

Attorney General of British Columbia
Appellant

v.

**Provincial Court Judges' Association of
British Columbia** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of Saskatchewan,
Attorney General of Alberta,
Canadian Superior Courts Judges
Association,
Canadian Bar Association,
Canadian Association of Provincial
Court Judges,
Canadian Taxpayers Federation and
Canadian Civil Liberties Association**
Intervenors

**INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY
GENERAL) v. PROVINCIAL COURT JUDGES'
ASSOCIATION OF BRITISH COLUMBIA**
2020 SCC 20

File No.: 38381.

2019: December 9; 2020: July 31.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and
Kasirer JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Constitutional law — Judicial independence — Judicial remuneration — Judicial compensation commission making recommendations to provincial Attorney General about remuneration, allowances and benefits of provincial judges — Attorney General making submission to Cabinet concerning commission's recommendations and government's response — Legislative Assembly passing resolution rejecting commission's recommended increase

**Procureur général de la Colombie-
Britannique** *Appelant*

c.

**Provincial Court Judges' Association of
British Columbia** *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l'Ontario,
procureure générale du Québec,
procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l'Alberta,
Association canadienne des juges des cours
supérieures,
Association du Barreau canadien,
Association canadienne des juges des cours
provinciales,
Fédération canadienne des contribuables et
Association canadienne des libertés civiles**
Intervenants

**RÉPERTORIÉ : COLOMBIE-BRITANNIQUE
(PROCUREUR GÉNÉRAL) c. PROVINCIAL COURT
JUDGES' ASSOCIATION OF BRITISH COLUMBIA**
2020 CSC 20

N° du greffe : 38381.

2019 : 9 décembre; 2020 : 31 juillet.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et
Kasirer.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Rémunération des juges — Recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges au procureur général d'une province concernant la rémunération, les indemnités et les avantages consentis aux juges provinciaux — Mémoire au Cabinet relatif aux recommandations de la commission et à la réponse du gouvernement déposé par le procureur général — Résolution adoptée par

in salary — Judges petitioning for judicial review of Legislative Assembly's resolution — Whether Cabinet submission should form part of record on judicial review.

In October 2016, the British Columbia judicial compensation commission recommended an 8.2 percent increase in the salary of provincial judges in 2017-18. The Attorney General made a submission to Cabinet concerning the commission's recommendations, and then tabled the government's proposed response to the commission's report and proposed a resolution rejecting the commission's recommended salary increase and adopting a 3.8 percent increase instead. The Legislative Assembly passed the resolution. The Provincial Court Judges' Association petitioned for judicial review of the resolution and sought an order to require the Attorney General to produce the Cabinet submission relied on in preparing the government's response. The master hearing the motion ordered the Attorney General to produce the Cabinet submission. Appeals by the Attorney General from the master's decision to the Supreme Court of British Columbia and then to the Court of Appeal were dismissed.

Held: The appeal should be allowed and the master's order for production of the Cabinet submission quashed.

A government must give specific reasons justifying any departure from the recommendations of a judicial compensation commission. The government's response to the commission's recommendations is subject to a limited form of judicial review as described in *Bodner v. Alberta*, 2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286. *Bodner* review is the mechanism for ensuring that the government respects the commission process and for safeguarding the public confidence in the administration of justice that process serves to protect. The standard of justification to uphold the government's response is that of rationality. *Bodner* sets out a three-part test for determining whether a government's decision to depart from a commission's recommendation meets this standard: (1) whether the government has articulated a legitimate reason for departing from the commission's recommendations; (2) whether the government's reasons rely upon a reasonable factual foundation; and (3) whether the commission process has been respected and its purposes — preserving judicial independence and

l'Assemblée législative rejetant l'augmentation salariale recommandée par la commission — Demande de contrôle judiciaire de la résolution de l'Assemblée législative présentée par les juges — Le mémoire au Cabinet devrait-il faire partie du dossier de contrôle judiciaire?

En octobre 2016, la commission sur la rémunération des juges de la Colombie-Britannique a recommandé d'augmenter le salaire des juges provinciaux de 8,2 p. 100 pour l'année 2017-2018. Le procureur général a soumis un mémoire au Cabinet relatif aux recommandations de la commission. Il a ensuite déposé la proposition de réponse du gouvernement au rapport de la commission et proposé l'adoption d'une résolution visant le rejet de l'augmentation salariale recommandée par la commission ainsi que l'approbation d'une hausse de plutôt 3,8 p. 100. L'Assemblée législative a adopté la résolution. La Provincial Court Judges' Association a demandé que cette résolution fasse l'objet d'un contrôle judiciaire et a sollicité une ordonnance intimant au procureur général de produire le mémoire au Cabinet pris en compte par le gouvernement au moment de préparer sa réponse. La protonotaire saisie de la requête a ordonné au procureur général de produire le mémoire au Cabinet. Les appels interjetés par le procureur général de la décision de la protonotaire devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique puis devant la Cour d'appel ont été rejetés.

Arrêt : L'appel est accueilli et l'ordonnance de production du mémoire au Cabinet rendue par la protonotaire est annulée.

Un gouvernement doit donner des motifs précis justifiant sa décision de s'écarter de quelque façon que ce soit des recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges. La réponse d'un gouvernement aux recommandations d'une commission est sujette à la forme limitée de contrôle judiciaire décrite dans l'arrêt *Bodner c. Alberta*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286. Le contrôle de ce type est le moyen qui vise à garantir que le gouvernement respecte le mécanisme d'examen par une commission et qui préserve la confiance du public dans l'administration de la justice que ce mécanisme vise à protéger. La réponse du gouvernement doit respecter la norme de justification dite de la rationalité. L'arrêt *Bodner* a défini une analyse en trois étapes permettant de déterminer si la décision d'un gouvernement de s'écarter des recommandations d'une commission satisfait à cette norme. Ce cadre d'analyse exige du tribunal qu'il se demande (1) si le gouvernement a justifié par un motif légitime sa décision de s'écarter des recommandations de la commission, (2) si

depoliticizing the setting of judicial remuneration — have been achieved.

The limited nature of *Bodner* review, the role of the reviewing court and the purpose of the process have implications for the evidence considered by the reviewing court. The rules of evidence and production must be applied in a manner that reflects the unique features of *Bodner* review, and respects both judicial independence and the confidentiality of Cabinet decision making. The record on *Bodner* review necessarily includes any submissions made to the commission by the government, judges and others; the commission's report, including its recommendations; and the government's response to the recommendations. Certain forms of additional evidence are admissible if they are relevant to determining whether any part of the *Bodner* test has been met, including evidence aimed at calling into question the reasonableness of the factual foundation relied on by the government, the government's lack of meaningful engagement with or respect for the commission process or whether the government's response was grounded in an improper or colourable purpose. To those ends, the party seeking review can ask that the government produce evidence in its possession. Since a *Bodner* review often concerns decisions in which Cabinet plays a part, a party seeking review may request the production of a confidential Cabinet document.

Generally, what is in issue in a *Bodner* review is whether a government failed to meet its constitutional obligations flowing from the principle of judicial independence in its response to a commission's recommendations. The relevance of any proposed additional evidence must therefore be tested in relation to the issues that the court must determine on such a review. To be relevant, the proposed evidence must contain something that tends to address a fact concerning one of the steps of the test established in *Bodner*.

les motifs invoqués par le gouvernement ont un fondement factuel raisonnable, et (3) si le mécanisme d'examen par une commission a été respecté et les objectifs du recours à une commission — à savoir préserver l'indépendance de la magistrature et dépolitiser la fixation de la rémunération des juges — ont été atteints.

La nature limitée du contrôle judiciaire de type *Bodner*, le rôle du tribunal de révision et l'objet du mécanisme ont une incidence sur les éléments de preuve qui seront examinés par le tribunal de révision. Il faut appliquer les règles en matière de preuve et de production de manière à tenir compte des caractéristiques uniques du contrôle de type *Bodner* et à respecter aussi bien le principe de l'indépendance judiciaire que celui de la confidentialité du processus décisionnel du Cabinet. Le dossier relatif à un contrôle de type *Bodner* renferme nécessairement toute position ayant été exposée devant la commission par le gouvernement, les juges et les autres intervenants; le rapport de la commission, y compris ses recommandations; et la réponse du gouvernement à ces recommandations. Certains types d'éléments de preuve additionnels sont admissibles s'ils sont pertinents pour déterminer s'il a été satisfait à l'une ou l'autre des étapes de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner*, y compris des éléments de preuve qui visent à mettre en question le caractère raisonnable du fondement factuel sur lequel s'est appuyé le gouvernement, le manque de participation concrète ou de respect dont ce dernier a fait preuve envers le mécanisme d'examen par une commission, ou encore le fait que la réponse du gouvernement était fondée sur un objectif illégitime ou déguisé. À cette fin, la partie qui sollicite le contrôle peut demander à ce que le gouvernement produise des éléments de preuve en sa possession. Dans la mesure où un contrôle de type *Bodner* vise souvent des décisions dans lesquelles le Cabinet a joué un rôle, la partie qui entend exercer ce type de recours pourrait demander la production d'un document confidentiel du Cabinet.

En général, dans un contrôle de type *Bodner*, la question qui se pose est celle de savoir si, dans sa réponse aux recommandations d'une commission, un gouvernement a manqué à ses obligations constitutionnelles qui découlent du principe de l'indépendance judiciaire. La pertinence de tout élément de preuve additionnel proposé doit donc être analysée au regard des questions que devra trancher le tribunal saisi d'un tel contrôle. Pour être pertinents, les éléments de preuve proposés doivent contenir des renseignements qui tendent à concerner un fait en lien avec une des étapes de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner*.

However, something more than relevance is needed to strike the appropriate balance between respecting Cabinet confidentiality and maintaining the overall integrity of *Bodner* review. Although any inspection of a confidential Cabinet document undermines Cabinet confidentiality to some extent, judicial inspection of a document that concerns Cabinet deliberations about the judiciary would undermine it more significantly. Accordingly, special considerations arise when the party seeking *Bodner* review asks the government to produce a document related to Cabinet decision making. The party seeking review must point to something in the record, including otherwise admissible evidence, that supports its view that the document may tend to show that the government response failed to meet one or more parts of the *Bodner* test. It is not enough to simply say that the document was before the decision-maker or that it would provide additional background or context for the reviewing court.

If the party seeking review makes the requisite showing — that there is some basis to believe that the document may contain evidence which tends to show that the government failed to meet one of the requirements described in *Bodner* — the government must produce it for the court's examination. The reviewing court must then examine the document in private to determine whether it, in fact, provides some evidence which tends to show that the government failed to meet one of the parts of the *Bodner* test. The document must be of assistance in challenging the legitimacy of the government's reasons, the reasonableness of the factual foundation it relied on, the respect it has shown the commission process or whether the objectives of the process have been achieved.

Even if the document meets this test, its production remains subject to any other rule of evidence that bars its disclosure, such as public interest immunity. This doctrine prevents the disclosure of a document where the court is satisfied that the public interest in keeping the document confidential outweighs the public interest in its disclosure. Public interest immunity requires a careful balancing of these competing public interests, which must be weighed with reference to a specific document in the context of a particular proceeding. The government has the burden of establishing that a document should not be disclosed because of public interest immunity. In the case

Cependant, il faut quelque chose de plus que la pertinence pour établir le juste équilibre entre le respect de la confidentialité des délibérations du Cabinet et le maintien de l'intégrité dans son ensemble du contrôle de type *Bodner*. Même si toute consultation d'un document confidentiel du Cabinet mine la confidentialité des délibérations du Cabinet dans une certaine mesure, celle menée par un juge d'un document qui porte sur les délibérations du Cabinet relativement à la magistrature la minerait encore plus. Des considérations particulières entrent donc en jeu lorsque la partie qui demande le contrôle de type *Bodner* sollicite la production par le gouvernement d'un document se rapportant au processus décisionnel du Cabinet. La partie qui demande le contrôle doit faire ressortir du dossier quelque chose — y compris des éléments de preuve autrement admissibles — qui étaye sa prétention selon laquelle le document peut tendre à démontrer que la réponse du gouvernement n'a pas satisfait à une ou à plusieurs des étapes de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner*. Il ne suffit pas d'affirmer que le décideur disposait du document ou que celui-ci apporterait au tribunal de révision des renseignements contextuels additionnels.

Si la partie qui demande le contrôle effectue la démonstration requise — à savoir qu'il existe des raisons de croire que le document peut contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une des exigences décrites dans l'arrêt *Bodner* —, le gouvernement devra produire le document en question aux fins d'un examen par le tribunal. Celui-ci devra alors examiner le document en privé pour déterminer si, de fait, il fournit des éléments de preuve qui tendent à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à l'une ou l'autre des étapes de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner*. Le document doit se révéler utile pour attaquer la légitimité des motifs invoqués par le gouvernement, ou encore pour mettre en doute le caractère raisonnable du fondement factuel sur lequel il s'est appuyé, le respect dont il a fait preuve envers le mécanisme d'examen par une commission ou l'atteinte des objectifs du recours à ce mécanisme.

Même si le document satisfait à ce critère, sa production demeure assujettie à toute autre règle de preuve empêchant sa divulgation, notamment celle relative à l'immunité d'intérêt public. Cette doctrine empêche la divulgation d'un document lorsque le tribunal est convaincu que l'intérêt du public à ce qu'un document demeure confidentiel l'emporte sur celui à ce qu'il soit divulgué. L'immunité d'intérêt public exige de mettre soigneusement en balance ces intérêts opposés du public qui doivent être évalués en fonction d'un document précis, dans le cadre d'une instance donnée. C'est au gouvernement qu'il incombe d'établir qu'un document est visé par cette immunité et

of confidential Cabinet documents, since there will be a strong public interest in keeping a document concerning Cabinet deliberations confidential, it must be outweighed by a still stronger public interest to warrant disclosure. The main factors relevant to balancing the public interests in confidentiality and disclosure are identified in *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637: the level of the decision-making process; the nature of the policy concerned; the contents of the documents; the timing of disclosure; the interests of the administration of justice; and whether the party seeking the production of the documents alleges unconscionable behaviour on the part of the government.

In the *Bodner* review context, various factors will often weigh in favour of keeping a document confidential. The Cabinet decision-making process is among the highest levels of decision making within the executive. Judicial remuneration is an important and sensitive area of public policy. The contents of a document concerning Cabinet deliberations may well reflect the views of individual ministers of the Crown and reveal disagreement among ministers; as a result, its contents will frequently be highly sensitive. Depending on the contents of the document, the timing may also weigh in favour of keeping the document confidential.

The interests of the administration of justice encompass a broad set of considerations, including the importance of the case and the need or desirability of producing the document. In the *Bodner* review context, these considerations cut both ways. Although such reviews are of great importance, the fact that a party seeks production of a relevant confidential Cabinet document in this context is not itself a general basis for disclosure. When considering the interests of the administration of justice, the focus must remain on the degree to which the document bears on what is at issue in the litigation. If the document tends to establish that the government set out to provide misleading public reasons for its response to the commission's recommendations, relied on a fundamentally flawed factual foundation, acted with an improper or colourable purpose, or was indifferent or disrespectful towards the commission process, this bears so directly — and so determinately — on the outcome of the *Bodner* review that to exclude the document would be contrary to the interests of the administration of justice. By contrast, if a Cabinet document's impact on the *Bodner* review would be limited, and if its exclusion from the record could hardly keep the reviewing

qu'il ne devrait donc pas être divulgué. En ce qui a trait aux documents confidentiels du Cabinet, l'intérêt du public à ce qu'un document relatif aux délibérations du Cabinet demeure confidentiel étant important, il doit être supplanté par un intérêt du public encore plus important à ce qu'il soit divulgué. Les principaux facteurs pertinents pour l'exercice de mise en balance des intérêts opposés du public quant à la confidentialité et à la divulgation ont été énoncés dans l'arrêt *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637. Il s'agit du palier du processus décisionnel, de la nature de la politique en question, de la teneur précise des documents, du moment où sera divulgué le document, de l'intérêt de l'administration de la justice et de la question de savoir si la partie qui cherche à obtenir la production des documents allègue une conduite peu scrupuleuse de la part du gouvernement.

Dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*, divers facteurs jouent bien souvent en faveur du maintien de la confidentialité d'un document. Le processus décisionnel du Cabinet se situe au plus haut échelon décisionnel du pouvoir exécutif. La rémunération des juges est un domaine de politique publique important et sensible. Les documents concernant les délibérations du Cabinet peuvent fort bien rendre compte des opinions de certains ministres et révéler des désaccords entre eux; en conséquence, leur contenu est souvent très sensible. Selon la teneur du document, le moment où ce dernier serait divulgué peut également jouer en faveur du maintien de sa confidentialité.

L'intérêt de l'administration de la justice embrasse un vaste éventail de considérations, y compris l'importance de la cause et la nécessité ou l'opportunité de produire le document. Dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*, ces considérations jouent dans les deux sens. Même si les contrôles de ce type sont d'une grande importance, le fait qu'une des parties réclame la production d'un document confidentiel du Cabinet pertinent dans ce contexte ne saurait, en soi, servir de fondement général à la divulgation. Au moment d'examiner la question de l'intérêt de l'administration de la justice, le tribunal doit donc se concentrer sur la mesure dans laquelle le document a un rapport avec les questions en litige. Si le document tend à établir que le gouvernement a décidé de fournir publiquement des motifs trompeurs pour justifier sa réponse aux recommandations de la commission, qu'il s'est appuyé sur un fondement factuel comportant des lacunes fondamentales, qu'il a agi pour atteindre un objectif illégitime ou déguisé, ou qu'il s'est montré indifférent ou irrespectueux envers le recours au mécanisme d'examen par une commission, cela portera si directement — et de manière si déterminante — sur l'issue du contrôle de type *Bodner* que l'exclusion

court from adjudicating the issues on their merits, the probative value of such evidence might not weigh heavily enough to warrant disclosure.

In the instant case, the Association did not meet the threshold necessary to compel production of the Cabinet document for judicial inspection. The Association failed to provide any evidence or point to any circumstances that suggest that the Cabinet submission may indicate that the government did not meet the standard required by *Bodner*. There is nothing on the face of the record that indicates the Cabinet submission may contain some evidence which tends to show that the government failed to meet a constitutional requirement. Furthermore, it is not sufficient to point to prior litigation in which the government relied on an inappropriate consideration — as revealed in a past Cabinet submission produced as part of the record — in order to make the Cabinet submission in the present case relevant. Something more would be required for there to be reason to believe that the submission may contain evidence that would tend to show that the government failed to meet a requirement described in *Bodner*.

Since the Association has failed to make the requisite threshold showing, the Attorney General need not produce the document for examination by the Court. It is unnecessary to determine whether any other rule of evidence, such as public interest immunity, would apply so as to permit the Attorney General to refuse to produce the Cabinet submission.

Cases Cited

Explained: *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*; *Ontario Judges' Assn. v. Ontario (Management Board)*; *Bodner v. Alberta*; *Conférence des juges du Québec v. Québec (Attorney General)*; *Minc v. Québec (Attorney General)*, 2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; **referred to:** *Nova Scotia (Attorney General) v. Judges of the Provincial Court and Family Court of Nova Scotia*, 2020 SCC 21, [2020] 2 S.C.R. 556; *Stonechild, Re*, 2007 SKCA 74, 304 Sask. R. 1; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014]

du document en question serait contraire à l'intérêt de l'administration de la justice. En revanche, si l'incidence d'un document du Cabinet sur le contrôle de type *Bodner* est limitée et si son exclusion du dossier peut difficilement empêcher le tribunal de révision de trancher au fond les questions en litige, il se pourrait que la valeur probante de cette preuve soit trop faible pour justifier une divulgation.

En l'espèce, l'Association n'a pas fait la démonstration préliminaire requise pour qu'un juge ordonne la production du document du Cabinet afin de le consulter. L'Association n'a fourni aucun élément de preuve ni signalé aucune circonstance donnant des raisons de croire que le mémoire au Cabinet tendrait à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à la norme fixée par l'arrêt *Bodner*. Rien à la face même du dossier n'indique que le mémoire au Cabinet pourrait contenir des éléments de preuve qui tendraient à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une exigence constitutionnelle. En outre, il ne suffit pas d'invoquer un précédent dans lequel le gouvernement avait fondé sa décision sur une considération illégitime — comme le révèle un mémoire soumis antérieurement au Cabinet produit en tant que partie au dossier — pour que le mémoire au Cabinet en cause en l'espèce soit pertinent. Il faut davantage pour conclure à l'existence de raisons de croire que le mémoire est susceptible de contenir des éléments de preuve qui tendraient à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une exigence décrite dans l'arrêt *Bodner*.

Puisque l'Association n'a pas fait la démonstration préliminaire requise, le procureur général n'a pas à produire le document en vue de son examen par la Cour. Il est inutile de décider si toute autre règle de preuve, comme l'immunité d'intérêt public, s'appliquerait de sorte que le procureur général pourrait refuser de produire le mémoire au Cabinet.

Jurisprudence

Arrêts expliqués : *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*; *Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion)*; *Bodner c. Alberta*; *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)*; *Minc c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; **arrêts mentionnés :** *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Judges of the Provincial Court and Family Court of Nova Scotia*, 2020 CSC 21, [2020] 2 R.C.S. 556; *Stonechild, Re*, 2007 SKCA 74, 304 Sask. R. 1; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Renvoi*

1 S.C.R. 433; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2016 SCC 39, [2016] 2 S.C.R. 116; *Ell v. Alberta*, 2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 100 Admin. L.R. (5th) 301; *Sobeys West Inc. v. College of Pharmacists of British Columbia*, 2016 BCCA 41, 80 B.C.L.R. (5th) 243; *R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433; *Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535; *Provincial Court Judges' Assn. of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCSC 1022, 39 Admin. L.R. (5th) 130; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *Chagnon v. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 SCC 39, [2018] 2 S.C.R. 687; *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3; *Quebec (Commission des droits de la personne) v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 215; *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402; *R. v. Ahmad*, 2011 SCC 6, [2011] 1 S.C.R. 110; *Smallwood v. Sparling*, [1982] 2 S.C.R. 686; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Ainsworth Lumber Co. v. Canada (Attorney General)*, 2003 BCCA 239, 14 B.C.L.R. (4th) 302; *Telezone Inc. v. Canada (Attorney General)* (2004), 69 O.R. (3d) 161; *Michaud v. Québec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 3; *R. v. Barros*, 2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368; *Somerville v. Scottish Ministers*, [2007] UKHL 44, [2007] 1 W.L.R. 2734; *Al Rawi v. Security Service*, [2011] UKSC 34, [2012] 1 A.C. 531; *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910; *Nova Scotia Provincial Judges' Association v. Nova Scotia (Attorney General)*, 2018 NSSC 13, 409 C.R.R. (2d) 117; *Nova Scotia (Attorney General) v. Judges of the Provincial Court and Family Court of Nova Scotia*, 2018 NSCA 83, 429 D.L.R. (4th) 359; *Newfoundland (Treasury*

relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2016 CSC 39, [2016] 2 R.C.S. 116; *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117, 100 Admin. L.R. (5th) 301; *Sobeys West Inc. c. College of Pharmacists of British Columbia*, 2016 BCCA 41, 80 B.C.L.R. (5th) 243; *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433; *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535; *Provincial Court Judges' Assn. of British Columbia c. British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCSC 1022, 39 Admin. L.R. (5th) 130; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC 39, [2018] 2 R.C.S. 687; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3; *Québec (Commission des droits de la personne) c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 215; *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402; *R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110; *Smallwood c. Sparling*, [1982] 2 R.C.S. 686; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Ainsworth Lumber Co. c. Canada (Attorney General)*, 2003 BCCA 239, 14 B.C.L.R. (4th) 302; *Telezone Inc. c. Canada (Attorney General)* (2004), 69 O.R. (3d) 161; *Michaud c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 3; *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368; *Somerville c. Scottish Ministers*, [2007] UKHL 44, [2007] 1 W.L.R. 2734; *Al Rawi c. Security Service*, [2011] UKSC 34, [2012] 1 A.C. 531; *Conway c. Rimmer*, [1968] A.C. 910; *Nova Scotia Provincial Judges' Association c. Nova Scotia (Attorney General)*, 2018 NSSC 13, 409 C.R.R.

Board) v. *N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381; *Commonwealth v. Northern Land Council* (1993), 176 C.L.R. 604; *Air Canada v. Secretary of State for Trade*, [1983] 2 A.C. 394.

Statutes and Regulations Cited

Attorney General Act, R.S.B.C. 1996, c. 22, s. 2(j).
Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 37 to 39.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d).
Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25.01, art. 283.
Constitution Act, R.S.B.C. 1996, c. 66, s. 10(3).
Constitution Act, 1867, preamble, ss. 11, 18, 54, 90 to 92, 96 to 101, 100 to 102, 106, 126.
Constitution Act, 1982, s. 42(1)(d).
Crown Liability and Proceedings Act, 2019, S.O. 2019, c. 7, Sch. 17, s. 13(2).
Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1996, c. 89, s. 9.
Judicial Compensation Act, S.B.C. 2003, c. 59, ss. 2, 5(1), (3), (5), (5.1), (5.2), 6(1), (2), (3), (4), 7.1, 8(1). O.C. 213/2017.
Proceedings against the Crown Act, R.S.N.S. 1989, c. 360, s. 11.
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, r. 22-1(4)(c).

Authors Cited

d’Ombraïn, Nicholas. “Cabinet secrecy” (2004), 47 *Canadian Public Administration* 332.
 Forcese, Craig, and Aaron Freeman. *The Laws of Government: The Legal Foundations of Canadian Democracy*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.
 Heard, Andrew. *Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law & Politics*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.
 Royer, Jean-Claude, et Catherine Piché. *La preuve civile*, 5^e éd. Montréal: Yvon Blais, 2016.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Bauman C.J.B.C. and Harris and Dickson J.J.A.), 2018 BCCA 394, 19 B.C.L.R. (6th) 188, 430 D.L.R. (4th) 660, 48 Admin. L.R. (6th) 279, [2018] B.C.J. No. 3445 (QL), 2018 CarswellBC 2776 (WL Can.), affirming a decision of Hinkson C.J.S.C., 2018 BCSC 1390, 19 B.C.L.R. (6th) 168,

(2d) 117; *Nova Scotia (Attorney General) c. Judges of the Provincial Court and Family Court of Nova Scotia*, 2018 NSCA 83, 429 D.L.R. (4th) 359; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381; *Commonwealth c. Northern Land Council* (1993), 176 C.L.R. 604; *Air Canada c. Secretary of State for Trade*, [1983] 2 A.C. 394.

Lois et règlements cités

Attorney General Act, R.S.B.C. 1996, c. 22, art. 2(j).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d).
Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01, art. 283.
Constitution Act, R.S.B.C. 1996, c. 66, art. 10(3).
Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1996, c. 89, art. 9.
Judicial Compensation Act, S.B.C. 2003, c. 59, art. 2, 5(1), (3), (5), (5.1), (5.2), 6(1), (2), (3), (4), 7.1, 8(1).
Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 11, 18, 54, 90 à 92, 96 à 101, 100 à 102, 106, 126.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 42(1)d).
Loi de 2019 sur la responsabilité de la Couronne et les instances l’intéressant, L.O. 2019, c. 7, ann. 17, art. 13(2).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 37 à 39.
 O.C. 213/2017.
Proceedings against the Crown Act, R.S.N.S. 1989, c. 360, art. 11.
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, règle 22-1(4)(c).

Doctrine et autres documents cités

d’Ombraïn, Nicholas. « Cabinet secrecy » (2004), 47 *Administration publique du Canada* 332.
 Forcese, Craig, and Aaron Freeman. *The Laws of Government : The Legal Foundations of Canadian Democracy*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2011.
 Heard, Andrew. *Canadian Constitutional Conventions : The Marriage of Law & Politics*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2014.
 Royer, Jean-Claude, et Catherine Piché. *La preuve civile*, 5^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2016.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Bauman et les juges Harris et Dickson), 2018 BCCA 394, 19 B.C.L.R. (6th) 188, 430 D.L.R. (4th) 660, 48 Admin. L.R. (6th) 279, [2018] B.C.J. No. 3445 (QL), 2018 CarswellBC 2776 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge en chef Hinkson, 2018 BCSC 1390,

[2018] B.C.J. No. 2995 (QL), 2018 CarswellBC 2158 (WL Can.), affirming an order of Master Muir, 2018 BCSC 1193, [2018] B.C.J. No. 1410 (QL), 2018 CarswellBC 1891 (WL Can.). Appeal allowed.

Stein K. Gudmundseth, Q.C., Andrew D. Gay, Q.C., and Clayton J. Gallant, for the appellant.

Joseph J. Arvay, Q.C., and Alison M. Latimer, for the respondent.

Michael H. Morris and Marilyn Venney, for the intervener the Attorney General of Canada.

Sarah Kraicer and Andrea Bolieiro, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Brigitte Bussièrès and Robert Desroches, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Thomson Irvine, Q.C., for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Doreen C. Mueller, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Pierre Bienvenu, Azim Hussain and Jean-Simon Schoenholz, for the intervener the Canadian Superior Courts Judges Association.

Guy J. Pratte, Ewa Krajewska and Neil Abraham, for the intervener the Canadian Bar Association.

Steven M. Barrett and Colleen Bauman, for the intervener the Canadian Association of Provincial Court Judges.

Adam Goldenberg and Stephanie Willsey, for the intervener the Canadian Taxpayers Federation.

Andrew K. Lokan and Lauren Pearce, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

19 B.C.L.R. (6th) 168, [2018] B.C.J. No. 2995 (QL), 2018 CarswellBC 2158 (WL Can.), qui a confirmé une ordonnance de la protonotaire Muir, 2018 BCSC 1193, [2018] B.C.J. No. 1410 (QL), 2018 CarswellBC 1891 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Stein K. Gudmundseth, c.r., Andrew D. Gay, c.r., et Clayton J. Gallant, pour l'appelant.

Joseph J. Arvay, c.r., et Alison M. Latimer, pour l'intimée.

Michael H. Morris et Marilyn Venney, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Sarah Kraicer et Andrea Bolieiro, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Brigitte Bussièrès et Robert Desroches, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

Thomson Irvine, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Doreen C. Mueller, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Pierre Bienvenu, Azim Hussain et Jean-Simon Schoenholz, pour l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours supérieures.

Guy J. Pratte, Ewa Krajewska et Neil Abraham, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Steven M. Barrett et Colleen Bauman, pour l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours provinciales.

Adam Goldenberg et Stephanie Willsey, pour l'intervenante la Fédération canadienne des contribuables.

Andrew K. Lokan et Lauren Pearce, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

The judgment of the Court was delivered by

[1] KARAKATSANIS J. — This appeal arises in litigation that implicates the relationship between two branches of the state. It requires this Court to balance several constitutional imperatives relating to the administration of justice and the separation of powers between the executive, legislative and judicial branches of the state: the financial dimension of judicial independence; the shared responsibility of the executive and legislature to make decisions about public money; and the public interest in ensuring the executive can conduct its internal business in confidence.

[2] This appeal, along with its companion appeal, *Nova Scotia (Attorney General) v. Judges of the Provincial Court and Family Court of Nova Scotia*, 2020 SCC 21, [2020] 2 S.C.R. 556, asks whether a Cabinet submission concerning a government's response to a judicial compensation commission's recommendations is properly part of the record on a judicial review of the government's response. If so, the further issue arises whether the Attorney General of British Columbia should nevertheless be permitted to refuse to produce the submission on grounds of public interest immunity.

[3] The British Columbia courts found that the confidential Cabinet document requested by the Provincial Court Judges' Association of British Columbia was relevant and not protected by public interest immunity, and ordered that the Attorney General produce it.

[4] In my view, they were wrong to do so.

[5] In its judicial independence case law, this Court has consistently sought to strike a balance between several competing constitutional considerations by establishing a unique process for setting judicial remuneration, backed up by a focused, yet robust form of judicial review described in *Bodner v. Alberta*,

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Le présent pourvoi découle d'un litige mettant en jeu les rapports qui existent entre deux des branches de l'État. Il requiert que notre Cour mette en balance plusieurs impératifs constitutionnels liés à l'administration de la justice et à la séparation des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire de l'État : la dimension financière de l'indépendance judiciaire, la responsabilité que partagent l'exécutif et le législatif quant à la prise de décisions concernant les deniers publics et l'intérêt public à ce que l'exécutif puisse mener ses affaires internes confidentiellement.

[2] Comme le pourvoi connexe *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Judges of the Provincial Court and Family Court of Nova Scotia*, 2020 CSC 21, [2020] 2 R.C.S. 556, le présent pourvoi porte sur la question de savoir si un mémoire au Cabinet concernant une réponse d'un gouvernement aux recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges peut faire partie du dossier en cas de contrôle judiciaire de cette réponse. Dans l'affirmative, il faudra ensuite déterminer si, pour des motifs liés à l'immunité d'intérêt public, également parfois appelée exception d'intérêt public, le procureur général de la Colombie-Britannique devrait malgré tout pouvoir refuser de produire le mémoire.

[3] Après avoir conclu que le document confidentiel du Cabinet réclamé par la Provincial Court Judges' Association of British Columbia (Association) était pertinent et non protégé par l'immunité d'intérêt public, les tribunaux de la Colombie-Britannique ont ordonné au procureur général de le produire.

[4] Selon moi, ils ont eu tort de le faire.

[5] Dans sa jurisprudence relative à l'indépendance judiciaire, la Cour a constamment cherché à établir un juste équilibre entre plusieurs considérations constitutionnelles opposées en créant un mécanisme unique pour fixer la rémunération des juges. Pour soutenir ce mécanisme, la Cour a établi,

2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286.¹ In resolving this appeal, the rules of evidence and production must be applied in a manner that reflects the unique features of the limited review described in *Bodner*, and respects both judicial independence and the confidentiality of Cabinet decision making.

[6] For the reasons that follow, where a party seeking *Bodner* review requests that the government produce a document relating to Cabinet deliberations, it must first establish that there is some basis to believe that the document may contain evidence which tends to show that the government failed to meet one of the requirements described in *Bodner*. Only then would the government be required to produce the document for judicial inspection. If the document does in fact provide some evidence which tends to show that the government's response does not comply with the constitutional requirements, the court can then determine whether its production is barred by public interest immunity or another rule of evidence invoked by the government.

[7] Public interest immunity requires a careful balancing between the competing public interests in confidentiality and disclosure. Since there will be a strong public interest in keeping a document concerning Cabinet deliberations confidential, it must be outweighed by a still stronger public interest to warrant the document's disclosure. In the *Bodner* context, the strength of the public interest in disclosure will often depend on the importance of the

dans l'arrêt *Bodner c. Alberta*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286¹, une forme de contrôle judiciaire à la fois circonscrite et rigoureuse. Pour trancher le présent pourvoi, la Cour doit appliquer les règles en matière de preuve et de production de manière à tenir compte des caractéristiques uniques du contrôle limité décrit dans l'arrêt *Bodner* et à respecter aussi bien le principe de l'indépendance judiciaire que celui de la confidentialité du processus décisionnel du Cabinet.

[6] Pour les motifs qui suivent, lorsqu'une partie qui sollicite un contrôle de type *Bodner* réclame la production, par le gouvernement, d'un document se rapportant aux délibérations du Cabinet, elle doit d'abord établir qu'il existe des raisons de croire que le document pourrait contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une des exigences de l'analyse établie dans l'arrêt *Bodner*. C'est seulement après que cette démonstration a été faite que le gouvernement est tenu de produire le document en vue de sa consultation par un juge. Si le document fournit effectivement des éléments de preuve tendant à démontrer que la réponse du gouvernement ne respecte pas les exigences constitutionnelles, le tribunal peut alors décider si l'immunité d'intérêt public ou une autre règle de preuve invoquée par le gouvernement s'applique de manière à empêcher la production.

[7] L'immunité d'intérêt public nécessite de mettre soigneusement en balance des intérêts opposés du public : d'une part, l'intérêt à ce que la confidentialité des renseignements soit protégée et, d'autre part, l'intérêt à ce que ceux-ci soient divulgués. L'intérêt du public à ce qu'un document relatif aux délibérations du Cabinet demeure confidentiel étant important, il doit être supplanté par un intérêt du public encore plus important à ce qu'il soit divulgué. Dans

¹ *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*; *Ontario Judges' Assn. v. Ontario (Management Board)*; *Bodner v. Alberta*; *Conférence des juges du Québec v. Québec (Attorney General)*; *Minc v. Québec (Attorney General)*, 2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286 (*Bodner*).

¹ *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*; *Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion)*; *Bodner c. Alberta*; *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)*; *Minc c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286 (*Bodner*).

document to determining the issues before the court in the *Bodner* review.

[8] Here, the Provincial Court Judges' Association did not meet the threshold necessary to compel production of a confidential Cabinet document for judicial inspection. While this is not a high bar, it is not met simply by showing that the government considered the Cabinet document before making its response. I would allow the appeal and quash the order for production of the Cabinet submission.

I. Background

A. *Judicial Compensation Act, S.B.C. 2003, c. 59*

[9] In the *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (*Provincial Judges Reference*), this Court set out the constitutional baseline for making changes to judicial remuneration. The *Judicial Compensation Act* implements that baseline in British Columbia.

[10] The *Judicial Compensation Act* provides for the appointment of a triennial judicial compensation commission to make recommendations about the remuneration, allowances and benefits of provincial judges and judicial justices: ss. 2 and 5(1). The commission must consider a prescribed set of factors and may consider other factors, provided it justifies their relevance: s. 5(5), (5.1) and (5.2). The commission communicates its recommendations in a final report to the Attorney General: s. 5(3).²

² The Attorney General is the minister responsible for the *Judicial Compensation Act* designated by O.C. 213/2017, Appendix B; see also *Attorney General Act*, R.S.B.C. 1996, c. 22, s. 2(j); *Constitution Act*, R.S.B.C. 1996, c. 66, s. 10(3).

le cadre d'un contrôle de type *Bodner*, le poids à accorder à l'intérêt du public à ce que le document soit divulgué dépend souvent de l'importance du document visé pour que le tribunal de révision puisse trancher les questions dont il est saisi.

[8] En l'espèce, l'Association n'a pas fait la démonstration préliminaire requise pour qu'un juge ordonne la production d'un document confidentiel du Cabinet afin de le consulter. Bien que cette exigence ne soit pas élevée, on ne peut y satisfaire simplement en montrant que le gouvernement a tenu compte du document du Cabinet avant de donner sa réponse. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'ordonnance de production du mémoire au Cabinet.

I. Contexte

A. *Judicial Compensation Act, S.B.C. 2003, c. 59*

[9] Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*), la Cour a énoncé les exigences constitutionnelles de base devant servir de référence pour modifier le traitement des juges. C'est la loi intitulée *Judicial Compensation Act* qui met en œuvre ces exigences de base en Colombie-Britannique.

[10] La *Judicial Compensation Act* prévoit la nomination d'une commission triennale chargée de formuler des recommandations au sujet de la rémunération, des indemnités et des avantages consentis aux juges provinciaux et aux juges de paix judiciaires : art. 2 et par. 5(1). À cette fin, la commission doit tenir compte d'un ensemble de facteurs prescrits par la loi, et peut aussi prendre en considération d'autres facteurs, à condition de démontrer leur pertinence : par. 5(5), (5.1) et (5.2). La commission communique ensuite ses recommandations au procureur général dans un rapport final : par. 5(3).²

² Le procureur général est le ministre responsable de la *Judicial Compensation Act* en vertu du décret 213/2017, ann. B; voir aussi la *Attorney General Act*, R.S.B.C. 1996, c. 22, al. 2(j); *Constitution Act*, R.S.B.C. 1996, c. 66, par. 10(3).

[11] Upon receipt of the commission's report, the Attorney General must then lay the report before the Legislative Assembly of British Columbia within a statutory timeline: s. 6(1). The Attorney General must also advise the Assembly that if it does not reject the commission's recommendations within a statutory timeline, the recommendations will go into effect: s. 6(1) and (3). The Assembly can then pass a resolution rejecting one or more recommendations and set judicial remuneration, allowances and benefits: s. 6(2). The resolution has binding legal effect: ss. 6(4) and 8(1).

B. Judicial Compensation Commission's Recommendations and Government's Response

[12] In October 2016, the Judicial Compensation Commission submitted its final report to the Attorney General and made recommendations for the 2017-20 period. The commission recommended an 8.2 percent increase in the salary of provincial judges in 2017-18 and a 1.5 percent increase in both 2018-19 and 2019-20.³ The commission also recommended that the Provincial Court Judges' Association be reimbursed for the entirety of its costs of participating in the commission process.

[13] At some point after the commission submitted its report, the Attorney General made a submission to Cabinet concerning the commission's recommendations and the government's response. The Cabinet submission is not in the record before this Court and was not put before the courts below. Moreover, there is no evidence in the record about what the submission might contain.

[14] Having laid the commission's report before the Legislative Assembly in September 2017, the Attorney General tabled the government's proposed

³ The baseline salary used by the commission in making its recommendations was \$244,112 for the 2016-17 fiscal year, but the Legislative Assembly later retrospectively increased the salary for 2016-17 by 3.4 percent to \$252,290, thereby reducing the effect of the increase recommended by the commission for the 2017-20 period.

[11] Après réception du rapport de la commission, le procureur général le dépose auprès de l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique dans le délai prescrit par la loi : par. 6(1). Il avise également l'Assemblée législative que, faute par elle de rejeter les recommandations dans le délai prévu par la loi, celles-ci entreront en vigueur : par. 6(1) et (3). L'Assemblée législative peut alors adopter une résolution rejetant l'une ou plusieurs des recommandations, puis fixer la rémunération, les indemnités et les avantages des juges : par. 6(2). Cette résolution a un effet juridique obligatoire : par. 6(4) et 8(1).

B. Recommandations de la commission d'examen de la rémunération des juges et réponse du gouvernement

[12] En octobre 2016, la commission d'examen de la rémunération des juges a remis son rapport final au procureur général et formulé ses recommandations pour la période 2017-2020. Elle recommandait d'augmenter le salaire des juges provinciaux de 8,2 p. 100 pour l'année 2017-2018, et de 1,5 p. 100 pour les années 2018-2019 et 2019-2020³. La commission recommandait également que l'Association soit remboursée pour la totalité des frais qu'elle avait engagés pour sa participation au mécanisme d'examen par la commission.

[13] Quelque temps après le dépôt du rapport par la commission, le procureur général a soumis un mémoire au Cabinet relatif aux recommandations de la commission et à la réponse du gouvernement. Ce mémoire au Cabinet ne figure pas dans le dossier dont notre Cour est saisie, pas plus qu'il n'a été produit devant les juridictions d'instances inférieures. Qui plus est, rien dans le dossier ne peut nous renseigner sur son contenu.

[14] Après avoir déposé le rapport de la commission à l'Assemblée législative en septembre 2017, le procureur général a déposé le mois suivant, soit

³ Le salaire de base utilisé par la commission aux fins de ses recommandations s'établissait à 244 112 \$ pour l'exercice financier 2016-2017. Cependant, par la suite, l'Assemblée législative a appliqué au salaire de base de 2016-2017 une hausse rétroactive de 3,4 p. 100, le portant ainsi à 252 290 \$, ce qui a eu pour conséquence d'atténuer les effets de l'augmentation recommandée par la commission pour la période 2017-2020.

response to the commission's report in October 2017. The Attorney General did not table the Cabinet submission and there is no indication in the record that any member of the Legislative Assembly other than those serving in Cabinet was aware of the contents of the submission.

[15] The Attorney General moved to pass a resolution rejecting the commission's recommended increase in the salary of provincial judges and adopting a 3.8 percent increase in 2017-18 and a 1.5 percent increase in both 2018-19 and 2019-20.⁴ The Attorney General also proposed reducing the recommended reimbursement for the Provincial Court Judges' Association's costs of participating in the commission process from approximately \$93,000 to about \$66,000 in accordance with the formula established by s. 7.1 of the *Judicial Compensation Act*. With the support of government and opposition members, the Legislative Assembly passed the resolution.

[16] The Provincial Court Judges' Association petitioned for judicial review of the Legislative Assembly's resolution. Among other things, the Provincial Court Judges' Association asked to have the resolution quashed and sought a declaration that the government's response and the resolution were inconsistent with the *Judicial Compensation Act* and with the constitutional principle of judicial independence.

[17] In anticipation of the hearing of their petition on the merits, the Provincial Court Judges' Association asked the Attorney General to produce the Cabinet submission relied on in preparing the government's response. The Attorney General refused, so the Association sought an order to require the Attorney General to produce the submission: see *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, r. 22-1(4)(c).

⁴ The retrospective salary increase for 2016-17 similarly reduces the effect of the increase adopted by the Legislative Assembly for the 2017-20 period.

en octobre 2017, la proposition de réponse du gouvernement à ce rapport. Il n'a cependant pas déposé le mémoire au Cabinet, et rien dans le dossier ne porte à croire que quiconque siégeant à l'Assemblée législative, en dehors des membres du Cabinet, était au courant de son contenu.

[15] Le procureur général a proposé l'adoption d'une résolution visant le rejet de l'augmentation salariale des juges provinciaux recommandée par la commission, ainsi que l'approbation d'une hausse de 3,8 p. 100 en 2017-2018 et de 1,5 p. 100 pour les années 2018-2019 et 2019-2020⁴. Le procureur général a également proposé de réduire le montant que la commission recommandait d'accorder à l'Association à titre de remboursement pour les coûts associés à sa participation au mécanisme d'examen par la commission de quelque 93 000 \$ à environ 66 000 \$, suivant la formule établie à l'art. 7.1 de la *Judicial Compensation Act*. Avec l'appui des députés du gouvernement et de l'opposition, l'Assemblée législative a adopté la résolution.

[16] L'Association a demandé que cette résolution de l'Assemblée législative fasse l'objet d'un contrôle judiciaire dans le cadre duquel elle a notamment sollicité l'annulation de la résolution de même qu'un jugement déclaratoire portant que la réponse du gouvernement et la résolution étaient incompatibles avec la *Judicial Compensation Act* et avec le principe constitutionnel de l'indépendance judiciaire.

[17] En prévision de l'instruction de cette demande sur le fond, l'Association a demandé au procureur général de produire le mémoire au Cabinet pris en compte par le gouvernement au moment de préparer sa réponse. Le procureur général a refusé. L'Association a donc sollicité une ordonnance obligeant celui-ci à produire le document : voir *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, al. 22-1(4)(c).

⁴ L'augmentation salariale rétrospective pour la période 2016-2017 réduit de la même façon l'effet de l'augmentation adoptée par l'Assemblée législative pour la période 2017-2020.

II. Procedural History

A. *Supreme Court of British Columbia, 2018 BCSC 1193 (Master Muir)*

[18] The Provincial Court Judges' Association's motion was initially heard by a Supreme Court of British Columbia master. The master noted that the Attorney General did not contest that the government's response was informed by a detailed submission to Cabinet: para. 9 (CanLII).

[19] Turning to relevance, while acknowledging that the government had not referred to or relied on the submission to Cabinet in making its decision, the master concluded that the submission was relevant to the *Bodner* review and specifically to whether the government relied on a reasonable factual foundation in developing its response to the commission's recommendation, and whether its response demonstrates meaningful engagement with the commission process: paras. 9 and 18-21.

[20] Regarding public interest immunity, the master explained that the Attorney General did not provide any specific evidence of harm that would result from the production of the Cabinet submission: para. 23. The importance of review of the government's response and the need for transparency outweighed the public interest in its remaining confidential: paras. 23 and 27. The master ordered the Attorney General to produce the Cabinet submission: para. 28.

B. *Supreme Court of British Columbia, 2018 BCSC 1390, 19 B.C.L.R. (6th) 168 (Hinkson C.J.S.C.)*

[21] The Supreme Court of British Columbia dismissed the appeal from the master's decision. Like the master, the court did not examine the Cabinet submission: para. 45.

II. Historique des procédures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2018 BCSC 1193 (la protonotaire Muir)*

[18] La requête de l'Association a d'abord été instruite par une protonotaire de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. La protonotaire a relevé que le procureur général n'avait pas contesté que la réponse du gouvernement s'appuyait sur un mémoire détaillé au Cabinet : par. 9 (CanLII).

[19] Sur la question de la pertinence, la protonotaire a reconnu que le gouvernement n'avait ni soulevé la question du mémoire au Cabinet ni ne s'était fondé sur ce document pour prendre sa décision. Elle a tout de même conclu que celui-ci était pertinent aux fins du contrôle de type *Bodner*, particulièrement en ce qui a trait aux questions de savoir si le gouvernement s'était appuyé sur un fondement factuel raisonnable pour élaborer sa réponse aux recommandations de la commission, et si sa réponse démontrait qu'il avait participé sérieusement au mécanisme d'examen de la commission : par. 9 et 18-21.

[20] Sur la question de l'immunité d'intérêt public, la protonotaire a expliqué que le procureur général n'avait présenté aucun élément de preuve particulier pour démontrer qu'un préjudice résulterait de la production du mémoire au Cabinet : par. 23. Selon elle, l'importance de soumettre la réponse du gouvernement à un contrôle judiciaire et la nécessité d'assurer la transparence du processus l'emportaient sur l'intérêt du public à ce que le document demeure confidentiel : par. 23 et 27. La protonotaire a donc ordonné au procureur général de produire le mémoire au Cabinet : par. 28.

B. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2018 BCSC 1390, 19 B.C.L.R. (6th) 168 (le juge en chef Hinkson)*

[21] La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel formé à l'encontre de la décision de la protonotaire. Tout comme cette dernière, elle n'a pas examiné le mémoire au Cabinet : par. 45.

[22] Hinkson C.J.S.C. found no error in the master's conclusion that the Cabinet submission was relevant, agreeing that the submission was relevant to the issue whether the government respected the commission process such that the overall objectives of the process were achieved: paras. 34-35.

[23] The court found no error in the master's conclusion that public interest immunity did not apply based on the factors identified in *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637. The court emphasized that the submission related to the subject matter of the litigation and that the Attorney General did not offer in any evidence that any particular harm would flow from disclosure: para. 46.

C. *Court of Appeal for British Columbia, 2018 BCCA 394, 19 B.C.L.R. (6th) 188 (Bauman C.J.B.C., Harris and Dickson J.J.A.)*

[24] The Court of Appeal for British Columbia dismissed the Attorney General's further appeal from the Supreme Court's decision. Writing for the Court of Appeal, Bauman C.J.B.C. explained that although the Legislative Assembly is the decision-maker under the *Judicial Compensation Act*, the Attorney General prepares the government's draft response for approval by Cabinet before presenting it to the Legislative Assembly: para. 9. Cabinet is thus directly involved in the decision-making process.

[25] The Court of Appeal concluded that the Cabinet submission was necessarily relevant given that it informed the government's response to the commission's recommendations: paras. 9 and 16. Since Cabinet was "a primary actor in the impugned 'government response' . . . , the Cabinet submission is clearly 'evidence which was before the administrative decision-maker'" and should be included in the record on judicial review: para. 19, quoting *Stonechild, Re*, 2007 SKCA 74, 304 Sask. R. 1, cited as *Hartwig v. Saskatchewan (Commission of Inquiry)*, at para. 33. The Court of Appeal also

[22] Le juge en chef Hinkson n'a décelé aucune erreur dans la conclusion de la protonotaire selon laquelle le mémoire au Cabinet était pertinent, convenant avec elle que le document était de fait pertinent quant à la question de savoir si le gouvernement avait respecté le mécanisme d'examen par la commission et qu'il avait donc été satisfait aux objectifs généraux du recours à une commission : par. 34-35.

[23] La cour a en outre conclu que la protonotaire n'avait pas commis d'erreur en décidant que, selon les facteurs énoncés dans l'arrêt *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, l'immunité d'intérêt public ne s'appliquait pas. La cour a souligné que le mémoire avait trait à l'objet du litige, et que le procureur général n'avait présenté aucun élément de preuve indiquant que la divulgation causerait un préjudice particulier : par. 46.

C. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2018 BCCA 394, 19 B.C.L.R. (6th) 188 (le juge en chef Bauman et les juges Harris et Dickson)*

[24] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté le pourvoi subséquent du procureur général interjeté à l'encontre de la décision de la Cour suprême de la province. S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge en chef Bauman a expliqué que, bien que l'Assemblée législative soit l'instance décisionnelle selon la *Judicial Compensation Act*, c'est le procureur général qui prépare l'ébauche de réponse du gouvernement à soumettre au Cabinet pour approbation avant qu'il ne la présente à l'Assemblée législative : par. 9. Le Cabinet participe donc directement au processus décisionnel.

[25] La Cour d'appel a conclu que le mémoire au Cabinet était nécessairement pertinent, puisqu'il avait inspiré la réponse du gouvernement aux recommandations de la commission : par. 9 et 16. Dans la mesure où le Cabinet [TRADUCTION] « a joué un rôle de premier plan dans la "réponse du gouvernement" contestée [. . .], le mémoire au Cabinet est assurément "un élément de preuve dont était saisi le décideur administratif" » et devrait dès lors faire partie du dossier du contrôle judiciaire : par. 19, citant *Stonechild, Re*, 2007 SKCA 74, 304 Sask. R. 1, sous le nom de *Hartwig c. Saskatchewan*

affirmed Hinkson C.J.S.C.'s analysis on public interest immunity: para. 22.

III. Issues

[26] This appeal raises two issues: (a) whether the Cabinet submission in this case should form part of the record on *Bodner* review and (b) whether the Cabinet submission is protected by public interest immunity.

IV. Analysis

A. *Judicial Independence and the Nature of Bodner Review*

[27] This appeal arises in the context of review of a government's response to a judicial compensation commission's recommendations. Such review aims to safeguard judicial independence.

[28] The constitutional principle of judicial independence flows from the recital in the preamble to the *Constitution Act, 1867* that our country is to have a "Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom", ss. 96 to 101 of the *Constitution Act, 1867*, s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 42(1)(d) of the *Constitution Act, 1982: Beaugregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at pp. 72-73; *Provincial Judges Reference*, at paras. 84 and 105-9; *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433, at para. 94; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2016 SCC 39, [2016] 2 S.C.R. 116, at para. 31.

[29] These provisions and the broader principle of judicial independence serve not only to protect the separation of powers between the branches of the state and thus, the integrity of our constitutional structure, but also to promote public confidence in the administration of justice: *Ell v. Alberta*, 2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857, at paras. 21-23; *Conférence*

(*Commission of Inquiry*), par. 33. La Cour d'appel a également confirmé le bien-fondé de l'analyse du juge en chef Hinkson relative à l'immunité d'intérêt public : para. 22.

III. Questions en litige

[26] Le présent pourvoi soulève deux questions : a) le mémoire au Cabinet en cause en l'espèce devrait-il faire partie du dossier aux fins du contrôle de type *Bodner*? Et, b) le mémoire au Cabinet est-il protégé par l'immunité d'intérêt public?

IV. Analyse

A. *Indépendance judiciaire et nature du contrôle de type Bodner*

[27] Le présent pourvoi survient dans le contexte du contrôle judiciaire de la réponse donnée par un gouvernement aux recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges. Un tel contrôle vise à protéger l'indépendance judiciaire.

[28] Le principe constitutionnel de l'indépendance judiciaire prend sa source dans l'énoncé du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* selon lequel le Canada doit se doter d'une « constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni », dans les art. 96 à 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dans l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et dans l'al. 42(1)d) de la *Loi constitutionnelle de 1982 : Beaugregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, p. 72-73; *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 84 et 105-109; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433, par. 94; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2016 CSC 39, [2016] 2 R.C.S. 116, par. 31.

[29] Ces dispositions, de même que le principe plus large de l'indépendance judiciaire, visent non seulement à protéger la séparation des pouvoirs entre les branches de l'État et donc l'intégrité de notre structure constitutionnelle, mais aussi à favoriser la confiance du public dans l'administration de la justice : *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S.

des juges de paix magistrats, at para. 31. They are fundamental to the rule of law and to democracy in Canada.

[30] The overarching principle of judicial independence applies to all courts, whether of civil or criminal jurisdiction and whether their judges are appointed by federal, provincial or territorial authorities: *Provincial Judges Reference*, at para. 106; *Ell*, at paras. 21-24; *Conférence des juges de paix magistrats*, at para. 32.

[31] The three core characteristics of judicial independence are security of tenure, financial security and administrative independence: *Provincial Judges Reference*, at para. 118. The characteristic at issue in this appeal — financial security — in turn has three components, “which all flow from the constitutional imperative that . . . the relationship between the judiciary and the other branches of government be depoliticized”: para. 131 (emphasis in original). First, absent a “dire and exceptional financial emergency precipitated by unusual circumstances”, a government cannot change judicial remuneration parameters without first seeking the recommendations of an independent body, a “commission”: paras. 133 and 137. (Government can, depending on the context, mean the executive, legislature or legislative assembly.) Second, judges cannot engage in negotiations with the government over remuneration: para. 134. Finally, judicial remuneration cannot fall below the basic minimum level required for the office of a judge: para. 135.

[32] More specifically, this appeal concerns the first component of financial security: the convening of a judicial compensation commission to make recommendations concerning judicial remuneration. The commission charged with making such recommendations must be independent, effective and objective: *Provincial Judges Reference*, at para. 133.

857, par. 21-23; *Conférence des juges de paix magistrats*, par. 31. Ce sont des éléments fondamentaux de la primauté du droit et de la démocratie au Canada.

[30] Le principe primordial de l'indépendance de la magistrature s'applique à tous les tribunaux judiciaires, qu'ils soient de juridiction civile ou pénale, et que les juges qui les président soient nommés par des autorités fédérales, provinciales ou territoriales : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 106; *Ell*, par. 21-24; *Conférence des juges de paix magistrats*, par. 32.

[31] Les trois caractéristiques centrales de l'indépendance judiciaire sont l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 118. Celle que met en jeu le présent pourvoi — la sécurité financière — comporte à son tour trois éléments, « qui découlent tous de l'impératif constitutionnel qui veut que [. . .] les rapports entre le judiciaire et les deux autres pouvoirs de l'État soient dépolitisés » : par. 131 (soulignement dans l'original). Premièrement, sauf en cas de « crise financière exceptionnellement grave provoquée par des circonstances extraordinaires », un gouvernement ne peut pas modifier les paramètres de la rémunération des juges sans s'être d'abord enquis des recommandations d'un organisme indépendant, une « commission » : par. 133 et 137. (Le terme « gouvernement » peut, selon le contexte, s'entendre de l'exécutif, de la législature ou de l'Assemblée législative.) Deuxièmement, les juges ne peuvent pas entreprendre de négociations avec le gouvernement concernant leur rémunération : par. 134. Troisièmement, la rémunération des juges ne peut se situer en deçà du minimum requis par la charge de juge : par. 135.

[32] Plus précisément, le présent pourvoi porte sur le premier élément de la sécurité financière : la convocation d'une commission d'examen de la rémunération des juges qui est chargée de formuler des recommandations au sujet de cette rémunération. La commission ainsi mandatée doit être à la fois indépendante, efficace et objective : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 133.

[33] The effectiveness requirement means that the commission must be regularly convened, that no changes can be made to remuneration until the commission submits its report and that “the reports of the commission must have a meaningful effect on the determination of judicial salaries”: *Provincial Judges Reference*, at paras. 174-75 and 179; see also *Bodner*, at para. 29.

[34] To ensure that the commission’s recommendations have a meaningful effect, the government must formally respond to the commission’s report: *Provincial Judges Reference*, at para. 179; *Bodner*, at para. 22. Because of the executive and legislature’s shared constitutional responsibility to make decisions about the expenditure of public money,⁵ the commission’s recommendations are not binding (unless the legislature so provides). The government must, however, give specific reasons justifying any departure from the recommendations: *Provincial Judges Reference*, at para. 180; *Bodner*, at paras. 18 and 20-21; *Conférence des juges de paix magistrats*, at para. 35.

[35] To hold a government to its constitutional obligations in jurisdictions where a commission’s recommendations are not binding, the government’s response to the commission’s recommendations is subject to what this Court described in *Bodner* as a “limited form of judicial review”: paras. 29 and 42. The standard of justification to uphold the government’s response is that of “rationality”: *Provincial Judges Reference*, at paras. 183-84; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, at para. 57; *Bodner*, at para. 29. Both the standard of justification and the test used to measure the government’s response against that standard are “deferential”: *Bodner*, at paras. 30, 40 and 43. Both the fact that the government remains ultimately responsible for setting judicial compensation and the fact that the nature of a *Bodner* review is

[33] Le critère de l’efficacité suppose que la commission soit convoquée régulièrement, qu’aucun changement ne soit apporté à la rémunération en cause avant qu’elle n’ait déposé son rapport et que « [s]es rapports [aient] un effet concret sur la détermination des traitements des juges » : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 174-175 et 179; voir aussi *Bodner*, par. 29.

[34] De façon à garantir que les recommandations de la commission aient un effet concret, le gouvernement est tenu de répondre formellement au rapport où elles sont formulées : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 179; *Bodner*, par. 22. Étant donnée la responsabilité constitutionnelle que partagent l’exécutif et le législatif quant à la prise de décisions concernant les deniers publics⁵, les recommandations de la commission n’ont pas force obligatoire (à moins d’indications en ce sens par la législature). Le gouvernement doit toutefois indiquer les motifs précis justifiant sa décision de s’écarter de quelque façon que ce soit des recommandations : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 180; *Bodner*, par. 18 et 20-21; *Conférence des juges de paix magistrats*, par. 35.

[35] Pour veiller à ce que le gouvernement respecte ses obligations constitutionnelles là où les recommandations d’une commission n’ont pas force obligatoire, sa réponse à ces recommandations est soumise à ce que notre Cour a décrit, dans *Bodner*, comme une « forme limitée de contrôle judiciaire » : par. 29 et 42. Pour être jugée valide, la réponse du gouvernement doit respecter la norme de justification dite de la « rationalité » : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 183-184; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 57; *Bodner*, par. 29. Cette norme de justification, tout comme l’analyse à effectuer pour évaluer la réponse du gouvernement à l’aune de celle-ci, commande la « retenue » : *Bodner*, par. 30, 40 et 43. Tant le fait que le gouvernement reste ultimement responsable de fixer

⁵ See *Constitution Act, 1867*, ss. 54, 90 to 92, 100 to 102, 106 and 126.

⁵ Voir la *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 54, 90 à 92, 100 à 102, 106 et 126.

limited serve to balance the constitutional interests at stake.

[36] Building on the approach established by the *Provincial Judges Reference*, in *Bodner*, at para. 31, this Court set out a three-part test for determining whether a government's decision to depart from a commission's recommendation meets the rationality standard:

- (1) Has the government articulated a legitimate reason for departing from the commission's recommendations?
- (2) Do the government's reasons rely upon a reasonable factual foundation? and
- (3) Viewed globally, has the commission process been respected and have the purposes of the commission — preserving judicial independence and depoliticizing the setting of judicial remuneration — been achieved?

[37] Under the first two parts of the test, the focus is on the reasons given by government for departing from the commission's recommendations: *Bodner*, at paras. 32-33 and 36. The government "must respond to the [commission's] recommendations" by "giv[ing] legitimate reasons for departing from or varying them": paras. 23-24. The reasons must "show that the commission's recommendations have been taken into account and must be based on [a reasonable factual foundation] and sound reasoning": paras. 25-26. The reasons must also "articulat[e] the grounds for rejection or variation", "reveal a consideration of the judicial office and an intention to deal with it appropriately", "preclude any suggestion of attempting to manipulate the judiciary" and "reflect the underlying public interest in having a commission process, being the depoliticization of the remuneration process and the need to preserve judicial independence": para. 25.

la rémunération des membres de la magistrature que le fait qu'un contrôle de type *Bodner* est limité servent à mettre en balance les intérêts constitutionnels en jeu.

[36] Prenant comme point de départ l'approche établie par le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, la Cour, au par. 31 de l'arrêt *Bodner*, a défini une analyse en trois étapes permettant de déterminer si la décision d'un gouvernement de s'écarter des recommandations d'une commission satisfait à la norme de la rationalité :

- (1) Le gouvernement a-t-il justifié par un motif légitime sa décision de s'écarter des recommandations de la commission?
- (2) Les motifs invoqués par le gouvernement ont-ils un fondement factuel raisonnable?
- (3) Dans l'ensemble, le mécanisme d'examen par une commission a-t-il été respecté et les objectifs du recours à une commission, à savoir préserver l'indépendance de la magistrature et dépolitiser la fixation de la rémunération des juges, ont-ils été atteints?

[37] Les deux premières étapes de l'analyse portent sur les motifs invoqués par un gouvernement pour justifier de s'être écarté des recommandations d'une commission : *Bodner*, par. 32-33 et 36. La réponse du gouvernement doit « porter sur les recommandations [de la commission] » et « justifier par des motifs légitimes sa décision de les modifier ou de ne pas les suivre » : par. 23-24. Les motifs doivent « révéler que les recommandations ont été prises en compte [en plus de s'appuyer sur un fondement factuel raisonnable] et un raisonnement solide » : par. 25-26. Les motifs doivent en outre « indiquer les raisons du rejet ou de la modification » et « démontrer qu'on a procédé à un examen des fonctions judiciaires et qu'on a l'intention de prendre les mesures qui s'imposent », tout en ne « donn[ant pas] à penser qu'on cherche à manipuler la magistrature ». Enfin, les motifs doivent « refléter l'intérêt du public à ce qu'il y ait recours à une commission, mécanisme qui garantit la dépolitisation de l'examen de la rémunération et permet de préserver l'indépendance de la magistrature » : par. 25.

[38] The third part of the *Bodner* test looks to whether the government has respected the commission process and, more broadly, whether the purposes of that process have been achieved: paras. 30-31, 38 and 43. This new part of the test was added by this Court in an effort to achieve the “unfulfilled” hopes this Court had in the *Provincial Judges Reference* of depoliticizing the process of setting judicial remuneration and thereby preserving judicial independence: paras. 10-12 and 31. The third step in the *Bodner* test requires the court to take a global perspective and ask whether the government demonstrated respect for the judicial office by engaging meaningfully with the commission process: see paras. 25, 31 and 38.

[39] However, this addition in *Bodner* was not intended to transform the analysis into a probing review of the process through which the government developed its response, whether it took place within the executive, the legislature or both. As a result, I cannot agree with the Provincial Court Judges' Association that references to the “totality” or “whole of the process” in *Bodner*, at para. 38, were meant to expand the scope of review such that the Cabinet decision-making process must necessarily be scrutinized in every case.

[40] There is no doubt that the *Provincial Judges Reference* and *Bodner* require that the reviewing court focus on the government's response. In *Bodner* itself, this Court looked at the Alberta, New Brunswick and Ontario governments' responses to commission recommendations to determine whether the third part of the *Bodner* test had been met: paras. 83, 100 and 130-31. That said, the third part of the *Bodner* test is not necessarily limited to consideration of the government's public reasons.

[38] La troisième étape de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner* vise à déterminer si le gouvernement a respecté le mécanisme d'examen par une commission et, plus globalement, si les objectifs du recours à ce mécanisme ont été atteints : par. 30-31, 38 et 43. La Cour a ajouté cette étape à l'analyse afin de satisfaire à ses espoirs exprimés dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* qui « ne [s'étaient] pas réalisés ». Ceux-ci consistaient à dépolitiser le processus de fixation de la rémunération des membres de la magistrature et à ainsi préserver l'indépendance judiciaire : par. 10-12 et 31. La troisième étape en question exige que le tribunal examine la question dans son ensemble et se demande si le gouvernement en cause a fait preuve de respect envers les fonctions judiciaires en participant sérieusement au mécanisme d'examen par une commission : voir les par. 25, 31 et 38.

[39] Toutefois, cet ajout dans l'arrêt *Bodner* n'était pas censé transformer l'analyse en un examen poussé de la démarche par laquelle le gouvernement a élaboré sa réponse, que cette démarche se soit déroulée au sein de l'exécutif, de la législature ou des deux. Par conséquent, je ne saurais souscrire à l'opinion de l'Association selon laquelle les termes « ensemble » ou « dans son ensemble », qui figurent au par. 38 de l'arrêt *Bodner*, avaient pour but d'étendre la portée du contrôle judiciaire au point où le processus décisionnel du Cabinet doit être systématiquement analysé en profondeur.

[40] Il n'y a aucun doute que le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* et l'arrêt *Bodner* obligent le tribunal saisi du contrôle judiciaire à se concentrer sur la réponse du gouvernement. Dans l'arrêt *Bodner* lui-même, la Cour a examiné les réponses des gouvernements de l'Alberta, du Nouveau-Brunswick et de l'Ontario aux recommandations de commissions pour déterminer s'il avait été satisfait à la troisième étape de l'analyse qu'elle venait d'établir : par. 83, 100 et 130-131. Cela dit, cette étape ne se limite pas nécessairement à un examen des motifs invoqués publiquement par le gouvernement.

[41] Moreover, this does not mean that the government can hide behind reasons that conceal an improper or colourable purpose. The *Provincial Judges Reference* and *Bodner* cannot be interpreted to mean that as long as the government's public reasons are facially legitimate and appear grounded in a reasonable factual foundation, the government could provide reasons that were not given in good faith. Indeed, it is implicit in the third part of the *Bodner* test itself that, presented with evidence that the government's response is rooted in an improper or colourable purpose and has accordingly fallen short of the constitutional benchmark set in this Court's jurisprudence, the reviewing court cannot simply accept the government's formal response without further inquiry.

[42] This is nothing new. In *Beauregard*, at p. 77, this Court made clear that “[i]f there were any hint that a federal law dealing with [the fixing of salaries and pensions of superior court judges] was enacted for an improper or colourable purpose, or if there was discriminatory treatment of judges *vis-à-vis* other citizens, then serious issues relating to judicial independence would arise and the law might well be held to be *ultra vires* s. 100 of the *Constitution Act, 1867*” (emphasis added). This is true of all judges to whom the constitutional principle of judicial independence applies: see *Provincial Judges Reference*, at paras. 145 and 165.

[43] Considerations of legitimacy and respect for the process — and conversely, considerations of impropriety or colourability — permeate the entire *Bodner* analysis. Indeed, in *Bodner*, which concerned the remuneration of provincially-appointed judges, this Court considered whether the reasons given by the Alberta, New Brunswick, Ontario and Quebec governments were “based on purely political considerations”, “reveal political or discriminatory motivations” or “evidence any improper political

[41] De plus, cela ne signifie pas que le gouvernement peut se cacher derrière des motifs qui dissimulent un objectif illégitime ou déguisé (aussi parfois qualifié dans la jurisprudence de la Cour de « malhonnête ou spécieux »). Il faut se garder d'interpréter le *Renvoi relatif à la rémunération des juges* et l'arrêt *Bodner* comme s'ils signifiaient que, dans la mesure où les motifs invoqués publiquement par le gouvernement sont légitimes à première vue et semblent s'appuyer sur un fondement factuel raisonnable, le gouvernement pourrait fournir des motifs de mauvaise foi. En effet, il ressort implicitement de la troisième étape même de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner* que, saisi d'éléments de preuve démontrant que la réponse d'un gouvernement visait un objectif illégitime ou déguisé et ne satisfait donc pas aux exigences constitutionnelles établies par la jurisprudence de la Cour, le tribunal de révision ne peut se contenter d'accepter la réponse formelle du gouvernement sans pousser son examen plus loin.

[42] Rien de cela n'est nouveau. Dans l'arrêt *Beauregard*, p. 77, la Cour a énoncé clairement que « [s]’il y avait un indice qu’une loi fédérale traitant [de la fixation des salaires et du régime de retraite des juges des cours supérieures] avait été adoptée dans un but malhonnête ou spécieux, ou si les juges étaient traités d’une manière discriminatoire par rapport aux autres citoyens, de graves questions se poseraient alors concernant l’indépendance judiciaire et la loi en question pourrait très bien être jugée *ultra vires* de l’art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* » (je souligne). Cette conclusion s'applique à l'égard de tous les juges visés par le principe constitutionnel de l'indépendance judiciaire : voir le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 145 et 165.

[43] Des considérations relatives à la légitimité du mécanisme et au respect qui lui est dû — et inversement des considérations relatives au caractère illégitime ou déguisé du véritable objectif du gouvernement — imprègnent l'ensemble de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner*. En effet, dans ce dernier, qui portait sur la rémunération des juges nommés par les provinces, la Cour s'est demandé si les motifs donnés par les gouvernements de l'Alberta, du Nouveau-Brunswick, de l'Ontario et du Québec

purpose or intent to manipulate or influence the judiciary”: paras. 66, 96 and 159; see also paras. 68 and 123.

[44] Reasons that reveal an improper or colourable purpose would fail the first step of the *Bodner* test which requires that a government articulate a legitimate reason for departing from a commission’s recommendations. Similarly, in reviewing whether a government had relied on a reasonable factual foundation, this Court acknowledged the possibility that the government might also rely on “affidavits containing evidence of good faith and commitment to the process, such as information relating to the government’s study of the impact of the commission’s recommendations”: *Bodner*, at para. 36. Finally, a government’s conduct and the adequacy of its response are also directly engaged in the third part of the *Bodner* test, which looks to whether the government has respected the commission process and, more broadly, whether the purposes of that process have been achieved.

[45] Thus, even if a government’s public reasons appear to satisfy the requirements of *Bodner*, the government’s response remains subject to challenge on the basis that it is grounded in an improper or colourable purpose.

[46] In *Bodner*, this Court underscored that “[t]he limited nature of judicial review [of the government’s response] dictates the choice of remedies. The remedies must be consistent with the role of the reviewing court and the purpose of the commission process”: para. 42. In my view, the limited nature of *Bodner* review, the role of the reviewing court and the purpose of the process also have implications for the evidence considered by the reviewing court.

étaient « dictés par des considérations purement politiques », « révé[ai]ent qu’ils [étaient] dictés par des considérations politiques ou discriminatoires » ou « dénot[ai]ent l’existence d’un objectif politique illégitime [ou d’]une intention de manipuler ou d’influencer la magistrature » : par. 66, 96 et 159; voir aussi par. 68 et 123.

[44] Des motifs qui révèlent un objectif illégitime ou déguisé échoueraient à la première étape de l’analyse établie par l’arrêt *Bodner* qui exige que le gouvernement fournisse un motif légitime pour s’écarter des recommandations d’une commission. De même, lorsqu’elle a examiné si un gouvernement s’était appuyé sur un fondement factuel raisonnable, la Cour a reconnu la possibilité qu’il se soit peut-être appuyé sur des « affidavits contenant des preuves de la bonne foi et de l’engagement à l’égard du mécanisme, par exemple, des renseignements sur l’étude gouvernementale de l’impact des recommandations de la commission » : *Bodner*, par. 36. Enfin, la conduite du gouvernement et l’à-propos de sa réponse sont également directement en cause à la troisième étape de l’analyse établie par l’arrêt *Bodner*, qui porte sur la question de savoir si le gouvernement a fait preuve de respect envers le mécanisme d’examen par une commission et, plus globalement, si les objectifs du recours à ce mécanisme ont été atteints.

[45] Ainsi, même si les motifs invoqués publiquement par le gouvernement semblent satisfaire aux exigences définies dans l’arrêt *Bodner*, sa réponse peut tout de même être contestée sur le fondement qu’elle s’appuie sur un objectif illégitime ou déguisé.

[46] Dans l’arrêt *Bodner*, la Cour a souligné que « [l]es limites du contrôle judiciaire [de la réponse du gouvernement] dictent le choix des réparations. Celles-ci doivent rester conciliables avec le rôle du tribunal saisi du contrôle judiciaire et avec l’objectif du recours à une commission » : par. 42. À mon avis, la nature limitée du contrôle judiciaire de type *Bodner*, le rôle du tribunal de révision et l’objet du mécanisme ont également une incidence sur les éléments de preuve qui seront examinés par le tribunal de révision.

B. *Evidence on Bodner Review*

[47] The limited nature of *Bodner* review implies that the record for this type of review is narrower than it would be on ordinary judicial review. It also means that relevance must be assessed in relation to the specific issues that are the focus of the court's inquiry on *Bodner* review: the legitimacy of the reasons given by government, the reasonableness of the factual foundation relied on by government, and the respect for the commission process by government such that the objectives of the process have been achieved. Further, since *Bodner* review tends to oppose two branches of the state, special considerations arise where the party seeking *Bodner* review requests the production of a confidential Cabinet document. As I detail below, those considerations require that the party seeking production establish that there is some basis to believe that the document may contain evidence which tends to show that the government failed to meet a requirement described in this Court's jurisprudence, including *Bodner*. Only then will the reviewing court examine the document to determine whether it should be produced.

(1) Scope of the Record on *Bodner* Review

[48] Like the Court of Appeal, the Provincial Court Judges' Association invokes the rule that the record on judicial review generally includes any evidence that was before the decision-maker, subject to limited exceptions that either add to or subtract from the record. According to the Provincial Court Judges' Association, since the submission was put before Cabinet and since Cabinet approved the resolution introduced by the Attorney General and ultimately passed by the Legislative Assembly, the Cabinet submission was part of the evidence before the decision-maker and is thus relevant to the judicial review. The

B. *La preuve dans le cadre d'un contrôle de type Bodner*

[47] La portée limitée d'un contrôle de type *Bodner* suppose que le dossier constitué aux fins de cette procédure soit plus restreint qu'il ne le serait dans le cas d'un contrôle judiciaire habituel. Elle suppose également qu'il faut évaluer la pertinence de chaque élément du dossier au regard des questions précises au cœur de l'analyse du tribunal saisi d'une demande de contrôle de ce type, à savoir : la légitimité des motifs avancés par le gouvernement, le caractère raisonnable du fondement factuel sur lequel il s'est appuyé et son respect du mécanisme d'examen par une commission de manière à assurer l'atteinte des objectifs du recours à une commission. De plus, dans la mesure où un contrôle de type *Bodner* tend à opposer deux des branches de l'État, des considérations particulières entrent en jeu lorsque la partie qui sollicite un tel contrôle demande la production d'un document confidentiel du Cabinet. Comme je l'exposerai plus en détail ci-après, ces considérations obligent la partie qui demande la production d'un tel document d'établir qu'il existe des raisons de croire que le document peut contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une exigence décrite dans la jurisprudence de la Cour et notamment dans l'arrêt *Bodner*. Ce n'est qu'une fois cette démonstration faite que le tribunal de révision examine le document pour décider s'il devrait être produit.

(1) Portée du dossier dans le cadre d'un contrôle de type *Bodner*

[48] À l'instar de la Cour d'appel, l'Association invoque la règle voulant que le dossier relatif au contrôle judiciaire soit normalement constitué de tout élément de preuve dont disposait le décideur, sous réserve de quelques exceptions restreintes susceptibles d'ajouter ou de retrancher certains éléments du dossier. Selon l'Association, dans la mesure où le mémoire a été déposé auprès du Cabinet et où celui-ci a appuyé la résolution d'abord présentée par le procureur général, puis adoptée par l'Assemblée législative, ce mémoire faisait partie de la preuve portée à la connaissance du décideur, si bien

Provincial Court Judges' Association argues that the submission must therefore be included in the record on judicial review.

[49] The Attorney General argues that the decision-maker was the Legislative Assembly, not Cabinet, so the Cabinet submission was not before the decision-maker and therefore should not be included in the record. More fundamentally, the Attorney General rejects the suggestion that the administrative law notion of the record on judicial review applies in this context.

[50] With respect to the identification of the formal decision-maker, neither the *Provincial Judges Reference* nor *Bodner* prescribes that a particular institution must make the decision to respond to a commission's recommendations. In some cases, it may be clear that only a single institution is involved, but in a jurisdiction like British Columbia where both the executive and Legislative Assembly play a substantive role, it would be artificial to focus solely on the Legislative Assembly's part and ignore the executive's involvement. Indeed, in this case the executive's proposed reasons for departing from the commission's recommendations were incorporated by reference into the resolution passed by the Legislative Assembly.

[51] More importantly, in my view, the *Provincial Judges Reference* and *Bodner* describe a unique form of review distinct from judicial review in the ordinary administrative law sense. In contrast to judicial review, *Bodner* review is available even when the decision-maker is the legislature (or any part of the legislature): see *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 558; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, at para. 59. Further, the grounds for a *Bodner* review are narrower than those for a usual judicial review. The *Bodner* grounds centre on the legitimacy and sufficiency of a government's reasons for departing from a commission's recommendations, whether the

qu'il est pertinent aux fins du contrôle judiciaire. L'Association soutient que le mémoire doit donc faire partie du dossier constitué en vue du contrôle judiciaire.

[49] Le procureur général soutient que c'est l'Assemblée législative qui a été le décideur en l'espèce, et non le Cabinet, si bien que le mémoire à ce dernier n'était pas devant le décideur et ne devrait donc pas faire partie du dossier. De manière plus fondamentale, le procureur général rejette l'argument selon lequel la notion du dossier à présenter en contrôle judiciaire, une notion de droit administratif, s'applique dans le présent contexte.

[50] Pour ce qui est de savoir qui, officiellement, a agi comme décideur en l'espèce, ni le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* ni l'arrêt *Bodner* ne prévoient qu'il incombe à un organe plutôt qu'à un autre de décider de la réponse à donner aux recommandations d'une commission. Dans certains cas, il peut être évident qu'un seul décideur est intervenu. Cependant, dans un contexte comme celui de la Colombie-Britannique, où l'exécutif aussi bien que l'Assemblée législative jouent un rôle majeur, il serait artificiel de se concentrer uniquement sur la participation de cette dernière en faisant abstraction de celle de l'exécutif. D'ailleurs, en l'espèce, la justification qu'avait proposée celui-ci pour s'écarter des recommandations de la commission fut entérinée au moyen d'un renvoi dans une résolution adoptée par l'Assemblée législative.

[51] Plus important encore, à mon sens, le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* et l'arrêt *Bodner* définissent une forme unique de contrôle, qui se distingue du contrôle judiciaire au sens où on l'entend normalement en droit administratif. Contrairement au contrôle judiciaire habituel, celui de type *Bodner* peut être mené même lorsque le décideur est la législature (ou un de ses éléments) : voir le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 558; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, par. 59. En outre, les motifs donnant ouverture à un contrôle de type *Bodner* sont plus limités que ceux qui peuvent donner ouverture à un contrôle judiciaire habituel.

government has respected the commission process more generally and whether the objectives of the process have been achieved.

[52] In the usual context of judicial review, the record generally consists of the evidence that was before the decision-maker: see *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 100 Admin. L.R. (5th) 301, at para. 42; *Sobeys West Inc. v. College of Pharmacists of British Columbia*, 2016 BCCA 41, 80 B.C.L.R. (5th) 243, at para. 52. However, the rule that the record generally consists of the evidence that was before the decision-maker cannot be automatically transposed into the limited context of *Bodner* review.

[53] The record on *Bodner* review necessarily includes any submissions made to the commission by the government, judges and others; the commission's report, including its recommendations; and the government's response to the recommendations, which, as the *Provincial Judges Reference* recognized, at para. 180, may take different forms depending on which institution is charged with responding.

[54] As *Bodner* itself acknowledged, the record may also include certain forms of additional evidence put in by the government: paras. 27 and 36. The government may be permitted to “provid[e] details [concerning the factual foundation of its response], in the form of affidavits, relating to economic and actuarial data and calculations” and “affidavits containing evidence of good faith and commitment to the process, such as information relating to the government's study of the impact of the commission's recommendations”: para. 36; see also paras. 63-64 and 103. But the government cannot use the additional evidence to “advance reasons other than those mentioned in its response” or to cure defects

Ainsi, dans le premier cas, les motifs sont axés sur la légitimité et sur la question du caractère suffisant des raisons invoquées par un gouvernement pour justifier sa décision de s'écarter des recommandations d'une commission, de même que sur la question de savoir si le gouvernement a plus généralement respecté le mécanisme d'examen par une commission et si les objectifs du recours à ce mécanisme ont été atteints.

[52] Habituellement, en contexte de contrôle judiciaire, le dossier est constitué des éléments de preuve dont disposait le décideur : voir *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117, 100 Admin. L.R. (5th) 301, par. 42; *Sobeys West Inc. c. College of Pharmacists of British Columbia*, 2016 BCCA 41, 80 B.C.L.R. (5th) 243, par. 52. Cette règle ne saurait toutefois être automatiquement transposée au contexte limité d'un contrôle de type *Bodner*.

[53] Le dossier relatif à un contrôle de type *Bodner* renferme nécessairement les éléments suivants : toute position ayant été exposée devant la commission par le gouvernement, les juges et les autres intervenants; le rapport de la commission, y compris ses recommandations; et la réponse du gouvernement à ces recommandations qui, comme la Cour l'a reconnu au par. 180 du *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, peut prendre différentes formes selon l'organe qui est chargé de répondre.

[54] Ainsi que la Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Bodner* lui-même, le dossier peut également inclure certaines formes d'éléments de preuve additionnels présentés par le gouvernement : par. 27 et 36. En effet, afin de préciser davantage le fondement factuel de sa réponse, le gouvernement peut être autorisé à « fourni[r], sous forme d'affidavits, des détails sur des données et calculs économiques et actuariels » ainsi que des « affidavits contenant des preuves de la bonne foi et de l'engagement à l'égard du mécanisme, par exemple, des renseignements sur l'étude gouvernementale de l'impact des recommandations de la commission » : par. 36; voir aussi par. 63-64 et 103. Cependant, le gouvernement ne peut pas se

in the factual foundation it relied on in its response: paras. 27 and 36.

[55] Although the point was not made explicitly in *Bodner*, the party seeking *Bodner* review, which will usually be the judges whose remuneration is at stake, can also put in certain forms of additional evidence relevant to the issues the reviewing court must decide. The party seeking review can, for example, seek to introduce evidence to counter relevant evidence put in by a government. It may put in evidence aimed at calling into question the reasonableness of the factual foundation relied on by the government, the government's lack of meaningful engagement with or respect for the commission process or whether the government's response was grounded in an improper or colourable purpose. To those ends, the party seeking review can ask that the government produce evidence in its possession. For the government's part, provided it respects the rule against supplementing its reasons and bolstering their factual foundation, it can respond with additional evidence of its own to refute the allegations made by the party seeking review.

(2) Relevance of Evidence to a *Bodner* Review

[56] The Attorney General contends that the British Columbia courts were wrong to conclude that the Cabinet submission is relevant to the *Bodner* review sought by the Provincial Court Judges' Association. The attorneys general of Canada and of several provinces intervened to make similar submissions.

[57] Evidence is relevant when it has “some tendency as a matter of logic and human experience to make the proposition for which it is advanced more

servir d'éléments de preuve additionnels pour « invoquer d'autres motifs que ceux mentionnés dans sa réponse » ou pour corriger d'éventuelles déficiences dans le fondement factuel sur lequel il l'a fait reposer : par. 27 et 36.

[55] Même si ce point n'a pas été soulevé expressément dans l'arrêt *Bodner*, la partie qui sollicite un contrôle du type qui y est décrit — c'est-à-dire généralement les juges dont la rémunération est en jeu — peut également soumettre certains éléments de preuve additionnels pertinents quant aux questions dont doit décider le tribunal saisi du contrôle. La partie qui sollicite un contrôle peut, par exemple, chercher à présenter des éléments de preuve pour contrer une preuve pertinente présentée par le gouvernement. Elle peut présenter des éléments qui visent à mettre en question le caractère raisonnable du fondement factuel sur lequel s'est appuyé le gouvernement, le manque de participation concrète ou de respect dont ce dernier a fait preuve envers le mécanisme d'examen par une commission, ou encore le fait que la réponse du gouvernement était fondée sur un objectif illégitime ou déguisé. À cette fin, elle peut demander à ce que le gouvernement produise des éléments de preuve en sa possession. Le gouvernement, pour sa part, à condition qu'il respecte la règle interdisant qu'il étoffe ses motifs ou leur fondement factuel, peut répondre au moyen d'éléments de preuve additionnels pour réfuter les allégations formulées par la partie qui sollicite le contrôle.

(2) Pertinence de la preuve aux fins d'un contrôle de type *Bodner*

[56] Le procureur général soutient que les tribunaux de la province ont eu tort de conclure que le mémoire au Cabinet est pertinent aux fins du contrôle de type *Bodner* recherché par l'Association. Les procureurs généraux du Canada et de plusieurs provinces sont intervenus pour présenter des arguments semblables.

[57] La preuve est pertinente [TRADUCTION] « lorsque, selon la logique et l'expérience humaine, elle tend d'une façon quelconque à rendre la thèse

likely than that proposition would be in the absence of that evidence”: *R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433, at para. 36, quoting D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5th ed. 2008), at p. 31. Put another way, [TRANSLATION] “a fact is relevant, in particular, if it is a fact in issue, if it contributes to rationally proving a fact in issue or if its purpose is to help the court assess the probative value of testimony”: J.-C. Royer and C. Piché, *La preuve civile* (5th ed. 2016), at para. 215.

[58] Evidence is thus relevant to a proceeding when it relates to a fact that is in issue in the proceeding. The pleadings, which must be read generously and in light of the governing law, define what is in issue: see *Lax Kw’alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535, at para. 41.

[59] Generally, what is in issue in a *Bodner* review is whether a government failed to meet its constitutional obligations flowing from the principle of judicial independence in its response to a commission’s recommendations. The relevance of any proposed additional evidence must therefore be tested in relation to the issues that the court must determine on *Bodner* review.

[60] To be relevant, the proposed evidence must contain something that tends to establish a fact concerning one of the steps of the test established in *Bodner*. For instance, if the party seeking *Bodner* review contests the reasonableness of the factual foundation relied on by a government, the proposed evidence must either tend to support or undermine the reasonableness of that foundation. Likewise, if the party seeking *Bodner* review alleges disrespect for the commission process or that the government’s response is grounded in an improper or colourable purpose, the proposed evidence must either tend to establish the legitimacy of the government’s response or its illegitimacy. Finally, if the government introduces evidence of its good faith and commitment to the process, the applicant’s proposed evidence may be tendered to undermine that evidence: see, e.g., *Provincial Court Judges’ Assn. of British Columbia*

qu’elle appuie plus vraisemblable qu’elle ne le paraît sans elle » : *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433, par. 36, citant D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5^e éd. 2008), p. 31. Autrement dit, « un fait est notamment pertinent s’il s’agit d’un fait en litige, s’il contribue à prouver d’une façon rationnelle un fait en litige ou s’il a pour but d’aider le tribunal à apprécier la force probante d’un témoignage » : J.-C. Royer et C. Piché, *La preuve civile* (5^e éd. 2016), par. 215.

[58] Ainsi, c’est lorsqu’elle se rapporte à un fait en litige dans une instance que la preuve est pertinente au débat. Les actes de procédure, qui doivent être lus de manière libérale et à la lumière du droit applicable, définissent ce qui est en litige : voir *Bande indienne des Lax Kw’alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535, par. 41.

[59] En général, dans un contrôle de type *Bodner*, la question qui se pose est celle de savoir si, dans sa réponse aux recommandations d’une commission, un gouvernement a manqué à ses obligations constitutionnelles qui découlent du principe de l’indépendance judiciaire. La pertinence de tout élément de preuve additionnel proposé doit donc être analysée au regard des questions que devra trancher le tribunal saisi du dossier.

[60] Pour être pertinents, les éléments de preuve proposés doivent contenir des renseignements qui tendent à démontrer un fait qui est en lien avec une des étapes de l’analyse établie par l’arrêt *Bodner*. Par exemple, si la partie qui sollicite le contrôle conteste le caractère raisonnable du fondement factuel sur lequel un gouvernement s’est appuyé pour formuler sa réponse, les éléments de preuve proposés doivent tendre soit à confirmer soit à mettre en doute le caractère raisonnable de ce fondement. De la même façon, si la partie qui demande un contrôle de type *Bodner* allègue que le mécanisme d’examen par la commission n’a pas été respecté ou que la réponse du gouvernement est fondée sur un objectif illégitime ou déguisé, les éléments de preuve proposés doivent tendre à établir la légitimité de la réponse du gouvernement ou, au contraire, son illégitimité. Finalement, si le gouvernement présente des éléments

v. *British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCSC 1022, 39 Admin. L.R. (5th) 130.

[61] However, as I will explain, the requirement of relevance alone — even as it pertains to the limited set of issues properly considered on a *Bodner* review — fails to adequately protect the competing constitutional imperatives that arise when a party seeking *Bodner* review requests production of a confidential Cabinet document.

(3) Confidential Cabinet Documents in the *Bodner* Context

[62] Since a *Bodner* review often concerns decisions in which Cabinet plays a part, a party seeking review may request the production of a confidential Cabinet document as additional evidence to show that the government's response does not meet the applicable constitutional requirements. Although the normal course would be for the judge to consider a description of the proposed evidence or examine it to determine whether it is relevant to the *Bodner* review, special considerations arise when the party seeking *Bodner* review asks the government to produce a document related to Cabinet deliberation and decision making.

[63] Unlike an action or an application for judicial review brought against the government by a private party, a *Bodner* review usually opposes two different branches of the state — the judiciary and the executive — as parties in the application. In the *Provincial Judges Reference*, at para. 7, Lamer C.J. underscored that while litigation is always “a very serious business”, “it is even more serious [where it ensues] between two primary organs of our constitutional system — the executive and the judiciary — which both serve important and interdependent roles in the administration of justice”. Such litigation may prove

prouvant sa bonne foi et son engagement à l'égard du processus, le demandeur peut présenter en retour des éléments de preuve pour miner cette preuve : voir, p. ex., *Provincial Court Judges' Assn. of British Columbia c. British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCSC 1022, 39 Admin. L.R. (5th) 130.

[61] Toutefois, comme je l'expliquerai, l'exigence de la pertinence à elle seule — même lorsque la preuve a trait à l'ensemble limité de questions qu'il y a lieu d'examiner dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner* — ne protège pas adéquatement les impératifs constitutionnels opposés qui entrent en jeu lorsqu'une partie sollicitant le contrôle demande la production d'un document confidentiel du Cabinet.

(3) Documents confidentiels du Cabinet dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*

[62] Dans la mesure où un contrôle de type *Bodner* vise souvent des décisions dans lesquelles le Cabinet a joué un rôle, la partie qui entend exercer ce type de recours pourrait demander la production d'un document confidentiel du Cabinet à titre d'élément de preuve additionnel pour démontrer que la réponse du gouvernement ne satisfait pas aux exigences constitutionnelles applicables. S'il est vrai que, normalement, le juge prend en considération une description des éléments de preuve proposés ou en examine le contenu pour déterminer s'ils sont pertinents aux fins du contrôle de type *Bodner*, des considérations particulières entrent en jeu lorsqu'il est question de la production par le gouvernement d'un document se rapportant aux délibérations et au processus décisionnel du Cabinet.

[63] Contrairement à une action ou à une demande de contrôle judiciaire présentée contre le gouvernement par une partie privée, un contrôle de type *Bodner* oppose généralement deux branches différentes de l'État — le judiciaire et l'exécutif — comme parties à l'instance. Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 7, le juge en chef Lamer a souligné que, s'il est vrai qu'un litige est toujours « une démarche très sérieuse », elle « est d'autant plus sérieuse du fait que les litiges opposent deux organes fondamentaux de notre régime constitutionnel — l'exécutif et le judiciaire — qui jouent

necessary to hold the government to its constitutional obligations in jurisdictions where the commission's recommendations have not been made binding. *Bodner* review is the mechanism for ensuring that the government respects the commission process and for safeguarding the public confidence in the administration of justice that process serves to protect.

[64] But as this Court warned in *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, at pp. 89, 97-98, 103 and 109, the outcome of an action brought by one branch of the state against another can effectively alter the separation of powers. Such proceedings call for special prudence to keep courts from overstepping the bounds of the judicial role.

[65] Canadian constitutional law has long recognized that sovereign power in this country is divided not only between Parliament and the provincial legislatures, but also among the executive, legislative and judicial branches of the state: *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 469-70; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, at p. 389; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 33. Although there are limited areas of overlap, the branches play fundamentally distinct roles and have accordingly developed different core competencies: *Provincial Judges Reference*, at para. 139; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at para. 29.

[66] As this Court underscored in *Criminal Lawyers' Association*, at para. 29, "each branch will be unable to fulfill its role if it is unduly interfered with by the others". Several doctrines work

tous deux des rôles importants et interdépendants en matière d'administration de la justice ». De tels litiges peuvent s'avérer nécessaires pour obliger le gouvernement à respecter ses obligations constitutionnelles dans les juridictions où les recommandations d'une commission n'ont pas force obligatoire. Le contrôle de type *Bodner* est le mécanisme qui vise à garantir que les gouvernements respectent le mécanisme d'examen par une commission et qui préserve la confiance du public dans l'administration de la justice que ce mécanisme vise à protéger.

[64] Cela dit, dans l'affaire *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, p. 89, 97-98, 103 et 109, la Cour a déjà formulé une mise en garde toujours pertinente au sujet du fait que l'issue d'une action intentée par une branche de l'État contre une autre peut avoir pour effet concret d'altérer la séparation des pouvoirs. Des procédures de cette nature commandent une prudence toute particulière, car il faut veiller à ce que les tribunaux n'outrepassent pas leur fonction judiciaire.

[65] Le droit constitutionnel canadien reconnaît depuis longtemps que le pouvoir souverain, en ce pays, se divise non seulement entre le Parlement et les législatures, mais aussi entre les branches exécutive, législative et judiciaire de l'État : *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, p. 469-470; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 389; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 33. Malgré l'existence de chevauchements limités dans certaines matières, les trois branches de l'État remplissent des fonctions fondamentalement différentes et ont acquis, en conséquence, des compétences essentielles distinctes : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 139; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 29.

[66] Ainsi que la Cour l'a souligné dans l'arrêt *Criminal Lawyers' Association*, par. 29, « un pouvoir ne peut jouer son rôle lorsqu'un autre empiète indûment sur lui ». Plusieurs doctrines jouent de manière

to prevent undue interference, including the secrecy afforded judicial deliberations (*MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796), and the recognition of the privileges, powers and immunities enjoyed by the Senate, the House of Commons and the legislative assemblies: *Constitution Act, 1867*, preamble and s. 18; *New Brunswick Broadcasting Co.; Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *Chagnon v. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 SCC 39, [2018] 2 S.C.R. 687. These doctrines are a corollary to the separation of powers because they help to protect each branch's ability to perform its constitutionally-assigned functions.

[67] The executive, too, benefits from a degree of protection against undue interference. Deliberations among ministers of the Crown are protected by the constitutional convention of Cabinet confidentiality. Constitutional conventions do not have direct legal effect: *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at pp. 880-83; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 98. However, as I will explain in greater detail, the common law respects the confidentiality convention and affords the executive public interest immunity over deliberations among ministers of the Crown: see *Carey*; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3, at paras. 18-19 and 60.

[68] Where the executive plays a role in formulating a government's response to a judicial compensation commission's recommendations, Cabinet will generally determine the position taken by the executive. Ministers' deliberations concerning their appreciation of the recommendations and how the government should respond will usually be protected by Cabinet confidentiality.

[69] A document reflecting on Cabinet deliberations concerning a government's response may well

à empêcher les ingérences indues, notamment celle assurant le caractère secret des délibérations judiciaires (*MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796), ainsi que celles relatives à la reconnaissance des privilèges, pouvoirs et immunités dont jouissent le Sénat, la Chambre des communes et les assemblées législatives : *Loi constitutionnelle de 1867*, préambule et art. 18; *New Brunswick Broadcasting Co.; Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC 39, [2018] 2 R.C.S. 687. Ces doctrines sont un corollaire à la séparation des pouvoirs parce qu'elles contribuent à protéger la capacité de chaque branche de s'acquitter des fonctions qui lui sont attribuées par la Constitution.

[67] Le pouvoir exécutif bénéficie lui aussi d'un certain degré de protection contre les ingérences indues. Les délibérations entre ministres sont ainsi protégées par la convention constitutionnelle relative à la confidentialité des délibérations du Cabinet. Notons que les conventions constitutionnelles n'ont pas d'effet juridique direct : *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 880-883; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 98. Toutefois, comme je l'expliquerai plus amplement, la common law respecte cette convention relative à la confidentialité et offre à l'exécutif une immunité d'intérêt public à l'égard des délibérations entre ministres : voir *Carey*; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3, par. 18-19 et 60.

[68] Lorsque l'exécutif joue un rôle dans la formulation de la réponse d'un gouvernement aux recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges, le Cabinet détermine généralement la position qu'adopte l'exécutif. Les discussions entre ministres au sujet de la façon dont ils perçoivent les recommandations et de la réponse que le gouvernement devrait y donner sont normalement protégées par la confidentialité des délibérations du Cabinet.

[69] Il se peut très bien qu'un document qui rend compte des délibérations du Cabinet à propos de

be relevant, even if only to negate the claim that the government failed to meet its constitutional obligations. If the government sought to have the document admitted in support of an affidavit speaking to its good faith and its commitment to the process of the sort described in *Bodner*, at para. 36, the document would undoubtedly be considered relevant. It is difficult, then, to see why the same should not also be true where the party seeking *Bodner* review looks to have the document admitted to challenge the government's claims of good faith and commitment to the process or to raise the question whether the government acted for legitimate reasons or with an improper or colourable purpose.

[70] Thus, if relevance were the sole consideration, confidential Cabinet documents would routinely be part of the record in every *Bodner* review. For example, the Cabinet document would either tend to lend credence to the contention that a government's response failed to meet its constitutional requirements — or tend to refute that contention. In my view, something more than relevance is needed to strike the appropriate balance between respecting Cabinet confidentiality and maintaining the overall integrity of *Bodner* review.

[71] As I have said, *Bodner* review generally opposes two branches of the state: the members of the judiciary challenging the government's response and the attorney general defending it. Where the response is the product of the legislature or a collaboration between the executive and legislature, the interests of the three branches may, whether directly or indirectly, be at stake. Yet, given our constitutional structure, a member of the judiciary will also necessarily be charged with hearing and determining the application for *Bodner* review: see *Provincial Judges Reference*, at para. 180; *Bodner*, at para. 29. Owing to the doctrine of necessity, this is so even if the judge charged with hearing the application is directly affected by the commission's recommendations and the government's response: see *Reference*

la réponse d'un gouvernement soit pertinent, ne serait-ce que pour réfuter l'allégation que celui-ci a manqué à ses obligations constitutionnelles. Si le gouvernement cherchait à faire admettre le document à l'appui d'un affidavit tendant à établir sa bonne foi et son engagement à l'égard du mécanisme du genre décrit au par. 36 de l'arrêt *Bodner*, le document serait sans aucun doute jugé pertinent. Par conséquent, il est difficile de concevoir comment il n'en irait pas de même lorsqu'une partie qui sollicite le contrôle de type *Bodner* cherche à faire admettre le document pour contester les allégations de bonne foi et d'engagement à l'égard du mécanisme mises de l'avant par le gouvernement ou pour soulever la question de la légitimité des motifs de l'action du gouvernement ou celle du caractère illégitime ou déguisé de son but.

[70] En conséquence, si la pertinence était le seul critère déterminant, les documents confidentiels du Cabinet feraient systématiquement partie des dossiers de contrôles de type *Bodner*. Par exemple, le document du Cabinet pourrait soit tendre à étayer la prétention que la réponse d'un gouvernement n'a pas respecté les exigences constitutionnelles qui s'y appliquent, soit tendre à réfuter cette prétention. Selon moi, il faut quelque chose de plus que la pertinence pour établir le juste équilibre entre le respect de la confidentialité des délibérations du Cabinet et le maintien de l'intégrité dans son ensemble du contrôle de type *Bodner*.

[71] Comme je l'ai évoqué précédemment, un contrôle de type *Bodner* met généralement en opposition deux branches de l'État : les membres de la magistrature contestent la réponse du gouvernement et le procureur général la défend. Lorsque la réponse émane de la législature ou d'une collaboration entre elle et l'exécutif, les intérêts des trois branches peuvent être en jeu, que ce soit directement ou indirectement. Or, compte tenu de la structure constitutionnelle de notre État, un membre de la magistrature sera également nécessairement appelé à entendre la demande de contrôle de type *Bodner* et à la trancher : voir le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 180; *Bodner*, par. 29. Du fait de la doctrine de la nécessité, il en est ainsi même si le juge saisi de la demande est directement touché

re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island, [1998] 1 S.C.R. 3, at para. 5.

[72] Routine judicial inspection of a confidential Cabinet document would reveal to a member of the judiciary the content of Cabinet deliberations. Although any inspection of a confidential Cabinet document undermines Cabinet confidentiality to some extent, judicial inspection of a document that concerns Cabinet deliberations about the judiciary would undermine it more significantly. That is especially so where the judge is directly affected by the response resulting from those deliberations. As with adjudication of the *Bodner* review itself, judicial inspection is appropriate in this context only where it is strictly necessary.

[73] In my view, these special considerations should be accommodated at two distinct stages.

[74] First, a threshold showing is required.

[75] Before the reviewing court can examine the document, the party seeking *Bodner* review must first establish that there is some basis to believe that the Cabinet document in question may contain evidence which tends to show that the government failed to meet a requirement described in *Bodner*.

[76] This threshold is met if the party seeking review can show that there is reason to believe that the Cabinet document may contain something that would undermine the validity of the government response. This requires the party seeking review to point to something in the record, including otherwise admissible evidence, that supports its view that the document may tend to show that the government response failed to meet one or more parts of the test established in *Bodner*.

par les recommandations de la commission et par la réponse du gouvernement : voir le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3, par. 5.

[72] Une consultation systématique d'un document confidentiel du Cabinet par un juge révélerait à un membre de la magistrature la teneur des délibérations du Cabinet. Même si toute consultation d'un document confidentiel du Cabinet mine la confidentialité des délibérations du Cabinet dans une certaine mesure, celle menée par un juge d'un document qui porte sur les délibérations du Cabinet relativement à la magistrature la minerait encore plus. Cela est d'autant plus vrai lorsque le juge est directement touché par la réponse résultant de ces délibérations. Comme lorsqu'il est question de trancher un contrôle de type *Bodner* lui-même, la consultation du document par un juge est appropriée dans ce contexte, uniquement lorsqu'elle est strictement nécessaire.

[73] À mon avis, ces considérations particulières devraient être prises en compte à deux étapes différentes.

[74] En premier lieu, une démonstration préliminaire est nécessaire.

[75] Ainsi, avant que le juge saisi du contrôle de type *Bodner* puisse examiner le document, la partie qui le demande doit établir qu'il existe des raisons de croire que le document du Cabinet en question peut contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une exigence décrite dans l'arrêt *Bodner*.

[76] Cette démonstration préliminaire est faite si la partie qui sollicite le contrôle parvient à établir qu'il existe des raisons de croire que le document du Cabinet peut contenir des renseignements susceptibles de miner la validité de la réponse du gouvernement. Cette exigence oblige la partie demandant le contrôle à faire ressortir du dossier quelque chose — y compris des éléments de preuve autrement admissibles — qui étaye sa prétention selon laquelle le document peut tendre à démontrer que la réponse du gouvernement n'a pas satisfait à une ou à plusieurs des étapes de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner*.

[77] Meeting this threshold does not require the party to have knowledge or information about the content of the Cabinet submission. Nor does it require that the party point to something in the record that explicitly refers to the Cabinet submission or its contents. It would be unfair to require the party to establish the contents of a confidential document: see, in the public interest immunity context, *Carey*, at p. 678.

[78] The party can, however, rely on additional evidence and the rest of the record, including submissions to the commission, to support its contention that the threshold is met. For instance, the party might point to statements made by ministers or others that suggest that the government's response may have been grounded in reasons other than those formally expressed, that the government may have relied on a flawed or incomplete factual foundation or that the government may have shown disrespect for the commission process. The party may also be able to rely on additional evidence introduced by the government that suggests that a document concerning Cabinet deliberations may disclose reliance on improper purpose. But it is not enough to simply say that the document was before the executive in its capacity as decision-maker or that it would provide additional background or context for the reviewing court.

[79] If the party seeking review makes the requisite showing — that there is some basis to believe that the document may contain evidence which tends to show that the government failed to meet one of the requirements described in *Bodner* — the government must produce it for the court's examination.

[80] Second, the reviewing court must then examine the document in private to determine whether it, in fact, provides some evidence which tends to show that the government failed to meet one of the parts of the test mandated in *Bodner*. In other words, the

[77] Pour satisfaire à cette exigence, la partie n'a pas à avoir connaissance de la teneur du mémoire au Cabinet ou à détenir des renseignements à son sujet. Elle n'a pas non plus à mettre en évidence un élément du dossier qui fait explicitement référence au mémoire en cause ou à son contenu. En effet, il serait injuste d'exiger que la partie fasse la preuve de la teneur d'un document confidentiel : voir, dans le contexte de l'immunité d'intérêt public, *Carey*, p. 678.

[78] En revanche, la partie peut se fonder sur des éléments de preuve additionnels et sur le reste du dossier — y compris les mémoires présentés à la commission — au soutien de sa prétention qu'il a été satisfait à l'exigence d'une démonstration préliminaire. À titre d'exemple, elle pourra s'appuyer sur des déclarations de ministres ou d'autres personnes qui donnent à penser que la réponse du gouvernement était possiblement fondée sur d'autres motifs que ceux exprimés officiellement, que le gouvernement s'est peut-être appuyé sur un fondement factuel déficient ou lacunaire, ou qu'il a pu faire preuve d'un manque de respect envers le mécanisme d'examen par une commission. La partie peut aussi être en mesure de s'appuyer sur d'autres éléments de preuve produits par le gouvernement qui suggèrent qu'un document portant sur les délibérations du Cabinet pourrait révéler que la réponse a été fondée sur un objectif illégitime. Il ne suffit toutefois pas d'affirmer que l'exécutif, à titre de décideur, disposait du document, ou que celui-ci apporterait au tribunal de révision des renseignements contextuels additionnels.

[79] Si la partie qui demande le contrôle effectue la démonstration requise — à savoir qu'il existe des raisons de croire que le document peut contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une des exigences décrites dans l'arrêt *Bodner* —, le gouvernement devra produire le document en question aux fins d'un examen par le tribunal.

[80] En deuxième lieu, le tribunal de révision doit examiner le document en privé pour déterminer si, de fait, il fournit des éléments de preuve qui tendent à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à l'une ou l'autre des étapes de l'analyse établie par

document must, taken with the record as a whole and in light of the applicant's theory of the case, be of assistance in challenging the legitimacy of the government's reasons, the reasonableness of the factual foundation it relied on, the respect the government has shown the commission process or whether the objectives of the process have been achieved. It may suggest that the government response was based upon an improper or colourable purpose. To be clear, the cogency of the evidence need not be considered at this stage of the analysis.

[81] Even if the document meets this test, production of the document remains subject to any other rule of evidence that bars its disclosure, such as solicitor-client privilege (which was raised in the courts below in the companion appeal) or public interest immunity (which was raised in this Court in both appeals).

[82] The Provincial Court Judges' Association submits that *Bodner* review is meaningless without the production of confidential Cabinet documents to illuminate the true reasons for the government's response, which may differ from its publicly-articulated reasons. The Provincial Court Judges' Association says that without an understanding of the actual basis on which the decision rests, the reviewing court will be unable to determine whether the government's response satisfies constitutional requirements.

[83] I do not agree that *Bodner* review is ineffective without any relevant Cabinet submission being included in the record. Though necessarily limited in scope, *Bodner* review is a robust form of review. The test requires that the government justify a *departure* from the commission's recommendations. The government must give legitimate and rational reasons for doing so and sound reasoning must be supported by a reasonable factual foundation. The government's response must demonstrate respect for the judicial office, for judicial independence, and for

l'arrêt *Bodner*. En d'autres termes, le document doit, considéré conjointement avec le dossier pris dans son ensemble et à la lumière de la théorie de la cause du demandeur, se révéler utile pour attaquer la légitimité des motifs invoqués par le gouvernement, ou encore pour mettre en doute le caractère raisonnable du fondement factuel sur lequel il s'est appuyé, le respect dont le gouvernement a fait preuve envers le mécanisme d'examen par une commission ou l'atteinte des objectifs du recours à ce mécanisme. Le document peut suggérer que la réponse du gouvernement se fondait sur un objectif illégitime ou déguisé. Cependant, la valeur probante de l'élément de preuve en cause n'a pas à être prise en compte à cette étape de l'analyse.

[81] Même si le document satisfait à ce critère, sa production demeure assujettie à toute autre règle de preuve empêchant sa divulgation, notamment celles relatives au secret professionnel de l'avocat (qui a été soulevé devant les juridictions d'instances inférieures dans le pourvoi connexe) ou à l'immunité d'intérêt public (qui a été soulevée devant notre Cour dans les deux pourvois).

[82] L'Association plaide qu'un contrôle de type *Bodner* est dépourvu de signification en l'absence de documents confidentiels du Cabinet pour mettre en lumière les véritables motifs qui sous-tendent la réponse du gouvernement, et qui peuvent différer de ceux invoqués publiquement. Selon elle, à défaut d'un moyen de comprendre le véritable fondement sur lequel s'appuie la décision, le tribunal de révision ne sera pas en mesure de déterminer si la réponse du gouvernement satisfait aux exigences constitutionnelles.

[83] Je ne suis pas d'accord pour dire qu'un contrôle de type *Bodner* est inefficace si aucun mémoire au Cabinet pertinent ne figure dans le dossier. En effet, même si sa portée est nécessairement limitée, ce type de contrôle est rigoureux. L'analyse requiert que le gouvernement justifie de *s'écarter* des recommandations d'une commission. Le gouvernement est tenu d'invoquer à cette fin des motifs légitimes et rationnels qui doivent découler d'un raisonnement solide et doivent reposer sur un fondement factuel raisonnable. La réponse du gouvernement doit également

the commission process; as well, the broader objectives of the process must be achieved.

[84] Thus, the party seeking *Bodner* review may well be able to make a strong case for overturning a government's response based on the public reasons given by the government. The party seeking *Bodner* review may also rely on additional admissible evidence to make their case, such as statements made by ministers or others, including more general statements made outside the commission process, about judges or their remuneration, and historical patterns, including the government's responses to past commission recommendations. Those forms of evidence might well support the contention that the government relied on an illegitimate reason for departing from the commission's recommendations or that its response does not "reveal a consideration of the judicial office and an intention to deal with it appropriately". They might also support the contention that the government did not show appropriate respect for the underlying public interest in judicial independence and in having an effective commission process.

[85] I underscore that it is never enough for the government to simply repeat the submissions it made to the commission: *Bodner*, at para. 23. That does not justify a departure from the commission's recommendations. Similarly, a government that consistently rejects a commission's recommendations will put in question whether it is respecting the commission process and, as a result, whether the process is achieving its objectives. Although across-the-board salary increases or reductions that affect judges have been found to meet the rationality standard, a government that does not take into account the distinctive nature of judicial office and treats judges simply as a class of civil servant will fail to engage with the principle of judicial independence: *Provincial Judges*

dénoter du respect envers les fonctions judiciaires, l'indépendance de la magistrature et le mécanisme d'examen par une commission, mais il faut en outre qu'il ait été satisfait aux objectifs plus larges du recours à ce mécanisme.

[84] Ainsi, la partie qui sollicite un contrôle de type *Bodner* peut fort bien disposer d'arguments solides en faveur de l'annulation de la réponse d'un gouvernement à partir des motifs que celui-ci a invoqués publiquement. La partie en question peut aussi s'appuyer sur des éléments de preuve additionnels admissibles pour établir le bien-fondé de sa prétention, par exemple les déclarations de ministres ou d'autres acteurs — notamment des propos d'ordre plus général tenus en dehors du mécanisme d'examen par la commission — au sujet des juges ou de leur rémunération, ou encore certains types de tendances historiques, y compris les réponses du gouvernement aux recommandations de commissions antérieures. De tels éléments de preuve peuvent fort bien étayer l'allégation voulant que la décision d'un gouvernement de s'écarter des recommandations d'une commission s'appuie sur des motifs illégitimes, ou que sa réponse ne « démontr[e pas] un examen des fonctions judiciaires et qu'on a l'intention de prendre les mesures qui s'imposent ». Ces éléments peuvent également appuyer l'affirmation selon laquelle le gouvernement n'a pas fait montre du respect voulu envers l'intérêt du public sous-jacent relatif à l'indépendance judiciaire et à ce que le recours à une commission soit efficace.

[85] Je souligne qu'il ne suffit jamais que le gouvernement se borne à répéter les observations qu'il a présentées devant une commission : *Bodner*, par. 23. Cela ne saurait justifier qu'il se soit écarté des recommandations de cette dernière. De la même façon, un gouvernement qui rejette systématiquement les recommandations d'une commission soulève un doute quant à son respect envers le recours au mécanisme d'examen par une commission, et, en conséquence, quant à l'atteinte des objectifs d'un tel recours. Même s'il a été jugé que des augmentations ou des réductions de salaire généralisées qui touchent les juges satisfont à la norme de la rationalité, un gouvernement qui ne tient pas compte du caractère distinctif de la charge judiciaire et qui traite la

Reference, at paras. 143, 157 and 184; *Bodner*, at para. 25. More rarely, the level of remuneration itself may call the government's response into question: see *Provincial Judges Reference*, at para. 135.

[86] A government response that does not *meaningfully* engage with the commission process and its recommendations risks failing the *Bodner* test. As *Bodner*, at para. 31, makes clear, the reviewing court must ultimately be satisfied that the objectives of the commission process — namely, depoliticizing decisions about judicial remuneration and preserving judicial independence — have been met.

[87] To summarize, the object of *Bodner* review is the government's response to the commission's recommendations, which will generally consist of the government's decision to depart from the commission's recommendations and the reasons given for that decision. The submissions to the commission, the commission's recommendations, and the government's response accordingly form the core of the record on *Bodner* review. Certain forms of additional evidence are admissible if they are relevant to determining whether any part of the *Bodner* test has been met, including whether the government's response is grounded in an improper or colourable purpose. However, where a party seeking *Bodner* review requests the production of a confidential Cabinet document, the party must first establish there is some basis to believe that the document may contain evidence which tends to show that the government failed to meet a requirement described in *Bodner*. Only then will the reviewing court examine the document in private to determine whether it, in fact, provides some evidence which tends to show that the government failed to meet its constitutional obligations. If the document does provide such evidence, the court must then determine whether any

magistrature comme une simple catégorie de fonctionnaires perd de vue le principe de l'indépendance judiciaire : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 143, 157 et 184; *Bodner*, par. 25. Dans des cas plus rares, c'est le niveau de rémunération lui-même qui peut faire douter de la validité de la réponse du gouvernement : voir le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 135.

[86] Au demeurant, une réponse d'un gouvernement qui ne démontre pas un engagement *sérieux* à l'égard du mécanisme d'examen par une commission et des recommandations de celle-ci risque de ne pas satisfaire aux exigences énoncées dans l'arrêt *Bodner*. Comme l'affirme clairement cet arrêt, au par. 31, le tribunal de révision doit en définitive être convaincu que les objectifs du recours à une commission — c'est-à-dire la dépolitisation des décisions concernant la rémunération des juges et la préservation de l'indépendance judiciaire — ont été atteints.

[87] Bref, le contrôle de type *Bodner* concerne la réponse d'un gouvernement aux recommandations d'une commission — qui consistera généralement en une décision de ce gouvernement de s'écarter des recommandations en question — et les motifs invoqués pour justifier cette décision. Les mémoires présentés à la commission, les recommandations de cette dernière et la réponse du gouvernement constituent donc l'essence du dossier constitué en vue du contrôle de type *Bodner*. Certains types d'éléments de preuve additionnels sont admissibles s'ils sont pertinents pour déterminer s'il a été satisfait à l'une ou l'autre des étapes de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner*, y compris pour savoir si la réponse du gouvernement est fondée sur un objectif illégitime ou déguisé. Cependant, lorsqu'une partie qui sollicite un contrôle de type *Bodner* demande la production d'un document confidentiel du Cabinet, elle doit d'abord établir qu'il y a des raisons de croire que ce document contient des éléments de preuve qui tendent à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une des exigences décrites dans l'arrêt *Bodner*. Ce n'est qu'une fois cette démonstration faite que le tribunal de révision examine le document en privé pour déterminer si, de fait, il fournit une

other rule of evidence, such as public interest immunity, bars its production.

(4) Application

[88] Since the Provincial Court Judges' Association seeks production of a confidential Cabinet submission, the first issue is whether it has made the requisite threshold showing.

[89] The Provincial Court Judges' Association points to prior litigation involving judicial remuneration in which the Attorney General produced a Cabinet submission concerning the government's response to a commission's recommendations: see *Provincial Court Judges' Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*. The Supreme Court of British Columbia in that case found that the submission revealed an "inappropriate emphasis" on the need to maintain a link between judicial salaries and public sector salaries: para. 81. The Provincial Court Judges' Association argues that this history makes the Cabinet submission in the present case relevant to resolve the issue of whether the government engaged with and showed respect for the commission process.

[90] I am not persuaded. The case relied on by the Provincial Court Judges' Association was decided nearly a decade ago. It does not follow that because a Cabinet submission revealed that the government relied on an inappropriate consideration 10 years ago, it may have relied on a like consideration in the present case. Indeed, the government would be expected to learn from its past mistakes. Something more would be required for there to be reason to believe that the submission may contain evidence that would tend to show that the government failed to meet a requirement described in *Bodner*.

preuve qui tend à démontrer que le gouvernement a failli à ses obligations constitutionnelles. Si c'est le cas, le tribunal doit alors décider si une autre règle de preuve, comme l'immunité d'intérêt public, en empêche la production.

(4) Application

[88] En l'espèce, dans la mesure où l'Association demande la production d'un mémoire au Cabinet confidentiel, il faut décider en premier lieu si elle a fait la démonstration préliminaire requise.

[89] L'Association invoque un précédent ayant mis en cause la rémunération des juges, dans le cadre duquel le procureur général avait produit un mémoire au Cabinet qui traitait de la réponse du gouvernement aux recommandations de la commission : voir *Provincial Court Judges' Association of British Columbia c. British Columbia (Attorney General)*. Dans cette affaire, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que le mémoire en question révélait que l'on avait accordé une [TRADUCTION] « importance indue » à la nécessité d'assurer un lien entre les traitements des juges et ceux des employés du secteur public : par. 81. Selon ce qu'avance l'Association, il ressort de ce précédent que le mémoire au Cabinet, en l'espèce, est un élément pertinent pour résoudre la question de savoir si le gouvernement est engagé et a fait preuve de respect à l'égard du mécanisme d'examen par la commission.

[90] Je ne suis pas convaincue. La cause invoquée par l'Association a été jugée il y a presque une décennie. Il ne s'ensuit pas que, parce qu'un mémoire au Cabinet a révélé que le gouvernement avait fondé sa décision sur une considération illégitime il y a 10 ans, il pourrait aujourd'hui s'être fondé en l'espèce sur une considération de même nature. En effet, on peut s'attendre à ce que le gouvernement ait appris de ses erreurs passées. Il faut donc davantage pour conclure à l'existence de raisons de croire que le mémoire est susceptible de contenir des éléments de preuve qui tendraient à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une exigence décrite dans l'arrêt *Bodner*.

[91] Although it is not determinative, I note that neither the executive nor the Legislative Assembly put the Cabinet submission in issue. Neither the government's response nor the Legislative Assembly's resolution refers to the Cabinet submission. Nor, in contrast with the affidavit filed in a past round of litigation opposing the Attorney General and Provincial Court Judges' Association, is there any reference to the Cabinet submission in the affidavit filed in support of the Attorney General's response to the petition for review. Nor is there anything on the face of the record that indicates the Cabinet submission may contain some evidence which tends to show that the government failed to meet a constitutional requirement.

[92] In my view, the Provincial Court Judges' Association has failed to make the requisite showing. It has not provided any evidence or pointed to any circumstances that suggest that the Cabinet submission may indicate that the government did not meet the standard required by *Bodner*. It was therefore not necessary for the Attorney General to produce the document for examination by this Court.

[93] This would effectively dispose of this appeal.

[94] It is therefore unnecessary in this case to determine whether public interest immunity would otherwise apply so as to permit the Attorney General to refuse to produce the Cabinet submission. However, since the parties and interveners in both appeals have made extensive submissions about the law of public interest immunity, I will examine how public interest immunity applies to confidential Cabinet documents sought in a *Bodner* review and why, in my view, it is not necessary to revisit this Court's public interest immunity doctrine as it applies in this context.

C. *Public Interest Immunity*

[95] There is a strong public interest in maintaining the confidentiality of deliberations among ministers

[91] Bien que ce ne soit pas déterminant, je signale que ni l'exécutif ni l'Assemblée législative n'ont soulevé la question du mémoire au Cabinet. Et, à l'instar de la résolution de l'Assemblée législative, la réponse du gouvernement ne fait pas davantage mention de ce document. En outre, à la différence de l'affidavit produit dans le cadre d'une série de litiges antérieurs ayant opposé le procureur général et l'Association, celui présenté en l'espèce au soutien de la réponse du procureur général à la demande de contrôle judiciaire ne fait aucune référence au mémoire au Cabinet. Rien non plus à la face même du dossier n'indique que ce mémoire pourrait contenir des éléments de preuve qui tendraient à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une exigence constitutionnelle.

[92] À mon avis, l'Association n'a pas fait la démonstration préliminaire requise. Elle n'a fourni aucun élément de preuve ni signalé aucune circonstance donnant des raisons de croire que le mémoire au Cabinet tendrait à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à la norme fixée par l'arrêt *Bodner*. Il n'était donc pas nécessaire que le procureur général produise le document en vue de son examen par la Cour.

[93] Voilà qui serait suffisant pour trancher le présent pourvoi.

[94] Il est donc inutile, en l'espèce, de décider si l'immunité d'intérêt public s'appliquerait par ailleurs de sorte que le procureur général pourrait refuser de produire le mémoire au Cabinet. Toutefois, puisque les parties et les intervenants dans les deux pourvois connexes dont la Cour est saisie ont présenté des observations détaillées à propos du droit relatif à l'immunité d'intérêt public, j'examinerai de quelle façon celle-ci s'applique aux documents confidentiels du Cabinet visés dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*, et pour quelles raisons, à mon avis, il n'est pas nécessaire de réexaminer la doctrine de l'immunité d'intérêt public telle qu'elle s'applique dans le contexte en question.

C. *Immunité d'intérêt public*

[95] Il est manifestement dans l'intérêt du public de maintenir la confidentialité des délibérations

of the Crown: *Carey*, at pp. 647 and 656-59; *Babcock*, at paras. 18-19. As a matter of constitutional convention, Cabinet deliberations are confidential: N. d’Ombrain, “Cabinet secrecy” (2004), 47 *Canadian Public Administration* 332, at pp. 334-35. Federal ministers swear an oath as Privy Counsellors to “honestly and truly declare [their] mind and [their] opinion” and to “keep secret all matters . . . secretly treated of” in Cabinet: see C. Forcese and A. Freeman, *The Laws of Government: The Legal Foundations of Canadian Democracy* (2nd ed. 2011), at p. 352. Provincial and territorial ministers swear a similar oath as executive counsellors.

[96] Ministers enjoy freedom to express their views in Cabinet deliberations, but are expected to publicly defend Cabinet’s decision, even where it differs from their views: see A. Heard, *Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law & Politics* (2nd ed. 2014), at pp. 106-7; d’Ombrain, at p. 335. The confidentiality of Cabinet deliberations helps ensure that they are candid and frank and that what are often difficult decisions and hard-won compromises can be reached without undue external interference: see Forcese and Freeman, at p. 352; d’Ombrain, at p. 335. If Cabinet deliberations were made public, ministers could be criticized for publicly defending a policy inconsistent with their private views, which would risk distracting ministers and undermining public confidence in government.

[97] Grounded in constitutional convention as much as in practical considerations, this confidentiality applies whether those deliberations take place in formal meetings of the Queen’s Privy Council for Canada,⁶ or a province or territory’s Executive Council, or in meetings of Cabinet or of committees composed of ministers, such as Treasury Board. The confidentiality extends not only to records of

⁶ Although the Queen’s Privy Council for Canada established by s. 11 of the *Constitution Act, 1867*, includes members who are not ministers of the Crown, confidentiality also extends to its proceedings.

entre ministres : *Carey*, p. 647 et 656-659; *Babcock*, par. 18-19. Selon la convention constitutionnelle, les délibérations du Cabinet sont confidentielles : N. d’Ombrain, « Cabinet secrecy » (2004), 47 *Administration publique du Canada* 332, p. 334-335. Les ministres fédéraux prêtent serment, comme conseillers privés, [TRADUCTION] « [d’]exprimer [. . .] honnêtement et en toute vérité, [leur] sentiment et [leur] opinion » et de « [tenir] secret [. . .] tout ce dont il sera traité secrètement » durant les réunions du Cabinet : voir C. Forcese et A. Freeman, *The Laws of Government : The Legal Foundations of Canadian Democracy* (2^e éd. 2011), p. 352. Les ministres des provinces et des territoires prêtent un serment semblable à titre de conseillers exécutifs.

[96] Les ministres jouissent de la liberté d’exprimer leurs opinions durant les délibérations du Cabinet, mais on s’attend à ce qu’ils défendent publiquement la décision du Cabinet, même si elle diffère de celles qu’ils auraient prises : voir A. Heard, *Canadian Constitutional Conventions : The Marriage of Law & Politics* (2^e éd. 2014), p. 106-107; d’Ombrain, p. 335. La confidentialité des délibérations du Cabinet aide à faire en sorte que les ministres s’expriment en toute transparence et franchise et qu’ils puissent parvenir sans ingérence externe indue à des décisions souvent difficiles et à des compromis durement acquis : voir Forcese et Freeman, p. 352; d’Ombrain, p. 335. Si les délibérations du Cabinet étaient rendues publiques, des ministres pourraient être critiqués pour avoir défendu publiquement une politique incompatible avec leurs propres opinions, ce qui risquerait de distraire les ministres et de miner la confiance du public dans le gouvernement.

[97] Ancré dans une convention constitutionnelle autant que dans des considérations d’ordre pratique, ce principe de confidentialité s’applique, que les délibérations en question se déroulent dans le cadre de réunions officielles du Conseil privé de la Reine pour le Canada⁶ ou du Conseil exécutif d’une province ou d’un territoire, ou encore dans le contexte de réunions du Cabinet ou de comités formés de ministres,

⁶ Bien que le Conseil privé de la Reine pour le Canada, établi par l’art. 11 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, comprend des membres autres que les ministres, le principe de confidentialité s’applique également à ses délibérations.

Cabinet deliberations, but also to documents that reflect on the content of those deliberations: *Babcock*, at para. 18.

[98] The common law protects the confidentiality of Cabinet deliberations through the doctrine of public interest immunity: *Babcock*, at para. 60. Public interest immunity forms part of federal common law and the common law of each province and territory: see *Babcock*, at paras. 19, 23 and 26. As with any common law rule, Parliament or a legislature may limit or do away with public interest immunity, provided it clearly expresses its intention to do so: *Commission des droits de la personne v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 215, at p. 228; *Babcock*, at para. 20; see, more generally, *R. v. D.L.W.*, 2016 SCC 22, [2016] 1 S.C.R. 402, at para. 21.⁷

[99] In *Smallwood v. Sparling*, [1982] 2 S.C.R. 686, and in *Carey*, this Court rejected absolute Crown privilege and instead recognized a qualified public interest immunity. Public interest immunity prevents the disclosure of a document where the court is satisfied that the public interest in keeping the document confidential outweighs the public interest in its disclosure: see *Carey*, at pp. 653-54 and 670; *Babcock*, at para. 19; see also *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 97.⁸

tel le Conseil du Trésor. Le principe de confidentialité s'étend aux procès-verbaux des délibérations du Cabinet, mais aussi aux documents faisant état de la teneur de ces délibérations : *Babcock*, par. 18.

[98] La common law protège la confidentialité des délibérations du Cabinet grâce à la doctrine de l'immunité d'intérêt public : *Babcock*, par. 60. Cette immunité fait partie de la common law fédérale, mais aussi de celle de chaque province et territoire : voir *Babcock*, par. 19, 23 et 26. Cela dit, comme pour toute autre règle de common law, le législateur fédéral ou provincial peut restreindre ou écarter l'immunité d'intérêt public, pourvu qu'il exprime clairement son intention en ce sens : *Commission des droits de la personne c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 215, p. 228; *Babcock*, par. 20; voir, de façon plus générale, *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402, par. 21⁷.

[99] Dans l'affaire *Smallwood c. Sparling*, [1982] 2 R.C.S. 686, tout comme dans l'arrêt *Carey*, la Cour a rejeté l'idée d'un privilège de la Couronne qui serait absolu. Elle a plutôt reconnu l'existence d'une immunité restreinte d'intérêt public. Cette dernière empêche la divulgation d'un document lorsque le tribunal est convaincu que l'intérêt du public à ce qu'un document demeure confidentiel l'emporte sur l'intérêt du public à ce qu'il soit divulgué : voir *Carey*, p. 653-654 et 670; *Babcock*, par. 19; voir également *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, p. 97⁸.

⁷ Provincial legislatures have generally preserved public interest immunity: see, e.g., *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, art. 283; *Crown Liability and Proceedings Act, 2019*, S.O. 2019, c. 7, Sch. 17, s. 13(2); *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1996, c. 89, s. 9; *Proceedings against the Crown Act*, R.S.N.S. 1989, c. 360, s. 11. By contrast, Parliament has partially displaced public interest immunity in ss. 37 to 39 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5: see *Babcock*, at paras. 21 et seq.; *R. v. Ahmad*, 2011 SCC 6, [2011] 1 S.C.R. 110.

⁸ The same considerations generally apply to testimony. However, ministers and former ministers serving as members of the Senate, House of Commons or a legislative assembly benefit from a limited form of testimonial immunity as a matter of parliamentary privilege: see *Vaid* at para. 29; *Ainsworth Lumber Co. v. Canada (Attorney General)*, 2003 BCCA 239, 14 B.C.L.R. (4th) 302; *Telezona Inc. v. Canada (Attorney General)* (2004), 69 O.R. (3d) 161 (C.A.).

⁷ Les législatures ont généralement maintenu l'immunité d'intérêt public : voir, p. ex., *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 283; *Loi de 2019 sur la responsabilité de la Couronne et les instances l'intéressant*, L.O. 2019, c. 7, ann. 17, par. 13(2); *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1996, c. 89, art. 9; *Proceedings against the Crown Act*, R.S.N.S. 1989, c. 360, art. 11. En revanche, le Parlement a partiellement modifié cette immunité d'intérêt public aux art. 37 à 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5 : voir *Babcock*, par. 21 et suiv.; *R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110.

⁸ Les mêmes considérations s'appliquent généralement aux témoignages. Toutefois, les ministres, actuels et anciens, qui siègent comme membres du Sénat, de la Chambre des communes ou d'une assemblée législative bénéficient d'une forme limitée d'immunité testimoniale qui relève du privilège parlementaire : voir *Vaid*, par. 29; *Ainsworth Lumber Co. c. Canada (Attorney General)*, 2003 BCCA 239, 14 B.C.L.R. (4th) 302; *Telezona Inc. c. Canada (Attorney General)* (2004), 69 O.R. (3d) 161 (C.A.).

[100] Although this Court rejected claims of absolute Crown privilege in *Smallwood* and *Carey*, it did not “accord the individual an automatic right to discovery of sensitive and confidential documents held by the state”: *Michaud v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 3, at para. 54. *Smallwood* and *Carey* thus require a careful balancing of the competing public interests in confidentiality and disclosure: see *Babcock*, at para. 19; *R. v. Barros*, 2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368, at para. 35. These competing public interests must be weighed with reference to a specific document in the context of a particular proceeding.

[101] In *Carey*, at pp. 670-73, this Court described the main factors relevant to balancing the public interests in confidentiality and disclosure of documents concerning public decision making, including at the Cabinet level:

- (1) the level of the “decision-making process”;
- (2) the “nature of the policy concerned”;
- (3) the “particular contents of the documents”;
- (4) the timing of disclosure;
- (5) the “importance of producing the documents in the interests of the administration of justice”; and
- (6) whether the party seeking the production of the documents “alleges unconscionable behaviour on the part of the government”.

[102] Although public interest immunity may be raised by any party or by the reviewing court itself, the government has the burden of establishing that a document should not be disclosed because of public interest immunity: *Carey*, at pp. 653 and 678. The government should put in a detailed affidavit

[100] Cela dit, même si dans les arrêts *Smallwood* et *Carey* elle a rejeté des revendications de privilège absolu de la Couronne, la Cour n’a pas pour autant « accord[é] à l’individu un droit automatique à la communication de documents confidentiels et de nature délicate en la possession de l’État » : *Michaud c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 3, par. 54. Les arrêts *Smallwood* et *Carey* ont établi la nécessité de mettre soigneusement en balance les intérêts opposés du public, soit, d’une part, l’intérêt à ce que la confidentialité des renseignements soit protégée et, d’autre part, celui à ce qu’ils soient divulgués : voir *Babcock*, par. 19; *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368, par. 35. Ces intérêts opposés du public doivent être évalués en fonction d’un document précis, dans le cadre d’une instance donnée.

[101] Dans l’arrêt *Carey*, p. 670-673, la Cour a décrit dans les termes qui suivent les principaux facteurs pertinents pour l’exercice de mise en balance des intérêts opposés du public quant à la confidentialité et à la divulgation de documents ayant trait au processus décisionnel d’un pouvoir public, y compris au niveau du Cabinet :

- (1) le palier du « processus décisionnel »;
- (2) la « nature de la politique en question »;
- (3) la « teneur précise des documents »;
- (4) le moment où sera divulgué le document;
- (5) l’« importance qu’il y a à produire les documents dans l’intérêt de l’administration de la justice »;
- (6) la question de savoir si la partie qui cherche à obtenir la production des documents « allègue une conduite peu scrupuleuse de la part du gouvernement ».

[102] Bien que l’immunité d’intérêt public puisse être soulevée par n’importe laquelle des parties ou par le tribunal de révision lui-même, c’est au gouvernement qu’il incombe d’établir qu’un document est visé par cette immunité et qu’il ne devrait donc pas être divulgué : *Carey*, p. 653 et 678. Le

to support its claim of public interest immunity: pp. 653-54.

[103] As a general rule, when it is clear to the reviewing court, based on a government's submissions, that public interest immunity applies to a document, it need not inspect the document: *Carey*, at pp. 671 and 681. If, however, the court has doubts about whether public interest immunity applies, the court should inspect the document in private to resolve its doubts: pp. 674 and 681; see also *Somerville v. Scottish Ministers*, [2007] UKHL 44, [2007] 1 W.L.R. 2734, at paras. 156 and 204; *Al Rawi v. Security Service*, [2011] UKSC 34, [2012] 1 A.C. 531, at para. 145. Indeed, even if the court is persuaded that public interest immunity does not apply, the court should nevertheless inspect the document in private to ensure that it does not inadvertently order the disclosure of a document which should in fact remain confidential: see *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.), at p. 971. If, having inspected the document, the court concludes that the contents, or any part of the contents, are not protected by public interest immunity, the court can order production accordingly.

(1) Public Interest Immunity in the Context of Bodner Review

[104] As noted in *Carey*, the determination of public interest immunity often requires the reviewing court to examine the document in question. Since in the *Bodner* context the court will generally have examined the document to determine whether it should otherwise be part of the record, the document will usually already be before the court.

[105] Accordingly, the court must, looking to the factors identified in *Carey* and any other pertinent factors, determine whether the public interest in the Cabinet document's disclosure outweighs the public interest in its remaining confidential. In such a context, at least three *Carey* factors — the level of decision-making process to which the document relates, the nature of the policy on which the document bears and the contents of the document — will

gouvernement doit présenter un affidavit détaillé pour appuyer sa prétention relative à l'immunité d'intérêt public : p. 653-654.

[103] En règle générale, lorsqu'il est manifeste pour le tribunal de révision, compte tenu des observations présentées par un gouvernement, que l'immunité d'intérêt public s'applique à un document, nul n'est besoin pour lui de le consulter : *Carey*, p. 671 et 681. Si, toutefois, le tribunal a des doutes quant à savoir si cette immunité s'applique, il consulte le document en privé pour dissiper tout doute à cet égard : p. 674 et 681; voir aussi *Somerville c. Scottish Ministers*, [2007] UKHL 44, [2007] 1 W.L.R. 2734, par. 156 et 204; *Al Rawi c. Security Service*, [2011] UKSC 34, [2012] 1 A.C. 531, par. 145. De fait, même s'il est convaincu que l'immunité d'intérêt public ne s'applique pas, le tribunal consulte tout de même le document en privé pour s'assurer de ne pas ordonner par mégarde la divulgation d'un document qui devrait en réalité rester confidentiel : voir *Conway c. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.), p. 971. Si, après avoir consulté le document, le tribunal conclut que son contenu, ou une partie de son contenu, n'est pas protégé par l'immunité d'intérêt public, il peut en conséquence en ordonner la production.

(1) Immunité d'intérêt public dans le contexte d'un contrôle de type Bodner

[104] Comme l'a précisé l'arrêt *Carey*, le tribunal de révision a souvent à examiner le document visé pour pouvoir se prononcer sur la question de l'immunité d'intérêt public. Puisque généralement, dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*, le tribunal a déjà examiné le document pour décider s'il devrait par ailleurs faire partie du dossier, il en sera habituellement déjà saisi.

[105] En conséquence, le tribunal doit alors, en tenant compte des facteurs énoncés dans l'arrêt *Carey* et de tout autre facteur pertinent, déterminer si l'intérêt du public à ce que le document du Cabinet soit divulgué l'emporte sur celui à ce qu'il demeure confidentiel. En pareilles circonstances, au moins trois des facteurs énoncés dans l'arrêt *Carey* — le palier du processus décisionnel auquel le document se rapporte, la nature de la politique sur laquelle

often weigh in favour of keeping the document confidential.

[106] Aside from decisions made by the Queen or her representatives, the Cabinet decision-making process is the highest level of decision making within the executive: see *Carey*, at p. 670; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, at pp. 546-47.

[107] As the British Columbia courts acknowledged in the present case, judicial remuneration is an important and sensitive area of public policy, implicating not only the use of public money, but also the administration of justice and ultimately, judicial independence. The British Columbia courts did not find this to be a factor weighing in favour of continued confidentiality: B.C.S.C. reasons, at para. 42; C.A. reasons, at para. 22; for similar statements by the Nova Scotia courts in the proceedings that gave rise to the companion appeal, see also *Nova Scotia Provincial Judges' Association v. Nova Scotia (Attorney General)*, 2018 NSSC 13, 409 C.R.R. (2d) 117, at para. 144; *Nova Scotia (Attorney General) v. Judges of the Provincial Court and Family Court of Nova Scotia*, 2018 NSCA 83, 429 D.L.R. (4th) 359, at paras. 44-46. I cannot agree with such an approach. As this Court explained in *Carey*, at pp. 671-72, the nature of the policy on which the document bears may weigh in favour of continued confidentiality to varying degrees depending on its sensitivity and significance. A government's decision about how to respond to a judicial compensation commission's recommendations concerns not merely a matter of implementation, but involves the "formulation of policy on a broad basis": see *Carey*, at p. 672; see also *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381, at para. 58. That said, as I explain below, when the policy concerns a constitutional requirement relating to the justice system, and, thus, the administration of justice, as is the case in the *Bodner* context, this may also weigh in favour of disclosure.

porte le document et la teneur du document — jouent bien souvent en faveur du maintien de la confidentialité du document.

[106] Exception faite des décisions émanant de la Reine ou de ses représentants, le processus décisionnel du Cabinet se situe au plus haut échelon décisionnel du pouvoir exécutif : voir *Carey*, p. 670; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, p. 546-547.

[107] Comme l'ont reconnu les tribunaux de la Colombie-Britannique dans la présente cause, la rémunération des juges est un domaine de politique publique important et sensible, qui touche non seulement à l'utilisation des deniers publics, mais également à l'administration de la justice et, ultimement, à l'indépendance judiciaire. Les tribunaux de la Colombie-Britannique n'ont pas conclu qu'il s'agit d'un facteur qui pèse en faveur de la préservation de la confidentialité : motifs de la C.S. C.-B., par. 42; motifs de la C.A., par. 22; pour des affirmations au même effet par les tribunaux de Nouvelle-Écosse dans les procédures qui ont donné lieu au pourvoi connexe, voir aussi *Nova Scotia Provincial Judges' Association c. Nova Scotia (Attorney General)*, 2018 NSSC 13, 409 C.R.R. (2d) 117, par. 144; *Nova Scotia (Attorney General) c. Judges of the Provincial Court and Family Court of Nova Scotia*, 2018 NSCA 83, 429 D.L.R. (4th) 359, par. 44-46. Je ne peux souscrire à une telle approche. Comme la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Carey*, p. 671-672, la nature de la politique sur laquelle porte le document peut militer en faveur de la préservation de la confidentialité à des degrés divers selon sa sensibilité et son importance. La décision d'un gouvernement à propos de la réponse à donner aux recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges ne concerne pas simplement une question de mise en œuvre, mais consiste en la « création d'une politique au sens large » : voir *Carey*, p. 672; voir aussi *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381, par. 58. Cela dit, comme je l'explique ci-après, lorsque la politique concerne une exigence constitutionnelle en lien avec le système judiciaire et, par conséquent, avec l'administration de la justice comme c'est le cas dans le contexte *Bodner*, cela peut aussi militer en faveur de la divulgation.

[108] The contents of a document concerning Cabinet deliberations may well reflect the views of individual ministers of the Crown and reveal disagreement among ministers. Cabinet documents may also reveal considerations that were put before Cabinet. As a result, their contents will frequently be highly sensitive: see *Babcock*, at para. 18.

[109] Depending on the contents of the document, the timing may also weigh in favour of keeping the document confidential. A document that simply reveals that Cabinet made a decision to reject a recommendation made by a judicial compensation commission will bear little confidentiality once that decision is publicly announced. By contrast, ministers can rightly expect that a document that weighs several different possible responses to the commission's recommendations and proposes a particular response will remain confidential for some prolonged time even after the decision is publicly announced.

[110] In this case, the British Columbia courts appear to have treated the government's failure to assert a specific harm that would result from the Cabinet submission's disclosure as being conclusive of the need for disclosure: see master reasons, at para. 23; B.C.S.C. reasons, at para. 46; C.A. reasons, at para. 22.

[111] Because of the strong public interest in Cabinet confidentiality, the disclosure of a Cabinet document undermines that confidentiality and is, at least to some degree, harmful. As *Carey* recognized, certain Cabinet documents may, owing to their contents, raise additional concerns, as might be the case where they relate to defence or national security or refer to specific points of disagreement among ministers. It will often be helpful to the court for the government to be as specific as possible in raising the potential for such harm: pp. 653-54 and 671. But the government's failure to identify some specific harm resulting from a confidential Cabinet document's disclosure does not *automatically* mean the document must be disclosed. The focus must

[108] La teneur d'un document concernant les délibérations du Cabinet peut fort bien rendre compte des opinions de certains ministres et révéler des désaccords entre eux. Les documents du Cabinet peuvent en outre révéler des considérations portées à l'attention du Cabinet. En conséquence, leur contenu est souvent très sensible : voir *Babcock*, par. 18.

[109] Selon la teneur du document, le moment où ce dernier serait divulgué peut également jouer en faveur du maintien de sa confidentialité. Ainsi, un document qui révèle uniquement que le Cabinet a pris la décision de rejeter une des recommandations formulées par une commission d'examen de la rémunération des juges ne revêt guère un caractère confidentiel une fois cette décision annoncée publiquement. En revanche, les ministres peuvent à bon droit s'attendre à ce qu'un document qui fait état de plusieurs réponses différentes possibles aux recommandations de la commission et de leur évaluation, pour n'en retenir qu'une seule, demeure confidentiel pendant une période prolongée, même après l'annonce publique de la décision.

[110] En l'espèce, les tribunaux de la Colombie-Britannique semblent avoir considéré que le défaut du gouvernement d'avoir invoqué un préjudice particulier susceptible de résulter de la divulgation du mémoire au Cabinet est décisif quant à la nécessité de le divulguer : voir les motifs de la protonotaire, par. 23; les motifs de la C.S. C.-B., par. 46; les motifs de la C.A., par. 22.

[111] Vu l'intérêt important du public à ce que la confidentialité des délibérations du Cabinet soit maintenue, la divulgation d'un document du Cabinet mine cette confidentialité, et elle est, au moins dans une certaine mesure, préjudiciable. Comme la Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Carey*, certains documents du Cabinet peuvent, en raison de leur teneur, soulever des préoccupations supplémentaires, par exemple lorsqu'ils se rapportent à la défense ou à la sécurité nationale, ou lorsqu'ils font référence à certains points précis de désaccord entre certains ministres. Souvent, il est utile pour le tribunal que le gouvernement justifie de la façon la plus détaillée possible sa prétention relative au risque que survienne un tel préjudice : p. 653-654 et 671. Cependant, le

remain on whether the public interest in the document's disclosure outweighs the public interest in its remaining confidential.

[112] Given the strong public interest in keeping documents concerning Cabinet deliberations confidential, a strong countervailing public interest will usually be necessary to justify their disclosure. The strength of the public interest in disclosure will often turn on the interests of the administration of justice, a factor identified in *Carey*.

[113] The notion of the "interests of the administration of justice" undoubtedly encompasses a broad set of considerations: see *Carey*, at pp. 647-48 and 671. Two stand out in the *Bodner* context: "... the importance of the case and the need or desirability of producing the documents to ensure that [the case] ... can be adequately and fairly presented" (*Carey*, at p. 671).

[114] In the companion case, the Nova Scotia Court of Appeal concluded that disclosure of the report is in the public interest because the government knew its response to the commission's recommendations would be subject to review and because the review would focus on matters vital to the administration of justice and to the relationship between two branches of government: paras. 44-46.

[115] These considerations cut both ways. Although there is no doubt that *Bodner* reviews are of great importance, the fact that a party seeks production of a relevant confidential Cabinet document in the context of a *Bodner* review is not itself a general basis for disclosure. Such an approach would effectively trump the public interest in the confidentiality of Cabinet deliberations in every *Bodner* review.

défaut du gouvernement de faire état d'un préjudice particulier susceptible de résulter de la divulgation d'un document confidentiel du Cabinet ne signifie pas *automatiquement* que le document doit être divulgué. Le tribunal doit toujours chercher à savoir avant tout si l'intérêt du public à ce que le document soit divulgué l'emporte sur celui à ce qu'il demeure confidentiel.

[112] Par ailleurs, du fait de cet intérêt important du public à garder confidentiels les documents relatifs aux délibérations du Cabinet, une autre forme d'intérêt du public tout aussi important sera nécessaire pour faire contrepoids et justifier leur divulgation. L'importance de l'intérêt du public à ce que le document soit divulgué tiendra souvent à l'intérêt de l'administration de la justice, un facteur par ailleurs relevé dans l'arrêt *Carey*.

[113] À n'en pas douter, la notion d'« intérêt de l'administration de la justice » embrasse un vaste éventail de considérations : voir *Carey*, p. 647-648 et 671. Deux d'entre elles, cependant, se démarquent dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*, à savoir : « ... l'importance de la cause et la nécessité ou l'opportunité de produire les documents afin qu'elle puisse être plaidée d'une manière adéquate et équitable » (*Carey*, p. 671).

[114] Dans le pourvoi connexe, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que la divulgation du rapport en cause est dans l'intérêt du public dans la mesure où le gouvernement savait que sa réponse aux recommandations de la commission ferait l'objet d'un contrôle judiciaire, et où ce contrôle porterait principalement sur des questions essentielles à l'administration de la justice et aux rapports existant entre deux des branches du gouvernement : par. 44-46.

[115] Ces considérations peuvent cependant jouer dans les deux sens. En effet, même s'il ne fait aucun doute que les contrôles de type *Bodner* sont d'une grande importance, le fait qu'une des parties réclame la production d'un document confidentiel du Cabinet pertinent dans le cadre d'un tel contrôle ne saurait, en soi, servir de fondement général à la divulgation. Une telle approche se traduirait concrètement,

It would also conflate the importance of the *issues* canvassed on such a review with the importance of the *evidence* provided by the Cabinet document to the disposition of those issues.

[116] In the *Bodner* context, the reviewing court's analysis of the factors bearing on the public interest in disclosure must necessarily be informed by its conclusion on the nature and probative value of the evidence. A document may provide some evidence that the government failed to meet one of the parts of the *Bodner* test, but the importance of the evidence may vary widely. When considering the interests of the administration of justice, the focus must therefore remain on the degree to which the document bears on what is at issue in the litigation.

[117] A document may contain information not otherwise available such that its exclusion from evidence would undermine the court's ability to adjudicate the issues on their merits: see *Carey*, at pp. 654 and 673; *Commonwealth v. Northern Land Council* (1993), 176 C.L.R. 604 (H.C.A.), at p. 619. A document that tends to establish that the government set out to provide misleading public reasons for its response to the commission's recommendations; that the government relied on a fundamentally flawed factual foundation; that the government acted with an improper or colourable purpose; or that the government was indifferent or disrespectful towards the commission process will be highly probative. Such a document bears so directly — and so determinately — on the issues that the reviewing court needs to resolve on *Bodner* review that to exclude the document would be contrary to the interests of the administration of justice: see *Air Canada v. Secretary of State for Trade*, [1983] 2 A.C. 394 (H.L.), at p. 435. Given the important constitutional interests at stake, the public interest in disclosure would almost certainly outweigh the public interest in the document's remaining confidential. Excluding such a document

à chaque contrôle de ce type, par une mise en échec de l'intérêt du public à ce que les délibérations du Cabinet demeurent confidentielles. Elle reviendrait aussi à confondre l'importance des *questions* à examiner dans un tel contrôle avec l'importance de la *preuve* apportée par le document du Cabinet pour y répondre.

[116] Dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*, l'analyse par le tribunal de révision des facteurs pouvant avoir une incidence sur l'intérêt du public à ce que le document soit divulgué doit nécessairement être inspirée par sa conclusion au sujet de la nature et de la valeur probante du document visé. De fait, un document peut fournir certains éléments de preuve que le gouvernement n'a pas satisfait à une des étapes de l'analyse établie par l'arrêt *Bodner*. Toutefois, l'importance de tels éléments de preuve peut varier considérablement. Au moment d'examiner la question de l'intérêt de l'administration de la justice, le tribunal doit donc se concentrer sur la mesure dans laquelle le document a un rapport avec les questions en litige.

[117] Il se peut aussi qu'un document renferme des renseignements dont le tribunal ne pourrait autrement prendre connaissance, de telle sorte que son exclusion de la preuve nuirait à la capacité du tribunal de trancher au fond les questions en litige : voir *Carey*, p. 654 et 673; *Commonwealth c. Northern Land Council* (1993), 176 C.L.R. 604 (H.C.A.), p. 619. Le document qui tend à établir que le gouvernement a décidé de fournir publiquement des motifs trompeurs pour justifier sa réponse aux recommandations de la commission, qu'il s'est appuyé sur un fondement factuel comportant des lacunes fondamentales, qu'il a agi pour atteindre un objectif illégitime ou déguisé, ou qu'il s'est montré indifférent ou irrespectueux envers le recours au mécanisme d'examen par une commission aura ainsi une grande valeur probante. Un tel document porte si directement — et de manière si déterminante — sur les questions à trancher par le tribunal de révision dans le cadre d'un contrôle de type *Bodner* que son exclusion serait contraire à l'intérêt de l'administration de la justice : voir *Air Canada c. Secretary of State for Trade*, [1983] 2 A.C. 394 (H.L.), p. 435. Compte tenu des importants intérêts constitutionnels en jeu, il est pratiquement

from evidence would keep the court from fulfilling its judicial role, jeopardize public confidence in the administration of justice, and ultimately threaten the rule of law. In such cases, where the probative value of the document is high, the public interest immunity analysis will lead to the same result as the production analysis set out above.

[118] By contrast, the public interest immunity analysis may lead to a different result for a Cabinet document that supports the contention that the government failed to meet one of its constitutional requirements, but whose impact on the *Bodner* review would be limited. The probative value of such evidence might not weigh heavily enough to warrant disclosure, especially if there were strong public interest in its remaining confidential. But such a document's exclusion from the record could hardly keep the reviewing court from adjudicating the issues on their merits. The public interest in disclosure of such a Cabinet document would thus not outweigh the public interest in its remaining confidential.

[119] As a general matter, the notion of “unconscionable behaviour” referred to in *Carey*, at p. 673, will only be pertinent in a limited set of cases. This factor is superadded to more general considerations involving the administration of justice. The conduct in question must be “harsh” or “improper”; though it need not be criminal, it must nevertheless be of a similar degree of seriousness: p. 673. In the *Bodner* context, this factor does little work independent from the factor relating to the interests of the administration of justice. The harshness or impropriety of the government's conduct would be canvassed in assessing whether the government acted with an improper or colourable purpose. A document that demonstrates unconscionable behaviour on the government's part would tend to establish its failure to meet its constitutional requirements in a highly probative manner and, for that reason, the public interest

certain que l'intérêt du public à ce que le document soit divulgué l'emportera sur celui à ce qu'il demeure confidentiel. Qui plus est, écarter un tel document de la preuve empêcherait le tribunal de remplir sa fonction judiciaire, en plus de mettre en péril la confiance du public dans l'administration de la justice et, ultimement, de menacer la primauté du droit. Dans de tels cas, lorsque la valeur probante du document est forte, l'analyse de l'immunité d'intérêt public mène au même résultat que l'analyse de l'opportunité de la production énoncée précédemment.

[118] En revanche, l'analyse de l'immunité d'intérêt public peut mener à un résultat différent s'il est question d'un document du Cabinet qui étaye la prétention selon laquelle le gouvernement n'a pas satisfait à une des exigences constitutionnelles auxquelles il doit satisfaire, mais dont l'incidence sur un contrôle de type *Bodner* serait limitée. Il se pourrait que la valeur probante de cette preuve soit trop faible pour justifier une divulgation, surtout s'il existe un intérêt important du public à ce que le document demeure confidentiel. Cela dit, le fait d'exclure ce genre de document du dossier peut difficilement empêcher le tribunal de réviser de trancher au fond les questions en litige. L'intérêt du public à ce qu'un tel document du Cabinet soit divulgué ne l'emporterait donc pas sur celui à ce qu'il reste confidentiel.

[119] Généralement parlant, la notion de « conduite peu scrupuleuse » dont il était question dans la décision *Carey*, p. 673, n'est pertinente que dans un nombre limité de cas. Ce facteur se surajoute en réalité à des considérations plus générales liées à l'administration de la justice. Pour être pertinente, la conduite en question doit être « sévère » ou « abusive » et, sans pour autant être criminelle, elle doit avoir un degré de gravité comparable : p. 673. Dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*, pareil facteur joue un rôle très limité indépendamment du facteur relatif aux intérêts de l'administration de justice. Le caractère sévère ou abusif de la conduite du gouvernement est examiné au moment d'évaluer s'il avait un objectif illégitime ou déguisé. Un document qui démontre une conduite peu scrupuleuse de la part du gouvernement tendra à établir de façon très probante qu'il n'a pas satisfait aux exigences

in its disclosure would almost certainly outweigh the public interest in its remaining confidential.

[120] Accordingly, I disagree with the suggestion of the Attorney General of British Columbia and other attorneys general that this Court's public interest immunity case law results in routine, almost inevitable, disclosure of confidential Cabinet documents, and should thus be revisited. Properly applied in the *Bodner* context, public interest immunity requires a careful balancing of the public interests in confidentiality and disclosure. Since the public interest in the confidentiality of documents concerning Cabinet deliberations is often particularly strong, the public interest in their disclosure will usually need to be stronger still to warrant their disclosure.

V. Disposition

[121] I would allow the appeal without costs and quash the master's order for production of the Cabinet submission. The Provincial Court Judges' Association's petition can now be adjudicated on its merits without consideration of the Cabinet submission.

Appeal allowed without costs.

Solicitors for the appellant: Gudmundseth Mickelson, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Arvay Finlay, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

constitutionnelles auxquelles il doit satisfaire; c'est pourquoi, dans un tel cas, l'intérêt du public à ce que le document soit divulgué l'emporte presque assurément sur celui à ce qu'il demeure confidentiel.

[120] Par conséquent, je ne souscris pas à l'argument du procureur général de la Colombie-Britannique et des autres procureurs généraux selon lequel la jurisprudence de la Cour en matière d'immunité d'intérêt public donne lieu à une divulgation systématique, voire presque inévitable, des documents confidentiels du Cabinet, et qu'elle devrait par conséquent être réexaminée par la Cour. Appliquée correctement dans le cadre d'un contrôle de type *Bodner*, l'immunité d'intérêt public exige de mettre soigneusement en balance les intérêts du public à l'égard de la confidentialité et de la divulgation. Dans la mesure où l'intérêt du public à ce que les documents se rapportant aux délibérations du Cabinet demeurent confidentiels est souvent important, celui à ce qu'ils soient divulgués doit habituellement l'être encore davantage pour que leur divulgation soit justifiée.

V. Dispositif

[121] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi sans dépens et d'annuler l'ordonnance de production du mémoire au Cabinet rendue par la protonotaire. La demande de la Provincial Court Judges' Association peut maintenant être tranchée sur le fond sans tenir compte du mémoire au Cabinet.

Pourvoi accueilli sans dépens.

Procureurs de l'appelant : Gudmundseth Mickelson, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : Arvay Finlay, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Procureur de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Superior Courts Judges Association: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours supérieures : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Borden Ladner Gervais, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Provincial Court Judges: Goldblatt Partners, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours provinciales : Goldblatt Partners, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Taxpayers Federation: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération canadienne des contribuables : McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.