

T-697-97

**Persons Seeking to Use the Pseudonyms of John Witness and Jane Dependant (*Applicants*)**

v.

**The Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police (*Respondent*)**

**INDEXED AS: PERSONS SEEKING TO USE THE PSEUDONYMS OF JOHN WITNESS AND JANE DEPENDANT v. CANADA (COMMISSIONER OF THE ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE) (T.D.)**

Trial Division, Reed J.—Toronto, September 29 and November 4, 1997.

*Administrative law — Judicial review — Certiorari — Decision of RCMP Commissioner denying admission to Witness Protection Program — Allegation of bias and that Commissioner more concerned with impact of decision on Ontario Court of Justice (General Division) action than on merits — Lawyer defending Ontario action also acting as counsel to Commissioner in making impugned decision — Allegation counsel wrote Commissioner's decision — Legal opinions provided to adjudicative tribunal not always privileged — Whether applicants thwarted by solicitor-client privilege rule from ascertaining counsel's role in Commissioner's decision — No longer unacceptable that reasons of quasi-judicial or administrative tribunal be written by other than decision maker — Commissioner's workload such that assistance required in writing reasons — Commissioner must retain control of decision-making process, avoid appearance of bias, lack of independence — Commissioner relying on case law working papers, staff opinions not relevant to impugned decision — Reliance of administrative tribunals on deliberative secrecy — Extent of counsel's involvement in writing of reasons, making recommendations, relevant to apprehension of bias allegation — Staff papers producible if relating to ground of claim — Applicants entitled to know extent of counsel's involvement — Applicants could have asked filing of documents "for Court's eyes only" — Commissioner ordered to review documents to ensure indeed privileged, produce any dealing with merits rather than being legal opinion.*

T-697-97

**Des personnes désirant adopter les pseudonymes de M. Untel et de M<sup>me</sup> Unetelle (*requérants*)**

c.

**Le commissaire de la Gendarmerie royale du Canada (*intimé*)**

**RÉPERTORIÉ: PERSONNES DÉSIRANT ADOPTER LES PSEUDONYMES DE M. UNTEL ET DE M<sup>me</sup> UNETELLE c. CANADA (COMMISSAIRE DE LA GENDARMERIE ROYALE DU CANADA) (1<sup>re</sup> inst.)**

Section de première instance, juge Reed—Toronto, 29 septembre et 4 novembre 1997.

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Décision du commissaire de la GRC refusant l'admission au Programme de protection des témoins — Allégation de partialité et que le commissaire était plus préoccupé par l'effet de sa décision sur l'action pendante devant la Cour de l'Ontario (Division générale) que par le droit — L'avocat qui défendait l'action en Ontario agissait aussi comme conseiller juridique du commissaire au moment où ce dernier a pris la décision contestée — Allégation que l'avocat a rédigé la décision du commissaire — Les avis juridiques fournis à un tribunal d'arbitrage ne sont pas toujours privilégiés — Les requérants étaient-ils dans l'impossibilité de déterminer la portée du rôle de l'avocat dans la décision du commissaire en raison du privilège des communications entre avocat et client? — Il n'est plus inacceptable que les motifs d'un tribunal quasi judiciaire ou administratif soient rédigés par une autre personne que le décideur — La charge de travail du commissaire est telle qu'il a dû se faire seconder dans la rédaction des motifs — Le commissaire doit rester maître du processus décisionnel, éviter de donner une impression de partialité et de manque d'indépendance — Le commissaire se fonde sur la jurisprudence statuant que les documents de travail et les opinions internes n'entrent pas en ligne de compte à l'égard d'une décision contestée — Les tribunaux administratifs comptent sur le secret du délibéré — L'ampleur de la participation de l'avocat dans la rédaction des motifs et dans la formulation des recommandations est pertinente quant à l'allégation d'une crainte raisonnable de partialité — Les documents internes peuvent être produits s'ils se rapportent à un motif de la demande — Les requérants ont le droit de savoir quelle est l'étendue de la participation de l'avocat — Les requérants auraient pu demander le dépôt des documents à la Cour à titre «strictement confidentiel» — Le commissaire doit réexaminer les documents pour s'assurer qu'ils sont effectivement privilégiés et produire tout document qui traite du bien-fondé de la décision et n'est pas un avis juridique.*

*RCMP — Applicants provided local police force with information leading to cocaine seizure — Local police requesting applicants' admission to RCMP Witness Protection Program — RCMP declined to pay associated costs as not involved in investigation — Applicants sued local police, Attorney General of Canada for damages, protection in O.C.J. — Whether O.C.J. having jurisdiction to review decisions of RCMP Commissioner — Applicants seeking judicial review in F.C.T.D. — Allegation Commissioner's decision tainted as lawyer defending RCMP in O.C.J. case advising Commissioner, writing decision denying access to Program — If Commissioner's workload excessive, may have assistance in writing reasons — Must retain control of decision-making process, not create appearance of bias — Commissioner ordered to review documents for which privilege claimed, produce any going to merits of decision, not being legal advice.*

*Practice — Discovery — Production of documents — Motion pursuant to Federal Court Rules, RR. 1612, 1614 to compel production of documents considered in reaching decision to refuse to admit applicants to RCMP Witness Protection Program — Counsel advising Commissioner also defending RCMP in related provincial court action — Application for judicial review of refusal alleging bias — Applicants alleging Commissioner more concerned with impact of decision on provincial court action than merits — Also alleging counsel writing decision — Documents relevant to grounds of review should be produced under R. 1612 — Extent of counsel's involvement in writing reasons, making recommendations thereon, relevant to allegation of bias — Applicants entitled to know extent of counsel's involvement in formation, writing of decision on merits.*

*Practice — Privilege — Motion pursuant to Federal Court Rules, RR. 1612, 1614 to compel production of legal opinion, correspondence considered in reaching decision to refuse to admit applicants to RCMP's Witness Protection Program — Counsel advising Commissioner also advising RCMP in related provincial court action — Application for judicial review of refusal alleging Commissioner more concerned with impact of decision on provincial court action than merits — Also alleging counsel writing decision —*

*GRC — Les requérants ont fourni à la police locale des renseignements qui ont mené à une saisie de cocaïne — La police locale a demandé l'admission des requérants au Programme de protection des témoins de la GRC — La GRC a refusé de payer les frais de cette protection vu qu'elle n'avait joué aucun rôle dans l'enquête — Les requérants ont intenté une action en Cour de justice de l'Ontario contre la police locale et le procureur général du Canada pour obtenir dommages-intérêts et protection — La Cour de justice de l'Ontario était-elle habilitée à contrôler les décisions du commissaire? — Les requérants ont demandé le contrôle judiciaire devant la Section de première instance de la Cour fédérale — Allégation que la décision du commissaire ait été viciée fondée sur le fait que l'avocat qui défendait la GRC devant la Cour de justice de l'Ontario agissait en même temps comme conseiller juridique auprès du commissaire pour la rédaction de la décision refusant l'accès au Programme — Le commissaire peut se faire seconder dans cette rédaction si sa charge de travail est trop grande — Il doit rester maître du processus décisionnel et ne pas susciter une impression de partialité — Le commissaire doit réexaminer les documents à l'égard desquels un privilège est allégué et produire tout document qui traite du bien-fondé de la décision et n'est pas un avis juridique.*

*Pratique — Communication de documents et interrogation préalable — Production de documents — Requête en application des Règles 1612 et 1614 des Règles de la Cour fédérale en vue d'obliger la production de documents qui ont été pris en compte dans la décision de refuser l'admission des requérants au Programme de protection des témoins de la GRC — Le conseiller juridique du commissaire défendait aussi la GRC contre une action connexe intentée en cour provinciale — Demande de contrôle judiciaire au motif que le refus est entaché de partialité — Les requérants ont allégué que le commissaire était plus préoccupé par l'effet de sa décision sur l'action pendante devant la cour provinciale que par le droit — Les requérants ont allégué aussi que l'avocat avait rédigé la décision — Les documents ayant trait aux motifs d'un contrôle judiciaire devraient être produits en application de la Règle 1612 — L'ampleur de la participation de l'avocat dans la rédaction des motifs et dans la formulation des recommandations est pertinente quant à l'allégation de partialité — Les requérants ont le droit de savoir dans quelle mesure l'avocat a participé à la formation et à la rédaction de la décision relative au bien-fondé de la cause.*

*Pratique — Communications privilégiées — Requête en application des Règles 1612 et 1614 des Règles de la Cour fédérale en vue d'obliger la production de documents qui ont été pris en compte dans la décision de refuser l'admission des requérants au Programme de protection des témoins de la GRC — Le conseiller juridique du commissaire défendait aussi la GRC contre une action connexe intentée en cour provinciale — Demande de contrôle judiciaire du refus et allégation que le commissaire était*

*Applicants entitled to know extent of counsel's involvement in formation, writing of decision on merits — Not everything lawyer writes protected by privilege — Any document or part thereof dealing with merits of decision, not legal opinion, relevant to counsel's involvement in decision-making process, must be produced.*

This was a motion pursuant to *Federal Court Rules*, Rules 1612 and 1614 to compel production of any legal opinion or correspondence provided to the Commissioner that was considered in the reaching of the decision to refuse to admit the applicants to the RCMP Witness Protection Program. The applicants had provided the local police force with information that led to a seizure of cocaine. The local police force requested that the applicants be admitted to the RCMP Witness Protection Program, but the RCMP refused to accept any responsibility for the applicants' protection since it had not been involved in the investigation leading to the disclosure. The applicants commenced an action in provincial court against the local police and the Attorney General of Canada for damages and injunctive relief to ensure that they would be provided protection. Request for admission to the program was subsequently made and the negative response — the decision under review — was given. The applicants alleged that disclosure will strengthen their claim that the Commissioner was biased when he made his decision, because the counsel who was advising him was also defending the RCMP in the provincial court action. The applicants alleged that the documents sought would disclose that the Commissioner focused on the impact that his decision would have on the pending provincial court action, rather than on the merits of the situation. It was also alleged that that same counsel had written the decision.

The Commissioner asserted that all documentation that was before him had been produced, except legal opinions prepared by counsel that were covered by solicitor-client privilege. The applicants argued that the use of the solicitor-client privilege rule was preventing them from ascertaining the scope of the role counsel had played in the Commissioner's decision.

*Held*, the motion should be allowed in part, "such . . . other relief" as the "Court deems just" being granted.

Legal opinions provided to an adjudicative tribunal may not in all instances be privileged. But the Commissioner is entitled to seek legal advice as to the scope of his jurisdiction when deciding whether to admit persons to the witness protection program, and to have such advice protected by

*plus préoccupé par l'effet de sa décision sur l'action pendante devant la cour provinciale que par le droit — Il a aussi été allégué que l'avocat a rédigé la décision — Les requérants ont le droit de savoir dans quelle mesure l'avocat a participé à la formation et à la rédaction de la décision relative au bien-fondé de la cause — Tout ce qu'écrit un avocat n'est pas automatiquement protégé du fait de sa profession — Tout document ou partie de document qui traite du bien-fondé de la décision, sauf un avis juridique, et qui se rapporte à la participation de l'avocat au processus décisionnel doit être produit.*

Il s'agit d'une requête déposée en application des Règles 1612 et 1614 des *Règles de la Cour fédérale* en vue d'obtenir la production de toute opinion juridique ou lettre fournie au commissaire qui a été prise en compte dans la décision de refuser aux requérants l'admission au Programme de protection des témoins de la GRC. Les requérants ont fourni à la police locale des renseignements qui ont mené à la saisie de cocaïne. La police locale a demandé que les requérants soient admis au Programme de protection des témoins de la GRC, mais la GRC a refusé toute responsabilité touchant la protection des témoins vu qu'elle n'avait joué aucun rôle dans l'enquête qui les avait conduits à divulguer les renseignements en question. Les requérants ont intenté une action en dommages-intérêts en cour provinciale contre la police locale et le procureur général du Canada et sollicité une injonction visant à obtenir d'être protégés. La demande d'admission au programme a subséquemment été présentée et une réponse négative — la décision sous contrôle — a été donnée. Les requérants allèguent que la communication de ces documents appuiera leur prétention que la décision du commissaire a été entachée de partialité du fait que son avocat-conseil défendait également la GRC contre l'action intentée en cour provinciale. Les requérants ont allégué que ces documents révéleraient que le commissaire a surtout tenu compte de l'effet que sa décision aurait sur l'action pendante en cour provinciale, plutôt que sur le bon droit des requérants. Ils ont aussi allégué que ce même avocat a rédigé la décision.

Le commissaire a déclaré que toute la documentation qu'il détenait a été produite à l'exception des avis juridiques rédigés par l'avocat et auxquels s'applique le secret professionnel de l'avocat. Les requérants allèguent que l'utilisation du privilège de confidentialité procureur-client les empêche de déterminer la portée du rôle que l'avocat a joué dans la décision du commissaire.

*Jugement*: la requête est accueillie en partie, la Cour accordant «tout autre redressement» qu'elle «juge équitable».

Les avis juridiques que reçoit un tribunal d'arbitrage ne sont peut-être pas privilégiés dans tous les cas. Mais le commissaire a le droit de demander des avis juridiques quant à la portée de sa compétence pour décider d'admettre ou non certaines personnes au Programme de protection des

solicitor-client privilege.

It is no longer necessarily the case that reasons for decision written by someone other than the decision maker indicate a delegation of decision-making authority. The Commissioner's workload is such that, as a matter of necessity he requires assistance in writing the reasons. The case law is clear that a decision maker in the Commissioner's position may use someone else to write reasons for his decision provided he retains control of the decision-making process and that such decision written by another "not . . . create an appearance of bias or lack of independence". The Commissioner relied on case law that has held that working papers and staff opinions are not relevant to an impugned decision, and noted that administrative tribunals can rely on deliberative secrecy.

Documents relevant to the grounds of review asserted by an applicant, in this case reasonable apprehension of bias, should be produced under Rule 1612. The extent of counsel's involvement in the writing of reasons on the merits and the making of recommendations thereon were relevant to the allegation of reasonable apprehension of bias. He was involved from the beginning in defending the provincial court action. He was reported as having told counsel for the applicants that he would not recommend acceptance of the applicants into the Witness Protection Program unless they dropped their court action. The writing of a decision maker's reasons for decision by another is limited by the requirement that it not affect the fairness of the proceedings. Staff papers are producible if they relate to a ground of the applicant's claim. The applicants were entitled to know the extent of counsel's involvement in the formation and writing of the decision on the merits. If he was acting as both legal advisor and delegated decision writer with respect to the merits, the applicants were entitled to know that such was the case. Not everything a lawyer writes is protected merely because he is a lawyer.

The respondent was not asked to file the documents in Court, on a "for the Court's eyes only" basis. But the motion did request "such . . . other relief" as the "Court deems just". Therefore the Commissioner was ordered to review the documents for which privilege was claimed to ensure that they were privileged. Any document or part thereof that dealt with the merits of the decision, and not with a legal opinion, and that was relevant to counsel's involvement in the decision-making process was required to be produced. Whether counsel's involvement in the merits of the decision resulted in a reasonable apprehension of bias can only be assessed after the extent of that involvement is known.

témoins, et de se prévaloir du privilège de confidentialité procureur-client.

Ce n'est plus nécessairement le cas que des motifs de décision rédigés par quelqu'un d'autre que le décideur soient l'indication d'une délégation de l'autorité décisionnelle. La charge de travail du commissaire est telle qu'il doit nécessairement se faire seconder dans la rédaction des motifs. Il ressort clairement de la jurisprudence qu'un décideur, comme le commissaire, peut employer quelqu'un pour rédiger les motifs d'une décision pourvu qu'il reste maître du processus décisionnel et qu'une telle décision rédigée par un tiers «ne . . . suscite pas une impression de partialité ou de manque d'indépendance». Le commissaire s'est appuyé sur la jurisprudence statuant que les documents de travail et les opinions internes n'entrent pas en ligne de compte à l'égard d'une décision contestée et a noté que les tribunaux administratifs peuvent compter sur le secret du délibéré.

Des documents ayant trait aux motifs invoqués par un requérant dans le cadre d'un contrôle judiciaire, en l'occurrence, une crainte raisonnable de parti pris, devraient être produits en application de la Règle 1612. L'ampleur de la participation de l'avocat dans la rédaction des motifs touchant le bien-fondé de la cause et les recommandations formulées à ce sujet sont pertinentes quant à la crainte raisonnable de partialité alléguée. L'avocat a participé dès le début à la défense dans l'action intentée en cour provinciale. Il aurait dit à l'avocat des requérants qu'il ne recommanderait pas l'admission des requérants au programme s'ils ne se désistaient pas de leur action en justice. La rédaction des motifs d'une décision par une autre personne que le décideur est subordonnée à l'exigence qu'elle ne porte pas atteinte à l'équité des procédures. Les documents internes peuvent être produits s'ils se rapportent à un motif invoqué par les requérants à l'appui de leur demande. Ceux-ci ont le droit de savoir dans quelle mesure l'avocat a participé à la formation et à la rédaction de la décision relative au bien-fondé de la cause. S'il a joué deux rôles, c'est-à-dire celui de conseiller juridique et celui de délégué à la rédaction de la décision quant au bien-fondé, les requérants ont le droit de le savoir. Tout ce qu'écrit un avocat n'est pas automatiquement protégé du fait de sa profession.

L'intimé n'a pas été requis de déposer les documents à la Cour à titre «strictement confidentiel». Mais la requête demandait effectivement «tout autre redressement» que la «Cour juge équitable». La Cour a donc ordonné au commissaire de réexaminer une nouvelle fois les documents qu'on a dit être privilégiés pour s'assurer qu'il en est bien ainsi. La Cour a ordonné la production de tout document ou partie de document qui traite du bien-fondé de la décision, sauf un avis juridique, et qui se rapporte à la participation de l'avocat au processus décisionnel. La question de savoir si la participation de l'avocat à l'examen du bien-fondé de la décision a eu pour conséquence de faire naître une crainte raisonnable de partialité ne pourra être appréciée qu'après que sera connu le degré de cette participation.

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 1612 (as enacted by SOR/92-43, s. 19), 1613 (as enacted *idem*), 1614 (as enacted *idem*).  
*Witness Protection Program Act*, S.C. 1996, c. 15, s. 5.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Khan v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641; 94 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (2d) 147; 76 C.C.C. (3d) 10; 57 O.A.C. 115 (C.A.); *Armstrong v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [1994] 2 F.C. 356; (1994), 73 F.T.R. 81 (T.D.).

## CONSIDERED:

*Trans Quebec & Maritimes Pipeline Inc. v. National Energy Board*, [1984] 2 F.C. 432; (1984), 8 Admin. L.R. 177; 54 N.R. 303 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry on the Blood System)* (1996), 37 Admin. L.R. (2d) 241 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Melanson v. Workers' Compensation Board (N.B.)* (1994), 146 N.B.R. (2d) 294; 114 D.L.R. (4th) 75; 374 A.P.R. 294; 25 Admin. L.R. (2d) 219 (C.A.); *Canada (Human Rights Commission) v. Pathak*, [1995] 2 F.C. 455; (1995), 180 N.R. 152 (C.A.); *Tremblay v. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; (1992), 90 D.L.R. (4th) 609; 3 Admin. L.R. (2d) 173; 136 N.R. 5; 147 Q.A.C. 169.

APPLICATION to compel production of any legal opinion or correspondence that was considered in reaching the decision to refuse to admit the applicants to the RCMP Witness Protection Program. Order to go requiring Commissioner to review documents in respect of which privilege is claimed and to produce any document, or part thereof, dealing with the merits rather than being a legal opinion.

## COUNSEL:

*Marshall A. Swadron* and *S. Flam* for applicants.

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur le programme de protection des témoins*, L.C. 1996, ch. 15, art. 5.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 1612 (éditée par DORS/92-43, art. 19), 1613 (éditée, *idem*), 1614 (éditée, *idem*).

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Khan v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641; 94 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (2d) 147; 76 C.C.C. (3d) 10; 57 O.A.C. 115 (C.A.); *Armstrong c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [1994] 2 C.F. 356; (1994), 73 F.T.R. 81 (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Trans Quebec & Maritimes Pipeline Inc. c. Office national de l'énergie*, [1984] 2 C.F. 432; (1984), 8 Admin. L.R. 177; 54 N.R. 303 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang)* (1996), 37 Admin. L.R. (2d) 241 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Melanson v. Workers' Compensation Board (N.B.)* (1994), 146 N.B.R. (2d) 294; 114 D.L.R. (4th) 75; 374 A.P.R. 294; 25 Admin. L.R. (2d) 219 (C.A.); *Canada (Commission des droits de la personne) c. Pathak*, [1995] 2 C.F. 455; (1995), 180 N.R. 152 (C.A.); *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; (1992), 90 D.L.R. (4th) 609; 3 Admin. L.R. (2d) 173; 136 N.R. 5; 147 Q.A.C. 169.

DEMANDE d'une ordonnance enjoignant à la production de toute opinion ou lettre qui a été prise en compte dans la décision de refuser l'admission des requérants au Programme de protection des témoins de la GRC. En vertu de l'ordonnance décernée, le commissaire doit réexaminer une nouvelle fois les documents à l'égard desquels il invoque le privilège et produire tout document ou partie de document qui traite du bien fondé de sa décision, sauf un avis juridique.

## AVOCATS:

*Marshall A. Swadron* et *S. Flam* pour les requérants.

*James W. Leising and Jordon Solway* for respondent.

*James W. Leising et Jordon Solway* pour l'intimé.

SOLICITORS:

*Swadron Associates*, Toronto, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

PROCEUREURS:

*Swadron Associates*, Toronto, pour les requérants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

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

[1] REED J.: Counsel for the applicants brings a motion pursuant to *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663], Rules 1612 [as enacted by SOR/92-43, s. 19] and 1614 [as enacted *idem*] seeking an order to compel "the respondent to produce any legal opinion or correspondence provided to the Commissioner" that was "considered in the reaching of the decision to be reviewed". The decision to be reviewed is one dated May 23, 1997, in which the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police (RCMP), through his delegate Assistant Commissioner Ryan, refused to admit the applicants to the RCMP Witness Protection Program.<sup>1</sup> For the purposes of these reasons, I will refer to the Commissioner, although it was Assistant Commissioner Ryan who was involved.

[1] LE JUGE REED: L'avocat des requérants dépose une requête en application des Règles 1612 [éditée par DORS/92-43, art. 19] et 1614 [éditée, *idem*] des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663] en vue d'obtenir une ordonnance obligeant [TRADUCTION] «l'intimé à produire toute opinion juridique ou lettre fournie au commissaire» qui [TRADUCTION] «a été prise en compte dans la décision objet de contrôle». Par cette décision, datée du 23 mai 1997, le commissaire de la Gendarmerie royale du Canada (GRC), par l'entremise de son délégué, le commissaire adjoint Ryan, a refusé d'admettre les requérants au programme de protection des témoins de la GRC<sup>1</sup>. Pour les besoins du présent exposé, il sera question du commissaire, même si c'est le commissaire adjoint Ryan qui était en cause en l'espèce.

[2] The factual background to this application, as I understand it, follows. In March of 1996 the applicants, pursuant to agreements reached with the Waterloo Regional Police and perhaps also the Ontario Provincial Police, provided information that led to a seizure of cocaine, which was hidden in mops located in a Cambridge, Ontario, business premise. The Waterloo Regional Police subsequently wrote to the RCMP asking that the applicants be protected under the RCMP Witness Protection Program. The initial response from the RCMP was that the request deserved consideration. The RCMP wrote offering to assist the Waterloo Regional Police on a cost recovery basis. The Waterloo Regional Police did not pursue this offer but proposed other arrangements to the applicants, which were not acceptable to them. The Waterloo Regional Police rejected the proposition that the costs associated with the use of the Witness Protection Program should be borne by the Waterloo

[2] Les faits qui ont servi de toile de fond à la présente requête sont les suivants. En mars 1996, les requérants, après s'être entendus avec la police régionale de Waterloo et peut-être aussi avec la police provinciale de l'Ontario, ont fourni des renseignements qui ont mené à une saisie de cocaïne cachée dans des vadrouilles entreposées dans un local d'affaires à Cambridge (Ontario). La police régionale de Waterloo a, par la suite, demandé par écrit à la GRC d'offrir aux requérants la protection prévue dans son programme de protection des témoins. La GRC a initialement répondu que la demande méritait d'être étudiée. Elle a écrit à la police régionale de Waterloo lui proposant son aide moyennant recouvrement des frais. La police régionale n'a pas donné suite à cette offre, mais a proposé aux requérants d'autres arrangements qu'ils n'ont pas acceptés. Elle a rejeté la proposition de prendre en charge les frais d'utilisation du programme de protection des témoins. La GRC a décliné

Regional Police. The RCMP rejected the claim that it had any responsibility for the protection of the applicants since it had not played a role in the investigation that led to the applicants disclosing the information in question, nor had it made any commitment to the applicants concerning protection. The RCMP subsequently suggested a cost sharing agreement; this the Waterloo Regional Police also rejected.

[3] On February 10, 1997, the applicants commenced an action in the Ontario Court of Justice (General Division) against the Waterloo Regional Police Board, the Attorney General of Canada and two individuals, one of whom is a member of the OPP, the other a member of the Waterloo Regional Police Board. The Attorney General of Canada's participation is, of course, in relation to the actions of the RCMP and for ease of reference that organization will hereinafter be referred to as the defendant. The action claims damages in the amount of \$4,500,000. It seeks an injunction to ensure that the plaintiffs are provided with protection, pursuant to assurances that had been given to them. The injunctive remedy in so far as it was sought against the RCMP was dismissed by the Ontario Court (General Division) on July 31, 1997. The damage claims against the RCMP were stayed, on the same date, pending disposition by the Federal Court of the application that by then had been filed in this Court by the applicants, to set aside the decision of the Commissioner refusing to admit them to the Program.

[4] I turn then to the proceeding in the Federal Court. Counsel for the applicants became aware, by no later than March 24, 1997, that the RCMP was taking the position that the Ontario Court (General Division) did not have jurisdiction to review decisions made by the Commissioner of the RCMP pursuant to the *Witness Protection Program Act*. Counsel for the applicants then moved to commence an action in this Court. On April 21, 1997, Mr. Justice McKeown granted the applicants' motion that they be allowed to commence an application for judicial review under the pseudonyms set out in the style of cause. An order requiring the respondent to produce the record of the decision for which judicial review was being sought was refused, because as of that date there had been no

toute imputation de responsabilité touchant la protection des requérants vu qu'elle n'avait joué aucun rôle dans l'enquête qui les a conduits à divulguer les renseignements en question, pas plus qu'elle ne s'était engagée de quelque façon à les protéger. Elle a, par la suite, proposé le partage des frais, ce que la police régionale de Waterloo a aussi refusé.

[3] Le 10 février 1997, les requérants ont intenté une action devant la Division générale de la Cour de justice de l'Ontario contre la police régionale de Waterloo, le procureur général du Canada et deux individus dont l'un est membre de la PPO et l'autre, de la Commission de la police régionale de Waterloo. La mise en cause du procureur général du Canada a trait, bien sûr, aux agissements de la GRC qui, par souci de commodité, sera dénommée ci-après la défenderesse. Les requérants réclament 4 500 000 \$ à titre de dommages ainsi qu'une injonction visant à leur obtenir la protection dont on les avait assurés. La requête en injonction contre la GRC a été rejetée, le 31 juillet 1997, par la Division générale de la Cour de l'Ontario laquelle a sursis, ce jour-là, à la question des dommages réclamés à la Gendarmerie royale, en attendant que la Cour fédérale statue sur la demande que les requérants avaient présentée entre-temps pour faire annuler le refus du commissaire de les admettre au programme.

[4] J'en arrive maintenant à l'instance devant la Cour fédérale. L'avocat des requérants a appris, au plus tard le 24 mars 1997, que la GRC partait du principe que la Division générale de la Cour de l'Ontario n'était pas habilitée à contrôler les décisions du commissaire de la GRC prises en application de la *Loi sur le programme de protection des témoins*. C'est alors que cet avocat a engagé l'actuelle procédure devant la Cour. Le 21 avril 1997, le juge McKeown a accueilli la requête des intéressés visant à leur permettre de présenter une demande de contrôle judiciaire sous les pseudonymes figurant dans l'intitulé de la présente cause. Une ordonnance enjoignant à l'intimé de produire le dossier de la décision objet de la demande de contrôle n'a pas été octroyée du fait qu'à

decision by the Commissioner. Not only had there been no decision, there had been no request by the applicants to the Commissioner that they be given protection under the Witness Protection Program.

[5] A request for admission to the Program was made on May 1, 1997. A response was given, as noted above, on May 23, 1997. It is that decision that is now under review; and it is with respect to that decision that the production of "any legal opinion or correspondence provided to the Commissioner" is sought. The Commissioner asserts that all documentation that was before him has been produced except legal opinions prepared by counsel that would be covered by solicitor-client privilege. I was not asked by counsel for the applicants to review the documents, for which privilege is claimed, to see if they fall within the category claimed.

[6] Counsel for the applicants seeks disclosure of the documents because he thinks they will assist his challenge to the May 23, 1997 decision. He thinks they will strengthen his claim that the Commissioner was biased when he made his decision, biased because the counsel who advised him, Mr. Leising, was also defending the RCMP in the Ontario Court (General Division) action. He thinks that disclosure of the documents will show that Mr. Leising wrote much of the Commissioner's May 23, 1997 decision, that the Commissioner relied very heavily on counsel's advice in reaching that decision. He thinks the documents will disclose that the Commissioner focussed on the impact that a decision favourable to his clients would have on the action pending in the Ontario Court (General Division) rather than on the merits of the applicants' situation.

[7] As noted, the assertion that the Commissioner's decision was biased or tainted, is based on the fact that Mr. Leising was counsel defending the RCMP in the Ontario Court (General Division) action while, at the same time, he was acting as counsel for the Commissioner when he was making his decision pursuant to section 5 of the *Witness Protection Program Act*. It is argued that acting in the two roles taints the section 5 decision, but without the production of the documents sought, the applicants are

cette date-là, le commissaire non seulement n'avait pas pris une décision, mais que les requérants ne lui avaient fait aucune demande de protection en vertu du programme de protection des témoins.

[5] Une demande d'admission au programme a été présentée le 1<sup>er</sup> mai 1997 à laquelle il a été répondu le 23 mai 1997. C'est cette décision qui fait aujourd'hui l'objet de contrôle et c'est à cet égard que l'on cherche à obtenir [TRADUCTION] «toute opinion juridique ou lettre fournie au commissaire». Celui-ci affirme que toute la documentation qu'il détenait a été produite à l'exception des avis juridiques rédigés par l'avocat et auxquels s'applique le secret professionnel de l'avocat. L'avocat des requérants ne m'a pas demandé de vérifier si les documents visés par ce privilège tombent dans cette catégorie.

[6] Il réclame la communication de ces documents qui l'aideront, à son avis, à contester la décision du 23 mai 1997. Il estime qu'ils appuieront sa prétention voulant que la décision du commissaire fût entachée de partialité du fait que son avocat-conseil, M<sup>e</sup> Leising, défendait également la GRC dans l'action intentée devant la Division générale de la Cour de l'Ontario. Il pense que la production de ces documents montrera que M<sup>e</sup> Leising a rédigé une grande partie de la décision du commissaire datée du 23 mai 1997 et que ce dernier s'est considérablement appuyé sur l'avis de l'avocat pour former sa décision. Il croit que les documents en question révéleront que le commissaire a surtout tenu compte de l'effet qu'une décision favorable à ses clients aurait sur l'action pendante devant la Division générale de la Cour de l'Ontario, plutôt que sur le bon droit des requérants.

[7] Comme on l'a vu, l'assertion voulant que la décision du commissaire ait été biaisée ou viciée se fonde sur le fait que M<sup>e</sup> Leising défendait la GRC devant la Division générale de la Cour de l'Ontario en même temps qu'il agissait comme conseiller juridique auprès du commissaire au moment où celui-ci formait sa décision en application de l'article 5 de la *Loi sur le programme de protection des témoins*. Il est allégué que ces deux rôles ensemble vicient la susdite décision, mais qu'en l'absence des documents requis, les



unable to ascertain the scope of Mr. Leising's involvement in the section 5 decision-making process.

[8] Counsel for the applicants alleges that not only did Mr. Leising act as legal advisor to the Commissioner when the section 5 decision was being made but he wrote the Commissioner's decision or significant parts of it. Counsel for the applicants argues that Mr. Leising wrote the reasons for decision because (1) Mr. Leising told counsel for the applicants that the Commissioner had requested a legal opinion, which Mr. Leising was preparing; (2) the reasons speak in the first person when counsel for the applicant has had no contact with the Commissioner but only with Mr. Leising; (3) there is a statement in the reasons that:

... the applicants have chosen to engage in a public relations campaign exaggerating their situation and if anything, aggravating the potential for risk by publicly proclaiming themselves to be informants. All of this suggests an agenda quite independent of obtaining reasonable and appropriate protective services. This conduct suggests to me an immaturity and complete lack of judgment that leads me to conclude that [there] is no reasonable program of protective services that they would be able to adjust to.

[9] The record contains copies of two articles from *Macleans Magazine*, alleging that the RCMP was not protecting its informants adequately. One of the articles was based on an interview, by a reporter, of the male applicant using his pseudonym. It carries a very large picture of counsel for the applicants over the caption "Toronto Lawyer Swadron: Police Forces 'Squabbling Over Who Should Pay the Bill'". After this article appeared Mr. Leising wrote to Mr. Swadron, in a letter dated April 29, 1997:

I can't help but think that your efforts to date represent the worst possible way to go about obtaining protective services for your clients. Presuming that there is a legitimate need for some level of protective services, and assuming that your efforts really are about obtaining such services and not optimising your personal media exposure, may I respectfully suggest that you try another tact. I suggest specifically that you expend your efforts and the public's funds on

requérants ne peuvent déterminer dans quelle mesure M<sup>e</sup> Leising a participé à l'élaboration de la décision prise en vertu de l'article 5.

[8] L'avocat des requérants soutient que M<sup>e</sup> Leising a non seulement joué le rôle de conseiller juridique auprès du commissaire lorsque celui-ci formait sa décision en application de l'article 5, mais qu'il a rédigé cette décision sinon toute, du moins en grande partie. D'après l'avocat des requérants, c'est M<sup>e</sup> Leising qui a rédigé les motifs de la décision parce que (1) celui-ci l'a informé que le commissaire avait demandé un avis juridique que M<sup>e</sup> Leising s'employait à préparer; (2) que les motifs de la décision sont rédigés à la première personne alors que l'avocat des requérants n'a eu aucun contact avec le commissaire, mais seulement avec M<sup>e</sup> Leising; (3) que lesdits motifs renferment le passage suivant:

[TRADUCTION] ... les requérants ont choisi de se lancer dans une campagne de relations publiques en exagérant leur situation et, à tout le moins, en aggravant leur potentiel de risque lorsqu'ils ont clamé tout haut leur qualité d'informateurs. Tout cela laisse croire que leur plan n'a rien à voir avec l'obtention de services de protection raisonnables et appropriés. Ce comportement me semble indiquer un manque de maturité et une absence totale de jugement qui me poussent à conclure qu'il n'existe aucun programme de protection raisonnable auquel ils pourraient s'adapter.

[9] Le dossier renferme des copies de deux articles tirés de la revue *Macleans Magazine* alléguant que la GRC ne protégeait pas convenablement ses informateurs. Un de ces articles reposait sur une entrevue faite par un journaliste avec le requérant sous le pseudonyme de M. Untel. Il s'accompagne d'une grande photo montrant l'avocat des requérants accompagnée de cette légende: [TRADUCTION] «L'avocat torontois Swadron: Les forces de police "se chamaillent pour savoir qui paiera la note"». Après la parution de cet article, M<sup>e</sup> Leising a, dans une lettre du 29 avril 1997 à M<sup>e</sup> Swadron, écrit ce qui suit:

[TRADUCTION] Je ne peux m'empêcher de penser que vos efforts constituent jusqu'ici le pire moyen possible d'obtenir des services de protection à vos clients. En supposant qu'un certain niveau de protection soit légitimement nécessaire et que vos démarches tendent effectivement à l'obtenir et non à faire mousser votre image médiatique, puis-je respectueusement vous suggérer de chercher une autre voie. Vous pourriez, plus précisément, consacrer vos efforts et les fonds

negotiating a resolution to the dispute with the assistance of a professional mediator. My clients are prepared to engage in some form of alternate dispute resolution if you and the other parties are.

[10] Counsel argues that because the Commissioner's reasons refer to a public relations campaign, and this reflects the sentiments expressed by Mr. Leising in his letter of April 29, 1997, Mr. Leising wrote the Commissioner's reasons or influenced him to characterize what had occurred as he did, and take that characterization into account in rendering his decision. The reference by the Commissioner to the publicity, which had been encouraged by the male applicant and by counsel, is not enough to lead to a conclusion that Mr. Leising played the role counsel suggests. The magazine articles were part of the record. The Commissioner had been encouraged by counsel for the applicants to take the media reports into account. Also, it defies common sense to think that the Commissioner would have no knowledge of these reports unless Mr. Leising had brought them to his attention, or that without Mr. Leising's encouragement he would not have drawn a conclusion that there was an immaturity and lack of judgment involved in persons who are seeking witness protection allowing themselves to be interviewed by the media.

[11] With respect to reliance on the fact that Mr. Leising told counsel for the applicants that he had been asked for and was preparing a legal opinion, this does not demonstrate that Mr. Leising was the drafter of all of the Commissioner's reasons. Those reasons are divided into two different sections. The first states that the Commissioner is without jurisdiction to admit the applicants to the Program because they were not part of an RCMP investigation and there is no agreement in place covering them. The second is an assessment of their claim on the merits, which is stated to be given in case the Commissioner's legal position with respect to lack of jurisdiction is wrong. The Commissioner's decision on the merits contains considerable comment on the applicants' unsuitability for the program because of their lack of judgment and other personal characteristics.

[12] The legal position that the Commissioner has taken, presumably on the advice of Mr. Leising, will

publics à négocier une issue à ce conflit avec le concours d'un médiateur professionnel. Mes clients sont tout disposés à participer à une autre forme de règlement de litige si les autres parties et vous-même l'êtes aussi.

[10] L'avocat soutient, du fait que les motifs du commissaire font état d'une campagne de relations publiques, reflétant ainsi les sentiments exprimés par M<sup>e</sup> Leising dans sa lettre du 29 avril 1997, que ce dernier a rédigé lesdits motifs ou bien qu'il a influé sur le commissaire pour qu'il interprète ce qui s'était passé comme il l'a fait et qu'il en tienne compte dans sa décision. La référence du commissaire à la campagne de publicité qu'avaient appuyée le requérant M. Untel et l'avocat, ne suffit pas pour conclure que M<sup>e</sup> Leising a joué le rôle que l'avocat suppose. Les articles de magazine faisaient partie du dossier et l'avocat des requérants avait encouragé le commissaire à tenir compte de ce que rapportaient les médias. C'est aussi un défi au bon sens de penser que le commissaire n'aurait pas eu connaissance de ces articles si M<sup>e</sup> Leising ne les avait pas portés à son attention ou que, sans l'encouragement de celui-ci, il n'aurait pas conclu au manque de maturité et à l'absence de jugement chez des personnes qui, cherchant à obtenir la protection des témoins, se laissent interviewer par les médias.

[11] Quant à se fonder sur le fait que M<sup>e</sup> Leising a dit à l'avocat des requérants qu'on lui avait demandé un avis juridique et qu'il le préparait, cela ne prouve pas qu'il ait rédigé l'ensemble des motifs du commissaire lesquels comprennent deux sections distinctes. La première énonce que le commissaire n'a pas compétence pour admettre les requérants au programme parce qu'ils n'étaient pas partie à une enquête de la GRC et qu'aucune entente en vigueur ne s'appliquait à eux. La deuxième section consiste en une évaluation du bien-fondé de leur réclamation, évaluation faite, comme on le souligne, pour l'éventualité ou la position légale du commissaire au regard de la question de compétence se révèle inexacte. La décision du commissaire au sujet du bien-fondé commente abondamment l'inaptitude des requérants à se prévaloir du programme en raison de leur manque de jugement et d'autres caractéristiques personnelles.

[12] La position fondée sur le droit que le commissaire a adoptée, vraisemblablement sur le conseil de

be assessed by the Court when this application is heard on the merits. Whether Mr. Leising provided that advice or whether it was provided by someone else is irrelevant. It will be the Court that will eventually assess its correctness.

[13] I accept the argument that legal opinions provided to an adjudicative tribunal may not in all instances be privileged.<sup>2</sup> But I am not persuaded that legal opinions provided to the Commissioner with respect to the scope of his jurisdiction when deciding whether to admit persons to the witness protection program fall into that category. The Commissioner (as client) is surely entitled to seek legal advice on such a matter and to have the advice so given protected by solicitor-client privilege. Also, as noted above, the content of such an opinion is irrelevant since the Court will in any event decide that legal issue.

[14] I turn, then, to counsel for the applicants' argument that his clients are being prevented by the use of the solicitor-client privilege rule from ascertaining the scope of the role that Mr. Leising played in the section 5 decision. Counsel asserts that Mr. Leising not only gave the Commissioner legal advice but also either wrote or played a crucial role in advising the Commissioner with respect to the decision on the merits of the applicants' request. As I understand the respondent's response, it is that whatever the scope of that role, it is irrelevant.

[15] At one time it was thought that at the judicial level, at least, reasons for decision that were written by anyone other than the decision maker ran the risk of being treated as evidence that a delegation of decision-making authority had occurred. It is my perception that this is no longer necessarily taken to be the case. There is greater acceptance now of reasons being written by someone other than the decision maker. If this is acceptable at the judicial level, it is even more likely to be acceptable with a quasi-judicial or administrative decision maker.

M<sup>c</sup> Leising, sera évaluée par la Cour au moment où elle étudiera la demande quant au fond. Que M<sup>c</sup> Leising ou quelqu'un d'autre ait fourni ce conseil n'a rien à y voir. Au bout du compte, c'est la Cour qui en déterminera l'exactitude.

[13] Je conviens que les avis juridiques que reçoit un tribunal d'arbitrage ne sont peut-être pas privilégiés dans tous les cas<sup>2</sup>, mais je ne suis pas persuadée que les avis de cet ordre donnés au commissaire concernant l'étendue de sa compétence pour décider d'admettre ou non certaines personnes au programme de protection des témoins, tombent dans cette catégorie. Le commissaire (en tant que client) a certainement le droit de s'entourer de conseils juridiques en pareille matière et de se prévaloir, à cet égard, du privilège de confidentialité procureur-client. De plus, comme on l'a dit plus tôt, la teneur d'une telle opinion n'entre pas en jeu puisque la Cour tranchera en définitive cette question de droit.

[14] J'en viens maintenant à l'argument avancé par l'avocat des requérants disant qu'en raison du privilège des communications entre avocat et client, les intéressés se trouvent dans l'impossibilité de déterminer la portée du rôle de M<sup>c</sup> Leising au regard de la décision prise en application de l'article 5. L'avocat affirme que M<sup>c</sup> Leising a non seulement donné au commissaire un avis juridique, mais qu'il a également joué un rôle prépondérant auprès de lui soit en rédigeant les motifs, soit en le conseillant au sujet du bien-fondé de la demande des requérants. Je déduis de la réponse qu'a faite l'intimé, que ce rôle, quelle qu'en soit la portée, est étranger à la cause.

[15] On a cru un moment, qu'au palier judiciaire, à tout le moins, la rédaction des motifs d'une décision par les soins d'une autre personne que le décideur pouvait s'interpréter comme une preuve de délégation de l'autorité décisionnelle. Ma perception de ce point me fait dire qu'il n'en va plus nécessairement ainsi. On accepte de plus en plus, aujourd'hui, que les motifs d'une décision soient rédigés par quelqu'un d'autre que le décideur. Si le procédé est acceptable au niveau judiciaire, il le serait *a fortiori* plus encore au palier quasi judiciaire ou administratif.

[16] In *Khan v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641 (C.A.), at page 672, it was held that a decision-making body composed of several members, i.e. a committee, was entitled to avail itself of counsel's assistance during the drafting process. I will set out below excerpts from the decision that are particularly pertinent. The part of the decision, as a whole, from which they are taken, is added as an appendix to these reasons. The particularly pertinent passages are:

The Committee's ultimate responsibility for the authorship of the reasons is not inconsistent with the Committee availing itself of counsel's assistance during the drafting process.

...

The debate must fix, not on the Committee's entitlement to assistance in the drafting of reasons, but on the acceptable limits of that assistance.

The line between permissible assistance and that which is forbidden must be drawn by regard to the effect of counsel's involvement in the drafting process, on the fairness of the proceedings and the integrity of the overall . . . process.

[17] The analysis set out in the *Khan* decision was adopted in *Armstrong v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [1994] 2 F.C. 356 (T.D.), at page 381 ff. The analysis was applied to a decision by one person, the Commissioner of the RCMP. The use of others to draft his reasons was justified on the ground that: the Commissioner, as a decision maker, did not have to hear witnesses or decide questions of credibility after an in-person hearing; the Commissioner was acting as an appeal court; the Commissioner had many functions to perform, only one of which was the decision-making function in question; the individual who wrote the Commissioner's reasons was not involved in the proceedings that were before the Commissioner; the workload of the Commissioner is such that, as a matter of necessity, he required assistance in writing the reasons.

[18] The jurisprudence is clear, then, that a decision maker in the position of the Commissioner may use someone else to write reasons for his decision providing he retains control of the decision-making process

[16] Dans l'affaire *Khan v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641 (C.A.), à la page 672, il a été déterminé qu'un organisme décisionnel composé de plusieurs membres, un comité par exemple, pouvait faire appel à un avocat durant le processus rédactionnel. Je citerai, ci-après, les extraits particulièrement pertinents de cette décision. La partie du texte dont ils sont tirés est entièrement reproduite à l'annexe jointe aux présents motifs. Voici les passages en question:

[TRADUCTION] La responsabilité ultime du comité au regard de la rédaction des motifs n'exclut pas qu'il puisse recourir aux services d'un conseiller juridique durant le processus rédactionnel.

...

Le débat doit porter, non pas sur le droit du comité à se faire assister dans la rédaction des motifs, mais sur les limites raisonnables de cette assistance.

La démarcation entre l'assistance acceptable et celle qui ne l'est pas doit être établie eu égard à la participation du conseiller juridique au processus rédactionnel, à l'impartialité des procédures et à l'intégrité du processus . . . dans son ensemble.

[17] L'analyse faite dans l'affaire *Khan* a été adoptée dans la cause *Armstrong c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [1994] 2 C.F. 356 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 381 et suivantes. Elle s'est appliquée à la décision prise par une seule personne, nommément le commissaire de la Gendarmerie royale. Son recours à des tiers pour rédiger ses motifs se justifiait par le fait qu'en sa qualité de décideur, il n'avait pas à entendre des témoins ni à trancher des questions de crédibilité après une audition en personne; le commissaire faisait office de cour d'appel; il avait différentes fonctions à remplir dont une seule consistait à rendre la décision en question; l'individu qui a rédigé le dispositif de la décision n'avait pas participé à l'instruction de l'affaire par le commissaire dont la charge de travail est telle qu'il a dû nécessairement se faire seconder dans cette rédaction.

[18] Il ressort donc clairement de la jurisprudence qu'un décideur, comme le commissaire, peut employer quelqu'un pour rédiger le dispositif d'une décision pourvu qu'il reste maître du processus décisionnel et

and providing that such decision written by another “not . . . create an appearance of bias or lack of independence”.<sup>3</sup>

[19] Part of counsel for the respondent’s argument that the documents being sought by the applicants are not producible is based on the jurisprudence that has held that working papers and staff opinions are not relevant to an impugned decision. In *Trans Quebec & Maritimes Pipeline Inc. v. National Energy Board*, [1984] 2 F.C. 432 (C.A.) it was held that staff papers prepared for consideration by the National Energy Board, in rendering a decision, did not form part of the record of the decision under review. It was held that such documents were irrelevant and need not be produced under the then subsection 1402(3) of *Federal Court Rules*. The headnote reads in part [at pages 433-434]:

However, where the decision of a tribunal can be shown to have been based on staff reports it may well be possible to make out a case for requiring their inclusion.

. . . there is nothing in the material before the Court showing that the papers sought to be produced relate to any of the applicant’s proposed grounds of appeal.

The text of the decision reads, in part [at page 443]:

. . . I do not think the order so made should be regarded as authority for a general proposition that staff reports prepared for the assistance of members of a tribunal either in the course of a proceeding or in the judgment-making process are papers that must be included in the material on which the tribunal’s decision is to be reviewed. As it appears to me, where the decision of a tribunal can be shown to have been based on staff reports to which the parties have not had access containing evidentiary material to which the parties have not had an opportunity to respond, it may well be possible to make out a case for requiring that they be included in the case for review. Further, in such a situation the fact that the reports were prepared and submitted on a confidential basis, in my view, would not afford them protection. But no such case has been made out here.

The applicant’s memorandum indicates that the principal reason for seeking the inclusion of staff memoranda in the case is to attempt to establish the Board’s reasons for decision. The analysis and opinion in staff memoranda are

qu’un tel dispositif rédigé par un tiers [TRADUCTION] «ne . . . suscite pas une impression de partialité ou de manque d’indépendance»<sup>3</sup>.

[19] L’avocat de l’intimé qui allègue, entre autres, que les documents requis par les requérants ne peuvent être produits, se fonde sur la jurisprudence statuant que les documents de travail et les opinions internes n’entrent pas en ligne de compte à l’égard d’une décision contestée. Dans l’affaire *Trans Quebec & Maritimes Pipeline Inc. c. Office national de l’énergie*, [1984] 2 C.F. 432 (C.A.), il a été décidé que les rapports internes destinés à l’Office national de l’énergie pour l’aider à rendre une décision ne faisaient pas partie du dossier de la décision objet de contrôle; que de tels documents n’étaient pas pertinents et qu’il n’était pas nécessaire de les produire en application de l’ancien paragraphe 1402(3) des *Règles de la Cour fédérale*. Le sommaire dit en partie ce qui suit [aux pages 433 et 434]:

Toutefois, lorsqu’il est possible de démontrer que la décision d’un tribunal repose sur des rapports internes, il se peut fort bien qu’on soit bien fondé à exiger leur inclusion.

. . . les preuves produites en cette Cour ne permettent pas de conclure que les documents demandés se rapportent aux moyens d’appel qu’a proposés la requérante.

Le dispositif de la décision dit entre autres ce qui suit [à la page 443]:

. . . j’estime qu’il faut se garder de conclure de l’ordonnance en question à l’existence d’un principe général selon lequel des rapports internes destinés à aider les membres d’un tribunal, soit au cours d’une procédure, soit au stade du délibéré, doivent faire partie des documents sur lesquels sera fondé l’examen d’une décision de ce tribunal. À ce qu’il me semble, lorsqu’il est possible de démontrer que la décision d’un tribunal repose sur des rapports internes que les parties n’ont pu consulter et qui contiennent des éléments de preuve auxquels les parties n’ont pas eu la possibilité de répondre, il se peut fort bien qu’on soit bien fondé à exiger leur inclusion dans le dossier aux fins de l’examen. De plus, j’estime qu’en pareil cas le caractère confidentiel des rapports ne leur ferait pas bénéficier d’une exemption de communication. Toutefois, on n’a pas établi que telle est la situation en l’espèce.

Il ressort du mémoire de la requérante que, si elle cherche à obtenir l’inclusion des notes de service internes dans le dossier, c’est surtout pour essayer d’établir les motifs de la décision de l’Office. Or, l’analyse et les opinions contenues

irrelevant to the ascertainment of the Board's reasons for decision because they cannot be assumed to have been adopted by it as its reasons. The Board's reasons for decision are those which it chooses to express or which can otherwise be clearly shown from its own words or actions to have been its reasons.

[20] In *Canada (Attorney General) v. Canada (Commissioner of the Inquiry on the Blood System)* (1996), 37 Admin. L.R. (2d) 241 (F.C.T.D.) an order to produce documents was refused. It was held that the analysis and opinions set out in staff memoranda were irrelevant to the tribunal's reasons for decision since it could not be assumed that they had been adopted. In order for these to be relevant, the Court held it would have to be shown that they amounted to additional evidence. Counsel for the respondent also notes that administrative tribunals can rely on deliberative secrecy; see *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952, at page 965.

[21] At the same time, documents relevant to the grounds of review asserted by an applicant (in this case reasonable apprehension of bias) should be produced under Rule 1612:

A document is relevant to an application for judicial review if it may affect the decision that the Court will make on the application. As the decision of the Court will deal only with the grounds of review invoked by the respondent, the relevance of the documents requested must necessarily be determined in relation to the grounds of review set forth in the originating notice of motion and the affidavit filed by the respondent.<sup>4</sup>

[22] The extent of Mr. Leising's involvement in the writing of reasons on the merits, and the making of recommendations thereon, are relevant to counsel for the applicants' allegation of a reasonable apprehension of bias. Mr. Leising was involved from the beginning in defending the applicants' action in the Ontario Court. He is reported as having told counsel for the applicants, on March 1997, that he would not recommend acceptance of the applicants into the Program unless they dropped their Court action. The jurisprudence cited above indicates that the writing of a

dans des notes de service internes n'aident aucunement à déterminer les motifs de la décision de l'Office parce qu'on ne peut à bon droit présumer qu'il les a reprises dans ses motifs. Les motifs de la décision de l'Office sont ceux qu'il juge opportun d'exprimer ou qui, d'après ce qui se dégage de ses propres mots ou actes, constituent manifestement ses motifs.

[20] Dans la cause *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang)* (1996), 37 Admin. L.R. (2d) 241 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), une ordonnance portant production de documents a été refusée. On a estimé que l'analyse et les opinions figurant dans les notes internes étaient hors de cause au regard des motifs de la décision du tribunal puisqu'on ne pouvait les tenir pour adoptées. Pour qu'elles fussent pertinentes, a dit la Cour, il aurait fallu démontrer qu'elles constituaient un élément de preuve supplémentaire. L'avocat de l'intimé note également que les tribunaux administratifs peuvent compter sur le secret du délibéré; voir *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952, à la page 965.

[21] D'autre part, des documents ayant trait aux motifs invoqués par un requérant dans le cadre d'un contrôle judiciaire (en l'occurrence, une crainte raisonnable de parti pris) devraient être produits en application de la Règle 1612:

Un document intéresse une demande de contrôle judiciaire s'il peut influencer sur la manière dont la Cour disposera de la demande. Comme la décision de la Cour ne portera que sur les motifs de contrôle invoqués par l'intimé, la pertinence des documents demandés doit nécessairement être établie en fonction des motifs de contrôle énoncés dans l'avis de requête introductif d'instance et l'affidavit produit par l'intimé<sup>4</sup>.

[22] L'ampleur de la participation de M<sup>c</sup> Leising dans la rédaction des motifs touchant le bien-fondé de la cause et les recommandations formulées à ce sujet, intéressent l'avocat des requérants au regard de la crainte raisonnable de partialité qu'il allègue. M<sup>c</sup> Leising a participé dès le début à la défense dans l'action intentée par les requérants à la Cour de l'Ontario. Il aurait dit à l'avocat de ces derniers, au mois de mars 1997, qu'il ne recommanderait pas l'admission de ces clients au programme s'ils ne se désistent pas de leur action en justice. La jurispru-

decision maker's reasons for decision by another is limited by the requirement that it not affect the fairness of the proceedings. The jurisprudence also indicates that staff papers are producible if they relate to a ground of the applicants' claim. The applicants are entitled to know the extent of Mr. Leising's involvement in the formation and writing of the decision on the merits. If he was acting in two capacities, that is, as both legal advisor and delegated decision writer with respect to the merits, the applicants are entitled to know. Not everything a lawyer writes is protected merely because he is a lawyer.

[23] Rules 1612 and 1613 [as enacted by SOR/92-43, s. 19] do not set out any procedure for dealing with applications for the production of documents within the possession of a tribunal which that tribunal declines to produce. Rule 1612 specifies that the request be a "written request" and subsection 1613(2) states that an objection should be made "in writing". Subsection 1613(3) states that a judge may give directions with respect to the procedure for making submissions with respect to the objection. As noted earlier, the applicants did not seek any directions pursuant to this subsection. The respondent was not asked to file the documents in Court, on a "for the Court's eyes only" basis, as might have been done. When a claim for solicitor-client privilege is asserted in the context of an action and it is objected to by the opposing party, it is normal for the Court to review the documents to assess the claim.

[24] The Commissioner has asserted that the documents that have not been produced are all covered by solicitor-client privilege. The applicants' motion, as presented to the Court, seems to accept that characterization but asserts that the documents, nevertheless, should be produced. Yet counsel's arguments on the hearing of the motion raised the question of whether all the documents were in fact covered by solicitor-client privilege. It is this discrepancy between the text of the motion and the content of the arguments that has created difficulty in not rendering a

decision citée ci-dessus indique que la rédaction des motifs d'une décision par une autre personne que le décideur est subordonnée à l'exigence qu'elle ne porte pas atteinte à l'équité des procédures. La même jurisprudence énonce également qu'il est possible de demander la production de documents internes s'ils se rapportent à un motif invoqué par les requérants à l'appui de leur demande. Ceux-ci ont le droit de savoir dans quelle mesure M<sup>e</sup> Leising a participé à la formation et à la rédaction de la décision relative au bien-fondé de la cause. S'il a joué deux rôles, c'est-à-dire celui de conseiller juridique et celui de délégué à la rédaction de la décision quant au bien-fondé, les requérants ont le droit de le savoir. Tout ce qu'écrit un avocat n'est pas automatiquement protégé du fait de sa profession.

[23] Les Règles 1612 et 1613 [éditée par DORS/92-43, art. 19] ne prévoient aucune procédure relative aux demandes de production de documents en la possession d'un tribunal qui refuse de les communiquer. La Règle 1612 précise qu'il faut une «demande écrite», alors que le paragraphe 1613(2) dit que l'opposition doit être faite «par écrit». Le paragraphe 1613(3) prévoit qu'un juge peut donner des directives sur la façon de présenter des observations au sujet de l'opposition. Comme on l'a signalé plus tôt, les requérants n'ont demandé aucune directive en application de cette disposition. L'intimé n'a pas été requis de déposer les documents à la Cour à titre «strictement confidentiel», comme cela aurait pu être le cas. Lorsqu'une partie invoque le privilège des communications entre avocat et client dans le cadre d'une action et que la partie adverse s'y oppose, il est normal que la Cour examine les documents pour évaluer cet argument.

[24] Le commissaire a déclaré que les documents non produits sont tous visés par le privilège des communications entre avocat et client. La demande que les requérants ont soumise à la Cour semble accepter cette proposition tout en affirmant que ces pièces devraient néanmoins être communiquées. Pourtant, les arguments avancés par l'avocat à l'audition de la requête ont soulevé le point de savoir si tous les documents bénéficiaient du privilège en question. C'est cette divergence entre le texte de la requête et la teneur des arguments qui n'a pas permis d'en arriver

decision more speedily. In any event, the motion does request “such . . . other relief” as the “Court deems just”. I have decided that in the circumstances, an order should go requiring the Commissioner to review the documents for which privilege has been claimed, again, with the assistance of counsel, to ensure that they all fall within the claimed category. Any document or part thereof that deals with the merits of the decision, and not with a legal opinion, and that is relevant to Mr. Leising’s involvement in the decision-making process must be produced. If counsel was acting in two capacities, that is, as both legal adviser and drafter or primary recommender of the decision on the merits, the applicants are entitled to know.

[25] I emphasize that these reasons do not constitute a finding that Mr. Leising’s involvement, if any, in the merits of the decision necessarily results in a tainted decision (a reasonable apprehension of bias). This is an assessment that can only be made once the extent of that involvement is known. The present decision only requires the production of documents to enable an open and fair consideration of the position that counsel for the applicants is attempting to put before the Court.

---

<sup>1</sup> *Witness Protection Program Act*, S.C. 1996, c. 15.

<sup>2</sup> *Melanson v. Workers’ Compensation Board (N.B.)* (1994), 146 N.B.R. (2d) 294 (C.A.).

<sup>3</sup> *Khan*, at p. 674.

<sup>4</sup> *Canada (Human Rights Commission) v. Pathak*, [1995] 2 F.C. 455 (C.A.), at p. 460.

plus rapidement à une décision. Quoi qu’il en soit, les requérants veulent effectivement obtenir [TRADUCTION] «tout autre redressement» que la [TRADUCTION] «Cour juge équitable». J’ai décidé, dans les circonstances, qu’il y aurait lieu de demander au commissaire, par voie d’ordonnance, de réexaminer une nouvelle fois les documents qu’on dit être privilégiés, avec l’aide de l’avocat, pour s’assurer qu’il en va bien ainsi. Tout document ou partie de document qui traite du bien-fondé de la décision, sauf un avis juridique, et qui se rapporte à la participation de M<sup>c</sup> Leising au processus décisionnel, doit être produit. Si l’avocat a agi à deux titres, c’est-à-dire en tant que conseiller juridique et de rédacteur ou principal instigateur de la décision sur le bien-fondé, les requérants ont le droit de le savoir.

[25] J’insiste pour dire que les susdits motifs ne portent pas à conclure que la participation de M<sup>c</sup> Leising, s’il en est, à l’examen du bien-fondé de la décision a nécessairement pour conséquence de la vicier (crainte raisonnable de partialité). Voilà une évaluation qui ne peut être faite qu’au moment où l’on connaît le degré de cette participation. La présente décision exige la production de documents rien que pour permettre un examen franc et équitable de la position que l’avocat des requérants essaie de faire valoir auprès de la Cour.

---

<sup>1</sup> *Loi sur le programme de protection des témoins*, L.C. 1996, ch. 15.

<sup>2</sup> *Melanson v. Workers’ Compensation Board (N.B.)* (1994), 146 N.B.R. (2d) 294 (C.A.).

<sup>3</sup> *Khan*, à la p. 674.

<sup>4</sup> *Canada (Commission des droits de la personne) c. Pathak*, [1995] 2 C.F. 455 (C.A.), à la p. 460.



## APPENDIX

[*Khan v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641 (C.A.), at pages 672-673]

The Committee's ultimate responsibility for the authorship of the reasons is not inconsistent with the Committee availing itself of counsel's assistance during the drafting process. It is well established that a tribunal such as the Committee may look to outside sources for assistance in the preparation of its reasons: *Spring v. Law Society of Upper Canada* (1988), 64 O.R. (2d) 719, 50 D.L.R. (4th) 523 (Div. Ct.); Macaulay, *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals* (1988), at pp. 22-10 to 22-10.21. That assistance should be discouraged or deprecated. In *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, 38 O.A.C. 321, at p. 327 S.C.R., p. 347 O.A.C., Gonthier J., for the majority, observed that tribunals must marry their use of "outside" assistance with procedural fairness.

The rules of natural justice should not discourage administrative bodies from taking advantage of the accumulated experience of its members. On the contrary, the rules of natural justice should in their application reconcile the characteristics and exigencies of decision making by specialized tribunals with the procedural rights of the parties.

That same reconciliation must be achieved during the drafting of reasons. The ultimate aim of the drafting process is a set of reasons which accurately and fully reflects the thought processes of the Committee. To the extent that consultation with counsel promotes that aim, it is to be encouraged. The debate must fix, not on the Committee's entitlement to assistance in the drafting of reasons, but on the acceptable limits of that assistance.

The line between permissible assistance and that which is forbidden must be drawn by regard to the effect of counsel's involvement in the drafting process, on the fairness of the proceedings and the integrity of the overall discipline process. Without attempting an exhaustive description of these concepts, fairness includes considerations of bias, real or apprehended, independence, and each party's right to know the case made against them and to present their own case. Integrity concerns encompass those fairness concerns, but include the broader need to ensure that the body charged with the responsibility of making the particular decision in fact makes that decision after a proper consideration of the merits. If the reasons presented for the decision are not those of the decision-maker, or do not appear to be so, it raises real concerns about the validity of the decision and the genuineness of the entire inquiry.

There is no single formula or procedure referable to the drafting process that can be uniformly applied across the very broad spectrum of decision-making, when determining whether the involvement of the non-decision-maker in the

## ANNEXE

[*Khan v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641 (C.A.), aux pages 672 et 673]

[TRADUCTION] La responsabilité ultime du comité au regard de la rédaction des motifs n'exclut pas qu'il puisse recourir aux services d'un conseiller juridique durant le processus rédactionnel. Il est bien établi qu'un tribunal tel que le comité peut s'adresser à des sources étrangères pour l'assister dans la préparation de ses motifs; *Spring v. Law Society of Upper Canada* (1988), 64 O.R. (2d) 719, 50 D.L.R. (4th) 523 (C. div.); Macaulay, *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals* (1988), aux p. 22-10 à 22-10.21. Cette aide devrait être déconseillée ou désapprouvée. Dans l'affaire *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, 38 O.A.C. 321, à la p. 327 R.C.S., p. 347 O.A.C., le juge Gonthier, au nom de la majorité, a noté que les tribunaux doivent concilier leur recours à l'aide «extérieure» avec l'équité de la procédure.

Les règles de justice naturelle ne devraient pas dissuader les organismes administratifs de tirer profit de l'expérience acquise par leurs membres. Au contraire, les règles de justice naturelle devraient, par leur application, concilier les caractéristiques et les exigences du processus décisionnel des tribunaux spécialisés avec les droits des parties en matière de procédure.

Cette même concordance doit entourer la rédaction des motifs. Le but ultime de la démarche rédactionnelle consiste à élaborer une série de motifs reflétant pleinement et fidèlement le cheminement de la pensée du comité. Dans la mesure où la consultation d'un conseiller favorise cet objectif, il faut l'appuyer. Le débat doit porter, non pas sur le droit du comité à se faire assister dans la rédaction des motifs, mais sur les limites raisonnables de cette assistance.

La démarcation entre l'assistance acceptable et celle qui ne l'est pas doit être établie eu égard à la participation du conseiller juridique au processus rédactionnel, à l'impartialité des procédures et à l'intégrité de l'ensemble du processus. Sans vouloir donner une définition exhaustive de ces notions, celle d'équité porte sur des considérations touchant la partialité réelle ou appréhendée, l'indépendance et le droit de chaque partie de connaître ce qu'on lui impute et d'y rétorquer. La notion d'intégrité s'étend à tous les points énoncés ci-dessus auxquels s'ajoute le besoin plus large de s'assurer que l'organe de décision ne se prononce qu'après avoir dûment examiné le bien-fondé de son jugement. Les motifs de la décision qui ne sont pas ou ne semblent pas être ceux du décideur, suscitent de véritables inquiétudes quant à la validité de la décision et à l'authenticité de l'enquête tout entière.

Il n'existe aucune formule ou procédure régissant le processus de rédaction qui puisse s'appliquer uniformément à l'éventail très vaste des prises de décision, pour déterminer si la participation d'un non-décideur à la rédaction inclut les

drafting process compromises the fairness or the proceedings or the integrity of the process. The nature of the proceedings, the issues raised in those proceedings, the composition of the tribunal, the terms of the enabling legislation, the support structure available to the tribunal, the tribunal's workload, and other factors will impact on the assessment of the propriety of procedures used in the preparation of reasons. Certainly, the judicial paradigm of reason writing cannot be imposed on all boards and tribunals: *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, *supra*, at pp. 323-24 S.C.R., pp. 342-43 O.A.C.

It must also be recognized that the volume and complexity of modern decision-making all but necessitates resort to "outside" sources during the drafting process. Contemporary reason-writing is very much a consultative process during which the writer of the reasons resorts to many sources, including persons not charged with the responsibility of deciding the matter, in formulating his or her reasons. It is inevitable that the author of the reasons will be influenced by some of these sources. To hold that any "outside" influence vitiates the validity of the proceedings or the decision reached is to insist on a degree of isolation which is not only totally unrealistic but also destructive of effective reasons-writing.

In deciding whether the involvement of counsel in the drafting of the reasons operated unfairly against Dr. Khan or appeared to do so, I take the words of Gonthier, J., in *Tremblay v. Québec (Commission des affaires sociales)*, a decision of the Supreme Court of Canada released April 16, 1992 (now reported [1992] 1 S.C.R. 952, 90 D.L.R. (4th) 609), at pp. 18-19 (of reasons; p. 971 S.C.R., p. 623 D.L.R.), as an appropriate starting place:

A consultation process by plenary meeting designed to promote adjudicative coherence may thus prove acceptable and even desirable for a body like the Commission, *provided this process does not involve an interference with the freedom of the decision makers to decide according to their consciences and opinions. The process must also, even if it does not interfere with the actual freedom of the decision makers, not be designed so as to create an appearance of bias or lack of independence.* (Emphasis added.)

éléments d'équité des procédures et d'intégrité du processus. La nature de l'instruction, les questions qui y sont soulevées, la composition du tribunal, les termes de la loi habilitante, la structure administrative offerte au tribunal, la charge de travail de celui-ci et d'autres facteurs se répercuteront sur l'évaluation de la régularité des moyens mis en œuvre pour la rédaction des motifs. Bien sûr, les règles de rédaction judiciaire ne peuvent être imposées à tous les offices et tribunaux: *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, *supra*, aux p. 323 et 324 R.C.S., aux p. 342 et 343 O.A.C.

Il faut reconnaître aussi que, de nos jours, le volume et la complexité des prises de décision exigent absolument le recours à des sources «extérieures» pendant les travaux de rédaction. Celle-ci est en grande partie, aujourd'hui une démarche de consultation où le rédacteur (la rédactrice) puise à de nombreuses sources pour formuler ses motifs, y compris auprès de personnes qui ne sont pas chargées de trancher la question. L'auteur des motifs sera inévitablement influencé par certaines de ces sources. Prétendre que toute influence «extérieure» entache la validité des procédures ou de la décision rendue équivaut à insister sur un degré d'isolement qui est non seulement tout à fait irréaliste, mais également destructeur au regard d'une rédaction efficace des motifs.

En voulant déterminer si la participation d'un conseiller juridique à la rédaction des motifs a réellement ou apparemment joué injustement contre le D' Khan, je cite, comme point de départ approprié, les propos du juge Gonthier dans l'arrêt du 16 avril 1992 (maintenant publié à [1992] 1 R.C.S. 952, 90 D.L.R. (4th) 609) de la Cour suprême relatif à l'affaire *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, (aux p. 18 et 19 du jugement; p. 971 R.C.S., p. 623 D.L.R.):

Le processus de consultation par réunion plénière visant à favoriser la cohérence de la jurisprudence pourrait donc s'avérer acceptable et même désirable pour un organisme comme la Commission, *à condition que ce processus ne constitue pas une entrave à la liberté des décideurs de trancher selon leurs conscience et opinions. Il ne faut pas non plus que ce processus, même s'il n'entrave pas la liberté réelle des décideurs, soit conçu de façon telle qu'il suscite une apparence de partialité ou de manque d'indépendance.* (Italique ajouté dans le texte.)