

Attorney General of Nova Scotia representing Her Majesty The Queen in Right of the Province of Nova Scotia and Governor in Council *Appellants*

v.

Judges of the Provincial Court and Family Court of Nova Scotia, as represented by the Nova Scotia Provincial Judges' Association *Respondents*

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** *Interveners*

INDEXED AS: NOVA SCOTIA (ATTORNEY GENERAL) v. JUDGES OF THE PROVINCIAL COURT AND FAMILY COURT OF NOVA SCOTIA

2020 SCC 21

File No.: 38459.

2019: December 9; 2020: July 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Constitutional law — Judicial independence — Judicial remuneration — Judicial compensation commission making recommendations to provincial government

Procureur général de la Nouvelle-Écosse représentant Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Nouvelle-Écosse et gouverneur en conseil *Appellants*

c.

Judges of the Provincial Court and Family Court of Nova Scotia, représentés par la Nova Scotia Provincial Judges' Association *Intimés*

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 : NOUVELLE-ÉCOSSE (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. JUDGES OF THE PROVINCIAL COURT AND FAMILY COURT OF NOVA SCOTIA

2020 CSC 21

N° du greffe : 38459.

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 NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Rémunération des juges — Présentation au gouvernement de la province par une commission d'examen de la

concerning salaries, benefits and pensions of provincial judges — Attorney General providing report to Cabinet concerning commission's recommendations — Order in council varying commission's recommendation concerning judges' salaries — Judges applying for judicial review of order in council — Whether Attorney General's report should form part of record on judicial review — Whether production of report precluded on grounds of public interest immunity.

In November 2016, the Nova Scotia judicial compensation commission recommended an approximately 5.5 percent increase in the salaries of provincial judges in 2017-18, a 1.2 percent increase in 2018-19 and a 2.2 percent increase in 2019-20. The provincial Attorney General provided a report to Cabinet concerning the commission's recommendations. The Lieutenant Governor in Council then made an order in council, based on the report and recommendation of the Attorney General, reducing the rate of salary increase to nil in 2017-18 and 2018-19 and to one percent in 2019-20. The Provincial Judges' Association applied for judicial review of the order in council, and moved for a declaration that the Attorney General's report should be part of the record on judicial review. The motion judge granted the declaration in part, concluding that all but the portions of the report that were protected by solicitor-client privilege should form part of the record on judicial review. The Court of Appeal dismissed the Attorney General's appeal.

Held: The appeal should be allowed in part and the motion judge's declaration modified such that only the discussion of government-wide implications in the Attorney General's report and the communications plan should be included in the record.

The framework that governs whether confidential Cabinet documents can form part of the record on a review pursuant to *Bodner v. Alberta*, 2005 SCC 4, [2005] 2 S.C.R. 286, was developed in the companion appeal, *British Columbia (Attorney General) v. Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, 2020 SCC 20, [2020] 2 S.C.R. 506. Applying that framework in the present appeal, there is some basis to believe that certain components of the Attorney General's report — the discussion of government-wide implications and the communications plan — may contain evidence which tends to show that the government failed to meet a requirement of the *Bodner*

rémunération des juges de recommandations concernant les traitements, les avantages et les pensions des juges provinciaux — Remise au Cabinet par la procureure générale d'un rapport concernant ces recommandations — Modification par voie de décret de la recommandation de la commission relative aux traitements des juges — Dépôt par les juges d'une demande de contrôle judiciaire du décret — Le rapport de la procureure générale devrait-il faire partie du dossier lors du contrôle judiciaire? — L'immunité d'intérêt public fait-elle obstacle à la production du rapport?

En novembre 2016, la commission sur la rémunération des juges de la Nouvelle-Écosse a recommandé une augmentation d'environ 5,5 p. 100 des traitements des juges provinciaux pour l'exercice financier 2017-2018, de même que des augmentations de 1,2 p. 100 en 2018-2019 et de 2,2 p. 100 en 2019-2020. La procureure générale de la province a remis au Cabinet un rapport au sujet des recommandations de la commission. Le lieutenant-gouverneur en conseil a ensuite pris, sur la base du rapport et de la recommandation de la procureure générale, un décret réduisant à zéro le taux d'augmentation salariale pour les exercices financiers 2017-2018 et 2018-2019 et à un pour cent pour l'exercice 2019-2020. La Provincial Judges' Association a demandé le contrôle judiciaire du décret ainsi qu'un jugement déclarant que le rapport de la procureure générale devrait faire partie du dossier du contrôle judiciaire. La juge des requêtes a accordé en partie le jugement déclaratoire, concluant que toutes les parties du rapport, sauf les portions protégées par le secret professionnel de l'avocat, devaient faire partie du dossier du contrôle judiciaire. La Cour d'appel a rejeté le pourvoi du procureur général.

Arrêt : L'appel est accueilli en partie et le jugement déclaratoire de la juge des requêtes est modifié de façon à indiquer que seulement l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale figurant dans le rapport de la procureure générale ainsi que le plan de communications doivent être versés au dossier.

Le cadre d'analyse qui permet de déterminer si des documents confidentiels du Cabinet peuvent faire partie du dossier lors d'un contrôle conforme à l'arrêt *Bodner c. Alberta*, 2005 CSC 4, [2005] 2 R.C.S. 286, a été élaboré dans le pourvoi connexe *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, 2020 CSC 20, [2020] 2 R.C.S. 506. L'application de ce cadre d'analyse au présent appel révèle qu'il existe des raisons de croire que certaines portions du rapport de la procureure générale — l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale et le plan de communications — pourraient contenir des éléments de

test. Production of these components of the report is not precluded on grounds of public interest immunity, as the public interest in these parts remaining confidential is outweighed by the public interest in their being disclosed.

The party seeking to have a confidential Cabinet document produced 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 will the government be required to produce the document for judicial inspection.

In the present case, the government's reasons for varying the commission's salary increase recommendation may raise some concerns about whether the government failed to meaningfully engage with the commission's recommendations and about the government's respect for the commission process. Further, the government appears to have implemented precisely the increase it proposed in its submissions to the commission, again raising the issue of whether the government respected the commission process. Finally, there is also a reference to the Attorney General's report in the preamble to the order in council that provides the government's response, indicating that the Lieutenant Governor in Council may have relied on the report in formulating the response. In these circumstances, the Association meets the threshold for judicial inspection.

The next step in the analysis is to determine whether the Attorney General's report does in fact provide some evidence which tends to show that the government's response does not comply with the requirements set out in *Bodner*. The paragraph in the report that discusses government-wide implications and the communications plan appendix set out the bases on which the decision to accept or vary the commission's recommendations could be criticized, as well as related political considerations, including the impacts of salary increases for judges on labour negotiations with public sector unions. The inclusion of these considerations provides some basis to support the contention that the government's response fell short of its constitutional requirements and could be of assistance to the Association in calling into question the respect the government has shown the commission process and the propriety of the government's motivation for rejecting the

preuve tendant à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une exigence de l'analyse établie dans l'arrêt *Bodner*. Aucune raison liée à l'immunité d'intérêt public ne fait obstacle à la production de ces portions du rapport, étant donné que l'intérêt du public à ce que ces portions demeurent confidentielles est supplanté par l'intérêt du public à ce qu'elles soient divulguées.

La partie qui demande la production d'un document confidentiel du Cabinet doit d'abord établir qu'il existe des raisons de croire que ce document pourrait contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à l'une des exigences décrites dans l'arrêt *Bodner*. C'est uniquement dans ce cas que le gouvernement devra produire le document pour consultation par le tribunal.

En l'espèce, les motifs avancés par le gouvernement pour justifier la modification de la recommandation de la commission relative à l'augmentation des traitements des juges peuvent faire craindre que le gouvernement n'ait pas analysé de façon concrète les recommandations de la commission, ni fait preuve de respect envers son mécanisme d'examen. De plus, le gouvernement semble avoir mis en œuvre précisément l'augmentation qu'il avait proposée dans ses observations à la commission, ce qui, une fois de plus, soulève la question de savoir s'il a respecté le mécanisme d'examen de la commission. Enfin, il y a aussi une mention du rapport de la procureure générale dans le préambule du décret qui énonce la réponse du gouvernement, ce qui indique qu'il est possible que le lieutenant-gouverneur en conseil se soit appuyé sur le rapport pour formuler sa réponse. Dans les circonstances, l'Association a fait la démonstration préliminaire requise pour justifier la consultation du document par un juge.

La prochaine étape de l'analyse consiste à déterminer si le rapport de la procureure générale fournit effectivement certains éléments de preuve tendant à démontrer que la réponse du gouvernement ne satisfait pas aux exigences énoncées dans l'arrêt *Bodner*. Le paragraphe du rapport qui analyse les implications à l'échelle gouvernementale de même que le plan de communications en annexe mentionnent les raisons pour lesquelles la décision d'accepter ou de modifier les recommandations de la commission pourrait être critiquée ainsi que des considérations politiques connexes, y compris l'incidence d'augmentations des traitements des juges sur les négociations collectives avec les syndicats du secteur public. L'inclusion de ces considérations appuie dans une certaine mesure la prétention selon laquelle la réponse du gouvernement ne satisfaisait pas aux exigences constitutionnelles et pourrait aider l'Association à mettre en doute le respect manifesté

commission's recommendations. Thus, subject to public interest immunity, the discussion of government-wide implications in the Attorney General's report and the communications plan appendix should be included in the record.

Public interest immunity protects the confidentiality of Cabinet deliberations if the public interest in the document remaining confidential outweighs the public interest in its being disclosed. The companion appeal explains the main factors relevant to balancing these interests, and how they apply in the context of a *Bodner* review.

In the instant case, several factors weigh in favour of the government-wide implications and communications plan remaining confidential. These components of the Attorney General's report relate to a decision at the highest level of the executive. The government's response to the commission's recommendations involves important policy choices. In terms of the timing of disclosure, although the decision to vary the commission's recommended salary increase has already been made and publicly announced, the details of the considerations before Cabinet have not yet been made public and can be expected to remain confidential. As well, the documents' contents may reveal matters that were discussed in Cabinet, and can be expected to remain confidential.

However, in terms of the interests of the administration of justice, this factor favours the disclosure of the government-wide implications in the Attorney General's report and the communications plan appendix. Some of the considerations mentioned in these components of the report were not rational or legitimate bases on which to vary or reject the commission's recommendations. Their inclusion in the record would help the reviewing court determine whether the government's response was grounded in an improper purpose and whether the commission process has been respected and its purposes have been achieved. By contrast, their exclusion would undermine the reviewing court's ability to deal with central issues on *Bodner* review. Thus, the public interest in disclosure outweighs the public interest in continued confidentiality.

par le gouvernement à l'égard du mécanisme d'examen de la commission, ainsi que la légitimité des motifs avancés par le gouvernement pour rejeter les recommandations de celle-ci. En conséquence, sauf application de la règle de l'immunité d'intérêt public, l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale figurant dans le rapport de la procureure générale ainsi que le plan de communications en annexe devraient être versés au dossier.

L'immunité d'intérêt public protège la confidentialité des délibérations du Cabinet si l'intérêt du public dans le maintien de la confidentialité d'un document l'emporte sur l'intérêt du public dans sa divulgation. Le pourvoi connexe énonce les principaux facteurs pertinents pour soupeser ces intérêts et explique comment ils s'appliquent dans le contexte d'un contrôle de type *Bodner*.

Dans la présente affaire, plusieurs facteurs militent en faveur du maintien de la confidentialité de l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale et du plan de communications. Ces portions du rapport de la procureure générale se rapportent à une décision prise au plus haut palier de l'exécutif. La réponse du gouvernement à l'égard des recommandations de la commission implique d'importantes décisions de politique générale. En ce qui a trait au moment de la divulgation, bien que la décision de modifier la hausse de rémunération des juges recommandée par la commission ait déjà été prise, puis annoncée publiquement, le détail des considérations soumises au Cabinet n'a pas encore été rendu public et il est permis de s'attendre à ce que ces renseignements demeurent confidentiels. De même, le contenu des documents est susceptible de révéler des questions qui ont été discutées au sein du Cabinet et il est permis de s'attendre à ce qu'il demeure confidentiel.

Toutefois, pour ce qui est des intérêts liés à l'administration de la justice, ce facteur milite en faveur de la divulgation de l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale figurant dans le rapport de la procureure générale, ainsi que du plan de communications en annexe. Certaines des considérations mentionnées dans ces portions du rapport ne constituaient pas des fondements rationnels ou légitimes justifiant de modifier ou de rejeter les recommandations de la commission. Leur inclusion au dossier aiderait le tribunal de révision à déterminer si la réponse du gouvernement reposait sur un objectif illégitime, et si le mécanisme d'examen par la commission a été respecté et les objectifs de celui-ci réalisés. En revanche, leur exclusion du dossier nuirait à la capacité du tribunal de révision à décider les questions centrales du contrôle de type *Bodner*. L'intérêt du public dans leur divulgation l'emporte donc sur l'intérêt du public dans le maintien de leur confidentialité.

Cases Cited

Applied: *British Columbia (Attorney General) v. Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, 2020 SCC 20, [2020] 2 S.C.R. 506; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; **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; **referred to:** *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2016 SCC 39, [2016] 2 S.C.R. 116; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Act to Amend Chapter 238 of the Revised Statutes, 1989, the Provincial Court Act, S.N.S. 1998, c. 7, s. 1 [en. 1989, c. 238, ss. 21J, 21K].
Financial Measures (2016) Act, S.N.S. 2016, c. 2, s. 9 [rep. & sub. 1989, c. 238, ss. 21J, 21K].
Interpretation Act, R.S.N.S. 1989, c. 235, s. 7(1)(q) "Lieutenant Governor in Council".
Nova Scotia Civil Procedure Rules, r. 7.10(a).
 O.C. 2017-24, preamble.
Proceedings against the Crown Act, R.S.N.S. 1989, c. 360, s. 11.
Provincial Court Act, R.S.N.S. 1989, c. 238, ss. 21E, 21H(2), 21J, 21K.
Public Service Act, R.S.N.S. 1989, c. 376, s. 29.

Authors Cited

Nova Scotia Provincial Judges' Salaries and Benefits Tribunal (2017-2020). *Report and Recommendations for the Period April 1, 2017 to March 31, 2020*. Halifax, November 2016 (online: https://novascotia.ca/just/Court_Services/_docs/Judges-Salaries-2017-2020.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC21_1_eng.pdf).

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Fichaud, Oland and Beveridge JJ.A.), 2018 NSCA 83, 429 D.L.R. (4th) 359, 30

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, 2020 CSC 20, [2020] 2 R.C.S. 506; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; **arrêt expliqué :** *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; **arrêts mentionnés :** *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 au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2016 CSC 39, [2016] 2 R.C.S. 116; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Act to Amend Chapter 238 of the Revised Statutes, 1989, the Provincial Court Act, S.N.S. 1998, c. 7, art. 1 [ad. 1989, c. 238, art. 21J, 21K].
Financial Measures (2016) Act, S.N.S. 2016, c. 2, art. 9 [abr. & rempl. 1989, c. 238, art. 21J, 21K].
Interpretation Act, R.S.N.S. 1989, c. 235, art. 7(1)(q) « Lieutenant Governor in Council ».
 O.C. 2017-24, préambule.
Proceedings against the Crown Act, R.S.N.S. 1989, c. 360, art. 11.
Provincial Court Act, R.S.N.S. 1989, c. 238, art. 21E, 21H(2), 21J, 21K.
Public Service Act, R.S.N.S. 1989, c. 376, art. 29.
Règles de procédure civile de la Nouvelle-Écosse, règle 7.10(a).

Doctrine et autres documents cités

Nova Scotia Provincial Judges' Salaries and Benefits Tribunal (2017-2020). *Report and Recommendations for the Period April 1, 2017 to March 31, 2020*. Halifax, November 2016 (en ligne : https://novascotia.ca/just/Court_Services/_docs/Judges-Salaries-2017-2020.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC21_1_eng.pdf).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Fichaud, Oland et Beveridge), 2018 NSCA 83, 429 D.L.R. (4th) 359,

C.P.C. (8th) 1, 48 Admin. L.R. (6th) 315, [2018] N.S.J. No. 448 (QL), 2018 CarswellNS 814 (WL Can.), affirming a decision of Smith J., 2018 NSSC 13, 409 C.R.R. (2d) 117, 20 C.P.C. (8th) 112, [2018] N.S.J. No. 76 (QL), 2018 CarswellNS 154 (WL Can.). Appeal allowed in part.

Edward A. Gores, Q.C., and Andrew D. Taillon, for the appellants.

Susan Dawes and Kristen Worbanski, for the respondents.

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 Bussières 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.

30 C.P.C. (8th) 1, 48 Admin. L.R. (6th) 315, [2018] N.S.J. No. 448 (QL), 2018 CarswellNS 814 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Smith, 2018 NSSC 13, 409 C.R.R. (2d) 117, 20 C.P.C. (8th) 112, [2018] N.S.J. No. 76 (QL), 2018 CarswellNS 154 (WL Can.). Pourvoi accueilli en partie.

Edward A. Gores, c.r., et Andrew D. Taillon, pour les appelants.

Susan Dawes et Kristen Worbanski, pour les intimés.

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 Bussières 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, along with its companion appeal, *British Columbia (Attorney General) v. Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, 2020 SCC 20, [2020] 2 S.C.R. 506, requires that this Court balance several constitutional imperatives: 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 having the executive conduct its internal business in confidence.

[2] The appeals concern whether a confidential Cabinet document can form part of the record on judicial review of a government's response to a judicial compensation commission's recommendations. Further, they raise the issue of whether the production of such a Cabinet document is nevertheless precluded on grounds of public interest immunity.

[3] In this case, the Nova Scotia courts examined the report to Cabinet of the Attorney General of Nova Scotia, found that it was relevant and concluded that it was not protected by public interest immunity. The courts declared that the portions of the report not subject to solicitor-client privilege form part of the record on judicial review and must be produced by the Attorney General.

[4] This appeal falls to be resolved in accordance with the framework developed in the companion appeal. That framework governs whether confidential Cabinet documents can form part of the record on a review pursuant to *Bodner v. Alberta*, 2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286,¹ a limited form of judicial

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.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Le présent pourvoi, ainsi que le pourvoi connexe, *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, 2020 CSC 20, [2020] 2 R.C.S. 506, requièrent de notre Cour qu'elle mette en équilibre plusieurs impératifs constitutionnels : 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 du public à ce que l'exécutif puisse mener ses affaires internes confidentiellement.

[2] Les pourvois portent sur la question de savoir si un document confidentiel du Cabinet peut faire partie du dossier en cas de contrôle judiciaire de la réponse d'un gouvernement aux recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges. Ils soulèvent en outre la question de savoir si la production d'un tel document du Cabinet est néanmoins interdite pour des raisons liées à l'immunité d'intérêt public.

[3] En l'espèce, les tribunaux de la Nouvelle-Écosse ont examiné le rapport soumis au Cabinet par la procureure générale de l'époque en Nouvelle-Écosse et ils ont jugé qu'il s'agissait d'un document pertinent et non protégé par l'immunité d'intérêt public. Les tribunaux ont déclaré que les portions du rapport non visées par le secret professionnel de l'avocat font partie du dossier du contrôle judiciaire et doivent être produites par le procureur général.

[4] Le présent pourvoi doit être tranché conformément au cadre élaboré dans le pourvoi connexe. Ce cadre permet de déterminer si des documents confidentiels du Cabinet peuvent faire partie du dossier lors d'un contrôle conformément à l'arrêt *Bodner c. Alberta*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286¹,

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.

review of a government's response to a judicial compensation commission's recommendations.

[5] Applying that framework in this appeal, I conclude that there is some basis to believe that the Attorney General's report may contain evidence which tends to show that the government failed to meet a requirement of the *Bodner* test. The public reasons given for the government's decision to depart from the commission's recommended increase in judicial remuneration provide some basis to believe that the government may have relied on improper considerations and may not have respectfully engaged with the commission process.

[6] Having inspected the Attorney General's report, I find that only two components, the discussion of government-wide implications and the communications plan, provide some evidence that the government may have failed to meet the *Bodner* test. The rest of the report is either protected by solicitor-client privilege or provides no such evidence, and will not form part of the record.

[7] Since the discussion of government-wide implications and the communications plan reflect matters that may have been considered by Cabinet, I turn finally to public interest immunity, and find that the public interest in these parts of the Attorney General's report remaining confidential is outweighed by the public interest in their being disclosed. Although there are several factors weighing in favour of these parts' continued confidentiality, they are outweighed by their importance to the court's determination of the merits of the application for *Bodner* review.

[8] As a result, only components of the Attorney General's report — the discussion of government-wide implications and the communications plan — should be produced as part of the evidence on *Bodner*

une forme limitée de contrôle judiciaire appliquée à l'égard de la réponse d'un gouvernement aux recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges.

[5] Appliquant ce cadre d'analyse au présent appel, je conclus qu'il existe des raisons de croire que le rapport de la procureure générale pourrait contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une exigence de l'analyse établie dans l'arrêt *Bodner*. Les motifs avancés publiquement pour justifier la décision du gouvernement d'écarter la hausse de rémunération recommandée par la commission font naître des raisons de croire que le gouvernement pourrait s'être fondé sur des considérations illégitimes et ne pas avoir respecté le mécanisme d'examen de la commission.

[6] Après consultation du rapport de la procureure générale, j'arrive à la conclusion que seulement deux portions de celui-ci — l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale et le plan de communications — contiennent certains éléments de preuve indiquant que le gouvernement pourrait ne pas avoir satisfait à l'analyse établie dans *Bodner*. Pour ce qui est du reste du rapport, il est soit protégé par le secret professionnel de l'avocat, soit dénué d'éléments de preuve de ce genre, et il ne fera pas partie du dossier.

[7] Comme l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale et le plan de communications font état de questions susceptibles d'avoir été considérées par le Cabinet, je me penche finalement sur la question de l'immunité d'intérêt public, et je conclus que l'intérêt du public à ce que ces portions du rapport de la procureure générale demeurent confidentielles est supplanté par l'intérêt du public à ce qu'elles soient divulguées. Bien que plusieurs facteurs militent en faveur du maintien de la confidentialité de ces portions, ils sont supplantés par l'importance de celles-ci pour permettre au tribunal de statuer au fond sur le contrôle de type *Bodner*.

[8] Par conséquent, seules certaines portions du rapport de la procureure générale — l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale et le plan de communications — doivent être produites en

review. That said, these excerpts are merely some evidence for the Supreme Court of Nova Scotia to consider in deciding the merits of the judicial review of the government's response.

[9] For the following reasons, I would allow the appeal in part.

I. Background

A. *Provincial Court Act, R.S.N.S. 1989, c. 238*

[10] 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 *Provincial Court Act* implements that baseline in Nova Scotia.

[11] In Nova Scotia, the triennial Provincial Judges' Salaries and Benefits Tribunal (the commission) is charged with making recommendations concerning the salaries, benefits and pensions of judges of the Provincial Court and Family Court based on prescribed factors and other factors the commission considers relevant: *Provincial Court Act*, s. 21E. The commission makes its recommendations in a report to the Minister of Justice who forwards the report to the Lieutenant Governor in Council: ss. 21H(2) and 21K(1).²

[12] Before 2016, the commission's recommendations were binding. The recommendations were

² In Nova Scotia, the offices of Attorney General and Minister of Justice are held by the same person: *Public Service Act*, R.S.N.S. 1989, c. 376, s. 29. The *Provincial Court Act* employs the term "Governor in Council", which the *Interpretation Act*, R.S.N.S. 1989, c. 235, s. 7(1)(q) defines as interchangeable with the term "Lieutenant Governor in Council". To avoid confusion with the Governor General in Council, usually referred to in federal law as "Governor in Council", and to ensure these reasons can more easily be understood by readers in other provinces, I will refer to Nova Scotia's Lieutenant Governor in Council.

preuve dans le cadre du contrôle de type *Bodner*. Cela dit, ces extraits ne sont que quelques-uns des éléments de preuve qu'examinera la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse afin de se prononcer sur le fond du contrôle judiciaire de la réponse du gouvernement.

[9] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie.

I. Contexte

A. *Provincial Court Act, R.S.N.S. 1989, c. 238*

[10] 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*), notre Cour a énoncé les exigences constitutionnelles de base à respecter en vue de la modification de la rémunération des juges. La *Provincial Court Act* met en œuvre ces exigences en Nouvelle-Écosse.

[11] En Nouvelle-Écosse, une commission triennale appelée Provincial Judges' Salaries and Benefits Tribunal (commission) est chargée de formuler des recommandations à propos des traitements, avantages et pensions des juges de la Cour provinciale et du Tribunal de la famille sur la base des facteurs prescrits et des autres facteurs que la commission juge pertinents : *Provincial Court Act*, art. 21E. La commission présente ses recommandations dans un rapport adressé au ministre de la Justice, qui le transmet à son tour au lieutenant-gouverneur en conseil : art. 21H(2) et 21K(1).²

[12] Avant 2016, les recommandations de la commission avaient un caractère contraignant. Elles

² En Nouvelle-Écosse, les postes de procureur général et de ministre de la Justice sont détenus par la même personne : *Public Service Act*, R.S.N.S. 1989, c. 376, art. 29. La *Provincial Court Act* emploie le terme « *Governor in Council* » (gouverneur en conseil), que l'al. 7(1)(q) de l'*Interpretation Act*, R.S.N.S. 1989, c. 235, décrit comme étant interchangeable avec le terme « *Lieutenant Governor in Council* » (lieutenant-gouverneur en conseil). Pour éviter toute confusion avec le terme gouverneur général en conseil, habituellement appelé « gouverneur en conseil » en droit fédéral, et pour veiller à ce que les lecteurs des autres provinces comprennent plus aisément les présents motifs, je vais utiliser le terme lieutenant-gouverneur en conseil dans ceux-ci.

automatically implemented, unless they required legislative changes. If so, the Minister of Justice was to introduce the necessary legislation in the House of Assembly: see *An Act to Amend Chapter 238 of the Revised Statutes, 1989, the Provincial Court Act*, S.N.S. 1998, c. 7, s. 1, enacting *Provincial Court Act*, ss. 21J and 21K.

[13] In 2016, the Nova Scotia legislature amended the *Provincial Court Act* to give the Lieutenant Governor in Council the power to vary or reject the commission's recommendations: see *Financial Measures (2016) Act*, S.N.S. 2016, c. 2, s. 9, repealing and replacing *Provincial Court Act*, ss. 21J and 21K.

[14] Once it receives the commission's report, the Lieutenant Governor in Council "shall, without delay, confirm, vary or reject each of the recommendations" made by the commission: *Provincial Court Act*, s. 21K(2). If a recommendation is varied or rejected, reasons for so doing must be provided: s. 21K(3). The Lieutenant Governor in Council "shall, without delay, cause the confirmed and varied recommendations to be implemented": s. 21K(4).

B. *Government's Response*

[15] In its submissions to the commission, the Nova Scotia government took the position that a salary increase "consistent with the public service wage mandate" of no increase in the first two years and a one percent rise in the final year "would be appropriate in all of the circumstances": Nova Scotia Provincial Judges' Salaries and Benefits Tribunal (2017-2020), *Report and Recommendations for the Period April 1, 2017 to March 31, 2020* (November 2016) (online), at para. 39.

[16] In its November 2016 report, the commission noted that the salary of Provincial Court judges was lower than that of judges in every other province and territory, save Newfoundland and Labrador. The commission recommended an approximately

étaient automatiquement mises en œuvre, sauf si elles requéraient des modifications de nature législative. En pareils cas, le ministre de la Justice devait déposer le projet de loi nécessaire à l'Assemblée législative : voir *An Act to Amend Chapter 238 of the Revised Statutes, 1989, the Provincial Court Act*, S.N.S. 1998, c. 7, art. 1, qui édicte les art. 21J et 21K de la *Provincial Court Act*.

[13] En 2016, la législature de la Nouvelle-Écosse a modifié la *Provincial Court Act* pour accorder au lieutenant-gouverneur en conseil le pouvoir de modifier ou de rejeter les recommandations de la commission : voir la *Financial Measures (2016) Act*, S.N.S. 2016, c. 2, art. 9, qui abroge et remplace les art. 21J et 21K de la *Provincial Court Act*.

[14] Une fois qu'il reçoit le rapport de la commission, le lieutenant-gouverneur en conseil [TRADUCTION] « doit, sans délai, confirmer, modifier ou rejeter chacune des recommandations » formulées par la commission : *Provincial Court Act*, art. 21K(2). En cas de modification ou de rejet d'une recommandation, cette décision doit être motivée : art. 21K(3). Le lieutenant-gouverneur en conseil [TRADUCTION] « doit, sans délai, faire mettre en œuvre les recommandations confirmées ou modifiées » : art. 21K(4).

B. *Réponse du gouvernement*

[15] Dans ses observations à la commission, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a affirmé qu'une augmentation des traitements [TRADUCTION] « conforme aux prescriptions salariales applicables à la fonction publique » — à savoir aucune augmentation au cours des deux premières années et une augmentation d'un pour cent dans la dernière année — « serait convenable eu égard à l'ensemble des circonstances » : Nova Scotia Provincial Judges' Salaries and Benefits Tribunal (2017-2020), *Report and Recommendations for the Period April 1, 2017 to March 31, 2020* (novembre 2016) (en ligne), par. 39.

[16] Dans son rapport de novembre 2016, la commission a signalé que le traitement versé aux juges de la Cour provinciale était inférieur à celui versé à leurs homologues dans les autres provinces et territoires, à l'exception de Terre-Neuve-et-Labrador.

5.5 percent increase in the salaries of Provincial Court judges in the 2017-18 fiscal year and an increase in line with Statistics Canada's Consumer Price Index for Nova Scotia in 2018-19 and 2019-20. Based on the methodology prescribed by the commission, this recommendation would have resulted in a 1.2 percent increase in 2018-19 and a 2.2 percent increase in 2019-20, for a total increase of approximately 8.9 percent over three years.³

[17] In December 2016, the Attorney General provided a report to Cabinet concerning the commission's recommendations. The report was filed under seal in this Court, as it had been in the courts below. The Supreme Court of Nova Scotia included a detailed summary of the report in its reasons: 2018 NSSC 13, 409 C.R.R. (2d) 117, at paras. 146-76.

[18] In February 2017, the Lieutenant Governor in Council made an order varying the commission's recommendation concerning the salaries of provincial judges: O.C. 2017-24. The order in council reduces the rate of salary increase to nil in the 2017-18 and 2018-19 fiscal years and to one percent in the 2019-20 fiscal year. The preamble to the order states that the order is made by the Lieutenant Governor in Council "on the report and recommendation of the Attorney General and Minister of Justice".

[19] The respondents, the Judges of the Provincial Court and Family Court, represented by the Nova Scotia Provincial Judges' Association, applied for judicial review of the order in council, seeking an order quashing the order in council, an order confirming the commission's recommendations and declarations

Elle a recommandé une augmentation d'environ 5,5 p. 100 des traitements des juges de la Cour provinciale pour l'exercice financier 2017-2018, de même qu'une augmentation basée sur l'indice des prix à la consommation de Statistique Canada pour la Nouvelle-Écosse en 2018-2019 et 2019-2020. Selon la méthodologie établie par la commission, cette recommandation aurait donné lieu à des augmentations de 1,2 p. 100 en 2018-2019 et de 2,2 p. 100 en 2019-2020, le tout aurait représenté une hausse totale d'environ 8,9 p. 100 sur trois ans³.

[17] En décembre 2016, la procureure générale de l'époque a remis au Cabinet un rapport au sujet des recommandations de la commission. Le rapport a été déposé sous scellés devant notre Cour, tout comme il l'avait été devant les juridictions inférieures. La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a inséré un résumé détaillé du rapport dans ses motifs : 2018 NSSC 13, 409 C.R.R. (2d) 117, par. 146-176.

[18] En février 2017, le lieutenant-gouverneur en conseil a pris un décret modifiant la recommandation de la commission portant sur les traitements versés aux juges de la Cour provinciale : O.C. 2017-24. Le décret réduit à zéro le taux d'augmentation salariale pour les exercices financiers 2017-2018 et 2018-2019, et à un pour cent pour l'exercice 2019-2020. Aux termes du préambule du décret, celui-ci est pris par le lieutenant-gouverneur en conseil [TRADUCTION] « sur rapport et recommandation de la procureure générale et ministre de la Justice ».

[19] Les intimés, les juges de la Cour provinciale et du Tribunal de la famille, représentés par la Nova Scotia Provincial Judges' Association (Association), ont demandé le contrôle judiciaire du décret et sollicité une ordonnance cassant le décret, une ordonnance confirmant les recommandations de la

³ The government's response, which was prepared a few months after the commission's report, estimates that the commission's recommendation would result in an approximately 9.5 percent increase: A.R., vol. 2, Tab 2A, at p. 7. Had it gone into effect, the actual increase would have been 0.6 percent less because inflation was slightly lower than the 2.0 percent per year the government estimated: see the methodology described by the commission in the *Report and Recommendations for the Period April 1, 2017 to March 31, 2020*, at para. 53.

³ Dans sa réponse, préparée quelques mois après le rapport de la commission, le gouvernement estime que la recommandation de la commission se traduirait par une augmentation d'à peu près 9,5 p. 100 : d.a., vol. 2, onglet 2A, p. 7. Si l'on avait donné effet à la recommandation, la hausse réelle aurait été inférieure de 0,6 p. 100, étant donné que le taux d'inflation a été légèrement inférieur au taux de 2 p. 100 par année envisagé par le gouvernement : voir la méthodologie décrite par la commission dans le document *Report and Recommendations for the Period April 1, 2017 to March 31, 2020*, au par. 53.

that the government has interfered with judicial independence. In their application, the judges requested production of the Attorney General's report referred to in the order in council.

[20] The Attorney General filed a record in the Supreme Court of Nova Scotia that did not include the report. The Provincial Judges' Association moved for a declaration that the report is part of the record on judicial review under the *Civil Procedure Rules*, r. 7.10(a).

II. Procedural History

A. *Supreme Court of Nova Scotia, 2018 NSSC 13, 409 C.R.R. (2d) 117 (Smith J.)*

[21] The Supreme Court of Nova Scotia granted in part the declaration sought by the Provincial Judges' Association. Justice Smith explained that the review contemplated by *Bodner* requires that the reviewing court determine whether the government's participation and response in the totality of the process demonstrates good faith and meaningful participation. The court referred to the general rule that the record on judicial review includes every document that was before a decision-maker and relied on by it in reaching its decision, subject to exceptions that subtract from the record, such as deliberative secrecy, which did not apply here.

[22] Turning to public interest immunity, Smith J. found that, while the decision making process took place at a very high level, the balance of the factors identified in *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, favoured disclosure. The court concluded that portions of the report contain legal advice from the Attorney General and are protected by solicitor-client privilege. The court declared that all but these portions of the report should form part of the record on judicial review and directed the Attorney General to produce the non-privileged portions of the report.

commission ainsi qu'un jugement déclaratoire portant que le gouvernement a porté atteinte à l'indépendance judiciaire. Dans leur demande, les juges ont réclamé la production du rapport de la procureure générale mentionné dans le décret.

[20] La procureure générale a déposé à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse un dossier qui ne comprenait pas le rapport en question. L'Association a demandé par voie de requête, en vertu de l'al. 7.10(a) des *Règles de procédure civile*, un jugement déclarant que le rapport fait partie du dossier du contrôle judiciaire.

II. Historique des procédures

A. *Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, 2018 NSSC 13, 409 C.R.R. (2d) 117 (la juge Smith)*

[21] La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a accordé en partie le jugement déclaratoire sollicité par l'Association. La juge Smith a expliqué que le contrôle envisagé par l'arrêt *Bodner* requiert du tribunal de révision qu'il décide si, au regard du mécanisme dans sa totalité, la participation et la réponse du gouvernement témoignent de la bonne foi et de l'engagement concret de celui-ci à ce processus. La cour a cité la règle générale selon laquelle, en cas de contrôle judiciaire, le dossier comprend tous les documents dont disposait le décideur et sur lesquels ce dernier s'est appuyé pour prendre sa décision, sous réserve des exceptions qui ont pour effet d'en soustraire des éléments, par exemple le secret des délibérations, exception qui ne s'applique pas en l'espèce.

[22] En ce qui concerne l'immunité d'intérêt public, la juge Smith a statué que, bien que le processus décisionnel se soit déroulé en très haut lieu, le reste des facteurs énoncés dans l'arrêt *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, militaient en faveur de la divulgation. Elle a conclu que certaines portions du rapport renferment des avis juridiques de la procureure générale et sont, de ce fait, protégées par le secret professionnel de l'avocat. Elle a déclaré que toutes les parties du rapport, sauf les portions ainsi protégées, devaient faire partie du dossier du contrôle judiciaire, et elle a ordonné au procureur général de les produire.

B. *Nova Scotia Court of Appeal, 2018 NSCA 83, 429 D.L.R. (4th) 359 (Fichaud, Oland and Beveridge J.J.A.)*

[23] The Nova Scotia Court of Appeal found no error in the reviewing court’s conclusion that the report was relevant or in its analysis of public interest immunity. The Court of Appeal added that disclosure of the report was in the public interest because the government knew its response to the commission’s recommendations would be subject to judicial review and because the review would focus on matters vital to the administration of justice and to the relationship between two branches of government. Justice Fichaud, writing for the Court of Appeal, affirmed the conclusion that portions of the report are protected by solicitor-client privilege.

III. Issues

[24] This appeal raises two issues: (a) whether the Attorney General’s report should form part of the record on *Bodner* review and (b) whether the report is nevertheless protected by public interest immunity such that it should not be produced.

[25] The Provincial Judges’ Association did not cross-appeal the Court of Appeal’s holding that portions of the report are subject to solicitor-client privilege, that there was no waiver of such privilege and that those portions would therefore not form part of the record on *Bodner* review. Accordingly, the Court of Appeal’s conclusions on these points are not on appeal before this Court. They are final.

IV. Analysis

[26] I begin with a preliminary point. Although the government’s response takes the form of an order made by the Lieutenant Governor in Council under the *Provincial Court Act*, that order is based on

B. *Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse, 2018 NSCA 83, 429 D.L.R. (4th) 359 (les juges Fichaud, Oland et Beveridge)*

[23] La Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse n’a relevé aucune erreur dans la conclusion du tribunal de révision portant que le rapport est pertinent, ni dans son analyse de l’immunité d’intérêt public. La cour a ajouté que la divulgation du rapport est dans l’intérêt du public, parce que le gouvernement savait que sa réponse aux recommandations de la commission ferait l’objet d’un contrôle judiciaire et parce que le contrôle s’attacherait à des questions vitales pour l’administration de la justice et la relation entre deux branches du gouvernement. Le juge d’appel Fichaud, qui a rédigé les motifs de la Cour d’appel, a confirmé la conclusion selon laquelle certaines portions du rapport sont protégées par le secret professionnel de l’avocat.

III. Questions en litige

[24] Le présent pourvoi soulève deux questions : (a) Le rapport de la procureure générale devrait-il faire partie du dossier lors du contrôle de type *Bodner*? (b) Le rapport est-il néanmoins protégé par l’immunité d’intérêt public, de sorte qu’il ne devrait pas être produit?

[25] L’Association n’a pas formé de pourvoi incident contre les conclusions de la Cour d’appel portant que certaines portions du rapport sont visées par le secret professionnel de l’avocat, qu’il n’y a pas eu de renonciation à ce privilège et que ces portions du rapport ne feront donc pas partie du dossier lors du contrôle de type *Bodner*. Par conséquent, les conclusions de la Cour d’appel sur ces points ne sont pas visées par le pourvoi devant notre Cour. Elles sont définitives.

IV. Analyse

[26] Je ferai d’abord une remarque préliminaire. Bien que la réponse du gouvernement prenne la forme d’un décret pris par le lieutenant-gouverneur en conseil en vertu de la *Provincial Court Act*, ce

advice given by Cabinet. Since its advice is nearly always binding, Cabinet effectively determines what decision will be made by the Lieutenant Governor in Council: see *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at pp. 546-47. The document at issue in this appeal concerns the process Cabinet followed to settle on its advice.

[27] This appeal falls to be decided in accordance with the framework governing the production of confidential Cabinet documents on *Bodner* review established in the companion appeal, *B.C. Provincial Court Judges*. Although the parties to this appeal framed the debate as being concerned with relevance, as I explained in *B.C. Provincial Court Judges*, relevance alone is not sufficient to balance the competing constitutional interests at stake when a party seeking *Bodner* review requests the production of a confidential Cabinet document.

[28] Thus, the party seeking to have the confidential Cabinet document produced 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*, understood, as they must be, as building on *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, and the *Provincial Judges Reference*. Only then will the government be required to produce the document for judicial inspection. Having inspected the document, the reviewing court determines whether the document in fact provides some evidence which tends to show that the government failed to comply with a requirement described in *Bodner*. If the document provides such evidence, the court can order production as part of the record, subject to public interest immunity or any other applicable rule of evidence invoked by the government.

décret repose sur un avis du Cabinet. Puisque l'avis du Cabinet est pratiquement toujours contraignant, c'est dans les faits le Cabinet qui détermine la décision que prendra le lieutenant-gouverneur en conseil : voir le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 546-547. Le document en litige dans le présent pourvoi a trait au processus qu'a suivi le Cabinet pour arrêter son avis.

[27] Le présent pourvoi doit être tranché conformément au cadre établi dans le pourvoi connexe, *B.C. Provincial Court Judges*, cadre qui régit la production de documents confidentiels du Cabinet lors d'un contrôle de type *Bodner*. Bien que les parties au présent pourvoi aient affirmé que le débat portait sur la pertinence, comme je l'ai expliqué dans *B.C. Provincial Court Judges*, la pertinence ne permet pas à elle seule de réaliser le juste équilibre entre les intérêts constitutionnels opposés en jeu quand une partie sollicitant un contrôle de type *Bodner* demande la production d'un document confidentiel du Cabinet.

[28] En conséquence, la partie qui demande la production d'un document confidentiel du Cabinet doit d'abord établir qu'il existe des raisons de croire que ce document pourrait contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à l'une des exigences décrites dans l'arrêt *Bodner*, interprétées, comme il se doit, comme ayant pour effet d'ajouter à l'arrêt *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, et au *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*. C'est uniquement dans ce cas que le gouvernement devra produire le document pour consultation par le tribunal de révision. Après avoir consulté le document, le tribunal de révision décide s'il renferme en fait des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement ne s'est pas conformé à une exigence décrite dans l'arrêt *Bodner*. Si le document contient de tels éléments de preuve, le tribunal peut ordonner la production du document, en tant que partie du dossier, sous réserve de l'application de l'immunité d'intérêt public ou de toute autre règle de preuve applicable invoquée par le gouvernement.

A. *Should the Attorney General's Report Be Part of the Record on Bodner Review?*

[29] As I recounted in the companion appeal, *B.C. Provincial Court Judges*, the constitutional principle of judicial independence includes financial security as one of its core characteristics: *Provincial Judges Reference*, at para. 118. One component of financial security is that, absent a “dire and exceptional financial emergency precipitated by unusual circumstances”, a government cannot change judicial remuneration parameters without first seeking the recommendations of a judicial compensation commission: *Provincial Judges Reference*, at paras. 133 and 137; *B.C. Provincial Court Judges*, at para. 31. For the commission to be effective, its recommendations must “have a meaningful effect on the determination of judicial salaries”: *Provincial Judges Reference*, at para. 175; see also *Bodner*, at para. 29, and *B.C. Provincial Court Judges*, at para. 33.

[30] The government must formally respond to the commission’s report and give specific reasons justifying any departure from the commission’s recommendations: *Provincial Judges Reference*, at paras. 179-80; *Bodner*, at paras. 18-22; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2016 SCC 39, [2016] 2 S.C.R. 116, at para. 35; *B.C. Provincial Court Judges*, at para. 34. The government’s response is subject to “a limited form of judicial review” on a standard of “rationality”: *Provincial Judges Reference*, at paras. 183-84; *Bodner*, at paras. 29 and 42; *B.C. Provincial Court Judges*, at para. 35.

[31] The test for determining whether the government’s response meets the rationality standard is threefold:

- (1) Has the government articulated a legitimate reason for departing from the commission’s recommendations?

A. *Le rapport de la procureure générale devrait-il faire partie du dossier lors du contrôle de type Bodner?*

[29] Comme je l’ai rappelé dans le pourvoi connexe *B.C. Provincial Court Judges*, la sécurité financière constitue l’une des caractéristiques essentielles du principe constitutionnel de l’indépendance judiciaire : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 118. Un aspect de la sécurité financière est qu’en l’absence de « crise financière exceptionnellement grave provoquée par des circonstances extraordinaires », le gouvernement ne peut modifier la rémunération des juges sans d’abord solliciter les recommandations d’une commission d’examen de la rémunération des juges : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 133 et 137; *B.C. Provincial Court Judges*, par. 31. Pour que la commission fonctionne efficacement, ses recommandations doivent « avoir un effet concret sur la détermination des traitements des juges » : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 175; voir également *Bodner*, par. 29, et *B.C. Provincial Court Judges*, par. 33.

[30] Le gouvernement doit répondre formellement au rapport de la commission et exposer des motifs précis justifiant tout écart par rapport aux recommandations de la commission : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 179-180; *Bodner*, par. 18-22; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2016 CSC 39, [2016] 2 R.C.S. 116, par. 35; *B.C. Provincial Court Judges*, par. 34. La réponse du gouvernement est soumise à « une forme limitée de contrôle judiciaire » selon une norme de « rationalité » : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 183-184; *Bodner*, par. 29 et 42; *B.C. Provincial Court Judges*, par. 35.

[31] L’analyse applicable pour décider si la réponse du gouvernement respecte la norme de la rationalité comporte trois étapes :

- (1) Le gouvernement a-t-il justifié par un motif légitime sa décision de s’écarter des recommandations de la commission?

- (2) Do the government’s reasons rely on 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?

(*Bodner*, at para. 31; *B.C. Provincial Court Judges*, at para. 36)

[32] As I explained in the companion appeal, although the *Bodner* test focuses on the government’s response, this does not mean that the reviewing court can ignore the broader context and the court is not necessarily limited to consideration of the government’s response: see *B.C. Provincial Court Judges*, at paras. 40-45. The third part of the *Bodner* test examines whether the government has respected the commission process such that its purposes have been achieved. And, importantly, the government’s response cannot stand if it shown to have been grounded in an improper or colourable purpose, which reflects a concern that is deeply rooted in this Court’s judicial independence case law and permeates the whole of the *Bodner* test. In *Bodner* itself, 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 purpose or intent to manipulate or influence the judiciary”: *Bodner*, at paras. 66, 96 and 159; see also paras. 68 and 123.

[33] Although the record on *Bodner* review consists primarily of submissions made to the commission, the commission’s report and the government’s response, the record can also include additional

- (2) Les motifs invoqués par le gouvernement ont-ils un fondement factuel raisonnable?
- (3) Dans son 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?

(*Bodner*, par. 31; *B.C. Provincial Court Judges*, par. 36)

[32] Comme je l’ai expliqué dans le pourvoi connexe, bien que l’analyse établie dans l’arrêt *Bodner* soit axée sur la réponse du gouvernement, cela ne veut pas dire que le tribunal de révision peut faire abstraction du contexte général; en effet, il n’est pas nécessairement tenu de considérer uniquement la réponse du gouvernement : voir *B.C. Provincial Court Judges*, par. 40-45. La troisième étape de l’analyse établie dans l’arrêt *Bodner* consiste à déterminer si le gouvernement a respecté le mécanisme d’examen par une commission de façon à permettre la réalisation des objectifs du recours à ce mécanisme. Autre considération importante, la validité de la réponse du gouvernement ne saurait être confirmée s’il est démontré qu’elle repose sur un objectif illégitime ou déguisé (les qualificatifs « malhonnête ou spécieux » ont parfois été utilisés), principe qui témoigne d’un souci profondément ancré dans la jurisprudence de notre Cour relative à l’indépendance judiciaire et qui imprègne toute l’analyse établie dans l’arrêt *Bodner*. Dans cet arrêt, notre Cour s’est demandé si les motifs fournis par les gouvernements de l’Alberta, du Nouveau-Brunswick, de l’Ontario et du Québec étaient « dictés par des considérations purement politiques », s’ils « rév[é]laient] qu’ils [étaient] dictés par des considérations politiques ou discriminatoires » ou s’ils « dénot[aient] l’existence d’un objectif politique illégitime [ou] une intention de manipuler ou d’influencer la magistrature » : *Bodner*, par. 66, 96 et 159; voir également les par. 68 et 123.

[33] Quoique, dans le cadre d’un contrôle de type *Bodner*, le dossier se compose principalement des observations présentées à la commission, du rapport de celle-ci et de la réponse du gouvernement, il peut

evidence relevant to the issues on *Bodner* review: *B.C. Provincial Court Judges*, at paras. 53-55.

[34] *Bodner* review generally opposes two branches of the state as parties to the litigation: the executive and the judiciary challenging the government's response. Determining the relevance of additional evidence where it is disputed may, in the normal course, require inspection of the proposed evidence by a member of the judiciary. Any inspection of a confidential Cabinet document has the potential to undermine Cabinet confidentiality. However, because the judiciary is directly interested in the litigation, the inspection of a confidential Cabinet document relating to the government's response to a judicial compensation commission's recommendations has the potential to significantly undermine Cabinet confidentiality: *B.C. Provincial Court Judges*, at paras. 70-72. As a result of these considerations, the companion appeal establishes a special set of rules that govern when a party applying for *Bodner* review seeks the production of a confidential Cabinet document.

[35] Before the reviewing court inspects the document, the party seeking a *Bodner* review must first point to some circumstance or evidence that supports its view that the document may tend to show that the government's response failed to meet one of the parts of the *Bodner* test: *B.C. Provincial Court Judges*, at para. 75. This does not require the party to have knowledge or information about the content of a confidential Cabinet document. As I explained in *B.C. Provincial Court Judges*, at para. 78, the party can rely on evidence of statements made by ministers or others and broader circumstances, including historical patterns in government responses to commission recommendations. The court may look to the entire record, including the submissions the government made to the commission, in determining whether the circumstances meet the threshold for judicial inspection. The government's response itself may to supply some basis to believe that the confidential

également comprendre d'autres éléments de preuve pertinents à l'égard des questions à examiner lors d'un tel contrôle : *B.C. Provincial Court Judges*, par. 53-55.

[34] Généralement, un contrôle de type *Bodner* oppose deux branches de l'État : d'une part, l'exécutif, d'autre part, les membres de la magistrature qui contestent la réponse du gouvernement. La détermination de la pertinence d'éléments de preuve additionnels, lorsque celle-ci est mise en question, peut, dans le cours normal des choses, requérir qu'un juge consulte les éléments de preuve proposés. Toute consultation d'un document confidentiel du Cabinet est susceptible de porter atteinte à la confidentialité des délibérations du Cabinet. Toutefois, étant donné que le pouvoir judiciaire a un intérêt direct dans le litige, la consultation par un de ses membres d'un document confidentiel du Cabinet se rapportant à la réponse du gouvernement aux recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges est susceptible d'entraîner une atteinte considérable : *B.C. Provincial Court Judges*, par. 70-72. En raison de ces considérations, l'arrêt rendu dans le pourvoi connexe établit un ensemble particulier de règles qui s'appliquent lorsqu'une partie sollicitant un contrôle de type *Bodner* demande la production d'un document confidentiel du Cabinet.

[35] Avant que le tribunal ne consulte le document en question, la partie sollicitant le contrôle de type *Bodner* doit d'abord démontrer l'existence de circonstances ou d'éléments de preuve appuyant sa prétention selon laquelle ce document pourrait tendre à démontrer que la réponse du gouvernement ne satisfait pas à l'une des étapes de l'analyse établie dans l'arrêt *Bodner* : *B.C. Provincial Court Judges*, par. 75. Il n'est pas nécessaire, pour faire cette démonstration, que la partie connaisse le contenu du document confidentiel du Cabinet ou dispose de renseignements sur le contenu de celui-ci. Comme je l'ai expliqué au par. 78 de l'arrêt *B.C. Provincial Court Judges*, la partie peut s'appuyer sur des déclarations faites par des ministres ou d'autres personnes, ainsi que sur des éléments concernant le contexte plus large, y compris de tendances se dégageant des réponses antérieures du gouvernement aux recommandations de la commission. Pour

Cabinet document may contain evidence which tends to show that the government failed to meet a requirement described in *Bodner*.

[36] In its notice of application, the Provincial Judges' Association pleads that the government's reasons fail to explain the choice to *depart* significantly from the commission's recommendation of an 8.9 percent increase in judicial salaries over three years, which aimed to bring them more in line with salaries in other provinces. In the respondents' view, the reasons do not justify the government's decision to limit the increase to one percent in the last year of a triennial cycle.

[37] For their part, the government's reasons repeatedly criticize the commission process and the recommendations in strong terms. The reasons contend that the commission proceeded in a "results-oriented and formulaic manner to achieve an outcome", adding that there was "no rational basis for its conclusion": A.R., vol. 2, at pp. 8-10. The reasons also criticize the commission's reliance on an "adversarial interest arbitration" model drawn based on collective bargaining, warning that, "as a consequence", "public confidence in the actual and apparent independence, objectivity and effectiveness [of the commission] could be called into question": A.R. vol. 2, at pp. 12-13.

[38] Although the government acknowledges that the commission could have provided constitutionally valid reasons for not staying within the scope of the

décider si les circonstances invoquées permettent de faire la démonstration préliminaire requise pour justifier la consultation du document par un membre de la magistrature, le tribunal peut considérer l'ensemble du dossier, notamment les observations que le gouvernement a présentées à la commission. Il est possible que la réponse du gouvernement elle-même fournisse certaines raisons de croire que le document confidentiel du Cabinet pourrait contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait à une exigence décrite dans l'arrêt *Bodner*.

[36] Dans son avis de demande, l'Association plaide que les motifs du gouvernement n'expliquent pas la décision de ce dernier de *s'écarter* considérablement de la recommandation de la commission d'augmenter les traitements des juges de 8,9 p. 100 sur trois ans dans le but de les faire concorder davantage avec les traitements versés dans les autres provinces. De l'avis des intimés, les motifs ne justifient pas la décision du gouvernement de limiter l'augmentation à un pour cent pour la dernière année d'un cycle triennal.

[37] Pour leur part, les motifs avancés par le gouvernement critiquent de façon répétée et en termes sévères les recommandations de la commission et le mécanisme d'examen par une commission. Selon ces motifs, la commission a procédé [TRADUCTION] « suivant une formule axée sur les résultats en vue d'arriver à une conclusion donnée », ajoutant qu'il n'existait « aucun fondement rationnel étayant sa conclusion » : d.a., vol. 2, p. 8-10. Les motifs reprochent aussi à la commission d'avoir recouru à une forme [TRADUCTION] « [d']arbitrage antagoniste entre intérêts opposés », basée sur le modèle de la négociation collective, prévenant qu'« en conséquence », « la confiance du public dans l'indépendance, l'objectivité et l'efficacité — réelles et perçues — [de la commission] pourraient être mises en doute » : d.a., vol. 2, p. 12-13.

[38] Bien que le gouvernement reconnaisse qu'il aurait été possible à la commission de fournir des motifs valables sur le plan constitutionnel pour

province's fiscal plan, the government concludes that the commission erred or exceeded its jurisdiction in failing to stay within the fiscal plan and "chose to, in effect, usurp the statutory authority of the Minister of Finance": A.R., vol. 2, at p. 15 (emphasis added).

[39] As a result, the government varied the commission's recommendation substantially, freezing judicial salaries for 2017-18 and 2018-19 and adopting a one percent increase for 2019-20 "to approximate the salary already set for Crown Attorneys, the funding increase for physicians, and the proposed increase of other Nova Scotians receiving salaries out of public funds, including members of the Legislative Assembly": A.R., vol. 2, at pp. 18-19.

[40] The issue is whether these reasons, in the broader context of this case, supply some basis to believe that the Attorney General's report may contain evidence that tends to show that the government failed to comply with one of its constitutional requirements in responding to the commission's recommendations.

[41] It is open to the respondents to rely on the government's reasons to argue that the government did not take sufficient account of the distinctive nature of judicial office in concluding that judicial salaries should increase only in line with the rest of the public sector. While across-the-board restraints on increases in salaries could be found to be rational, this Court has cautioned that "judicial independence can be threatened by measures which treat judges . . . identically to other persons paid from the public purse": *Provincial Judges Reference*, at paras. 158 and 184. Similarly, although this Court accepted in *Bodner* that comparisons with the salaries of civil servants could be appropriate, this Court also warned that the government's response must *always* take

justifier sa décision de déborder du cadre budgétaire de la province, le gouvernement conclut que la commission a soit fait erreur soit outrepassé sa compétence en dérogeant à ce cadre et qu'elle [TRADUCTION] « a choisi, dans les faits, d'usurper le pouvoir conféré par la loi au ministre des Finances » : d.a., vol. 2, p. 15 (je souligne).

[39] En définitive, le gouvernement a modifié considérablement la recommandation de la commission, gelant les traitements des juges pour les exercices 2017-2018 et 2018-2019 et décrétant une augmentation de leurs traitements d'un pour cent pour l'exercice 2019-2020 [TRADUCTION] « afin qu'ils concordent avec le salaire déjà fixé pour les procureurs de la Couronne, l'augmentation de l'enveloppe destinée aux médecins et la hausse proposée à l'égard des autres personnes en Nouvelle-Écosse qui sont rémunérées sur les fonds publics, y compris les députés de l'Assemblée législative » : d.a., vol. 2, p. 18-19.

[40] Il s'agit de décider si, dans le contexte plus large de la présente espèce, les motifs susmentionnés fournissent des raisons de croire que le rapport de la procureure générale pourrait contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement ne s'est pas conformé à une de ses obligations constitutionnelles lorsqu'il a répondu aux recommandations de la commission.

[41] Il est loisible aux intimés de se fonder sur les motifs du gouvernement pour soutenir que ce dernier n'a pas tenu suffisamment compte de la nature distincte des fonctions judiciaires lorsqu'il a conclu que les traitements des juges devraient augmenter uniquement au même rythme que les salaires dans le reste du secteur public. Bien qu'il soit possible que des restrictions générales en matière d'augmentation salariale puissent être jugées rationnelles, notre Cour a formulé la mise en garde suivante : . . . « l'indépendance de la magistrature peut être menacée par des mesures qui [...] traitent les juges [et les] autres personnes rémunérées sur les fonds publics [...] de façon identique » : *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 158 et 184. De même, quoique

into account the distinctive nature of judicial office: *Bodner*, at paras. 26, 75 and 123-26.

[42] As this Court made clear in *Bodner*, at paras. 23, 25 and 38, the government must respond to the commission's recommendations, taking those recommendations into account and dealing with the issues at stake in a meaningful way. In *Bodner* itself, the Quebec government's failure to address certain key justifications for the commission's recommendations proved fatal to the rationality of its response: para. 159. Here, the government's reasons identify a number of possible errors in the commission's comparison with judicial salaries in New Brunswick. The government's study of the factual foundations relied on by the commission is appropriate and expressly contemplated by *Bodner*, at paras. 26 and 36. But it is also arguable that the government may not have engaged in a meaningful way with the commission's analysis of the increase in the cost of living in Nova Scotia or its broader comparison of judicial salaries in Nova Scotia with those across the country, which formed the central justification for its recommendation. The legitimacy of the Nova Scotia government's reasons may also be assessed in light of the extent of the departure from the commission's recommendation.

[43] The government may of course disagree with the commission's recommendations and its reasoning. However, the government is also expected to show respect for the commission process such that the objectives of that process — depoliticization and judicial independence — can be achieved: *Bodner*, at paras. 25-26 and 30-31. Here, the government's reasons themselves may raise some concerns about whether the government failed to meaningfully engage with the commission's recommendations and

notre Cour ait accepté dans *Bodner* que des comparaisons avec les salaires des fonctionnaires pourraient s'avérer opportunes, elle a également souligné que la réponse du gouvernement doit *toujours* tenir compte de la nature distincte des fonctions judiciaires : *Bodner*, par. 26, 75 et 123-126.

[42] Comme l'a clairement indiqué notre Cour aux par. 23, 25 et 38 de l'arrêt *Bodner*, le gouvernement doit répondre aux recommandations de la commission, les prendre en compte et traiter concrètement des questions en jeu. Dans l'affaire *Bodner* elle-même, l'omission du gouvernement du Québec de répondre à certains des principaux motifs justifiant les recommandations de la commission s'est révélée fatale à la rationalité de sa réponse : par. 159. En l'espèce, les motifs du gouvernement font état d'un certain nombre d'erreurs possibles dans la comparaison faite par la commission avec les salaires versés aux juges au Nouveau-Brunswick. L'étude effectuée par le gouvernement sur les fondements factuels invoqués par la commission est appropriée et expressément envisagée dans l'arrêt *Bodner*, aux par. 26 et 36. Mais il est également possible de soutenir que le gouvernement ne s'est pas penché de manière concrète sur l'analyse réalisée par la commission en ce qui concerne la hausse du coût de la vie en Nouvelle-Écosse ou sur la comparaison plus large effectuée par celle-ci entre les traitements versés aux juges de la province et ceux versés aux juges dans le reste du pays, comparaison qui constitue la justification centrale de sa recommandation. La légitimité des motifs avancés par le gouvernement de la Nouvelle-Écosse peut également être évaluée au regard de la mesure dans laquelle celui-ci s'écarte de la recommandation de la commission.

[43] Il est évidemment loisible au gouvernement de ne pas être d'accord avec la commission quant aux recommandations qu'elle a formulées et au raisonnement qu'elle a suivi. Cependant, on attend de lui qu'il fasse montre de respect envers le mécanisme d'examen par une commission de manière à permettre la réalisation des objectifs de ce mécanisme — la dépolitisation et l'indépendance de la magistrature : *Bodner*, par. 25-26 et 30-31. Ici, les motifs mêmes avancés par le gouvernement peuvent faire craindre

about the government's respect for the commission process.

[44] Further, the government in this case appears to have implemented precisely the increase it proposed in its submissions to the commission, again raising the issue of whether the government respected the commission process: see *Bodner*, at para. 23; *B.C. Provincial Court Judges*, at para. 85. In doing so, like the Quebec government in *Bodner* itself, the Nova Scotia government “appears to have been content to restate its original position without answering certain key justifications for the [commission’s] recommendations”: para. 159. This is an important factor to consider in determining whether the threshold is met.

[45] Finally, I note that there is also a reference to the Attorney General’s report in the preamble to the order in council that forms the government’s response. While such a reference indicates that the Lieutenant Governor in Council may have relied on the Attorney General’s report in formulating its response, this alone would not likely have been sufficient to meet the threshold. It remains simply a factor to be considered.

[46] In my view, in these circumstances, the Association meets the threshold for judicial inspection of the document in question. There is some basis to believe that the Attorney General’s report may contain evidence which tends to show that the government in fact fell short of its constitutional obligations as required under this Court’s jurisprudence on judicial independence.

[47] The next step in the analysis is therefore to determine whether the Attorney General’s report does in fact provide some evidence which tends to show that the government’s response does not comply with

que le gouvernement n’ait pas analysé de façon concrète les recommandations de la commission, ni fait preuve de respect envers son mécanisme d’examen.

[44] De plus, le gouvernement semble en l’espèce avoir mis en œuvre précisément l’augmentation qu’il avait proposée dans ses observations à la commission, ce qui, une fois de plus, soulève la question de savoir s’il a respecté le mécanisme d’examen de la commission : voir *Bodner*, par. 23; *B.C. Provincial Court Judges*, par. 85. Ce faisant, à l’instar du gouvernement du Québec dans l’affaire *Bodner*, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse « semble s’être contenté de reformuler sa position initiale, sans opposer de réponse à certains des principaux motifs justifiant les recommandations [de la commission] » : par. 159. Il s’agit d’un facteur important à prendre en considération pour décider si la démonstration préliminaire requise a été faite.

[45] Enfin, je note qu’il y a aussi une mention du rapport de la procureure générale dans le préambule du décret qui forme la réponse du gouvernement. Bien que cette mention indique qu’il est possible que le lieutenant-gouverneur en conseil se soit appuyé sur le rapport de la procureure générale pour formuler sa réponse, ce fait ne suffirait vraisemblablement pas à lui seul pour que la démonstration préliminaire requise soit réalisée. Il constitue simplement un facteur parmi d’autres à prendre en considération.

[46] Je suis d’avis que, dans les circonstances, l’Association a fait la démonstration préliminaire requise pour justifier la consultation du document en question par un membre de la magistrature. Il existe certaines raisons de croire que le rapport de la procureure générale pourrait contenir des éléments de preuve tendant à démontrer que le gouvernement a dans les faits manqué aux obligations constitutionnelles qui lui incombent suivant la jurisprudence de notre Cour relative à l’indépendance judiciaire.

[47] La prochaine étape de l’analyse consiste donc à déterminer si le rapport de la procureure générale fournit effectivement certains éléments de preuve tendant à démontrer que la réponse du gouvernement

the requirements set out in *Bodner: B.C. Provincial Court Judges*, at para. 80.

[48] The report, which was filed under seal, is available for examination by this Court. We are in a position to inspect the document and decide whether it should be produced, thus providing further guidance on the application of this framework. Like the Nova Scotia courts, I do not comment on the portions of the report protected by solicitor-client privilege and focus solely on the non-privileged portions.

[49] As the Supreme Court of Nova Scotia’s summary of the report makes clear, most of the non-privileged portions of the report supply background information intended to provide context to the Lieutenant Governor in Council about the decision it had to make under the *Provincial Court Act*. Apart from the discussion of government-wide implications and the communications plan, the balance of the non-privileged portions of the report provides no evidence that the government’s response fails to comply with the requirements described in *Bodner*. Those portions contain nothing bearing on the legitimacy of the public reasons given by the government for departing from the commission’s recommendation. They shed no light on the reasonableness of the factual foundation relied upon by government. They do not evince disrespect for the commission process. Nor do they suggest improper motivation. Those non-privileged portions of the report need not be produced.

[50] The paragraph under the heading “government-wide implications” in the Attorney General’s report acknowledges that the commission’s role is “unique” owing to judicial independence, but adds that “any salary increases provided to any group may have impacts on current labour negotiations for Government”.

ne satisfait pas aux exigences énoncées dans l’arrêt *Bodner : B.C. Provincial Court Judges*, par. 80.

[48] Le rapport a été déposé sous scellés auprès de la Cour et est ainsi à notre disposition pour examen. Nous sommes donc en mesure de le consulter afin de décider s’il doit être produit, et ainsi de donner des indications supplémentaires sur l’application de ce cadre. Tout comme les tribunaux de la Nouvelle-Écosse, je vais m’abstenir de commenter les portions du rapport qui sont protégées par le secret professionnel de l’avocat et me concentrer uniquement sur les portions qui ne le sont pas.

[49] Comme l’indique clairement le résumé du rapport que fait la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, la plupart des portions du rapport non protégées par le secret professionnel de l’avocat fournissent des renseignements généraux qui visaient à exposer au lieutenant-gouverneur en conseil le contexte de la décision qu’il devait prendre en vertu de la *Provincial Court Act*. Exception faite de l’analyse des implications à l’échelle gouvernementale et du plan de communications, le reste des portions non protégées du rapport ne fournissent aucun élément de preuve démontrant que la réponse du gouvernement ne satisfait pas aux exigences décrites dans l’arrêt *Bodner*. Elles ne renferment rien qui a trait à la légitimité des motifs invoqués publiquement par le gouvernement pour s’écarter de la recommandation de la commission. Elles n’apportent aucun éclairage sur le caractère raisonnable du fondement factuel invoqué par le gouvernement. Elles ne révèlent pas un manque de respect envers le mécanisme d’examen de la commission. Elles ne suggèrent pas non plus de motivation illégitime. Ces portions non protégées du rapport n’ont pas à être produites.

[50] Le paragraphe qui figure sous la rubrique « implications à l’échelle gouvernementale » dans le rapport de la procureure générale reconnaît que la commission joue un rôle [TRADUCTION] « unique » vu le principe de l’indépendance judiciaire, mais il précise également que « toute augmentation salariale consentie à un groupe risque d’avoir une incidence sur les négociations collectives auxquelles prend part actuellement le gouvernement ».

[51] As for the communications plan, it is an appendix to the Attorney General's report, which was prepared by the Department of Justice's Communications Director and approved by the Deputy Attorney General and the Attorney General. The communications plan does not provide any advice or recommendations, but rather identifies the "communications challenges" that would result from accepting, rejecting or varying the commission's recommendations. It was put before Cabinet for its consideration in determining the government's response to the commission's recommendations. The communications plan sets out the bases on which the decision to accept or vary the commission's recommendations could be criticized, as well as related political considerations.

[52] If the government were to accept the recommendations, the communications plan warns that the salary increase may not be acceptable to the public. The plan cautions that if the government accepts the recommendations, the public may question why the government amended the legislation to make the commission's recommendations non-binding, if the government is not prepared to depart from them. Finally, the plan suggests that public sector unions may use the salary increase to "bolster [their] case for higher wages" because the recommended increase is higher than that for public sector employees more generally.

[53] The communications plan warns that if the government rejects or varies the recommendations, as it ultimately did, the Judges of the Provincial Court and Family Court will likely apply for judicial review. The plan explains that even so, the public will likely see the government as "firm and consistent on finances and wages for individuals supported by taxpayers" and that public sector unions will not be able to use the salary increase in support of their case for higher wages.

[51] Quant au plan de communications, il s'agit d'une annexe au rapport de la procureure générale qui a été préparée par le directeur des communications du ministère de la justice et approuvée par le sous-procureur général et la procureure générale. Le plan de communications ne fournit ni conseil ni recommandation, mais fait plutôt état de [TRADUCTION] « défis sur le plan des communications » que soulèveraient l'acceptation, le rejet ou la modification des recommandations de la commission. Il a été remis au Cabinet pour que celui-ci l'examine lorsqu'il déciderait de la réponse du gouvernement aux recommandations de la commission. Le plan de communications mentionne les raisons pour lesquelles la décision d'accepter ou de modifier ces recommandations pourrait être critiquée, ainsi que des considérations politiques connexes.

[52] Le plan avise le gouvernement que, si ce dernier décide d'accepter les recommandations, l'augmentation salariale pourrait ne pas être considérée acceptable par le public. Il le prévient également que, s'il accepte les recommandations, le public pourrait se demander pourquoi le gouvernement a pris la peine de modifier la loi pour rendre les recommandations non contraignantes s'il n'est pas disposé à s'écarter de celles-ci. Enfin, le plan suggère que les syndicats du secteur public pourraient invoquer l'augmentation salariale [TRADUCTION] « au soutien de [leurs] arguments en faveur de salaires plus élevés », étant donné que l'augmentation recommandée est supérieure à celle consentie aux employés du secteur public en général.

[53] Le plan de communications prévient le gouvernement que, s'il rejette ou modifie les recommandations — ce qu'a fait ce dernier en définitive —, les juges de la Cour provinciale et du Tribunal de la famille présenteront probablement une demande de contrôle judiciaire. Le plan précise toutefois que, même si cela se produit, le public considèrera vraisemblablement que le gouvernement agit de manière [TRADUCTION] « ferme et cohérente en matières financières et à l'égard des salaires versés aux personnes payées par les contribuables », et que les syndicats du secteur public ne pourront pas utiliser l'augmentation salariale au soutien de leurs arguments en faveur d'une majoration des salaires.

[54] In my view, the inclusion of these considerations in the discussion of government-wide implications and in the communications plan provides some basis to support the contention that government's response to the commission's recommendations fell short of its constitutional requirements. In particular, the suggestion that if the government accepts the commission's recommendations, it will be criticized for not availing itself of the option given to it by the Nova Scotia legislature to vary or reject the commission's recommendations, is hardly a rational basis for departing from those recommendations. It would undermine the legitimacy of the government's response if Cabinet relied on these considerations. Whether it did so will be a matter for the Supreme Court of Nova Scotia to decide on the merits.

[55] Of course, the government can undoubtedly take into account broader considerations of public policy in formulating its response to the commission's recommendations. Indeed, the government is due deference by the reviewing court, owing to its "unique position and accumulated expertise and its constitutional responsibility for management of the province's financial affairs": *Bodner*, at para. 30.

[56] But it is far from clear that the government can depart from the commission's recommendations simply because it fears that accepting them would have a detrimental impact on public sector labour negotiations. In *Bodner*, at para. 160, this Court described the Quebec government's response to a similar commission's recommendations in these terms:

After the [commission] submitted its report, the [g]overnment's perspective and focus remained the same. Its position is tainted by a refusal to consider the issues relating to judicial compensation on their merits and a desire to keep them within the general parameters of its public sector labour relations policy. The [g]overnment did not seek to consider what should be the appropriate level of compensation for judges, as its primary concerns were to avoid

[54] À mon avis, l'inclusion de ces considérations dans l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale et dans le plan de communications appuie dans une certaine mesure la prétention selon laquelle la réponse du gouvernement aux recommandations de la commission ne satisfaisait pas aux exigences constitutionnelles. En particulier, l'argument voulant que, si le gouvernement accepte les recommandations de la commission, il sera critiqué parce qu'il ne s'est pas prévalu de la faculté que lui a donnée la législature de la Nouvelle-Écosse de modifier ou de rejeter les recommandations de la commission, ne saurait guère servir de fondement rationnel le justifiant de s'écarter ces recommandations. La légitimité de la réponse du gouvernement serait compromise si le Cabinet s'est fondé sur ces considérations. La question de savoir s'il l'a fait est une question qu'il appartiendra à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse de trancher lors de l'instruction au fond.

[55] Il va de soi que le gouvernement peut prendre en compte des considérations d'intérêt général plus larges lorsqu'il formule sa réponse aux recommandations de la commission. D'ailleurs, le tribunal de révision doit faire montre de déférence envers le gouvernement, vu « la position unique et l'expertise accumulée du gouvernement et sa responsabilité constitutionnelle en matière de gestion des finances de la province » : *Bodner*, par. 30.

[56] Il est toutefois loin d'être clair que le gouvernement peut s'écarter des recommandations de la commission simplement parce qu'il craint que le fait de les accepter entraînerait des répercussions néfastes sur les négociations collectives dans le secteur public. Dans *Bodner*, par. 160, notre Cour a décrit ainsi la réponse du gouvernement du Québec à des recommandations d'une commission similaire :

Après le dépôt du rapport [de la commission], le [g]ouvernement a maintenu son point de vue et ses priorités. Sa position est viciée par son refus d'examiner quant au fond les questions relatives à la rémunération des juges et par son désir de continuer d'y appliquer les paramètres généraux de sa politique en matière de relations du travail dans le secteur public. Le [g]ouvernement n'a pas cherché à déterminer quel serait le niveau de traitement approprié

raising expectations in other parts of the public sector and to safeguard the traditional structure of its pay scales.

[57] Thus, in this case, the considerations highlighted in the discussion of government-wide implications and in the communications plan could be of assistance to the Association in calling into question the respect the government has shown the commission process and the propriety of the government's motivation for rejecting the commission's recommendations. These components of the Attorney General's report provide sufficient context to enable the reviewing court to understand and assess this evidence.

[58] In the end, the Supreme Court of Nova Scotia will make the determination on the merits. It will reach a conclusion, based on the entire record, about whether and how these considerations informed the government's response.

[59] But, in my view, the discussion of government-wide implications and the communications plan provide some evidence that tends to show that the government failed to meet its constitutional requirements described in *Bodner*. Thus, subject to public interest immunity, these parts of the Attorney General's report should be included in the record.

B. *Public Interest Immunity*

[60] The government claims public interest immunity over the Attorney General's report as a document prepared for Cabinet discussion. Accordingly, the final issue is whether public interest immunity bars the production of the discussion of government-wide implications and the communications plan as part of the record.

[61] Public interest immunity protects the confidentiality of Cabinet deliberations: *Carey*, at pp. 655-59

pour les juges; sa principale préoccupation demeurerait de ne pas élever les attentes dans d'autres secteurs de la fonction publique et de préserver la structure traditionnelle des échelles salariales.

[57] Par conséquent, en l'espèce, les considérations soulignées dans l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale et dans le plan de communications pourraient aider l'Association à mettre en doute le respect manifesté par le gouvernement à l'égard du mécanisme d'examen de la commission, ainsi que la légitimité des motifs avancés par le gouvernement pour rejeter les recommandations de celle-ci. Ces portions du rapport de la procureure générale fournissent suffisamment de contexte pour permettre au tribunal de révision de comprendre cette preuve et de l'évaluer.

[58] En définitive, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse statuera au fond sur cette question. Elle décidera, au regard de l'ensemble du dossier, si ces considérations ont influé sur la réponse du gouvernement et de quelle manière.

[59] Toutefois, je suis d'avis que l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale et le plan de communications fournissent certains éléments de preuve qui tendent à démontrer que le gouvernement n'a pas satisfait aux obligations constitutionnelles qui lui incombent et qui sont décrites dans l'arrêt *Bodner*. En conséquence, sauf application de la règle de l'immunité d'intérêt public, ces portions du rapport de la procureure générale devraient être versées au dossier.

B. *Immunité d'intérêt public*

[60] Le gouvernement revendique l'immunité d'intérêt public à l'égard du rapport de la procureure générale au motif qu'il s'agit d'un document préparé pour discussion au sein du Cabinet. Par conséquent, la question ultime consiste à déterminer si cette immunité fait obstacle à la production au dossier de l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale et du plan de communications.

[61] L'immunité d'intérêt public protège la confidentialité des délibérations du Cabinet : *Carey*,

and 670-71; *B.C. Provincial Court Judges*, at paras. 67 and 98. The Nova Scotia legislature has not displaced the common law doctrine of public interest immunity and, indeed, in the context of proceedings against the Crown, has preserved it: *Proceedings against the Crown Act*, R.S.N.S. 1989, c. 360, s. 11.

[62] The common law test is whether the public interest in the document remaining confidential outweighs the public interest in its being disclosed: *Carey*, at pp. 653-54 and 670; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3, at para. 19; *B.C. Provincial Court Judges*, at para. 99. The main factors relevant to balancing the competing public interests in confidentiality and disclosure of documents concerning Cabinet decision making were described in *Carey*, at pp. 670-73:

- (1) the level of the “decision-making process”;
- (2) the “nature of the policy concerned”;
- (3) the “particular contents of the document”;
- (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”.

In the companion appeal, I explained how these factors apply in the context of a *Bodner* review: see *B.C. Provincial Court Judges*, at paras. 106-19.

[63] The burden is on the government to establish that a document should not be disclosed because of public interest immunity: *Carey*, at pp. 653 and 678; *B.C. Provincial Court Judges*, at para. 102. The government should put in a detailed affidavit to support its claim of public interest immunity and it will often be helpful for the government to be as specific as possible in identifying harm that would result from disclosure: *Carey*, at pp. 653-54 and 671; *B.C. Provincial Court Judges*, at para. 102.

p. 655-659 et 670-671; *B.C. Provincial Court Judges*, par. 67 et 98. La législature de la Nouvelle-Écosse n’a pas écarté l’immunité d’intérêt public prévue par la common law et, en fait, elle l’a maintenue dans le contexte des poursuites visant l’État : *Proceedings against the Crown Act*, R.S.N.S. 1989, c. 360, art. 11.

[62] Le critère de common law consiste à se demander si l’intérêt du public dans le maintien de la confidentialité du document l’emporte sur l’intérêt du public dans sa divulgation : *Carey*, p. 653-654 et 670; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3, par. 19; *B.C. Provincial Court Judges*, par. 99. Les principaux facteurs pertinents pour soupeser ces intérêts publics opposés dans le cas d’un document concernant le processus décisionnel du Cabinet ont été décrits ainsi dans l’arrêt *Carey*, p. 670-673 :

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

Dans le pourvoi connexe, j’ai expliqué la façon dont ces facteurs s’appliquent dans le contexte d’un contrôle de type *Bodner* : voir *B.C. Provincial Court Judges*, par. 106-119.

[63] Il incombe au gouvernement de démontrer qu’un document ne devrait pas être divulgué parce qu’il est visé par l’immunité d’intérêt public : *Carey*, p. 653 et 678; *B.C. Provincial Court Judges*, par. 102. Le gouvernement devrait déposer un affidavit contenant suffisamment de renseignements pour étayer sa revendication de l’immunité d’intérêt public, et il sera souvent utile que le gouvernement décrive en termes aussi précis que possible le préjudice qui découlerait de la divulgation du document : *Carey*, p. 653-654 et 671; *B.C. Provincial Court Judges*, par. 102.

[64] Here, the Secretary of the Executive Council's affidavit simply confirms the communication of the Attorney General's report to Cabinet and confirms that the Nova Scotia government was asserting public interest immunity over the entire report and solicitor-client privilege over parts of it. While it provides evidence that the Attorney General's report was provided to Cabinet, such an affidavit provides scant assistance in assessing a claim of public interest immunity.

[65] Nonetheless, several of the factors identified in *Carey* weigh in favour of the government-wide implications and communications plan remaining confidential. These components relate to a decision at the highest level of the executive made by the Lieutenant Governor by and with the advice of the Executive Council. The government's response to a judicial compensation commission's recommendations involves important policy choices.

[66] Although the decision to vary the commission's recommended increase in judicial remuneration has been made and publicly announced, the details of the considerations that were before Cabinet, including those in the communications plan, have not been made public. Ministers are entitled to expect that those considerations will remain confidential for decades.

[67] The discussion of government-wide implications in the Attorney General's report must be taken to reflect her views. While the communications plan does not speak to the differing views of individual ministers, it is not simply factual background. Its contents may reveal matters that were discussed and considered in Cabinet. Such contents, too, can be expected to remain confidential. Thus, this factor also weighs in favour of preserving the confidentiality of these components of the report.

[64] En l'espèce, l'affidavit de la secrétaire du Conseil exécutif ne fait que confirmer que le rapport de la procureure générale a été communiqué au Cabinet et que le gouvernement de la Nouvelle-Écosse invoquait l'immunité d'intérêt public à l'égard de l'ensemble du rapport et le secret professionnel de l'avocat à l'égard de certaines portions de celui-ci. Bien qu'un tel affidavit constitue un élément de preuve de la remise au Cabinet du rapport de la procureure générale, il est d'une utilité limitée dans l'appréciation du bien-fondé d'une revendication de l'immunité d'intérêt public.

[65] Néanmoins, plusieurs des facteurs mentionnés dans *Carey* militent en faveur du maintien de la confidentialité de l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale et du plan de communications. Ces sections se rapportent à une décision prise au plus haut palier de l'exécutif par le lieutenant-gouverneur, sur l'avis du Conseil exécutif. La réponse du gouvernement à l'égard des recommandations d'une commission d'examen de la rémunération des juges implique d'importantes décisions de politique générale.

[66] Bien que la décision de modifier la hausse de rémunération des juges recommandée par la commission ait déjà été prise, puis annoncée publiquement, le détail des considérations soumises au Cabinet pour prendre cette décision, y compris celles figurant dans le plan de communications, n'a pas été rendu public. Les ministres ont le droit de s'attendre à ce que ces considérations demeurent confidentielles pendant des décennies.

[67] L'analyse des implications à l'échelle gouvernementale figurant dans le rapport de la procureure générale doit être considérée comme reflétant les vues de cette dernière. Bien que le plan de communications ne fasse pas état de points de vue divergents exprimés par des ministres, il ne constitue pas un simple exposé factuel. Son contenu est susceptible de révéler des questions qui ont été discutées et considérées au sein du Cabinet. Il est permis de s'attendre à ce que de tels renseignements demeurent eux aussi confidentiels. Par conséquent, il s'agit d'un autre facteur militant en faveur du maintien de la confidentialité de ces portions du rapport.

[68] Turning to the interests of the administration of justice, the most important consideration is the degree to which the document bears on what is at issue in the litigation and the extent to which its exclusion from the record would undermine the court's ability to adjudicate the issues on their merits.

[69] I am satisfied that the exclusion of these components of the Attorney General's report from the record would impact the reviewing court's ability to determine the merits of the *Bodner* review.

[70] Some of the considerations mentioned in the discussion of government-wide implications and in the communications plan were not rational or legitimate bases on which to vary or reject the commission's recommendations. If the Supreme Court of Nova Scotia concludes that Cabinet relied on these considerations in reaching its decision, then these documents would tend to show that one or more of the requirements from *Bodner* was not met. The fact that the legislature gave the Lieutenant Governor in Council the power to vary or reject the commission's recommendations is not itself a reason to vary recommendations. Likewise, the impact of accepting a recommendation on labour negotiations is generally not a legitimate basis for varying a recommendation made by a commission: see *Bodner*, at para. 160. The communications plan indicates that the government may have been concerned about the risk of an uninformed public reaction.

[71] Thus, the inclusion of these components of the Attorney General's report in the record would help the reviewing court determine whether the government's response was grounded in an improper purpose and whether the third part of the *Bodner* test, which considers whether the commission process has been respected such that the purposes of that process have been achieved, has been met. The exclusion of these parts of the report from the record may leave the reviewing court with an incorrect understanding of the considerations that may have informed the government's response. It may also raise the question

[68] Pour ce qui est des intérêts liés à l'administration de la justice, la considération la plus importante est la mesure dans laquelle le document porte sur ce qui est l'objet de l'instance et la mesure dans laquelle son exclusion du dossier nuirait à la capacité du tribunal à statuer au fond sur les questions en litige.

[69] Je suis convaincue que le fait d'exclure du dossier ces portions du rapport de la procureure générale nuirait à la capacité du tribunal de révision de trancher au fond le contrôle de type *Bodner*.

[70] Certaines des considérations mentionnées dans l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale et dans le plan de communications ne constituaient pas des fondements rationnels ou légitimes justifiant de modifier ou de rejeter les recommandations de la commission. Si la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse conclut que le Cabinet s'est appuyé sur ces considérations pour prendre sa décision, ces documents tendraient alors à démontrer qu'une ou plusieurs des exigences énoncées dans l'arrêt *Bodner* n'ont pas été respectées. Le fait que la législature a accordé au lieutenant-gouverneur en conseil le pouvoir de modifier ou de rejeter les recommandations de la commission n'est pas en soi un motif justifiant la modification des recommandations. De même, l'incidence qu'aurait sur des négociations collectives le fait d'accepter une recommandation ne constitue généralement pas une raison légitime de modifier une recommandation formulée par une commission : voir *Bodner*, par. 160. Le plan de communications indique que le gouvernement était possiblement préoccupé par le risque de réactions de la part d'un public peu éclairé sur ces questions.

[71] En conséquence, l'inclusion au dossier de ces portions du rapport de la procureure générale aiderait le tribunal de révision à déterminer si la réponse du gouvernement reposait sur un objectif illégitime et s'il a été satisfait à la troisième étape de l'analyse établie dans *Bodner*, étape qui porte sur la question de savoir si le mécanisme d'examen par la commission a été respecté de telle façon que ses objectifs ont été réalisés. Le fait d'exclure du dossier ces portions du rapport pourrait faire en sorte que le tribunal de révision dispose d'un portrait inexact des considérations qui ont pu influencer sur la réponse

of whether the government provided legitimate reasons for departing from the commission's recommendations. I am accordingly of the view that the interests of the administration of justice favour the disclosure of the government-wide implications in the Attorney General's report and the communications plan appendix.

[72] The level of decision making, the nature of the policy concerned, the contents of the discussion of government-wide implications and of the communications plan and the timing of the disclosure all weigh in favour of these components of the Attorney General's report remaining confidential. Because the policy concerns a constitutional requirement relating to the justice system, and, thus, the administration of justice, it also weighs in favour of disclosure. The exclusion of this evidence from the record would undermine the reviewing court's ability to deal with central issues on *Bodner* review: whether the government articulated legitimate reasons for departing from the commission's recommendations; whether the government's response was grounded in improper considerations and whether the government respected the commission process. The interests of the administration of justice thus strongly favour the disclosure of these parts of the Attorney General's report. I conclude that the public interest in their disclosure outweighs the public interest in their remaining confidential.

V. Disposition

[73] I would allow the appeal in part, but only to modify the Supreme Court of Nova Scotia's declaration, such that only two components of the Attorney General's report — i.e. the components titled "government-wide implications" and "communications plan" — should be included in the record. I would award the Provincial Judges' Association its costs in this Court. Within 10 days of this judgment, the Attorney General shall file in this Court a

du gouvernement. Cela pourrait également soulever la question de savoir si le gouvernement a fourni des motifs légitimes pour justifier sa décision de s'écarter des recommandations de la commission. Je suis par conséquent d'avis que les intérêts liés à l'administration de la justice militent en faveur de la divulgation de l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale figurant dans le rapport de la procureure générale, ainsi que du plan de communications en annexe.

[72] Le palier du processus décisionnel, la nature de la politique en question, la teneur précise de l'analyse des implications à l'échelle gouvernementale et du plan de communications, ainsi que le moment de divulgation sont autant de facteurs qui militent en faveur du maintien de la confidentialité de ces portions du rapport de la procureure générale. Étant donné que la politique porte sur une exigence constitutionnelle relative au système de justice et, de ce fait, à l'administration de la justice, elle constitue un facteur militant en faveur de la divulgation. Le fait d'exclure ces éléments de preuve du dossier nuirait à la capacité du tribunal de révision à décider les questions centrales du contrôle de type *Bodner* : Le gouvernement a-t-il justifié par des motifs légitimes sa décision de s'écarter des recommandations de la commission? La réponse du gouvernement reposait-elle sur des considérations illégitimes? Le gouvernement a-t-il respecté le mécanisme d'examen par une commission? Les intérêts liés à l'administration de la justice militent donc fortement en faveur de la divulgation de ces portions du rapport de la procureure générale. Je conclus que l'intérêt du public dans leur divulgation l'emporte sur l'intérêt du public dans le maintien de leur confidentialité.

V. Dispositif

[73] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie, mais uniquement afin de modifier le jugement déclaratoire de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse de façon à indiquer que seulement deux portions du rapport de la procureure générale — c.-à-d. les portions intitulées « *government-wide implications* » (implications à l'échelle gouvernementale) et « *communications plan* » (plan de communications) — doivent être versées au dossier. Je suis en outre d'avis

new redacted version of volume 3 of the appellants' record, amended in accordance with these reasons. The Association's application for review of the government's response can now be determined on the merits in light of the amended record.

Appeal allowed in part with costs to the respondents.

Solicitor for the appellants: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitors for the respondents: Myers, Winnipeg.

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.

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

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

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

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

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

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

d'adjudger les dépens devant notre Cour en faveur de l'Association. Le procureur général doit, dans les 10 jours suivant le prononcé du présent arrêt, déposer auprès de notre Cour une nouvelle version caviardée du volume 3 du dossier des appelants, modifiée conformément aux présents motifs. La demande de l'Association sollicitant le contrôle de la réponse du gouvernement peut maintenant être tranchée sur le fond à la lumière du dossier modifié.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens en faveur des intimés.

Procureur des appelants : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureurs des intimés : Myers, Winnipeg.

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.

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

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

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

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

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