

Yar Slavutych *Appellant;*

and

T. D. Baker, Dr. H. B. Collier, Dr. W. H. Swift and the Board of Governors of the University of Alberta *Respondents.*

1974: December 10; 1975: January 28.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF ALBERTA, APPELLATE DIVISION

Evidence—Faculty member requested to give opinion about fellow staff member—Statements made in confidential document—Error in law on part of arbitration board in considering faculty member's statements as grounds for his dismissal.

Pursuant to s. 122 of the University of Alberta Faculty Handbook, dismissal proceedings were instituted against the appellant, a member of the university's Department of Slavonic Languages. An arbitration board, consisting of the three individual respondents, considered four charges contained in a letter from the president of the university to the appellant. As to three of the charges the board found that two of them had not been established, and the third, although established, was not sufficient cause for dismissal. On the fourth charge, which dealt with a confidential document, referred to as a "tenure form sheet", the board found that the evidence provided sufficient grounds for dismissal. It was the board's opinion that the appellant, in using the language he did with reference to a fellow staff member, was guilty of a serious misdemeanour sufficient that he should stand dismissed for cause.

The document in question had been completed by the appellant at the request of the university authorities, acting through the head of the Department of Slavonic Languages. It was headed "Confidential" and the directions for submission thereof requested that it be forwarded in a "sealed envelope marked Confidential". Moreover, the appellant stated, and he was not contradicted, that he was informed by the head of the department that the information received would be kept strictly confidential until the tenure committee met and then the sheet would be destroyed.

The appellant's appeal from the award by the arbitration board was dismissed by the Appellate Division of

Yar Slavutych *Appellant;*

et

T. D. Baker, Dr. H. B. Collier, Dr. W. H. Swift et l'Assemblée des gouverneurs de l'Université de l'Alberta *Intimés.*

1974: le 10 décembre; 1975: le 28 janvier.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÈME D'ALBERTA

Preuve—Membre de la faculté requis de donné son opinion sur un collègue—Déclaration faite dans un document confidentiel — Le conseil d'arbitrage a commis une erreur en droit en considérant les déclarations faites par un membre de la faculté comme motif de son licenciement.

Conformément à l'art. 122 du manuel des facultés de l'Université de l'Alberta, on a entamé des procédures en vue de licencier l'appelant, un membre du département des Langues slaves de l'Université. Un conseil d'arbitrage, composé des trois intimés, a examiné quatre accusations contenues dans une lettre envoyée par le président de l'Université à l'appelant. Quant à trois d'entre-elles, le conseil d'arbitrage a conclu que deux n'avaient pas été prouvées et que la troisième, bien que prouvée, n'était pas suffisante pour justifier un licenciement. Quant à la quatrième accusation qui traitait d'un document confidentiel, désigné comme un «formulaire relatif à la permanence», le conseil a conclu que la preuve fournissait des motifs suffisants de licenciement. Le conseil a été d'avis que l'appelant, en parlant d'un collègue dans les termes qu'il a employés, s'était rendu coupable d'un acte de mauvaise conduite justifiant son licenciement.

Le document dont il s'agit avait été rempli par l'appelant à la demande du directeur du département des Langues slaves au nom des autorités de l'Université. Ce document portait la cote «Confidentiel» et les instructions pour le transmettre précisait de l'expédier dans «une enveloppe cachetée marquée Confidentiel». De plus l'appelant a déclaré, et il n'a pas été contredit, qu'il avait été avisé par le directeur du département que les renseignements reçus demeuraient strictement confidentiels jusqu'à la réunion du comité sur la permanence et qu'ensuite le document serait détruit.

L'appel de l'appelant à l'encontre de la sentence du conseil d'arbitrage a été rejeté par la Division d'appel de

the Supreme Court of Alberta, and the appellant, with leave, then appealed to this Court.

Held: The appeal should be allowed.

In proceedings initiated by a university with respect to tenure, confidential communications made in good faith by one having a legitimate interest in the proceedings ought not to be used to his prejudice. This Court did not agree with the finding by the Court below that the statements made by the appellant were not made in good faith. The production of the tenure form sheet and the basing of a charge of misconduct thereon should not have been permitted and therefore the arbitration board, in the words of s. 11(2) of *The Arbitration Act*, R.S.A. 1970, c. 21, had misconducted themselves and their award should be quashed.

Seager v. Copydex, Ltd., [1967] 2 All. E.R. 415; *Terrapin Ltd. v. Builders' Supply Co. (Hayes) Ltd. et al.*, [1960] R.P.C. 128; *Horrocks v. Lowe*, [1972] 3 All E.R. 1098, applied; *Argyll v. Argyll*, [1967] Ch. 302; *Bell v. University of Auckland*, [1969] N.Z.L.R. 1029, referred to.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division¹, dismissing an appeal from an award by a board of arbitration. Appeal allowed and award quashed.

J. W. McClung, Q.C., for the appellant.

W. J. Girgullis, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

SPENCE J.—This is an appeal from the judgment of the Appellate Division of Alberta pronounced on June 22, 1973. By that judgment, the Appellate Division dismissed an appeal from the award by an arbitration board composed of the respondents Baker, Collier and Swift which award had been delivered on June 9, 1972.

The appeal to this Court was taken by leave of the Court granted by its order pronounced on November 5, 1973.

The three respondents who were members of the arbitration board were not represented during the argument of the appeal before the Appellate Division nor in this Court, and in this judgment I shall consider the matter as if it were an appeal by the

la Cour suprême de l'Alberta, et l'appelant, avec autorisation, a interjeté appel devant cette Cour.

l'Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Lorsque la procédure de permanence est engagée par l'Université, des communications confidentielles, faites de bonne foi par une personne qui a un intérêt légitime dans la procédure, ne doivent pas servir à l'encontre de cette dernière. Cette Cour ne souscrit pas à la conclusion de la Cour inférieure qui a décidé que les déclarations de l'appelant n'ont pas été faites de bonne foi. La production du formulaire relatif à la permanence sur lequel est fondé l'accusation de mauvaise conduite n'aurait pas dû être permise et par conséquent le conseil d'arbitrage, pour employer les mots du par. (2) de l'art. 11 du *Arbitration Act*, R.S.A. 1970, c. 21, a manqué à ses obligations et sa sentence devrait être annulée.

Arrêts appliqués: *Seager v. Copydex, Ltd.*, [1967] 2 All. E.R. 415; *Terrapin Ltd. v. Builders' Supply Co. (Hayes) Ltd. et al.*, [1960] R.P.C. 128; *Horrocks v. Lowe*, [1972] 3 All E.R. 1098. Arrêts mentionnés: *Argyll v. Argyll*, [1967] Ch. 302; *Bell v. University of Auckland*, [1969] N.Z.L.R. 1029.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême d'Alberta¹ qui a rejeté un appel d'une sentence d'un conseil d'arbitrage. Le pourvoi est accueilli et la sentence annulée.

J. W. McClung, c.r., pour l'appelant.

W. J. Girgullis, pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Il s'agit d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt rendu le 22 juin 1973 par la Division d'appel de l'Alberta qui a rejeté un appel d'une sentence prononcée le 9 juin 1972 par un conseil d'arbitrage composé des intimés Baker, Collier et Swift.

Cette Cour a autorisé l'appel par son ordonnance en date du 5 novembre 1973.

Les trois intimés, membres du conseil d'arbitrage, n'étaient pas représentés lors des plaidoiries devant la Division d'appel ni devant cette Cour, et en ce jugement je considèrerais l'affaire comme un pourvoi par l'appelant contre une seule intimée,

¹ [1973] 5 W.W.R. 723, 41 D.L.R. (3d) 71.

¹ [1973] 5 W.W.R. 723, 41 D.L.R. (3d) 71.

appellant as against the Board of Governors of the University of Alberta alone as respondents.

The appellant had been employed as an associate professor in the Slavonic Languages Department of the Faculty of Arts of the University of Alberta. In accordance with the provisions in the faculty handbook of that university, dealing with the procedures and regulations pertaining to the appointment and termination of appointment of full-time faculty members, Dr. Wyman, the president of the university, introduced proceedings to dismiss the appellant. Dr. Wyman forwarded to the appellant a very long and detailed letter dated December 16, 1971. In that letter, which was entitled "Evidence of Misconduct", Dr. Wyman outlined in detail his complaints and concluded the letter:

It is my intention to take the next step required in the dismissal procedures of this university and to recommend to the Board of Governors that you be dismissed.

As required by s. 122.3, I shall wait at least twenty-one days before taking any further action on my part.

Section 122.3 of the handbook permitted the member upon receiving from the president notice of his intention to recommend dismissal to submit the matter to the Academic Welfare Committee of the Staff Association and that committee could take action and make recommendations.

The appellant did submit the matter to such Academic Welfare Committee and that association, by its letter of February 4, 1972, addressed to Dr. Wyman, cited its resolution as follows:

That the AASUA Executive remains of the opinion that the evidence presented in the Slavutych case is insufficient to warrant dismissal procedures, and recommends that such procedures be dropped.

The Executive also goes on record as deeply concerned that confidential documents intended for use in a Tenure Hearing have been used in a context different from that for which they were intended.

Despite that recommendation, Dr. Wyman evidently determined to proceed with the dismissal procedures and an arbitration board was instituted consisting of the three individual respondents.

l'Assemblée des gouverneurs de l'Université de l'Alberta.

L'appelant était professeur adjoint au département des Langues slaves de la faculté des Arts de l'Université de l'Alberta. Conformément aux dispositions du manuel de la faculté de cette université, qui traite des procédures et des règlements relatifs à la nomination des membres à plein temps de la faculté et de leur licenciement, le Dr Wyman, président de l'Université, a entamé des procédures en vue de licencier l'appelant. Le 16 décembre 1971, il a fait parvenir à l'appelant une lettre très longue et très détaillée. Dans celle-ci, qui portait en rubrique [TRADUCTION] «Preuve de mauvaise conduite», le Dr Wyman énonce en détail ses reproches et termine ainsi:

[TRADUCTION] J'ai l'intention de passer au prochain palier prévu à la procédure de licenciement de cette université et de proposer à l'Assemblée des gouverneurs que vous soyez licencié.

Conformément à l'art. 122.3, j'attendrai au moins 21 jours avant de prendre d'autres mesures.

L'article 122.3 du manuel permettait à un membre, sur réception du président d'un avis qu'il entendait proposer son licenciement, de soumettre la question au Comité des affaires pédagogiques de l'Association des professeurs et ce comité pouvait s'occuper du cas et faire des recommandations.

L'appelant a effectivement soumis la question au Comité et l'Association dans une lettre du 4 février 1972 envoyée au Dr Wyman, cite sa résolution qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] Que l'exécutif de l'Association est d'avis que la preuve présentée dans l'affaire Slavutych est insuffisante pour justifier les procédures de licenciement et il recommande qu'elles soient abandonnées.

L'exécutif veut que soit également inscrit au procès-verbal qu'il est profondément contrarié que des documents confidentiels qui devaient servir aux fins d'une enquête relative à la permanence ont été utilisés dans un contexte différent de leur destination originelle.

Malgré cette recommandation, le Dr Wyman a de toute évidence décidé de continuer la procédure de licenciement et un conseil d'arbitrage, composé des trois intimés, a été formé.

The appeal case includes no formal document of submission to arbitration and it would appear that Dr. Wyman's letter of December 16, 1971, to which I have referred, has been taken as the submission. In that letter, four different charges were outlined. The first three may be dealt with very shortly. As to charges one and three which deal, respectively, with a letter to a prospective graduate student and listing his publications and any other reports in successive years, the arbitration board held that "the evidence was not sufficiently firm presenting too many uncertainties to establish wrong-doing". As to charge two, consisting of involvement of students in matters between the appellant and the university, the board found that the charge had been established but, "However, this was not sufficient to warrant dismissal". Charge number four dealt with a document which was referred to as a "tenure form sheet". That document was produced as an addendum to the reasons for judgment of Sinclair J.A. of the Appellate Division and I cite it in full:

Il n'y a pas dans le dossier d'appel de document officiel déférant le cas à l'arbitrage et il semble que la lettre du Dr Wyman du 16 décembre 1971, que j'ai déjà mentionnée, a constitué le document de renvoi. Dans cette lettre, quatre accusations différentes sont portées. Les trois premières peuvent être traitées très brièvement. Quant à la première et la troisième qui traitent, respectivement, d'une lettre à un futur diplômé et de la liste de ses publications et autres rapports au cours des différentes années, le conseil d'arbitrage a statué que [TRADUCTION] «la preuve n'était pas suffisamment solide et précise pour conclure qu'il y ait eu faute». Quant à la deuxième accusation relative à l'implication d'étudiants dans des questions concernant l'appelant et l'université, le conseil a conclu que l'accusation avait été prouvée mais, [TRADUCTION] «cependant, cela n'était pas suffisant pour justifier le licenciement». La quatrième accusation traite d'un document appelé [TRADUCTION] «formulaire relatif à la permanence». Ce document a été produit comme addenda aux motifs de jugement du juge d'appel Sinclair de la Division d'appel et je le cite au complet:

DEPARTMENT OF SLAVIC LANGUAGES

TENURE FORM SHEET CONFIDENTIAL

Below the following name, state frankly your opinion on the advisability of tenure, given your *factual* knowledge of the case. Give a YES, NO, or NO OPINION answer, with reasons stated in as much detail as possible. Specific information concerning the candidate's research, teaching, committee-work, public service, personality (over-all effect on the Department) is particularly welcome,

Name T. R. CARLTON, (Candidate for Tenure)

"Yes," "No"
"No Opinion" ?

Reasons He was highly dishonest, often unethical.

[TRADUCTION] DÉPARTEMENT DES LANGUES SLAVES

FORMULAIRE RELATIF À LA PERMANENCE CONFIDENTIEL

Au-dessous du nom suivant, dites franchement votre opinion sur l'à-propos de la permanence du candidat en vous basant sur des faits vérifiables. Répondez OUI, NON ou SANS OPINION, en donnant le plus de détails possible sur les motifs de votre réponse. Sont particulièrement considérés les renseignements sur les recherches du candidat, son enseignement, son travail en comité, son civisme, sa personnalité (son influence sur l'ensemble du département).

Nom T. R. CARLTON, (Candidat à la permanence)

«Oui» «Non»
«Sans Opinion» ?

Motifs Il a été très malhonnête et a souvent violé l'éthique professionnelle.

He favoured certain students by giving them high marks—so that they might praise him before the administrators.

While teaching Ukrainian, he did not pursue his speaking ability in this language. On the contrary, he has declined since he uses English almost exclusively, in his senior Ukrainian courses.

He participated in intrigues and the smearing, invented by his former Head. However, he did not hesitate to plunge a long knife in his former chairman's back after the latter was relieved from his duties.

Being almost 40 years old and not having published anything, he has proved that he is definitely not a scholarly type of person.

In spite of these comments, I would comply with any decision of the Tenure Committee.

Il a favorisé certains étudiants en leur donnant des notes élevées de façon que ceux-ci puissent faire son éloge auprès des administrateurs.

Bien qu'enseignant l'ukrainien, il n'a pas perfectionné cette langue parlée. Au contraire, il a regressé puisqu'il emploie presque exclusivement l'anglais dans ses cours avancés d'ukrainien.

Il s'est associé aux intrigues menées par son ancien supérieur et aux propos diffamatoires inventés par ce dernier. Il n'a toutefois pas hésité à poignarder dans le dos son ancien directeur après que celui-ci eut été relevé de ses fonctions.

Étant âgé de près de 40 ans et n'ayant encore rien publié, il a démontré qu'il n'avait absolument aucune vie intellectuelle.

Malgré ces commentaires, je respecterai toute décision du comité de permanence.

Date Nov. 7, 1970 Signature "Yar Slavutych"

Return before November 5th, 1970 in a sealed envelope
marked "CONFIDENTIAL" to CHAIRMAN,
DEPARTMENT OF SLAVIC LANGUAGES, c/o
Mrs. M. Murphy.

The appellant, in his reply to the president's previous letter of November 12, 1971, said, in reference to that tenure form sheet:

3. TENURE FORM SHEET ...

Dr. Schaarschmidt twice requested from me a confidential opinion about Professor T. Carlton, assuring me that the information received will be kept strictly confidential until the Tenure Committee meets, and then the sheet will be destroyed. After some hesitation, I openly expressed what I thought of this man. Every word in the tenure form sheet signed by me is true. Now, a year later, I learn from you, Mr. President, that the said form sheet was retained and the requested confidential information has been used against me. I wish to talk with you about this matter at the time of an appointment.

Date le 7 nov. 1970

Signature «*Yar Slavutych*»

Retourner avant le 5 novembre 1970, dans une enveloppe cachetée marquée «CONFIDENTIEL» au DIRECTEUR, DÉPARTEMENT DES LANGUES SLAVES, à l'attention de M^{me} M. Murphy.

Dans sa réponse à une lettre antérieure du président en date du 12 novembre 1971, l'appelant mentionnait, au sujet de ce formulaire relatif à la permanence:

[TRADUCTION] 3. FORMULAIRE RELATIF À LA PERMANENCE . . .

Le Dr Schaarschmidt m'a demandé à deux reprises une opinion confidentielle sur le professeur T. Carlton, en m'assurant que les renseignements reçus seraient gardés strictement confidentiels jusqu'à la réunion du comité de permanence et que le formulaire serait ensuite détruit. Après quelque hésitation, j'ai exprimé ouvertement ce que je pensais de cette personne. Chaque mot dans ce formulaire que j'ai signé est véridique. Maintenant, un an plus tard, vous m'apprenez, Monsieur le Président, que ledit formulaire a été conservé et que les renseignements confidentiels demandés ont été utilisés contre moi. J'aimerais discuter avec vous de cette question au moment d'une nomination.

This statement was included in a letter dated November 16, 1971, from the appellant to the president and was produced by the president upon the arbitration as Exhibit Wy-v. It was not denied in any way during the testimony upon the arbitration.

There was much discussion during the hearing of the arbitration as to this tenure form sheet. Witnesses do not seem to have been sworn, and it is well-nigh impossible to separate out what is evidence and what is presentation or argument. It is not my intention to go into the proceedings before the arbitration board in any detail although it might be necessary to make short reference thereto hereafter. The actual charge as to this tenure form sheet by Dr. Wyman against the appellant does not seem to have been formulated with exactness but I take a statement in the letter of December 16, 1971, to which I have already referred, as being, in its essence, a charge. That statement is as follows:

My conclusion is that you have made a very serious charge on the flimsiest basis, and have advanced no satisfactory evidence to prove that the charge you made is true.

Despite the objection stated by the appellant in his letter of November 16, 1971, to which I have already referred, the president pressed this charge and the arbitration board made a finding thereon as follows:

Charge Four Re: *Tenure Form Sheet*

The Board finds that the evidence presented in Charge Four provides sufficient grounds for dismissal. It is the Board's opinion that Professor Slavutych, in using the language he did with reference to a fellow staff member, was guilty of a serious misdeameanor sufficient that he should stand dismissed for cause.

The board concluded its report by a statement that it was its decision that the appellant should be dismissed with a recommendation that he be allowed 12 months' salary and then added what it termed to be a "Note" as follows:

The Staff Handbook, Section 122.6, requires that the Arbitration Board render a decision of either Yes or No in respect of dismissal. The Board is satisfied that

Cette déclaration faisait partie d'une lettre en date du 16 novembre 1971 adressée par l'appelant au président qui l'a produite à l'arbitrage comme pièce Wy-v. Celle-ci n'a nullement été réfutée par les témoignages à l'arbitrage.

On a beaucoup parlé à l'enquête devant le conseil d'arbitrage de ce formulaire de permanence. Les témoins ne semblent pas avoir été assermentés et il est presque impossible de séparer la preuve de la plaidoirie. Je n'ai pas l'intention de m'étendre sur les procédures devant le conseil d'arbitrage, bien qu'il puisse être nécessaire d'en parler brièvement plus loin. La véritable accusation portée par le Dr Wyman contre l'appelant relativement à ce formulaire ne semble pas avoir été formulée avec précision mais j'extrais de la lettre du 16 décembre 1971, une déclaration qui, comme je l'ai déjà mentionné, constitue en soi une accusation. Cette déclaration est la suivante:

[TRADUCTION] Ma conclusion est que vous avez porté une accusation très sérieuse en vous basant sur des motifs des plus superficiels et que vous n'avez apporté aucune preuve satisfaisante pour en établir la véracité.

Malgré l'objection énoncée dans la lettre de l'appelant du 16 novembre 1971, dont j'ai déjà parlé, le président a maintenu cette accusation et le Conseil d'arbitrage a rendu la décision suivante:

[TRADUCTION]

Quatrième accusation Re: *Formulaire relatif à la permanence*

Le conseil conclut que la preuve produite sur la quatrième accusation fournit des motifs suffisants de licenciement. C'est l'opinion du Conseil que le professeur Slavutych, en parlant d'un collègue dans les termes qu'il a employés, s'est rendu coupable d'un acte de mauvaise conduite grave justifiant son licenciement pour cause.

Le conseil a conclu son rapport en déclarant que l'appelant soit licencié en recommandant qu'on lui alloue douze mois de salaire et en ajoutant à la suite ce qu'on a appelé une «Remarque» qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] Le manuel du personnel, à l'article 122.6, exige que le conseil d'arbitrage rende une décision par un *Oui* ou un *Non* à l'égard d'un licenciement. Le

dismissal is warranted based on the evidence. Nevertheless, it recommends to the President and the Board of Governors that they consider whether some lesser penalty might serve, sufficiently, the interests of the University.

The appellant appealed from the report of the arbitration board to the Appellate Division and reasons for judgment of that Court were given by Sinclair J.A., who noted that the only question for determination was whether the arbitrators misdirected themselves or otherwise erred in law in considering as grounds for dismissal statements made by the appellant in a confidential document referred to as a "tenure form sheet".

In his reasons for judgment, Sinclair J.A. first dealt with the admissibility of this tenure form sheet under the classification of qualified privilege and cited from vol. 8 of *Wigmore on Evidence*, 3rd ed., (McNaughton Revision, 1961), para. 2285, outlining four fundamental conditions as necessary to the establishment of a privilege against the disclosure of communications:

- (1) The communications must originate in a *confidence* that they will not be disclosed.
- (2) This element of *confidentiality must be essential* to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.
- (3) The *relation* must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously *fostered*.
- (4) The *injury* that would inure to the relation by the disclosure of the communications must be *greater than the benefit* thereby gained for the correct disposal of litigation."

Sinclair J.A. concluded his consideration of these grounds with the statement:

If the problem involved in this appeal is to be considered solely from an evidentiary point of view, I do not believe a claim that privilege should be extended to the tenure form sheet can be supported on the grounds of public policy.

On the other hand, if the matter be considered on the question of privilege, I am not of the same view. I address myself to the four fundamental conditions outlined by Wigmore and which I have

conseil est convaincu que le licenciement est justifié en se fondant sur la preuve. Cependant, il recommande au Président et à l'assemblée des gouverneurs qu'ils examinent si quelque sanction moins sévère pourrait suffisamment servir les intérêts de l'université.

L'appelant a interjeté appel du rapport du Conseil d'arbitrage à la Division d'appel et les motifs de jugement de cette cour-là ont été rendus par le juge d'appel Sinclair, qui a fait remarquer que la seule question à déterminer était de savoir si les arbitres s'étaient fourvoyés ou avaient autrement commis une erreur en droit en considérant comme motifs de licenciement des déclarations faites par l'appelant dans un document confidentiel appelé «formulaire relatif à la permanence».

Dans ses motifs, le juge d'appel Sinclair s'est d'abord demandé si ce formulaire devait être classé dans les documents de caractère confidentiel et il cite le volume 8 de *Wigmore on Evidence*, 3^e éd., (McNaughton Revision, 1961), par. 2285, qui édicte quatre conditions essentielles pour que des communications soient privilégiées et qu'on ne puisse les divulguer:

- [TRADUCTION] «(1) Les communications doivent avoir été transmises *confidentiellement* avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées.
- (2) Le caractère confidentiel doit être un élément *essentiel* au maintien complet et satisfaisant des relations entre les parties.
- (3) Les *relations* doivent être de la nature de celles qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être *entretenues* assidûment.
- (4) Le *préjudice* permanent que subiraient les relations par la divulgation des communications doit être *plus considérable que l'avantage* à retirer d'une juste décision.»

Le juge d'appel Sinclair a conclu son étude de ces motifs par cette déclaration:

[TRADUCTION] Si le problème en cause doit être considéré seulement du point de vue de la preuve, je ne crois pas qu'une prétention que le caractère confidentiel devrait s'appliquer au formulaire relatif à la permanence puisse s'appuyer sur des motifs d'intérêt public.

En revanche, si la question doit être considérée du point de vue de la communication privilégiée, je ne partage pas cet avis. Je renvoie aux quatre conditions essentielles énoncées par Wigmore et

quoted above. As to number one, the communication did originate in a confidence, a confidence stressed in the very words of the form which the appellant was asked to complete and repeated and emphasized by the head of the department when he requested the appellant to complete the form. As to the second condition, certainly confidentiality was essential to the operation of a procedure whereby fellow members of the university staff were requested to give their opinions as to an application for such an important right as tenure. These persons were working every day together and it would be simply impossible to have the statement made by one at the request of the university authorities in reference to the worth of another known either to him or to the balance of the staff. As to the third condition, surely it is in the interest of the university community that the relationship between colleagues must be fostered and that the proper procedures for granting tenure to members of the university staff must be furthered. As to the fourth condition, all of the elements which I have just recited stress the desirability of the preservation of the confidential nature of the communication. There is, of course, an interest in the operation of the proper procedures for dismissal and it might be said, although I do not think it can be properly said, that such interest would justify the breach of the confidentiality of the communication but I do not think that it can be said that this latter interest is any greater than the interest in the retention of its confidentiality and if the two interests were of equal weight surely the greater effect should be to support the confidentiality of a document given upon the firm agreement of both parties that it should remain confidential, indeed that it should be destroyed so soon as it had been read and perused, especially when the party who proposes the breach of that confidentiality, *i.e.*, the University of Alberta, is the party who made the firm commitment that the confidentiality should be absolute.

I would, therefore, be of the opinion that considering this matter only an evidentiary one and under the doctrine of privilege as so ably considered in Wigmore the confidential document

citées ci-dessus. Quant à la première condition, la communication a été transmise à titre confidentiel, tel qu'il appert au texte même du formulaire que l'appelant avait à remplir et comme le directeur du département l'a répété avec insistance lorsqu'il a demandé à l'appelant de remplir le formulaire. A l'égard de la deuxième condition, le caractère confidentiel était certainement essentiel au bon fonctionnement de la procédure par laquelle on demandait à des membres du personnel de l'université, collègues du requérant, de donner leur opinion sur une demande aussi importante qu'une nomination permanente. Ces personnes travaillaient quotidiennement ensemble et on n'aurait pu permettre que la déclaration faite par l'une, à la demande des autorités de l'université, relativement au mérite d'une autre, soit portée à la connaissance de celle-ci ou des autres membres du personnel. Quant à la troisième condition, il était sûrement dans l'intérêt de la collectivité universitaire que les relations entre les collègues soient entretenues et que la procédure régulière pour accorder la permanence aux membres du personnel soit facilitée. Quant à la quatrième condition, tous les éléments que je viens de mentionner font ressortir l'avantage de préserver la nature confidentielle de la communication. Il existe naturellement un avantage au bon fonctionnement de la procédure régulière de licenciement et on pourrait dire, bien que je ne le crois pas à propos, que cet avantage justifierait la violation du caractère confidentiel de la communication mais je ne crois pas qu'on pourrait dire que cet avantage est supérieur à celui du maintien du caractère confidentiel. Et si les deux avantages s'équivalent, on devrait certainement attacher plus d'importance au maintien du caractère confidentiel d'un document qui a été remis avec l'accord formel des deux parties qu'il demeurerait confidentiel, même qu'il devrait être détruit dès qu'il aurait été lu et examiné. Cela s'applique particulièrement lorsque la partie qui propose la violation du caractère confidentiel, *c.-à-d.* l'Université de l'Alberta, est la partie qui s'est engagée formellement à ce que le caractère confidentiel soit absolu.

Par conséquent, je suis d'avis qu'en considérant cette affaire seulement du point de vue de la preuve et selon la règle des communications privilégiées, comme elle a été si bien exposée par

should have been ruled inadmissible. Any charge based thereon would, therefore, have failed.

I am, however, of the opinion, as was Sinclair J.A., that this is not to be considered as a matter of the application of the doctrine of privilege in the light of evidence but rather, in view of the circumstance to which I have already referred, that the document came into being and the confidence was attached thereto by the proper officers of the University of Alberta, to wit, the head of the Department of Slavonic Languages. As I pointed out, the document is headed "Confidential" and the directions for the submission thereof request that it be forwarded in a "sealed envelope marked Confidential". Moreover, the appellant stated, and he was not contradicted, that he was informed by Dr. Schwaarschmidt, the head of the Department, that the information received would be kept strictly confidential until the tenure committee met and then the sheet would be destroyed.

Sinclair J.A. quoted Lord Denning M.R., in *Seager v. Copydex, Ltd.*², at p. 417, who, in turn had adopted the statement of Roxburgh J. in *Terrapin Ltd. v. Builders' Supply Co. (Hayes) Ltd. et al.*³, as follows:

"As I understand it, the essence of this branch of the law, whatever the origin of it may be, is that a person who has obtained information in confidence is not allowed to use it as a springboard for activities detrimental to the person who made the confidential communication, and springboard it remains even when all the features have been published or can be ascertained by actual inspection by any member of the public."

I am of the opinion that that is a sound statement of the doctrine as to revelation of confidential communications when it deals with the actions of those who are parties to the confidence. The fact that that particular statement was made in reference to a commercial situation was, as pointed out, by Sinclair J.A., no reason why it should be

Wigmore, le document confidentiel aurait dû être déclaré irrecevable. Par conséquent, toute accusation fondée sur ce dernier n'aurait pas dû être maintenue.

Je suis toutefois d'avis, comme le juge d'appel Sinclair, qu'il ne faut pas envisager la question sous l'angle de l'application de la règle des communications privilégiées à la lumière de la preuve mais plutôt, en raison des circonstances que j'ai déjà décrites, que ce sont les administrateurs mêmes de l'Université de l'Alberta, et en particulier le directeur du département des langues slaves, qui sont à l'origine de l'existence du document et du caractère confidentiel qui lui a été donné. Comme je l'ai mentionné, le document porte la cote «Confidentiel» et les instructions pour le transmettre précisent qu'il soit expédié dans (traduction) «une enveloppe cachetée marquée Confidentiel». De plus l'appelant a déclaré, et il n'a pas été contredit, qu'il avait été avisé par le Dr Schwaarschmidt, le directeur du département, que les renseignements reçus demeuraient strictement confidentiels jusqu'à la réunion du comité sur la permanence et qu'ensuite le document serait détruit.

Le juge d'appel Sinclair cite lord Denning, maître des rôles, qui, dans *Seager v. Copydex Ltd.*², à la p. 417, a lui-même adopté la déclaration du juge Roxburgh dans *Terrapin Ltd. v. Builders' Supply Co. (Hayes) Ltd. et al.*³:

[TRADUCTION] «Comme je le comprends, le fondement de cette branche du droit, quelle que soit son origine, est qu'une personne qui a obtenu un renseignement à titre confidentiel ne peut s'en servir comme base d'agissements préjudiciables à la personne qui a fourni le renseignement confidentiel. Et ce document demeurera à la base même lorsque tous ses éléments ont été publiés ou sont effectivement disponibles à l'examen du public.»

Je suis d'avis que ce passage constitue un énoncé valable de la règle relative à la divulgation des communications confidentielles lorsqu'elle traite des actes des personnes qui leur ont donné le caractère confidentiel. Le fait que cet énoncé particulier renvoie à une situation de caractère commercial n'est pas, comme l'a signalé le juge d'appel

² [1967] 2 All E.R. 415.

³ [1960] R.P.C. 128.

² [1967] 2 All E.R. 415.

³ [1960] R.P.C. 128.

confined to such situation and, indeed, *Argyll v. Argyll*⁴, a decision of Ungoed-Thomas J., shows that it may be applied to very personal situations, in that case confidential revelations by a wife to her husband during coverture. The doctrine was applied by Turner J. in *Bell v. University of Auckland*⁵, when what was being considered was an attempt by the plaintiff to obtain production from the defendant of certain notes and recommendations given to the defendant by persons whom the plaintiff had designated as appropriate sources from whom confidential information might be obtained. As will be seen, some of the circumstances bear a marked resemblance to the present case. Here, it is the very party who instigated the communication in confidence and stressed its confidentiality who desires to not produce it but to use as a basis for a charge of misconduct justifying dismissal. I quote from the judgment of Turner J. at p. 1036.

Here the parties to the present action have solemnly agreed before the action that the documents which are now in question should be brought into existence upon the solemn undertaking of both of them that the plaintiff will not be entitled to see the documents.

One of those two parties was the plaintiff, and it was the plaintiff who sought the right to see the documents. In the present case, the solemn undertaking was made between the university, acting through the head of the department, and the appellant, and it is the university which seeks to use the document.

After his reference to *Argyll v. Argyll, supra*, Sinclair J.A. continued:

I believe the equitable principle of breach of confidence has a role to play in the present appeal. It seems to me that when tenure procedure with respect to a candidate is initiated there comes into existence, within the University of Alberta, something which I will call, for want of a better term, an umbrella of confidence. The protection afforded by this umbrella extends to all within the institution who have a legitimate interest in the tenure proceedings. The nature of that shelter is

Sinclair, un motif pour en restreindre l'application à de telles situations et de fait, l'arrêt *Argyll v. Argyll*⁴, un jugement du juge Ungoed-Thomas, démontre qu'elle peut viser des situations personnelles; en cette affaire-là, il s'agissait de révélations confidentielles faites par une femme à son mari pendant le mariage. La règle est appliquée par le juge Turner dans l'affaire *Bell v. University of Auckland*⁵, alors qu'on a examiné ce qui était une tentative du demandeur d'obtenir que la défenderesse produise certaines notes et recommandations qui avaient été données à cette dernière par des personnes que le demandeur avait indiquées comme pouvant fournir des renseignements confidentiels. Comme on le verra, certains faits ressemblent étrangement à ceux de l'espèce. Ici, c'est la partie même qui a été à la source de la communication privilégiée et qui a insisté sur le caractère confidentiel qui désire non pas la produire, mais s'en servir comme fondement d'une accusation de mauvaise conduite justifiant le licenciement. Je cite le jugement du juge Turner à la p. 1036:

[TRADUCTION] Les parties en l'espèce ont solennellement convenu avant l'action que les documents qui sont maintenant en cause seraient rédigés sur l'engagement solennel des deux parties que le demandeur n'aurait pas le droit de voir les documents.

L'une de ces deux parties était le demandeur, et c'était ce dernier qui cherchait à voir les documents. En l'espèce, l'engagement solennel a été fait entre l'université d'une part, par l'intermédiaire du directeur de département, et l'appelant d'autre part, et c'est l'université qui cherche à se servir du document.

Après son renvoi à *Argyll v. Argyll, supra*, le juge d'appel Sinclair a poursuivi:

[TRADUCTION] Je crois que le principe équitable relatif à la violation du caractère confidentiel a un rôle à jouer dans le présent appel. Il me semble que lorsque la procédure de permanence à l'égard d'un candidat est engagée, il s'établit alors, dans les murs de l'Université de l'Alberta, quelque chose que j'appellerai, faute de meilleure expression, un abri du caractère confidentiel. La protection offerte par cet abri s'étend à tous ceux qui dans l'institution ont un intérêt légitime dans la procé-

⁴ [1967] Ch. 302.

⁵ [1969] N.Z.L.R. 1029.

⁴ [1967] Ch. 302.

⁵ [1969] N.Z. L. R. 1029.

such that confidential communications, made in good faith, ought not to be used to the prejudice of their maker as a member of the university community. That being so, had the tenure form sheet been submitted by the appellant in good faith, it should not have been used as part of his dismissal proceedings.

With respect, I agree exactly with that statement and believe that it puts the matter accurately and succinctly. Sinclair J.A. continued, after quoting from the tenure form sheet:

When one examines the record before us it is clear that these serious charges, levelled in circumstances vital to a colleague's career, were never substantiated. One can draw no other conclusion but that these unsupported allegations were not made in good faith.

With respect, I cannot concur in such a disposition of the appeal.

It must be remembered that under the provisions of s. 122.8 of the handbook which, of course, contains the regulations as to the dismissal procedure including the arbitration, it is specifically provided: "The burden of proof of justification for dismissal rests on the President."

The very short award of the arbitrators makes no mention whatsoever of good faith or bad faith. The award should be considered in the light of the recommendation which followed and which I have quoted above that the president and the board of governors consider whether some lesser penalty might serve sufficiently the interests of the university. Such a recommendation could not have been made if the board had been of the opinion that the appellant was acting in bad faith.

In *Horrocks v. Lowe*⁶, the Court of Appeal was concerned with an action for libel and slander and the defence of qualified privilege. That defence, of course, could only be alleged if the defendant acted without malice, which I will equate in the circumstances in the present case to acting in good faith. Lord Denning M.R. gave reasons for the

dure de permanence. La nature de cette protection est telle que des communications confidentielles, faites de bonne foi, ne doivent pas servir à l'encontre de leur auteur à titre de membres de la collectivité universitaire. Ceci étant admis, si le formulaire relatif à la permanence avait été soumis par l'appelant de bonne foi, il n'aurait pas dû servir dans les procédures visant son licenciement.

Respectueusement, je suis complètement d'accord avec cet énoncé et je crois qu'il situe l'affaire de façon exacte et succincte. Le juge d'appel Sinclair a continué, après avoir cité des extraits du formulaire relatif à la permanence:

[TRADUCTION] Lorsqu'on examine le dossier devant nous, il est clair que ces accusations très sérieuses, lancées dans des circonstances vitales pour la carrière d'un collègue, n'ont jamais été prouvées. On ne peut tirer d'autre conclusion que ces allégations non étayées n'ont pas été faites de bonne foi.

Respectueusement, je ne puis souscrire à cette façon de décider le pourvoi.

On doit se rappeler qu'en vertu des dispositions de l'art. 122.8 du manuel qui, évidemment, contient les règles relatives à la procédure de licenciement, y inclus l'arbitrage, il est expressément prévu: [TRADUCTION] «Il incombe au président de prouver le bien-fondé du licenciement».

La très courte sentence arbitrale ne fait aucunement mention de bonne ou mauvaise foi. La sentence doit être considérée à la lumière de la recommandation faite à la fin et que j'ai citée ci-dessus à savoir que le Président et l'assemblée des gouverneurs examinent si quelque sanction moins sévère pourrait suffisamment servir les intérêts de l'université. Une recommandation de cette nature n'aurait pu être faite si le conseil d'arbitrage avait été d'avis que l'appelant avait agi de mauvaise foi.

Dans l'arrêt *Horrocks c. Lowe*⁶, la Cour d'appel avait à décider d'une action en diffamation et d'une défense d'immunité relative. Naturellement, cette défense pouvait seulement être plaidée si le défendeur avait agi sans malice, ce qui équivaut, dans les circonstances en l'espèce, à agir de bonne foi. Lord Denning, maître des rôles, a donné les

⁶ [1972] 3 All E.R. 1098.

⁶ [1972] 3 All E.R. 1098.

Court, and said at p. 1101:

It is accepted that the occasion was privileged. It is of the first importance that the members of a local authority should be able to speak their minds freely on a matter of interest in the locality. So long as they honestly believe what they say to be true, they are not to be made liable for defamation. They may be prejudiced and unreasonable. They may not get their facts right. They may give much offence to others. But so long as they are honest, they go clear. No councillor should be hampered in his criticisms by fear of an action for slander. He is not to be forever looking over his shoulder to see if what he says is defamatory. He must be allowed to give his point of view, even if it is hotly disputed by others. This is essential to free discussion.

The one qualification on his freedom is that he must not be actuated by malice. But what constitutes malice for this purpose? I would emphasise that a refusal to withdraw is not evidence of malice. Nor is a refusal to apologise. As the judge said, it may point to the honesty and sincerity of his belief, even though it be obstinate and irrational. Malice is usually to be found when there is personal spite or illwill; or when the defendant does not honestly believe what he says to be true. The judge did not find any of these. But he found that Mr. Lowe was actuated by gross and unreasoning prejudice; and that on this ground malice was established.

And at p. 1102, the learned Master of the Rolls quoted and adopted *Gatley*:

"If the defendant honestly believed his statement to be true, he is not to be held malicious merely because such belief was not based on any reasonable grounds; or because he was hasty, credulous, or foolish in jumping to a conclusion, irrational, indiscreet, pig-headed or obstinate in his belief."

I apply that statement, with which, with respect, I agree, to the present situation, and particularly to the emphasis of counsel for the respondent upon the appellant's failure to in any way withdraw his statements and, on the other hand, his continued assertions in the proceedings that his statements were true, and also in reply to the president's representations before the arbitration board that the appellant made statements and "advanced no

motifs de la Cour et a déclaré à la p. 1101:

[TRADUCTION] Il est admis que l'occasion était «privilégiée». Il est de la plus haute importance que les administrateurs locaux puissent s'exprimer avec toute latitude sur les questions intéressant la localité dans la mesure où ils croient honnêtement que ce qu'ils disent est vrai, ils ne devraient pas être responsables de diffamation. Ils peuvent avoir des préjugés et agir de façon déraisonnable. Ils peuvent ne pas avoir la véritable version des faits. Ils peuvent offenser sérieusement autrui. Mais dans la mesure où ils sont honnêtes, ils ne peuvent être blâmés. Aucun échevin ne doit être gêné dans ses critiques par crainte d'un procès pour diffamation verbale. Il ne doit pas constamment se demander si ce qu'il dit est diffamatoire. Il est libre d'exprimer son point de vue, même si celui-ci fait l'objet de farouches controverses. C'est là l'essence d'une libre discussion.

La seule restriction à sa liberté est qu'il ne doit pas agir avec malice. Mais, à cette fin, qu'est-ce que la malice? Je soulignerais qu'un refus de se rétracter n'est pas une preuve de malice pas plus que le refus de s'excuser. Comme le dit le juge, cette attitude peut s'expliquer par son honnêteté et la sincérité de sa croyance; même si le refus est obstiné et déraisonnable. La malice s'accompagne ordinairement de rancunes personnelles ou de malveillance; ou encore il y a malice lorsque le défendeur ne croit pas honnêtement en la véracité de ses propos. Le juge n'a rien trouvé de tel. Mais il a conclu que M. Lowe était mû par des préjugés graves et déraisonnables; et c'est sur ce motif que la malice a été établie.

Et à la p. 1102, le savant maître des rôles a cité et adopté *Gatley*:

[TRADUCTION] «Si le défendeur a honnêtement cru que sa déclaration était vraie, on ne doit pas conclure qu'il a agi avec malice simplement parce que sa croyance ne s'appuyait pas sur des motifs raisonnables; ou parce qu'il a pris une décision précipitée ou irréfléchie, ou parce qu'il a été déraisonnable ou inconsidéré dans sa croyance ou qu'il a fait preuve d'entêtement ou d'obstination.»

J'applique cette déclaration à laquelle, respectueusement, je souscris, à la situation actuelle et particulièrement à l'accent que l'avocat de l'intimée a mis sur le défaut de l'appelant de rétracter de quelque façon ses déclarations et, d'autre part, à ses allégations continues dans les procédures que ses déclarations étaient véridiques et aussi en réponse aux observations du président devant le conseil d'arbitrage à l'effet que l'appelant avait

satisfactory evidence to prove that the charge you made is true".

I, therefore, have come to the conclusion that the production of this tenure form sheet and the basing of a charge of misconduct thereon should not have been permitted and that therefore the arbitration board, to use the words of s. 11 (2) of *The Arbitration Act.*, R.S.A. 1970, c.21, had misconducted themselves and that their award should be quashed. The award dealt, as I have pointed out, with three other charges and found as to two of them the charge had not been established, and as to the third, although established, the charge was not sufficient cause for dismissal. No objection was taken by counsel for the university to such a finding by the arbitration board and counsel for the university entered no cross-appeal either here or before the Appellate Division.

Under these circumstances, I cannot see why those portions of the arbitration award should not stand and the only portion of the said award which should be quashed is that which appeared on the final page thereof dealing with the tenure form sheet. Such portion was entitled "charge 4".

In these reasons, I do not conclude only that the document was not admissible but I conclude as well that no charge could be based on the document and therefore I see no purpose in quashing the award and returning it for consideration by the arbitration board but I would simply quash the award in so far as it dealt with charge four.

The appellant is entitled to his costs throughout against the respondent the Board of Governors of the University of Alberta.

Appeal allowed; award quashed.

Solicitors for the appellant: McClung & Baker, Edmonton.

Solicitors for the respondent, The Board of Governors of The University of Alberta: Field, Hyndman, Edmonton.

fait des déclarations et n'avait apporté aucune preuve satisfaisante pour en établir la véracité.

Par conséquent, j'en viens à la conclusion que la production de ce formulaire relatif à la permanence sur lequel est fondé l'accusation de mauvaise conduite n'aurait pas dû être permise et que le conseil d'arbitrage, pour employer les mots du par. (2) de l'art. 11 du *Arbitration Act.*, R.S.A. 1970, c. 21, a manqué à ses obligations et sa sentence devrait être annulée. La sentence traite, comme je l'ai signalé, de trois autres accusations et elle a conclu que deux d'entre elles n'avaient pas été prouvées et que la troisième, bien que prouvée, n'était pas suffisante pour justifier un licenciement. L'avocat de l'université ne s'est pas objecté à cette conclusion du conseil d'arbitrage et il n'a pas interjeté d'appel incident en cette Cour ni en la Division d'appel.

Dans les circonstances, je ne vois pas pourquoi ces parties de la sentence arbitrale ne devraient pas subsister et la seule partie de ladite sentence qui devrait être annulée est celle qui apparaît à la dernière page et qui traite du document relatif à la permanence. Cette partie de la sentence était intitulée «4^e accusation».

Dans les présents motifs, je ne conclus pas seulement que ce document n'était pas recevable mais je conclus également qu'aucune accusation ne peut être fondée sur ce document. Par conséquent, il n'y a pas de raison d'annuler la sentence et de la renvoyer pour examen au conseil d'arbitrage; j'an-nulerais simplement la sentence en ce qui concerne la 4^e accusation.

L'appelant a droit à ses frais dans toutes les Cours à l'encontre de l'intimée, l'Assemblée des gouverneurs de l'Université de l'Alberta.

Pourvoi accueilli; sentence annulée.

Procureurs de l'appelant: McClung & Baker, Edmonton.

Procureurs de l'intimée, l'Assemblée des gouverneurs de l'Université de l'Alberta: Field, Hyndman, Edmonton.