

[217] Again, these expectations might be the usual expectations. But, tellingly, Mr. Sabourin stops short of saying that these were the expectations when Professor Friedland was retained. We must take care not to extend these words to go where Mr. Sabourin was unwilling to go—to suggest that the retainer letter does not mean what it says.

[218] Mr. Sabourin suggests that lawyers are retained in Canadian Judicial Council proceedings “to give a solicitor’s analysis and recommendations concerning... facts.” That may have been the usual expectation. But, again, the retainer letter here specifically forbade Professor Friedland from weighing the information gathered and offering recommendations and assessments. He was asked to gather information, nothing more.

[219] More arises from the above passage. It is best discussed in the following section of these reasons, in the context of some broader legal principles.

(5) Legal advice is the gist of the privilege

[220] In paragraph 27 of Mr. Sabourin’s affidavit, quoted just above, we are told that the Complaints Procedures require a lawyer to be retained because the lawyer is investigating matters within the Council’s legal mandate, one incumbent with legal obligations. Before us, the Council urged that this triggered solicitor-client privilege over the Friedland Report.

[221] In essence, the Council’s submission is that if a person, working within a legal mandate and subject to legal obligations, chooses to hire a lawyer rather than an ordinary investigator to conduct a factual inquiry, privilege arises.

[222] I reject this. The mere fact that a lawyer is involved does not make a report generated by the lawyer privileged: *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004

[217] Je le répète : il s’agit peut-être là des attentes habituelles. Mais ce qui est éloquent, c’est que M<sup>e</sup> Sabourin s’arrête juste avant de dire que c’était les attentes déclarées au moment où le professeur Friedland s’est vu confier son mandat. Nous devons faire attention de ne pas faire dire à M<sup>e</sup> Sabourin ce qu’il n’a pas osé dire : que la lettre de mandat ne doit pas être interprétée rigoureusement.

[218] M<sup>e</sup> Sabourin laisse entendre que, dans le cadre des procédures du Conseil canadien de la magistrature, un avocat a le mandat de fournir [TRADUCTION] « son analyse et ses recommandations au sujet des faits ». Il s’agit peut-être là des attentes habituelles. Mais, encore une fois, la lettre de mandat du professeur Friedland lui interdisait expressément d’évaluer les renseignements recueillis et de formuler des recommandations et des avis. On lui demandait de recueillir de l’information, et rien de plus.

[219] Il ressort autre chose du passage cité ci-dessus. Il convient davantage d’aborder cela dans la section suivante des présents motifs, dans le contexte de certains principes juridiques généraux.

5) Le privilège vise surtout la consultation juridique

[220] Au paragraphe 27 de l’affidavit de M<sup>e</sup> Sabourin, cité un peu plus haut, on nous dit que les Procédures relatives aux plaintes exigent que les services d’un avocat soient retenus, puisque l’avocat doit enquêter sur des questions touchant le mandat que la loi confère au Conseil, mandat qui s’assortit d’obligations juridiques. Le Conseil a affirmé devant nous que c’est ce qui fait en sorte que le rapport Friedland est protégé par le secret professionnel de l’avocat.

[221] Ce que le Conseil affirme, essentiellement, c’est que, si une personne cherchant à s’acquitter d’un mandat prévu par la loi et assorti d’obligations juridiques décide d’embaucher un avocat plutôt qu’un enquêteur ordinaire pour mener une recherche de faits, cela crée un privilège.

[222] Je rejette cet argument. Le simple fait qu’un avocat prenne part au processus n’implique pas que le rapport qu’il rédige est protégé par le secret professionnel :

SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809, at paragraphs 19–20; *Campbell*, above, at paragraph 50, “not everything done by a...lawyer...attracts solicitor client privilege”.

[223] Instead, the documents or information said to be privileged must themselves be for the dominant purpose of giving or receiving legal advice or closely and directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice: *Pritchard*, above, at paragraph 15; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, at paragraph 36; *Campbell*, above, at paragraph 49; *Descôteaux et al.*, above, at pages 872–873; *Solosky*, above, at page 835; *Thompson v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 197, 366 D.L.R. (4th) 169, at paragraph 40.

[224] By virtue of their special training and experience, lawyers are often retained to do things other than provide legal advice. For example, lawyers can be retained to sit on a corporate board or give input on the design of a new courthouse but their activities are not privileged. Lawyers can be retained to handle trust monies and account for them—indeed, bar admission materials offer much instruction on this—but this, by itself, does not make these activities privileged, nor is the factual information about the payment or non-payment of fees necessarily privileged: *Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp., Re*, 1983 CanLII 1894, 41 O.R. (2d) 328 (Div. Ct.); *R. v. Joubert*, 1992 CanLII 1073, 7 B.C.A.C. 31 (C.A.); *R. v. Cunningham*, above, at paragraphs 25–34. A distinction should be drawn between a privileged communication related to advice and “evidence of an act or transaction”: *Thompson*, above, at paragraph 46.

[225] Similarly, through years of experience, some lawyers become adept at gathering and handling information—some, in fact, have spent much of their lives

*Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809, aux paragraphes 19 et 20; arrêt *Campbell*, précité, au paragraphe 50, « [l]e secret professionnel de l’avocat ne protège évidemment pas l’ensemble des services rendus par un avocat ».

[223] En fait, pour être considérés comme étant protégés, les documents ou les renseignements doivent avoir pour objectif principal l’obtention ou la prestation de conseils juridiques ou encore être liés étroitement et directement à l’obtention, à la formulation ou à la prestation de conseils juridiques : arrêt *Pritchard*, précité, au paragraphe 15; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, au paragraphe 36; arrêt *Campbell*, précité, au paragraphe 49; *Descôteaux et autre*, précité, aux pages 872 et 873; arrêt *Solosky*, précité, à la page 835; *Thompson c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 197, au paragraphe 40.

[224] Vu leur formation particulière et leur expérience, les avocats sont souvent chargés de faire autre chose que de fournir des conseils juridiques. On leur demande par exemple de siéger au conseil d’une société ou de participer à la conception d’un nouveau palais de justice, et, dans ces cas, leurs activités ne sont pas protégées par le secret professionnel. Les avocats sont en mesure de gérer les fonds d’une fiducie et de rendre des comptes à cet égard — en fait, les documents relatifs à l’admission au barreau contiennent beaucoup d’information sur ce sujet —, mais cela, en soi, ne rend pas ces activités confidentielles. Pas plus que l’information factuelle concernant le paiement ou le non-paiement de frais est nécessairement confidentielle : *Ontario Securities Commission and Greymac Credit Corp., Re*, 1983 CanLII 1894, 41 O.R. (2d) 328 (C. div.); *R. c. Joubert*, 1992 CanLII 1073, 7 B.C.A.C. 31 (C.A.); arrêt *R. c. Cunningham*, précité, aux paragraphes 25 à 34. Une distinction devrait être établie entre une communication confidentielle liée à un conseil et « la preuve d’un acte ou d’une opération » : arrêt *Thompson*, précité, au paragraphe 46.

[225] De même, en accumulant les années d’expérience, certains avocats deviennent très habiles dans la collecte et le traitement de renseignements — certains



interviewing potential witnesses—and, thus, are retained for that limited purpose. But I am unaware of any authority suggesting that such activities, without more, trigger solicitor-client privilege.

[226] In the context of investigations, a line exists between a lawyer retained only to gather information and a lawyer who is retained to gather information as part of the larger exercise of providing legal advice. Reports concerning the former—such as the Friedland Report—are not privileged. The information supplied has nothing to do with providing legal advice.

[227] On this, the British Columbia Court of Appeal has drawn a bright line (*College of Physicians of B.C. v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, above, at paragraph 32):

Legal advice privilege arises only where a solicitor is acting as a lawyer, that is, when giving legal advice to the client. Where a lawyer acts only as an investigator, there is no privilege protecting communications to or from her.

[228] The Manitoba Court of Appeal has also articulated this line. In *Gower*, above, it confirmed that a lawyer retained to gather facts, nothing more, is just an investigator and so the privilege does not apply (at paragraph 37):

In the situation at hand, it is clear from the evidence that [the lawyer] was asked to investigate and perform a fact-finding function. If that is all she was asked to do then, regardless of the fact that she is a lawyer, she would not have been providing legal advice and would have been acting as an investigator, not as a lawyer. Consequently, legal advice privilege would not have been available.

[229] However, if, as in *Gower*, the lawyer is fact-finding as part of the exercise of providing legal advice or if the fact-finding is “connected to the provision of... legal services” (at paragraph 19), the privilege can apply (*Gower*, above, at paragraph 38):

passent même une bonne partie de leur vie à interroger d'éventuels témoins — et leurs services sont donc retenus à cette fin précise. Toutefois, à ma connaissance, rien ne permet d'affirmer que ces activités seront visées à elles seules par le secret professionnel de l'avocat.

[226] Dans le contexte des enquêtes, il y a une distinction entre la situation d'un avocat chargé seulement de recueillir des renseignements et celle d'un avocat chargé de recueillir des renseignements dans le cadre d'une tâche plus large consistant à fournir des conseils juridiques. Les rapports concernant le premier — comme le rapport Friedland — ne sont pas confidentiels. Les renseignements fournis n'ont rien à voir avec la prestation de conseils juridiques.

[227] À ce sujet, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a établi une distinction claire (*College of Physicians of B.C. c. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, précité, au paragraphe 32) :

[TRADUCTION] Le privilège de la consultation juridique n'existe que lorsque l'avocat agit en sa qualité d'avocat, c'est-à-dire lorsqu'il fournit des conseils juridiques à son client. Lorsqu'il joue seulement le rôle d'enquêteur, aucun privilège ne protège les communications entre son client et lui.

[228] La Cour d'appel du Manitoba a également établi cette distinction. Dans l'arrêt *Gower*, précité, elle a confirmé qu'un avocat chargé de réunir des faits, sans plus, n'est qu'un enquêteur, ce qui fait que le privilège ne s'applique pas (au paragraphe 37) :

[TRADUCTION] En l'espèce, il ressort clairement de la preuve [que l'avocate] a été chargée d'enquêter et d'assumer une fonction de recherche de faits. Si c'est tout ce qu'on lui a demandé de faire, même si elle est avocate, elle n'a pas fourni de conseils juridiques, et elle a joué le rôle d'enquêtrice, et non d'avocate. Par conséquent, le privilège de la consultation juridique ne s'applique pas.

[229] Toutefois, si, comme dans l'affaire *Gower*, l'avocat procède à une recherche de faits pour pouvoir fournir des conseils juridiques ou si la recherche de faits est [TRADUCTION] « liée à la prestation de [...] services juridiques » (au paragraphe 19), le privilège peut s'appliquer (Arrêt *Gower*, précité, au paragraphe 38) :

However, there is strong evidence that [the lawyer] was asked to do more. The investigation to determine the veracity of the allegations made against the plaintiff was only one part of her tasks. It is clear that the client requested Janzen make recommendations based on the facts that she gathered and provided advice with respect to the legal implications of those recommendations. Thus, the fact gathering was inextricably linked to the second part of the tasks, the provision of legal advice.

[230] In the course of its reasons, the Manitoba Court of Appeal in *Gower* cited with approval the authority of *Wilson v. Favelle*, 1994 CanLII 1152, 26 C.P.C. (3d) 273 (B.C.S.C.). *Wilson* indeed is an authority consistent with *Gower* and somewhat close to the facts of this case.

[231] In *Wilson*, a government retained a lawyer to conduct an investigation into a complaint of misconduct against an employee and produce a report. The purpose of the report was to document the facts relating to the allegations and to provide advice regarding any violations of non-legal standards of conduct for public service employees. The Court found that the lawyer was hired as a mere investigator. Of interest is the Court's focus upon the contractual language in the lawyer's retainer and not the affidavit filed by the government once the matter had become litigious.

[232] I accept that, in assessing on what side of the line a case falls, "advice" must be broadly construed. It includes "advice as to what should prudently and sensibly be done in the relevant legal context", in other words, practical advice mindful of the legalities or advice on a course of action informed by the legalities: *Blood Tribe v. Canada (Attorney General)*, 2010 ABCA 112 (CanLII), 487 A.R. 71, at paragraph 26, quoting with approval *Balabel v. Air India*, [1988] Ch. 317 (C.A.), at page 330; *Gower*, above, at paragraph 19.

[233] But Professor Friedland was asked to gather information, not to give any sort of advice. Indeed, the retainer letter expressly forbade him from doing any such thing.

[TRANSLATION] Cependant, il y a des preuves qui montrent clairement que [l'avocate] s'est vu demander de faire autre chose. L'enquête visant à établir le bien-fondé des allégations concernant le demandeur n'était que l'une de ses tâches. Il est clair que le client avait demandé à M<sup>me</sup> Janzen de formuler des recommandations en fonction du produit de sa recherche de faits et de l'aviser des répercussions de ses recommandations sur le plan juridique. Ainsi, la recherche de faits était inextricablement liée au second volet des tâches de M<sup>me</sup> Janzen, soit la prestation de conseils juridiques.

[230] Dans ses motifs dans l'arrêt *Gower*, la Cour d'appel du Manitoba cite avec approbation la décision *Wilson v. Favelle*, 1994 CanLII 1152, 26 C.P.C. (3d) 273 (C. supr. C.-B.). La décision *Wilson* concorde effectivement avec l'arrêt *Gower*, et les faits sont assez semblables à ceux de l'espèce.

[231] La décision *Wilson* concerne l'embauche d'une avocate par un gouvernement pour mener une enquête sur une plainte d'inconduite portée contre un employé et rédiger un rapport. L'objectif du rapport était de faire état des faits liés aux allégations et d'aviser le client de toute violation des normes non juridiques des employés de la fonction publique. La Cour a conclu que l'avocate avait simplement été chargée de mener une enquête. Chose intéressante, la Cour porte son attention sur le contenu contractuel du mandat de l'avocate, et non sur l'affidavit déposé par le gouvernement après que l'affaire est devenue litigieuse.

[232] J'admets qu'il convient de donner un sens large au mot « conseil » lorsqu'il s'agit de décider à quelle catégorie une affaire appartient. Cela comprend [TRANSLATION] « les conseils sur les mesures raisonnables et prudentes à prendre dans le contexte juridique en cause », autrement dit, des conseils pratiques tenant compte du droit ou des conseils concernant la marche à suivre en fonction du droit : *Blood Tribe v. Canada (Attorney General)*, 2010 ABCA 112 (CanLII), 487 A.R. 71, au paragraphe 26, où est cité avec approbation l'arrêt *Balabel v. Air India*, [1988] Ch. 317 (C.A.), à la page 330; arrêt *Gower*, précité, au paragraphe 19.

[233] Mais le professeur Friedland a été chargé de recueillir des renseignements, et non de donner quelque conseil que ce soit. En effet, la lettre de mandat lui interdit expressément de faire quoi que ce soit de ce genre.

[234] The Council infers from the legal complexity of the allegations in Mr. Slansky’s complaint—allegations which included bias, misconduct, and knowingly acting contrary to law—that Professor Friedland was required to provide legal advice, opinion, or analysis.

[235] I disagree. The retainer letter shows that the Council decomposed the overall task into factual and legal parts. It assigned to Professor Friedland a subset of the factual part—information gathering—leaving for itself the task of reviewing the facts gathered, applying the relevant law, and reaching a conclusion on the merits of Mr. Slansky’s complaint.

[236] At its highest, Professor Friedland’s task required him to assess what was material and what was not. This resembles the task of insurance adjusters or other skilled investigators who must assess materiality to some extent when gathering evidence relevant to an accident that might constitute a tort actionable in law. Yet, their investigation reports are not privileged: *General Accident Assurance Co. v. Chrusz*, 1999 CanLII 7320, 45 O.R.(3d) 321 (C.A.).

[237] In this case, information gathering cannot be said to be the exclusive preserve of a lawyer. Indeed, non-lawyers could have done Professor Friedland’s job. There are many who can appreciate what information is relevant to the conduct of a judge in a courtroom.

[238] True, a lawyer might do it better, and Professor Friedland almost certainly can do it better than many lawyers. But that does not transform the nature of the task and the skills brought to bear on it from information gathering to the giving of legal advice or practical advice related to the legalities.

[234] Le Conseil affirme que, vu la complexité, sur le plan juridique, des allégations contenues dans la plainte de M<sup>e</sup> Slansky — allégations selon lesquelles le juge Thompson se serait rendu coupable de partialité et d’inconduite et aurait sciemment enfreint la loi —, le professeur Friedland devait lui fournir des conseils juridiques, des avis ou une analyse.

[235] Je ne suis pas d’accord. La lettre de mandat montre que le Conseil a divisé la tâche en deux parties : le volet factuel et le volet juridique. Il a attribué au professeur Friedland un sous-ensemble du volet factuel — la collecte de renseignements — et s’est réservé la tâche d’examiner les faits réunis, d’appliquer les règles de droit pertinentes et de tirer une conclusion du bien-fondé de la plainte de M<sup>e</sup> Slansky.

[236] La tâche la plus complexe dont devait s’acquitter le professeur Friedland consistait à distinguer les faits importants des faits sans importance. C’est une tâche apparentée à celle des experts en assurance et d’autres enquêteurs qualifiés qui doivent évaluer dans une certaine mesure l’importance des faits lorsqu’ils recueillent des éléments de preuve au sujet d’un accident pouvant constituer un délit civil susceptible de faire l’objet de poursuites judiciaires. Les rapports d’enquête de ces experts et enquêteurs ne sont pas confidentiels : *General Accident Assurance Co. v. Chrusz*, 1999 CanLII 7320, 45 R.J.O. (3<sup>e</sup>) 321 (C.A.).

[237] En l’espèce, on ne peut affirmer que la collecte d’information soit l’apanage d’un avocat. En effet, d’autres personnes auraient pu faire le travail qu’a fait le professeur Friedland. Beaucoup de gens sont capables de cerner les renseignements pertinents quant à la conduite d’un juge durant une audience.

[238] Il est vrai qu’un avocat est peut-être mieux placé que d’autres gens pour le faire, et aussi que le professeur Friedland est presque certainement en mesure de le faire mieux que beaucoup d’autres avocats. Cela ne change cependant pas la nature de la tâche et des compétences utilisées pour s’en acquitter et ne permet pas de franchir le pas entre la collecte de renseignements et la prestation de conseils juridiques ou pratiques liés au droit.

[239] This is sufficient to dismiss the Council's claim of solicitor-client privilege over the Friedland Report. However, I wish to address another submission of the Council, one that my colleague, Justice Evans, has accepted.

- (6) The *Blood Tribe* case did not extend the scope of solicitor-client privilege

[240] As explained above, a necessary condition of solicitor-client privilege is the seeking and giving of legal advice or practical advice related to the legalities. However, before us, the Council sought to extend the scope of solicitor-client privilege far beyond the decided cases. It sought to shift the analytical focus from whether legal advice has been sought to whether the skills of a lawyer were required for the assigned task.

[241] This is based upon the Supreme Court's comment at paragraph 10 of *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574 that solicitor-client privilege extends to "all interactions between a client and his or her lawyer when the lawyer is engaged in providing legal advice or otherwise acting as a lawyer" (emphasis added). This comment appears as an introduction to the Supreme Court's legal analysis.

[242] The precise issue in *Blood Tribe* was whether the Privacy Commissioner could access documents that were covered by solicitor-client privilege. Whether the documents were privileged was not in issue. Therefore, this introductory comment is surplusage.

[243] Further, in adding the comment, "otherwise acting as a lawyer", I query whether the Supreme Court might have been alluding, infelicitously, to a different privilege, litigation privilege. Under that privilege, lawyers acting as a lawyer under a litigation retainer enjoy a zone of privacy. Of note, some of the cases cited in the same paragraph deal mainly with litigation

[239] Cela suffit à rejeter la demande du Conseil concernant la protection du rapport Friedland en vertu du secret professionnel de l'avocat. Je souhaite cependant aborder un autre argument présenté par le Conseil, que mon collègue le juge Evans a admis.

- 6) L'arrêt *Blood Tribe* n'a pas étendu la portée du secret professionnel de l'avocat

[240] Comme je l'ai déjà expliqué, l'obtention et la prestation de conseils juridiques ou de conseils pratiques liés au droit sont une condition nécessaire à l'existence du secret professionnel de l'avocat. Le Conseil a cependant cherché devant nous à étendre la portée du secret professionnel bien au-delà des décisions rendues. Il a cherché à faire porter l'analyse sur la question de savoir si les compétences d'un avocat étaient nécessaires pour l'exécution de la tâche assignée, plutôt que sur celle de savoir si des conseils juridiques avaient été demandés.

[241] Le Conseil fonde son argumentation sur un commentaire de la Cour suprême figurant au paragraphe 10 de l'arrêt *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574 selon lequel le secret professionnel de l'avocat s'applique à « toutes les communications entre un client et son avocat lorsque ce dernier donne des conseils juridiques ou agit, d'une autre manière, en qualité d'avocat » (non souligné dans l'original). Il s'agit d'un commentaire que la Cour a fait dans l'introduction de son analyse.

[242] La question précise que devait trancher la Cour suprême dans l'arrêt *Blood Tribe* était celle de savoir si le Commissaire à la protection de la vie privée pouvait obtenir l'accès à des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat. La confidentialité des documents n'était pas contestée. Le commentaire d'introduction était donc superflu.

[243] Par ailleurs, je me demande si la Cour suprême, lorsqu'elle a ajouté « ou agit, d'une autre manière, en qualité d'avocat » ne faisait pas plutôt maladroitement allusion à un autre privilège, celui de la poursuite. Ce privilège offre aux avocats ayant un mandat de poursuite une certaine marge de confidentialité. Fait à noter, certaines des décisions citées dans le même paragraphe

privilege or, indeed, a different concept, professional secrecy under Quebec civil law. None of the cases cited support the proposition that solicitor-client privilege includes situations where a lawyer is “otherwise acting as a lawyer”.

[244] Outside of this infelicitously worded introduction in *Blood Tribe*, the Supreme Court has never considered “otherwise acting as a lawyer” to be enough for solicitor-client privilege to apply. Indeed, that would be contrary to its own authorities that the privilege is not triggered just because a lawyer is involved, and many other authorities to the effect that the activities of lawyers doing things typically done by lawyers are not necessarily privileged: *Pritchard*, above, at paragraphs 19–20; *Campbell*, above, at paragraph 50; authorities cited above, at paragraphs 224–232.

[245] Have decades of well-accepted jurisprudence in the law of solicitor-client privilege suddenly been swept aside by a sidewind—a fleeting, introductory comment in *Blood Tribe*? I think not.

[246] In my view, it is not open to us to pluck the words “otherwise acting as a lawyer” from the introductory part of the Supreme Court’s reasoning in *Blood Tribe*, reify them to the level of a general principle, and then, contrary to authority, apply that principle to impose secrecy over an information gathering report that formed the basis of a public administrative decision.

- (7) An assertion of privilege beyond its proper purposes

[247] Not only is the extension of solicitor-client privilege proffered by the Council inconsistent with the case law that binds this Court, it also takes solicitor-client privilege beyond its proper purposes.

portent principalement sur le privilège de la poursuite ou, en fait, sur une notion différente, celle du secret professionnel aux termes du droit civil québécois. Aucune des décisions citées n’appuie l’idée que le privilège du secret professionnel s’applique notamment dans les situations où un avocat « agit, d’une autre manière, en qualité d’avocat ».

[244] Mise à part l’introduction maladroitement formulée dans l’arrêt *Blood Tribe*, la Cour suprême n’a jamais envisagé que le fait d’agir d’une autre manière en qualité d’avocat soit suffisant pour que le secret professionnel de l’avocat s’applique. En effet, cela serait contraire à ses propres décisions selon lesquelles le privilège n’existe pas du seul fait qu’un avocat participe au processus, ainsi qu’à de nombreux autres éléments de jurisprudence selon lesquels les activités d’avocats faisant des choses que font habituellement les avocats ne sont pas nécessairement confidentielles : arrêt *Pritchard*, précité, aux paragraphes 19 et 20; arrêt *Campbell*, précité, au paragraphe 50; jurisprudence citée ci-dessus, aux paragraphes 224 à 232.

[245] Est-ce que des décennies de jurisprudence bien admise concernant les règles de droit applicables au secret professionnel de l’avocat ont soudainement été balayées par un vent latéral — un commentaire d’introduction fait au passage dans l’arrêt *Blood Tribe*? Je ne le crois pas.

[246] À mon avis, il ne nous appartient pas d’extraire l’expression « agit, d’une autre manière, en qualité d’avocat » de l’introduction du raisonnement de la Cour suprême dans l’arrêt *Blood Tribe*, de l’ériger en principe général, puis, de façon contraire à la jurisprudence, d’appliquer ce principe pour imposer la confidentialité d’un rapport d’enquête sur lequel est fondée une décision relevant de l’administration publique.

- 7) L’affirmation d’un privilège allant au-delà de l’objectif visé par le privilège

[247] L’extension du secret professionnel de l’avocat proposée par le Conseil ne va pas seulement à l’encontre de la jurisprudence que doit appliquer la Cour. Elle porte également le privilège au-delà des fins qu’il sert.

[248] As my colleague Justice Evans suggests in paragraphs 65 and 66 above, the privilege exists to allow the seeking of legal advice and the full and frank disclosure of information necessary for that advice.

[249] Without the privilege, people may not reveal necessary information to their lawyer, impairing proper understanding of their legal rights. All persons, whether natural, corporate, or governmental, must have access to expert legal counsel without fear that this recourse may be used to their detriment: *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, at paragraph 46; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, at page 289. This is a basic democratic right.

[250] The Supreme Court has characterized this purpose as protecting and promoting the seeking of *legal advice*: *Solosky*, above, at pages 834–835; *Descôteaux et al.*, above, at page 871; *Campbell*, above, at paragraph 49; *Pritchard*, above, at paragraph 14; *Blood Tribe*, above, at paragraph 9. Provided legal advice or practical advice drawing upon knowledge of legalities is sought, all communications within the relationship, even mundane administrative matters in the relationship, can conceivably fall within its scope. As Lamer J. (as he then was) in *Descôteaux et al.*, above, stated (at pages 892–893):

In summary, a lawyer's client is entitled to have all communications made with a view to obtaining legal advice kept confidential. Whether communications are made to the lawyer himself or to employees, and whether they deal with matters of an administrative nature such as financial means or with the actual nature of the legal problem, all information which a person must provide in order to obtain legal advice and which is given in confidence for that purpose enjoys the privileges attached to confidentiality. This confidentiality attaches to all communications made within the framework of the solicitor-client relationship, which arises as soon as the potential client takes the first steps, and consequently even before the formal retainer is established. [Emphasis added.]

See also Adriane Keane, James Griffiths and Paul McKeown, *The Modern Law of Evidence*, 8th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2010), at page 607.

[248] Comme mon collègue le juge Evans le laisse entendre aux paragraphes 65 et 66 de ses motifs, le privilège sert à permettre l'obtention de conseils juridiques et la divulgation franche de tous les renseignements nécessaires pour la prestation de ces conseils.

[249] Si le privilège n'existait pas, les gens ne révéleraient peut-être pas à leur avocat tous les renseignements dont il a besoin, ce qui les empêcherait de bien comprendre leurs droits. Toute personne, qu'il s'agisse d'un particulier, d'une société ou d'un gouvernement, doit pouvoir accéder à l'expertise d'un conseiller juridique sans avoir à craindre que ce recours lui fasse du tort : *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, au paragraphe 46; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, à la page 289. Il s'agit d'un droit démocratique fondamental.

[250] La Cour suprême a dit de l'objectif du secret professionnel de l'avocat qu'il consistait à protéger et à promouvoir l'obtention de conseils juridiques : arrêts *Solosky*, aux pages 834 et 835; *Descôteaux et autre*, à la page 871; *Campbell*, au paragraphe 49; *Pritchard*, au paragraphe 14; *Blood Tribe*, au paragraphe 9, précités. Si des conseils juridiques ou pratiques fondés sur la connaissance du droit sont demandés, toutes les communications s'inscrivant dans le cadre de la relation, même lorsqu'il s'agit de questions administratives sans importance, peuvent être incluses. Le juge Lamer (qui n'était pas encore juge en chef à l'époque) a dit ce qui suit dans l'arrêt *Descôteaux et autre*, précité (aux pages 892 et 893) :

En résumé, le client d'un avocat a droit au respect de la confidentialité de toutes les communications faites dans le but d'obtenir un avis juridique. Qu'ils soient communiqués à l'avocat lui-même ou à des employés, qu'ils portent sur des matières de nature administrative comme la situation financière ou sur la nature même du problème juridique, tous les renseignements que doit fournir une personne en vue d'obtenir un avis juridique et qui sont donnés en confidence à cette fin jouissent du privilège de confidentialité. Ce droit à la confidentialité s'attache à toutes les communications faites dans le cadre de la relation client-avocat, laquelle prend naissance dès les premières démarches du client virtuel, donc avant même la formation du mandat formel. [Non souligné dans l'original.]

Voir également Adriane Keane, James Griffiths et Paul McKeown, *The Modern Law of Evidence*, 8<sup>e</sup> éd. (Oxford : Oxford University Press, 2010), à la page 607.

Legal advice, liberally construed, is the gist of the privilege.

[251] Protecting factual information from disclosure where no legal advice of any kind has been sought—indeed where, as here, the instructions are *not* to give advice of any kind—does not further the purposes of privilege. This is especially so where the disclosure of factual information reveals nothing about legalities or legal views held by the author. What possible interests, other than secrecy for secrecy's sake, are being served here? We are far from the realm of clients needing secrecy so that they may speak candidly to their lawyers and obtain necessary legal advice. To the extent confidentiality interests exist here, they relate to the claim of public interest privilege, not solicitor-client privilege.

[252] For the foregoing reasons, I conclude that the Friedland Report is not covered by solicitor-client privilege. But even if it were, the privilege has been waived.

(8) If the privilege exists, it was waived

[253] Professor Friedland was retained to gather information, nothing more, and to report that information to Chief Justice Scott for his screening decision. In the circumstances, the Friedland Report was Chief Justice Scott's main source of factual information. In the public decision letter dismissing the complaint, some of the content of the Friedland Report and the facts recounted in it were disclosed. Further, the report has found its way into the hands of a third party without explanation. These two things have worked a waiver of any privilege that might have attached to the Friedland Report.

[254] First, the Council waived any privilege by voluntarily giving the Friedland Report to a third party.

La consultation juridique, au sens large, est le principal objet du privilège.

[251] La protection de renseignements factuels contre la divulgation dans le cas où aucun conseil juridique, de quelque nature que ce soit, n'a été demandé — et dans le cas, en fait, où, comme en l'espèce, l'avocat a reçu pour directive de ne pas fournir quelque conseil que ce soit — ne sert pas les fins du privilège. C'est particulièrement vrai lorsque la divulgation des renseignements concernant les faits ne révèle rien au sujet du droit ou sur les points de vue sur le droit adoptés par l'auteur. Mis à part le fait de garder le secret comme si cela était une fin en soi, quels sont les intérêts qui peuvent être servis en l'espèce? Nous sommes loin de la situation où le client a besoin de la confidentialité pour pouvoir parler sincèrement avec son avocat et obtenir l'avis juridique dont il a besoin. Dans la mesure où un enjeu relatif à la confidentialité existe en l'espèce, celui-ci a trait au privilège d'intérêt public, et non au secret professionnel de l'avocat.

[252] Pour tous ces motifs, je conclus que le rapport Friedland n'est pas protégé par le secret professionnel de l'avocat. Même s'il l'était, le Conseil a renoncé au privilège.

8) Si le privilège existe, le Conseil y a renoncé

[253] Le professeur Friedland a été chargé de recueillir des renseignements, et rien de plus, et il devait transmettre ces renseignements au juge en chef Scott pour lui permettre de rendre une décision concernant le traitement de la plainte. Dans les circonstances, le rapport Friedland était la principale source de renseignements du juge en chef Scott sur les faits. Une partie du contenu du rapport Friedland et des faits qui y sont consignés a été divulguée dans une lettre de décision publique indiquant le rejet de la plainte. En outre, le rapport s'est retrouvé entre les mains d'une tierce partie sans aucune raison. Ces deux choses constituent une renonciation à tout privilège dont le rapport Friedland aurait pu faire l'objet.

[254] Premièrement, le Conseil a renoncé à tout privilège en remettant volontairement le rapport Friedland à une tierce partie.

[255] In her reasons, reproduced at paragraph 50 of Justice Evans' reasons, the Prothonotary found that a copy of the Friedland Report had found its way into the hands of the Law Society of Upper Canada and the Deputy Attorney General of Ontario.

[256] Voluntarily giving a document to third parties is an "obvious scenario" of waiver, because confidentiality, the prerequisite to the maintenance of privilege, has been lost: Alan W. Bryant, Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2009), at page 957; C. Tapper, *Cross and Tapper on Evidence*, 11th ed. (New York: Oxford University Press, 2007), at page 472; Hodge M. Malek, Q.C. editor, *Phipson on Evidence*, 17th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2010), at page 645. If a client receives a letter in confidence from the solicitor and forwards it to third parties, privilege in it is lost absent a "joint" or "common" interest between the client and the third parties. See Bryant *et al.*, at pages 927–928.

[257] In this case, the Prothonotary found that a common interest existed between the Council and the Law Society, namely, an interest in investigating complaints of misconduct. Consequently, in her view, giving the report to the Law Society did not waive the privilege. This is a finding of mixed fact and law suffused by facts that cannot be set aside absent palpable and overriding error. None has been demonstrated.

[258] However, the Prothonotary did not make any finding of common interest concerning the arrival of the Friedland Report into the hands of the Deputy Attorney General. At the time this happened, the Attorney General was retaining Mr. Slansky in some cases to prosecute charges under provincial labour legislation. In short, the Friedland Report has been transmitted to one of Mr. Slansky's clients.

[259] This loss of confidentiality over the Friedland Report calls for explanation, but none has been given by the Council, upon whom the burden of establishing privilege rests. For example, the Council has not offered

[255] Dans ses motifs, reproduits au paragraphe 50 des motifs du juge Evans, la protonotaire a déclaré qu'une copie du rapport Friedland s'était retrouvée entre les mains de représentants du Barreau du Haut-Canada et du sous-procureur général de l'Ontario.

[256] Lorsqu'un document est remis à une tierce partie, il s'agit évidemment d'une situation où il y a renonciation au privilège visant le document, puisque la confidentialité, condition préalable au maintien du privilège, est enfreinte : Alan W. Bryant, Sidney N. Lederman et Michelle K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 3<sup>e</sup> éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2009), à la page 957; C. Tapper, *Cross and Tapper on Evidence*, 11<sup>e</sup> éd. (New York : Oxford University Press, 2007), à la page 472; Hodge M. Malek, c.r. (dir.), *Phipson on Evidence*, 17<sup>e</sup> éd. (Londres : Sweet & Maxwell, 2010), à la page 645. Si un client reçoit une lettre confidentielle d'un avocat et la transmet à une tierce partie, le privilège est perdu en l'absence d'un intérêt « conjoint » ou « commun » entre le client et la tierce partie. Voir Bryant *et al.*, aux pages 927 et 928.

[257] En l'espèce, la protonotaire a conclu que le Conseil et le Barreau avaient un intérêt commun à l'égard de l'enquête sur les plaintes d'inconduite. Par conséquent, le fait que le rapport ait été remis au Barreau ne constitue pas une renonciation au privilège. Il s'agit d'une conclusion de fait et de droit appuyée sur des faits amplement suffisants et qui ne peut être annulée si une erreur concrète et déterminante n'a pas été commise. La preuve de l'existence d'une telle erreur n'a pas été faite.

[258] La protonotaire n'a toutefois tiré aucune conclusion relative à l'intérêt commun en ce qui concerne le fait que le rapport Friedland ait abouti entre les mains du sous-procureur général. À l'époque, le procureur général avait chargé M<sup>e</sup> Slansky de certaines poursuites dans le cadre des lois sur le travail de la province. Bref, le rapport Friedland a été transmis à un client de M<sup>e</sup> Slansky.

[259] La violation de la confidentialité dont a fait l'objet le rapport Friedland doit être expliquée, mais le Conseil, à qui il incombe d'établir l'existence du privilège, n'a donné aucune explication. Il n'a par exemple



evidence showing the transmission of the Friedland Report was unauthorized or that it is trying to recover the document. It has not offered evidence establishing some common interest between it and the Deputy Attorney General. To the extent there was ever any privilege over the Friedland Report, it has been lost.

[260] Second, in its decision letter, the Council has disclosed some of the facts set out in the Friedland Report, but not all. For example, it describes some of the contents of the witness interviews described in the Friedland Report, but not all of the contents.

[261] A party cannot disclose part of the content of a privileged document and unfairly withhold the rest of it: David M. Paciocco and Lee Stuesser, *The Law of Evidence*, 6th ed. (Toronto: Irwin Law, 2011), at page 220. Privilege is not a swinging door, open when there is information to communicate, but slammed shut when information is sought. See, e.g., *Bone v. Person*, 2000 CanLII 26955, 185 D.L.R. (4th) 335 (Man. C.A.), at paragraph 14; *Ranger v. Penterman*, 2011 ONCA 412, 342 D.L.R. (4th) 690, at paragraph 16. A party may not cherry-pick privileged communications, disclosing what is helpful to it and withholding the rest: *Guelph (City) v. Super Blue Box Recycling Corp.*, 2004 CanLII 34954, 2 C.P.C. (6th) 276 (Ont. S.C.J.), at paragraph 78.

[262] The Council should not be permitted to disclose bits of information in the Friedland Report that support its decision, but withhold the rest of it. In the interests of fairness and consistency, the Council should be taken to have waived whatever privilege might have existed over all of the Friedland Report.

#### (9) Severance

[263] Even if Professor Friedland's task included providing legal advice, and even if the Council did not waive any privilege which existed, the Friedland Report should be included in the record of the Court, with any privileged portions severed.

présenté aucune preuve du fait que la transmission du rapport Friedland n'avait pas été autorisée ou qu'il tente de récupérer le document. Il n'a présenté aucune preuve établissant un intérêt commun entre le sous-procureur général et lui. Si le rapport Friedland a déjà fait l'objet d'un privilège, celui-ci a été perdu.

[260] Deuxièmement, dans sa lettre de décision, le Conseil divulgue certains des faits décrits dans le rapport Friedland, mais pas tous. Il fait par exemple état d'une partie du contenu des entrevues avec les témoins décrites dans le rapport Friedland, mais pas de tout leur contenu.

[261] Une partie ne peut divulguer partiellement le contenu d'un document confidentiel et préserver indûment la confidentialité du reste du document : David M. Paciocco et Lee Stuesser, *The Law of Evidence*, 6<sup>e</sup> éd. (Toronto : Irwin Law, 2011), à la page 220. Le privilège n'est pas une porte tournante qui serait ouverte lorsqu'il y a des renseignements à communiquer, mais solidement fermée lorsqu'on en demande. Voir par exemple, *Bone v. Person*, 2000 CanLII 26955, 185 D.L.R. (4th) 335 (C.A. Man.), au paragraphe 14; *Ranger v. Penterman*, 2011 ONCA 412, 342 D.L.R. (4th) 690, au paragraphe 16. Une partie ne peut choisir les communications qui demeureront confidentielles, en divulguant ce qui lui est utile et en préservant la confidentialité du reste : *Guelph (City) v. Super Blue Box Recycling Corp.*, 2004 CanLII 34954, 2 C.P.C. (6th) 276 (C.S.J. Ont.), au paragraphe 78.

[262] Le Conseil ne devrait pas être autorisé à divulguer certains éléments d'information contenus dans le rapport Friedland pour appuyer cette décision, mais à préserver la confidentialité du reste du rapport. Par souci d'équité et de cohérence, il faudrait considérer que le Conseil a renoncé à tout privilège dont le rapport Friedland a pu faire l'objet.

#### 9) Prélèvement

[263] Même si la tâche confiée au professeur Friedland incluait la prestation de conseils juridiques, et même si le Conseil n'a pas renoncé à tout privilège existant, le rapport Friedland devrait être versé au dossier de la Cour, après que toute partie confidentielle en aura été prélevée.

[264] At paragraph 112 of his reasons, my colleague, Justice Evans, states that courts may not “sever findings of fact made in an investigative report covered by solicitor-client privilege when they form the basis of, and are inextricably linked to, the legal advice provided.” He concludes (at paragraph 113) that in this case disclosing the factual portions of the report would “erode the confidentiality on which the lawyer-client relationship fundamentally rests.”

[265] With respect, I disagree.

[266] First, severance is possible, legally speaking. This Court has held that privileged statements can be severed from non-privileged statements: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 FCA 104, 360 D.L.R. (4th) 176 (in the context of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1).

[267] Second, severance is possible, practically speaking. The factual portions are not linked inextricably to the gratuitous recommendations and analyses contained in the report. Nor are the factual portions recounted by the client, let alone recounted for the purpose of legal advice. The Prothonotary so found (at paragraph 30):

... it is possible to sever the “fact-gathering” investigative work product prepared by “Counsel”... These facts are separate and distinct from the advice given on legal issues that is privileged.

This finding, mainly one of fact, should be respected: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401.

[268] Third, whether severing facts from legal advice would, as my colleague says, “erode the confidentiality on which the lawyer-client relationship fundamentally rests”, depends on the context. If a lawyer recites facts provided by a client, privilege likely applies. Protecting those facts advances the purpose of solicitor-client privilege—enabling clients to speak candidly to their

[264] Au paragraphe 112 de ses motifs, mon collègue le juge Evans affirme que les tribunaux ne peuvent procéder au « prélèvement des constatations de faits contenues dans un rapport d’enquête protégé par le secret professionnel de l’avocat lorsque celles-ci sont le fondement des conseils juridiques fournis et y sont inextricablement liées ». Il conclut (au paragraphe 113) que la divulgation en l’espèce des parties du rapport portant sur les faits viendrait « éroder la confidentialité dont la relation entre un avocat et son client est fondamentalement tributaire ».

[265] En toute déférence, je ne suis pas d’accord.

[266] Premièrement, le prélèvement est possible en droit. La Cour a affirmé que des déclarations confidentielles peuvent être séparées de déclarations non confidentielles : *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CAF 104 (dans le contexte de la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. (1985), ch. A-1).

[267] Deuxièmement, le prélèvement est concrètement possible. Les parties portant sur les faits ne sont pas inextricablement liées aux recommandations et analyses présentées par le professeur Friedland dans le rapport sans qu’on lui ait demandé de le faire. Elles n’ont pas été fournies non plus par le client, et cela particulièrement dans le but d’obtenir des conseils juridiques. C’est ce que la protonotaire a conclu (au paragraphe 30) :

[...] il est possible de prélever les faits recueillis par « l’avocat » dans le cadre de son travail d’enquête [...] Ces faits sont distincts des avis donnés sur des questions juridiques protégées par un privilège.

Cette conclusion, qui est principalement fondée sur les faits, devrait être respectée : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401.

[268] Troisièmement, la possibilité que la séparation des faits et des conseils juridiques vienne, comme mon collègue le dit, « éroder la confidentialité dont la relation entre un avocat et son client est fondamentalement tributaire » n’existe pas dans tous les contextes. Si un avocat dresse la liste des faits communiqués par un client, le privilège s’applique probablement. La

lawyers. On the other hand, if the lawyer acts more like a conduit for information flowing from third parties, privilege does not apply, and the underlying information can be severed: see, e.g., *College of Physicians of B.C.*, above, at paragraphs 60–69 (lawyer’s summary of the oral opinions of two experts severed from legal advice based on those opinions).

[269] Fourth, severance—the redaction of isolated, privileged material—plays a regular and important role in Canadian litigation. Justice Corbett aptly described this role in *Guelph (City)*, above, at paragraph 119:

The practice of “redacting” documents has been in wide use in commercial litigation in Ontario for at least two decades. It follows a practice developed in American jurisdictions to balance the goals of full disclosure and protection of privilege. It is very common for documents that are otherwise producible to contain a portion that deals with receipt of legal advice on the topic at hand. For example, the minutes of a board meeting might contain twelve business items, one of which concerned receipt of legal advice pertaining to litigation. An “all or nothing” approach to disclosure would see the document entirely produced (thus breaching solicitor client privilege in respect to the advice given concerning the litigation), or entirely suppressed (depriving the opposing party with the record of the balance of the document). The proper solution is to produce the portion of the document that is not privileged, delete the portion that is privileged, and show the deletion on the face of the document to alert the opposing party that privileged material has been removed. [Footnote omitted.]

See also *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, above, where this Court redacted three paragraphs out of seventeen, albeit under legislation which contemplated redaction. See also *Southern Railway of British Columbia Ltd. v. Canada (Deputy Minister of National Revenue)*, 1991 CanLII 2083, [1991] 1 C.T.C. 432 (B.C.S.C.); *PSC Industrial Services Canada Inc. v. Thunder Bay (City)*, 2006 CanLII 7029 (Ont. S.C.J.); *B.C. Securities Commission v. BDS and*

protection de ces faits vise l’objectif du secret professionnel de l’avocat : permettre au client de s’exprimer sincèrement devant son avocat. Si l’avocat relaie par contre l’information provenant de tierces parties, le privilège ne s’applique pas, et les renseignements d’origine peuvent être prélevés : voir par exemple l’arrêt *College of Physicians of B.C.*, précité, aux paragraphes 60 à 69 (résumé par l’avocat des opinions présentées verbalement par deux experts qui était séparé des conseils juridiques donnés à partir de ces opinions).

[269] Quatrièmement, le prélèvement — le retranchement de parties de documents confidentiels circonscrites — joue régulièrement un rôle important dans le cadre des procédures judiciaires au Canada. Le juge Corbett a bien décrit ce rôle dans la décision *Guelph (City)*, précitée, au paragraphe 119 :

[TRADUCTION] La pratique consistant à « caviarder » des parties de document est courante en droit commercial en Ontario depuis au moins 20 ans. Elle est calquée sur une façon de faire mise au point aux États-Unis dans le but de trouver un équilibre entre les objectifs de la divulgation complète et de la protection de la confidentialité. Il arrive très souvent que des documents qui pourraient autrement être produits contiennent une section portant sur la réception de conseils juridiques concernant le sujet abordé. À titre d’exemple, le procès-verbal d’une réunion d’un conseil d’administration peut contenir 12 points à l’ordre du jour dont un qui porte sur la réception de conseils juridiques concernant un litige. Si la divulgation devait se faire sur le mode « tout ou rien », soit le document intégral serait produit (ce qui irait à l’encontre du secret professionnel de l’avocat à l’égard des conseils donnés concernant le litige) soit il ne le serait pas du tout (ce qui priverait l’autre partie de l’accès au reste du document). La meilleure solution consiste à produire les parties du document qui ne sont confidentielles, à en supprimer les parties confidentielles et à indiquer que des éléments ont été supprimés à la face même du document, afin d’avertir la partie adverse que les renseignements confidentiels ont été retranchés. [Note en bas de page omise.]

Voir l’arrêt *Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, précité, où la Cour a retranché trois paragraphes sur dix-sept, quoiqu’en vertu de lois portant sur cette pratique. Voir également la décision *Southern Railway of British Columbia Ltd. v. Canada (Deputy Minister of National Revenue)*, 1991 CanLII 2083, [1991] 1 C.T.C. 432 (C. supr. C.-B.); *PSC Industrial Services Canada Inc. v. Thunder Bay (City)*, 2006 CanLII 7029 (C.S.J. Ont.); *B.C. Securities Commission v. BDS and*

*CWM*, 2002 BCSC 664, at paragraph 15; *1225145 Ontario Inc. v. Kelly*, 2006 CanLII 19425, 27 C.P.C. (6th) 227 (Ont. S.C.J.).

(10) Conclusion on solicitor-client privilege

[270] For the foregoing reasons, I reject the Council's claim of solicitor-client privilege over the Friedland Report.

C. Public interest privilege

[271] The Council submits that the Friedland Report is protected by public interest privilege. For the reasons that follow, I cannot accept this submission.

[272] Public interest privilege is designed to protect against the disclosure of a document where the public interest in confidentiality predominates. But, as we shall see, confidentiality can be accommodated in ways short of total secrecy from all. As a precursor to this discussion, it is useful to review some preliminary matters governing the rule 318 motion before us.

(1) Preliminary matters

[273] This is an appeal from the Federal Court's disposition of a motion brought under rule 318, challenging the Council's refusal to produce the Friedland Report to Mr. Slansky so it can be included in the record before the reviewing court. Rule 318 relates directly to the content of the record before the reviewing court.

[274] The reviewing court, not the administrative tribunal being reviewed, decides the content of the record before the court. On this question, the court is not reviewing the administrative tribunal's decision about what to produce. In other words, analytically, it is not asking itself whether the Council's decision not to produce certain material falls within a range of acceptability and defensibility, deferring to its assessments. Instead, it is

*CWM*, 2002 BCSC 664, au paragraphe 15; *1225145 Ontario Inc. v. Kelly*, 2006 CanLII 19425, 27 C.P.C. (6th) 227 (C.S.J. Ont.).

10) Conclusion concernant le secret professionnel de l'avocat

[270] Pour tous ces motifs, je rejette l'argument du Conseil selon lequel le rapport Friedland est protégé par le secret professionnel de l'avocat.

C. Privilège d'intérêt public

[271] Le Conseil affirme que le rapport Friedland est protégé par un privilège d'intérêt public. Pour les motifs qui suivent, je rejette cette affirmation.

[272] Le privilège d'intérêt public sert à protéger un document contre la divulgation lorsque la confidentialité du document sert davantage l'intérêt public que sa divulgation. Toutefois, comme nous allons le voir, il peut y avoir confidentialité sans que le document soit entièrement secret pour tous. Pour mettre l'analyse en contexte, il est utile d'examiner certaines questions préliminaires régissant le traitement de la requête qui nous est présentée en vertu de la règle 318.

1) Questions préliminaires

[273] La Cour est saisie d'un appel de la décision rendue par la Cour fédérale à l'égard d'une requête présentée en vertu de la règle 318 pour contester le refus du Conseil de remettre le rapport Friedland à M<sup>e</sup> Slansky pour qu'il puisse être versé au dossier de la cour de révision. La règle 318 porte directement sur le contenu du dossier devant la cour de révision.

[274] C'est la cour de révision, et non le tribunal administratif dont la décision fait l'objet du contrôle, qui décide du contenu du dossier qui lui est soumis. À cet égard, la cour ne contrôle pas la décision du tribunal administratif touchant ce qui est produit. Autrement dit, sur le plan analytique, elle ne se demande pas si la décision du Conseil de ne pas produire certains documents relève de ce qui est acceptable et justifiable, et elle s'en remet au

considering what evidence should be before it when it determines the judicial review. The reviewing court is to apply its own standards and evaluate the evidence filed before it on the motion, not defer to the Council's view.

[275] Turning to the applicable Rules, rule 317 allows a party to request material from a tribunal relevant to the application for judicial review. The requesting party is entitled to be sent everything that was before the decision maker (and that the applicant does not have in its possession) at the time the decision at issue was made: *Access Information Agency Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2007 FCA 224, at paragraph 7; *1185740 Ontario Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue)*, 1999 CanLII 8774, 247 N.R. 287 (F.C.A.). Put another way,

... in order to effectively pursue their rights to challenge administrative decisions from a reasonableness perspective, the applicants in judicial review proceedings must be entitled to have the reviewing court consider the evidence presented to the tribunal in question.

(*Hartwig v. Commission of Inquiry into matters relating to the death of Neil Stonechild*, 2007 SKCA 74 (CanLII), 284 D.L.R. (4th) 268, at paragraph 24.)

[276] This passage recognizes the relationship between the record before the reviewing court and the reviewing court's ability to review what the tribunal has done. If the reviewing court does not have evidence of what the tribunal has done or relied upon, the reviewing court may not be able to detect reversible error on the part of the tribunal. In other words, an inadequate evidentiary record before the reviewing court can immunize the tribunal from review on certain grounds.

[277] Rule 318 requires the tribunal to produce this material to the requesting party and to the Registry unless the tribunal objects to disclosure and the Court upholds this objection. Two legitimate grounds of objection are solicitor-client privilege and public interest privilege.

jugement du Conseil. La cour examine plutôt la question des éléments de preuve dont elle devrait disposer pour procéder au contrôle judiciaire. La cour de révision doit appliquer ses propres normes et apprécier les éléments de preuve qui lui ont été présentés relativement à la requête, et non s'en remettre au point de vue du Conseil.

[275] J'aborde maintenant les articles applicables des Règles. La règle 317 autorise une partie à demander à un tribunal de produire des documents pertinents quant à la demande de contrôle judiciaire. La partie demanderesse a le droit de demander que lui soit transmis tout ce qui était devant le décideur (et que la demanderesse n'a pas en sa possession) lorsque la décision en cause a été prise : *Access Information Agency Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 224, au paragraphe 7; *1185740 Ontario Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national)*, 1999 CanLII 8774 (C.A.F.). Autrement dit :

[TRADUCTION] [...] afin de pouvoir véritablement se prévaloir de manière raisonnable de leur droit de contester une décision administrative, les demandeurs dans le cadre de contrôles judiciaires doivent pouvoir demander à la cour de révision d'examiner les éléments de preuve présentés au tribunal en question.

(*Hartwig v. Commission of Inquiry into matters relating to the death of Neil Stonechild*, 2007 SKCA 74 (CanLII), 284 D.L.R. (4th) 268, au paragraphe 24.)

[276] Cet extrait établit l'existence d'un lien entre le dossier soumis à la cour de révision et la capacité de cette dernière d'examiner ce que le tribunal a fait. Si la cour de révision n'a pas devant elle le document montrant ce que le tribunal a fait ou sur quoi il s'est appuyé, elle peut ne pas être en mesure de détecter une erreur justifiant l'infirmité de sa décision. Autrement dit, l'insuffisance du dossier de preuve soumis à la cour de révision peut immuniser le tribunal contre le contrôle pour certains motifs.

[277] La règle 318 exige que le tribunal remette les documents en question à la partie demanderesse et au greffe, à moins qu'il ne s'oppose à la divulgation et que la Cour ne confirme son opposition. Le secret professionnel de l'avocat et un privilège d'intérêt public sont deux des motifs légitimes d'opposition.

[278] Viewed in isolation, rules 317 and 318 can work an injustice. There may be cases where an administrative decision maker based its decision on material over which there may be substantial confidentiality interests. As a result, under rule 318, a valid objection may lie against the applicant getting the material. Similarly, a valid objection may lie against the Registry, and thus, any member of the public on request, getting the material. If access to the material is denied, the material will never be placed before the reviewing court. As a result, some or all of the decision may be immunized from review—the concern expressed in *Hartwig*.

[279] But rules 317 and 318 do not sit in isolation. Rules 151 and 152 allow for material before the reviewing court to be sealed where well-established confidentiality interests outweigh the substantial public interest in openness: *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522. Further, under rule 53, terms can be attached to any order. Finally, there are plenary powers in the area of supervision of tribunals: *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, at paragraphs 35–38; *M.N.R. v. Derakhshani*, 2009 FCA 190, at paragraphs 10–11; *Canada (National Revenue) v. RBC Life Insurance Company*, 2013 FCA 50, at paragraphs 35–36.

[280] In my view, the interaction of these Rules and powers gives the court considerable remedial flexibility. On a rule 318 motion, in cases where the strict *Sierra Club* test for sealing is met, the court can do more than just uphold or reject the administrative decision-maker's objection to disclosure of the material that was before it. Among other things, the Court can order that the requesting party and the Registry receive the material with suitable deletions to respect confidentiality, and the reviewing court receive the original, unedited version of the material so it can meaningfully review the administrative decision.

[278] Pris isolément, les règles 317 et 318 peuvent créer une injustice. Il peut y avoir des cas où le décideur administratif fonde sa décision sur des documents dont l'une des parties a grand intérêt à ce qu'ils demeurent confidentiels. Il existe alors une objection valable, en vertu de la règle 318, au fait que le demandeur ait accès aux documents. De même, il peut y avoir une opposition valable au fait que le greffe obtienne les documents et donc que tout membre du public qui puisse faire une demande pour le consulter y ait accès. Toutefois, si l'accès aux documents est refusé, ceux-ci ne seront jamais soumis à la cour de révision. Par conséquent, certaines décisions, voire toutes, peuvent être mises à l'abri d'un contrôle — c'est la préoccupation soulevée dans l'arrêt *Hartwig*.

[279] Cependant, les règles 317 et 318 ne peuvent être pris isolément. Les règles 151 et 152 autorisent la mise sous scellés de documents présentés à la cour de révision dans le cas où des intérêts bien établis à l'égard de la confidentialité dépassent l'important intérêt public à l'égard de l'ouverture : *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522. En outre, la règle 53 prévoit que toute ordonnance peut être assortie de conditions. Enfin, la cour de révision possède de pleins pouvoirs dans le domaine de la surveillance des tribunaux : *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, aux paragraphes 35 à 38; *M.R.N. c. Derakhshani*, 2009 CAF 190, aux paragraphes 10 et 11; *Canada (Revenu national) c. Compagnie d'assurance vie RBC*, 2013 CAF 50, aux paragraphes 35 et 36.

[280] À mes yeux, l'interaction entre ces articles des Règles et ces pouvoirs offre à la Cour une marge de manœuvre considérable en matière de réparation. Lorsqu'elle est saisie d'une requête en vertu de la règle 318, si le critère strict de l'arrêt *Sierra Club* relativement à la confidentialité est respecté, la Cour n'est pas limitée à la confirmation ou au rejet de l'opposition du décideur administratif concernant la divulgation de documents qui lui avaient été présentés. La Cour peut entre autres ordonner que la partie demanderesse et le greffe reçoivent les documents expurgés des parties confidentielles et que la cour de révision reçoive la version originale sans suppression, pour qu'elle puisse procéder à un véritable contrôle de la décision administrative.

[281] Where sealing orders are warranted under the strict *Sierra Club* test, they can come in all shapes and sizes, limited only by the creativity and imagination of counsel and courts. They can be tailored to meet the exact needs of each case: see, for example, the creative and detailed sealing order made in *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 2002 BCSC 1509, 8 B.C.L.R. (4th) 281.

[282] This sort of remedial flexibility is useful in reconciling confidentiality interests against the need for meaningful review of decisions. In some cases, valid reasons against allowing the Registry (and, thus, the public) access to the material may exist, but no such reasons may exist against the applicant or the Court. In other cases, valid reasons may exist against allowing the Registry and the applicant access, but not against the Court. It depends on the evidence placed before the Court.

[283] Therefore, in my view, where, as here, a court is faced with a motion under rule 318, it should keep front of mind the remedial flexibility it has. It should make an order that allows for necessary protection of confidentiality interests but meaningful review of administrative action. This principle governs my approach in this case.

(2) An exception to disclosure: public interest privilege

[284] One recognized ground of objection under rule 318 is public interest privilege, namely where including a document in the judicial review record “would interfere with the public interest”: *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, at pages 670–671. In assessing the existence of this privilege, the Court must balance the confidentiality interests at stake against the need for the document to be included in the judicial review record.

[281] Lorsqu’une ordonnance de mise sous scellés est justifiée aux termes du critère strict de *Sierra Club*, celle-ci peut prendre toutes sortes de formes, qui sont limitées seulement par la créativité et l’imagination des avocats et des juges. Les ordonnances peuvent être adaptées en fonction des besoins précis de chacune des décisions : voir par exemple l’ordonnance créative et détaillée rendue dans la décision *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 2002 BCSC 1509, 8 B.C.L.R. (4th) 281.

[282] Cette marge de manœuvre, pourrait-on dire, dans les réparations possibles est utile pour trouver un équilibre entre les intérêts à l’égard de la confidentialité et la nécessité de permettre un véritable contrôle des décisions. Il peut y avoir dans certains cas des raisons valables de refuser l’accès à des documents au greffe (et donc au public), mais sans qu’il y ait de raisons valables de le refuser au demandeur ou à la Cour. Dans d’autres cas, il peut y avoir des raisons valables de refuser l’accès au greffe et au demandeur, mais pas à la Cour. Cela dépend des éléments de preuve présentés à la Cour.

[283] Ainsi, à mon avis, dans les cas où, comme en l’espèce, la Cour est saisie d’une requête présentée en vertu de la règle 318, il convient de toujours garder à l’esprit la marge de manœuvre qui existe quant aux réparations. La Cour devrait rendre une ordonnance permettant la protection nécessaire des intérêts liés à la confidentialité, mais aussi un véritable contrôle de la décision administrative. Ma façon d’envisager la question est fondée sur ce principe.

2) Exception à la divulgation : le privilège d’intérêt public

[284] Un motif reconnu d’opposition aux termes de la règle 318 est le privilège d’intérêt public, c’est-à-dire le fait que l’inclusion d’un document dans le dossier du contrôle judiciaire « porte atteinte à l’intérêt public » : *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, aux pages 670 et 671. Pour établir l’existence de ce privilège, la Cour doit trouver un équilibre entre les intérêts à l’égard de la confidentialité et la nécessité que le document soit inclus dans le dossier de contrôle judiciaire.

[285] The latter concern—the needs of the administration of justice—deserves significant weight in the balancing. Public interest privilege should not become a shield used to repel judicial scrutiny of decisions that lack legality or are unreasonable: *Carey*, above, at page 673. It is often said that the secrecy afforded by the privilege is needed so that government institutions can function effectively. But sometimes including the document in the judicial review record is necessary for the same reason—courts need to vet an administrative decision to ensure the decision maker functioned properly.

[286] Sometimes a charge of misbehaviour by a governmental institution justifies disclosure. Put another way, “the course of justice must not be unnecessarily impeded by claims to secrecy”: *Sankey v. Whitlam* (1978), 21 A.L.R. 505 (H.C.), at pages 532–534, approved in *Carey*, above, at pages 664–665. As Lord Scarman asked in *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700 (H.L.), at page 733, “what is so important about secret government that it must be protected even at the price of injustice in our courts?”

[287] Accordingly, where upholding the privilege might cause injustice in the judicial review, only a strong interest in confidentiality, well established in the evidence, will suffice: *Carey*, above, at pages 653–654, 668, 671 and 673.

(3) Assessing the arguments in favour of public interest privilege

[288] In this case, a public administrative decision maker, the Council, has made a public decision under a statutory power. Specifically, Chief Justice Scott made the decision for the Council. The Council claims public interest privilege over a largely factual investigative report that it relied upon in making the decision under review. As a result, it says that the Federal Court judge reviewing the Council’s decision cannot see it.

[285] Un poids important doit être accordé à cette dernière préoccupation (les exigences de l’administration de la justice). Le privilège d’intérêt public ne devrait pas devenir un bouclier contre l’examen judiciaire de décisions non fondées en droit ou déraisonnables : arrêt *Carey*, précité, à la page 673. On dit souvent que le secret que permet le privilège est nécessaire au bon fonctionnement des organisations gouvernementales. Il arrive cependant parfois que l’inclusion du document dans le dossier de contrôle judiciaire soit nécessaire pour la même raison : les cours doivent vérifier les décisions administratives rendues par les décideurs pour s’assurer que ceux-ci font bien leur travail.

[286] Dans certains cas, une accusation d’inconduite portée par une organisation gouvernementale justifie la divulgation. Autrement dit, [TRADUCTION] « il faut que la justice puisse suivre son cours sans être indûment entravée par des revendications de confidentialité » : *Sankey v. Whitlam* (1978), 21 A.L.R. 505 (H.C.), aux pages 532 à 534, approuvé dans l’arrêt *Carey*, précité, aux pages 664 et 665. Comme lord Scarman le disait dans l’arrêt *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700 (H.L.), à la page 733, [TRADUCTION] « le secret en matière gouvernementale revêt-il une importance telle qu’il doit être protégé même au prix d’injustice devant nos tribunaux? »

[287] Ainsi, lorsque le respect du privilège est susceptible d’entraîner une injustice dans le cadre du contrôle judiciaire, seul un intérêt relatif à la confidentialité important et bien établi dans les éléments de preuve suffira : arrêt *Carey*, précité, aux pages 653 et 654, 668, 671 et 673.

3) Appréciation des arguments favorables au privilège d’intérêt public

[288] En l’espèce, un décideur administratif public, le Conseil, a rendu une décision publique en vertu des pouvoirs que lui confère la loi. Plus précisément, le juge en chef Scott a rendu la décision au nom du Conseil. Le Conseil invoque un privilège d’intérêt public concernant un rapport d’enquête en grande partie factuel sur lequel il s’est appuyé pour rendre la décision faisant l’objet du contrôle. Il affirme donc que le juge de la Cour fédérale chargé d’examiner sa décision ne peut consulter ce rapport.



[289] At the outset, one might wonder how the public interest might be hurt if, in addition to Chief Justice Scott, a Federal Court judge sitting in review also sees the Friedland Report. This question assumes greater urgency when one recognizes that the Law Society of Upper Canada and the Attorney General of Ontario have also seen the Friedland Report. And in this matter—Mr. Slansky’s motion to have the Friedland Report included in the judicial review record—the Prothonotary, the Federal Court Judge, and the judges on this panel of the Court have all seen the Friedland Report. In my view, the Council must demonstrate a strong interest in confidentiality, well established in the evidence, that explains why the Federal Court judge reviewing the Council’s decision cannot see it when so many others have already seen it.

[290] This, the Council has not done.

[291] The Council urges that if its claim of public interest privilege is rejected, serious consequences will follow. In his affidavit, Mr. Sabourin deposes that the Council needs to obtain “candid and reliable” information. Some will feel “vulnerable to the adverse opinions of the judge” or other court staff if they speak and their words become known. The judge might well have significant privacy interests over the information, such as “medical conditions, family situations, or a judge’s state of mind during the deliberative or decision-making process”. No further light is shed on these matters. As the Prothonotary, the fact-finder in this motion, observed at paragraph 36 of her reasons, the evidence offered by the Council is general, unparticularized and, to some extent, speculative.

[292] When considering evidence of this sort, we must follow the Supreme Court’s decision in *Carey*. There, the Supreme Court considered general, unparticularized evidence claiming that, without confidentiality, candour in Cabinet discussions would suffer, injuring policy

[289] On peut d’abord se demander en quoi l’intérêt public serait touché si, en plus du juge en chef Scott, un juge de la Cour fédérale procédant au contrôle de la décision consultait le rapport Friedland. Cette question devient plus pressante lorsqu’on prend connaissance du fait que le Barreau du Haut-Canada et le procureur général de l’Ontario ont eux aussi vu le rapport Friedland. Et dans le contexte de la requête de M<sup>e</sup> Slansky concernant le versement du rapport Friedland au dossier de contrôle judiciaire, la protonotaire, le juge de la Cour fédérale et les juges de la présente formation de la Cour ont tous vu le rapport Friedland. J’estime que le Conseil doit faire la preuve d’un intérêt important à l’égard de la confidentialité, qu’il soit bien établi par les éléments de preuve et qui explique pourquoi le juge de la Cour fédérale chargé de contrôler la décision du Conseil ne peut voir le rapport, alors que tant d’autres personnes l’ont déjà vu.

[290] Or, le Conseil ne l’a pas fait.

[291] Le Conseil affirme que des conséquences graves découleraient du rejet de son argument concernant le privilège d’intérêt public. Dans son affidavit, M<sup>e</sup> Sabourin dit que le Conseil doit pouvoir obtenir des renseignements [TRADUCTION] « sincères et fiables ». Certaines personnes se sentiraient [TRADUCTION] « vulnérables aux opinions négatives du juge » ou d’autres membres du personnel judiciaire si elles s’expriment et que leurs déclarations sont rendues publiques. Le juge pourrait très bien avoir des intérêts importants à l’égard de la confidentialité des renseignements, tenant par exemple [TRADUCTION] « à un problème de santé, à la situation familiale ou à l’état d’esprit du juge durant le processus de délibération ou de décision ». Aucune explication n’est donnée à l’égard de ces questions. Comme la protonotaire qui a procédé à la constatation des faits relativement à la présente requête le fait remarquer au paragraphe 36 de ses motifs, des éléments de preuve fournis par le Conseil sont de nature générale, indéfinie, et, dans une certaine mesure, hypothétique.

[292] Lorsque nous examinons des éléments de preuve de ce genre, nous devons suivre l’arrêt *Carey* de la Cour suprême. Dans cet arrêt, la Cour s’est penchée sur un témoignage de nature générale et indéfinie selon lequel l’absence de confidentialité empêcherait la tenue de

formulation and the public interest. Consistent with its view that claims of public interest privilege can only be founded upon strong confidentiality interests well established in the evidence, the Supreme Court found the evidence wanting. In its view, the party seeking to justify the withholding of a document needed in court proceedings must file evidence that is “as helpful as possible,” providing “as much detail as the nature of the subject matter [will] allow”: *Carey*, above, at page 654; see also, e.g., *Burmah Oil*, above. It added that high quality evidence matters even more where, as here, the party is “not a wholly detached observer of events”: *Burmah Oil*, above, at page 720.

[293] In *Carey*, the Supreme Court did not stop there. Before it were confidential Cabinet deliberations. Nevertheless, it scorned the idea that the need for candour, by itself, can justify withholding a document needed in court proceedings.

[294] It observed that it is “very easy to exaggerate [the] importance” of candour arguments, at page 657. It also observed that candour arguments have “received heavy battering in the courts”; indeed, they have been dismissed as being of “doubtful validity,” “grotesque,” and an “old fallacy”, at pages 657–670, citing *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.), at page 957; *Glasgow Corporation v. Central Land Board*, 1956 S.C. (H.L.) 1, at page 20; *Rogers v. Home Secretary*, [1973] A.C. 388 (H.L.), at page 413; *Burmah Oil*, above, at page 724; and *Sankey*, above.

[295] Turning to the Council’s assertion that judges and others have privacy interests deserving of protection, in some cases this is undoubtedly so. In Mr. Slansky’s complaint to the Council, he recognized that in the “early stages of any investigation, assurances of confidentiality may be necessary to obtain information”. It is

discussions franches au Cabinet, ce qui nuirait à l’élaboration de politiques et à l’intérêt public. Conformément à son point de vue selon lequel des revendications de privilège d’intérêt public ne peuvent être fondées que sur des intérêts relatifs à la confidentialité importants et bien établis par les éléments de preuve, la Cour suprême a conclu que la preuve était insuffisante. À son avis, la partie qui cherche à justifier la non-production d’un document nécessaire dans le cadre d’une procédure judiciaire doit présenter des éléments de preuve en étant « aussi coopérat[ive] que possible » et en fournissant « tous les détails qu’[elle peut] compte tenu de la nature du sujet traité » : arrêt *Carey*, précité, à la page 654; voir aussi par exemple l’arrêt *Burmah Oil*, précité. Cette décision précise que la présentation d’éléments de preuve de grande qualité est encore plus importante si, comme en l’espèce, la partie concernée n’est [TRADUCTION] « pas le témoin entièrement désintéressé d’événements » : arrêt *Burmah Oil*, précité, à la page 720.

[293] La Cour suprême est allée plus loin dans l’arrêt *Carey*. Elle disposait de délibérations confidentielles du Cabinet. Néanmoins, elle a rejeté l’idée que le besoin de franchise puisse justifier en soi la non-production de documents nécessaires dans le cadre de procédures judiciaires.

[294] La Cour a fait remarquer qu’« il est bien facile d’[...] exagérer l’importance » des arguments relatifs à la franchise, à la page 657. Elle a ajouté que ces arguments ont été « mi[s] à rude épreuve par les tribunaux »; en effet, ils ont été rejetés et qualifiés de [TRADUCTION] « douteu[x] », de « saugrenu » et d’« erreur tenace », aux pages 657 à 670, où la Cour cite *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.), à la page 957; *Glasgow Corporation v. Central Land Board*, 1956 S.C. (H.L.) 1, à la page 20; *Rogers v. Home Secretary*, [1973] A.C. 388 (H.L.), à la page 413; *Burmah Oil*, précité, à la page 724; et l’arrêt *Sankey*, précité.

[295] Quant à l’affirmation du Conseil selon laquelle les juges, entre autres, ont des intérêts relatifs au respect de leur vie privée qui doivent être protégés, c’est sans aucun doute le cas parfois. Dans la plainte qu’il a déposée devant le Conseil, M<sup>e</sup> Slansky reconnaît que [TRADUCTION] « au cours des premières étapes de toute

true that Professor Friedland interviewed certain witnesses, assuring them their confidentiality would be respected. With more particularity in the evidence, one might share the Council's concern that absent privacy protection, as a general matter people will be reluctant to cooperate and the Council's summary screening process will be impeded. But all of these concerns can be addressed in any judicial review proceeding, if necessary, by sealing sensitive information from the public, the other side, or both.

[296] Denying the reviewing court access to the information, however, overshoots the mark. As we shall see, there is a strong public interest in courts reviewing exercises of public power regardless of the sensitivities involved. With the help of sealing orders in appropriate cases, the public interest in reviewing exercises of public power can be vindicated with no effect on privacy interests or the Council's summary screening procedure.

[297] The sorts of confidentiality concerns raised by the Council also exist in the case of other professionals whose conduct is scrutinized by disciplinary bodies. Doctors, engineers, lawyers, architects and teachers also have privacy concerns and their colleagues may well be reluctant to speak without assurances of confidentiality. But courts review the decisions of these disciplinary bodies with the benefit of all of the confidential and sensitive material before them, protected, when necessary, by a sealing order. Why should a court reviewing the decisions of the Council be any different?

[298] The Council also raises the principle of judicial independence in support of its privilege claim—an

enquête, des garanties de confidentialité peuvent être nécessaires pour obtenir des renseignements ». Il est vrai que le professeur Friedland a interrogé certains témoins en leur assurant que leurs réponses demeuraient confidentielles. Si les éléments de preuve présentés étaient plus précis, on pourrait partager la préoccupation du Conseil tenant au fait qu'en règle générale, en l'absence de protection de la confidentialité, les gens seront plus réticents à collaborer, et le processus de traitement sommaire des plaintes du Conseil sera entravé. Toutes ces préoccupations peuvent cependant être examinées dans le cadre de toute procédure de contrôle judiciaire, au besoin, en empêchant l'accès du public, de l'autre partie ou des deux aux renseignements de nature délicate.

[296] Empêcher la cour de révision d'accéder à ces renseignements va cependant plus loin que le but recherché. Comme nous allons le voir, il y a un important intérêt public à l'égard du fait que les cours examinent l'exercice du pouvoir public, même si cela touche certaines sensibilités. Au moyen d'ordonnances de mise sous scellés lorsque cela est indiqué, l'intérêt public à l'égard du contrôle de l'exercice du pouvoir public peut être servi sans que cela ait le moindre effet sur les intérêts relatifs à la confidentialité ni sur la procédure de traitement sommaire des plaintes du Conseil.

[297] Le genre de préoccupations que soulève le Conseil relativement à la confidentialité existe également dans le cas d'autres professionnels dont la conduite est examinée par un organisme disciplinaire. Les médecins, les ingénieurs, les avocats, les architectes et les enseignants ont eux aussi des préoccupations quant au respect de leur vie privée, et leurs collègues peuvent également être réticents à s'exprimer si on ne garantit pas la confidentialité de leurs déclarations. Des tribunaux examinent toutefois les décisions de ces organismes disciplinaires à la lumière de tous les documents confidentiels et de nature délicate qui leur sont présentés, ceux-ci étant protégés, au besoin, par une ordonnance de mise sous scellés. Pourquoi devrait-il en être autrement lorsque la Cour contrôle les décisions du Conseil?

[298] Le Conseil invoque également le principe de l'indépendance judiciaire à l'appui de sa revendication

argument rejected by the Court below (at paragraph 78 of its reasons). Mr. Sabourin deposes as follows (at paragraph 24):

... judicial independence may be threatened if Council cannot give assurances of confidentiality about information provided by a judge regarding a judge's state of mind during the deliberative or decision-making process.

[299] Again, this is asserted, not demonstrated or explained with particularity. The Council has not demonstrated that any parts of the Friedland Report contain elements of deliberative secrecy as that term is understood in the jurisprudence: *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796. If there were such elements and if the *Sierra Club* test were met, again, a sealing order would suffice. But here, Mr. Slansky's complaint very much focused upon the Judge's demeanour and conduct in open court. In any event, the legitimate sphere of deliberative secrecy in the context of judicial discipline proceedings is relatively narrow: see Charles Gardner Geyh, "Rescuing Judicial Accountability from the Realm of Political Rhetoric" (2006), 56 *Case W. Res. L. Rev.* 911, at pages 922–935.

[300] But, in any event, I do not see the causal link between: (i) disclosure under seal to the reviewing court of a largely factual report relied upon by the Council in its decision; and (ii) injury to judicial independence. Under a stringent sealing order, only the judge reviewing the Council's decision will see the report. That judge, as a beneficiary of judicial independence, will appreciate its importance.

[301] Indeed, as I shall demonstrate later, withholding the Friedland Report from the reviewing court will likely injure judicial independence.

[302] Finally, I note that all of the concerns asserted by the Council, described above, relate to Council investigations generally, not this particular investigation. If public interest privilege applies to a report like the Friedland Report, it will apply to all such reports in the

d'un privilège — argument que rejette la Cour ci-dessous (au paragraphe 78 de ses motifs). M<sup>e</sup> Sabourin affirme ce qui suit (au paragraphe 24) :

[TRADUCTION] [...] l'indépendance judiciaire peut être menacée si le Conseil ne peut garantir la confidentialité des renseignements fournis par un juge concernant son état d'esprit durant le processus de délibération ou de décision.

[299] Encore une fois, il s'agit d'une chose qui est affirmée, et non démontrée ou expliquée avec précision. Le Conseil n'a pas démontré qu'une partie quelconque du rapport Friedland contenait des éléments relevant du secret du délibéré, au sens où cette expression est entendue dans la jurisprudence : *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796. Si de tels éléments existaient, et si le critère de l'arrêt *Sierra Club* était respecté, je répète qu'une ordonnance de mise sous scellés suffirait. Cependant, la plainte formulée par M<sup>e</sup> Slansky en l'espèce porte surtout sur le comportement et la conduite du juge en audience publique. De toute façon, le champ d'application légitime du secret du délibéré dans le contexte des procédures de discipline judiciaire est assez étroit : voir Charles Gardner Geyh, « Rescuing Judicial Accountability from the Realm of Political Rhetoric » (2006), 56 *Case W. Res. L. Rev.* 911, aux pages 922 à 935.

[300] Je ne vois de toute manière aucun lien de cause à effet entre i) la divulgation sous scellés à la cour de révision d'un rapport en grande partie factuel sur lequel le Conseil s'est appuyé pour rendre sa décision; et ii) l'atteinte à l'indépendance judiciaire. Si une ordonnance stricte de mise sous scellés était rendue, seul le juge chargé du contrôle de la décision du Conseil pourrait consulter le rapport. Ce juge, bénéficiant de l'indépendance judiciaire, en apprécierait l'importance.

[301] En fait, comme je le démontrerai plus loin, la non-production du rapport Friedland devant la cour de révision nuira probablement à l'indépendance judiciaire.

[302] Enfin, je remarque que toutes les préoccupations soulevées par le Conseil et qui sont décrites ci-dessous ont trait aux enquêtes du Conseil en général, et non à l'enquête menée en l'espèce. Si le privilège d'intérêt public s'applique à un rapport comme le

future. Thus, the Council is asserting that an entire class of documents—investigation reports—should be privileged. Such class privileges should not be lightly expanded because, cast as they are in absolute terms, they “run the risk of occasional injustice”: *Gruenke*, above, at page 296; *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157, at paragraph 32. The “modern Canadian trend” is “to accord privilege only where necessary, on a case-by-case basis, and on as limited a basis as possible”: *Bryant et al.*, above, at page 911. As the Supreme Court said in *Carey* (at page 655), “a claim that a document should not be disclosed on the ground that it belongs to a certain class has little chance of success.”

[303] In summary, in order to succeed in its claim of public interest privilege, the Council had to demonstrate an interest in confidentiality, well established in the evidence, one that justifies withholding a document that a reviewing court would normally get to see. In my view, as the Prothonotary found (at paragraph 36 of her reasons), the Council has failed to do this and so its claim for public interest privilege must fail.

[304] For completeness, however, and to address the submissions made by the parties and my colleagues’ views on this point, I wish to address the needs of the administration of justice in this case. They are substantial.

(4) The needs of the administration of justice

[305] To recap, Mr. Slansky raises two grounds in his application for judicial review: the Council’s investigation of the facts was inadequate and its decision is unreasonable because the facts placed before the Council do not sustain the decision. No one has suggested he cannot assert these grounds.

rapport Friedland, il s’appliquera à tous les rapports du même genre dans l’avenir. Ainsi, le Conseil affirme que toute une catégorie de documents — les rapports d’enquête — devrait être confidentielle. Les privilèges visant une catégorie de documents ne devraient pas être étendus à la légère, puisque, de par leur formulation absolue, ils font « courir le risque qu’une injustice soit éventuellement commise » : arrêt *Gruenke*, précité, à la page 296; *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, au paragraphe 32. La [TRADUCTION] « tendance moderne au Canada » est [TRADUCTION] « d’accorder le privilège seulement lorsque c’est nécessaire, au cas par cas, et le moins souvent possible » : *Bryant et coll.*, précité, à la page 911. Comme la Cour suprême l’a affirmé dans l’arrêt *Carey* (à la page 655), « les chances sont minces qu’on puisse prétendre avec succès qu’un document ne devrait pas être communiqué en raison de la catégorie à laquelle il appartient ».

[303] En somme, afin d’obtenir un privilège d’intérêt public, le Conseil doit démontrer l’existence d’un intérêt à l’égard de la confidentialité, intérêt qui soit bien établi dans les éléments de preuve et qui justifie la non-production d’un document que la cour de révision devrait normalement pouvoir consulter. À mon avis, et comme la protonotaire l’a conclu (au paragraphe 36 de ses motifs), le Conseil ne l’a pas fait, et sa demande de privilège d’intérêt public doit donc être rejetée.

[304] Par souci d’exhaustivité, toutefois, et pour aborder les observations des parties et les points de vue de mes collègues sur la question, je souhaite parler des exigences de l’administration de la justice en l’espèce. Celles-ci sont importantes.

4) Les exigences de l’administration de la justice

[305] Pour récapituler, M<sup>e</sup> Slansky invoque deux motifs dans sa demande de contrôle judiciaire : l’enquête sur les faits menée par le Conseil était inadéquate, et sa décision est déraisonnable, puisque les faits qui lui auraient été présentés ne justifient pas la décision. Personne n’a laissé entendre que M<sup>e</sup> Slansky ne pouvait invoquer ces motifs.

[306] The Federal Court Judge (at paragraph 84 of his reasons) and my colleagues say that the Council’s decision letter gives enough to Mr. Slansky for him to make out his case. I disagree.

[307] Mr. Slansky is not obligated to take the statements made and the information given in the Council’s decision letter at face value. By challenging the reasonableness of the decision and the adequacy of the investigation, he asserts that the statements made and the information given in the decision letter are unsustainable.

[308] Without the Friedland Report—the main source of facts for the Council’s decision—how can Mr. Slansky argue the decision is not supported by the facts placed before the Council? And without the Friedland Report—the only investigation in the case—how can Mr. Slansky argue the investigation was inadequate?

[309] Further, under rule 318, Mr. Slansky is entitled to everything relied upon by the Council in making its decision, unless the Council can establish a valid objection. No case stands for the proposition that “the applicant has enough to make out the argument” is a valid objection under rule 318. I would add that a prothonotary or judge acting on a motion under rule 318 should not engage in weighing evidence and assessing whether litigants have “enough”. Litigants should get everything to which they are entitled.

[310] In this case, however, the most serious harm to the administration of justice is the reviewing court’s inability to have access to the material the Council relied upon in making its decision.

[311] If the Council’s public interest claim is upheld, the reviewing court will not see the Friedland Report. As a result, the reviewing court will be unaware of facts (if any) identified in the report that go against the Council’s decision. It will be unaware of the facts learned by Professor Friedland and why, based on those

[306] Le juge de la Cour fédérale (au paragraphe 84 de ses motifs) et mes collègues disent que la lettre de décision du Conseil fournit suffisamment de renseignements à M<sup>e</sup> Slansky pour lui permettre de défendre sa cause. Je ne suis pas d’accord.

[307] M<sup>e</sup> Slansky n’est pas obligé de tenir comme avérés les déclarations faites et les renseignements fournis dans la lettre de décision du Conseil. En contestant le caractère raisonnable de la décision et le caractère adéquat de l’enquête, il affirme que les déclarations faites et les renseignements fournis dans la lettre de décision ne sont pas fondés.

[308] Sans le rapport Friedland — la principale source de faits sur laquelle le Conseil a fondé sa décision — comment M<sup>e</sup> Slansky pourrait-il démontrer que la décision du Conseil n’est pas appuyée par les faits qui lui ont été présentés? Et sans le rapport Friedland — le seul document d’enquête en l’espèce — comment M<sup>e</sup> Slansky pourrait-il démontrer que l’enquête a été inadéquate?

[309] En outre, d’après la règle 318, M<sup>e</sup> Slansky a le droit d’accéder à tout ce que le Conseil a utilisé pour arriver à sa décision, à moins que le Conseil ne présente une objection valable. Personne ne saurait affirmer que l’idée que « le demandeur dispose de suffisamment de renseignements pour défendre sa cause » est une objection valable dans le contexte de la règle 318. J’ajouterais qu’il n’appartient pas à un protonotaire ni à un juge examinant une requête présentée en vertu de la règle 318 d’apprécier la preuve ni de décider si les parties disposent de renseignements « suffisants ». Les parties devraient accéder à tout ce à quoi ils ont droit.

[310] En l’espèce, toutefois, l’entrave la plus importante à l’administration de la justice consiste en l’incapacité de la cour de révision d’accéder aux documents sur lesquels le Conseil s’est appuyé pour rendre sa décision.

[311] Si la demande de privilège d’intérêt public du Conseil est accueillie, la cour de révision n’aura pas accès au rapport Friedland. Par conséquent, elle ne pourra prendre connaissance des faits présentés dans le rapport (s’il en est) et qui n’appuient pas la décision du Conseil. Elle ne pourra prendre connaissance des faits

facts, he considered it unnecessary to pursue other sources of information in his investigation. As a result, the reviewing court will not be able to assess the grounds of review Mr. Slansky asserts. In the words of the Prothonotary (at paragraph 38 of her reasons), disclosure of the Friedland Report is necessary “to ensure that the application for judicial review can be conducted in a meaningful way.”

[312] By not providing the Friedland Report to the reviewing court, to some extent the Council is shielding its decision from review. That may well not be its intention, but that is certainly the effect.

[313] This is no mere trifle. Immunizing part of the Council’s decision offends the principle that all holders of public power should be accountable for their exercises of power.

[314] This principle finds voice in many areas of our law:

- *Review is constitutionally guaranteed.* As a matter of constitutional law, courts must be able to review the decisions of administrative decision makers for defensibility and acceptability on the facts and the law: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraphs 27–31.
- *Federal Courts have a plenary power to supervise administrative decision makers.* This power can even survive legislative attempts to oust it: *Canadian Liberty Net*, above, at paragraphs 35–38; *Derakhshani*, above, at paragraphs 10–11; *RBC Life Insurance Company*, 2013 FCA 50 [cited above], at paragraphs 35–36.
- *Privative clauses are read down.* Parliament, wielding its constitutional power to make laws, sometimes tries to block the courts from reviewing administrators’ decisions. Nevertheless, the courts can review administrators’ decisions, albeit with appropriate deference: *Dunsmuir*,

réunis par le professeur Friedland ni des raisons pour lesquelles, à la lumière de ces faits, il a estimé qu’il était superflu de chercher d’autres sources de renseignements dans le cadre de son enquête. Par conséquent, la cour de révision ne pourra évaluer les motifs de contrôle que M<sup>e</sup> Slansky invoque. Pour reprendre les paroles de la protonotaire (au paragraphe 38 de ses motifs), la divulgation du rapport Friedland est nécessaire pour « s’assurer [...] que la demande de contrôle judiciaire puisse être examinée utilement ».

[312] En ne fournissant pas le rapport Friedland à la cour de révision, le Conseil empêche dans une certaine mesure que sa décision soit contrôlée. Ce n’est peut-être pas son intention, mais c’est assurément le résultat.

[313] Cela est loin d’être sans importance. Mettre à l’abri de tout contrôle une partie de la décision du Conseil enfreint le principe selon lequel tous les titulaires de pouvoirs publics doivent rendre compte de la façon dont ils exercent ces pouvoirs.

[314] Ce principe est affirmé à bien des endroits dans notre jurisprudence :

- Le contrôle est garanti par la Constitution. Selon le droit constitutionnel, les cours doivent pouvoir contrôler les décisions des décideurs administratifs et vérifier que ces décisions sont justifiables et acceptables à la lumière des faits et du droit : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, aux paragraphes 27 à 31.
- Les cours fédérales jouissent de pleins pouvoirs pour superviser les décideurs administratifs. Ce pouvoir peut même subsister malgré les tentatives visant à le supprimer au moyen de l’adoption de lois : *Canadian Liberty Net*, précité, aux paragraphes 35 à 38; arrêt *Derakhshani*, précité, aux paragraphes 10 et 11; *Compagnie d’assurance vie RBC*, 2013 CAF 50 [précité], aux paragraphes 35 et 36.
- Les dispositions privatives sont interprétées de façon restrictive. Le législateur utilise parfois son pouvoir constitutionnel pour adopter des lois visant à empêcher les cours de contrôler les décisions des administrateurs. Néanmoins, les cours peuvent contrôler les décisions des

above, at paragraph 31; *Woodward Estate (Executors of) v. Minister of Finance*, [1973] S.C.R. 120, at page 127; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at page 1090; *Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220, at pages 237–238.

- *Exercises of public power cannot be immunized from challenge.* On occasion, those who are not personally or directly affected in a significant way nevertheless are permitted to challenge the exercise of a public power. The paramount concern, consistently mentioned in the case law, is that exercises of public powers cannot be immune from review: *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524, at paragraphs 31–34; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, at page 256; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607, at page 631; *Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General)*; *Paul Magder Furs Ltd. v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 675, at page 692; *Harris v. Canada*, [2000] 4 F.C. 37 (C.A.). In the words of Laskin J. (as he then was), “it would be strange and, indeed, alarming, if there was no way in which a question of alleged excess of legislative power, a matter traditionally within the scope of the judicial process, could be made the subject of adjudication”: *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138, at page 145.

- *Deliberative secrecy can sometimes be overridden.* Administrative decision makers’ deliberations are usually highly confidential. But, in appropriate cases, that confidentiality must give way so that the reviewing court can engage in meaningful review: *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, 2001 SCC 4, [2001] 1 S.C.R. 221.

- *Administrative decision-makers’ attempts to immunize themselves from review are forbidden.* A statutory body subject to judicial review cannot immunize itself or its process by arriving at decisions on considerations that

administrateurs, quoiqu’avec une déférence appropriée : arrêt *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 31; *Succession Woodward (Exécuteurs testamentaires) c. Ministre des Finances*, [1973] R.C.S. 120, à la page 127; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, à la page 1090; *Crevier c. Procureur général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220, aux pages 237 et 238.

- L’exercice du pouvoir public ne peut être à l’abri des contestations. À l’occasion, des personnes qui ne sont pas directement et profondément concernées peuvent quand même contester l’exercice d’un pouvoir public. La préoccupation la plus importante, qui est constamment mentionnée dans la jurisprudence, c’est que l’exercice du pouvoir public ne peut être mis à l’abri des contrôles : *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524, aux paragraphes 31 à 34; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236, à la page 256; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607, à la page 631; *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)*; *Paul Magder Furs Ltd. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675, à la page 692; *Harris c. Canada*, [2000] 4 C.F. 37 (C.A.). Pour reprendre les propos du juge Laskin (qui n’était pas encore juge en chef à l’époque), « il serait étrange et même alarmant qu’il n’y ait aucun moyen par lequel une question d’abus de pouvoir législatif, matière traditionnellement de la compétence des cours de justice, puisse être soumise à une décision de justice » : *Thorson c. Procureur général du Canada et al.*, [1975] 1 R.C.S. 138, à la page 145.

- Le secret du délibéré peut parfois être levé. Les délibérations des décideurs administratifs sont habituellement hautement confidentielles. Toutefois, dans les cas où cela est indiqué, la confidentialité doit être reléguée au second plan pour que la cour de révision puisse procéder à un véritable contrôle : *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, 2001 CSC 4, [2001] 1 R.C.S. 221.

- Il est interdit aux décideurs administratifs de chercher à se mettre à l’abri des contrôles. Un organisme créé par la loi et faisant l’objet d’un contrôle judiciaire ne peut se mettre à l’abri ou mettre son processus à l’abri du



are not revealed by the record it files with the court: *Payne v. Ontario Human Rights Commission*, 2000 CanLII 5731, 192 D.L.R. (4th) 315 (Ont. C.A.), at paragraph 161.

[315] Some of the authorities in the preceding paragraph show that Parliament cannot immunize the factual determinations of administrative decision makers by passing a law. How then can administrative decision makers immunize their factual determinations by withholding documents containing facts?

[316] In this case, immunization weakens the accountability and transparency of the Council and the judicial disciplinary system it administers. With less accountability and transparency, public confidence in the judiciary will fall, ultimately threatening judicial independence. The Prothonotary correctly recognized this at paragraphs 35 and 38 of her reasons.

[317] A hypothetical example—worse ones can be imagined—illustrates this well.

[318] Suppose a judge receives a bribe from one of the parties in a case and deposits it into his bank account. Four people witness the bribe. One complains to the Council. The Council retains a lawyer, such as Professor Friedland, to gather information from the complainant, the witnesses, the judge, the bank, and others.

[319] The lawyer prepares a report for the Council setting out the information gathered. The lawyer also sends along the documents he has gathered in the course of his investigation. But his report contains some facts not otherwise apparent.

[320] The Council, undertaking no other factual investigation of its own, reads the report and the documents gathered by the lawyer. It dismisses the complaint.

contrôle en rendant des décisions fondées sur des éléments non divulgués dans le dossier qu'il présente à la cour de révision : *Payne v. Ontario Human Rights Commission*, 2000 CanLII 5731, 192 D.L.R. (4th) 315 (C.A. Ont.), au paragraphe 161.

[315] Certaines des décisions citées au paragraphe précédent montrent que le législateur ne peut mettre à l'abri les décisions des décideurs administratifs fondées sur des faits en adoptant des lois. Comment les décideurs administratifs pourraient-ils alors mettre leurs décisions fondées sur des faits à l'abri en ne produisant pas des documents contenant les faits en question?

[316] En l'espèce, la mise à l'abri nuit à la responsabilisation et à la transparence du Conseil, ainsi qu'au système de justice disciplinaire qu'il administre. La diminution de la responsabilisation et de la transparence entraînera une diminution de la confiance du public envers la magistrature, ce qui au bout du compte menace l'indépendance judiciaire. La protonotaire le reconnaît à juste titre aux paragraphes 35 et 38 de ses motifs.

[317] Un exemple hypothétique (il serait possible d'en imaginer des pires) illustre bien cette situation.

[318] Supposons qu'un juge reçoive un pot-de-vin de la part d'une des parties dans une affaire et dépose la somme dans son compte bancaire. Imaginons que quatre personnes aient été témoin du versement du pot-de-vin. L'une de ces personnes se plaint devant le Conseil. Le Conseil retient les services d'un avocat, par exemple le professeur Friedland, pour recueillir des renseignements sur le demandeur, sur les témoins, sur le juge, sur la banque et sur d'autres personnes.

[319] Disons que l'avocat rédige ensuite un rapport à l'intention du Conseil dans lequel il lui communique les renseignements qu'il a recueillis. Il lui fait également parvenir les documents qu'il a amassés dans le cadre de son enquête. Mais son rapport contient certains faits qui ne vont pas de soi par ailleurs.

[320] Le Conseil ne mène pas d'autre enquête sur les faits de façon indépendante, et il lit le rapport et les documents réunis par l'avocat. Il rejette la plainte.

[321] Surprised by the decision, the complainant brings a judicial review. She alleges the Council could not have dismissed the complaint based on the facts it had before it. She also alleges that the investigation was inadequate.

[322] The reviewing court dismisses the judicial review. The judge writing the reasons explains that the Council—the judges’ disciplinary body, run by judges, staffed mainly by judges—does not have to disclose the factual report because judges are independent. The judge further explains that, without the report relied upon by the Council, it cannot be said the exoneration of the judge by the judges’ disciplinary body was unsupported by the facts, nor can it be said the investigation was inadequate.

[323] Based on what they see, fair-minded observers might justifiably describe the decision as a whitewash regardless of the actual merits of the complaint. Worse, fair-minded observers might speculate as to misconduct committed by other judges that has gone unpunished by the Council and has been similarly immunized from review.

[324] Over time, as more and more such cases arise, pleas that judicial independence is important would increasingly fall on deaf ears. As public confidence and respect for the judiciary plummets, legislative incursions into judicial independence may become more acceptable in the public’s eye.

[325] This is no idle speculation. Many have noted and confirmed the role that accountability and transparency of the judiciary plays in fostering public confidence in the courts and maintaining respect for judicial independence.

[326] Many expert commentators have studied the interrelationship between judicial independence on the one hand and, on the other, judicial disciplinary processes and the transparency and accountability surrounding them. These commentators have found that

[321] Surprise de la décision, la demanderesse demande un contrôle judiciaire. Elle allègue que le Conseil n’aurait pas dû rejeter sa plainte à la lumière des faits qui lui ont été présentés. Elle allègue aussi que l’enquête était inadéquate.

[322] La cour de révision rejette la demande de contrôle judiciaire. Le juge qui rédige les motifs explique que le Conseil — l’organisme disciplinaire des juges, qui est dirigé par des juges et dont le personnel est composé surtout de juges — n’a pas à divulguer le rapport sur les faits, parce que les juges sont indépendants. Le juge explique aussi que, sans le rapport sur lequel le Conseil a fondé sa décision, on ne peut affirmer que la disculpation du juge prononcée par l’organisme disciplinaire des juges n’est pas appuyée par les faits, ni que l’enquête était inadéquate.

[323] Des observateurs éclairés pourraient être fondés, à la lumière de ce qu’ils sont en mesure de voir, à décrire la décision rendue comme étant un camouflage indépendamment du bien-fondé ou de l’absence de fondement de la plainte. Pire encore, des observateurs éclairés pourraient se demander si le Conseil a déjà refusé auparavant de châtier l’inconduite d’autres juges et mis sa décision à l’abri du contrôle.

[324] Au fil du temps, et avec la multiplication des cas du genre, les plaidoyers concernant l’importance de l’indépendance judiciaire trouveraient de moins en moins d’oreilles attentives. La confiance et le respect du public envers la magistrature s’étant érodés, les incursions législatives dans l’indépendance judiciaire pourraient devenir acceptables aux yeux du public.

[325] Il ne s’agit pas là de pure spéculation. Beaucoup de gens ont relevé et confirmé le rôle que jouent la responsabilisation et la transparence de la magistrature pour favoriser la confiance du public envers les tribunaux et le maintien du respect à l’égard de l’indépendance judiciaire.

[326] Bon nombre de commentateurs experts se sont penchés sur le lien qui existe entre l’indépendance judiciaire, d’une part, et les processus disciplinaires de la magistrature et la transparence et la responsabilisation qui les caractérisent, d’autre part. Ces commentateurs

transparent and fully accountable judicial disciplinary processes enhance judicial independence. In particular, four propositions appear to be well founded:

1. Judicial independence depends not only upon constitutional texts or court judgments, but also upon public respect and support for the judiciary.
2. Public respect and support for the judiciary is furthered by assurances that judicial disciplinary authorities will investigate and decide complaints of judicial misbehaviour fairly and objectively.
3. Public respect and support is furthered even more by the existence of judicial review mechanisms that ensure that judicial disciplinary authorities are held fully accountable for their decisions on the facts and the law, with reasons offered to the public explaining what took place.
4. Attacks upon the independence of the judiciary often stem from perceptions that judges are insufficiently accountable for their exercises of power.

See Geyh, above; Abimbola A. Olowofoyeku, “The Crumbling Citadel: Absolute Judicial Immunity De-rationalised” (1990), 10 *Legal Studies* 271; Robert N. Strassfeld, “‘Atrocious Judges’ and ‘Odious’ Courts Revisited” (2006), 56 *Case W. Res. L. Rev.* 899; David C. Brody, “The Use of Judicial Performance Evaluation to Enhance Judicial Accountability, Judicial Independence and Public Trust” (2008), 86 *Denv. U. L. Rev.* 115, at pages 121–126; Carmen Beauchamp Ciparick and Bradley T. King, “Judicial Independence: Is It Impaired or Bolstered by Judicial Accountability?” (2010), 84 *St. John’s L. Rev.* 1.

[327] It has been said that “provided the people ... have confidence,” courts do not need “the power of the purse or the power of the sword to make the rule of law effective”: former Chief Justice Brennan of the

ont conclu qu’un processus disciplinaire transparent et assorti d’une reddition de comptes adéquate favorise l’indépendance judiciaire. Quatre idées en particulier semblent avoir de bons fondements :

1. L’indépendance judiciaire est fondée non seulement sur les textes constitutionnels et les jugements des cours, mais également sur le respect et le soutien du public à l’égard de la magistrature.
2. Le respect et le soutien du public à l’égard de la magistrature sont accrues par des garanties que les autorités disciplinaires de la magistrature enquêtent sur les plaintes d’inconduite de juges et tranchent les plaintes de façon équitable et objective.
3. Le respect et le soutien du public sont accrues encore davantage par l’existence de mécanismes de contrôle judiciaire garantissant que les autorités disciplinaires de la magistrature doivent rendre pleinement compte de leurs décisions à la lumière des faits et du droit, en présentant au public des motifs dans lesquels elles expliquent ce qui s’est passé.
4. Les assauts portés contre l’indépendance de la magistrature découlent souvent de la perception que les juges ne rendent pas suffisamment compte de l’exercice de leur pouvoir.

Voir Geyh, précité; Abimbola A. Olowofoyeku, « The Crumbling Citadel: Absolute Judicial Immunity De-rationalised » (1990), 10 *Legal Studies* 271; Robert N. Strassfeld, « “Atrocious Judges” and “Odious” Courts Revisited » (2006), 56 *Case W. Res. L. Rev.* 899; David C. Brody, « The Use of Judicial Performance Evaluation to Enhance Judicial Accountability, Judicial Independence and Public Trust » (2008), 86 *Denv. U. L. Rev.* 115, aux pages 121 à 126; Carmen Beauchamp Ciparick et Bradley T. King, « Judicial Independence : Is It Impaired or Bolstered by Judicial Accountability? » (2010), 84 *St. John’s L. Rev.* 1.

[327] On a dit que [TRADUCTION] « pour autant que la population [...] est confiante », les tribunaux n’ont pas besoin [TRADUCTION] « du pouvoir de la bourse ni du pouvoir de l’épée pour assurer l’efficacité de la règle de

Australian High Court, quoted in Enid Campbell and H. P. Lee, *The Australian Judiciary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001), at pages 6–7. The Court’s authority, exercised independently, “ultimately rests on sustained public confidence in its moral sanction”: *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), at page 267, *per* Frankfurter J. (dissenting).

[328] Commenting on Justice Frankfurter’s observation, Aharon Barak, former President of the Israeli Supreme Court, added that all a judge has is “the public’s confidence in him [or her]”: A. Barak, *The Judge in a Democracy* (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2006), at page 209. Elsewhere, he has observed that “an essential condition for an independent judiciary is public confidence”; indeed “public confidence in the judiciary is the most precious asset that this branch of government has”: *Tzaban v. Minister of Religious Affairs* (1986), 40(4) P.D. 141, at page 148.

[329] Justice Ian Binnie has stated [in “Judicial Independence in Canada”, at page 34] that “[t]he principal bulwark to outside interference” with the judiciary is not written guarantees but rather “the deep-rooted acceptance of the need for judicial independence in Canadian society”: paper submitted to the *World Conference on Constitutional Justice*, 2nd Congress, Rio de Janeiro, January 16–18, 2011. The Court of which he was a distinguished member, the Supreme Court of Canada, itself has recognized that openness—an aspect of accountability—is “a principal component of the legitimacy of the judicial process and why the parties and the public at large abide by the decisions of courts”: *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332, at paragraph 25. Openness “serves to reinforce the faith of the citizen,” a matter that “has important implications for the administration of justice”: *Carey*, above, at page 673; see also Chief Justice McLachlin, “Courts, Transparency and Public Confidence – To the Better Administration of Justice” (2003), 8 *Deakin L.Rev.* 1.

droit » : ancien juge en chef Brennan de la Haute Cour de l’Australie, cité dans Enid Campbell et H. P. Lee, *The Australian Judiciary* (Cambridge : Cambridge University Press, 2001), aux pages 6 et 7. Le pouvoir de la Cour, qu’elle exerce de façon indépendante, [TRADUCTION] « dépend au bout du compte du maintien de la confiance du public à l’égard de sa sanction morale » : *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), à la page 267, le juge Frankfurter (dissident).

[328] Commentant l’observation du juge Frankfurter, Aharon Barak, ancien président de la Cour suprême d’Israël, a ajouté que tout ce qu’un juge possède, c’est [TRADUCTION] « la confiance que le public lui porte » : A. Barak, *The Judge in a Democracy* (Princeton (N.J.) : Princeton University Press, 2006), à la page 209. Il a dit ailleurs que [TRADUCTION] « la confiance du public est une condition essentielle à l’indépendance judiciaire »; en effet, [TRADUCTION] « la confiance du public à l’égard de la magistrature est ce que cette branche du gouvernement possède de plus précieux » : *Tzaban v. Minister of Religious Affairs* (1986), 40(4) P.D. 141, à la page 148.

[329] Le juge Ian Binnie a affirmé [dans « Judicial Independence in Canada », à la page 34] que [TRADUCTION] « [l]e principal rempart contre l’interférence extérieure » dans le cas de la magistrature tient non pas à des garanties écrites, mais plutôt à [TRADUCTION] « l’acceptation profonde de la nécessité de l’indépendance judiciaire au sein de la société canadienne » : allocution prononcée dans le cadre de la *Conférence mondiale sur la justice constitutionnelle*, 2<sup>e</sup> Congrès, tenue à Rio de Janeiro du 16 au 18 janvier 2011. La Cour dont le juge Binnie était un membre distingué, la Cour suprême du Canada, a elle-même reconnu que l’ouverture — qui est un aspect de la responsabilisation — est « l’élément principal de la légitimité du processus judiciaire et la raison pour laquelle tant les parties que le grand public respectent les décisions des tribunaux » : *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332, au paragraphe 25. L’ouverture « sert à renforcer la confiance du citoyen », aspect qui « est lourd de conséquences pour l’administration de la justice » : arrêt *Carey*, précité, à la page 673; voir également les propos de la juge en chef McLachlin dans « Courts, Transparency and Public Confidence – To the Better Administration of Justice » (2003), 8 *Deakin L. Rev.* 1.

[330] Even the Council itself has declared that “[p]ublic confidence in and respect for the judiciary are essential to an effective judicial system and, ultimately, to democracy founded on the rule of law”: Canadian Judicial Council, *Ethical Principles for Judges* [at page 14].

[331] How is public confidence and respect best fostered, maintained, and enhanced? There are many ways: see *The Judge in a Democracy*, above, at pages 111–112. Foremost among these is ensuring accountability and transparency to the greatest extent possible. Allowing the reviewing court to consider Mr. Slansky’s grounds of challenge with the benefit of the Friedland Report does not undercut judicial independence at all. If anything, it strengthens it. And allowing others to see as much of the Friedland Report as possible—sealing portions of it under the strict *Sierra Club* test only where well-established confidentiality interests outweigh the significant public interest in openness—strengthens judicial independence even more.

[332] Overall, for the foregoing reasons, the needs of the administration of justice favour the reviewing court having the benefit of the Friedland Report when it determines the judicial review. But, to recap, the Council has failed in the first place to establish a sufficient interest justifying withholding the Friedland Report, in its entirety, from the reviewing court. Therefore, I reject the Council’s claim of public interest privilege over the Friedland Report.

#### D. Other issues

[333] I agree with my colleagues that we should not interfere with the Federal Court’s exercise of discretion to refuse to convert the application into an action.

[334] Mr. Slansky also requests that all of the raw material forming the basis of the Friedland Report,

[330] Même le Conseil a déclaré que « [l]a confiance et le respect que le public porte à la magistrature sont essentiels à l’efficacité de notre système de justice et, ultimement, à l’existence d’une démocratie fondée sur la primauté du droit » : Conseil canadien de la magistrature, *Principes de déontologie judiciaire* [à la page 14].

[331] De quelle façon la confiance et le respect du public sont-ils favorisés, maintenus et accrus? Il y a de nombreux moyens : voir l’ouvrage *The Judge in a Democracy*, précité, aux pages 111 et 112. Le plus important est le fait de garantir la responsabilisation et la transparence le plus possible. Permettre à la cour de révision d’examiner les motifs de la contestation de M<sup>e</sup> Slansky à la lumière du rapport Friedland ne nuirait pas du tout à l’indépendance judiciaire. En fait, cela pourrait même l’accroître. Et permettre à d’autres gens de consulter la plus grande partie possible du rapport Friedland — en empêchant l’accès à certaines parties du rapport seulement, aux termes du strict critère énoncé dans l’arrêt *Sierra Club*, lorsque des intérêts bien établis relativement à la confidentialité l’emportent sur l’intérêt public important à l’égard de l’ouverture — vient renforcer encore davantage l’indépendance judiciaire.

[332] Dans l’ensemble, pour tous ces motifs, les exigences de l’administration de la justice plaident en faveur du fait que la cour de révision puisse accéder au rapport Friedland pour procéder au contrôle judiciaire. Mais, pour récapituler, le Conseil n’a pas réussi au départ à établir l’existence d’un intérêt suffisant pour justifier la non-production du rapport Friedland dans son intégralité devant la cour de révision. Je rejette donc la demande de privilège d’intérêt public du Conseil concernant le rapport Friedland.

#### D. Autres questions

[333] Je suis d’accord avec mes collègues pour dire que nous ne devrions pas intervenir dans l’exercice par la Cour fédérale de son pouvoir discrétionnaire pour refuser de convertir la demande en action.

[334] M<sup>e</sup> Slansky demande également que toutes les données brutes sur lesquelles est fondé le rapport

including certain transcripts, be produced. The Federal Court was of the view that the transcripts should be produced.

[335] As mentioned, rule 317 captures only material that the decision maker relied upon when making its decision. To the extent that Professor Friedland transmitted this raw material to the Council and the Council relied upon it for its decision, it should be before the reviewing court.

[336] On this motion, the Council based its entire argument upon the existence of privileges. It did not seek partial sealing orders to protect the confidentiality of portions of the raw material. In fact, it declined the suggestion of the Prothonotary that a sealing order be made: see paragraph 38 of the Prothonotary's reasons.

[337] In these reasons, I have offered views concerning how sealing orders can be used to achieve a proper balance between protecting legitimate confidentiality interests and meaningful judicial review of the Council's decisions. Now with the benefit of these views, the Council may wish to revisit whether it should seek a sealing order. Accordingly, I would exercise my discretion in favour of the Council being given an opportunity to move for an order sealing material from Mr. Slansky, the Registry or both, such motion to be determined on the basis of the sensitive balancing test set out in *Sierra Club*, above.

[338] Whether or not the Council makes such a motion, the Friedland Report and the raw material relied upon by the Council should be placed before the reviewing court.

[339] Mr. Slansky does not seek any of the gratuitously offered advice and recommendations in the Friedland Report. Accordingly, the Prothonotary was correct in ordering that any advice and recommendations be severed from the Friedland Report before it is

Friedland, y compris certaines transcriptions, soient produites. La Cour fédérale estimait que les transcriptions devraient être produites.

[335] Comme je l'ai dit déjà, la règle 317 ne porte que sur les documents sur lesquels le décideur s'est appuyé pour rendre sa décision. Dans la mesure où le professeur Friedland a transmis ces données brutes au Conseil et que le Conseil s'est appuyé sur celles-ci pour rendre sa décision, les données en question devraient être soumises à la cour de révision.

[336] À l'égard de la présente requête, le Conseil a entièrement fondé ses arguments sur l'existence de privilèges. Il n'a pas demandé d'ordonnance partielle de mise sous scellés afin de protéger la confidentialité de parties des données brutes. En fait, il a décliné l'offre d'ordonnance de mise sous scellés de la protonotaire : voir le paragraphe 38 des motifs de la protonotaire.

[337] Dans les présents motifs, j'ai présenté des points de vue concernant la façon dont les ordonnances de mise sous scellés peuvent être utilisées pour trouver un équilibre adéquat entre la protection d'intérêts légitimes à l'égard de la confidentialité et le contrôle judiciaire vérifiable des décisions du Conseil. À la lumière de ces points de vue, le Conseil souhaitera peut-être revenir sur sa décision de demander ou non une ordonnance de mise sous scellés. Par conséquent, j'exercerais mon pouvoir discrétionnaire pour permettre au Conseil de demander une ordonnance visant à empêcher M<sup>e</sup> Slansky, le greffe ou les deux d'accéder à certains renseignements, cette requête devant être examinée en fonction du critère d'équilibre délicat exposé dans l'arrêt *Sierra Club*, précité.

[338] Que le Conseil présente une telle requête ou non, le rapport Friedland et les données brutes sur lesquelles le Conseil s'est appuyé pour rendre sa décision devraient être soumis à la cour de révision.

[339] M<sup>e</sup> Slansky ne cherche pas à avoir accès aux conseils et recommandations que le professeur Friedland a formulés dans son rapport sans qu'on lui demande de le faire. Par conséquent, la protonotaire a ordonné à juste titre que les conseils et les recommandations

included in the judicial review record and that she be available to resolve any disputes regarding severance.

E. Proposed disposition

[340] Accordingly, I would allow the appeal and set aside the orders of the Federal Court and the Prothonotary. I would order that the Friedland Report and the material forming the basis of it (to the extent it was before the Council) be placed before the reviewing court. I would allow the Council to move for an order sealing material from Mr. Slansky, the Registry or both. Absent such a motion within 10 days of this order, I would order that the Friedland Report and the material forming the basis of it (to the extent it was before the Council) be produced to Mr. Slansky and the Registry, with the gratuitously offered advice and recommendations in the Friedland Report removed. I would grant Mr. Slansky his costs throughout.

soient prélevés du rapport Friedland avant que celui-ci ne soit versé au dossier du contrôle judiciaire, en offrant ses services pour régler tout conflit concernant le prélèvement.

E. Décision proposée

[340] Par conséquent, je ferais droit à l'appel et j'annulerais les ordonnances de la Cour fédérale et de la protonotaire. J'ordonnerais que le rapport Friedland et les documents sur lesquels il est fondé (dans la mesure où ils ont été soumis au Conseil) soient produits devant la cour de révision. J'autoriserais le Conseil à demander une ordonnance de mise sous scellés portant que M<sup>e</sup> Slansky, le greffe ou les deux n'aient pas accès à certains renseignements. Si une requête à cet égard n'est pas présentée dans les 10 jours suivant la présente ordonnance, j'ordonnerais que le rapport Friedland et les documents sur lesquels il est fondé (dans la mesure où ils ont été soumis au Conseil) soient transmis à M<sup>e</sup> Slansky et au greffe, les conseils et les recommandations formulés dans le rapport Friedland en ayant été retranchés. J'accorderais à M<sup>e</sup> Slansky ses dépens dans toutes les instances.