

T-716-06
2011 FC 1467

T-716-06
2011 CF 1467

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
(*défendeurs*)

and

et

Canadian Judicial Council (*Intervener*)

Conseil canadien de la magistrature (*intervenant*)

INDEXED AS: SLANSKY v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : SLANSKY c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court, de Montigny J.—Toronto, October 17
and December 13, 2011.

Cour fédérale, juge de Montigny—Toronto, 17 octobre
et 13 décembre 2011.

* Editor's Note: This decision has been affirmed on appeal (A-497-11, 2013 FCA 199). The reasons for judgment, handed down September 9, 2013, will be published in the *Federal Courts Reports*.

* Note de l'arrêtiiste : Cette décision a été confirmée en appel (A-497-11, 2013 CAF 199). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 9 septembre 2013, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

Practice — Privilege — Appeal from decision by Prothonotary ordering Canadian Judicial Council (CJC) to produce portions of report wherein CJC alleging privileges — Applicant, lawyer, filing misconduct complaint against trial judge — CJC reviewing report prepared by law professor, determining complaint not warranting further investigation — Applicant seeking production of report — CJC claiming report protected by solicitor-client, public interest privileges — Prothonotary severing facts from legal advice, redacting legal advice — Finding no evidence of public interest privilege — Whether Prothonotary erring in ruling report in its entirety not protected by solicitor-client, public interest privileges — Entire report protected by solicitor-client privilege — Prothonotary erring in severing facts from legal advice — Solicitor-client privilege determined by focusing on circumstances as whole — Solicitor-client relationship established between CJC, law professor — Law professor retained as lawyer — Severing facts from advice at odds with protection afforded by solicitor-client privilege — Solicitor-client privilege broad, encompassing facts on which legal analysis based — No authority standing for proposition that factual material in privileged document may be severed — Prothonotary erring in ruling report not attracting public interest privilege — Judges Act, ss. 63(5),(6) clear recognitions integrity of CJC's investigation process compromised when confidentiality not maintained — CJC notification dismissing complaint

Pratique — Communications privilégiées — Appel d'une décision de la protonotaire ordonnant au Conseil canadien de la magistrature (le CCM) de produire les passages de rapport sur lesquels le CCM revendique des privilèges — Le demandeur, avocat, a déposé une plainte d'inconduite à l'encontre d'un juge de première instance — Le CCM, après avoir examiné un rapport rédigé par un professeur de droit, a estimé que la plainte ne justifiait pas une enquête plus poussée — Le demandeur cherchait à faire produire un rapport — Le CCM a soutenu que le rapport est protégé par le secret professionnel de l'avocat ainsi que par un privilège d'intérêt public — La protonotaire a dissocié les faits des avis sur des questions juridiques et a expurgé le rapport des avis juridiques — Il n'a été trouvé aucune preuve d'un privilège d'intérêt public — Il s'agissait de savoir si la protonotaire a erré en statuant que le rapport n'était pas protégé au complet par le secret professionnel de l'avocat et par un privilège d'intérêt public — Tout le rapport est protégé par le secret professionnel de l'avocat — La protonotaire a commis une erreur de droit en dissociant les faits des avis juridiques — Le privilège du secret professionnel de l'avocat doit être déterminé en tenant compte de l'ensemble des circonstances — Une relation avocat-client a été établie entre le CCM et le professeur de droit — Le professeur de droit a été engagé comme avocat — La dissociation des faits et des avis juridiques contredit la protection dont bénéficie le secret professionnel de l'avocat — Le champ

elaborate, sufficiently informing applicant — Criteria to convert application into action not met — Appeal allowed.

Judges and Courts — Applicant acting as defence counsel for trial of accused charged with first degree murder — Filing misconduct complaint against trial judge — Canadian Judicial Council (CJC) reviewing report prepared by law professor, determining complaint not warranting further investigation — Prothonotary ordering CJC to produce portions of report — CJC claiming report protected by solicitor-client, public interest privileges — Prothonotary erring in severing facts from legal advice — Entire report protected by solicitor-client privilege — Prothonotary also erring in ruling report not attracting public interest privilege.

This was an appeal from a decision by a Prothonotary ordering the Canadian Judicial Council (CJC) to produce portions of a report in which the CJC alleged the existence of various privileges.

The applicant acted as defence counsel for the trial of an accused charged with first degree murder. The applicant and the Judge presiding over the trial took exception to each other's conduct and both filed a complaint before their respective regulatory bodies. The applicant accused the Judge, *inter alia*, of serious misconduct and knowingly acting contrary to the law. A report prepared by a law professor retained by the CJC and its Judicial Conduct Committee contained recommendations and provided advice with respect to the adjudicative functions of the Committee and to the CJC's mandate. Upon review of the report, the CJC determined that the complaint did not warrant further investigation as it did not establish misconduct on the part of the Judge. The applicant applied for a judicial review of the CJC's decision and sought the production of all documents with respect to the investigation; however, the CJC opposed the production of the report on the basis that it was protected by both solicitor-client and public

d'application du secret professionnel de l'avocat est large et englobe les renseignements factuels sur lesquels est fondée l'analyse juridique — La proposition portant que l'on peut prélever les éléments factuels d'un document protégé par un privilège n'est pas étayée par la jurisprudence — La protonotaire a commis une erreur en statuant que le rapport ne donnait pas lieu à l'application du privilège d'intérêt public — Les art. 63(5) et 63(6) de la Loi sur les juges constituent une claire reconnaissance du fait que l'intégrité du processus d'enquête du CCM risque d'être minée si l'on ne garantit pas la confidentialité — La notification du CCM avisant du rejet de la plainte est fort détaillée et renseigne suffisamment le demandeur — Les critères permettant de transformer une demande en action n'ont pas été satisfaits — Appel accueilli.

Juges et Tribunaux — Le demandeur a agi comme avocat de la défense lors du procès d'un individu accusé de meurtre au premier degré — Le demandeur a déposé une plainte pour inconduite à l'encontre du juge de première instance — Le Conseil canadien de la magistrature (le CCM), après avoir examiné un rapport rédigé par un professeur de droit, a estimé que la plainte ne justifiait pas une enquête plus poussée — La protonotaire a ordonné au CCM de produire des passages du rapport — Le CCM a soutenu que le rapport est protégé par le secret professionnel de l'avocat ainsi que par un privilège d'intérêt public — La protonotaire a commis une erreur en dissociant les faits des avis juridiques — Tout le rapport est protégé par le secret professionnel de l'avocat — La protonotaire a également commis une erreur en statuant que le rapport ne donnait pas lieu à l'application du privilège d'intérêt public.

Il s'agissait d'un appel à l'encontre d'une décision rendue par une protonotaire ordonnant au Conseil canadien de la magistrature (le CCM) de produire les passages d'un rapport sur lesquels le CCM revendiquait divers privilèges.

Le demandeur a agi comme avocat de la défense lors du procès d'un individu accusé de meurtre au premier degré. Le demandeur et le juge qui a présidé le procès avaient des reproches à s'adresser l'un à l'autre au sujet de leur conduite respective et ont chacun porté plainte en s'adressant à leur organisme de réglementation respectif. Le demandeur a notamment accusé le juge d'inconduite grave et d'avoir sciemment contrevenu à la loi. Un rapport rédigé par un professeur de droit engagé par le CCM et son Comité sur la conduite des juges contenait des recommandations et proposait un avis sur les fonctions juridictionnelles du Comité et sur le mandat du CCM. Après examen du rapport, le CCM a estimé que la plainte ne justifiait pas une enquête plus poussée, étant donné qu'elle ne démontrait pas que le juge s'était rendu coupable d'inconduite. Le demandeur a présenté une demande de contrôle judiciaire de la décision du CCM et a réclamé la production de tous les documents se rapportant à

interest privileges. As a result of this response, the applicant brought a motion in which he sought an order to convert his judicial review application into an action or, alternatively, an order compelling the CJC to produce the report in its entirety. The Prothonotary granted that motion in part. While she was prepared to accept that the legal recommendation portion of the report did attract the solicitor-client privilege, it did not entail, in her view, that the entirety of the report ought to benefit from the same privilege. The Prothonotary stated that the facts provided in the report were distinct and could be separated from the advice given on legal issues, and found it appropriate to redact the legal advice. The Prothonotary then considered whether the information sought was protected by public interest privilege but was not convinced by the arguments advanced.

The main issues were whether the Prothonotary erred in law in ruling that the report in its entirety was not protected by solicitor-client privilege and by public interest privilege.

Held, the appeal should be allowed.

The entire report was protected by the solicitor-client privilege, and the Prothonotary erred in concluding that the factual material could be severed from the legal advice. In order to determine whether the solicitor-client privilege attaches to a particular situation, one must not focus on any particular document, but rather on the circumstances as a whole. The nature of the relationship between the CJC and the law professor, as well as the circumstances in which the report was sought and rendered, leads to the conclusion that a solicitor-client relationship was established. To be able to attempt to clarify allegations against a judge and gather evidence that would support or refute those allegations, an investigator must know the legal elements of the specific allegations and of the notions of judicial misconduct more broadly. Counsel could only gather and examine relevant facts and present findings and analysis through a legal framework or analysis. The law professor was retained by the CJC in his professional capacity as a lawyer, with the intention of providing assistance through his legal knowledge and analysis. The assumption that the “facts are separate and distinct from the advice given on legal issues that is privileged” is not only unwarranted and without any foundation in the case law, but it is at odds with the “as close to absolute as possible” protection to be afforded to the solicitor-client privilege. Once the solicitor-client privilege is established, the extent of its coverage is extremely broad

l'enquête; le CCM s'est toutefois opposé à la production de ce rapport au motif qu'il était protégé par le secret professionnel de l'avocat ainsi que par un privilège d'intérêt public. En raison de cette réponse, le demandeur a présenté une requête par laquelle il réclamait le prononcé d'une ordonnance convertissant sa demande de contrôle judiciaire en action ou, à titre subsidiaire, une ordonnance forçant le CCM à produire le rapport dans son intégralité. La protonotaire a fait droit à la requête en partie. Tout en se disant disposée à accepter que la partie du rapport relative aux recommandations juridiques était protégée par le secret professionnel de l'avocat, la protonotaire a toutefois estimé que ce privilège ne devait pas s'appliquer pour autant à la totalité du rapport. La protonotaire a statué que les faits présentés dans le rapport étaient distincts des avis donnés sur des questions juridiques et pouvaient en être dissociés, et qu'il convenait d'expurger du rapport les conseils juridiques qui s'y trouvaient. La protonotaire a ensuite examiné la question de savoir si les renseignements que l'on cherchait à faire produire étaient protégés par un privilège d'intérêt public, mais les arguments présentés ne l'ont pas convaincue.

Il s'agissait de savoir si la protonotaire a commis des erreurs de droit en statuant que le rapport n'était pas protégé au complet par le secret professionnel de l'avocat, ni protégé par un privilège d'intérêt public.

Jugement : l'appel doit être accueilli.

Tout le rapport était protégé par le secret professionnel de l'avocat et la protonotaire a commis une erreur en concluant que l'on pouvait séparer les éléments factuels des opinions juridiques. Afin d'établir 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, mais plutôt tenir compte de l'ensemble des circonstances. Étant donné la nature des rapports qui existaient entre le CCM et le professeur de droit, ainsi que les circonstances dans lesquelles le rapport a été demandé et présenté, force est de conclure qu'une relation avocat-client a été créée. Pour pouvoir simplement s'efforcer d'apporter des éclaircissements sur les accusations portées contre le juge et réunir des éléments de preuve qui serviraient de fondement à ces accusations ou, au contraire, leur retireraient toute légitimité, l'enquêteur doit connaître les éléments juridiques des allégations spécifiques et, de façon plus générale, être au courant du concept d'inconduite judiciaire. L'avocat ne pouvait que recueillir et examiner les faits pertinents et présenter ses conclusions et son analyse en respectant un cadre ou une analyse juridique déterminée. Le professeur de droit a été engagé par le CCM en sa qualité professionnelle d'avocat et le CCM s'attendait à ce qu'il offre son aide en raison de ses compétences et de son analyse juridiques. L'hypothèse selon laquelle les « faits sont distincts des avis donnés sur

and encompasses the factual information upon which the legal analysis is based. There is no authority for the proposition that facts can be severed from a communication that is protected as a result of the solicitor-client privilege. The Federal Court decision in *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, relied upon by the Prothonotary as authority for ordering the severance and disclosure of factual material in the report, does not stand for the proposition that factual material in a privileged document may be severed.

The Prothonotary erred in law by ruling that the report did not attract public interest privilege. It is important to safeguard the integrity of the CJC's summary process in order to avoid the need for a full-blown formal proceeding. Subsections 63(5) and (6) of the *Judges Act* are clear recognitions that the integrity of the CJC's investigation process can be undermined when confidentiality is not maintained. The critical determination as to whether information should be protected or disclosed hinges on whether the public interest in transparency and maintaining confidence in the integrity of the judicial process outweigh the public interest for confidentiality and the best allocation of scarce judicial resources. The CJC's notification to the applicant that his complaint was dismissed was elaborate and left him sufficiently informed as to the case that he had to meet before the Court to be successful.

Finally, the applicant did not establish that this case met the "clearest of circumstances" criteria needed to convert this application into an action.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 3 "government institution" (as am. by S.C. 2006, c. 9, s. 141), 4 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item 1(F); 2001, c. 27, s. 202; 2006, c. 9, s. 143), 23, 25, Sch. I. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 15.

des questions juridiques protégées par un privilège » est non seulement injustifiée et sans aucun fondement dans la jurisprudence, mais elle contredit la protection « quasi absolue » dont bénéficie le secret professionnel de l'avocat. Dès lors que l'existence du secret professionnel de l'avocat a été démontrée, son champ d'application est extrêmement large et englobe les renseignements factuels sur lesquels est fondée l'analyse juridique. Il n'y a aucun précédent qui permette de soutenir que l'on peut séparer les faits d'une communication qui est protégée par application du secret professionnel de l'avocat. La décision invoquée par la protonotaire pour justifier le prélèvement et la divulgation des éléments factuels du rapport est l'arrêt *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)* de la Cour d'appel fédérale, qui ne permet pas d'affirmer que l'on peut prélever des éléments factuels d'un document protégé par un privilège.

La protonotaire a commis une erreur de droit en statuant que le rapport ne donnait pas lieu à l'application du privilège d'intérêt public. Il est important de protéger l'intégrité du processus sommaire du CCM pour éviter de devoir tenir une instance formelle en bonne et due forme. Les paragraphes 63(5) et 63(6) de la *Loi sur les juges* constituent une nette reconnaissance du fait que l'intégrité du processus d'enquête du CCM risque d'être minée si l'on ne garantit pas la confidentialité. La réponse à la question cruciale de savoir s'il y a lieu de protéger ou de divulguer des renseignements déterminés repose sur le juste équilibre entre l'intérêt qu'a le public à la transparence et au maintien de sa confiance dans l'intégrité du processus judiciaire et son intérêt face à la confidentialité et à l'utilisation optimale des rares ressources judiciaires. La notification au demandeur par le CCM du fait que sa plainte était rejetée était fort détaillée et le renseignait suffisamment sur ce qu'il devait démontrer devant la Cour fédérale pour obtenir gain de cause.

Enfin, le demandeur n'a pas démontré qu'il a satisfait aux critères des « motifs très clairs » nécessaires pour justifier de convertir la présente demande en action.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 15.
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 3 « institution fédérale » (mod. par L.C. 2006, ch. 9, art. 141), 4 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 1(F); 2001, ch. 27, art. 202; 2006, ch. 9, art. 143), 23, 25, annexe I.

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.4(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28).

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 51 (as am. *idem*, s. 33; 2007-130, s. 3), 151, 317 (as am. by SOR/2002-417, s. 19; 2006-219, s. 11 (F)).

Judges Act, R.S.C., 1985, c. J-1, ss. 59 (as am. by S.C. 1996, c. 30, s. 6; 1999, c. 3, s. 77; 2002, c. 7, s. 195; c. 8, s. 104), 60(2)(c), 63 (as am. *idem*, s. 106), 64 (as am. *idem*, s. 111(E)), 65 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 27, s. 5; S.C. 2002, c. 8, s. 111(E)).

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.4(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28).

Loi sur les juges, L.R.C. (1985), ch. J-1, art. 59 (mod. par L.C. 1996, ch. 30, art. 6; 1999, ch. 3, art. 77; 2002, ch. 7, art. 195; ch. 8, art. 104), 60 (2)(c), 63 (mod., *idem*, art. 106), 64 (mod., *idem*, art. 111(A)), 65 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 27, art. 5; L.C. 2002, ch. 8, art. 111(A)).

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 51 (mod., *idem*, art. 33; 2007-130, art. 3), 151, 317 (mod. par DORS/2002-417, art. 19; 2006-219, art. 11 (F)).

CASES CITED

APPLIED:

Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission), 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809, 238 D.L.R. (4th) 1, 12 Admin. L.R. (4th) 171; *College of Physicians of B.C. v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2002 BCCA 665, 9 B.C.L.R. (4th) 1, [2003] 2 W.W.R. 279, 23 C.P.R. (4th) 38.

DISTINGUISHED:

Blank v. Canada (Minister of Justice), 2007 FCA 87, 280 D.L.R. (4th) 540, 54 Admin. L.R. (4th) 150, 363 N.R. 378; *Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1573, [2005] 3 F.C.R. 82, 24 Admin. L.R. (4th) 55, 4 B.L.R. (4th) 172.

CONSIDERED:

Cosgrove v. Canadian Judicial Council, 2007 FCA 103, [2007] 4 F.C.R. 714, 64 Admin. L.R. (4th) 90, 361 N.R. 201; *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, 2003 FCA 488, [2004] 2 F.C.R. 459, 30 C.P.R. (4th) 40, 315 N.R. 175; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, (1999), 169 D.L.R. (4th) 385, [1999] 8 W.W.R. 364; *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574, 294 D.L.R. (4th) 385, 74 Admin. L.R. (4th) 38; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, (1999), 171 D.L.R. (4th) 193, 133 C.C.C. (3d) 257; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, 318 D.L.R. (4th) 1, 254 C.C.C. (3d) 469; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, 14 Admin. L.R. (3d) 173; *Gower v. Tolko Manitoba Inc.*, 2001 MBCA 11 (CanLII), 196 D.L.R. (4th) 716, [2001] 4 W.W.R. 622, 7 C.C.E.L. (3d) 1; *R. v. Ahmad*, 2008 CanLII 27470, 59 C.R. (6th) 308 (Ont. S.C.J.); *Macinnis v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 464, (1994), 113 D.L.R. (4th) 529, 25 Admin. L.R. (2d) 294 (C.A.); *Association des crabiers*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne), 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809; *College of Physicians of B.C. v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2002 BCCA 665, 9 B.C.L.R. (4th) 1, [2003] 2 W.W.R. 279, 23 C.P.R. (4th) 38.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Blank c. Canada (Ministre de la Justice), 2007 CAF 87; *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1573, [2005] 3 R.C.F. 82.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Cosgrove c. Conseil canadien de la magistrature, 2007 CAF 103, [2007] 4 R.C.F. 714; *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, 2003 CAF 488, [2004] 2 R.C.F. 459; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Gower v. Tolko Manitoba Inc.*, 2001 MBCA 11 (CanLII), 196 D.L.R. (4th) 716, [2001] 4 W.W.R. 622, 7 C.C.E.L. (3d) 1; *R. v. Ahmad*, 2008 CanLII 27470, 59 C.R. (6th) 308 (C.S.J. Ont.); *Macinnis c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 464 (C.A.); *Association des crabiers acadiens Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 357.

acadiens Inc. v. Canada (Attorney General), 2009 FCA 357, 402 N.R. 123.

REFERRED TO:

R. v. Baltrusaitis, 2002 CanLII 36440, 58 O.R. (3d) 161, 162 C.C.C. (3d) 539, 155 O.A.C. 249 (C.A.); *Canada v. Aqua-Gem Investment Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425, [1993] 1 C.T.C. 186, 93 D.T.C. 5080 (C.A.); *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, (1979), 105 D.L.R. (3d) 745, 50 C.C.C. (2d) 495; *Murchison v. Export Development Canada*, 2009 FC 77, 354 F.T.R. 18.

AUTHORS CITED

Bryant, Alan W. *et al. The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2009.
 Procedures for Dealing with Complaints made to the Canadian Judicial Council about Federally Appointed Judges: “Complaints Procedures”. Approved by the Canadian Judicial Council September 27, 2002, effective 1 January 2003.
 Sopinka, J. *et al. The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, Vol. 8. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL from a decision (2011 FC 476, 388 F.T.R. 217) by a Prothonotary ordering the Canadian Judicial Council (CJC) to produce portions of a report in which the CJC alleged the existence of various privileges. Appeal allowed.

APPEARANCES

Rocco Galati for applicant.
Kathryn Hucal for respondents.
Paul J. J. Cavalluzzo and *Adrienne Telford* for intervener.

SOLICITORS OF RECORD

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

DÉCISIONS CITÉES :

R. v. Baltrusaitis, 2002 CanLII 36440, 58 R.J.O. (3^e) 161, 162 C.C.C. (3d) 539, 155 O.A.C. 249 (C.A.); *Canada c. Aqua-Gem Investment Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.); *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Murchison c. Exportation et développement Canada*, 2009 CF 77.

DOCTRINE CITÉE

Bryant, Alan W. *et al. The Law of Evidence in Canada*, 3^e éd. Markham (Ont.) : LexisNexis Canada, 2009.
 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 ». Approuvée par le Conseil canadien de la magistrature le 27 septembre 2002, en vigueur le 1^{er} janvier 2003.
 Sopinka, J. *et al. The Law of Evidence in Canada*, 2^e éd. Toronto : Butterworths, 1999.
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, vol. 8. Boston : Little, Brown & Co., 1961.

APPEL à l’encontre d’une décision (2011 CF 476) d’une protonotaire ordonnant au Conseil canadien de la magistrature (le CCM) de produire les passages d’un rapport sur lesquels le CCM revendiquait divers privilèges. Appel accueilli.

ONT COMPARU

Rocco Galati pour le demandeur.
Kathryn Hucal pour les défendeurs.
Paul J. J. Cavalluzzo et *Adrienne Telford* pour l’intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

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

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

[1] DE MONTIGNY J.: This is an appeal pursuant to rule 51 [as am. by SOR/2004-283, s. 33; 2007-130, s. 3] of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] (Rules) of a decision of Prothonotary Milczynski dated April 19, 2011 [2011 FC 476, 388 F.T.R. 217], whereby she ordered the Canadian Judicial Council (CJC or Council) to produce portions of a report in which it alleges the existence of various privileges.

[2] The issues raised in this appeal are vitally important for the conduct of investigations by the CJC into complaints or allegations made in respect of a judge of a superior court. The gist of the debate is whether the report prepared by counsel appointed by the CJC to make further inquiries into the complaint should be kept confidential or ought to be produced (in whole or in part) to form part of the record for the purposes of rule 317 [as am. by SOR/2002-417, s. 19; 2006-219, s. 11(F)] of the Rules, in the context of an application for judicial review.

[3] For the reasons that follow, I am of the view that the Prothonotary's decision must be quashed. I find that she erred in finding that only the legal recommendation portion of the report prepared by Professor Friedland is protected by the solicitor-client privilege, and that the public interest privilege does not otherwise apply. Finally, I am also of the view that this application for judicial review does not warrant conversion into an action.

1. The Facts

[4] Paul Slansky is a barrister and solicitor in the province of Ontario. He was called to the Bar in 1986, and has been a sole practitioner for most of his career. His practice has focused on criminal law, and he was involved in a number of murder cases.

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

[1] LE JUGE DE MONTIGNY : La Cour est saisie d'un appel interjeté en vertu de la règle 51 [mod. par DORS/2004-283, art. 33; 2007-130, art. 3] des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] les Règles à l'encontre d'une décision en date du 19 avril 2011 [2011 CF 476] par laquelle la protonotaire Milczynski a ordonné au Conseil canadien de la magistrature (le CCM ou le Conseil) de produire les passages de rapport sur lesquels le Conseil revendique divers privilèges.

[2] Les questions soulevées dans le présent appel revêtent une importance cruciale pour le déroulement des enquêtes menées par le CCM au sujet des plaintes ou des allégations formulées à l'égard d'un juge d'une cour supérieure. Le débat porte essentiellement sur la question de savoir si le rapport établi par l'avocat chargé par le CCM de mener une enquête supplémentaire au sujet de la plainte devrait être gardé confidentiel ou s'il devrait être produit (en totalité ou en partie) et être versé au dossier conformément à la règle 317 [mod. par DORS/2002-417, art. 19; 2006-219, art. 11(F)] des Règles, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire.

[3] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que la décision de la protonotaire doit être annulée. J'estime qu'elle a commis une erreur en concluant que seule la partie du rapport du professeur Friedland contenant les recommandations juridiques de ce dernier bénéficiait de la protection du secret professionnel de l'avocat et que le privilège d'intérêt public ne s'appliquait par ailleurs pas. Je suis également d'avis que la présente demande de contrôle judiciaire ne justifie pas de convertir la demande en action.

1. Les faits

[4] M^e Paul Slansky est avocat et procureur dans la province d'Ontario. Admis au Barreau en 1986, il a exercé sa profession à titre individuel pendant la plus grande partie de sa carrière. Il a surtout exercé dans le domaine du droit criminel et a participé à plusieurs procès pour meurtre.

[5] Mr. Slansky acted as defence counsel for the re-trial of an accused charged with first degree murder. At the end of his first trial in 1996, the accused was found guilty, but his conviction was overturned by the Court of Appeal and a new trial was ordered (*R. v. Baltrusaitis*, 2002 CanLII 36440, 58 O.R. (3d) 161 (C.A.)). It is in the context of the second trial, presided over by the Honourable Justice Thompson, that the incidents giving rise to the complaint to the CJC took place. This second trial, which ended in an acquittal, was quite complex and lengthy: there were 40 days of pre-trial motions, a mistrial because the jury became tainted, and the trial proper which had to be moved from Walkerton to Owen Sound and which lasted 130 days.

[6] Early on in the re-trial, it became clear that both Mr. Slansky and Justice Thompson took exception to each other's conduct. They both filed a complaint before their respective regulatory bodies. In the case of Mr. Slansky, the Law Society of Upper Canada decided that the matter should not be the subject of discipline or proceed to a hearing, and the file was closed. The complaint filed against Justice Thompson warrants further discussion.

[7] On August 12, 2004, Mr. Slansky filed a complaint against Justice Thompson. In a 16-page letter, he alleged serious misconduct, including bias, improper motive, abuse of office and knowingly acting contrary to the law.

[8] Given the complexity of some of the legal and other issues involved in the complaint, the Chairperson of the Judicial Conduct Committee, Chief Justice Scott of Manitoba, retained Professor Martin L. Friedland, a law professor at the University of Toronto, to conduct further inquiries and prepare a report (the Friedland Report or Report). In his letter confirming his appointment, Mr. Norman Sabourin, Executive Director and General Counsel of the CJC, quoted the following excerpt from the policy of the CJC with respect to counsel retained in judicial conduct matters:

[5] M^e Slansky agissait comme avocat de la défense lors du nouveau procès d'un individu accusé de meurtre au premier degré. À l'issue du premier procès qui s'est déroulé en 1996, l'accusé a été jugé coupable, mais sa condamnation a été infirmée par la Cour d'appel et la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée (*R. v. Baltrusaitis*, 2002 CanLII 36440, 58 R.J.O. (3^e) 161 (C.A.)). C'est à l'occasion du second procès, qui était présidé par M. le juge Thompson, que les incidents à l'origine de la plainte déposée devant le CCM sont survenus. Ce second procès, qui s'est soldé par un acquittement, était très long et très complexe : les requêtes préalables à l'instruction ont nécessité 40 jours. Le procès a dû être annulé parce que le jury avait été contaminé et le lieu du procès lui-même a dû être déplacé de Walkerton à Owen Sound. Le procès a duré 130 jours.

[6] Dès le début du nouveau procès, il est devenu évident que M^e Slansky et le juge Thompson avaient des reproches à s'adresser l'un à l'autre au sujet de leur conduite respective. Ils ont chacun porté plainte en s'adressant à leur organisme de réglementation respectif. Dans le cas de M^e Slansky, le Barreau du Haut-Canada a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'infliger de sanctions disciplinaires ou de faire instruire l'affaire et le dossier a été clos. Dans le cas de la plainte portée contre le juge Thompson, l'affaire mérite un examen plus approfondi.

[7] Le 12 août 2004, M^e Slansky a déposé une plainte contre le juge Thompson. Dans une lettre de 16 pages, il accusait le juge Thompson d'inconduite grave et notamment de partialité, de malveillance, d'abus d'autorité et d'avoir sciemment contrevenu à la loi.

[8] Compte tenu de la complexité de certaines des questions soulevées par la plainte et notamment des questions de droit qu'elle comportait, le président du Comité sur la conduite des juges, le juge en chef Scott du Manitoba, a retenu les services du professeur Martin L. Friedland, professeur de droit à l'Université de Toronto, qu'il a chargé de mener une enquête supplémentaire et de rédiger un rapport (le rapport Friedland ou le rapport). Dans la lettre confirmant sa désignation, M^e Norman Sabourin, directeur exécutif et avocat général principal du CCM, a cité l'extrait suivant de la

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. Such Counsel acts on the instructions of the Chairperson or the Panel.

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 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.

[9] In his affidavit filed as part of the motion record of CJC before the Prothonotary, Mr. Sabourin states that counsel reviewed the minutes, transcripts and recordings of the proceedings, as well as Justice Thompson’s numerous substantive and procedural rulings. Counsel also interviewed several individuals familiar with the criminal matter, including Mr. Slansky, Justice Thompson, three Crown counsel, the Regional Director of Crown attorneys, seven members of court staff and Regional Senior Justice Bruce Durno.

politique du CCM concernant les avocats engagés pour faire enquête dans les affaires relatives à la conduite d’un juge :

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’avocat qui assume cette fonction agit conformément aux directives du président ou du 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 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.

[9] Dans l’affidavit qui a été versé au dossier de requête du CCM soumis à la protonotaire, M^e Sabourin affirmait que l’avocat avait examiné le procès-verbal, la transcription et les enregistrements des débats ainsi que les nombreuses décisions rendues par le juge Thompson sur le fond et sur la procédure. L’avocat avait également interrogé plusieurs personnes qui connaissaient bien le dossier criminel, y compris M^e Slansky, le juge Thompson, trois procureurs de la Couronne, le directeur régional des procureurs de la Couronne, sept membres

[10] Upon concluding his inquiries, Professor Friedland reported on his findings and analysis. In his report, he reviewed the material evidence and made recommendations and provided advice to the Chairperson with respect to his adjudicative functions and with respect to the CJC's mandate regarding judicial conduct generally. Interestingly, the cover of the Report indicates that the document is confidential and subject to solicitor-client privilege. This would tend to confirm Mr. Sabourin's statement in his affidavit (at paragraph 27) that his expectations and those of the Chairperson are that Mr. Friedland's Report would constitute legal advice.

[11] Upon review of the Report, the Chairperson determined that the complaint did not warrant further investigation as it did not establish misconduct on the part of Justice Thompson. On March 9, 2006, Mr. Sabourin wrote to Mr. Slansky on behalf of the Chairperson, providing lengthy and detailed reasons for dismissing his complaint.

[12] On April 18, 2006, Mr. Slansky applied for a judicial review of the CJC's decision. He sought a declaration that: (i) the CJC refused to exercise its jurisdiction and conducted a flawed, faint, and anemic investigation; (ii) the CJC erred in law in its interpretation of Justice Thompson's conduct; (iii) the CJC exceeded its jurisdiction by passing erroneous and flawed judgment on the applicant's conduct at trial, as defence counsel, as justification for the judge's sanctionable conduct; and that (iv) the complaint mechanism of the CJC, of having judge judging judges' misconduct, is unconstitutional and of no force and effect and gives rise to a reasonable apprehension of institutional bias, and constitutes a breach of the applicant's rights under sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]. He also sought an order quashing the decision of the CJC and returning the

du personnel judiciaire ainsi que le juge principal régional Bruce Durno.

[10] Après avoir terminé son enquête, le professeur Friedland a rédigé un rapport dans lequel il faisait état de ses conclusions et de son analyse. Dans son rapport, il a passé en revue les principaux éléments de preuve et a formulé des recommandations et proposé son avis au président au sujet de ses fonctions juridictionnelles et au sujet du mandat du CCM en ce qui concerne la conduite des juges en général. Fait intéressant à signaler, la page couverture du rapport porte une mention indiquant que le document est confidentiel et qu'il est protégé par le secret professionnel de l'avocat, ce qui tendrait à confirmer l'affirmation que M^e Sabourin a faite dans son affidavit (au paragraphe 27) suivant laquelle lui et le président s'attendaient à ce que le rapport de M^e Friedland constitue une opinion juridique.

[11] Après examen du rapport, le président a estimé que la plainte ne justifiait pas une enquête plus poussée étant donné qu'elle ne démontrait pas que le juge Thompson s'était rendu coupable d'inconduite. Le 9 mars 2006, M^e Sabourin a écrit à M^e Slansky au nom du président une lettre dans laquelle il donnait une réponse très longue et détaillée dans laquelle il exposait en long et en large les motifs du rejet de la plainte.

[12] Le 18 avril 2006, M^e Slansky a présenté une demande de contrôle judiciaire de la décision du CCM. Il sollicitait un jugement déclaratoire portant que : i) le CCM avait refusé d'exercer sa compétence et avait mené une enquête viciée, superficielle et anémique; ii) le CCM avait commis une erreur de droit dans son interprétation de la conduite du juge Thompson; iii) le CCM avait outrepassé sa compétence en jugeant de façon erronée et viciée le comportement du demandeur au procès en tant qu'avocat de la défense pour justifier la conduite répréhensible du juge; iv) le mécanisme de règlement des plaintes du CCM, qui consiste à faire juger l'inconduite d'un juge par un autre juge, est inconstitutionnel et est donc invalide et sans effet et donne lieu à une crainte raisonnable de partialité institutionnelle, en plus de porter atteinte aux droits garantis au demandeur par les articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*,

matter back to the CJC to re-conduct its investigation and review, in accordance with the direction of the Court.

[13] For the purposes of his proceeding, Mr. Slansky wrote to the CJC and sought the production of all documents with respect to the complaint investigation and the decision of the CJC with respect to the complaint, as well as the CJC's entire file dealing with the decision to close the file regarding the complaint. The CJC provided the record, with the exception of certain documents, including the Friedland Report. The CJC opposed the production of that report on the basis that it was protected by both solicitor-client and public interest privileges.

[14] It is as a result of this response that Mr. Slansky brought a motion in which he sought an order to convert his judicial review application into an action or, alternatively, an order compelling the CJC to produce the Friedland Report in its entirety. On April 19, 2011, Madam Prothonotary Milczynski granted the motion in part, ordering the CJC to file a copy of the Friedland Report and to indicate on the copy those portions that should be redacted because they contain legal advice (*Slansky v. Canada (Attorney General)*, 2011 FC 476 (*Slansky*) (available on CanLII)).

2. The Impugned Decision

[15] At the hearing, Mr. Slansky's submissions focused on the alternative argument, that is, whether the CJC should be compelled to release the Friedland Report as contemplated by rule 317 of the Rules. As a result, the Prothonotary framed the issue as being "whether as the CJC submits, the engagement of Professor Friedland gave rise to a solicitor-client relationship, and/or the information sought to be produced is protected by public interest privilege" (*Slansky*, above, at paragraph 23). Having found that only the portions of the Report that constitute legal advice are protected by solicitor-client privilege and should be redacted, she decided that it was not necessary to address the issue of converting the

1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]. M^e Slansky sollicitait également une ordonnance annulant la décision du CCM et renvoyant l'affaire au CCM pour qu'il procède à un nouvel examen plus approfondi de la plainte en se conformant aux directives de la Cour.

[13] Pour les besoins de la présente instance, M^e Slansky a écrit au CCM pour lui réclamer la production de tous les documents se rapportant à la plainte, à l'enquête et à la décision du CCM relativement à la plainte, ainsi que le dossier intégral du CCM concernant la décision du CCM de fermer le dossier de la plainte. Le CCM a produit le dossier, à l'exception de certains documents, dont le rapport Friedland. Le CCM s'opposait à la production de ce rapport au motif qu'il était protégé par le secret professionnel de l'avocat ainsi que par un privilège d'intérêt public.

[14] C'est en raison de cette réponse que M^e Slansky a présenté une requête par laquelle il réclamait le prononcé d'une ordonnance convertissant sa demande de contrôle judiciaire en action ou, à titre subsidiaire, une ordonnance forçant le CCM à produire le rapport Friedland dans son intégralité. Le 19 avril 2011, la protonotaire Milczynski a fait droit à la requête en partie en ordonnant au CCM de déposer une copie du rapport Friedland en indiquant sur cette copie les passages à expurger au motif qu'ils renfermaient un avis juridique (*Slansky c. Canada (Procureur général)*, 2011 CF 476 (*Slansky*) (publiée sur CanLII)).

2. La décision contestée

[15] À l'audience, M^e Slansky a principalement fait porter son argumentation sur son moyen subsidiaire suivant lequel le CCM devrait être contraint de produire le rapport Friedland conformément à la règle 317 des Règles. La protonotaire a par conséquent expliqué que la question en litige était « celle de savoir, comme l'explique le CCM, si l'engagement du professeur Friedland a donné lieu à une relation avocat-client et/ou si les renseignements que l'on cherche à faire produire sont protégés par un privilège d'intérêt public » (*Slansky*, précitée, au paragraphe 23). Ayant conclu que seules les parties du rapport qui constituaient une opinion juridique étaient protégées par le secret professionnel de l'avocat

application for judicial review into an action (*Slansky*, above, at paragraph 2).

[16] First, the Prothonotary declared that the essential elements in determining whether the Friedland Report ought to be produced lie in the terms of Professor Friedland's engagement and in the description of the role and function of counsel retained by the CJC in the conduct of inquiries under paragraph 5.1(c) of the Council's Complaints Procedures [Procedures for Dealing with Complaints made to the Canadian Judicial Council about Federally Appointed Judges, 1 January 2003]. She noted that the terms of the engagement letter indicate the relationship between the CJC and Counsel is not intended to create a solicitor-client relationship and that the stated purpose of the engagement is not to provide legal advice. Accordingly, she found that Mr. Friedland was retained as a "skilled investigator" and a fact-gatherer.

[17] She acknowledged the CJC's concerns that if assurances of confidentiality are not given to persons being interviewed, they may feel vulnerable or wary that a proper working professional or supervisory relationship would be compromised, and may not be as candid as they would if confidentiality is the rule. This, in turn, could prompt the CJC to take the route of a formal investigation by way of a panel, where evidence under oath is compelled, to ensure that the information obtained is fulsome and reliable. While these are understandable practical considerations, given the constraints of the *Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1, as to how the CJC receives and investigates complaints, they are not determinative of the issue on the motion, which is whether the engagement of Professor Friedland gave rise to a solicitor-client relationship and/or whether the information sought to be produced is protected by public interest privilege. Sections 63 through 65 [ss. 63 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 106), 64 (as am. *idem*, s. 111(E)), 65 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 27, s. 5; S.C. 2002, c. 8, s. 111(E))] of the *Judges Act* have been reproduced in the Annex, for ease of reference.

et devaient être expurgées de la copie qui sera produite et qui sera déposée à la Cour, la protonotaire a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'aborder la question de la conversion de la demande de contrôle judiciaire en action (*Slansky*, précitée, au paragraphe 2).

[16] En premier lieu, la protonotaire a déclaré que les éléments essentiels à examiner pour déterminer si le rapport Friedland devait être produit résidaient dans les modalités de l'engagement du professeur Friedland ainsi que dans la description du rôle et des fonctions de l'avocat engagé par le CCM pour mener l'enquête prévue à l'alinéa 5.1(c) des Procédures relatives aux plaintes [Procédures relatives à l'examen des plaintes déposées au Conseil canadien de la magistrature au sujet des juges de nomination fédérale, 1^{er} janvier 2003]. Elle a fait observer que les modalités de la lettre d'engagement indiquaient bien que les rapports entre le CCM et l'avocat chargé de mener l'enquête n'étaient pas censés créer une relation avocat-client et que les services de cet avocat n'étaient pas retenus en vue d'obtenir des conseils juridiques. Elle a par conséquent estimé que M^e Friedland avait été engagé comme « enquêteur compétent » chargé de recueillir les faits.

[17] Elle a pris acte des préoccupations du CCM, qui signalait que les personnes qui possèdent des renseignements au sujet de la plainte étaient souvent susceptibles de se sentir vulnérables ou qu'elles pouvaient estimer que les relations de travail professionnelles ou hiérarchiques pouvaient souffrir si leur avis au sujet de la plainte était porté à la connaissance de leurs collègues ou du public, de sorte que ces personnes risquaient de ne pas être aussi transparentes qu'elles ne le seraient si la confidentialité était la règle. Le CCM serait ainsi incité à recourir à des audiences en bonne et due forme au cours desquelles des personnes seraient contraintes à témoigner sous serment pour s'assurer que les renseignements recueillis soient complets et fiables. Bien que ces considérations d'ordre pratique soient compréhensibles, vu les contraintes imposées par la *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1, sur la façon dont le CCM reçoit et instruit les plaintes, ces considérations ne sont pas déterminantes quant à la question soulevée par la requête, en l'occurrence celle de savoir si l'engagement du professeur Friedland donnait lieu à une relation avocat-client et/ou si les renseignements que l'on cherchait

[18] The Prothonotary then turned to the solicitor-client privilege. After having reviewed the essential features of that privilege, she considered the CJC's argument that in addition to fact-gathering, Professor Friedland was instructed to provide a lawyer's analysis and recommendations, and that it was indeed the expectation of CJC that the Report would be confidential and would constitute legal advice. Having examined the Report carefully, the Prothonotary found that Professor Friedland provided more than facts and offered some legal analysis and advice. This did not constitute unsolicited legal advice, however, since Mr. Sabourin made it clear in his affidavit that persons engaged as counsel are instructed "to provide a lawyer's analysis and recommendations in respect of those allegations" of misconduct for consideration by the Chairperson of the Judicial Conduct Committee.

[19] While the Prothonotary was prepared to accept that the legal recommendation portion of the Report does attract the solicitor-client privilege, it did not entail, in her view, that the entirety of the Report ought to benefit from the same privilege. Prothonotary Milczynski stated the following about that crucial distinction (*Slansky*, above, at paragraph 30):

However, that part of the Friedland Report attracts solicitor-client privilege does not mean that the entirety of the Report should be withheld on the grounds of privilege. As noted in *Blank v. Canada (Minister of Justice)* (2007), 280 DLR (4th) 540 (FCA), it is possible to sever the "fact-gathering" investigative work product prepared by "Counsel" where Professor Friedland sets out the facts of what happened at the trial and his interviews with individuals with knowledge for the purposes of clarifying the allegations. These facts are separate and distinct from the advice given on legal issues that is privileged. In this regard, at

à faire produire étaient protégés par un privilège d'intérêt public. Les articles 63 à 65 [art. 63 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 106), 64 (mod., *idem*, art. 111(A)), 65 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 27, art. 5; L.C. 2002, ch. 8, art. 111(A)) de la *Loi sur les juges* sont reproduits en annexe par souci de commodité.

[18] La protonotaire a ensuite examiné la question du secret professionnel de l'avocat. Après avoir examiné les caractéristiques essentielles de ce privilège, elle a examiné l'argument du CCM suivant lequel, outre sa mission d'enquêteur, le professeur Friedland avait reçu pour instruction de soumettre l'analyse et les recommandations d'un avocat relativement aux allégations et que le CCM s'attendait effectivement à ce que le rapport rédigé par l'avocat soit confidentiel et à ce qu'il soit considéré comme contenant une opinion juridique. Après avoir examiné attentivement le rapport, la protonotaire a conclu que le professeur Friedland ne s'était pas contenté d'exposer les faits et qu'il avait offert en fait jusqu'à un certain point une analyse et un avis juridiques. Il ne s'agissait toutefois pas d'un avis juridique non sollicité, étant donné que M^e Sabourin avait bien précisé dans son affidavit que ceux qui sont engagés comme avocats reçoivent pour instruction de proposer leur analyse et leurs recommandations en tant qu'avocats au sujet des allégations d'inconduite judiciaire en vue de leur examen par le président du Comité sur la conduite des juges.

[19] Tout en se disant disposée à accepter que la partie du rapport relative aux recommandations juridiques était protégée par le secret professionnel de l'avocat, la protonotaire Milczynski a toutefois estimé que ce privilège ne devait pas s'appliquer pour autant à la totalité du rapport. Voici ce qu'elle a déclaré au sujet de cette distinction cruciale (*Slansky*, précitée, au paragraphe 30) :

Toutefois, ce n'est pas parce qu'une partie du rapport Friedland est protégée par le secret professionnel de l'avocat que la communication de tout le rapport devrait être refusée en raison de ce privilège. Ainsi que la Cour d'appel fédérale le fait observer dans l'arrêt *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, (2007), 280 DLR (4th) 540 (CAF), il est possible de prélever les faits recueillis par « l'avocat » dans le cadre de son travail d'enquête en ne divulguant pas les faits constatés par le professeur Friedland au sujet de ce qui s'est produit au procès, de même que les entrevues qu'il a réalisées avec des personnes

the hearing of the motion the matter of possible redaction was discussed (to the extent solicitor-client privilege was not found to have been waived). The report could have those portions redacted, a suggestion that was, however, rejected by the CJC. Nonetheless, this manner of proceeding is appropriate in the circumstances. The facts gathered by Professor Friedland in his role as “Counsel” regarding the trial and for clarification of the allegations cannot be withheld simply because another part of the report deals with legal issues and advice about them. It is appropriate instead to redact the legal advice in the report, and by way of example, such redaction would include the portion of the report from the middle of page 23 to the end of page 30.

[20] The Prothonotary then dealt with Mr. Slansky’s argument that to the extent that all or part of the Friedland Report was protected by solicitor-client privilege, the CJC must be deemed to have waived this privilege due to third party disclosure. She observed that the CJC had provided a copy of the Report to the Law Society of Upper Canada [LSUC] to be included in its investigation of the complaint filed by Justice Thompson against Mr. Slansky. She also noted that a further copy was sent to the Deputy Attorney General at the request of Justice Thompson for this purpose. In her view, though, the CJC and the LSUC have a similar mandate and a common goal in investigating complaints of misconduct, particularly in a case where complaints were filed against both judge and counsel in the same proceeding. For that reason, she was of the view that Mr. Slansky’s argument was untenable due to the common interest of these regulatory bodies in the proper disposition of the complaints.

[21] The Prothonotary then considered the CJC’s argument that what is not protected by solicitor-client privilege otherwise benefits from a public interest privilege. The public interest identified by the CJC in support of its argument is the concern that, without assurances of confidentiality, it could be difficult to obtain complete, reliable and candid information about a judge against whom a complaint has been filed. She also

au courant des faits en vue d’obtenir d’elles des éclaircissements au sujet des allégations. Ces faits sont distincts des avis donnés sur des questions juridiques protégées par un privilège. À ce propos, lors de l’instruction de la requête, on a effectivement envisagé la possibilité d’expurger le rapport (dans la mesure où l’on ne concluait pas qu’il y avait eu renonciation au secret professionnel de l’avocat). On aurait pu prélever ces passages du rapport, mais le CCM a écarté cette possibilité. Néanmoins, cette façon de procéder était appropriée dans les circonstances. On ne saurait refuser de divulguer les faits recueillis par le professeur Friedland en sa qualité d’« avocat » au sujet du procès et de la clarification des allégations pour la simple raison qu’une autre partie du rapport porte sur des questions juridiques et sur les avis donnés à leur sujet. Il convient plutôt d’expurger du rapport les conseils juridiques qui s’y trouvent et, à titre d’exemple, on pourrait prélever la partie du rapport comprise entre le milieu de la page 23 et la fin de la page 30.

[20] La protonotaire a ensuite examiné l’argument de M^e Slansky suivant lequel, dans la mesure où le rapport final était en tout ou en partie protégé par le secret professionnel de l’avocat, le CCM devait être présumé avoir renoncé à ce privilège en divulguant le rapport à des tiers. Elle a fait observer que le CCM avait transmis une copie du rapport au Barreau du Haut-Canada en vue de le faire verser au dossier de l’enquête que le Barreau menait sur la plainte déposée par le juge Thompson contre M^e Slansky. Elle a également fait observer qu’une autre copie avait été envoyée aux mêmes fins au sous-procureur général à la demande du juge Thompson. À son avis, le CCM et le Barreau du Haut-Canada avaient un mandat similaire et un but commun pour ce qui était d’enquêter sur les plaintes d’inconduite, surtout lorsque des plaintes sont déposées contre un juge et un avocat ayant participé au même procès. Pour cette raison, elle a estimé que l’argument de M^e Slansky était intenable en raison des intérêts en commun que ces organismes de réglementation partageaient du fait qu’ils avaient à cœur qu’une bonne décision soit rendue au sujet des plaintes en question.

[21] La protonotaire a ensuite examiné l’argument du CCM suivant lequel les renseignements qui ne sont pas protégés par le secret professionnel de l’avocat bénéficient par ailleurs de la protection d’un privilège d’intérêt public. L’intérêt public invoqué par le CCM à l’appui de son argument portait sur le fait que, sans garantie de confidentialité, il serait difficile d’obtenir des renseignements complets, fiables et francs au sujet du juge visé

took into consideration CJC's assertion that judicial independence could be compromised if a judge's state of mind during the deliberative or decision-making process were to be made public. However, she was not convinced by those arguments, and observed that no evidence was put forward that people who were interviewed for the Friedland Report would not have been as forthcoming had they known that their information might become public. She also stressed that the CJC can always resort to a formal inquiry with the attendant power to compel witnesses under oath, if it feels that an informal investigation did not produce reliable and comprehensive evidence.

[22] The following paragraph captures the essence of the Prothonotary's reasoning on this issue (*Slansky*, above, at paragraph 38):

I am satisfied that there is a public interest in knowing how the CJC deals with complaints against judges to ensure the public has confidence in the integrity of the process, and to also ensure that the application for judicial review can be conducted in a meaningful way. I cannot conclude that disclosure of the facts would so impair this or future investigations of complaints against members of the judiciary. The fact that a complaint had been made was not in and of itself secret, and it would be no secret necessarily as to who would be sought out by Counsel for information. In any event, to the extent there is such concern, counsel for the Applicant made a suggestion at the hearing of the motion that names might be redacted or to the extent it was applicable, Rule 151 of the *Federal Courts Rules* might be engaged on a further motion to seal any particularly sensitive information. This suggestion was also rejected by the CJC at the hearing, but remains an option that may be pursued on further motion if necessary, at a later date.

[23] For all the foregoing reasons, the Prothonotary ordered the CJC to file a copy of the Friedland Report, indicating on the copy those portions that are to be redacted in accordance with her reasons. Once finalized by the Court, the redacted Report was then to be

par la plainte. La protonotaire a également tenu compte d'un argument du CCM suivant lequel l'indépendance de la magistrature pourrait être compromise si l'état d'esprit du juge au cours du processus de délibération ou de prise de décision était rendu public. Elle a toutefois expliqué que ces arguments ne la convainquaient pas et elle a fait observer que rien ne permettait de penser que les gens qui avaient été interrogés en vue de la rédaction du rapport Friedland n'auraient pas été francs s'ils avaient su que les renseignements qu'ils communiquaient pouvaient devenir publics. Elle a également souligné qu'il était toujours loisible au CCM de tenir une enquête formelle qui lui permettrait de contraindre des personnes à témoigner sous serment s'il estimait que l'enquête informelle n'avait pas permis de recueillir des éléments de preuve fiables et suffisamment complets.

[22] Le paragraphe suivant traduit l'essentiel du raisonnement de la protonotaire sur cette question (*Slansky*, précitée, au paragraphe 38) :

Je suis convaincue qu'il est dans l'intérêt du public de savoir comment le CCM traite les plaintes portées contre des juges pour s'assurer de la confiance du public en qui concerne l'intégrité du processus, et pour s'assurer aussi que la demande de contrôle judiciaire puisse être examinée utilement. Je ne puis conclure que la divulgation des faits porterait atteinte à l'examen de la présente plainte ou de toute autre plainte qui pourrait à l'avenir être portée contre des membres de la magistrature. Le fait qu'une plainte a été portée n'était pas en soi un secret et l'identité des personnes auprès desquelles l'avocat chercherait à obtenir des renseignements ne serait pas non plus nécessairement un secret. En tout état de cause, dans la mesure où cette préoccupation existe, l'avocat du demandeur a suggéré à l'audience que le nom de ces personnes soit expurgé ou que l'article 151 des *Règles des Cours fédérales* pourrait éventuellement s'appliquer lors de la présentation d'une requête ultérieure en confidentialité portant sur des renseignements particulièrement sensibles. Cette suggestion a également été rejetée par le CCM à l'audience, mais elle demeure une mesure qui peut être réclamée au besoin plus tard dans le cadre d'une autre requête.

[23] Pour tous ces motifs, la protonotaire a ordonné au CCM de déposer une copie du rapport Friedland et d'indiquer sur cette copie les passages à expurger, le tout conformément à ses motifs. Après que la Cour en aurait établi la version définitive expurgée, le rapport Friedland

produced and to form part of the record for the purposes of rule 317 of the Rules.

3. The Statutory Regime

[24] The CJC is a statutory body created by section 59 [as am. by S.C. 1996, c. 30, s. 6; 1999, c. 3, s. 77; 2002, c. 7, s. 195; c. 8, s. 104] of the *Judges Act*. It consists of the Chief Justice of Canada and all chief justices and associate chief justices of the superior courts of Canada. The CJC is mandated to make inquiries into and investigate complaints made in respect of federally appointed judges (paragraph 60(2)(c)).

[25] There are two methods by which complaints are considered by the CJC. Under subsection 63(1) of the *Judges Act*, the Minister of Justice of Canada or the Attorney General of a province may request the Council to commence an inquiry as to whether a judge of a superior court should be removed from office for any of the reasons set out in paragraphs 65(2)(a) to (d). Under subsection 63(2), “[t]he Council may investigate any complaint or allegation made in respect of a judge of a superior court.”

[26] In conducting an inquiry or investigation, the CJC is deemed to be a superior court and has the power to summon witnesses to give evidence under oath (subsection 63(4)). The CJC may prohibit the publication of any information or documents arising out of an inquiry or investigation where it deems such disclosure is not in the public interest (subsection 63(5)). The CJC may also hold an inquiry or investigation in private, unless the Minister requires that it be held in public (subsection 63(6)). Upon completing an inquiry or investigation, the CJC may recommend that a judge be removed from office on the basis that he or she has become incapacitated or disabled from the due execution of office, or in the alternative, the CJC may make no recommendation (section 65).

[27] The CJC has passed the “Complaints Procedures”, which govern the investigation of complaints. The relevant portion of these procedures can be found in the Annex to these reasons. Upon receipt of a complaint, and

expurgé devait être produit et versé au dossier conformément à la règle 317 des Règles.

3. Le régime législatif

[24] Le CCM est un organisme législatif qui a été constitué en vertu de l’article 59 [mod. par L.C. 1996, ch. 30, art. 6; 1999, ch. 3, art. 77; 2002, ch. 7, art. 195; ch. 8, art. 104] de la *Loi sur les juges*. Il est composé du juge en chef du Canada et de tous les juges en chef et juges en chef adjoint des juridictions supérieures du Canada. Il a pour mission de mener des enquêtes sur toute plainte portant sur les juges nommés par le gouvernement fédéral (alinéa 60(2)c)).

[25] Il y a deux façons de saisir le CCM d’une plainte. Aux termes du paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*, le ministre de la Justice du Canada ou le procureur général d’une province peut demander au Conseil d’ouvrir une enquête sur la question de savoir si un juge d’une juridiction supérieure devrait être révoqué pour tout motif énoncé aux alinéas 65(2)a) à d). Suivant le paragraphe 63(2), « [l]e Conseil peut en outre enquêter sur toute plainte ou accusation relative à un juge d’une juridiction supérieure ».

[26] Lorsqu’il mène une enquête, le CCM est réputé constituer une juridiction supérieure et il a le pouvoir de contraindre des témoins à déposer sous la foi du serment (paragraphe 63(4)). Le CCM peut interdire la publication de tous renseignements ou documents produits devant lui ou au cours de l’enquête ou découlant de celle-ci (paragraphe 63(5)). Le Conseil peut également, sauf ordre contraire du ministre, ordonner que l’enquête se tienne à huis clos (paragraphe 63(6)). À l’issue de l’enquête, le Conseil peut recommander la révocation du juge s’il est d’avis que le juge en cause est inapte à remplir utilement ses fonctions, ou il peut décider de ne formuler aucune recommandation (article 65).

[27] Le CCM a adopté des « Procédures relatives aux plaintes » qui régissent l’examen des plaintes. On trouve les dispositions pertinentes de ce document à l’annexe jointe aux présents motifs. Sur réception d’une plainte

following review of the judge's comments and those of his or her chief justice, the Chairperson may "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" (paragraph 5.1(c)). Upon review of counsel's report, the Chairperson may dismiss the complaint, hold the file in abeyance pending pursuit of remedial measures, or refer the complaint to a formal panel (section 8.1). The use of counsel represents a summary process for screening complaints which is an alternative to referring them directly to a formal panel for consideration. As noted in *Cosgrove v. Canadian Judicial Council*, 2007 FCA 103, [2007] 4 F.C.R. 714, at paragraph 77, this screening process "permits the early resolution of a complaint by remedial measures, without the establishment of an Inquiry Committee."

4. The Issues

[28] This appeal raises the following issues:

- (a) What is the applicable standard of review?
- (b) Did the Prothonotary err in law in ruling that the Report in its entirety is not protected by solicitor-client privilege?
- (c) Did the Prothonotary err in law in her ruling that the Report is not protected by public interest privilege?
- (d) In the event that the Prothonotary's order is set aside and the Friedland Report is not ordered to be produced, should the application for judicial review be converted into an action pursuant to subsection 18.4(2) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)]?

[29] It is important to take notice that the respondent Attorney General of Canada took part in this appeal only to oppose the applicant's motion to convert his application into an action. Counsel for the Attorney General did not take any position with respect to the first three

et après avoir obtenu la réponse du juge concerné et de son juge en chef, le président peut « 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 » (alinéa 5.1c)). Après avoir examiné le rapport de l'avocat, le président peut rejeter la plainte, mettre le dossier en suspens en attendant l'application de mesures correctives ou déferer le dossier en comité d'examen (article 8.1). Le recours à l'avocat se veut une procédure sommaire de contrôle préalable des plaintes en tant que mesure de rechange à leur renvoi direct à un comité d'examen. Ainsi que la Cour d'appel fédérale l'a fait observer dans l'arrêt *Cosgrove c. Conseil canadien de la magistrature*, 2007 CAF 103, [2007] 4 R.C.F. 714, au paragraphe 77, cette procédure d'examen préalable « permet la résolution rapide d'une plainte à l'aide de mesures correctives, sans que soit créé un comité d'enquête ».

4. Questions en litige

[28] Le présent appel soulève les questions suivantes :

- a) Quelle est la norme de contrôle applicable?
- b) La protonotaire a-t-elle commis une erreur de droit en statuant que le rapport n'était pas protégé au complet par le secret professionnel de l'avocat?
- c) La protonotaire a-t-elle commis une erreur de droit en statuant que le rapport n'était pas protégé par un privilège d'intérêt public?
- d) Pour le cas où l'ordonnance de la protonotaire serait annulée et où la Cour n'ordonnerait pas la production du rapport Friedland, y aurait-il lieu de convertir la demande de contrôle judiciaire en action conformément au paragraphe 18.4(2) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)]?

[29] Il est important de signaler que le procureur général du Canada intimé n'a pris part au présent appel que pour s'opposer à la requête présentée par le demandeur en vue de convertir sa demande en action. L'avocate du procureur général n'a pas pris position au sujet des trois

questions and essentially relied on her submissions before the Prothonotary with respect to the fourth one.

5. Analysis

(a) The standard of review

[30] It is settled law that a judge of this Court must show deference to a prothonotary's decision, much like courts of appeal do when called upon to assess trial judges' discretionary decisions. Such deference must be shown, and the decision of the prothonotary ought not be disturbed on appeal, unless: "(a) the questions raised in the motion are vital to the final issue of the case, or (b) the orders are clearly wrong, in the sense that the exercise of discretion by the prothonotary was based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts" (*Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, 2003 FCA 488, [2004] 2 F.C.R. 459 (*Apotex*), at paragraph 19). (See also *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.), at paragraph 95 (available on CanLII).)

[31] In the case at bar, the questions raised in the intervenor's motion are clearly not vital to the outcome of the judicial review. The Prothonotary made an interlocutory order for the production of a redacted copy of the Friedland Report. This order does not in any way dispose of the ultimate question to be decided on the application for judicial review, which is whether the CJC (through Chief Justice Scott) made a reviewable error in dismissing the complaint of Mr. Slansky. As the Federal Court of Appeal pointed out in *Apotex*, above, at paragraph 22, this first prong of the test must be applied stringently if we are to give effect to the intention of Parliament in creating the office of prothonotary. Far from being a mere "rest stop" along the procedural route to a motions judge", as the Court of Appeal stated in *Apotex*, above, the prothonotaries are there to promote the efficient performance of the work of the Court. The order of Prothonotary Milczynski was clearly meant to advance the proceedings and not to pre-empt the final decision to be made. To that extent, it is entitled to deference.

premières questions et elle s'est essentiellement fondée sur les arguments qu'elle avait plaidés devant la protonotaire pour ce qui est de la quatrième question.

5. Analyse

a) La norme de contrôle

[30] Il est de jurisprudence constante que les juges de notre Cour doivent faire preuve de déférence envers les décisions des protonotaires tout comme les juridictions d'appel le font lorsqu'elles sont appelées à examiner les décisions discrétionnaires des juges de première instance. La Cour doit faire preuve de cette déférence et ne pas modifier la décision de la protonotaire, sauf dans les deux cas suivants : « a) l'ordonnance porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal, b) l'ordonnance est entachée d'erreur flagrante, en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits » (*Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, 2003 CAF 488, [2004] 2 R.C.F. 459 (*Apotex*), au paragraphe 19). (Voir également l'arrêt *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.), au paragraphe 95 (publié sur CanLII).)

[31] En l'espèce, les questions soulevées dans la requête de l'intervenant ne portent de toute évidence pas sur des points qui auront une influence déterminante sur l'issue du contrôle judiciaire. La protonotaire a rendu une ordonnance interlocutoire prescrivant la production d'une copie expurgée du rapport Friedland. Cette ordonnance ne tranche d'aucune façon la question de fond à examiner en réponse à la demande de contrôle judiciaire, en l'occurrence celle de savoir si le CCM (par l'intermédiaire du juge en chef Scott) a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision en rejetant la plainte de M^e Slansky. Ainsi que la Cour d'appel fédérale l'a souligné dans l'arrêt *Apotex*, précité, au paragraphe 22, le premier volet du critère doit être appliqué de façon stricte si l'on doit donner effet à l'intention qu'avait le législateur en créant la charge de protonotaire. Loin d'être une simple « "étape" préliminaire sur le chemin de la procédure qui mène au juge des requêtes », pour reprendre la formule employée par la Cour d'appel dans l'arrêt *Apotex*, précité, le rôle du

[32] Neither party suggested that the decision of the Prothonotary was premised on a misapprehension of the facts. Therefore, the only basis upon which the Prothonotary's order ought to be disturbed is a clear showing that it is wrong, in the sense that it rests upon a wrong principle or a misunderstanding of the law.

(b) The solicitor-client privilege

[33] There is no debate between the parties as to the nature and extent of the solicitor-client privilege. It finds its roots in the 16th century, and was then predicated on the oath of honour of the solicitor that compelled him to keep his client's secrets (see Alan W. Bryant, Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2009), at paragraph 14.42 (Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada*)).

[34] By the 18th century, the rationale for the privilege had evolved, and became the ascertainment of truth. It is now well established that the solicitor-client privilege is essential to the proper functioning of our legal system. The complexity of the law requires professional expertise, and legal advice is only as good as the factual information upon which it is based. As Justice Cory put it in *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, at paragraph 46 (available on CanLII):

Clients seeking advice must be able to speak freely to their lawyers secure in the knowledge that what they say will not be divulged without their consent. It cannot be forgotten that the privilege is that of the client, not the lawyer. The privilege is essential if sound legal advice is to be given in every field. It has a

protonotaire est de promouvoir la bonne administration de la justice et l'efficacité de la Cour. L'ordonnance de la protonotaire Milczynski visait de toute évidence à favoriser le déroulement de l'instance et non à préjuger la décision finale. Dans cette mesure, elle a droit à la déférence de notre Cour.

[32] Aucune des parties n'a prétendu que la décision de la protonotaire reposait sur une interprétation erronée des faits. En conséquence, le seul moyen d'obtenir la modification de l'ordonnance de la protonotaire est 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.

b) Le secret professionnel de l'avocat

[33] Il n'y a pas de débat entre les parties au sujet de la nature et de la portée du privilège du secret professionnel de l'avocat. Ce privilège remonte au XVI^e siècle et il reposait alors sur le serment d'honneur qui forçait l'avocat à garder secrètes les informations qu'il avait obtenues de son client (Alan W. Bryant, Sidney N. Lederman et Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 3^e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2009), au paragraphe 14.42 (Sopinka, Lederman et Bryant, *The Law of Evidence in Canada*)).

[34] Au XVIII^e siècle, la raison d'être du secret professionnel de l'avocat avait évolué et était plutôt motivée pour la recherche de la vérité. Il est maintenant bien établi que le secret professionnel de l'avocat est essentiel au bon fonctionnement de notre système juridique. La complexité du droit exige des connaissances spécialisées de la part des professionnels et les conseils que donne un avocat ne valent que dans la mesure où les renseignements factuels sur lesquels ils reposent sont valables. Ainsi que le juge Cory l'a expliqué dans l'arrêt *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, au paragraphe 46 (publié sur CanLII) :

Les clients qui consultent un avocat doivent pouvoir s'exprimer en toute liberté avec la certitude que ce qu'ils disent ne sera pas divulgué sans leur consentement. Il ne faut pas oublier que le privilège appartient au client et non à l'avocat. Le privilège est essentiel si l'on veut que des avis juridiques judicieux

deep significance in almost every situation where legal advice is sought whether it be with regard to corporate and commercial transactions, to family relationships, to civil litigation or to criminal charges. Family secrets, company secrets, personal foibles and indiscretions all must on occasion be revealed to the lawyer by the client. Without this privilege clients could never be candid and furnish all the relevant information that must be provided to lawyers if they are to properly advise their clients. It is an element that is both integral and extremely important to the functioning of the legal system. It is because of the fundamental importance of the privilege that the onus properly rests upon those seeking to set aside the privilege to justify taking such a significant step. [Emphasis added.]

See also, to the same effect: *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574 (*Blood Tribe*), at paragraph 9.

[35] Solicitor-client privilege was first conceived as a rule of evidence and was considered to be a mere testimonial privilege which could only be asserted at trial. Recent decisions, however, have departed from this position and acknowledge that it must now be regarded as a rule of substance whose role goes much beyond shielding protected materials from being tendered in evidence in judicial proceedings. It extends to cover any consultation for legal advice and is no longer restricted to communications exchanged in the course of litigation. As Justice Binnie stated, in *Blood Tribe*, above, at paragraph 10, on behalf of a unanimous Court:

While the solicitor-client privilege may have started life as a rule of evidence, it is now unquestionably a rule of substance 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 counselor or in some other non-legal capacity: *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 837; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at pp. 885-87; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, [2004] 1 S.C.R. 456, 2004 SCC 18, at paras. 40-47; *McClure*, at paras. 23-27; *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, [2006] 2 S.C.R. 319, 2006 SCC 39, at para. 26; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006]

soient donnés dans tous les domaines. Il revêt une grande importance dans presque chaque cas où un avis juridique est sollicité, qu'il s'agisse d'opérations commerciales, de relations familiales, de litiges civils ou d'accusations criminelles. Les secrets de famille, les secrets d'entreprise, les faiblesses et les étourderies doivent parfois être révélés par le client à l'avocat. Sans ce privilège, les clients ne pourraient parler avec franchise à leurs avocats ni leur communiquer l'ensemble des renseignements qu'ils doivent connaître pour conseiller judicieusement leurs clients. Il s'agit d'un élément qui constitue une partie extrêmement importante du fonctionnement du système judiciaire. C'est en raison de l'importance cruciale de ce privilège qu'il incombe à juste titre à ceux qui désirent l'écartier de justifier une mesure d'une telle gravité. [Non souligné dans l'original.]

Voir également, dans le même sens : *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.

[35] À l'origine, le privilège du secret professionnel de l'avocat était conçu comme une règle de preuve et il était considéré comme un simple privilège du témoin qui ne pouvait être invoqué que dans le cadre d'un procès. La jurisprudence récente s'est toutefois dissociée de cette position en reconnaissant que l'on devait désormais considérer ce privilège comme une règle de fond dont le rôle va beaucoup plus loin que d'empêcher la présentation de documents protégés en preuve dans le cadre d'une instance judiciaire. Le secret professionnel de l'avocat englobe toute consultation visant à obtenir une opinion juridique et il ne se limite plus aux communications échangées au cours d'un procès. Ainsi que le juge Binnie l'a expliqué, dans l'arrêt *Blood Tribe*, précité, au paragraphe 10, au nom d'une Cour unanime :

Bien que le privilège du secret professionnel de l'avocat ait d'abord été considéré comme une règle de preuve, il constitue sans aucun doute maintenant une règle de fond 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 : *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 837; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 885-887; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, [2004] 1 R.C.S. 456, 2004 CSC 18, par. 40-47; *McClure*, par. 23-27; *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*,

2 S.C.R. 32, 2006 SCC 31; *Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, [2006] 2 S.C.R. 189, 2006 SCC 36; *Juman v. Doucette*, [2008] 1 S.C.R. 157, 2008 SCC 8. A rare exception, which has no application here, is that no privilege attaches to communications criminal in themselves or intended to further criminal purposes: *Descôteaux*, at p. 881; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565. The extremely limited nature of the exception emphasizes, rather than dilutes, the paramountcy of the general rule whereby solicitor-client privilege is created and maintained “as close to absolute as possible to ensure public confidence and retain relevance” (*McClure*, at para. 35).

[36] Considering the high public interest in protecting the communications between a solicitor and his or her client, it is not surprising that the privilege has been found to be almost absolute. Indeed, courts have been loath to interfere with this privilege, and have done so only in the most exceptional circumstances. Such will be the case where the communications between a party and his or her legal adviser are criminal in nature or are made with a view to obtaining legal advice to facilitate the commission of a crime, or where adherence to the rule would have the effect of preventing the accused from making full answer and defence (see, for example: *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565 (*Campbell*), at paragraphs 55 and 65 (available on CanLII)).

[37] To give effect to the importance of solicitor-client privilege in the administration of justice, the Supreme Court of Canada in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821 (*Solosky*), at page 835 (available on CanLII), endorsed the following broad definition for solicitor-client privilege found in *Wigmore on Evidence [Evidence in Trials at Common Law, by John Henry Wigmore]* (McNaughton Revision [Vol. 8, Boston: Little, Brown & Co.], 1961, at paragraph 2292):

(1) Where legal advice of any kind is sought (2) from a professional legal adviser in his capacity as such, (3) the communications relating to the purpose, (4) made in confidence (5) by the client, (6) are at his instance permanently protected (7) from disclosures by himself or by the legal adviser, (8) except the protection be waived. [Emphasis in original; footnote omitted.]

[2006] 2 R.C.S. 319, 2006 CSC 39, par. 26; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, 2006 CSC 31; *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 189, 2006 CSC 36; *Juman c. Doucette*, [2008] 1 R.C.S. 157, 2008 CSC 8. Il existe une rare exception, qui ne s’applique pas en l’espèce : aucun privilège ne protège les communications criminelles en elles-mêmes ou qui tendraient à réaliser une fin criminelle (voir *Descôteaux*, p. 881; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565). La nature extrêmement restreinte de cette exception fait ressortir, plutôt que l’atténuer, la suprématie de la règle générale selon laquelle le privilège du secret professionnel de l’avocat est établi et préservé de façon « aussi absolu[e] que possible pour assurer la confiance du public et demeurer pertinent » (*McClure*, par. 35).

[36] Compte tenu de l’intérêt important qu’a le public à protéger les communications échangées entre l’avocat et son client, il n’est pas étonnant que ce privilège soit considéré comme quasi absolu. D’ailleurs, les tribunaux répugnent à intervenir dans l’exercice de ce privilège et ne le font que dans les circonstances les plus exceptionnelles. Il en serait ainsi par exemple lorsque les communications échangées entre une personne et son conseiller juridique sont de nature criminelle ou visent à obtenir un avis juridique pour faciliter la perpétration d’un crime ou encore lorsque le respect de ce principe aurait pour effet d’empêcher l’accusé de faire valoir une défense pleine et entière (voir, par exemple, *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565 (*Campbell*), aux paragraphes 55 et 65 (publié sur CanLII)).

[37] Pour traduire l’importance que revêt le secret professionnel de l’avocat pour l’administration de la justice, la Cour suprême du Canada a, dans l’arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821 (*Solosky*), à la page 835 (publié sur CanLII), repris à son compte la définition large suivante du secret professionnel de l’avocat proposé par *Wigmore on Evidence [Evidence in Trials at Common Law par John Henry Wigmore]* (McNaughton, Revision [vol. 8, Boston : Little, Brown & Co.], 1961, au paragraphe 2292) :

[TRADUCTION] Les communications faites par le client qui consulte un conseiller juridique ès qualité, voulues confidentielles par le client, et qui ont pour fin d’obtenir un avis juridique font l’objet à son instance d’une protection permanente contre toute divulgation par le client ou le conseiller. [Italique dans l’original; note en bas de page omise.]

[38] Where solicitor-client privilege is found, it encompasses a broad range of communications between lawyer and client (*Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809 (*Pritchard*), at paragraph 16):

The privilege, once established, is considerably broad and all-encompassing. In *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, the scope of the privilege was described, at p. 893, as attaching “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”.

[39] Such a broad protection is in keeping with the class nature of solicitor-client privilege, as described by the Supreme Court in *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, at paragraph 42:

In a class privilege what is important is not so much the content of the particular communication as it is the protection of the type of relationship. Once the relevant relationship is established between the confiding party and the party in whom the confidence is placed, privilege presumptively cloaks in confidentiality matters properly within its scope without regard to the particulars of the situation.... Anything less than this blanket confidentiality, the cases hold, would fail to provide the necessary assurance to the solicitor’s client or the police informant to do the job required by the administration of justice.

[40] Quite understandably, counsel for the CJC put a lot of emphasis on the breadth of the protection afforded by the privilege, and stressed that it encompasses a wide range of communications between a solicitor and his or her client. As a result, it is argued that the Prothonotary was in error when she found that the factual part of the Friedland Report does not attract solicitor-client privilege and can be severed from its legal findings and opinions.

[41] Before we reach that point, however, the solicitor-client relationship must be established. The mere fact that a communication takes place between a lawyer and another person, or that “solicitor-client” is stamped on a document, does not necessarily mean that a genuine solicitor-client relationship arose. In particular, this will be the case in the corporate or government context, where

[38] Une fois l’existence du secret professionnel établie, le privilège englobe une vaste gamme de communications échangées entre l’avocat et son client (*Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809 (*Pritchard*), au paragraphe 16) :

Une fois son existence établie, le privilège a une portée particulièrement large et générale. Dans *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 893, notre Cour a statué que le privilège s’attachait « 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 ».

[39] Le fait de reconnaître une protection aussi large est conforme au caractère global du secret professionnel de l’avocat, ainsi que la Cour suprême l’a expliqué dans l’arrêt *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, au paragraphe 42 :

Dans le cas d’un privilège générique, l’important n’est pas tant le contenu de la communication que la protection du genre de relation. En principe, une fois que la relation nécessaire est établie entre la partie qui se confie et celle à qui elle se confie, les renseignements ainsi confiés sont présumés confidentiels par application du privilège, sans égard aux circonstances [...] Suivant la jurisprudence, sans cette confidentialité générale, il serait impossible de donner au client de l’avocat ou à l’indicateur de police la garantie nécessaire pour qu’il puisse faire ce que l’administration de la justice exige de lui.

[40] Comme on pouvait s’y attendre, l’avocat du CCM table fortement sur la portée de la protection qu’offre le privilège, soulignant qu’il englobe une vaste gamme de communications échangées entre l’avocat et son client. Il affirme par conséquent que la protonotaire a commis une erreur en concluant que la partie factuelle du rapport Friedland n’était pas couverte par le secret professionnel de l’avocat et qu’elle pouvait être extraite des conclusions et des opinions juridiques qu’on y trouve.

[41] Avant d’arriver à cette conclusion, il faut d’abord avoir établi l’existence du secret professionnel de l’avocat. Le simple fait qu’une communication soit échangée entre un avocat et une autre personne ou que la mention « secret professionnel » soit apposée sur un document ne permet pas nécessairement de conclure qu’une authentique relation avocat-client a été créée. Il en sera en

“in-house” counsel may have multiple responsibilities and may be called upon to provide advice that is foreign to their legal training or expertise. Each situation must therefore be assessed on a case-by-case basis to determine if the circumstances warrant the existence of the privilege. The test is functional in nature: whether or not solicitor-client privilege attaches to a particular situation will depend on “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; *Pritchard*, above, at paragraph 20).

[42] In other words, the party seeking to assert the privilege has the burden of proving: (1) a communication between solicitor and client; (2) which entails the seeking and giving of legal advice; and (3) which is intended to be confidential by the parties. (See *Solosky*, above, at page 837; *Pritchard*, above, at paragraph 15.) I will now turn to these requirements, as they apply to the case at bar.

[43] In a nutshell, counsel for Mr. Slansky made the following submissions. First, it is contended that the CJC had no legal obligation to retain legal counsel in disposing of the complaints; while it may have been preferable to have somebody with legal training, it did not have to be a member of the Bar. The person retained to investigate could have been a retired judge, or a university professor who is not a member of any law society. The CJC could not suppress the factual content of the record simply by hiring a lawyer to compile the facts as an investigator. Second, and closely related to this first argument, it is submitted that Professor Friedland was hired to investigate and gather the facts, similar to a police officer investigating a criminal allegation. The fact that Professor Friedland strayed beyond this role and offered legal advice does not detract from his mandate and cannot cloak his report with solicitor-client privilege.

particulier ainsi au sein d’une personne morale ou de l’appareil étatique, où les avocats « internes » cumulent de nombreuses attributions et peuvent être appelés à donner des opinions dans un domaine qui est étranger à leur formation ou à leur spécialisation juridique. Chaque cas est un cas d’espèce, qu’il faut examiner pour déterminer si les circonstances justifient l’existence du privilège. Il s’agit d’un critère de nature fonctionnelle : « Le secret professionnel de l’avocat s’appliquera ou non à [une] situation [donnée] selon la nature de la relation, l’objet de l’avis et les circonstances dans lesquelles il est demandé et fourni » (*Campbell*, précité, au paragraphe 50; *Pritchard*, précité, au paragraphe 20).

[42] En d’autres termes, celui qui cherche à revendiquer le privilège doit démontrer : 1) qu’il existe une communication entre un avocat et un client; 2) qui comporte une consultation ou un avis juridique; et 3) que les parties considèrent de nature confidentielle (*Solosky*, précité, à la page 837; *Pritchard*, précité, au paragraphe 15). Je vais maintenant examiner à tour de rôle ces conditions et déterminer si elles sont réunies en l’espèce.

[43] En résumé, l’avocat de M^e Slansky a formulé les arguments suivants. Il affirme en premier lieu que la loi n’oblige pas le CCM à engager un avocat pour examiner des plaintes, ajoutant que, bien qu’il soit peut-être préférable d’en confier l’examen à une personne possédant une formation juridique, il n’est pas obligatoire que l’intéressé soit membre du Barreau. La personne engagée pour mener l’enquête pourrait être par exemple un juge à la retraite ou un professeur d’université qui n’est membre d’aucun Barreau. Le CCM ne pourrait supprimer le contenu factuel du dossier simplement en engageant un avocat pour qu’il recueille les faits en tant qu’enquêteur. En second lieu — et cet argument s’apparente étroitement au premier —, l’avocat de M^e Slansky fait valoir que le professeur Friedland a été engagé pour mener une enquête et pour recueillir les faits à l’instar du policier qui mène une enquête sur des accusations criminelles. Le fait que le professeur Friedland ait débordé le cadre de ses fonctions et ait offert des opinions juridiques ne change en rien son mandat et ne fait pas en sorte que son rapport est revêtu de la protection du secret professionnel de l’avocat.

[44] It is true that when one looks at the engagement letter of Professor Friedland and at the policy with respect to counsel retained in judicial conduct matters as quoted in that letter, the role of counsel appears to be essentially that of a “fact-finder”. Not only is there no mention of any advisory role, but nowhere is it mentioned that counsel is to provide legal advice or to perform any analysis of a legal nature. To the contrary, his role in conducting further inquiries pursuant to paragraph 5.1(c) of the Complaints Procedures is described as “simply to attempt to clarify the allegations against the judge and gather evidence which, if established, would support or refute those allegations”. On that basis alone, there is no doubt that the solicitor-client privilege would not attach to the relationship between counsel and the CJC.

[45] Counsel for the CJC emphasized that this language is aimed at preventing the usurpation by counsel of the Chairperson’s determination of the matter. Relying on the administrative law principle of *delegatus non potest delegare*, it is said that the integrity of the decision-making process has to be preserved, and that the policy is meant to reflect and to stress that the final determination is made by the Chairperson on behalf of CJC, and not by counsel appointed to inquire into the complaint.

[46] While this is undoubtedly an interesting explanation, it is not entirely compelling. Counsel could be tasked with the responsibility to inquire into the facts and to provide a legal analysis and even recommendations without straying into forbidden territory. There would be no harm in stating that the role of the Chairperson is to determine, on the basis of all the relevant evidence and with the benefit of legal advice, whether there is a basis to refer the file to a panel. If this is indeed what counsel is retained to do, transparency would require that it be stated explicitly. As long as counsel is not merely an extension of the Chairperson and that his report is not meant to be blindly rubber stamped, there is nothing wrong with the Chairperson

[44] Il est vrai que lorsqu’on examine la lettre d’engagement du professeur Friedland ainsi que la politique relative aux avocats engagés dans des affaires de conduite des juges, politique qui est citée dans cette même lettre, le rôle de l’avocat paraît être essentiellement celui d’un « enquêteur ». Non seulement ne trouve-t-on aucune mention de quelque rôle consultatif que ce soit, mais il n’est nulle part mentionné que l’avocat est censé donner des avis juridiques ou d’effectuer quelque analyse juridique que ce soit. Au contraire, suivant l’alinéa 5.1c) des Procédures relatives aux plaintes, son rôle consiste « 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 à ces accusations ou, au contraire, leur retireraient toute légitimité ». Sur ce seul fondement, il est incontestable que le secret professionnel de l’avocat ne s’appliquerait pas aux rapports échangés entre l’avocat et le CCM.

[45] L’avocat du CCM fait observer que ce libellé vise à empêcher l’avocat d’usurper le rôle du président, qui est la personne chargée de trancher l’affaire. Invoquant le principe du droit administratif *delegatus non potest delegare*, l’avocat du CCM affirme qu’il convient de protéger l’intégrité du processus de prise de décisions et que la politique en question vise à souligner le fait que c’est le président qui prend la décision finale au nom du CCM et non l’avocat nommé pour enquêter sur la plainte.

[46] Bien qu’il s’agisse sans conteste d’une explication intéressante, force est d’admettre qu’elle n’est pas tout à fait convaincante. L’avocat pourrait avoir pour mandat de faire enquête sur les faits et de proposer une analyse juridique ou même des recommandations sans se hasarder sur un terrain interdit. Il n’y aurait rien de mal à affirmer que le rôle du président consiste à déterminer, en se fondant sur l’ensemble des éléments de preuve pertinents et à la lumière d’une opinion juridique, s’il y a lieu de déférer le dossier à un comité d’appel. Si c’est effectivement la raison pour laquelle on retient les services d’un avocat, la transparence exigerait qu’on le déclare explicitement. Dès lors que l’avocat n’est pas le simple prolongement du président et que son

seeking and obtaining legal advice in fulfilling his or her task.

[47] That being said, I do not think that this flaw is fatal to the position advanced by the CJC. It must be remembered 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. From that perspective, the position of the CJC is more convincing. The intention of the parties cannot be inferred exclusively from the engagement letter; when one looks at the nature of the relationship between the CJC and Professor Friedland, as well as the circumstances in which the Report was sought and rendered, the conclusion that a solicitor-client relationship was established is inescapable.

[48] First of all, it is the uncontradicted evidence of the CJC that its expectation in asking Professor Friedland to conduct “further inquiries” under paragraph 5.1(c) of the Complaints Procedures was that he would provide legal advice. The Executive Director and General Counsel of the CJC, Mr. Norman Sabourin, who approached Mr. Friedland in the first place and wrote the engagement letter, states the following in his affidavit (applicant’s motion record, at page 211):

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.

27. My expectations, and those of the Chairperson, in relation to mandate 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.

rappport n’est pas destiné à être approuvé aveuglément, il n’y a rien de mal à ce que le président cherche à obtenir un avis juridique pour s’acquitter de sa tâche.

[47] Ceci étant dit, je ne crois pas que cette lacune porte un coup fatal à la thèse défendue par le CCM. Il faut se rappeler 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. Envisagée sous cet angle, la thèse du CCM est davantage convaincante. On ne peut inférer l’intention des parties exclusivement de la lettre de mandat; lorsqu’on examine la nature des rapports qui existaient entre le CCM et le professeur Friedland et que l’on tient compte également des circonstances dans lesquelles le rapport a été demandé et présenté, force est de conclure qu’une relation avocat-client a été créée.

[48] En tout premier lieu, suivant la preuve non contredite du CCM, en demandant au professeur Friedland de mener « une enquête supplémentaire » au sens de l’alinéa 5.1(c) des Procédures relatives aux plaintes, le CCM s’attendait à ce que le professeur Friedland donne une opinion juridique. Le directeur exécutif et avocat général principal du CCM, M^e Sabourin, qui a abordé M^e Friedland au départ et a rédigé la lettre de mandat, déclare ce qui suit dans son affidavit (dossier de requête du demandeur, à la page 211) :

[TRADUCTION]

26. Ceux qui sont engagés comme avocats 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.

27. S’agissait 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.

[49] It appears that Professor Friedland was also of the view that he was hired as a lawyer and to provide legal advice in the broad sense of the term. This can be gathered from the fact that the first page of his report is stamped with the notation “This document is CONFIDENTIAL and subject to SOLICITOR-CLIENT PRIVILEGE”. This is further borne out by the fact that his report is replete with legal analysis and advice, to which I shall deal with shortly. It would appear, therefore, that both parties were of the view that the advice sought and provided was confidential and not to be disclosed.

[50] As previously mentioned, counsel for Mr. Slansky submitted that it was not essential for an investigator to have legal expertise, since the task envisaged was simply to collect and report on the facts. Counsel conceded that it was helpful to have training in the law, but added that one does not have to be a member of the Bar to fulfill that requirement.

[51] In my view, the prescription in the Complaints Procedures that further inquiries must be performed by outside counsel who is a lawyer, makes perfect sense, in light of the task at hand. The crucial role of the CJC and its Judicial Conduct Committee is to determine whether the conduct of a judge which is the subject of a complaint amounts to misconduct. This role would also include warranting a recommendation to the Minister that a judge be removed from office pursuant to subsection 65(2) of the *Judges Act*, or whether it pertains to errors of law that are better left to the judicial process through an appeal.

[52] I agree with counsel for the CJC that for an investigator to be able to “attempt to clarify the allegations against the judge and gather evidence which, if established, would support or refute those allegations”, to quote from the complaint policy, he or she must know the legal elements of the specific allegations and of the notions of “judicial misconduct” and “incapacity” more broadly. In the case at bar, for example, Mr. Slansky

[49] Il semble que le professeur Friedland était lui aussi d’avis qu’il avait été engagé comme avocat et qu’on recourait à ses services pour obtenir son opinion juridique au sens large du terme. C’est ce qu’on peut déduire du fait que la première page de son rapport porte la mention [TRADUCTION] « le présent document est CONFIDENTIEL et est protégé par le SECRET PROFESSIONNEL DE L’AVOCAT ». Cette conclusion se trouve encore renforcée par le fait que son rapport regorge d’avis et d’analyses juridiques. Je reviendrai bientôt sur cet aspect. Il semblerait donc que les deux parties étaient d’avis que l’opinion juridique qui a été demandée et obtenue était confidentielle et ne devait pas être divulguée.

[50] Comme nous l’avons déjà mentionné, l’avocat de M^e Slansky a fait valoir qu’il n’était pas essentiel que l’enquêteur possède des compétences juridiques spécialisées, étant donné que la mission envisagée consistait simplement à recueillir les faits et à en rendre compte. L’avocat a reconnu qu’il était utile d’avoir une formation en droit, mais il a ajouté qu’il n’était pas nécessaire d’être membre du Barreau pour satisfaire à cette exigence.

[51] À mon avis, le fait que les Procédures relatives aux plaintes exigent que l’enquête supplémentaire soit menée par un conseiller de l’extérieur qui est avocat est tout à fait logique compte tenu du mandat qui lui est confié. Le rôle crucial du CCM et de son Comité sur la conduite des juges consiste à déterminer si la conduite d’un juge visée par une plainte équivaut à une inconduite. L’exercice de ce rôle justifie également la formulation d’une recommandation au ministre en vue de la destitution du juge conformément au paragraphe 65(2) de la *Loi sur les juges*. L’enquête peut également porter sur la question de savoir si le juge a commis des erreurs de droit qu’il est préférable de faire juger par les tribunaux dans le cadre d’un appel.

[52] Je suis d’accord avec l’avocat du CCM pour dire que, pour pouvoir « simplement [...] 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 à ces accusations ou, au contraire, leur retireraient toute légitimité », pour citer les Procédures relatives aux plaintes, l’enquêteur doit connaître les éléments juridiques des

alleged in his 16-page letter, bias, abuse of office, improper motive and knowingly acting contrary to the law. For the investigator to determine whether there is evidence that would support these allegations, he or she must be able to determine the materiality of the evidence. This is fundamentally a legal exercise, as it requires an assessment of whether there is a probative connection between the facts to be proved and the facts in issue as determined by the substantive law. Relevance and materiality are determined by the trier of law in a court proceeding, whereas the weight to be given to that evidence is for the trier of fact (Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, pages 56–58, paragraphs 2.49–2.50). Once again, it was essential for the investigator to be well versed in the principles of substantive law and evidence, to be in a position to assess whether the examples provided by Mr. Slansky in support of his complaint, amount to mere errors of law that are better left to an appeal court or whether they do raise, when considered in isolation or as a whole, the sort of concerns put forward by Mr. Slansky.

[53] Moreover, the investigator must always be mindful to safeguard the procedural fairness of the process. The Complaints Procedures itself requires counsel to ensure the judge's right to procedural fairness. Counsel is explicitly directed to determine whether he or she has provided the judge with sufficient information about the allegations and the material evidence so as "to permit the judge to make a full response" [at section 7.2]. As the Supreme Court stated in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (available on CanLII), the duty of procedural fairness is flexible and variable and depends on an appreciation of the content of the particular statute and the rights affected. Several factors are relevant to determining the content of the duty of fairness, and a lawyer is most certainly better equipped than anyone else to perform that analysis. The fact that a university professor or a retired judge could be qualified to investigate does not

allégations spécifiques et, de façon plus générale, être au courant des concepts d'« inconduite judiciaire » et d'« incapacité ». En l'espèce, par exemple, M^e Slansky accusait, dans sa lettre de 16 pages, le juge de partialité, de malveillance, d'abus d'autorité et d'avoir sciemment enfreint la loi. Pour être en mesure de déterminer s'il existe des éléments de preuve susceptibles d'appuyer les allégations en question, l'enquêteur doit être capable de se prononcer sur l'importance de ces éléments. Il s'agit essentiellement d'une activité juridique qui oblige l'intéressé à déterminer s'il existe un lien probant entre les faits à prouver et les faits en litige selon le droit substantiel. La pertinence et l'importance relatives des éléments de preuve sont des questions qu'il appartient au juge du droit de trancher dans le cadre d'une instance judiciaire, tandis que le poids à accorder à ces éléments de preuve est une décision qui revient au juge des faits (Sopinka, Lederman et Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, aux pages 56 à 58, paragraphes 2.49 et 2.50). Une fois de plus, il était essentiel que l'enquêteur soit bien au fait des principes de preuve et de droit substantiel pour être en mesure de déterminer si les exemples cités par M^e Slansky à l'appui de sa plainte constituaient de simples erreurs de droit qu'il valait mieux laisser une juridiction d'appel trancher ou si ces exemples soulevaient effectivement, qu'on les considère isolément ou comme un tout, le genre de préoccupations exprimées par M^e Slansky.

[53] Qui plus est, l'enquêteur doit toujours veiller à l'équité procédurale du processus. Les Procédures relatives aux plaintes obligent elles-mêmes l'avocat à garantir le droit du juge à l'équité procédurale. Elles ordonnent [à l'article 7.2] expressément à l'avocat de s'assurer qu'il a fourni au juge suffisamment de renseignements sur les allégations formulées et sur les éléments de preuve qui s'y rapportent « pour [...] permettre [au juge] de présenter une réponse complète ». Ainsi que la Cour suprême l'a déclaré dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (publié sur CanLII), l'obligation d'équité procédurale est souple et dépend de l'appréciation du contexte de la loi et des droits visés. Plusieurs facteurs entrent en ligne de compte lorsqu'il s'agit de définir le contenu de l'obligation d'agir avec équité, et un avocat est certainement mieux placé que quiconque pour procéder à cette analyse. Le fait qu'un

detract from the argument. At most, it may be that the requirement in the Complaints Procedures that an investigator be a lawyer is slightly under-inclusive. Whatever the reason for this policy choice, it nevertheless attests to the importance of legal training and expertise in the choice of an investigator.

[54] In light of the foregoing, therefore, I agree with the CJC that counsel could only gather and examine relevant facts and present his or her findings and analysis through a legal framework or analysis. There is no doubt in my mind that Professor Friedland was retained by the CJC in his professional capacity as a lawyer, with the intention of providing assistance through his legal knowledge and analysis.

[55] A careful reading of Professor Friedland's Report bears this out. He provides his legal analysis with respect to the allegations of bias and gross misapplication of the law in the latter pages of his Report. In addition to this, he has sifted through the minutes and the transcripts of the proceedings, as well as the interviews of a number of key witnesses to offer what he considered as the key events of the trial and his understanding of the various interactions between the participants. The fact that counsel does not culminate his legal analysis with a final determination of a particular issue does not remove the communication from solicitor-client privilege.

[56] Indeed, the Prothonotary recognized as much in her decision. She accepted that Professor Friedland offered some legal analysis and advice. Even if she was of the view that this advice and analysis went beyond his mandate because she focused on the role of counsel conducting further inquiries as stated in the Complaints Procedures and in the policy, she acknowledged that they were not gratuitous comments or unsolicited legal advice. For that reason, she found that at least part of the Friedland Report attracts solicitor-client privilege and that it was appropriate to redact the legal advice in the

professeur d'université ou un juge à la retraite pourrait remplir les conditions nécessaires pour mener une enquête ne change rien à cet argument. Il se peut tout au plus que l'obligation énoncée dans les Procédures relatives aux plaintes suivant laquelle l'enquêteur doit être un avocat soit un peu trop limitative. Peu importe la raison de ce choix de principe, il illustre en tout état de cause l'importance de choisir un enquêteur qui possède une formation et des compétences juridiques.

[54] Vu ce qui précède, je suis par conséquent d'accord avec le CCM pour dire que l'avocat ne pouvait que recueillir et examiner les faits pertinents et présenter ses conclusions et son analyse en respectant un cadre ou une analyse juridique déterminée. Il n'y a aucun doute dans mon esprit que le professeur Friedland a été engagé par le CCM en sa qualité professionnelle d'avocat et que le CCM s'attendait à ce qu'il offre son aide en raison de ses compétences et de son analyse juridiques.

[55] Une lecture attentive du rapport du professeur Friedland le confirme. Le professeur Friedland offre son analyse juridique en ce qui concerne les allégations de partialité et d'application manifestement erronée de la loi dans les dernières pages de son rapport. Le professeur Friedland s'est par ailleurs donné la peine d'examiner attentivement le procès-verbal et la transcription des débats ainsi que les entrevues réalisées auprès de plusieurs témoins clés pour exposer ce qu'il estimait être les faits saillants du procès et sa compréhension des diverses interactions entre les participants. Le fait que l'avocat ne conclut pas son analyse juridique par une conclusion définitive au sujet d'une question précise n'enlève rien au fait que les communications sont protégées par le secret professionnel de l'avocat.

[56] La protonotaire l'a d'ailleurs reconnu dans sa décision. Elle a convenu que le professeur Friedland avait offert jusqu'à un certain point une analyse et un avis juridiques. Même si elle était d'avis que le professeur Friedland avait débordé le cadre de son mandat en donnant les avis et l'analyse en question, parce qu'elle se concentrait sur le rôle des avocats chargés de mener une enquête supplémentaire selon les Procédures relatives aux plaintes et la politique, la protonotaire a admis qu'elle ne pouvait conclure qu'il s'agissait de commentaires gratuits ou d'avis juridiques non sollicités. Pour

Report, including specifically the middle of page 23 to the end of page 30.

[57] This is in keeping with the case law, according to which solicitor-client privilege will attach where legal advice of any kind is sought from a professional legal adviser in such a capacity. In *College of Physicians of B.C. v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2002 BCCA 665, 9 B.C.L.R. (4th) 1 (*College of Physicians*), the Court found that a lawyer instructed by the Sexual Review Conduct Committee to determine if there was enough information on the basis of all the evidence, to warrant the issuance of disciplinary charges, was acting as a lawyer when investigating the complaint. The Court wrote (*College of Physicians*, above, at paragraph 42):

In my opinion, the Commissioner and the chambers judge erred in finding that the College's lawyer was not acting in her capacity as a lawyer when she investigated the Applicant's complaint. She was acting on her client's instructions to obtain the facts necessary to render legal advice to the SMRC concerning its legal obligations arising out of the complaint. As such, she was engaged in giving legal advice to her client.

[58] This is precisely the situation in the case at hand. When one looks at the nature of the relationship between the CJC and Professor Friedland, the subject-matter of his report and the circumstances in which it was sought and rendered, the inescapable conclusion is that his advice clearly attracts the solicitor-client privilege.

[59] What remains to be decided, therefore, is whether the privilege attaches to the whole Report or only, as found by the Prothonotary, to what she considers the legal portion of it. With all due respect, this is where I part company with her decision.

cette raison, elle a estimé qu'au moins une partie du rapport Friedland était protégée par le secret professionnel de l'avocat et qu'il convenait d'expurger du rapport les conseils juridiques qui s'y trouvaient et qu'on pouvait notamment prélever la partie du rapport comprise entre le milieu de la page 23 et la fin de la page 30.

[57] Cette façon de voir est conforme à la jurisprudence, suivant laquelle le secret professionnel de l'avocat s'applique lorsqu'on demande à un conseiller juridique professionnel de formuler un avis juridique de quelque nature que ce soit en sa capacité de conseiller juridique professionnel. Dans l'arrêt *College of Physicians of B.C. v. British Columbia (Information and Privacy Commissioner)*, 2002 BCCA 665, 9 B.C.L.R. (4th) 1 (*College of Physicians*), la Cour a conclu que l'avocate à qui le Sexual Review Conduct Committee avait confié le mandat de déterminer s'il existait suffisamment de renseignements vu l'ensemble de la preuve pour justifier la formulation d'accusations disciplinaires agissait en qualité d'avocate lorsqu'elle a enquêté sur la plainte. La Cour a écrit ce qui suit (*College of Physicians*, précité, au paragraphe 42) :

[TRADUCTION] À mon avis, le commissaire et le juge siégeant en son cabinet ont commis une erreur en concluant que l'avocate du collègue n'agissait pas en sa qualité d'avocate lorsqu'elle a fait enquête sur la plainte de la demanderesse. Elle agissait conformément aux instructions de son client en vue de recueillir les faits nécessaires pour donner au comité 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.

[58] C'est précisément la situation dans le cas qui nous occupe. Lorsqu'on examine la nature des rapports qui existaient entre le CCM et le professeur Friedland, l'objet de son rapport ainsi que les circonstances dans lesquelles il a été demandé et présenté, force est de conclure que l'avis qu'il a donné donne lieu à l'application du privilège du secret professionnel de l'avocat.

[59] Il nous reste donc à examiner la question de savoir si ce privilège s'applique à l'ensemble du rapport ou si, comme l'a estimé la protonotaire, il s'applique uniquement à ce qu'elle considérait en être la partie juridique. En toute déférence, c'est ici que je me dissocie de sa décision.

[60] The Prothonotary concluded at paragraph 30 of her decision that “it is possible to sever the ‘fact-gathering’ investigative work product” prepared by counsel from the privileged legal advice contained in the Report (*Slansky*, above). She based her conclusion on the assumption that the “facts are separate and distinct from the advice given on legal issues that is privileged” (*Slansky*, above, at paragraph 30). Such an assumption is not only unwarranted and without any foundation in the jurisprudence, but it is completely at odds with the “as close to absolute as possible” protection to be afforded to the solicitor-client privilege. This is to say nothing of the practical difficulties one would encounter, in many instances, if an opinion had to be parsed to distinguish between its factual and legal components.

[61] One must start from the premise that once the solicitor-client privilege is established, the extent of its coverage is extremely broad and encompasses the factual information upon which the legal analysis is based. As stated by the Supreme Court in *Pritchard*, above, at paragraph 16:

Generally, solicitor-client privilege will apply as long as the communication falls within the usual and ordinary scope of the professional relationship. The privilege, once established, is considerably broad and all-encompassing.

[62] One of the consequences deriving from this principle is that express statutory authority will be required to abrogate or curtail the privilege. Solicitor-client privilege cannot be abrogated by inference. In *Blood Tribe*, above, the Supreme Court squarely addressed this issue (at paragraph 11):

To give effect to this fundamental policy of the law, our Court has held that legislative language that may (if broadly construed) allow incursions on solicitor-client privilege must be interpreted restrictively. The privilege cannot be abrogated by inference. Open-textured language governing production of documents will be read *not* to include solicitor-client documents ... [Emphasis in original.]

[60] La protonotaire conclut, au paragraphe 30 de sa décision, qu’il est « possible de [dissocier] les faits recueillis par “l’avocat” dans le cadre de son travail d’enquête » des avis sur des questions juridiques protégées par le privilège qui étaient donnés dans le rapport (*Slansky*, précitée). Elle a fondé sa conclusion sur son hypothèse que les « faits sont distincts des avis donnés sur des questions juridiques protégées par un privilège » (*Slansky*, précitée, au paragraphe 30). Cette hypothèse est non seulement injustifiée et sans aucun fondement dans la jurisprudence, mais elle contredit complètement la protection « quasi absolue » dont bénéficie le secret professionnel de l’avocat. Et nous ne parlons pas ici des difficultés pratiques qu’on rencontrerait, dans de nombreux cas, s’il fallait décortiquer un avis juridique pour en séparer les éléments factuels des éléments juridiques.

[61] Il faut partir du principe que, dès lors que l’existence du secret professionnel de l’avocat a été démontrée, son champ d’application est extrêmement large et englobe les renseignements factuels sur lesquels est fondée l’analyse juridique. Ainsi que la Cour suprême l’a déclaré dans l’arrêt *Pritchard*, précité, au paragraphe 16 :

Généralement, le privilège avocat-client s’applique dans la mesure où la communication s’inscrit dans le cadre habituel et ordinaire de la relation professionnelle. Une fois son existence établie, le privilège a une portée particulièrement large et générale.

[62] Une des conséquences de ce principe est qu’une autorisation législative explicite est nécessaire pour supprimer le privilège ou en atténuer la portée. Le privilège du secret professionnel ne peut être supprimé par inférence. Dans l’arrêt *Blood Tribe*, précité, la Cour suprême a carrément abordé la question (au paragraphe 11) :

Pour donner effet à ce principe de droit fondamental, notre Cour a statué que les dispositions législatives susceptibles (si elles sont interprétées de façon large) d’autoriser des atteintes au privilège du secret professionnel de l’avocat doivent être interprétées de manière restrictive. Le privilège ne peut être supprimé par inférence. On considérera ainsi qu’une disposition d’acception large régissant la production de documents *ne* vise *pas* les documents protégés par le secret professionnel de l’avocat [...] [Italique dans l’original.]

[63] In *Pritchard*, above, the Supreme Court considered a statutory provision equivalent to rule 317 of the Rules, requiring production of the record of proceedings by an administrative tribunal in the context of a judicial review application. The Court found that a “record of proceeding” does not include solicitor-client privileged information, as there is no express statutory intention to abrogate the privilege. This analysis applies squarely to the case at hand, as rule 317 contains no express statutory authority to abrogate the solicitor-client privilege.

[64] There is simply no authority for the proposition that facts can be severed from a communication that is protected as a result of the solicitor-client privilege. The decision of the Supreme Court in *Pritchard*, above, is quite significant in that regard. Having refused the appellant’s request for production of a legal opinion as part of the record of the proceedings on the basis that the legal opinion was protected by solicitor-client privilege, the Court refrained from ordering that the factual parts of the opinion be severed from the legal analysis and disclosed as part of the record of the proceedings. Rather, the Court implicitly ruled that the privilege extended to the entire legal opinion including the factual material. While courts have sometimes accepted to sever public documents attached as exhibits from the legal advice that is covered by the solicitor-client privilege (see, for example: *Murchison v. Export Development Canada*, 2009 FC 77, 354 F.T.R. 18, at paragraph 45) there is no precedent for what the Prothonotary has ordered in the present case.

[65] There are good principles and practical reasons for such an approach. Due to the importance of the privilege for the administration and quality of justice in this country, every attempt to restrict or curtail it must be resisted. What may appear as insignificant information of a factual nature may sometimes reveal the nature or the content of the legal advice sought. As Sopinka, Lederman and Bryant state in their treatise [*The Law of*

[63] Dans l’affaire *Pritchard*, précitée, la Cour suprême se penchait sur une disposition législative équivalente à la règle 317 des Règles, qui exigeait la production du dossier de l’instance d’un tribunal administratif dans le contexte d’une demande de contrôle judiciaire. La Cour a estimé qu’un « dossier de l’instance » n’englobait pas les communications privilégiées entre l’avocat et son client, étant donné que le législateur n’avait pas exprimé clairement et sans équivoque son intention d’écarter ce privilège. Cette analyse s’applique directement à l’affaire qui nous occupe, étant donné que la règle 317 des Règles ne renferme aucune disposition expresse permettant d’écarter le privilège du secret professionnel de l’avocat.

[64] Il n’y a tout simplement aucun précédent qui permette de soutenir que l’on peut séparer les faits d’une communication qui est protégée par application du secret professionnel de l’avocat. L’arrêt *Pritchard*, précité, de la Cour suprême du Canada est fort éloquent à ce propos. Après avoir refusé la demande présentée par l’appelante en vue d’obtenir la production d’une opinion juridique dans le cadre du dossier de l’instance aux motifs que cet avis juridique était protégé par le secret professionnel de l’avocat, la Cour a refusé d’ordonner que les éléments factuels de cet avis juridique soient scindés de l’analyse juridique et qu’ils soient divulgués au motif qu’ils faisaient partie du dossier de l’instance. La Cour a plutôt implicitement jugé que le secret professionnel de l’avocat s’appliquait à l’avis juridique en entier, y compris à ces éléments factuels. Bien que les tribunaux aient à l’occasion accepté de séparer d’un avis juridique protégé par le secret professionnel de l’avocat des documents publics joints en annexe (voir, par exemple, le jugement *Murchison c. Exportation et développement Canada*, 2009 CF 77, au paragraphe 45), il n’existe aucun précédent dans lequel le tribunal aurait ordonné ce que la protonotaire a ordonné en l’espèce.

[65] Cette façon de voir se justifie tant par des raisons d’ordre pratique que par des raisons de principe. En raison de l’importance que revêt le privilège pour l’administration d’une justice de qualité au Canada, il convient de s’opposer à toute tentative visant à restreindre ou à entraver ce privilège. Ce qui peut sembler être un renseignement factuel sans importance peut parfois révéler la nature ou la teneur de l’avis juridique

Evidence in Canada, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999], “the distinction between ‘fact’ and ‘communication’ is often a difficult one and courts should be wary of drawing the line too fine lest the privilege be seriously emasculated” (at page 734, paragraph 14.53).

[66] Moreover, facts are often intimately linked to legal analysis, to such an extent that it would be virtually impossible to disentangle them. The decision of the Court of Appeal of Manitoba in *Gower v. Tolko Manitoba Inc.*, 2001 MBCA 11 (CanLII), 196 D.L.R. (4th) 716, provides a telling example of that principle. In that case, a lawyer had been hired by an employer to investigate a complaint of sexual harassment against one of his employees. The Court found that the investigation was inextricably linked to the provision of legal advice. It is interesting to note that the retainer letter in that case explicitly tasked the investigator with the mandate to provide a fact-finding report and to give legal advice. The Court nevertheless stated that the retainer letter would not be determinative if there was evidence that pointed to the opposite conclusion. This is consistent with the functional approach espoused by the courts in determining whether the solicitor-client privilege applies.

[67] The decision of the Ontario Superior Court of Justice in *R. v. Ahmad*, 2008 CanLII 27470, 59 C.R. (6th) 308 (*Ahmad*), offers another helpful analogy. In that case, seven of the ten accused charged with a variety of terrorism offences applied for an order to disclose the package of material that was forwarded by Crown counsel to the Deputy Attorney General for his consideration in determining whether to exercise his discretion to consent to the preferral of the direct indictment. The Court concluded that the package of material constituted a communication made in confidence with a professional legal adviser for the purpose of giving and receiving legal advice, which was consequently protected by the solicitor-client privilege. One of the accused nevertheless argued that the judge should review the recommendation package to separate out the factual assertions and comments from the kernels of

demandé. Ainsi que les auteurs Sopinka, Lederman et Bryant le déclarent dans leur ouvrage [*The Law of Evidence in Canada*, 2^e éd. Toronto : Butterworths, 1999] : [TRADUCTION] « Il est souvent difficile de distinguer les faits des actes de communication et les tribunaux doivent se garder d’établir une distinction trop subtile de crainte que le privilège ne s’en trouve grandement affaibli » (à la page 734, au paragraphe 14.53).

[66] Qui plus est, les faits sont souvent si intimement liés à l’analyse juridique qu’il devient pratiquement impossible de les démêler. La décision rendue par la Cour d’appel du Manitoba dans l’affaire *Gower v. Tolko Manitoba Inc.*, 2001 MBCA 11 (CanLII), 196 D.L.R. (4th) 716, en offre un exemple éloquent. Dans cette affaire, un avocat avait été engagé par un employeur pour faire enquête sur une plainte de harcèlement sexuel porté contre l’un de ses employés. La Cour a conclu que l’enquête était inextricablement liée à la fourniture d’un avis juridique. Il est curieux de constater que, dans cette affaire, la lettre de mandat chargeait explicitement l’enquêteur de la mission de fournir un rapport d’enquête et de donner un avis juridique. La Cour a néanmoins déclaré que la lettre de mandat ne serait pas déterminante s’il existait des éléments de preuve permettant de tirer une conclusion contraire. Ce raisonnement va dans le sens de l’approche fonctionnelle adoptée par les tribunaux pour déterminer si le privilège du secret professionnel de l’avocat s’applique ou non.

[67] La décision rendue par la Cour supérieure de Justice de l’Ontario dans l’affaire *R. v. Ahmad*, 2008 CanLII 27470, 59 C.R. (6th) 308 (*Ahmad*), présente une autre analogie utile. Dans cette affaire, sept des dix individus accusés de diverses infractions de terrorisme demandaient au tribunal d’ordonner la communication de la série de documents qui avaient été transmis par le procureur de la Couronne au sous-procureur général pour qu’il les examine afin de décider s’il devait exercer son pouvoir discrétionnaire en vue de consentir à une mise en accusation directe. La Cour a conclu que la série de documents en question constituait une communication faite de façon confidentielle avec un conseiller juridique professionnel en vue de donner et de recevoir une opinion juridique qui était de ce fait protégée par le secret professionnel de l’avocat. Un des accusés affirmait cependant que le juge devait examiner les

pure legal advice. Commenting [at paragraph 83] that such a submission reflects a “fundamental misunderstanding of the breadth of the coverage provided by solicitor-client privilege”, Justice Dawson (*Ahmad*, above, at paragraph 84) stated:

Obviously a discussion of the facts and what is to be taken from them will almost always be integrally bound into the giving and receiving of legal advice. Inferences to be drawn from facts, what facts the evidence establishes alone and in combination with the other evidence, and the interrelationship between the facts and the law and the policy of the law are all likely to be closely related to the legal advice requested and given.

[68] The only case relied upon by the Prothonotary as authority for ordering the severance and disclosure of factual material in the Friedland Report is the decision of the Federal Court of Appeal in *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2007 FCA 87, 280 D.L.R. (4th) 540 (*Blank*). A careful reading of that decision convinces me that it does not stand for the proposition that factual material in a privileged document may be severed.

[69] At issue in that case was the scope of a statutory duty to sever non-privileged communications under the federal *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1. The Act provides a right of access to information in records under the control of a government institution. Where the government institution claims solicitor-client privilege over requested records, the Act, unlike rule 317, expressly provides for the severance of any non-privileged information or material from those records (*Access to Information Act*, sections 23, 25).

[70] First of all, it is obvious that the decision of the Court of Appeal pertains to an entirely different statutory context. Significantly, the CJC is exempt from the Act, since it does not come within the definition of a “government institution” (*Access to Information Act*, sections 3 [as am. by S.C. 2006, c. 9, s. 141], 4 [as am. by S.C.

documents pour séparer les assertions et observations factuelles des éléments consistant en une opinion juridique pure et simple. Faisant observer [au paragraphe 83] qu’un tel argument traduisait [TRADUCTION] « une incompréhension totale de la portée de la protection dont bénéficie le privilège du secret professionnel de l’avocat », le juge Dawson déclare (*Ahmad*, précitée au paragraphe 84) :

[TRADUCTION] De toute évidence, une discussion portant sur les faits et sur ce qu’on doit en retenir implique presque toujours nécessairement la fourniture et l’obtention d’un avis juridique. Les inférences à tirer des faits, les faits que la preuve établit seule ou en combinaison avec d’autres éléments de preuve ainsi que les rapports réciproques entre les faits et le droit et l’ordre public sont tous susceptibles d’être étroitement reliés aux avis juridiques demandés et donnés.

[68] La seule décision invoquée par la protonotaire pour justifier le prélèvement et la divulgation des éléments factuels du rapport Friedland est l’arrêt *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2007 CAF 87 (*Blank*), de la Cour d’appel fédérale. Or, une lecture attentive de cette décision me convainc que cet arrêt ne permet pas d’affirmer que l’on peut prélever les éléments factuels d’un document protégé par un privilège.

[69] Cette affaire concernait l’étendue de l’obligation du ministre de divulguer des portions de documents contenant des communications assujetties au privilège accordé aux opinions juridiques en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. (1985), ch. A-1. Cette loi consacre le principe du droit du public à la communication des documents de l’administration fédérale. Lorsqu’une institution fédérale revendique le secret professionnel de l’avocat sur les documents réclamés, la Loi, à la différence de la règle 317 des Règles, prévoit expressément le prélèvement des parties des documents contenant des renseignements protégés (*Loi sur l’accès à l’information*, articles 23 et 25).

[70] Tout d’abord, il est évident que l’arrêt de la Cour d’appel s’inscrit dans un contexte législatif tout à fait différent. Il importe de signaler que le CCM n’est pas assujéti à la *Loi sur l’accès à l’information*, étant donné qu’il ne répond pas à la définition d’« institution fédérale » (*Loi sur l’accès à l’information*, articles 3 [mod. par L.C. 2006, ch. 9, art. 141], 4 [mod. par L.C. 1992,

1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, item 1(F); 2001, c. 27, s. 202; 2006, c. 9, s. 143] and Schedule I).

[71] More fundamentally, however, the Court found that a statutory duty to sever must be interpreted restrictively, and cannot be used to sever factual material which is part of a privileged communication. The Court stated (*Blank*, above, at paragraph 13):

Second, it is well established that section 25 applies to records falling within section 23 However, section 25 must be applied to solicitor-client communications in a manner that recognizes the full extent of the privilege. It is not Parliament's intention to require the severance of material that forms a part of the privileged communication by, for example, requiring the disclosure of material that would reveal the precise subject of the communication or the factual assumptions of the legal advice given or sought.

[72] Commenting further on a previous decision of the Court involving the same parties, where Justice Sharlow had indicated that “generally innocuous opening words and closing words of the communication”, as well as other general identifying information could sometimes be severed, Justice Evans, writing on behalf of the Court, made the following clarification (*Blank*, above, at paragraphs 21–22):

Third, Sharlow J.A. included in her list of “general identifying information” (at para. 23), “the generally innocuous opening words and closing words of the communication.” It is not clear to me to what this refers. The adjective “innocuous” could be interpreted as requiring an examination of the body of a privileged communication to determine if disclosure of particular sentences would be harmful.

In my view, however, a reading of Sharlow J.A.'s discussion as a whole (including her statement in para. 20 that policy advice by a lawyer in a letter also giving legal advice may not be within solicitor-client privilege) indicates that, in her view, the proper test is whether the information is part of the privileged communication. If it is, then section 25 does not require that it be severed from the balance of the privileged communication.

ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 1(F); 2001, ch. 27, art. 202; 2006, ch. 9, art. 143] et annexe I).

[71] Mais, plus fondamentalement, la Cour a estimé que l'obligation légale de prélèvement doit être interprétée restrictivement et qu'elle ne peut servir à prélever des éléments factuels qui font partie d'une communication privilégiée. La Cour a déclaré ce qui suit (*Blank*, précité, au paragraphe 13) :

Deuxièmement, il est bien établi que l'article 25 s'applique aux documents visés par l'article 23 [...] Toutefois, l'article 25 doit être appliqué aux communications assujetties au secret professionnel d'une manière qui reconnaît la pleine mesure de la protection. L'intention du législateur n'est pas d'exiger le prélèvement de renseignements qui font partie d'une communication privilégiée en exigeant, par exemple, la communication de renseignements qui révéleraient le sujet précis de la communication ou les hypothèses actuelles de l'avis juridique donné ou sollicité.

[72] Le juge Evans, qui écrivait au nom de la Cour, a donné les éclaircissements suivants après avoir commenté une décision antérieure de la Cour mettant en présence les mêmes parties où la juge Sharlow avait expliqué qu'on pouvait parfois prélever « le préambule et la conclusion généralement sans grande importance » ainsi que d'autres renseignements d'identification générale (*Blank*, précité, aux paragraphes 21 et 22) :

Troisièmement, la juge Sharlow a inclus dans sa liste de « renseignements d'identification générale » (au paragraphe 23), « le préambule et la conclusion généralement sans grande importance. » Je ne vois pas très bien ce que cela signifie. L'expression « sans grande importance » pourrait être interprétée comme exigeant l'examen du corps d'une communication confidentielle afin de décider si la communication de phrases particulières causerait un préjudice.

Toutefois, à mon avis, une lecture de l'analyse de la juge Sharlow dans son ensemble (y compris sa déclaration au paragraphe 20 selon laquelle des conseils en matière de politique donnés par un avocat dans une lettre donnant également un avis juridique peuvent ne pas être assujettis au secret professionnel) indique que, selon elle, le critère approprié est la question de savoir si les renseignements font partie de la communication confidentielle. Si c'est le cas, l'article 25 n'exige pas alors qu'ils soient prélevés du reste de la communication confidentielle.

[73] That decision, therefore, cannot be relied upon to order the severance of the facts which are part of a privileged communication. On the contrary, it is entirely consistent with the jurisprudence of the Supreme Court referred to earlier in these reasons, to the effect that the solicitor-client privilege must be interpreted broadly and should be tempered with only in the most exceptional circumstances.

[74] For all of the foregoing reasons, I am therefore of the view that the entire Report of Professor Friedland is protected by the solicitor-client privilege, and that the Prothonotary erred in concluding that the factual material can be severed from the legal advice.

[75] That being said, I find that the 6 000 pages of transcript ordered by Professor Friedland in order to write his Report should be produced by the CJC, as well as all other material that had already been produced and that was considered by Professor Friedland. Although that material was not appended to his Report, Professor Friedland indicated that it is available (both in hard copy and electronically) and that he would be happy to send it to the CJC if it is required. This material is clearly public and not covered by the solicitor-client privilege, and should be part of the record. I appreciate that Mr. Slansky could file the transcript himself, as part of his record, as suggested by counsel for the CJC. However, the production of the full transcript would not indicate the portions upon which Professor Friedland relied to draft his Report. Moreover, there would be no point in putting Mr. Slansky to the expense of seeking a transcript that has already been prepared.

(c) The public interest privilege

[76] Having found that the solicitor-client privilege does attach to the entire Friedland Report, there would be no need to address the CJC's alternative argument that the Prothonotary also erred in ruling that the Report is not protected by the public interest privilege. I will,

[73] On ne peut donc invoquer cette décision pour ordonner le prélèvement des faits qui font partie d'une communication privilégiée. Au contraire, cette décision va tout à fait dans le même sens que la jurisprudence de la Cour suprême dont nous avons déjà fait état dans les présents motifs et suivant laquelle le privilège du secret professionnel de l'avocat doit être interprété de façon large et ne devrait être restreint que dans les circonstances les plus exceptionnelles.

[74] Pour tous les motifs qui ont été exposés, je suis d'avis que tout le rapport du professeur Friedland est protégé par le secret professionnel de l'avocat et que la protonotaire a commis une erreur en concluant que l'on pouvait séparer les éléments factuels des opinions juridiques.

[75] Ceci étant dit, j'estime que les 6 000 pages de transcription que le professeur Friedland a générées pour pouvoir rédiger son rapport devraient être produites par le CCM de même que tous les autres documents qui ont déjà été produits et dont le professeur Friedland a tenu compte. Même si ces documents n'étaient pas annexés à son rapport, le professeur Friedland a expliqué qu'on pouvait se les procurer (tant en copie papier que sous forme électronique) et qu'il serait heureux de les faire parvenir au CCM au besoin. Ces documents sont de toute évidence publics. Ils ne sont pas protégés par le secret professionnel de l'avocat et devraient être versés au dossier. Je crois comprendre que M^e Slansky pourrait déposer la transcription lui-même en la versant à son dossier comme le suggère l'avocat du CCM. Toutefois, la production de la version intégrale de la transcription ne permettrait pas de savoir sur quels passages le professeur Friedland s'est fondé pour rédiger son rapport. De plus, il est inutile de forcer M^e Slansky à devoir engager des frais pour chercher à obtenir une transcription qui a déjà été préparée.

c) Le privilège d'intérêt public

[76] Ayant conclu que le privilège du secret professionnel de l'avocat ne s'appliquait pas à la totalité du rapport Friedland, il n'est pas nécessaire d'examiner l'argument subsidiaire du CCM suivant lequel la protonotaire a aussi commis une erreur en jugeant que le

nevertheless, venture the following remarks, if only because this argument was argued before me both by counsel for the CJC and for Mr. Slansky.

[77] There is no dispute that public interest privilege attaches to communications which disclosure would be contrary to the public interest. This, in turn, implies a balancing of countervailing public interests in maintaining confidentiality and obtaining disclosure. In the case at bar, the CJC invoked the necessity to safeguard three public interests: (a) ensuring the integrity of the CJC's summary process by obtaining full and frank disclosure in the course of investigating a complaint; (b) protecting the privacy interests of the judge; and (c) protecting judicial independence.

[78] I agree with the Prothonotary that it is far from obvious how judicial independence could be compromised by the disclosure of Professor Friedland's Report. At the hearing before this Court, counsel for the CJC was not much more explicit in this respect. While judicial independence obviously deserves to be insulated from any encroachment, I fail to see how a report commissioned by the CJC to inquire into a complaint could interfere with a judge's independence; it is clearly not the case, at the very least, of the Friedland Report.

[79] As for the concerns related to the privacy interests of the judge who is the subject of the complaint, they are certainly valid and deserve to be taken into consideration. To the extent that such preoccupations are relevant, however, they can easily be taken care of by resorting to a motion for a confidentiality order pursuant to rule 151 of the Rules. Indeed, counsel for Mr. Slansky has explicitly stated that his client was prepared to accept the need for such an order to protect the anonymity of witnesses and sensitive information with respect to Justice Thompson's health or other sensitive information.

rapport n'était pas protégé par le privilège de l'intérêt public. Je me permets néanmoins de risquer les quelques remarques suivantes, ne serait-ce parce que l'argument en question a été plaidé devant moi tant par l'avocat du CCM que par celui de M^e Slansky.

[77] Il est acquis aux débats que le privilège de l'intérêt public s'applique aux communications dont la divulgation irait à l'encontre de l'intérêt public, ce qui implique que l'on mette en balance des intérêts publics opposés, à savoir, d'une part, celui de protéger le caractère confidentiel et, d'autre part, celui d'obtenir la communication des renseignements en question. En l'espèce, le CCM invoque la nécessité de protéger trois intérêts publics : a) assurer l'intégrité du processus sommaire de traitement des plaintes du CCM en obtenant une communication complète et franche au cours de l'enquête sur une plainte; b) protéger le droit à la protection de la vie privée du juge; c) protéger l'indépendance de la magistrature.

[78] Je suis d'accord avec la protonotaire pour dire qu'il est loin d'être évident que la divulgation du rapport du professeur Friedland compromettrait l'indépendance de la magistrature. À l'audience qui s'est déroulée devant notre Cour, l'avocat de la CCM n'a pas été plus explicite à cet égard. Bien que l'indépendance de la magistrature mérite de toute évidence d'être protégée contre toute atteinte, je ne vois pas comment un rapport commandé par le CCM pour enquêter sur une plainte serait susceptible de porter atteinte à l'indépendance d'un juge. Ce n'est de toute évidence pas le cas, du moins, pour ce qui est du rapport Friedland.

[79] Quant aux craintes formulées au sujet du droit à la protection de la vie privée du juge faisant l'objet de la plainte, ces préoccupations sont certainement valables et elles méritent d'être prises en considération. Dans la mesure où ces préoccupations s'appliquent, il est facile de s'en occuper en recourant à une requête en ordonnance de confidentialité en vertu de la règle 151 des Règles. D'ailleurs, l'avocat de M^e Slansky a expressément déclaré que son client était prêt à reconnaître la nécessité d'une telle ordonnance pour protéger l'anonymat des témoins ainsi que tout renseignement délicat portant notamment sur la santé du juge Thompson.

[80] More compelling is the argument that it is important to safeguard the integrity of the summary process, in order to avoid the need for a full-blown formal proceeding. There is no doubt that it is in the interest of all parties, and of the administration of justice, that scarce judicial resources should be spent on those complaints that raise serious concerns. When in doubt, it is clearly desirable that there be an informal procedure whereby the CJC can determine whether a full inquiry is warranted. In the absence of such a mechanism, every complaint that is not clearly “trivial, vexatious, made for an improper purpose, manifestly without substance, or does not warrant further consideration” pursuant to section 3.5 of the Complaints Procedures would have to be considered by a panel of three or five judges (two or three of which would include chief justices or associate chief justices). This would plainly be a waste of critical judicial resources.

[81] For the informal procedure to be effective, though, full and frank disclosure must be ensured. While there may not be any evidence that people who were interviewed by Professor Friedland for the purpose of his Report would not have been as forthcoming had they known that their information might become public, I do not think such an inference is purely speculative or unreasonable. In his letter of complaint, Mr. Slansky himself acknowledged that members of the Bar would be reluctant to come forward without assurances of confidentiality. Similarly, Professor Friedland highlighted in his Report the sensitive nature of interviewing members of the local Bar and their likely reluctance to be forthright when speaking with him. This is easily understandable, especially in a small community where a judge against whom a complaint may be made will often be the only resident superior court judge.

[82] Parliament itself has recognized the vital role of confidentiality in the CJC’s investigations and inquiries. Subsections 63(5) and (6) of the *Judges Act* provide that the CJC may hold an inquiry or investigation in private and may prohibit the publication of material arising out

[80] Un argument plus convaincant est celui selon lequel il est important de protéger l’intégrité du processus sommaire pour éviter de devoir tenir une instance formelle en bonne et due forme. Il ne fait aucun doute qu’il est dans l’intérêt de toutes les parties et de l’administration de la justice de consacrer les ressources judiciaires limitées aux plaintes qui soulèvent des préoccupations sérieuses. En cas de doute, il est manifestement souhaitable de suivre une procédure informelle permettant au CCM de décider si la tenue d’une enquête en bonne et due forme est justifiée. À défaut de pareil mécanisme, chaque plainte qui n’est pas « frivole ou vexatoire [...] formulée dans un but injustifié, [...] manifestement dénuée de fondement ou [qui] ne nécessite pas un examen plus poussé » au sens de l’article 3.5 des Procédures relatives aux plaintes devrait être examinée par un collège composé de trois ou cinq juges (dont deux ou trois seraient des juges en chef ou des juges en chef adjoints). Cette façon de procéder constituerait de toute évidence un gaspillage de ressources judiciaires précieuses.

[81] Pour que la procédure informelle soit efficace, il faut toutefois garantir une divulgation franche et complète. Même si rien ne permet de penser que les gens qui ont été interrogés par le professeur Friedland en vue de la rédaction de son rapport n’auraient pas été aussi francs s’ils avaient su que les renseignements qu’ils communiquaient pouvaient devenir publics, je ne crois pas qu’une telle inférence soit purement spéculative ou abusive. Dans sa lettre de plainte, M^e Slansky a lui-même reconnu que des membres du Barreau hésiteraient à parler si on ne leur garantissait pas la confidentialité. Dans le même ordre d’idées, le professeur Friedland a souligné dans son rapport à quel point il était délicat d’interroger des membres du Barreau local, ajoutant que ces derniers seraient probablement réticents à lui parler ouvertement. On peut aisément comprendre ces réticences surtout dans le cas d’une petite communauté où le juge visé par la plainte sera souvent le seul juge résident de la Cour supérieure.

[82] Le législateur fédéral a lui-même reconnu le rôle crucial que joue la confidentialité dans les enquêtes du CCM. Les paragraphes 63(5) et 63(6) de la *Loi sur les juges* prévoient que le CCM peut tenir ses enquêtes à huis clos et qu’il peut interdire la publication de tous

of an inquiry or investigation when it is of the opinion that the publication is not in the public interest. I agree with counsel for the CJC that this is a clear recognition that the integrity of the investigation process can be undermined where confidentiality is not maintained.

[83] At the end of the day, the critical determination as to whether information should be protected or disclosed hinges on a balancing act. Does the public interest in transparency and maintaining confidence in the integrity of the judicial process outweigh public interest for confidentiality and the best allocation of scarce judicial resources?

[84] In answering this question, one must not lose sight of the information provided to Mr. Slansky by the Executive Director of the CJC in notifying him that his complaint was dismissed. Far from being a mere formal letter, the conclusion reached is communicated without any further explanation. Mr. Sabourin's 10-page letter is quite elaborate and outlines in detail the process followed, the principles applied, the gist of Professor Friedland's Report and the reasons of Chief Justice Scott for closing the file. This is clearly sufficient to judicially review the decision made by the CJC, 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.

[85] For all of the foregoing reasons, I am therefore of the view that the Prothonotary erred in law by ruling that the Report did not attract public interest privilege.

(d) Should the application for judicial review be converted into an action?

[86] As previously mentioned, the main objective of the applicant in bringing his motion before the Prothonotary was to require that his application for judicial review be converted into an action, pursuant to

renseignements ou documents produits devant lui au cours de l'enquête ou découlant de celle-ci lorsqu'il estime que leur publication ne sert pas l'intérêt public. Je suis d'accord avec l'avocat du CCM pour dire qu'il s'agit là d'une nette reconnaissance du fait que l'intégrité du processus d'enquête risque d'être minée si l'on ne garantit pas la confidentialité.

[83] En dernière analyse, la réponse à la question cruciale de savoir s'il y a lieu de protéger ou de divulguer des renseignements déterminés est le fruit d'une recherche du juste équilibre. L'intérêt qu'a le public à la transparence et au maintien de sa confiance dans l'intégrité du processus judiciaire l'emporte-t-elle sur son intérêt face à la confidentialité et à l'utilisation optimale des rares ressources judiciaires?

[84] Pour répondre à cette question, on ne doit pas perdre de vue les renseignements fournis à M^e Slansky par le directeur exécutif du CCM pour l'informer du rejet de sa plainte. Loin de constituer une simple lettre formelle, la décision lui a été communiquée sans autre explication. La lettre de 10 pages rédigée par M^e Sabourin est fort détaillée et elle expose en détail la procédure suivie, les principes appliqués, l'essentiel des conclusions du rapport du professeur Friedland, ainsi que les motifs pour lesquels le juge en chef Scott avait décidé de clore le dossier, ce qui suffit amplement pour justifier le contrôle judiciaire de la décision du CCM et, contrairement à ce qu'il prétend, M^e 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.

[85] Pour tous ces motifs, je suis par conséquent d'avis que la protonotaire a commis une erreur en statuant que le rapport ne donnait pas lieu à l'application du privilège d'intérêt public.

(d) Y a-t-il lieu de convertir la demande de contrôle judiciaire en action?

[86] Comme nous l'avons déjà mentionné, le principal objectif que poursuivait le demandeur en saisissant la protonotaire de sa requête était d'obtenir que sa demande de contrôle judiciaire soit convertie en action

subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*. However, the Prothonotary did not deal with this aspect of the motion as the focus quickly shifted to the alternate remedy sought by Mr. Slansky—that of compelling the CJC to deliver the complete record for its decision, including the Friedland Report.

[87] It is well established that Parliament intended judicial review proceedings to be determined by means of applications in order to ensure the speedy resolution of the issues raised by an applicant. It is only in exceptional circumstances that the Court will convert an application into an action.

[88] The *locus classicus* on that issue is found in the following statement of Justice Décary, writing for a unanimous Court of Appeal in *Macinnis v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 464 (*Macinnis*), at pages 470–471 (available on CanLII):

It is, in general, only where facts of whatever nature cannot be satisfactorily established or weighed through affidavit evidence that consideration should be given to using subsection 18.4(2) of the Act. One should not lose sight of the clear intention of Parliament to have applications for judicial review determined whenever possible with as much speed and as little encumbrances and delays of the kind associated with trials as are possible. The “clearest of circumstances”, to use the words of Muldoon J., where that subsection may be used, is where there is a need for *viva voce* evidence, either to assess demeanour and credibility of witnesses or to allow the Court to have a full grasp of the whole of the evidence wherever it feels the case cries out for the full panoply of a trial. [Footnote omitted.]

[89] Over time, the [Federal] Court of Appeal and this Court have somewhat expanded the grounds upon which conversion might be ordered. The [Federal] Court of Appeal summarized the case law on this issue in *Association des crabiers acadiens Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 357, 402 N.R. 123, at paragraph 39:

Therefore, conversion is possible (a) when an application for judicial review does not provide appropriate procedural safeguards where declaratory relief is sought (*Haig v. Canada*, [1992] 3 F.C. 611 (F.C.A.)), (b) when the facts allowing the Court to make a decision cannot be satisfactorily established

conformément au paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*. La protonotaire n’a toutefois pas abordé cet aspect de la requête étant donné que le débat s’est rapidement déplacé sur la question de la réparation subsidiaire réclamée par M^e Slansky, en l’occurrence une ordonnance contraignant le CCM à communiquer le dossier intégral, y compris le rapport Friedland.

[87] Il est de jurisprudence constante que le législateur entendait que les instances en contrôle judiciaire soient jugées par voie de demande, pour assurer un règlement rapide des questions soulevées par les demandeurs. Ce n’est que dans des circonstances exceptionnelles que la Cour acceptera de transformer une demande en action.

[88] L’énoncé classique en la matière se trouve dans les remarques suivantes faites par la Cour d’appel fédérale sous la plume du juge Décary dans l’arrêt *Macinnis c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 464 (*Macinnis*), aux pages 470 et 471 (publié sur CanLII) :

En général, c’est seulement lorsque les faits, de quelque nature qu’ils soient, ne peuvent pas être évalués ou établis avec satisfaction au moyen d’un affidavit que l’on devrait envisager d’utiliser le paragraphe 18.4(2) de la Loi. Il ne faudrait pas perdre de vue l’intention clairement exprimée par le Parlement, qu’il soit statué le plus tôt possible sur les demandes de contrôle judiciaire, avec toute la célérité possible, et le moins possible d’obstacles et de retards du type de ceux qu’il est fréquent de rencontrer dans les procès. On a des « motifs très clairs » d’avoir recours à ce paragraphe, pour utiliser les mots du juge Muldoon, lorsqu’il faut obtenir une preuve de vive voix soit pour évaluer l’attitude et la crédibilité des témoins ou pour permettre à la Cour de saisir l’ensemble de la preuve lorsqu’elle considère que l’affaire requiert tout l’appareillage d’un procès tenu en bonne et due forme. [Note en bas de page omise.]

[89] Avec le temps, la Cour d’appel [fédérale] et notre Cour ont ajouté quelques motifs à ceux permettant d’ordonner la conversion. La Cour d’appel [fédérale] a résumé la jurisprudence sur la question dans l’arrêt *Association des crabiers acadiens Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 357, au paragraphe 39 :

Ainsi une conversion sera possible a) lorsqu’une demande de contrôle judiciaire ne fournit pas de garanties procédurales suffisantes lorsqu’on cherche à obtenir un jugement déclaratoire (*Haig c. Canada*, [1992] 3 C.F. 611 (C.A.F.)), b) lorsque les faits permettant à la Cour de prendre une décision ne peuvent être

through mere affidavit evidence (*Macinnis v. Canada*, [1994] 2 F.C. 464 (F.C.A.)), (c) when it is desirable to facilitate access to justice and avoid unnecessary cost and delay (*Drapeau v. Canada (Minister of National Defence)*, [1995] F.C.J. No. 536 (F.C.A.)) and (d) when it is necessary to address the remedial inadequacies of judicial review, such as the award of damages (*Hinton v. Canada*, [2009] 1 F.C.R. 476).

[90] In the case at bar, the only basis put forward by the applicant in support of his claim that his application should proceed as an action, is the bald assertion that the facts cannot be established or weighed by affidavit evidence, and that there are “various evidentiary gaps, inconsistencies, and factual issues which cannot be weighed by way of affidavit evidence” (memorandum of the applicant, at paragraph 30). I agree with the Attorney General that this is clearly insufficient, in the absence of any explanation as to why the affidavit evidence is lacking and is inadequate to properly assess the application for judicial review.

[91] The applicant relies on *Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1573, [2005] 3 F.C.R. 82, where a judicial review application was converted into an action. This case is easily distinguishable, though, as there was clearly information relevant to the determination of the issues raised by the application that was only available through the procedural step of examination for discovery, a process which is only available in an action. Moreover, there were parallel actions proceeding on similar grounds which would have resulted in a multiplicity of proceedings if the applications continued at the same time. In the present case, there is only one proceeding and the only information that is unavailable relates to exchanges between the Chairperson of the CJC and his legal advisors.

[92] I have previously determined that there are no relevant evidentiary gaps created by the failure of the CJC to disclose these documents. The letter from the Executive Director and General Counsel to Mr. Slansky explaining why Chief Justice Scott has come to the view

établis d’une manière satisfaisante par simple affidavit (*Macinnis c. Canada*, [1994] 2 C.F. 464 (C.A.F.)), c) lorsqu’il y a lieu de faciliter l’accès à la justice et d’éviter des coûts et des délais inutiles (*Drapeau v. Canada (Minister of National Defence)*, [1995] A.C.F. no. 536 (C.A.F.)) et d) lorsqu’il est nécessaire de remédier aux lacunes qu’une demande de contrôle judiciaire présente en matière de réparation, tel l’octroi de dommages-intérêts (*Hinton c. Canada*, [2009] 1 R.C.F. 476).

[90] En l’espèce, le seul argument invoqué par le demandeur pour justifier la conversion de sa demande en action est sa simple affirmation que les faits ne peuvent être établis ou soupesés au moyen d’un affidavit et qu’il existe [TRADUCTION] « plusieurs lacunes, contradictions et questions factuelles dans la preuve qui ne peuvent être soupesées par voie d’affidavit » (mémoire du demandeur, au paragraphe 30). Je suis d’accord avec le procureur général pour dire que cet argument est manifestement insuffisant en l’absence d’autres explications sur les raisons pour lesquelles l’affidavit est déficient et qu’il ne permet pas d’examiner comme il se doit la demande de contrôle judiciaire.

[91] Le demandeur invoque l’affaire *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 1573, [2005] 3 R.C.F. 82, dans laquelle une demande de contrôle judiciaire a été convertie en action. Cette affaire se distingue aisément de la présente espèce, étant donné qu’il existait de toute évidence des renseignements utiles pour trancher les questions soulevées par la demande et que ces renseignements ne pouvaient être obtenus qu’au cours de l’étape procédurale de l’interrogatoire préalable, étape qui n’existe que dans le cadre d’une action. De plus, des actions parallèles avaient été intentées sur le fondement de motifs semblables et auraient pu donner lieu à une multiplication d’instances advenant le cas où les demandes auraient été instruites en même temps. En l’espèce, il n’y a qu’une seule instance et les seuls renseignements qui ne sont pas disponibles se rapportent aux communications échangées entre le président du CCM et ses conseillers juridiques.

[92] J’ai déjà conclu que l’omission du CCM de divulguer les documents en question n’a pas créé de lacunes significatives sur le plan de la preuve. La lettre que le directeur exécutif et avocat général a adressée à M^e Slansky pour lui expliquer les raisons pour lesquelles

that his complaint does not warrant further consideration, provides all the relevant information necessary to proceed with the application for judicial review. Even if there were some gaps, however, they could not be remedied by *viva voce* evidence or by any other procedures available in an action. The solicitor-client privilege will apply in an action as much as in an application for judicial review, and will protect the Friedland Report from disclosure.

[93] Counsel for Mr. Slansky submitted that witnesses could be called to the bar and compelled to testify as to what they told Professor Friedland in the context of his investigation. First of all, the names of the people that have been interviewed by Professor Friedland have not been disclosed, since privilege has been claimed over them. Second, it is pure speculation that these witnesses (to the extent that Mr. Slansky or his counsel could guess who they are) would be able to provide relevant and useful evidence for the purpose of his argument. This is clearly an insufficient rationale to convert an application into an action. As the Federal Court of Appeal held in *Macinnis*, above, at pages 471–472, “speculation that hidden evidence will come to light is not a basis for ordering a trial” [footnote omitted]. It is only if there are “good grounds” for believing that relevant evidence would come to light through a trial, that a judge might be justified in ordering a judicial review be converted into an action. At the end of the day, “the key test is whether the judge can see that affidavit evidence will be inadequate, not that trial evidence might be superior” (at page 472). Counsel for the applicant has not provided me with anything of substance that such would be the case at hand.

[94] There being no other basis urged upon the Court to convert this application into an action, I find that the applicant has not established that this case meets the “clearest of circumstances” criteria.

le juge en chef Scott était d’avis que sa plainte ne justifiait pas un examen plus approfondi renfermant tous les renseignements pertinents nécessaires pour l’instruction de la demande de contrôle judiciaire. Toutefois, même s’il existait des lacunes, celles-ci ne pouvaient être corrigées au moyen de témoignages ou de toute autre procédure suivie dans le cadre d’une action. Le privilège du secret professionnel de l’avocat s’applique autant dans une action que dans une demande de contrôle judiciaire et il a pour effet de soustraire le rapport Friedland à la divulgation.

[93] L’avocat de M^e Slansky a fait valoir que l’on pouvait convoquer des témoins et les forcer à relater ce qu’ils avaient dit au professeur Friedland au cours de l’enquête. Tout d’abord, le nom des personnes que le professeur Friedland a interrogées n’a pas été divulgué étant donné que le secret professionnel a été revendiqué à cet égard. En second lieu, on se livre à de la pure spéculation lorsqu’on laisse entendre que ces témoins (dans la mesure où M^e Slansky ou son avocat pourrait deviner leur identité) seraient en mesure de fournir des éléments de preuve pertinents et utiles qui appuieraient son argument. Ce raisonnement est manifestement insuffisant pour justifier la conversion de la demande en action. Ainsi que la Cour d’appel fédérale l’a déclaré dans l’arrêt *Macinnis*, précité, aux pages 471 et 472 : « Par conséquent, supposer qu’on pourra mettre au jour une preuve cachée n’est pas une raison suffisante pour ordonner la tenue d’un procès » [note en bas de page omise]. Ce n’est que lorsqu’il existe de « bonnes raisons » de croire que l’on pourrait mettre au jour des éléments de preuve pertinents dans le cadre d’un procès que le juge pourrait être justifié de convertir une demande de contrôle judiciaire en une action. En dernière analyse, « le vrai critère que le juge doit appliquer est de se demander si la preuve présentée au moyen d’affidavits sera suffisante, et non de se demander si la preuve qui pourrait être présentée au cours d’un procès pourrait être supérieure » (à la page 472). L’avocat du demandeur ne m’a proposé aucun argument valable permettant de croire que tel serait le cas en l’espèce.

[94] Comme on n’a soumis à la Cour aucun autre argument justifiant de convertir la présente demande en action, j’estime que le demandeur n’a pas démontré qu’il avait satisfait aux critères des « motifs très clairs ».

[95] The appeal is therefore granted. Costs shall be in the cause.

[95] L'appel est par conséquent accueilli. Les dépens suivront le sort de la cause.

ORDER

THIS COURT ORDERS that the appeal is granted. Costs shall be in the cause.

ORDONNANCE

LA COUR ACCUEILLE l'appel. Les dépens suivront le sort de la cause.

Annex

Judges Act, R.S.C., 1985, c. J-1

Inquiries

63. (1) The Council shall, at the request of the Minister or the attorney general of a province, commence an inquiry as to whether a judge of a superior court should be removed from office for any of the reasons set out in paragraphs 65(2)(a) to (d).

Investigations

(2) The Council may investigate any complaint or allegation made in respect of a judge of a superior court.

Inquiry Committee

(3) The Council may, for the purpose of conducting an inquiry or investigation under this section, designate one or more of its members who, together with such members, if any, of the bar of a province, having at least ten years standing, as may be designated by the Minister, shall constitute an Inquiry Committee.

Powers of Council or Inquiry Committee

(4) The Council or an Inquiry Committee in making an inquiry or investigation under this section shall be deemed to be a superior court and shall have

Annexe

Loi sur les juges, L.R.C. (1985), ch. J-1

63. (1) Le Conseil mène les enquêtes que lui confie le ministre ou le procureur général d'une province sur les cas de révocation au sein d'une juridiction supérieure pour tout motif énoncé aux alinéas 65(2)a) à d).

Enquêtes obligatoires

(2) Le Conseil peut en outre enquêter sur toute plainte ou accusation relative à un juge d'une juridiction supérieure.

Enquêtes facultatives

(3) Le Conseil peut constituer un comité d'enquête formé d'un ou plusieurs de ses membres, auxquels le ministre peut adjoindre des avocats ayant été membres du barreau d'une province pendant au moins dix ans.

Constitution d'un comité d'enquête

(4) Le Conseil ou le comité formé pour l'enquête est réputé constituer une juridiction supérieure; il a le pouvoir de :

Pouvoirs d'enquête

| | | | |
|------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------|
| | <p>(a) power to summon before it any person or witness and to require him or her to give evidence on oath, orally or in writing or on solemn affirmation if the person or witness is entitled to affirm in civil matters, and to produce such documents and evidence as it deems requisite to the full investigation of the matter into which it is inquiring; and</p> <p>(b) the same power to enforce the attendance of any person or witness and to compel the person or witness to give evidence as is vested in any superior court of the province in which the inquiry or investigation is being conducted.</p> | <p>a) citer devant lui des témoins, les obliger à déposer verbalement ou par écrit sous la foi du serment — ou de l'affirmation solennelle dans les cas où elle est autorisée en matière civile — et à produire les documents et éléments de preuve qu'il estime nécessaires à une enquête approfondie;</p> <p>b) contraindre les témoins à comparaître et à déposer, étant investi à cet égard des pouvoirs d'une juridiction supérieure de la province où l'enquête se déroule.</p> | |
| Prohibition of information relating to inquiry, etc. | <p>(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.</p> | <p>(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.</p> | Protection des renseignements |
| Inquiries may be public or private | <p>(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.</p> | <p>(6) Sauf ordre contraire du ministre, les enquêtes peuvent se tenir à huis clos.</p> | Publicité de l'enquête |
| Notice of hearing | <p>64. A judge in respect of whom an inquiry or investigation under section 63 is to be made shall be given reasonable notice of the subject-matter of the inquiry or investigation and of the time and place of any hearing thereof and shall be afforded an opportunity, in person or by counsel, of being heard at the hearing, of cross-examining witnesses and of adducing evidence on his or her own behalf.</p> | <p>64. Le juge en cause doit être informé, suffisamment à l'avance, de l'objet de l'enquête, ainsi que des date, heure et lieu de l'audition, et avoir la possibilité de se faire entendre, de contre-interroger les témoins et de présenter tous éléments de preuve utiles à sa décharge, personnellement ou par procureur.</p> | Avis de l'audition |
| Report of Council | <p>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.</p> | <p>65. (1) À l'issue de l'enquête, le Conseil présente au ministre un rapport sur ses conclusions et lui communique le dossier.</p> | Rapport du Conseil |
| Recommendation to Minister | <p>(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</p> | <p>(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 :</p> | Recommandation au ministre |

(a) age or infirmity,

(b) having been guilty of misconduct,

(c) having failed in the due execution of that office, or

(d) having been placed, by his or her conduct or otherwise, in a position incompatible with the due execution of that office,

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

a) âge ou invalidité;

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

c) manquement aux devoirs de sa charge;

d) situation d'incompatibilité, qu'elle soit imputable au juge ou à toute autre cause.

Procedures for Dealing with Complaints made to the Canadian Judicial Council about Federally Appointed Judges

“Complaints Procedures”

Approved by the Canadian Judicial Council
September 27, 2002

Effective January 1, 2003

3. Review by the Chairperson/Vice-Chairpersons of the Judicial Conduct Committee

- 3.1 Neither the Chairperson of the Council nor any member of the Council who is a judge of the Federal Court of Canada, shall participate in the Council's consideration of any complaint, unless the Chairperson of the Council considers that the public interest and the due administration of justice require it.
- 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 his or her court.
- 3.3 Throughout the remainder of these procedures “Chairperson” refers to either the Chairperson or one of the Vice-Chairpersons of the Judicial Conduct Committee established by the Council.
- 3.4 After a file has been opened, and upon receipt of a letter from the complainant asking for the withdrawal of his or her complaint, the Chairperson may:

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 »

Approuvées par le Conseil canadien de la magistrature
le 27 septembre 2002

en vigueur le 1^{er} janvier 2003

3. Examen de la plainte par le président ou par un vice-président du comité sur la conduite des juges

- 3.1 À moins que le président du Conseil ne considère que l'intérêt public et la bonne administration de la justice l'exigent, ni lui ni aucun membre du Conseil qui est juge à la Cour fédérale du Canada ne peuvent participer à l'examen d'une plainte.
- 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.
- 3.3 Pour l'application des dispositions qui suivent, le terme « président » désigne le président ou l'un des vice-présidents du comité sur la conduite des juges constitué par le Conseil.
- 3.4 Si, après l'ouverture d'un dossier, le président reçoit une lettre dans laquelle le plaignant demande le retrait de sa plainte, il peut:

- | | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>(a) close the file and categorize it as “withdrawn”; or</p> <p>(b) proceed with consideration of the complaint on the basis that the public interest and the due administration of justice require it.</p> | <p>a) soit fermer le dossier et le classer dans la catégorie des plaintes « retirées »;</p> <p>b) soit décider de poursuivre l’examen de la plainte, considérant que l’intérêt public et la bonne administration de la justice l’exigent.</p> |
| <p>3.5 The Chairperson shall review the file and may</p> <p>(a) close the file if he or she is of the view that the complaint is</p> <p style="padding-left: 40px;">(i) trivial, vexatious, made for an improper purpose, manifestly without substance, or does not warrant further consideration, or</p> <p style="padding-left: 40px;">(ii) outside of the jurisdiction of the Council because it does not involve conduct; or</p> <p>(b) seek additional information from the complainant; or</p> <p>(c) seek the judge’s comments and those of his or her chief justice.</p> | <p>3.5 Le président examine le dossier et peut, selon le cas:</p> <p>a) fermer le dossier s’il estime:</p> <p style="padding-left: 40px;">(i) que la plainte est frivole ou vexatoire, qu’elle est formulée dans un but injustifié, qu’elle est manifestement dénuée de fondement ou qu’elle ne nécessite pas un examen plus poussé,</p> <p style="padding-left: 40px;">(ii) que la plainte n’est pas du ressort du Conseil, parce qu’elle ne met pas en cause la conduite d’un juge;</p> <p>b) demander des renseignements supplémentaires au plaignant;</p> <p>c) demander des commentaires au juge et à son juge en chef.</p> |
| <p>3.6 When the Chairperson has closed a file under this section, the Executive Director shall provide to the judge and to his or her chief justice a copy of the complaint and of the letter advising the complainant that the file has been closed.</p> | <p>3.6 Lorsque le président a fermé un dossier aux termes du présent article, le directeur exécutif remet au juge et à son juge en chef une copie de la plainte de même qu’une copie de la lettre informant le plaignant de la fermeture du dossier.</p> |
| <p>4. Request for Comments from Judge/Chief Justice</p> | <p>4. Demande de commentaires au juge ou à son juge en chef</p> |
| <p>4.1 Where the Chairperson has decided to seek comments from the judge, the Executive Director shall write to the judge and his or her chief justice requesting comments.</p> | <p>4.1 Lorsque le président a décidé de demander des commentaires au juge, le directeur exécutif écrit au juge et à son juge en chef leur demandant de formuler des commentaires.</p> |
| <p>5. Consideration of Response of the Judge</p> | <p>5. Examen de la réponse du juge</p> |
| <p>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</p> <p>(a) close the file where:</p> <p style="padding-left: 40px;">(i) the Chairperson concludes that the complaint is without merit or does not warrant further consideration, or</p> | <p>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:</p> <p>a) fermer le dossier dans l’un ou l’autre cas suivant :</p> <p style="padding-left: 40px;">(i) il conclut que la plainte est dénuée de fondement ou qu’elle ne nécessite pas un examen plus poussé,</p> |

- | | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>(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</p> <p>(b) hold the file in abeyance pending pursuit of remedial measures pursuant to section 5.3; or</p> <p>(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</p> <p>(d) refer the file to a Panel.</p> | <p>(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;</p> <p>b) mettre le dossier en suspens en attendant l'application de mesures correctives conformément à l'article 5.3,</p> <p>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;</p> <p>d) déférer le dossier à un comité d'examen.</p> |
| <p>5.2 When closing the file pursuant to subparagraph 5.1(a)(ii), the Chairperson may, in writing, provide the judge with an assessment of his or her conduct and express any concerns he or she may have about it.</p> | <p>5.2 Lorsqu'il ferme le dossier conformément au sous-alinéa 5.1a)(ii), le président peut écrire au juge pour lui faire part de l'évaluation de sa conduite et lui exprimer ses préoccupations à l'égard de celle-ci.</p> |
| <p>5.3 In consultation with the judge's chief justice and with the consent of the judge, the Chairperson may</p> <p>(a) recommend that any problems identified as a result of the complaint be addressed by way of counselling or other remedial measures, and</p> <p>(b) close the file if satisfied that the matter has been appropriately addressed.</p> | <p>5.3 En collaboration avec le juge en chef du juge et avec le consentement du juge, le président peut:</p> <p>a) recommander que les problèmes relevés par suite de la plainte soient traités en ayant recours à des services de consultation ou à d'autres mesures correctives;</p> <p>b) fermer le dossier s'il est satisfait que les problèmes relevés ont été traités de façon appropriée.</p> |
| <p>5.4 When the Chairperson closes a file, the Executive Director shall provide to the judge and to his or her chief justice a copy of the letter informing the complainant that the file has been closed.</p> | <p>5.4 Lorsque le président ferme un dossier, le directeur exécutif remet au juge et à son juge en chef une copie de la lettre informant le plaignant de la fermeture du dossier.</p> |
| <p>6. Complaints involving a Council Member</p> | <p>6. Plaintes mettant en cause un membre du Conseil</p> |
| <p>6.1 When the Chairperson proposes to close a file that involves a member of the Council, he or she shall refer the complaint and the proposed reply to Counsel who shall provide his or her views on the proposed disposition of the complaint.</p> | <p>6.1 Lorsque le président propose de fermer un dossier mettant en cause un membre du Conseil, il soumet la plainte et la réponse proposée à un avocat, qui donne son avis sur la décision qui est proposée relativement à la plainte.</p> |
| <p>7. Further Inquiries by Counsel</p> | <p>7. Enquête supplémentaire menée par un avocat</p> |
| <p>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.</p> | <p>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.</p> |
| <p>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.</p> | <p>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.</p> |

8. Consideration of Counsel's Report

8.1 The Chairperson shall review the Counsel's report and may

(a) close the file on any grounds specified in paragraph 5.1(a); or

(b) hold the file in abeyance pending pursuit of remedial measures under section 5.3; or

(c) refer the file to a Panel.

8.2 When the Chairperson closes a file, the Executive Director shall provide to the judge and his or her chief justice a copy of the letter informing the complainant that the file has been closed.

8. Examen du rapport de l'avocat

8.1 Le président examine le rapport de l'avocat et peut prendre l'une ou l'autre des décisions suivantes :

a) fermer le dossier pour l'un des motifs précisés à l'alinéa 5.1a);

b) mettre le dossier en suspens en attendant l'application de mesures correctives conformément à l'article 5.3;

c) déférer le dossier à un sous-comité.

8.2 Lorsque le président ferme un dossier, le directeur exécutif remet au juge et à son juge en chef une copie de la lettre informant le plaignant de la fermeture du dossier.