



September 8, 2023

VIA EMAIL

Lynn H. Harnden
Emond Harnden
707 rue Bank Street
Ottawa, ON K1S 3V1

Dear Mr. Harnden:

Thank you for providing me with the opportunity to reply on behalf of Trustee Dr. Kaplan-Myrth to the report prepared by Aird & Berlis LLP regarding the complaint filed by Trustee Donna Dickson.

As a preliminary matter, I would like to note that it is unfortunate that it has taken till the very last moment for Trustee Dr. Kaplan-Myrth to be allowed to have a legal argument presented on her behalf. This has been a matter of consistent protest and there is no need for me to go over all that again. It is only being raised because of two regrettable consequences.

First, the short time lines have prevented me from putting together the accompanying materials as neatly or compactly as I would have liked. The result, though accurate is long. If I had more notice, I might have been able to write something shorter.

Secondly and as seriously, there is an element of seeming unfairness to Aird & Berlis. They may well be surprised to have their analysis criticized. It would have been far preferable had the process allowed Trustee Dr. Kaplan-Myrth's legal argument to be given to them before they produced their report. True, the existence of the legal arguments and a relevant case citation were flagged for them in the



Investigation Report, so I have no compunction about pointing out their omission to consider these issues or the case law that was referenced, but the Trustees would have benefitted from a more conventional back and forth on an aspect of this matter that in my submission is determinative of its entirety.

Because of the importance of the legal issues and because they are not dealt with at all in the Aird & Berlis Report, I saw no way around the problem of length if I was to set out the legal case with some precision. At the same time I recognize that the Trustees are not lawyers, don't have limitless patience and the concepts involved are sometimes pretty heavy sledding. To deal with this as best I can, I have written my main responding letter (attached) as carefully and as clearly as I was able and with as little jargon as I was able. Where it seemed to make sense, I resorted to point form. Despite my best efforts, I suspect the final product may still seem a bit daunting and that you may well be called on to explain parts that I have failed to clarify adequately.

In order to try to be of some assistance though not as a substitute for the main text, I've also included, instead of an Executive Summary, a document of key excerpts that contains the introduction from my response letter along with my credentials that I hope explain why I think I am in a position to comment about the law, the Charter and the principles of statutory interpretation. I also have included the "conclusions" section of the response document, which can serve as an overall summary of the legal argument on behalf of Trustee Dr. Kaplan-Myrth. The rest of the long document is simply the stages in the proof for those conclusions.

In case that condensed version by way of excerpts is not enough, the super-condensed version is as follows and may be helpful to the Trustees:

The Aird & Berlis Report didn't look at legal issues that need to be examined in order to resolve the complaint. The relevant Charter and related case law shows that a Code of Conduct can't be used to regulate advocacy based on its content, certainly not when it's private communication between two Trustees. For that reason, the question of whether a Trustee's communication is "respectful" of a person or their ideas can't be decided on the basis of the content of the communication. Aird & Berlis does just that and because the approach is wrong the conclusions can't be relied upon. There are no facts consistent with a finding of contravention based on a Charter compliant definition of "respect" or "respectful of." The complaint cannot be sustained under the relevant Charter and other legal Jurisprudence.

Again, the long letter is there to explain these conclusions step by step.

If the process were to allow it, I would be more than pleased to answer any questions arising from this letter or its attachments, either before or during the Council meeting.

Sincerely,



Mark J. Freiman PhD LLB OOnt

8419971.1

RESPONSE TO THE AIRD & BERLIS REPORT: KEY EXCERPTS

Introduction

I have reviewed the Aird & Berlis Report and although it contains strong elements, notably its discussion leading to the recommendation that the facts do not justify imposing any sanction on Trustee Dr. Kaplan-Myrth, in the end, as outlined in the full analysis, I believe its overall approach is incomplete because of its failure to address key issues that cannot be avoided. These are not trivial flaws but go to the heart of the matter and do not make it possible to rely on the opinion in the report.

The basis of my criticism is that the Aird & Berlis Report treats the issue before them as a matter of dispute resolution based on questions of fact. While this may be a reasonable approach in many instances, it does not appropriate in the current instance. Because of a number of specific factors, some particular to Trustees (the Code is government action, it is not consensual or the product of employers/management rights and.....ss.3.17 and 3.18 restrict speech) questions of law come to the fore that cannot be ignored. As will be seen in the full discussion it is these legal questions that turn out to be determinative. They are not considered at all in the Aird & Berlis Report.

There are two main missing areas of legal consideration.

First, the report fails to take into account the fact that ss.3.17 and 3.18 OCDSB Code of Conduct, which are the sections of the Code the report finds were contravened, represent limits on the Charter guarantee of freedom of expression. Once that interference has been challenged, there is a legal/constitutional analysis that must be performed to determine whether the interference is constitutionally valid. This issue was flagged in the Investigation Report (though it was outside of the Investigator's fact-finding mandate to determine) and there was no valid reason for the Aird & Berlis report to ignore it.

The second missing legal analysis in the report is the lack of any meaningful interpretation of the sections that are said to have been violated, neither in terms of their purpose nor, even more surprisingly, in terms of the meaning of the concepts "respect" and "be respectful of," when applied to other people or their views, as those terms are used in ss. 3.17 and 3.18. As

the main discussion will show, the meaning of these terms is anything but self-evident and without a clear definition, the sections that contain them become either absurdly over broad in their sweep or flagrantly unconstitutional in their ambition, or both.

My Credentials

The Aird & Berlis report is prefaced by a recitation of the firm's qualifications, so I should set out my own.

I hold an honours BA from University of Toronto, a PhD from Stanford University, and an LLB from University of Toronto Law School. I served as law clerk for Chief Justice Brian Dickson in the Supreme Court of Canada. I was a partner and the Head of the Public Law department at what was then Canada's largest law firm, McCarthy Tétrault. In 1987 Ian Binnie and I were counsel to the Joint Parliamentary Committee on the Meech Lake Accords. I was senior policy advisor to Attorney General Ian Scott in the lead-up to the Charlottetown Accords. In 1999 I became Assistant Deputy Attorney General for Legal Services and was responsible for all government opinions and advice on civil, administrative and constitutional matters. In 2000 I became Deputy Attorney General for Ontario, a post I held through four Attorneys General and three Premiers representing two different parties. I have advised six Premiers representing three parties and three Lieutenant-Governors on constitutional matters. As Adjunct Professor of Law at Osgoode Hall Law School, I taught courses in Legal Ethics and Administrative Law (which includes the law applicable to school boards like OCDSB) and have given undergraduate and graduate seminars in Constitutional Law at Osgoode Hall Law School, and University of Toronto Law School. I have litigated cases on expressive freedom, defamation and hate speech at all levels of court and administrative tribunals, up to and including the Supreme Court of Canada. I have written a book about expert witnesses and a bunch of articles about the balance between freedom of speech and controlling hate speech, a topic on which I'm often interviewed in the media. In 2019 I was awarded the Order of Ontario, which I'm told is the highest civilian award the Province can give.

Although I am making this argument on behalf of Trustee Kaplan-Myrth, I have a professional and ethical obligation not to misstate the law. The submissions as to how the law applies to the specific facts at hand are my own advocacy.

Summary and Conclusions

Based on the main discussion, the following conclusions can be made:

1. The Aird & Berlis report is incomplete. For unknown reasons its author failed to examine the Charter dimensions of the issue even though the Investigation Report drew explicit attention to it. For equally unknown reasons, the Aird & Berlis report failed to analyze the sections of the Code being applied or the meaning of the concepts contained in them, even though there is case law directly on point as to how to understand regulations that regulate the expressive activity of advocates and direct reference with a citation was made in the Investigation Report to the leading case decided by the Supreme Court of Canada.
2. The failure to take these matters into account renders the Aird & Berlis report not only incomplete but unreliable. Its conclusion that ss. 3.17 and 3.18 have been contravened is based on an incomplete understanding of the issues and is a conclusory statement with no explanation.
3. Based on the applicable constitutional analysis as described in *Del Grande v. Toronto Catholic District School Board*, 2023 ONSC 349 and the underlying case law, ss. 3.17 and 3.18 are not applicable to the statements in the complaint. The statements were made in private emails not intended for publication. Applying the law as set out in *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12 and repeated in *Del Grande*, the negative impact on Charter values caused by restricting what can and what cannot be said in advocacy situations by Trustees, is obvious and palpable, while the ability of such restrictions to achieve the goals and purposes of the Code of Conduct, which are set out in SS. 1 and 3 of the Code, is non-existent in situations where the communication is private.
4. On this basis there cannot be a finding that the Respondent contravened ss.3.17 and 3.18 of the Code in her private email communications.
5. This conclusion is sufficient on its own to dispose of the complaint.

6. Separately, an analysis of the words of ss.3.17 and 3.18 confirms that the email communications complained of cannot be found to contravene these sections.
7. The Aird & Berlis report proceeds as though the meaning of the concept of “respect [for the views of] other Trustees, staff, students and members of the public” or “respectful of other Trustees, staff, students and members of the public” was straightforward, needing no explanation and raising no issues, whereas the caselaw, which was cited in the Investigation Report makes it clear that the meaning of concepts analogous to “respect” and “respectful” need to be understood in the context of the specific facts of each specific case and against the background of potential restraint on expressive freedom on zealous or persuasive advocacy.
8. Using the law as articulated by the Supreme Court of Canada in *Groia v. Law Society of Upper Canada*, 2018 SCC 27, as a guide it is submitted that **the terms “respect” and “respectful” cannot be understood as the basis to sanction communications based on their content** unless that content is otherwise illegal, defamatory, constitutes hate speech or is otherwise contrary to a settled public policy in Canada. The Aird & Berlis report does not explain what it is that makes the passages in the emails complained of not “respectful,” but whatever it is, it seems to be related to something negative in the content. **No Supreme Court of Canada decision (nor any final appellate court decision that I am aware of) has ever validated a law or regulation that allowed for censorship based entirely on content that is otherwise legal (except on consent).** In my view this is an erroneous approach to interpretation that cannot lead to a valid decision.
9. Applying the law and the approach as set out in *Groia*, a Charter compliant definition of a communication by a Trustee that could be said to be “not respectful” of a fellow Trustee or of her views would be one that was not focused on the content of the communication by the Respondent Trustee (unless it were defamatory, pornographic, hate speech, discriminatory against protected categories of people etc.) but rather about the way it was communicated, such as, for instance in a bullying or threatening or otherwise abusive manner, or if it used language or rhetoric above and beyond what is par for the course in a legislative advocacy setting. A Charter compliant definition of “not respectful” would also not apply to private correspondence.

10. Using this approach to understanding the meaning of “respect” and “respectful” it seems clear that nothing in the passages complained of is capable of fittingg undera Charter compliant understanding of what advocacy that is “not respectful” of a fellow Trustee would look like.
11. An additional caveat from the *Groia* case, explicitly cited in the Investigation Report is that in interpreting codes of conduct meant to regulate the expressive activity of advocates, a statement that was made by accident or by honest mistake should not be used as though it were a violation of the code in question. Given the findings in the Investigation Report, this is in fact a third separate reason that there does not seem to be any basis for a finding that there has been a contravention of the OCDSB Code of Conduct.
12. **Given all of the foregoing, I submit that under the Charter and the relevant legal jurisprudence ii is necessary to find that based on the current facts ss. 3,17 or 3,18 of the OCDSB Code of Conduct have not been contravened. I do agree with the Aird & Berlis report that ss. 3.15 and 3.19 of the Code have not been contravened.**

RESPONSE TO AIRD & BERLIS REPORT ON BEHALF OF TRUSTEE DR. KAPLAN-MYRTH

I have reviewed the Aird & Berlis Report and although it contains strong elements, notably its discussion leading to the recommendation that the facts do not justify imposing any sanction on Trustee Dr. Kaplan-Myrth, in the end, as outlined in the full analysis, I believe its overall approach is incomplete because of its failure to address key issues that cannot be avoided. These are not trivial flaws but go to the heart of the matter and do not make it possible to rely on the opinion in the report.

The basis of my criticism is that the Aird & Berlis Report treats the issue before them as a matter of dispute resolution based on questions of fact. While this may be a reasonable approach in many instances, it does not appropriate in the current instance. In actual fact, however, because of a number of specific factors, some particular to Trustees (the Code is government action, it is not consensual or the product of employers/management rights and.....ss.3.17 and 3.18 restrict speech) questions of law come to the fore that cannot be ignored. As will be seen in the full discussion it is these legal questions that turn out to be determinative. They are not considered at all in the Aird & Berlis Report.

There are two main missing areas of legal consideration.

First, the report fails to take into account the fact that ss.3.17 and 3.18 OCDSB Code of Conduct, which are the sections of the Code the report finds were contravened, represent limits on the Charter guarantee of freedom of expression. Once that interference has been challenged, there is a legal/constitutional analysis that must be performed to determine whether the interference is constitutionally valid. This issue was flagged in the Investigation

Report (though it was outside of the Investigator's fact-finding mandate to determine) and there was no valid reason for the Aird & Berlis report to ignore it.

The second missing legal analysis in the report is the lack of any meaningful interpretation of the sections that are said to have been violated, neither in terms of their purpose nor, even more surprisingly, in terms of the meaning of the concepts "respect" and "be respectful of," when applied to other people or their views, as those terms are used in ss. 3.17 and 3.18. As the discussion to follow will show the meaning of these terms is anything but self-evident and without a clear definition the sections that contain them become either absurdly over broad in their sweep or flagrantly unconstitutional in their ambition, or both.

Having said that I do recognize that the legal arguments appear in the Investigation Report at second hand. I don't want to suggest that Aird & Berlis should have been able to piece together a full constitutional argument from the rough outline in the Investigation Report. It would have been far preferable if a different process had been in place, such that the legal argument on behalf of Trustee Dr. Kaplan-Myrth could have been permitted to be received before Aird & Berlis prepared their report rather than afterward.

As it is, I welcome their comment.

Be that as it may, I will attempt to explain each legal point in turn as briefly and using as little legalese as I can and as is consistent with legal and constitutional accuracy.

My Credentials

Before I do, however, the Aird & Berlis report is prefaced by a recitation of the firm's qualifications, so I imagine I should set out my own.

I hold an honours BA from University of Toronto, a PhD from Stanford University, and an LLB from University of Toronto Law School. I served as law clerk for Chief Justice Brian Dickson in the Supreme Court of Canada. I was a partner and the Head of the Public Law department at what was then Canada's largest law firm, McCarthy Tétrault. In 1987 Ian Binnie and I were counsel to the Joint Parliamentary Committee on the Meech Lake Accords. I was senior policy advisor to Attorney General Ian Scott in the lead-up to the Charlottetown Accords. In 1999 I became Assistant Deputy Attorney General for Legal Services and was responsible for all government opinions and advice on civil, administrative and constitutional matters. In 2000 I became Deputy Attorney General for Ontario, a post I held through four Attorneys General and three Premiers representing two different parties. I have advised six Premiers representing three parties and three Lieutenant-Governors on constitutional matters. As Adjunct Professor of Law at Osgoode Hall Law School, I taught courses in Legal Ethics and Administrative Law (which includes the law applicable to school boards like OCDSB) and have given undergraduate and graduate seminars in Constitutional Law at Osgoode Hall Law School, and University of Toronto Law School. I have litigated cases on expressive freedom, defamation and hate speech at all levels of court and administrative tribunals, up to and including the Supreme Court of Canada. I have written a book about expert witnesses and a bunch of articles about the balance between freedom of speech and controlling hate speech, a topic on which I'm often interviewed in the media. In 2019 I was awarded the Order of Ontario, which I'm told is the highest civilian award the Province can give.

Although I am making this argument on behalf of Trustee Kaplan-Myrth, I have a professional and ethical obligation not to misstate the law. The submissions as to how the law applies to the specific facts at hand are my own advocacy.

Aird & Berlis should have considered the issue of expressive freedom

There is no obligation to consider issues that have not been raised, but if an issue is raised it should not be ignored. In the Investigation Report, the Investigator sets out a legal argument that was made on behalf of Trustee Kaplan-Myrth (pp. 17-19). He says he can't deal with the argument because his mandate is limited to the facts, but states that the argument "**may well be dispositive of the matter as a whole**" and would be appropriately put to the Board to decide (p. 21). For whatever reason, the author of the Aird & Berlis report chose to completely ignore this issue. **That was a mistake since the issue is within the Board's jurisdiction to decide** (*R. v. Conway*, [\[2010\] 1 S.C.R. 765](#) at paragraph 22; *Doré v. Barreau du Québec*, [\[2012\] 1 S.C.R. 395](#) at paragraph 30). **It therefore compromises the entire report since the legal argument calls into question whether the sections of the Code that the Aird & Berlis report says were contravened can apply to the communications that are complained about.**

a) *There is clear law about the right way to analyze a complaint under a Code of Conduct where the Respondent says that the complaint limits her expressive freedom*

- The case of *Del Grande v. Toronto Catholic District School Board*, 2023 ONSC 349 (Div.Ct.) dealt with precisely this issue of a school board applying a Code of Conduct to remarks made by a Trustee
- The court recognized that the Code impacted on the Trustee's expressive freedom as guaranteed by the Charter and set out the test for determining whether such an infringement was justifiable: "The decision-maker must balance the *Charter* values with the statutory objectives, first by identifying the statutory objectives and then asking how the *Charter* values at stake will best be protected in view of the statutory objectives." (*Del Grande*, paragraph 79)"

- Unpacking the legalese, this means that where a section or sections of a Code of Conduct have the effect of restricting what someone can say, the Charter right to expressive freedom is affected and the decision maker has to look at the purpose of the sections of the Code in question on the one hand, and then look at the facts of the case on the other, to see:
 - How applying the sections to the facts carries out (or doesn't carry out) the purpose or purposes of the Code
 - How severe the impact would be of applying the sections to the facts in terms of the legitimate expressive freedom rights of the Respondent compared to the benefit in terms of the purposes of the Code
 - This is a **contextual** analysis that will be different in different cases depending on the facts
 - There is an assumption that enactments are not intended to infringe the Charter, so where possible they will be interpreted in way that is consistent with Charter rights (the presumption of constitutionality)
 - Where a provision can be read in a constitutional way in its literal sense, it will be read as only applying in constitutional instances (doctrine of "reading down")
- As actually applied in our case this complex sounding test is very simple

b) *Analyzing the complaint by applying the test*

- Here are the sections of the Code that Aird & Berlis found were contravened:
 - 3.17 When expressing individual views, Board members shall respect the differing points of view of other Board members, staff, students and the public.
 - 3.18 Board members shall, at all times, act with decorum and shall be

respectful of other Board members, staff, students and the public.

- As applied to the current facts the complaint seeks to test whether words written by Trustee Kaplan-Myrth were “respectful of different points of view” and “respectful of other Board members.”
- I will deal with the meaning of the word “respectful” in a separate section. **The fact that Aird & Berlis does not discuss the meaning of this concept is the second major omission that compromises the usefulness of its report.**
- The very fact that **the complaint proposes** to attach negative consequences to written communications means that it proposes **that the Board use the Code of Conduct to limit Trustee Kaplan-Myrth’s expressive freedom, a right guaranteed by the Charter.**
- Therefore the test set out in *Del Grande* should be applied:
 - Step one: Find the purpose or purposes of the Code.
 - i) Code s.1 “Objective”
 - To establish a standard of conduct and a mechanism for managing inappropriate conduct for Ottawa-Carleton District School Board members in

discharging their duties as the legislative officers of the Board entrusted with

the duty as *fiduciaries to act at all times with the utmost good faith and respect in the best interests of the organization.*
 - ii) Code s. 3.1 “Code of Conduct”
 - The Board believes that the conduct of its members is integral to the

quality of work, the reputation and the integrity of the Board of Trustees.

- In other words, the *purpose of the Code is to prevent conduct that would be contrary to the best interests of the Board by reflecting badly on the quality of its work, its reputation, or its integrity.*
- Step two:
 - a) based on the actual facts as context, how (if at all) would restricting a Trustee's expressive freedom by reviewing her correspondence on the basis of "respectfulness," contribute to achieving the purposes of the Code?
 - b) based on the actual facts as context, how (if at all) would restricting a Trustee's expressive freedom by reviewing her correspondence on the basis of "respectfulness," impact on any Charter values?
 - c) balancing the benefits against the harms, is the restriction of expressive freedom justifiable?
- In many cases this analysis can be complex. **In our case we never get past step 2 a) because the proposed restriction, in its factual context cannot contribute at all to the goals of the Code, leading to the unavoidable conclusion that ss.3.17 and 3.18 were never intended to apply to this sort of situation.**
- The analysis, Step 2a): Relevant context
 - For purposes of this step the most relevant fact is that the communication in question was a series of private emails between the Respondent and the Complainant which the Respondent never intended to be made public.

- In those circumstances, there is no possibility for the contents of the email to reflect positively or negatively on the school board, the quality of its work, its reputation or its integrity.
- If the Complainant wants to argue that there has been any adverse effect on the Board's reputation (which the Respondent would deny in any event) it could only be as a result of the Complainant turning private correspondence into a public document, in effect causing the alleged harm so she can complain about it. That sort of bootstrapping is not allowed!
- **Tentative conclusion:** Since applying ss.3.17 and 3.18 to private correspondence can't fulfill the objectives or the purposes of the Code it is not possible to justify curtailing expressive freedom by applying parts of the Code that restrict Trustee's expressive freedom to such situations.
 - While that may be enough to finish the analysis, for the sake of completeness and accuracy, let's finish the job.
- The analysis , Step 2b): Impact on Charter values
 - At the core of the job of a Trustee is the task of advocacy. The author of the Aird & Berlis report characterizes the remarks that she finds not to be "respectful" as an attempt at "persuasive advocacy." By using that characterization, one sees that applying the sections to those remarks is an attempt to regulate a core function, namely advocacy that a Trustee was democratically elected to perform.
 - I have already noted that in order to make the complaint, the Complainant has turned a private communication public, thereby bringing the regulatory scheme into the realm of privacy.

- Even before considering the content of the communications in issue, therefore, we can establish that in the circumstances the following Charter values have already been impacted:
 - Expression
 - Representative government/democracy (the right to advocate fearlessly on behalf of constituents is a component of the “unwritten constitutional principle” of “Democracy”)
 - Privacy
- In terms of content, the Aird & Berlis report never defines what is meant by “respectful” as the concept is used in ss. 3.17 and 3.18. A separate section will be necessary to explore why this is a fatal omission, for now it is sufficient to point out that whatever “respectful” means, when applied to the *content* of expression (as opposed to its form or manner) this means that **content (including political content) that is not illegal, not immoral and not against identifiable public policy can nevertheless attract a penalty. This is an especially notable restriction on free speech.**
- Second tentative conclusion: **The impact of applying ss.3,17 and 3.18 to the content of written private advocacy of a Trustee is severe in terms of Charter values.**
- Step 3: Balancing: Bearing in mind the purposes of the Code and the ability of ss.3.17 and 3.18 to achieve those purposes on the one hand, and the impact on Charter values of applying those sections to the content of written private advocacy by a Trustee on the other, does reviewing the email correspondence between the Respondent and the Complainant achieve important social goals without impairing fundamental Charter values more than is minimally acceptable

in a free and democratic society? (Issue and methodology discussed in depth in *Doré v. Barreau du Québec*, [2012 SCC 12](#))

- Once again, in some instances the balancing may be difficult and nuanced. In this case it's simple.
- **Reviewing the content of a Trustee's private email correspondence for its substantive "respectfulness" contributes nothing to the goals of the Code because of the private nature of the correspondence, while at the same time it would represent an extremely obtrusive intrusion on expressive freedom in the exercise of the central advocacy function to which a Trustee has been elected. In addition it would be able to do so only by turning what was private into a public document.**
- It is submitted that ***in such circumstances, the balance is clear. It is all on the side of protecting Charter values since there is nothing gained in terms of advancing any legitimate Board interest as set out in the Code itself.***

c) Results of applying the test as set out in *Del Grande*

Applying the test as set out above, it appears clear that if ss. 3.17 and 3.18 of the Code were to be interpreted as applying to the substantive content of advocacy in private emails the harmful impact on Charter values would far outweigh the benefits, if any, in terms of advancing the stated goals of the Code.

Conclusion Regarding Legal/Constitutional Analysis

Since the rules of constitutional interpretation assume that enactments are intended to respect the Constitution, including the Charter, the better approach is to read a provision that might

possibly be offside the Constitution in such a way as to preserve its constitutionality. In the current instance there are two ways to do this.

The first and best way, is simply to read ss.3.17 and 3.18 as only applying to situations where they could possibly help achieve the purposes set out in sections 1 and 3 of the Code. That would mean that the sections could not apply to private communications.

This is the argument summarized in the Investigation Report. It is the narrowest possible Charter argument and it is sufficient to dismiss the complaint. It is unfortunate that the Aird & Berlis report decided not to look into it at all since a Charter consideration is unavoidable.

There is, however, a wider Charter-related argument that also deserves consideration and it involves the second fundamental omission in the Aird & Berlis report, namely the failure to consider the definition of “respectful.” This is not a trivial matter since among other things it touches on a crucial issue that has been noted in passing in the discussion up to now, namely the issue of penalizing expression because of its substantive content (as opposed to the manner in which that content is expressed).

This aspect has much wider implications than the issue of whether private communications can be complained about under ss. 3.17 and 3.18 and would be relevant even if the complaint were about communications that were not private.

The Aird & Berlis Report Should Have Provided A Definition Of What Is Meant By “Respect” and “Respectful” In ss. 3.17 and 3.18 of The Code

Here is the entirety of the reasoning offered in the Aird & Berlis report for why the remarks in the complaint contravene the requirement to be “respectful”:

“The comments contained in the text messages sent by the Respondent, while attempting to be persuasive advocacy, were written in such a way that, on their face, do not appear to be respectful of her fellow Board members. (p. 5)”

There is nothing to indicate what is meant by being respectful or disrespectful or in what way the particular comments are not respectful.

There is nothing obvious about the meaning of “respectful” in ss.3.17 and 3.18 of the Code

By saying that the comments are not respectful “on their face,” the report apparently assumes that all this is obvious and doesn’t need any explanation or exploration.

Is it obvious?

Let’s see, using the literal words of the two sections.

Sections 3.17 and 3.18 require Trustees to be “respectful” of “trustees, teachers, students and members of the public,” as well as of their views.

The first thing to notice is the breadth of these sections. Whatever being “respectful” of others and their views means, according to these sections it applies to literally everyone (“trustees, teachers, students and members of the public” takes in everyone) and the duty to respect is the same toward everyone. It is also undifferentiated as to its application to place, audience, communications platform or medium etc. Taken literally, “on its face,” as a Trustee, it applies wherever you are, whenever you speak or write to whomever by whatever means, over no matter what medium, if any, about anyone and about any of their views.

Now assume I’m a Trustee and I say the following based on true belief, “I have no respect for John Smith, a member of the public who has spouted neo-Nazi slogans at our last Board meeting. I despise him and despise and disrespect his worthless views.”

Have I contravened ss. 3.17 and 3.18 of the Code, because “on their face” my words don’t show respect for Mr. Smith and his opinions and in fact literally say that I don’t have any?

Is the correct disposition of a complaint against me to find that I have contravened the Code but that there should be no sanctions as the Aird & Berlis report suggests for the present complaint?

Would it make any difference if John Smith were a student? A teacher? A Trustee?

At what point does the content of John Smith’s views become a factor? At what point does my own true belief in the dangerous potential of John Smith’s propaganda become relevant?

Can these issues be addressed without explaining what “respectful” means? And can that question be answered without also explaining what ss.3.17 and 3.18 are trying to accomplish within the framework of the Code of Conduct?

The legal answers to the questions in the last sentence are “no” and “no.” And the reason is that perhaps the meaning of the terms, when used in context is not so obvious after all.

The authority for that statement is a case that deals with precisely an analogous situation to our own namely a code of conduct trying to regulate what the Aird & Berlis report calls “persuasive advocacy.” The name of the case is *Groia v. Law Society of Upper Canada, 2018 SCC 27* It deals with “civility” and “zealous advocacy” rather than “respect” and “persuasive advocacy” and the parallels are striking.

How to interpret provisions aimed at regulating advocacy

So, how do we go about understanding what is meant by “respectful” in ss.3.17 and 3.18. The key concept in the “modern” approach to statutory interpretation is *context*: the need to put the words to be interpreted into their entire relevant context, linguistically, grammatically, but also in terms of the enactment in which they are found and what that enactment intends to accomplish (*Del Grande, above para 46*).

The *Groia* case shows how this works in a context very similar to the one under the OCDSB Code. In *Groia* the Law Society, which regulates the conduct of Ontario’s lawyers in the public interest, had established a code of conduct requiring lawyers to conduct themselves with “civility” in advocacy situations. A complaint was lodged against a lawyer to the effect that in advocating on behalf of his client he had repeatedly and aggressively made allegations of prosecutorial misconduct about the way Crown counsel was handling a particular aspect of the hearing. The Supreme Court of Canada held that the proper approach to understanding what “civility” meant in this situation was to examine the entire relevant context. That meant looking at the important public interests being served by regulating lawyers’ advocacy, which included maintaining control of the trial process, maintaining decorum in the courtroom and preserving the public reputation of the judicial system and the administration of justice. Set beside that, the Supreme Court of Canada said, was the advocacy context, which included the lawyer’s expressive freedom to pursue “zealous advocacy” on behalf of their client’s right to a fair trial under s.7 of the Charter. The point where those core Charter values were no longer in danger from the effects of the Law Society’s regulation was the point where advocacy behaviour could lawfully and constitutionally be censured for “incivility.”

This is, in fact, a version of the “balancing test” first set out in *Doré* and repeated in *Del Grande*, (*see above*), which is in turn, a version of the *Oakes* test for limitations of a Charter right. (See the discussion in *Doré* at para 6)

In terms of the specific ruling, which because of the similarity in context is also relevant here, the court in *Groia* ruled that ordinarily an allegation of misconduct would go over the line and into “incivility,” but that would only be the case when the allegation was made deliberately and recklessly. If the allegation is made in error, based on a sincere and reasonable, though mistaken belief in its truth, the importance of zealous advocacy means that the conduct does not constitute “incivility” for purposes of Law Society discipline.

Applying *Groia* to the facts at hand: what does “respectful” mean in ss. 3.17 and 3.18?

It should by now be clear that it is not possible to simply assume that the word “respectful” is self explanatory or obvious. It should also be clear that the answer is not simply to open a dictionary and pick a meaning from there. As interpretive principles and the case law make clear the key factor is **context**. This is especially the case where Charter rights and/or Charter values are in issue.

To simplify *Groia* to its essence, in an advocacy context where Charter values are in issue, Codes of Conduct that have the potential to impact expressive freedom are interpreted in such a way as to find a meaning that carry out the purposes of the Code and the section in issue while having as little impact on the Charter right or Charter values in issue as is demonstrably justifiable in a free and democratic society.

The meaning of “respectful is not fixed but depends on context.

What *Groia* further illustrates is that the meaning of a term like “civility” is not fixed, but can mean different things depending on the context. The court specifically states that behaviour that may not be “civil” in one advocacy context because it is unnecessary in terms of zealously safeguarding a client’s fair trial rights, may be “civil” under a different set of facts, where it does become necessary.

Exactly the same can be said regarding “respectful.” **Whatever a dictionary may say, what is “respectful” toward a gas station attendant may not be the same as what is “respectful” toward King Charles. What is “respectful” toward Scripture may not be the same as what is “respectful” toward an anonymous insult in an email. Further “respect” can be a description of manners and it can also be an assessment of worth. Finally, like the term “civility,” when a term like “respectful” appears in a Code of Conduct it becomes a legal term and its meaning is determined as much by what the law allows it to mean in a given context as by anything a person might understand by looking at the term “on its face.”**

“Treating respectfully” in context.

There is no need to repeat the full balancing exercise that was done earlier. *Groia*, like the case law reviewed earlier requires that we start with the purposes of the Code and the sections in issue. To remind, they are to safeguard the reputation of the Board, its work and its integrity.

Having identified the purposes of the Code, the next step in the analysis demonstrated in *Groia* is to look at the specific advocacy context and to consider the role of expressive freedom plays. **To state the obvious, advocacy /S expression and Trustees are elected not just to vote but also to advocate for positions, ideas and initiatives in which they believe and against those in which they don’t. That includes criticizing the ideas and those who express them. Anything that prohibits criticizing ideas or people under certain circumstances is a potential curb on advocacy.** This is as true about provisions like ss. 3.17 and 3.18 of the Code which seem to prohibit advocacy that is “not respectful” of other people or their ideas as it was in *Groia* of the Law Society provision that prohibited “incivility” in the way lawyers advocated on behalf of their clients. That is what is meant when the

Supreme Court of Canada says that the correct analysis must take a “multifactorial approach” when defining “civility” in its context. In each case what is important is an understanding of who said what to whom, in front of what audience (if any), by what medium, with what purpose? The answers to those questions will help locate the role of any words or comments complained of in the context of a Trustee’s role as advocate and in the potential category of protected speech.

As a general principle, the closer to the core of advocacy and the Charter values it may embody, the more difficult it will be to point to a public purpose capable of justifying restricting communications that embody that purpose. For that reason, if it is possible to find a meaning for the term in question (“civility” “respect” “respectful”) that doesn’t restrict the advocacy function, or its essential aspects, that will be the preferred meaning, up to and including a conclusion that the provision only applies to situations where the effect of restricting that type of speech would not compromise expressive freedom to the point where the ability to advocate effectively was impaired.

Applying Groia to the specific circumstances in issue

“Respectful” can have a range of meanings extending from a description of polite manners through to a description of a positive and uncritical attitude. It can be something that is extended in the same way to anyone who is given “respect” or it can be something that is understood to be given only to the extent that it is merited or “earned.” By saying that the remarks complained of are not “respectful” “on their face,” the Aird & Berlis report leaves open the possibility that any or all of these possibilities is what is intended by the sections. By not explaining how or in what way the remarks are disrespectful, but simply repeating parts of the Investigator’s narrative of events, the report fails to identify any significant contextual factors that lead to the conclusion of “not respectful” other than the words themselves.

The result is that in finding a contravention, the Aird & Berlis report turns the requirement in ss. 3.17 and 3.18 for “respectful” behaviour into a prohibition of certain types of expression based on their content (in effect “Trustees may not make comments that disrespect other people or their ideas”). That is the broadest sort of restriction on expression since it targets content, not time, place, mode etc. Even more seriously, according to the Code itself, it is directed at Trustees in the performance of their duties, which are political duties, therefore it is a restriction of political speech. Finally, while the restriction is clearly understood as a restriction on content (on what is said, not how it’s said), we still don’t know the how to tell the difference (if any) between negative criticism and “disrespect.”

Balancing

The next step in the analysis, then would be to balance the legitimate beneficial purposes of the restrictive provision (ss. 3.17 and 3.18) against the impacts on Charter values in the Trustee’s advocacy role.

In this context it is notable that the Aird & Berlis report finds that the remarks complained of do not contravene ss. 3.15 and 3.19 of the Code (p.5). That means the Aird & Berlis report has already in effect opined that the comments in issue do **not** “discredit or compromise the integrity of the Board” and, taken in context, they do **not** amount to a failure “to work with other Board members and staff of the Board in a spirit of respect, openness, courtesy and cooperation.” That is how the prohibited conduct in those sections is described. It is also a reasonable summary of what ss. 1 and 3 of the Code say are the purposes and objectives of the Code. **In effect therefore the Aird & Berlis report’s own finding that ss. 3.15 and 3.19 have not been contravened seems to support the conclusion that the comments in the complaint *do not* interfere with the purposes or objectives of the Code.**

This conclusion is supported by a simple comparison. Taken as a prohibition of criticism of other Trustees, students, teachers or the public, a requirement to “respect” these individuals and their views would make any advocacy at all impossible because one would never know whether expressing one’s honest views in criticism of someone or her ideas could actually be found to constitute disrespect, lack of “respect.” Worse yet, if one is criticizing one’s fellow Trustees and they are the voters who decide whether there has been a contravention, then “respect” becomes truly impossible to know in advance. Even absent the last wrinkle, the upshot, is the well-known “chilling effect” of censorship, where rather than risk being found to have contravened a prohibition of some types of speech, people self-censor.

For that reason it is not only the fact that the communications in question are private that makes it impossible for a definition of “respectful” that allows for a review based on content to fulfill the purposes of the Code and outweigh any damage to Charter values. It is the fact that the damage to Charter values and to the very ability of Trustees to engage in advocacy massively outweighs any possible benefit to the reputation of the Board. **Such a restriction on what elected representatives may and may not say might be justifiable in an unfree and authoritarian society but would never be justifiable in a free and democratic one.**

It is therefore submitted *that a reading of ss.3.17 and 3.18 that understands the requirement for “respect” for others and their views as allowing a finding of contravention and an imposition of sanctions simply based on the content of negative remarks that would otherwise be legal would not be sustained by the courts nor would any conclusion about contravention made on its basis.*

The Correct Approach to understanding the meaning of “respectful” ss.3.17 and 3.18

It is submitted that the correct approach is based on *Groia*. If these sections are to pass constitutional muster, then like “civility” in *Groia*, “respectful” must be given a meaning that does not hinder the exercise of expressive freedom in pursuit of a Trustee’s core advocacy functions. That means that it cannot be aimed at the *content* of advocacy unless the content is otherwise illegitimate and not part of the advocate’s role. It might perhaps be directed at the *form* of the communication, so long as the form of the communication isn’t an integral and legitimate part of the content. (To take an example, someone who decides to yodel their speech at a meeting might well be thought not to be “respectful” in a way that compromised the reputation and even the integrity of the Board and its work. Such a finding would not impair any core advocacy function).

For our purposes, this is not essential, because whatever the definition of “respectful” ss. 3.17 and 3.18 cannot apply to the comments in the complaint because they are private communications, but in order to complete the analysis of “respectful” using *Groia* as a guide, it is possible to conclude that a communication will not be “respectful” of a person or her views if:

- It is illegal, defamatory, constitutes hate propaganda, violates some established public policy protecting groups or individuals.
- It is delivered in a manner that is abusive, hectoring, intimidating or unusually derogatory, bearing in mind the conventions of public and legislative advocacy.

However,

- A communication will not be “disrespectful” if it is delivered on a topic and in a manner that is no more than is reasonably effective in the circumstances to advocate persuasively on behalf of a genuinely held position

- A statement made mistakenly is not a disrespectful statement for purposes of ss. 3.17 and 3.18.

-

The basis for this list is as follows. The first category is made up of types of speech that the Supreme Court of Canada has considered and has held can be restricted or prohibited for the public good. The second category deals with restrictions on the manner of speech rather than its content, but specifies the types of delivery that describe a “manner” that is not “respectful.” It emphasizes tone over content. The third category is based on the *Groia* discussion of the “multifactorial” focus on what advocates do (advocate and persuade) in assessing whether behaviour has or has not crossed a line. It also makes allowances for colourful language, metaphors, humour and the standard rhetoric of Trustees as politicians. The phrases complained by the Complainant are examples of rhetoric heard regularly in lobbying efforts and political debates. The final line about mistakes is taken straight from *Groia*. It was cited in the Investigation Report with the citation. It is an additional reason that it is disappointing that the Aird & Berlis report ignored the argument, ignored the citation and proceeded as though no legal arguments had been raised.

Conclusions Re Meaning of “Respect” in ss. 3.17 and 3.18 of The Code

Based on the foregoing, it is possible to conclude that **the approach taken by Aird & Berlis would result in rendering ss.3.17 and 3.18 unconstitutionally inconsistent with the Charter guarantee of expressive freedom as an overbroad attempt to regulate the content of legal communications made by Trustees in the legitimate exercise of the duties they were elected to perform.**

Instead of leaving the meaning of “respect” and “respectful” as well as their operation in the context of the Code totally unexamined and relying on an unexplained statement that the

words complained of are not “respectful” “on their face,” without showing how, Aird & Berlis should have followed up on the reference provided in the Investigation Report to the *Grioa* case, which would have led to a realization that the concepts “respectful” or “ respect” need to be applied in context and with regard to the implications for Trustees’ advocacy roles and the implicit Charter values.

A Charter-compliant definition of “treat with respect” as it applies to a s. 3.17 or 3.18 dealing with a Trustee’s advocacy communications would specify that:

1. A communication would **not be considered disrespectful or to show lack of respect UNLESS**
 - **It is illegal, defamatory, constitutes hate propaganda, violates some established public policy** protecting groups or individuals.
 - **It is delivered in a manner that is abusive, hectoring, intimidating or unusually derogatory**, bearing in mind the conventions of public and legislative advocacy.
2. **A communication will not be “disrespectful” if it is delivered on a topic and in a manner that is no more than is reasonably effective in the circumstances to advocate persuasively on behalf of a genuinely held position.**
3. **A statement made mistakenly is not a disrespectful statement** for purposes of ss. 3.17 and 3.18.
4. Based on a multi-factorial review and following the reasoning in the earlier section on the constitution, **a statement made in a private conversation to another Trustee and not otherwise published could not be the subject of a complaint** under ss.3.17 or 3.18.

Summary and Conclusions

Based on all of the foregoing the following conclusions can be made

1. The Aird & Berlis report is incomplete. For unknown reasons its author failed to examine the Charter dimensions of the issue even though the Investigation Report drew explicit attention to it. For equally unknown reasons, the Aird & Berlis report failed to analyze the sections of the Code being applied or the meaning of the concepts contained in them, even though there is case law directly on point as to how to understand regulations that regulate the expressive activity of advocates and direct reference with a citation was made in the Investigation Report to the leading case decided by the Supreme Court of Canada.
2. The failure to take these matters into account renders the Aird & Berlis report not only incomplete but unreliable. Its conclusion that ss. 3.17 and 3.18 have been contravened is based on an incomplete understanding of the issues and is a conclusory statement with no explanation.
3. Based on the applicable constitutional analysis as described in *Del Grande v. Toronto Catholic District School Board*, 2023 ONSC 349 and the underlying case law, ss. 3.17 and 3.18 are not applicable to the statements in the complaint. The statements were made in private emails not intended for publication. Applying the law as set out in *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12 and repeated in *Del Grande*, the negative impact on Charter values caused by restricting what can and what cannot be said in advocacy situations by Trustees, is obvious and palpable, while the ability of such restrictions to

achieve the goals and purposes of the Code of Conduct, which are set out in SS. 1 and 3 of the Code, is non-existent in situations where the communication is private.

4. On this basis there cannot be a finding that the Respondent contravened ss.3.17 and 3.18 of the Code in her private email communications.
5. This conclusion is sufficient on its own to dispose of the complaint.
6. Separately, an analysis of the words of ss.3.17 and 3.18 confirms that the email communications complained of cannot be found to contravene these sections.
7. The Aird & Berlis report proceeds as though the meaning of the concept of “respect [for the views of] other Trustees, staff, students and members of the public” or “respectful of other Trustees, staff, students and members of the public” was straightforward, needing no explanation and raising no issues, whereas the caselaw, which was cited in the Investigation Report makes it clear that the meaning of concepts analogous to “respect” and “respectful” need to be understood in the context of the specific facts of each specific case and against the background of potential restraint on expressive freedom on zealous or persuasive advocacy.
8. Using the law as articulated by the Supreme Court of Canada in *Groia v. Law Society of Upper Canada*, 2018 SCC 27, as a guide it is submitted that **the terms “respect” and “respectful” cannot be understood as the basis to sanction communications based on their content** unless that content is otherwise illegal, defamatory, constitutes hate speech or is otherwise contrary to a settled public policy in Canada. The Aird &

Berlis report does not explain what it is that makes the passages in the emails complained of not “respectful,” but whatever it is, it seems to be related to something negative in the content. **No Supreme Court of Canada decision (nor any final appellate court decision that I am aware of) has ever validated a law or regulation that allowed for censorship based entirely on content that is otherwise legal (except on consent).** In my view this is an erroneous approach to interpretation that cannot lead to a valid decision.

9. Applying the law and the approach as set out in *Groia*, a Charter compliant definition of a communication by a Trustee that could be said to be “not respectful” of a fellow Trustee or of her views would be one that was not focused on the content of the communication by the Respondent Trustee (unless it were defamatory, pornographic, hate speech, discriminatory against protected categories of people etc.) but rather about the way it was communicated, such as, for instance in a bullying or threatening or otherwise abusive manner, or if it used language or rhetoric above and beyond what is par for the course in a legislative advocacy setting. A Charter compliant definition of “not respectful” would also not apply to private correspondence.
10. Using this approach to understanding the meaning of “respect” and “respectful” it seems clear that nothing in the passages complained of is capable of fittingg undera Charter compliant understanding of what advocacy that is “not respectful” of a fellow Trustee would look like.
11. An additional caveat from the *Groia* case, explicitly cited in the Investigation Report is that in interpreting codes of conduct meant to regulate the expressive activity of advocates, a statement that was made by accident or by honest mistake should not be used as though it were a violation of the code in question. Given the findings in the

Investigation Report, this is in fact a third separate reason that there does not seem to be any basis for a finding that there has been a contravention of the OCDSB Code of Conduct.

12. **Given all of the foregoing, I submit that under the Charter and the relevant legal jurisprudence it is necessary to find that based on the current facts ss. 3,17 or 3,18 of the OCDSB Code of Conduct have not been contravened. I do agree with the Aird & Berlis report that ss. 3.15 and 3.19 of the Code have not been contravened.**

1. *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12 (CanLII), [2012] 1 SCR 395
2. *Del Grande v. Toronto Catholic District School Board*, 2023 ONSC 349 (CanLII)
3. *Groia v. Law Society of Upper Canada*, 2018 SCC 27 (CanLII), [2018] 1 SCR 772

TAB 1

Gilles Doré *Appellant*

v.

**Pierre Bernard, in his capacity as Assistant
Syndic of the Barreau du Québec, Tribunal
des professions and Attorney General of
Quebec** *Respondents*

and

**Federation of Law Societies of Canada,
Canadian Civil Liberties Association
and Young Bar Association of
Montreal** *Interveners***INDEXED AS: DORÉ v. BARREAU DU QUÉBEC****2012 SCC 12**

File No.: 33594.

2011: January 26; 2012: March 22.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish,
Abella, Rothstein and Cromwell JJ.**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC***Administrative law — Judicial review — Standard
of review — Disciplinary council — Lawyer challeng-
ing constitutionality of council's decision — Proper
approach to judicial review of discretionary administra-
tive decisions engaging Charter protections — Whether
framework developed in R. v. Oakes appropriate to deter-
mine if discretionary administrative decisions comply
with Canadian Charter of Rights and Freedoms.**Law of professions — Discipline — Barristers and
solicitors — Lawyer writing private letter to judge and
criticizing him — Disciplinary council finding lawyer
in breach of duty to behave with objectivity, moderation
and dignity and reprimanding him — Whether council
properly balanced relevant Charter values with statu-
tory objectives — Whether decision reasonable — Code
of ethics of advocates, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1, art. 2.03.***Gilles Doré** *Appelant*

c.

**Pierre Bernard, ès qualités de syndic
adjoint du Barreau du Québec, Tribunal
des professions et procureur général du
Québec** *Intimés*

et

**Fédération des ordres professionnels de
juristes du Canada, Association canadienne
des libertés civiles et Association du Jeune
Barreau de Montréal** *Intervenantes***RÉPERTORIÉ : DORÉ c. BARREAU DU QUÉBEC****2012 CSC 12**

N° du greffe : 33594.

2011 : 26 janvier; 2012 : 22 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
Binnie, LeBel, Fish, Abella, Rothstein et Cromwell.**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC***Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme
de contrôle — Comité de discipline — Contestation
par un avocat de la constitutionnalité de la décision du
Comité — Approche correcte du contrôle judiciaire des
décisions administratives de nature discrétionnaire met-
tant en cause les protections conférées par la Charte —
Le cadre d'analyse élaboré dans R. c. Oakes convient-il
pour apprécier la conformité à la Charte canadienne des
droits et libertés de décisions administratives de nature
discrétionnaire?**Droit des professions — Discipline — Avocats et
procureurs — Lettre privée adressée par un avocat à un
juge dans laquelle il critique ce dernier — Décision du
Comité de discipline de réprimander l'avocat pour avoir
manqué à son obligation de faire preuve d'objectivité,
de modération et de dignité — Le Comité a-t-il correcte-
ment mis en balance les valeurs pertinentes consacrées
par la Charte et les objectifs visés par la loi? — La déci-
sion était-elle raisonnable? — Code de déontologie des
avocats, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 1, art. 2.03.*

D appeared before a judge of the Superior Court of Quebec on behalf of a client. In the course of D's argument, the judge criticized D. In his written reasons rejecting D's application, the judge levied further criticism, accusing D of using bombastic rhetoric and hyperbole, of engaging in idle quibbling, of being impudent and of doing nothing to help his client discharge his burden. D then wrote a private letter to the judge calling him loathsome, arrogant and fundamentally unjust, and accusing him of hiding behind his status like a coward, of having a chronic inability to master any social skills, of being pedantic, aggressive and petty, and of having a propensity to use his court to launch ugly, vulgar and mean personal attacks.

The Assistant Syndic of the Barreau du Québec filed a complaint against D based on that letter alleging that D had violated art. 2.03 of the *Code of ethics of advocates*, which states that the conduct of advocates "must bear the stamp of objectivity, moderation and dignity". The Disciplinary Council of the Barreau du Québec found that the letter was likely to offend, rude and insulting, that the statements had little expressive value, and that the judge's conduct, which resulted in a reprimand from the Canadian Judicial Council, could not be relied on as justification for it. The Council rejected D's argument that art. 2.03 violated s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, finding that the limitation on freedom of expression was reasonable. Based on the seriousness of D's conduct, the Council reprimanded D and suspended his ability to practice law for 21 days. On appeal to the Tribunal des professions, D abandoned his constitutional challenge to the specific provision, arguing instead that the sanction itself violated his freedom of expression. The Tribunal found that D had exceeded the objectivity, moderation and dignity expected of him and that the decision to sanction D was a minimal restriction on his freedom of expression. On judicial review, the Superior Court of Quebec upheld the decision of the Tribunal.

Before the Quebec Court of Appeal, D no longer appealed the actual sanction of 21 days, challenging only the decision to reprimand him as a violation of the *Charter*. The Court of Appeal applied a full *Oakes* analysis under s. 1 of the *Charter* and upheld the

D a comparu devant un juge de la Cour supérieure du Québec pour le compte de son client. Au cours de la plaidoirie de D, le juge a formulé des critiques à l'égard de ce dernier. Dans les motifs écrits par lesquels il a rejeté la requête présentée par D, le juge a formulé d'autres critiques à l'égard de D, l'accusant de faire de la rhétorique ronflante et de l'hyperbole, de se perdre en arguties sans fondement, de faire preuve d'outrecuidance et de n'avoir rien fait pour assister son client à se décharger de son fardeau. D a adressé une lettre privée au juge, dans laquelle il le décrit comme un être exécrable, arrogant et foncièrement injuste et l'accuse de se cacher lâchement derrière son statut, d'être chroniquement incapable de maîtriser quelque aptitude sociale, d'adopter un comportement pédant, hargneux et mesquin et de démontrer une propension à se servir de sa tribune pour s'adonner à des attaques personnelles mesquines, repoussantes et vulgaires.

Le syndic adjoint du Barreau du Québec a formulé une plainte contre D fondée sur cette lettre. Selon la plainte, D avait contrevenu à l'art. 2.03 du *Code de déontologie des avocats*, qui énonce que la conduite de l'avocat « doit être empreinte d'objectivité, de modération et de dignité ». Le Comité de discipline du Barreau du Québec a conclu que la lettre de D était de nature à choquer et constituait des propos grossiers et injurieux, que les propos de l'avocat n'avaient que peu de valeur sur le plan expressif et que D ne pouvait invoquer la conduite du juge — qui avait écopé pour sa part d'une réprimande du Conseil canadien de la magistrature — pour justifier la lettre. Le Comité de discipline a rejeté l'argument de D selon lequel l'art. 2.03 violerait l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, concluant que la restriction à la liberté d'expression était raisonnable. Estimant que le manquement de D à son obligation était grave, le Comité de discipline a réprimandé ce dernier et a suspendu son droit de pratique durant 21 jours. Dans l'appel interjeté devant le Tribunal des professions, D a abandonné la contestation constitutionnelle de la disposition pertinente, faisant plutôt valoir que sa liberté d'expression était brimée par la réprimande elle-même. Le Tribunal était d'avis que D n'avait pas fait preuve de l'objectivité, de la modération et de la dignité qu'on attendait de lui et que la décision de lui infliger une sanction constituait une restriction minimale à la liberté d'expression de D. À l'issue d'une révision judiciaire, la Cour supérieure du Québec a maintenu la décision du Tribunal.

Devant la Cour d'appel du Québec, D appelait, non plus de la suspension de son droit de pratique durant 21 jours, mais de la décision de le réprimander, qu'il considérait comme une violation de la *Charte*. Au terme d'une analyse complète fondée sur l'article premier de

reprimand. It found that D's letter had limited importance compared to the values underlying freedom of expression, that the Council's decision had a rational connection to the important objective of protecting the public and that the effects of the decision were proportionate to its objectives.

Held: The appeal from the result should be dismissed.

To determine whether administrative decision-makers have exercised their statutory discretion in accordance with *Charter* protections, the review should be in accordance with an administrative law approach, not a s. 1 *Oakes* analysis. The standard of review is reasonableness.

In assessing whether a law violates the *Charter*, we are balancing the government's pressing and substantial objectives against the extent to which they interfere with the *Charter* right at issue. If the law interferes with the right no more than is reasonably necessary to achieve the objectives, it will be found to be proportionate, and, therefore, a reasonable limit under s. 1. But in assessing whether an adjudicated decision violates the *Charter*, we are engaged in balancing somewhat different but related considerations, namely, has the decision-maker disproportionately, and therefore unreasonably, limited a *Charter* right. In both cases, we are looking for whether there is an appropriate balance between rights and objectives, and the purpose of both exercises is to ensure that the rights at issue are not unreasonably limited.

There is nothing in the administrative law approach which is inherently inconsistent with the strong protection of the *Charter*'s guarantees and values. An administrative law approach recognizes that administrative decision-makers are both bound by fundamental values and empowered to adjudicate them, and that administrative discretion is exercised in light of constitutional guarantees and the values they reflect. An administrative decision-maker exercising a discretionary power under his or her home statute, has, by virtue of expertise and specialization, particular familiarity with the competing considerations at play in weighing *Charter* values and will generally be in the best position to consider the impact of the relevant *Charter* guarantee on the specific facts of the case. Under a robust conception

cette dernière et exécutée suivant le modèle énoncé dans l'arrêt *Oakes*, la Cour d'appel a confirmé la réprimande. Elle a conclu que la lettre de D revêtait une importance limitée par rapport aux valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression, que la décision du Comité avait un lien rationnel avec l'important objectif que constitue la protection du public et que la décision avait des effets proportionnels aux objectifs qu'elle visait.

Arrêt : Le pourvoi quant à l'issue est rejeté.

Pour déterminer si les décideurs administratifs ont exercé le pouvoir discrétionnaire que leur confère la loi en s'assurant de protéger les droits visés par la *Charte*, il faut effectuer la révision selon la démarche ressortissant au droit administratif, et non selon l'analyse fondée sur l'article premier, élaborée dans *Oakes*. La norme de contrôle est celle du caractère raisonnable.

Lorsque nous cherchons à déterminer si une loi viole la *Charte*, nous mettons en balance les objectifs urgents et réels du gouvernement, d'une part, et le degré d'atteinte au droit en cause protégé par la *Charte*, d'autre part. Si la loi ne restreint pas plus le droit qu'il n'est raisonnablement nécessaire de le faire pour atteindre les objectifs visés, la violation sera jugée proportionnelle et, de ce fait, la restriction raisonnable au sens de l'article premier. Toutefois, lorsque nous nous demandons si une décision en matière contentieuse viole la *Charte*, nous sommes appelés à mettre en balance des considérations quelque peu différentes, bien que liées. En effet, il s'agit alors de déterminer si le décideur a restreint le droit protégé par la *Charte* de manière disproportionnée et donc déraisonnable. Dans les deux cas, nous cherchons à savoir si un juste équilibre a été atteint entre les droits et les objectifs et, dans les deux cas aussi, les exercices visent à garantir que les droits en cause ne sont pas restreints de manière déraisonnable.

Rien dans l'approche du droit administratif n'est intrinsèquement incompatible avec la solide protection conférée par la *Charte* des garanties qui y sont énoncées et des valeurs qui y sont consacrées. L'approche du droit administratif reconnaît que les décideurs administratifs sont à la fois liés par des valeurs fondamentales et habilités à statuer sur elles et que le pouvoir discrétionnaire de nature administrative est exercé à l'aune des garanties constitutionnelles et des valeurs qu'elles comportent. Le décideur administratif exerçant un pouvoir discrétionnaire en vertu de sa loi constitutive est, de par son expertise et sa spécialisation, particulièrement au fait des considérations opposées en jeu dans la mise en balance des valeurs consacrées par la *Charte* et est généralement le mieux placé pour juger de

of administrative law, discretion is exercised in light of constitutional guarantees and the values they reflect.

When applying *Charter* values in the exercise of statutory discretion, an administrative decision-maker must balance *Charter* values with the statutory objectives by asking how the *Charter* value at issue will best be protected in light of those objectives. This is at the core of the proportionality exercise, and requires the decision-maker to balance the severity of the interference of the *Charter* protection with the statutory objectives.

On judicial review, the question becomes whether, in assessing the impact of the relevant *Charter* protection and given the nature of the decision and the statutory and factual contexts, the decision reflects a proportionate balancing of the *Charter* rights and values at play. Though this judicial review is conducted within the administrative framework, there is nonetheless conceptual harmony between a reasonableness review and the *Oakes* framework, since both contemplate giving a “margin of appreciation”, or deference, to administrative and legislative bodies in balancing *Charter* values against broader objectives. In the *Charter* context, the reasonableness analysis is one that centres on proportionality, that is, on ensuring that the decision interferes with the relevant *Charter* guarantee no more than is necessary given the statutory objectives. If the decision is disproportionately impairing of the guarantee, it is unreasonable. If, on the other hand, it reflects a proper balance of the mandate with *Charter* protection, it is a reasonable one. But both decision-makers and reviewing courts must remain conscious of the fundamental importance of *Charter* values in the analysis.

Here, the decision to suspend D for 21 days was not before the Court. The only issue was whether the Council’s decision to reprimand D reflected a proportionate balancing of the lawyer’s expressive rights with its statutory mandate to ensure that lawyers behave with “objectivity, moderation and dignity” in accordance with art. 2.03 of the *Code of ethics*. In dealing

l’incidence de la protection conférée par la *Charte* au regard des faits précis de l’affaire. Selon une conception plus riche du droit administratif, le pouvoir discrétionnaire est exercé à l’aune des garanties constitutionnelles et des valeurs qu’elles comportent.

En appliquant les valeurs de la *Charte* dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire conféré par la loi, le décideur administratif doit mettre en balance les valeurs consacrées par la *Charte* et les objectifs visés par la loi et se demander comment protéger au mieux la valeur en jeu compte tenu des objectifs en question. Cette réflexion constitue l’essence même de l’analyse de la proportionnalité et exige que le décideur mette en balance la gravité de l’atteinte à la valeur protégée par la *Charte*, d’une part, et les objectifs que vise la loi, d’autre part.

Dans le contexte d’une révision judiciaire, il s’agit donc de déterminer si — en évaluant l’incidence de la protection pertinente offerte par la *Charte* et compte tenu de la nature de la décision et des contextes légal et factuel — la décision est le fruit d’une mise en balance proportionnée des droits et des valeurs en cause protégés par la *Charte*. Même si cette révision judiciaire est menée selon le cadre d’analyse du droit administratif, il existe néanmoins une harmonie conceptuelle entre l’examen du caractère raisonnable et le cadre d’analyse préconisé dans *Oakes* puisque les deux démarches supposent de donner une marge d’appréciation aux organes administratifs ou législatifs ou de faire preuve de déférence à leur égard lors de la mise en balance des valeurs consacrées par la *Charte*, d’une part, et les objectifs plus larges, d’autre part. Dans le contexte de la *Charte*, l’analyse du caractère raisonnable porte avant tout sur la proportionnalité, soit, sur la nécessité d’assurer que la décision n’interfère avec la garantie visée par la *Charte* pas plus qu’il n’est nécessaire compte tenu des objectifs visés par la loi. Si la décision porte atteinte à la garantie de manière disproportionnée, elle est déraisonnable. Si, par contre, elle établit un juste équilibre entre le mandat et la protection conférée par la *Charte*, elle est raisonnable. Cela étant dit, tant les décideurs que les tribunaux qui procèdent à la révision de leurs décisions doivent analyser les questions qui leur sont soumises en gardant à l’esprit l’importance fondamentale des valeurs consacrées par la *Charte*.

La Cour n’était pas appelée en l’espèce à se prononcer sur la décision de suspendre le droit de pratique de D durant 21 jours. La seule question à trancher était celle de savoir si la décision du Comité de réprimander l’avocat a établi un juste équilibre, soit un équilibre proportionné, entre le droit de l’avocat à la libre expression et le mandat légal du Comité — qui consiste à garantir

with the appropriate boundaries of civility for a lawyer, the severity of the conduct must be interpreted in light of the expressive rights guaranteed by the *Charter*, and, in particular, the public benefit in ensuring the right of lawyers to express themselves about the justice system in general and judges in particular. We are, in other words, balancing the fundamental importance of open, and even forceful, criticism of our public institutions with the need to ensure civility in the profession. Disciplinary bodies must therefore demonstrate that they have given due regard to the importance of the expressive rights at issue, both in light of an individual lawyer's right to expression and the public's interest in open discussion. As with all disciplinary decisions, this balancing is a fact-dependent and discretionary exercise.

Proper respect for these expressive rights may involve disciplinary bodies tolerating a degree of discordant criticism. The fact that a lawyer is criticizing a judge, a tenured and independent participant in the justice system, may raise, not lower, the threshold for limiting a lawyer's expressive rights under the *Charter*. This does not, however, argue for an unlimited right on the part of lawyers to breach the legitimate public expectation that they will behave with civility. Lawyers potentially face criticisms and pressures on a daily basis. They are expected by the public, on whose behalf they serve, to endure them with civility and dignity. This is not always easy where the lawyer feels he or she has been unfairly provoked, as in this case. But it is precisely when a lawyer's equilibrium is unduly tested that he or she is particularly called upon to behave with transcendent civility. On the other hand, lawyers should not be expected to behave like verbal eunuchs. They not only have a right to speak their minds freely, they arguably have a duty to do so. But they are constrained by their profession to do so with dignified restraint.

A reprimand for a lawyer does not automatically flow from criticizing a judge or the judicial system. Such criticism, even when it is expressed vigorously, can be constructive. However in the context of disciplinary hearings, such criticism will be measured against

que les avocats agissent avec « objectivité, [. . .] modération et [. . .] dignité », conformément à l'art. 2.03 du *Code de déontologie*. Lorsqu'il s'agit de déterminer quand le comportement d'un avocat passe les bornes de la civilité, il faut tenir compte du droit à la liberté d'expression garanti par la *Charte* et, plus particulièrement, des avantages que procure à l'ensemble de la population l'exercice par les avocats du droit de s'exprimer au sujet du système de justice en général et au sujet des juges en particulier. Autrement dit, les valeurs mises en balance sont, d'une part, l'importance fondamentale d'une critique ouverte et même vigoureuse de nos institutions publiques et, d'autre part, la nécessité d'assurer la civilité dans l'exercice de la profession juridique. Les organes disciplinaires doivent donc démontrer qu'ils ont dûment tenu compte de l'importance du droit à la liberté d'expression en cause, tant dans la perspective du droit d'expression individuel des avocats que dans celle de l'intérêt public à l'ouverture des débats. Comme pour toutes les décisions disciplinaires, cette mise en balance dépend des faits et suppose l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

Il peut découler du respect qui est dû à ce droit à la liberté d'expression que des organismes disciplinaires tolèrent certaines critiques acérées. Le fait qu'un avocat critique un juge, un acteur indépendant et nommé à titre inamovible du système de justice, pourrait hausser, et non abaisser, le seuil au-delà duquel il convient de limiter l'exercice par un avocat du droit à la liberté d'expression que lui garantit la *Charte*. Cela étant dit, il ne faut surtout pas voir là d'argument pour un droit illimité des avocats de faire fi de la civilité que la société est en droit d'attendre d'eux. Les avocats sont susceptibles d'être critiqués et de subir des pressions quotidiennement. Le public, au nom de qui ils exercent, s'attend à ce que ces officiers de justice encaissent les coups avec civilité et dignité. Ce n'est pas toujours facile lorsque l'avocat a le sentiment qu'il a été injustement provoqué comme en l'espèce. Il n'en demeure pas moins que c'est précisément dans les situations où le sang-froid de l'avocat est indûment testé qu'il est tout particulièrement appelé à adopter un comportement d'une civilité transcendante. Cela étant dit, on ne peut s'attendre à ce que les avocats se comportent comme des eunuques de la parole. Ils ont non seulement le droit d'exprimer leurs opinions librement, mais possiblement le devoir de le faire. Ils sont toutefois tenus par leur profession de s'exécuter avec une retenue pleine de dignité.

Un avocat qui critique un juge ou le système judiciaire n'est pas automatiquement passible d'une réprimande. Une telle critique, même exprimée vigoureusement, peut être constructive. Cependant, dans le contexte d'audiences disciplinaires, une telle critique

the public's reasonable expectations of a lawyer's professionalism. As the Disciplinary Council found, D's letter was outside those expectations. His displeasure with the judge was justifiable, but the extent of the response was not.

In light of the excessive degree of vituperation in the letter's context and tone, the Council's decision that D's letter warranted a reprimand represented a proportional balancing of D's expressive rights with the statutory objective of ensuring that lawyers behave with "objectivity, moderation and dignity". The decision is, as a result, a reasonable one.

Cases Cited

Discussed: *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, 2002 SCC 86, [2002] 4 S.C.R. 710; *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772; *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 2, [2002] 1 S.C.R. 72; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281; **referred to:** *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *R. v. Lanthier*, 2001 CanLII 9351; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,

sera évaluée à la lumière des attentes raisonnables du public quant au professionnalisme dont un avocat doit faire preuve. Comme l'a conclu le Comité de discipline, la lettre de D ne satisfait pas à ces attentes. Son mécontentement à l'égard du juge était légitime, mais la teneur de sa réponse ne l'était pas.

À la lumière du degré excessif de vitupération dans le contenu de la lettre et de son ton, la conclusion du Comité selon lequel la lettre de D justifiait qu'il soit réprimandé repose sur un juste équilibre, soit un équilibre proportionné, entre le droit de D à la libre expression et l'objectif de la loi qui consiste à garantir que les avocats agissent avec « objectivité, modération et dignité ». Par conséquent, cette décision est raisonnable.

Jurisprudence

Arrêts analysés : *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, [2002] 4 R.C.S. 710; *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772; *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 2, [2002] 1 R.C.S. 72; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281; **arrêts mentionnés :** *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *R. c. Lanthier*, 2001 CanLII 9351; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37,

2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481; *R. v. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449; *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273; *Histed v. Law Society of Manitoba*, 2007 MBCA 150, 225 Man. R. (2d) 74.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).
Code of ethics of advocates, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1, arts. 2.00.01, 2.03 [rep. (2004) 136 G.O. II, 1272].

Authors Cited

Bernatchez, Stéphane. “Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés: la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel?” (2010), 55 *McGill L.J.* 641.
 Canadian Bar Association. *Code of Professional Conduct*. Ottawa: The Association, 2009 (online: <http://www.cba.org/CBA/activities/pdf/codeofconduct.pdf>).
 Cartier, Geneviève. “The Baker Effect: A New Interface Between the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and Administrative Law — The Case of Discretion”, in David Dyzenhaus, ed., *The Unity of Public Law*. Portland, Oregon: Hart, 2004, 61.
 Code, Michael. “Counsel’s Duty of Civility: An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System” (2007), 11 *Can. Crim. L.R.* 97.
 Dyzenhaus, David, and Evan Fox-Decent. “Rethinking the Process/Substance Distinction: *Baker v. Canada*” (2001), 51 *U.T.L.J.* 193.
 Evans, J. M. “The Principles of Fundamental Justice: The Constitution and the Common Law” (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 51.
 Gratton, Susan L., and Lorne Sossin. “In Search of Coherence: The *Charter* and Administrative Law under the McLachlin Court”, in David A. Wright and

[2009] 2 R.C.S. 567; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481; *R. c. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449; *Attorney-General c. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273; *Histed c. Law Society of Manitoba*, 2007 MBCA 150, 225 Man. R. (2d) 74.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).
Code de déontologie des avocats, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 1, art. 2.00.01, 2.03 [abr. (2004) 136 G.O. II, 1840].

Doctrine et autres documents cités

Association du Barreau canadien. *Code de déontologie professionnelle*. Ottawa : L’Association, 2009 (en ligne : http://www.cba.org/abc/activities_f/pdf/codeofconduct.pdf).
 Barreau du Haut-Canada. *Code de déontologie*, mis à jour 28 avril 2011 (en ligne : <http://www.lsuc.on.ca/with.aspx?id=671&langtype=1036>).
 Bernatchez, Stéphane. « Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés : la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel? » (2010), 55 *R.D. McGill* 641.
 Cartier, Geneviève. « The Baker Effect : A New Interface Between the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and Administrative Law — The Case of Discretion », in David Dyzenhaus, ed., *The Unity of Public Law*. Portland, Oregon : Hart, 2004, 61.
 Code, Michael. « Counsel’s Duty of Civility : An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System » (2007), 11 *Rev. can. D.P.* 97.
 Dyzenhaus, David, and Evan Fox-Decent. « Rethinking the Process/Substance Distinction : *Baker v. Canada* » (2001), 51 *U.T.L.J.* 193.
 Evans, J. M. « The Principles of Fundamental Justice : The Constitution and the Common Law » (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 51.

Adam M. Dodek, eds., *Public Law at the McLachlin Court: The First Decade*. Toronto: Irwin Law, 2011, 145.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2011, release 1).

Law Society of Upper Canada. *Rules of Professional Conduct*, updated April 28, 2011 (online: <http://www.lsuc.on.ca/with.aspx?id=671>).

Liston, Mary. "Governments in Miniature: The Rule of Law in the Administrative State", in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*. Toronto: Emond Montgomery, 2008, 77.

MacKenzie, Gavin. *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2009.

Mullan, David. "Administrative Tribunals and Judicial Review of *Charter* Issues after *Multani*" (2006), 21 *N.J.C.L.* 127.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Rochon, Dufresne and Léger JJ.A.), 2010 QCCA 24, [2010] R.J.Q. 77, 326 D.L.R. (4th) 749, [2010] Q.J. No. 88 (QL), 2010 CarswellQue 13368, affirming a decision of Déziel J., 2008 QCCS 2450 (CanLII), [2008] J.Q. n° 5222 (QL), 2008 CarswellQue 5285, dismissing an application for judicial review of a decision of the Tribunal des professions, 2007 QCTP 152 (CanLII), [2007] D.T.P.Q. n° 152 (QL). Appeal dismissed.

Sophie Dormeau and Sophie Préfontaine, for the appellant.

Claude G. Leduc and Luce Bastien, for the respondent Pierre Bernard, in his capacity as Assistant Syndic of the Barreau du Québec.

Dominique A. Jobin and Noémi Potvin, for the respondents Tribunal des professions and the Attorney General of Quebec.

Babak Barin and Frédéric Côté, for the intervenor the Federation of Law Societies of Canada.

David Grossman, Sylvain Lussier, Julien Morissette and Annie Gallant, for the intervenor the Canadian Civil Liberties Association.

Mathieu Bouchard and Audrey Boctor, for the intervenor the Young Bar Association of Montreal.

Gratton, Susan L., and Lorne Sossin. « In Search of Coherence : The *Charter* and Administrative Law under the McLachlin Court », in David A. Wright and Adam M. Dodek, eds., *Public Law at the McLachlin Court : The First Decade*. Toronto : Irwin Law, 2011, 145.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007 (updated 2011, release 1).

Liston, Mary. « Governments in Miniature : The Rule of Law in the Administrative State », in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*. Toronto : Emond Montgomery, 2008, 77.

MacKenzie, Gavin. *Lawyers and Ethics : Professional Responsibility and Discipline*, 5th ed. Toronto : Carswell, 2009.

Mullan, David. « Administrative Tribunals and Judicial Review of *Charter* Issues after *Multani* » (2006), 21 *R.N.D.C.* 127.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Rochon, Dufresne et Léger), 2010 QCCA 24, [2010] R.J.Q. 77, 326 D.L.R. (4th) 749, [2010] J.Q. n° 88 (QL), 2010 CarswellQue 77, qui a confirmé une décision du juge Déziel, 2008 QCCS 2450 (CanLII), [2008] J.Q. n° 5222 (QL), 2008 CarswellQue 5285, qui avait rejeté une requête en révision judiciaire d'une décision du Tribunal des professions, 2007 QCTP 152 (CanLII), [2007] D.T.P.Q. n° 152 (QL). Pourvoi rejeté.

Sophie Dormeau et Sophie Préfontaine, pour l'appellant.

Claude G. Leduc et Luce Bastien, pour l'intimé Pierre Bernard, ès qualités de syndic adjoint du Barreau du Québec.

Dominique A. Jobin et Noémi Potvin, pour les intimés le Tribunal des professions et le procureur général du Québec.

Babak Barin et Frédéric Côté, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

David Grossman, Sylvain Lussier, Julien Morissette et Annie Gallant, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Mathieu Bouchard et Audrey Boctor, pour l'intervenante l'Association du Jeune Barreau de Montréal.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — The focus of this appeal is on the decision of a disciplinary body to reprimand a lawyer for the content of a letter he wrote to a judge after a court proceeding.

[2] The lawyer does not challenge the constitutionality of the provision in the *Code of ethics* under which he was reprimanded. Nor, before us, does he challenge the length of the suspension he received. What he *does* challenge, is the constitutionality of the decision itself, claiming that it violates his freedom of expression under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[3] This raises squarely the issue of how to protect *Charter* guarantees and the values they reflect in the context of adjudicated administrative decisions. Normally, if a discretionary administrative decision is made by an adjudicator within his or her mandate, that decision is judicially reviewed for its reasonableness. The question is whether the presence of a *Charter* issue calls for the replacement of this administrative law framework with the *Oakes* test, the test traditionally used to determine whether the state has justified a law's violation of the *Charter* as a "reasonable limit" under s. 1.

[4] It seems to me to be possible to reconcile the two regimes in a way that protects the integrity of each. The way to do that is to recognize that an adjudicated administrative decision is not like a law which can, theoretically, be objectively justified by the state, making the traditional s. 1 analysis an awkward fit. On whom does the onus lie, for example, to formulate and assert the pressing and substantial objective of an adjudicated decision, let alone justify it as rationally connected to, minimally impairing of, and proportional to that objective? On the other hand, the protection of *Charter* guarantees is a fundamental and

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Le présent appel porte principalement sur la décision d'un comité de discipline de réprimander un avocat pour le contenu d'une lettre qu'il a écrite à un juge après une audience.

[2] L'avocat ne conteste pas la constitutionnalité de la disposition du *Code de déontologie* en vertu de laquelle il a été sanctionné. Il ne conteste pas non plus, devant nous, la durée de la suspension qui lui a été infligée. Ce qu'il conteste, c'est la constitutionnalité de la décision elle-même, puisqu'il prétend qu'elle enfreint la liberté d'expression que lui garantit la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[3] Cela pose, sans détour, la question de la protection des garanties visées par la *Charte* et des valeurs qu'elles reflètent, dans le contexte des décisions administratives en matières contentieuses. Normalement, si un décideur a rendu une décision administrative conforme à son mandat en exerçant un pouvoir discrétionnaire, la révision judiciaire qui la concerne vise à juger de son caractère raisonnable. Ainsi, la question à trancher est celle de savoir si la présence d'une question relative à la *Charte* appelle le remplacement de ce cadre d'analyse de droit administratif par le test énoncé dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, test utilisé traditionnellement pour déterminer si l'État a justifié la violation de la *Charte* par une loi en démontrant que cette violation s'inscrit dans les limites raisonnables au sens de l'article premier.

[4] Il me semble possible de concilier les deux régimes de manière à protéger l'intégrité de chacun d'entre eux. Pour ce faire, il faut reconnaître qu'une décision administrative en matière contentieuse n'est pas assimilable à une loi qui peut, en théorie, être objectivement justifiée par l'État et que, dans ce contexte, l'analyse traditionnelle fondée sur l'article premier est boiteuse. Sur qui pèserait, par exemple, le fardeau de formuler et de défendre l'objectif urgent et réel d'une telle décision administrative, sans parler du fardeau de démontrer l'existence d'un lien rationnel, d'une atteinte minimale ainsi que la proportionnalité de cette atteinte

pervasive obligation, no matter which adjudicative forum is applying it. How then do we ensure this rigorous *Charter* protection while at the same time recognizing that the assessment must necessarily be adjusted to fit the contours of what is being assessed and by whom?

[5] We do it by recognizing that while a formulaic application of the *Oakes* test may not be workable in the context of an adjudicated decision, distilling its essence works the same justificatory muscles: balance and proportionality. I see nothing in the administrative law approach which is inherently inconsistent with the strong *Charter* protection — meaning its guarantees and values — we expect from an *Oakes* analysis. The notion of deference in administrative law should no more be a barrier to effective *Charter* protection than the margin of appreciation is when we apply a full s. 1 analysis.

[6] In assessing whether a law violates the *Charter*, we are balancing the government's pressing and substantial objectives against the extent to which they interfere with the *Charter* right at issue. If the law interferes with the right no more than is reasonably necessary to achieve the objectives, it will be found to be proportionate, and, therefore, a reasonable limit under s. 1. In assessing whether an adjudicated decision violates the *Charter*, however, we are engaged in balancing somewhat different but related considerations, namely, has the decision-maker disproportionately, and therefore unreasonably, limited a *Charter* right. In both cases, we are looking for whether there is an appropriate balance between rights and objectives, and the purpose of both exercises is to ensure that the rights at issue are not unreasonably limited.

à l'objectif visé? Par ailleurs, la protection des garanties visées par la *Charte* constitue une obligation fondamentale et omniprésente, quel que soit le forum décisionnel qui en assure l'application. Dans ce contexte, comment pouvons-nous assurer cette protection constitutionnelle rigoureuse tout en reconnaissant que l'évaluation doit nécessairement être modulée de manière à ce qu'elle soit adaptée à ce qui est évalué et à l'instance qui y procède?

[5] Nous le faisons en reconnaissant que même si l'application convenue du test énoncé dans *Oakes* pourrait ne pas convenir dans le contexte d'une décision administrative en matière contentieuse, en extraire l'essence fait intervenir les mêmes réflexes justificateurs : l'équilibre et la proportionnalité. Je ne vois rien dans l'approche du droit administratif qui soit intrinsèquement incompatible avec la solide protection conférée par la *Charte* — soit la protection des garanties qui y sont énoncées et des valeurs qu'elle consacre — que nous attendons d'une analyse conforme à *Oakes*. De plus, la notion de déférence applicable en droit administratif ne devrait pas plus constituer un obstacle à une protection constitutionnelle efficace que ne le fait la marge d'appréciation quand nous appliquons l'analyse complète fondée sur l'article premier.

[6] Lorsque nous cherchons à déterminer si une loi viole la *Charte*, nous mettons en balance les objectifs urgents et réels du gouvernement, d'une part, et le degré d'atteinte au droit en cause protégé par la *Charte*, d'autre part. Si la loi ne restreint pas plus le droit qu'il n'est raisonnablement nécessaire de le faire pour atteindre les objectifs visés, la violation sera jugée proportionnelle et, de ce fait, la restriction raisonnable au sens de l'article premier. Toutefois, lorsque nous nous demandons si une décision en matière contentieuse viole la *Charte*, nous sommes appelés à mettre en balance des considérations quelque peu différentes, bien que liées. En effet, il s'agit alors de déterminer si le décideur a restreint le droit protégé par la *Charte* de manière disproportionnée et donc déraisonnable. Dans les deux cas, nous cherchons à savoir si un juste équilibre a été atteint entre les droits et les objectifs et, dans les deux cas aussi, les exercices visent à garantir que les droits en cause ne sont pas restreints de manière déraisonnable.

[7] As this Court has noted, most recently in *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, the nature of the reasonableness analysis is always contingent on its context. In the *Charter* context, the reasonableness analysis is one that centres on proportionality, that is, on ensuring that the decision interferes with the relevant *Charter* guarantee no more than is necessary given the statutory objectives. If the decision is disproportionately impairing of the guarantee, it is unreasonable. If, on the other hand, it reflects a proper balance of the mandate with *Charter* protection, it is a reasonable one.

[8] In this case, the discipline committee's decision to reprimand the lawyer reflected a proportionate balancing of its public mandate to ensure that lawyers behave with "objectivity, moderation and dignity" with the lawyer's expressive rights. It is, as a result, a reasonable one.

Background

[9] Gilles Doré was counsel for Daniel Lanthier in criminal proceedings. On June 18 and 19, 2001, Mr. Doré appeared before Boilard J. in the Superior Court of Quebec seeking a stay of proceedings or, in the alternative, the release of his client on bail. In the course of Mr. Doré's argument, Justice Boilard said about him that [TRANSLATION] "an insolent lawyer is rarely of use to his client". In his written reasons rejecting Mr. Doré's application on June 21, 2001, Boilard J. levied further criticism (*R. v. Lanthier*, 2001 CanLII 9351). He accused Mr. Doré of [TRANSLATION] "bombastic rhetoric and hyperbole" and said that the court must "put aside" Mr. Doré's "impudence". Justice Boilard characterized Mr. Doré's request for a stay as "totally ridiculous" and one of his arguments as "idle quibbling". Finally, he said that "fixated on or obsessed with his narrow vision of reality, which is not consistent with the facts, Mr. Doré has done nothing to help his client discharge his burden".

[7] Comme la Cour l'a déjà souligné, le plus récemment dans l'arrêt *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, la nature de l'analyse du caractère raisonnable est toujours tributaire du contexte. Dans celui de la *Charte*, cette analyse du caractère raisonnable porte avant tout sur la proportionnalité, soit, sur la nécessité d'assurer que la décision n'interfère avec la garantie visée par la *Charte* pas plus qu'il n'est nécessaire compte tenu des objectifs visés par la loi. Si la décision porte atteinte à la garantie de manière disproportionnée, elle est déraisonnable. Si, par contre, elle établit un juste équilibre entre le mandat et la protection conférée par la *Charte*, elle est raisonnable.

[8] En l'espèce, la décision du Comité de discipline de réprimander l'avocat a établi un juste équilibre, soit un équilibre proportionné, entre son mandat — qui consiste à garantir que les avocats agissent avec « objectivité, [. . .] modération et [. . .] dignité » — et le droit de l'avocat concerné à la libre expression. Par conséquent, cette décision est raisonnable.

Contexte

[9] M^c Gilles Doré représentait M. Daniel Lanthier dans une instance criminelle. Les 18 et 19 juin 2001, il comparaissait devant le juge Boilard de la Cour supérieure du Québec pour demander l'arrêt des procédures ou, subsidiairement, la mise en liberté sous caution de son client. Au cours de la plaidoirie de M^c Doré, le juge Boilard a dit à son sujet qu'« un avocat insolent est rarement utile à son client ». Dans les motifs écrits de la décision rendue le 21 juin 2001 par laquelle il a rejeté la requête de M^c Doré, le juge Boilard a formulé d'autres critiques à l'égard de l'avocat (*R. c. Lanthier*, 2001 CanLII 9351), l'accusant de faire de la « rhétorique ronflante et de l'hyperbole », ajoutant que la cour devait « mettre de côté » son « outrecuidance ». Il a qualifié la requête de M^c Doré de « tout à fait ridicule » et l'un de ses arguments d'« argutie sans fondement ». Enfin, il a également écrit qu'« obnubilé ou obsédé dans sa vision d'une réalité étriquée, non conforme aux faits, M^c Doré n'a rien fait pour assister son client à se décharger de son fardeau ».

[10] On June 21, 2001, Mr. Doré wrote a private letter to Justice Boilard, stating:

[TRANSLATION]

WITHOUT PREJUDICE OR ADMISSION

Sir,

I have just left the Court. Just a few minutes ago, as you hid behind your status like a coward, you made comments about me that were both unjust and unjustified, scattering them here and there in a decision the good faith of which will most likely be argued before our Court of Appeal.

Because you ducked out quickly and refused to hear me, I have chosen to write a letter as an entirely personal response to the equally personal remarks you permitted yourself to make about me. This letter, therefore, is from man to man and is outside the ambit of my profession and your functions.

If no one has ever told you the following, then it is high time someone did. Your chronic inability to master any social skills (to use an expression in English, that language you love so much), which has caused you to become pedantic, aggressive and petty in your daily life, makes no difference to me; after all, it seems to suit you well.

Your deliberate expression of these character traits while exercising your judicial functions, however, and your having made them your trademark concern me a great deal, and I feel that it is appropriate to tell you.

Your legal knowledge, which appears to have earned the approval of a certain number of your colleagues, is far from sufficient to make you the person you could or should be professionally. Your determination to obliterate any humanity from your judicial position, your essentially non-existent listening skills, and your propensity to use your court — where you lack the courage to hear opinions contrary to your own — to launch ugly, vulgar, and mean personal attacks not only confirms that you are as loathsome as suspected, but also casts shame on you as a judge, that most extraordinarily important function that was entrusted to you.

I would have very much liked to say this to your face, but I highly doubt that, given your arrogance, you are able to face your detractors without hiding behind your judicial position.

[10] Le 21 juin 2001, M^c Doré a adressé une lettre privée au juge Boilard, dans laquelle il écrivait :

SOUS RÉSERVE ET SANS ADMISSION

Monsieur,

Je sors à peine de cour. Il y a quelques minutes, vous cachant lâchement derrière votre statut, vous avez tenu à mon égard des propos aussi injustes qu'injustifiés, parsemés ici et là dans une décision dont la bonne foi sera vraisemblablement débattue devant notre Cour d'appel.

Comme vous vous êtes défilé rapidement et avez refusé de m'entendre, je choisis la forme épistolaire pour répondre à titre purement personnel aux propos tout aussi personnels que vous vous êtes permis à mon endroit. La présente est donc d'homme à homme, hors le circuit de ma profession et de vos fonctions.

Si ce qui suit ne vous a jamais été signalé, il était grand temps que ça le soit. Si votre incapacité chronique à maîtriser quelque aptitude sociale (« *social skills* » vous qui aimez tant l'anglais) vous a amené à adopter un comportement pédant, hargneux et mesquin dans votre vie de tous les jours, peu m'importe; cela semble après tout vous convenir.

Si toutefois, délibérément, vous importez ces traits de caractère dans l'exercice de votre magistrature et que vous en faites votre marque de commerce, cela m'importe beaucoup et il me semble approprié de vous en faire part.

En effet, vos connaissances juridiques qui semblent rallier l'approbation d'un certain nombre de vos collègues, sont loin d'être suffisantes pour faire de vous ce que vous auriez pu et du [*sic*] être au plan professionnel. Votre détermination à évacuer toute humanité de votre magistrature, votre capacité d'écoute à toutes fins pratiques nulle et votre propension à vous servir de votre tribune — de laquelle vous n'avez pas le courage de faire face à l'expression d'opinions contraires aux vôtres — pour vous adonner à des attaques personnelles d'une mesquinerie à ce point repoussante qu'elles en sont vulgaires, non seulement confirme [*sic*] l'être exécrable qu'on devine mais encore, font de votre magistrature une honte pour ce poste extraordinairement important qui vous fut jadis confié.

J'aurais bien aimé vous en faire part personnellement mais je doute fort que dans votre arrogance et en l'absence de votre paravent judiciaire, vous soyez capable de faire face à vos détracteurs.

Worst of all, you possess the most appalling of all defects for a man in your position: You are fundamentally unjust. I doubt that that will ever change.

Sincerely,

Gilles Doré

P.S. As this letter is purely personal, I see no need to distribute it.

(C.A. judgment, 2010 QCCA 24, 326 D.L.R. (4th) 749, at para. 5)

[11] The next day, June 22, 2001, Mr. Doré wrote to Chief Justice Lyse Lemieux, with a copy to Justice Boilard. He made it clear that he was not filing a complaint with her against Justice Boilard. Instead, Mr. Doré respectfully requested that he not be required to appear before Justice Boilard in the future since he was concerned that he could not properly represent his clients before him.

[12] On July 10, 2001, Mr. Doré complained to the Canadian Judicial Council about Justice Boilard's conduct. On July 13, 2001, Chief Justice Lemieux sent a copy of the letter Mr. Doré had sent to Justice Boilard to the Syndic du Barreau, the body that disciplines lawyers in Quebec.

[13] In March 2002, the Assistant Syndic filed a complaint against Mr. Doré based on his letter to Justice Boilard. The complaint alleged that Mr. Doré had violated both art. 2.03 of the *Code of ethics of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1, and Mr. Doré's oath of office. Article 2.03 stated: "The conduct of an advocate must bear the stamp of objectivity, moderation and dignity."

[14] In the interval between the filing of the Assistant Syndic's complaint against Mr. Doré and the actual proceedings against him, a committee of judges appointed by the Judicial Council to look into Mr. Doré's complaint communicated its conclusions to Mr. Doré and Justice Boilard in letters sent on July 15, 2002. The committee found that

Pis encore, vous avez la pire des tares pour un homme de votre position : vous êtes foncièrement injuste et je doute que cela puisse changer un jour.

Sincèrement,

Gilles Doré

P.S. Comme cette missive est à titre purement personnelle [*sic*], je ne vois nullement la nécessité d'en faire la diffusion.

(Jugement de la C.A., 2010 QCCA 24 (CanLII), par. 5)

[11] Le lendemain, soit le 22 juin 2001, M^e Doré a écrit à la juge en chef Lyse Lemieux et expédié une copie conforme de cette lettre au juge Boilard. Il a clairement indiqué que cette démarche ne constituait pas une plainte à l'endroit du juge Boilard. Il demandait plutôt, respectueusement, de ne plus avoir à plaider devant ce juge, parce qu'il craignait de ne pas pouvoir représenter ses clients adéquatement devant lui.

[12] Le 10 juillet 2001, M^e Doré a saisi le Conseil canadien de la magistrature d'une plainte au sujet de la conduite du juge Boilard. Le 13 juillet 2001, la juge en chef Lemieux a transmis une copie de la lettre envoyée au juge Boilard par M^e Doré au syndic du Barreau du Québec, l'organisme responsable dans cette province des questions disciplinaires concernant les avocats.

[13] Au mois de mars 2002, le syndic adjoint a formulé une plainte contre M^e Doré fondée sur la lettre qu'il avait adressée au juge Boilard. Selon cette plainte, l'avocat avait contrevenu à l'art. 2.03 du *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 1, et manqué à son serment d'office. L'article 2.03 énonçait que : « [l]a conduite de l'avocat doit être empreinte d'objectivité, de modération et de dignité. »

[14] Entre le dépôt de la plainte du syndic adjoint contre M^e Doré et l'audience disciplinaire, un comité de juges nommés par le Conseil canadien de la magistrature pour étudier la plainte formulée par M^e Doré a communiqué ses conclusions au plaignant et au juge en leur expédiant des lettres le 15 juillet 2002. Le comité a conclu que le juge

Justice Boilard had made [TRANSLATION] “unjustified derogatory remarks to Mr. Doré” stating, in part:

[TRANSLATION] ... to use the words “bombastic rhetoric and hyperbole” and “impudence” in referring to counsel arguing a case before you, quite clearly in good faith, is unnecessarily insulting. To reply to counsel who submits that you have not allowed him to argue his case “that an insolent lawyer is rarely of use to his client” not only is unjustified in the circumstances, but could tarnish counsel’s professional reputation in the eyes of his client, his peers and the public. To say to counsel arguing a case before you that “I have the impression this is going to be tiresome” is to gratuitously degrade him. To describe a procedure before the court as “totally ridiculous” is unnecessarily humiliating. It is the panel’s opinion that such comments would seem to show contempt for counsel not only as an individual but also as a professional.

The evidence reveals a flagrant lack of respect for an officer of the court, namely Mr. Doré, who was nevertheless at all times respectful to the court. The evidence also shows signs of impatience on your part that are surprising in light of every judge’s duty to listen calmly to the parties and to counsel. It is the panel’s opinion that in so abusing your power as a judge, you not only tarnished your image as a dispenser of justice, but also undermined the judiciary, the image of which has unfortunately been diminished. The panel reminds you that your independence and your authority as a judge do not exempt you from respecting the dignity of every individual who argues a case before you. Dispensing justice while gratuitously insulting counsel is befitting neither for the judge nor for the judiciary.

Having also read the judgments of the Quebec Court of Appeal in *R. v. Proulx*, *R. v. Bisson* and *R. v. Callochchia*, the panel observed that you tend to use your platform to unjustly denigrate counsel appearing before you. The transcript of the hearing of April 9, 2002 in *Sa Majesté la Reine v. Sébastien Beauchamp*, which contains evidence of personal attacks on another lawyer, also confirmed that the case raised in Mr. Doré’s complaint is neither unique nor isolated, but shows that extreme conduct and comments seem to form part of a more generalized attitude. In the panel’s view, the fact that such an attitude could persist despite warnings from the Court of Appeal is troubling.

Boilard avait fait des « remarques désobligeantes et injustifiées à M^c Doré » et il a notamment indiqué que de :

... parler de la « rhétorique ronflante et de l’hyperbole » et de l’« outrecuidance » de l’avocat qui plaide devant vous, de toute évidence de bonne foi, est inutilement offensant. Répliquer à un avocat, qui soumet que vous ne l’avez pas laissé plaider, « qu’un avocat insolent est rarement utile à son client » n’est [sic] non seulement injustifié dans les circonstances mais risque de porter atteinte à la réputation de l’avocat en tant que professionnel devant son client, ses pairs [sic] et le public. Dire à un avocat qui plaide devant vous que « j’ai l’impression que cela va être pénible » abaisse gratuitement l’avocat. Qualifier une procédure devant la Cour « de tout à fait ridicule » est inutilement humiliant. Le sous-comité est d’avis que de tels commentaires sembleraient témoigner d’une attitude de dédain envers l’avocat non seulement en tant qu’individu, mais aussi en tant que professionnel.

La preuve décèle un manque flagrant de respect envers un officier de la Cour, dont M^c Doré qui, en tout temps, est néanmoins resté respectueux envers le Tribunal. La preuve révèle en outre des écarts d’impatience de votre part qui surprennent, face au devoir de tout juge d’écouter les parties et les avocats en toute sérénité. Le sous-comité est d’avis qu’en abusant ainsi de votre pouvoir de magistrat, vous avez non seulement terni votre image de justicier mais vous avez également porté atteinte à la magistrature, dont l’image en est sortie malheureusement amoindrie. Le sous-comité vous rappelle que votre indépendance et votre autorité en tant que juge ne vous dispensent pas de respecter la dignité de tout individu qui se trouve à plaider devant vous. Dispenser justice en insultant gratuitement l’avocat ne sied ni au juge, ni à la magistrature.

Ayant également pris connaissance des jugements de la Cour d’appel du Québec dans *R. c. Proulx*, *R. c. Bisson* et *R. c. Callochchia*, le sous-comité a pu constater votre penchant à vous servir de votre tribune pour dénigrer injustement l’avocat qui paraît devant vous. La transcription de l’audience du 9 avril 2002 dans *Sa Majesté la Reine c. Sébastien Beauchamp*, qui témoigne d’attaques personnelles à l’encontre d’un autre avocat, est venue également confirmer que la plainte de M^c Doré ne soulève pas un cas unique ou isolé, mais témoigne d’un comportement et de propos excessifs qui semblent s’inscrire dans une attitude plus générale. Qu’une telle attitude puisse perdurer, malgré les avertissements de la Cour d’appel, est un constat troublant, de l’avis du sous-comité, pour autant que cela continue.

The panel finds that the impatience you showed and the immoderate comments you made to an officer of the court, Mr. Doré, are unacceptable and merit an expression of the panel's disapproval under subsection 55(2) of the Canadian Judicial Council By-Laws.

The panel notes that you have deferred to its decision and assumes that the fact that Mr. Doré has made a complaint will lead you to reflect on this and will remind you of your duty as a judge to show respect and courtesy to all counsel who appear before you.

[15] On July 22, 2002, after receiving this reprimand, Justice Boilard recused himself from a complex criminal trial involving the Hell's Angels, a trial related to the trial of Daniel Lanthier in which Mr. Doré had acted. As a result of this recusal, the Attorney General of Quebec requested the Canadian Judicial Council to conduct an inquiry. The Judicial Council concluded that Justice Boilard's recusal had not constituted misconduct.

[16] As for Mr. Doré, the proceedings before the Disciplinary Council of the Barreau du Québec took place between April 2003 and January 2006. In its January 18, 2006 decision, the Disciplinary Council found that Mr. Doré's letter was [TRANSLATION] "likely to offend and is rude and insulting" (2006 CanLII 53416, at para. 58). It concluded that his statements had little expressive value, as they were "merely opinions, perceptions and insults" (para. 62). The Disciplinary Council rejected Mr. Doré's submission that his letter was private, since it was written by him as a lawyer. It also concluded that Justice Boilard's conduct could not be relied on as justification for the letter.

[17] The Disciplinary Council rejected Mr. Doré's argument that art. 2.03 violated s. 2(b) of the *Charter*. While acknowledging that the provision infringed on freedom of expression, the Disciplinary Council found that

[TRANSLATION] [t]his is a limitation on freedom of expression that is entirely reasonable, even necessary, in the Canadian legal system, where lawyers and

Le sous-comité est d'avis que vos écarts d'impatience et vos remarques immodérées faites à l'égard d'un officier de la Cour, M^c Doré, sont inacceptables et méritent la désapprobation du sous-comité conformément au paragraphe 55(2) du Règlement administratif du Conseil.

Le sous-comité a pris soin de noter que vous vous en remettiez à la décision du sous-comité et prend pour acquis que le fait que M^c Doré se soit plaint vous fasse réfléchir et vous rappelle votre obligation de magistrat de traiter tout avocat qui se présente devant vous avec respect et courtoisie.

[15] Le 22 juillet 2002, après avoir écopé de cette réprimande, le juge Boilard s'est récusé dans un procès complexe intenté contre les Hell's Angels et lié au procès dans lequel M^c Doré représentait M. Daniel Lanthier. Par suite de cette récusation, le procureur général du Québec a demandé au Conseil canadien de la magistrature de mener une enquête. Au terme de celle-ci, le Conseil a conclu que le juge Boilard ne s'était pas conduit de façon inappropriée en se récusant.

[16] Pour ce qui est de M^c Doré, l'audition de la plainte par le Comité de discipline du Barreau du Québec s'est déroulée entre les mois d'avril 2003 et de janvier 2006. Dans une décision rendue le 18 janvier 2006, le Comité de discipline a conclu que la lettre de M^c Doré « est de nature à choquer et constitue des propos grossiers et injurieux » (2006 CanLII 53416, par. 58). Il a jugé que les propos de l'avocat n'avaient que peu de valeur sur le plan expressif parce qu'il ne s'agissait que d'« opinions, [de] perceptions et [d']insultes » (par. 62). Le Comité de discipline a rejeté l'argument de M^c Doré selon lequel la lettre était de nature privée, jugeant que c'est en tant qu'avocat qu'il l'avait écrite. Il a également conclu que l'avocat ne pouvait invoquer la conduite du juge Boilard pour justifier la lettre.

[17] Le Comité de discipline a également rejeté l'argument de M^c Doré selon lequel l'art. 2.03 violerait l'al. 2b) de la *Charte*. Tout en reconnaissant que la disposition restreint la liberté d'expression, le Comité a conclu comme suit :

Il s'agit d'une restriction à la liberté d'expression qui est tout à fait raisonnable, voire même nécessaire dans le système de droit canadien où les avocats et les juges

judges must work together in the interest of justice. [para. 88]

Moreover, it concluded that Mr. Doré had willingly joined a profession that was subject to rules of discipline that he knew would limit his freedom of expression. While the rules may [TRANSLATION] “be seen as restrictions imposed on the members of the Barreau in comparison to the freedom that may be enjoyed by other Canadian citizens”, they are made in exchange for “the privileges conferred on lawyers as members of an ‘exclusive profession’” (paras. 109-10). On July 24, 2006, based on what it found to be the seriousness of Mr. Doré’s conduct and on his failure to show remorse, the same panel suspended Mr. Doré’s ability to practise law for 21 days (2006 CanLII 53436).

[18] Mr. Doré appealed the Disciplinary Council’s decisions to the Tribunal des professions on several grounds (2007 QCTP 152 (CanLII)). This time, he did not challenge the constitutionality of art. 2.03. Instead, he argued that the manner in which the relevant legislation was applied by the Disciplinary Council was unconstitutional because his comments were protected by s. 2(b) of the *Charter*.

[19] The Tribunal reviewed the constitutionality of the Disciplinary Council’s decision on a standard of correctness, but said that a full *Oakes* analysis under s. 1 of the *Charter* was inappropriate where a decision only applied to one person. Instead, it held that “[t]he issue becomes one of proportionality or, more specifically, minimal limitation of the guaranteed right” (para. 69, citing *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at para. 155). In the circumstances, the Disciplinary Council’s decision to sanction Mr. Doré was found to be a [TRANSLATION] “minimal restriction on freedom of expression” (para. 76). It rejected Mr. Doré’s argument that Justice Boilard’s disparaging remarks justified his letter. It also rejected his argument that the letter was private, since Mr. Doré remained “an officer of the court and a lawyer” (para. 77) and had exceeded the objectivity, moderation and

doivent collaborer entre eux dans les meilleurs intérêts de la justice. [par. 88]

En outre, le Comité a conclu que M^e Doré avait librement adhéré à une profession régie par un code de déontologie dont il savait qu’il limiterait sa liberté d’expression. Si ces règles peuvent « être perçue[s] comme des restrictions imposées aux membres du Barreau en comparaison avec la liberté dont peuvent bénéficier les autres citoyens canadiens », il s’agit d’une « contrepartie aux privilèges qui sont accordés aux avocats qui sont membre[s] d’une “profession à exercice exclusif” » (par. 109-110). Le 24 juillet 2006, la même formation du Comité de discipline, estimant que le manquement de M^e Doré à son obligation était grave et qu’il n’avait exprimé aucun repentir, a prononcé la sanction qu’il lui infligeait, soit une suspension de son droit de pratique durant 21 jours (2006 CanLII 53436).

[18] M^e Doré a interjeté appel des décisions du Comité de discipline devant le Tribunal des professions, invoquant plusieurs moyens (2007 QCTP 152 (CanLII)). Cette fois, il n’a pas contesté la constitutionnalité de l’art. 2.03. Il a plutôt fait valoir que l’application des dispositions pertinentes par le Comité de discipline était inconstitutionnelle, puisque les commentaires qu’il avait formulés étaient protégés par l’al. 2b) de la *Charte*.

[19] Le Tribunal a examiné la constitutionnalité de la décision du Comité de discipline selon la norme de la décision correcte, mais il a précisé que l’application intégrale de l’analyse élaborée dans *Oakes* fondée sur l’article premier de la *Charte* ne convenait pas à l’égard des décisions applicables à une seule personne. Il a conclu que « [l]a question se réduit [plutôt] à un problème de proportionnalité ou, plus précisément, de restriction minimale du droit garanti » (par. 69, citant *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 155). Compte tenu des circonstances, le Tribunal a jugé que la décision du Comité d’imposer une mesure disciplinaire à M^e Doré constituait une « restriction minimale de la liberté d’expression » (par. 76). Il a écarté l’argument de M^e Doré selon lequel les remarques désobligeantes du juge Boilard justifiaient sa lettre. Il n’a pas non plus retenu l’argument du caractère

dignity expected of him. Though it noted that the sanction imposed by the Disciplinary Council “seems harsh” (para. 135), the Tribunal held that it was not unreasonable, given the gravity of Mr. Doré’s conduct and his lack of remorse.

[20] On judicial review, the Superior Court of Quebec upheld the decision of the Tribunal, including its view that the letter did not constitute a private act, and found the Tribunal’s reasoning to be [TRANSLATION] “unassailable” (2008 QCCS 2450 (CanLII), at paras. 105, 109, 139 and 147). It concluded that by finding the decision to be a minimal restriction on Mr. Doré’s freedom of expression, the Tribunal had “implicitly” held that the restriction was “justified in a free and democratic society” (para. 104).

[21] The Quebec Court of Appeal held that given the status and role of the parties, Mr. Doré could not reasonably have expected his letter to remain confidential or private. It acknowledged that the Disciplinary Council’s decision was a breach of s. 2(b), but, applying a full s. 1 analysis, it found that Mr. Doré’s letter had [TRANSLATION] “limited importance . . . compared to the values underlying freedom of expression, which are the pursuit of truth, participation in the community, individual self-fulfillment, and human flourishing” (para. 36). The court held that protecting the public was an important objective, and that the Disciplinary Council’s decision had a rational connection with that objective, especially given the importance of a judge’s position in the judicial system. On minimal impairment, assessing both the decision and the sanction, the Court of Appeal held that while the sanction was significant, it was targeted at the manner in which Mr. Doré criticized Justice Boilard, and did not prohibit the expression itself:

[TRANSLATION] The impugned decision appears to be measured and, in the present case, is a correct

privé de la lettre, estimant que M^c Doré n’avait pas cessé « d’être officier de justice et avocat » (par. 77) et qu’il n’avait pas fait preuve de l’objectivité, de la modération et de la dignité qu’on attendait de lui. Même s’il a jugé que la sanction infligée par le Comité de discipline était « sévère » (par. 135), le Tribunal a conclu qu’elle n’était pas déraisonnable compte tenu de la gravité de la conduite de M^c Doré et de son absence de repentir.

[20] À l’issue d’une révision judiciaire, la Cour supérieure du Québec a maintenu la décision du Tribunal, a notamment souscrit à l’opinion de ce dernier que la lettre ne constituait pas un acte privé et a conclu que le raisonnement du Tribunal était « sans reproche » (2008 QCCS 2450 (CanLII), par. 105, 109, 139 et 147). La Cour supérieure a jugé, en outre, qu’en concluant à l’existence d’une restriction minimale à la liberté d’expression de M^c Doré, le Tribunal avait « implicitement » statué que la restriction était « justifiée dans une société libre et démocratique » (par. 104).

[21] La Cour d’appel du Québec a jugé qu’en raison du statut et de la fonction des parties, M^c Doré ne pouvait raisonnablement s’attendre à ce que sa lettre demeure confidentielle ou privée. La Cour d’appel a toutefois reconnu que la décision du Comité de discipline contrevenait à l’al. 2b) mais, au terme d’une analyse complète fondée sur l’article premier, a conclu que la lettre de M^c Doré revêtait une « importance limitée [. . .] par rapport aux valeurs sous-jacentes à la liberté d’expression, soit la recherche de la vérité, la participation à la prise de décision d’intérêt social et politique, la diversité des formes d’enrichissement et d’épanouissement » (par. 36). Soulignant l’importance de l’objectif de protection du public, la Cour d’appel a considéré que la décision du Comité de discipline avait un lien rationnel avec cet objectif en raison, notamment, de la position importante du juge dans le système judiciaire. Concernant l’atteinte minimale, après examen de la décision et de la sanction, la Cour d’appel a statué que, bien que cette dernière fût sévère, elle visait la manière dont M^c Doré avait critiqué le juge Boilard, sans en interdire l’expression elle-même :

La décision attaquée me semble mesurée et constitue, en l’espèce, une application correcte de l’article 2.03

application of section 2.03 of the *Code of ethics*. The sanction is significant (suspension of the right to practice for twenty-one days). It also involves the stigma attached to disciplinary guilt. It is not, however, unreasonable. In my view, it is a measured sanction of a lawyer who has been found guilty of a serious ethical offence. [para. 47]

It concluded by finding that the effects of the decision were proportionate to its objectives.

Analysis

[22] Mr. Doré's argument rests on his assertion that the finding of a breach of the *Code of ethics* violates the expressive rights protected by s. 2(b) of the *Charter*. Because the 21-day suspension had already been served when he was before the Court of Appeal, he did not appeal the penalty. The reasonableness of its length, therefore, is not before us.

[23] It is clear from the decisions of the Tribunal and the reviewing courts in this case that there is some confusion about the appropriate framework to be applied in reviewing administrative decisions for compliance with *Charter* values. Some courts have used the same s. 1 *Oakes* analysis used for determining whether a law complies with the *Charter*; others have used a classic judicial review approach.

[24] It goes without saying that administrative decision-makers must act consistently with the values underlying the grant of discretion, including *Charter* values (see *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, 2002 SCC 86, [2002] 4 S.C.R. 710, at para. 71; *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528, at paras. 19-23; and *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815, at paras. 62-75). The question then is what framework should be used to scrutinize how those values were applied?

[25] In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, Lamer J., in his concurring

d[u] *Code de déontologie*. La sanction est importante (suspension du droit de pratique durant 21 jours). Elle comporte également le stigmate attaché à la culpabilité disciplinaire. Elle n'est toutefois pas déraisonnable. Elle m'apparaît empreinte de retenue à l'égard d'un avocat qui a commis une faute déontologique grave. [par. 47]

La Cour d'appel a conclu que la décision avait des effets proportionnels aux objectifs qu'elle visait.

Analyse

[22] M^c Doré fonde sa thèse sur sa prétention que le fait de conclure à une violation du *Code de déontologie* enfreint la liberté d'expression protégée par l'al. 2b) de la *Charte*. Puisque la radiation avait déjà pris fin lorsqu'il a été entendu par la Cour d'appel, M^c Doré n'a pas interjeté appel de la sanction. Nous n'avons donc pas à nous prononcer sur le caractère raisonnable de sa durée.

[23] Il ressort clairement des décisions du Tribunal et des cours qui ont procédé à la révision judiciaire en l'espèce qu'une certaine confusion entoure la question du cadre d'analyse applicable pour examiner la conformité des décisions administratives aux valeurs consacrées par la *Charte*. Certaines cours de justice ont eu recours au cadre d'analyse fondé sur l'article premier élaboré dans *Oakes*, qui sert à juger de la conformité des lois à la *Charte*, tandis que d'autres ont appliqué l'approche classique de la révision judiciaire.

[24] Il va sans dire que les décideurs administratifs doivent agir de manière compatible avec les valeurs sous-jacentes à l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire, y compris les valeurs consacrées par la *Charte* (voir *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, [2002] 4 R.C.S. 710, par. 71; *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528, par. 19-23; et *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815, par. 62-75). La question est donc celle de savoir quel cadre d'analyse il faut utiliser pour examiner l'application de ces valeurs.

[25] Dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, le juge Lamer a

reasons, said that the *Charter* applied to a labour adjudicator's decision and used the s. 1 framework developed in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, to determine if the decision complied with the *Charter*. Writing for the majority, Dickson C.J. agreed with Lamer J. that the *Charter* applied to administrative decision-making. But while he applied the *Oakes* framework, he notably and presciently observed that "[t]he precise relationship between the traditional standard of administrative law review of patent unreasonableness and the new constitutional standard of review will be worked out in future cases" (p. 1049 (emphasis added)).

[26] Yet the approach taken in *Slaight* can only be properly understood in its context. Importantly, when Lamer J. held that discretionary administrative decisions implicating *Charter* values should be reviewed under the *Oakes* analysis, he did so in the context of the perceived inability of administrative law to deal with *Charter* infringements in the exercise of discretion. This concern permeates the reasons in *Slaight*. As Prof. Geneviève Cartier has noted:

... while Lamer J thought the administrative law standard was ill-suited to *Charter* challenges because of its inability to inquire into the substance of discretionary decisions, Dickson CJ thought it was ill-suited because of its inability to properly unravel the value inquiries involved in any *Charter* litigation.

(“The *Baker Effect*: A New Interface Between the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and Administrative Law — The Case of Discretion”, in David Dyzenhaus, ed., *The Unity of Public Law* (2004), 61, at p. 68)

[27] The approach taken in *Slaight* attracted academic concern from administrative law scholars.

affirmé, dans des motifs concordants, que la décision rendue par un arbitre du travail était assujettie à la *Charte*. Il s'est, en outre, servi du cadre d'analyse fondé sur l'article premier élaboré dans *Oakes* pour apprécier la conformité à la *Charte* de la sentence arbitrale en cause dans cette affaire. Au nom des juges majoritaires de la Cour, le juge en chef Dickson a jugé, comme le juge Lamer, que les décisions administratives étaient assujetties à la *Charte*. Cela étant dit, tout en recourant au cadre d'analyse établi dans *Oakes*, il a notamment souligné, faisant en cela preuve de prescience, que « [l]e rapport précis entre la norme traditionnelle de contrôle, en droit administratif, du caractère déraisonnable manifeste et la nouvelle norme constitutionnelle de contrôle va se dégager de la jurisprudence à venir » (p. 1049 (je souligne)).

[26] Or, l'approche adoptée dans *Slaight* ne peut être correctement interprétée que dans son contexte. Fait important, c'est devant ce qui semblait être l'incapacité du droit administratif de traiter des violations de la *Charte* dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire que le juge Lamer a jugé que les décisions administratives de nature discrétionnaire, mettant en cause les valeurs consacrées par la *Charte*, devraient être révisées en appliquant le cadre d'analyse élaboré dans *Oakes*. Cette conclusion imprègne l'ensemble des motifs formulés dans *Slaight*. Comme la professeure Geneviève Cartier l'a souligné :

[TRADUCTION] ... bien que, selon le juge Lamer, la norme de droit administratif ne soit pas adaptée aux contestations fondées sur la *Charte*, parce qu'elle ne permet pas d'examiner à fond les décisions de nature discrétionnaire, le juge en chef Dickson a estimé qu'elle n'est pas adaptée parce qu'elle ne permet pas de décortiquer adéquatement l'examen des valeurs que comportent les litiges intéressant la *Charte*.

(« The *Baker Effect* : A New Interface Between the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and Administrative Law — The Case of Discretion », dans David Dyzenhaus, dir., *The Unity of Public Law* (2004), 61, p. 68)

[27] L'approche adoptée dans l'arrêt *Slaight* a suscité des préoccupations chez les universitaires

Prof. John Evans argued that if courts were too quick to bypass administrative law in favour of the *Charter*, “a rich source of thought and experience about law and government will be overlooked or lost altogether” (“The Principles of Fundamental Justice: The Constitution and the Common Law” (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 51, at p. 73). Similarly, Prof. Cartier suggested that the *Slaight* approach reduced the role of administrative law to the “formal determination of jurisdiction on the basis of statutory interpretation”, which prevented the control of discretion with reference to “values” and presented “an impoverished picture of administrative law” (pp. 68-69).

[28] The scope of the review of discretionary administrative decisions that provided the backdrop for the decision in *Slaight* was altered by this Court’s decision in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 65. In that case, L’Heureux-Dubé J. concluded that administrative decision-makers were required to take into account fundamental Canadian values, including those in the *Charter*, when exercising their discretion (*Baker*, at paras. 53-56).

[29] Building on the decision in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 (“*C.U.P.E.*”), *Baker* represented a further shift away from Diceyan principles. By recognizing that administrative decision-makers are both bound by fundamental values and empowered to adjudicate them, *Baker* ceded interpretive authority on those issues to those decision-makers (David Dyzenhaus and Evan Fox-Decent, “Rethinking the Process/Substance Distinction: *Baker v. Canada*” (2001), 51 *U.T.L.J.* 193, at p. 240). This allows the *Charter* to “nurture” administrative law, by emphasizing that *Charter* values infuse the inquiry (Cartier, at pp. 75 and 86; see also Mary Liston, “Governments in Miniature: The Rule of Law in the Administrative

spécialisés en droit administratif. Le professeur John Evans a soutenu que si les tribunaux étaient trop prompts à esquiver le droit administratif au profit d’analyses fondées sur la *Charte*, [TRADUCTION] « une source précieuse de connaissances et d’expériences en matière de droit et de gouvernance ne sera pas prise en compte ou sera complètement perdue » (« The Principles of Fundamental Justice : The Constitution and the Common Law » (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 51, p. 73). Dans le même ordre d’idées, la professeure Cartier a affirmé que l’approche préconisée dans *Slaight* réduisait le rôle du droit administratif à [TRADUCTION] « déterminer la compétence de façon formelle en fonction de l’interprétation des lois », et que cela empêche la révision de l’exercice du pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne les « valeurs » et donne « une image appauvrie du droit administratif » (p. 68-69).

[28] La portée de la révision des décisions administratives de nature discrétionnaire qui a servi de toile de fond à la décision rendue dans *Slaight* a été modifiée par la décision de la Cour dans l’affaire *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 65. Dans cet arrêt, la juge L’Heureux-Dubé a conclu que les décideurs administratifs devaient tenir compte des valeurs canadiennes fondamentales, notamment celles consacrées par la *Charte*, lorsqu’ils exercent leur pouvoir discrétionnaire (*Baker*, par. 53-56).

[29] Fort de la décision rendue dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 (« *S.C.F.P.* »), l’arrêt *Baker* s’est davantage écarté des principes énoncés par Dicey. En reconnaissant que les décideurs administratifs sont à la fois liés par des valeurs fondamentales et habilités à statuer sur elles, *Baker* leur a cédé le pouvoir d’interprétation quant à ces questions (David Dyzenhaus et Evan Fox-Decent, « Rethinking the Process/Substance Distinction : *Baker v. Canada* » (2001), 51 *U.T.L.J.* 193, p. 240). La *Charte* peut ainsi [TRADUCTION] « favoriser le développement » du droit administratif en mettant l’accent pour que les valeurs qu’elle consacre infusent l’enquête (Cartier, p. 75 et 86;

State”, in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context* (2008), 77, at p. 100; Susan L. Gratton and Lorne Sossin, “In Search of Coherence: The *Charter* and Administrative Law under the McLachlin Court”, in David A. Wright and Adam M. Dodek, eds., *Public Law at the McLachlin Court: The First Decade* (2011), 145, at pp. 157-58).

[30] When this is weighed together with this Court’s subsequent decisions, we see a completely revised relationship between the *Charter*, the courts, and administrative law than the one first encountered in *Slaight*. In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, the Court held that judicial review should be guided by a policy of deference, justified on the basis of legislative intent, respect for the specialized expertise of administrative decision-makers, and recognition that courts do not have a monopoly on adjudication in the administrative state (para. 49). And in *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765, at paras. 78-82, building on the development of the jurisprudence, the Court found that administrative tribunals with the power to decide questions of law have the authority to apply the *Charter* and grant *Charter* remedies that are linked to matters properly before them.

[31] But, as predicted by Chief Justice Dickson, this Court has explored different ways to review the constitutionality of administrative decisions, vacillating between the values-based approach in *Baker* and the more formalistic template in *Slaight*. The s. 1 *Oakes* approach suggested by Lamer J., was followed in *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *United States*

voir également Mary Liston, « Governments in Miniature : The Rule of Law in the Administrative State », dans Colleen M. Flood et Lorne Sossin, dir., *Administrative Law in Context* (2008), 77, p. 100; Susan L. Gratton et Lorne Sossin, « In Search of Coherence : The *Charter* and Administrative Law under the McLachlin Court », dans David A. Wright et Adam M. Dodek, dir., *Public Law at the McLachlin Court : The First Decade* (2011), 145, p. 157-58).

[30] Lorsque l’affirmation qui précède est appréciée au regard des décisions ultérieures de la Cour, nous entrevoyons une relation entre la *Charte*, les tribunaux et le droit administratif complètement différente de celle dont il a été question pour la première fois dans *Slaight*. Dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour a conclu que la révision judiciaire doit être orientée par une politique de retenue justifiée par le respect de la volonté du législateur, le respect de l’expertise spécialisée que possèdent les décideurs administratifs et la reconnaissance que les cours de justice n’ont pas le pouvoir exclusif de statuer sur toutes les questions dans le domaine administratif (par. 49). Dans *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765, par. 78-82, s’appuyant sur l’évolution de la jurisprudence, la Cour a conclu que les tribunaux administratifs dotés du pouvoir de trancher des questions de droit ont le pouvoir d’appliquer la *Charte* et d’accorder les réparations qu’autorise cette dernière dans les affaires dont ils sont régulièrement saisis.

[31] Cela étant dit, depuis, comme l’avait prédit le juge en chef Dickson, notre Cour a exploré différentes méthodes d’examen de la constitutionnalité des décisions administratives. Elle a oscillé entre, d’une part, l’approche fondée sur les valeurs préconisées dans *Baker* et, d’autre part, le modèle plus formaliste préconisé dans *Slaight*. L’approche proposée par le juge Lamer dans *Oakes* et fondée sur l’article premier a été suivie dans *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*,

v. *Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; and *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442.

[32] Other cases, and particularly recently, have instead applied an administrative law/judicial review analysis in assessing whether the decision-maker took sufficient account of *Charter* values. This approach is seen in *Baker; Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772; *Chamberlain; Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 2, [2002] 1 S.C.R. 72; *Pinet; Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Criminal Lawyers' Association*; and *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281.

[33] The last decision of this Court to use the full s. 1 *Oakes* approach to determine whether the exercise of statutory discretion complied with the *Charter* was *Multani*. The academic commentary that followed was consistently critical. In brief, it generally argued that the use of a strict s. 1 analysis reduced administrative law to having a formal role in controlling the exercise of discretion (see Gratton and Sossin, at p. 157; David Mullan, “Administrative Tribunals and Judicial Review of *Charter* Issues after *Multani*” (2006), 21 *N.J.C.L.* 127; Stéphane Bernatchez, “Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés: la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel?” (2010), 55 *McGill L.J.* 641).

[34] Since then, and largely as a result of the revised administrative law template found in *Dunsmuir*, this Court appears to have moved away from *Multani*, leading to the suggestion that it may have “decided to start from ground zero in building coherence in public law” (Gratton and Sossin,

[1997] 3 R.C.S. 624, *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283 et *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442.

[32] Dans d’autres affaires, plus particulièrement des affaires récentes, c’est plutôt l’analyse droit administratif/révision judiciaire qui a été effectuée pour déterminer si le décideur a pris suffisamment compte des valeurs consacrées par la *Charte*. C’est cette approche qui a été privilégiée dans *Baker, Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772, *Chamberlain; Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 2, [2002] 1 R.C.S. 72, *Pinet; Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, *Criminal Lawyers’ Association*, et *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281.

[33] C’est dans *Multani* que notre Cour a utilisé pour la dernière fois l’analyse intégrale fondée sur l’article premier élaborée dans *Oakes* pour juger de la conformité à la *Charte* de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi. La doctrine qui a suivi a été uniformément critique. En somme, les auteurs, pour la plupart, ont fait valoir que le recours à une analyse fondée strictement sur l’art. 1 réduisait le droit administratif à un rôle formel dans le contexte de la révision de l’exercice du pouvoir discrétionnaire (voir Gratton et Sossin, p. 157; David Mullan, « Administrative Tribunals and Judicial Review of *Charter* Issues after *Multani* » (2006), 21 *R.N.D.C.* 127; Stéphane Bernatchez, « Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés : la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel? » (2010), 55 *R.D. McGill* 641).

[34] Depuis le prononcé de cet arrêt, et en grande partie à cause de la révision du modèle d’analyse des décisions administratives opérée par *Dunsmuir*, notre Cour semble s’être écartée de *Multani*, ce qui laisse croire qu’elle a peut-être [TRADUCTION] « décidé de faire table rase avant d’établir une

at p. 161). Today, the Court has two options for reviewing discretionary administrative decisions that implicate *Charter* values. The first is to adopt the *Oakes* framework, developed for reviewing laws for compliance with the Constitution. This undoubtedly protects *Charter* rights, but it does so at the risk of undermining a more robust conception of administrative law. In the words of Prof. Evans, if administrative law is bypassed for the *Charter*, “a rich source of thought and experience about law and government will be overlooked” (p. 73).

[35] The alternative is for the Court to embrace a richer conception of administrative law, under which discretion is exercised “in light of constitutional guarantees and the values they reflect” (*Multani*, at para. 152, *per* LeBel J.). Under this approach, it is unnecessary to retreat to a s. 1 *Oakes* analysis in order to protect *Charter* values. Rather, administrative decisions are *always* required to consider fundamental values. The *Charter* simply acts as “a reminder that some values are clearly fundamental and . . . cannot be violated lightly” (*Cartier*, at p. 86). The administrative law approach also recognizes the legitimacy that this Court has given to administrative decision-making in cases such as *Dunsmuir* and *Conway*. These cases emphasize that administrative bodies are empowered, and indeed required, to consider *Charter* values within their scope of expertise. Integrating *Charter* values into the administrative approach, and recognizing the expertise of these decision-makers, opens “an institutional dialogue about the appropriate use and control of discretion, rather than the older command-and-control relationship” (*Liston*, at p. 100).

nouvelle cohérence en droit public » (Gratton et Sossin, p. 161). Aujourd’hui, la Cour a deux options quant à la révision des décisions administratives de nature discrétionnaire qui soulèvent des questions relatives aux valeurs consacrées par la *Charte*. La première consiste à adopter le cadre d’analyse décrit dans *Oakes* et élaboré pour examiner la constitutionnalité des lois. Cette approche protège indéniablement les droits visés par la *Charte*, mais elle le fait au détriment d’une conception plus riche du droit administratif. Comme l’exprime le professeur Evans, si les tribunaux étaient trop prompts à esquiver le droit administratif au profit de la *Charte*, [TRADUCTION] « une source précieuse de connaissances et d’expériences en matière de droit et de gouvernance ne sera pas prise en compte ou sera complètement perdue » (p. 73).

[35] En choisissant plutôt la seconde option, la Cour donnerait son aval à cette conception plus riche du droit administratif en vertu de laquelle le pouvoir discrétionnaire est exercé « à l’aune des garanties constitutionnelles et des valeurs que comportent celles-ci » (*Multani*, par. 152, le juge LeBel). Cette approche n’exige pas de se rabattre sur l’analyse requise par l’article premier telle qu’elle a été établie dans *Oakes* pour protéger les valeurs consacrées par la *Charte*; elle suppose plutôt que les décisions administratives prennent *toujours* en considération les valeurs fondamentales. La *Charte* n’agit alors que comme [TRADUCTION] « un rappel que certaines valeurs sont manifestement fondamentales et [. . .] ne peuvent être violées à la légère » (*Cartier*, p. 86). L’approche du droit administratif reconnaît, en outre, la légitimité que la Cour a donnée à la prise de décisions administratives dans des arrêts tels *Dunsmuir* et *Conway*. Ces derniers soulignent que les organismes administratifs ont le pouvoir, et même le devoir, de tenir compte des valeurs consacrées par la *Charte* dans leur domaine d’expertise. Intégrer ces valeurs dans l’approche qui préconise l’application des règles de droit administratif et reconnaître l’expertise des décideurs administratifs instaure [TRADUCTION] « un dialogue institutionnel quant à l’utilisation qui doit être faite du pouvoir discrétionnaire et quant à la révision appropriée de son exercice plutôt que de faire appel à la relation plus ancienne d’autorité et de contrôle » (*Liston*, p. 100).

[36] As explained by Chief Justice McLachlin in *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, the approach used when reviewing the constitutionality of a law should be distinguished from the approach used for reviewing an administrative decision that is said to violate the rights of a particular individual (see also Bernatchez). When *Charter* values are applied to an individual administrative decision, they are being applied in relation to a particular set of facts. *Dunsmuir* tells us this should attract deference (para. 53; see also *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at para. 39). When a particular “law” is being assessed for *Charter* compliance, on the other hand, we are dealing with principles of general application.

[37] The more flexible administrative approach to balancing *Charter* values is also more consistent with the nature of discretionary decision-making. Some of the aspects of the *Oakes* test are, in any event, poorly suited to the review of discretionary decisions, whether of judges or administrative decision-makers. For instance, the requirement under s. 1 that a limit be “prescribed by law” has been held by this Court to apply to norms where “their adoption is authorized by statute, they are binding rules of general application, and they are sufficiently accessible and precise to those to whom they apply” (*Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295, at para. 53).

[38] Moreover, when exercising discretion under a provision or statutory scheme whose constitutionality is not impugned, it is conceptually difficult to see what the “pressing and substantial” objective of a decision is, or who would have the burden of defining and defending it.

[36] Comme la juge en chef McLachlin l’a expliqué dans *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, l’examen de la constitutionnalité d’une loi doit être différent de la révision d’une décision administrative qui est contestée parce qu’elle porterait atteinte aux droits d’un individu en particulier (voir également Bernatchez). Lorsque les valeurs consacrées par la *Charte* sont appliquées à une décision administrative particulière, elles sont appliquées relativement à un ensemble précis de faits. *Dunsmuir* nous dit que la retenue s’impose dans un tel cas (par. 53; voir aussi *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 39). Par contre, lorsqu’on vérifie si une « loi » particulière respecte la *Charte*, il est question de principes d’application générale.

[37] L’approche plus souple du droit administratif pour mettre en balance les valeurs consacrées par la *Charte* est également plus compatible avec la nature de la prise de décision qui découle de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire. Quoi qu’il en soit, certains aspects du test élaboré dans *Oakes* conviennent peu à la révision des décisions prises à la suite de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire, qu’elles aient été prises par des juges ou par des décideurs administratifs. Par exemple, la Cour a jugé que l’exigence de l’article premier selon laquelle la restriction doit découler de l’application d’une « règle de droit » s’applique à des normes dont l’« adoption est autorisée par une loi, [des normes, en outre,] obligatoires et d’application générale et [...] suffisamment accessibles et précis[es] pour ceux qui y sont assujettis. » (*Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295, par. 53).

[38] En outre, lorsqu’un décideur exerce le pouvoir discrétionnaire que lui confère une disposition législative ou un régime légal dont la constitutionnalité n’est pas contestée, il est difficile, d’un point de vue conceptuel, d’imaginer ce qui pourrait constituer l’objectif « urgent et réel » d’une décision ou de savoir qui devrait assumer le fardeau de le définir et de le défendre.

[39] This Court has already recognized the difficulty of applying the *Oakes* framework beyond the context of reviewing a law or other rule of general application. This has been the case in applying *Charter* values to the common law, “where there is no specific enactment that can be examined in terms of objective, rational connection, least drastic means and proportionate effect” (Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at section 38.15). In *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63, for example, in assessing the common law rule relating to establishing intent under extreme intoxication, the Court held that no *Oakes* analysis was required when reviewing a common law rule for compliance with *Charter* values:

If a new common law rule could be enunciated which would not interfere with an accused person’s right to have control over the conduct of his or her defence, I can see no conceptual problem with the Court’s simply enunciating such a rule to take the place of the old rule, without considering whether the old rule could nonetheless be upheld under s. 1 of the *Charter*. Given that the common law rule was fashioned by judges and not by Parliament or a legislature, judicial deference to elected bodies is not an issue. If it is possible to reformulate a common law rule so that it will not conflict with the principles of fundamental justice, such a reformulation should be undertaken. [pp. 93-94, citing *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 978.]

[40] In *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, this Court explicitly rejected the use of the s. 1 *Oakes* framework in developing the common law of defamation for two reasons. First, when interpreting a common law rule, there is no violation of a *Charter* right, but a conflict between principles, so “the balancing must be more flexible than the traditional s. 1 analysis”, with *Charter* values providing the guidelines for any modification to the common law (para. 97). Second, the Court noted that “the division of onus which normally operates in a *Charter* challenge” was not appropriate for private litigation under the common law, as the party seeking to change the

[39] La Cour a déjà reconnu la difficulté que pose l’application du cadre d’analyse formulé dans *Oakes* au-delà du contexte de la révision d’une loi ou d’un autre type de règles de droit d’application générale. Le défi s’est posé lorsqu’il s’est agi d’appliquer les valeurs protégées par la *Charte* à la common law [TRADUCTION] « qui ne recèle aucun texte réglementaire qui puisse être examiné en terme d’objectif, de lien rationnel, d’atteinte minimale et d’effet proportionnel » (Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), vol. 2, par. 38.15). Dans *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, par exemple, la Cour devait évaluer la règle de common law relative à l’établissement de l’existence de l’intention dans le cas d’une intoxication extrême. Elle a conclu qu’il n’était pas nécessaire de procéder à l’analyse prescrite par *Oakes* dans le contexte de la révision d’une règle de common law pour s’assurer de sa conformité aux valeurs consacrées par la *Charte* :

S’il est possible d’énoncer une nouvelle règle de common law qui ne contrevienne pas au droit de l’accusé de contrôler la conduite de sa défense, je n’ai aucune difficulté à imaginer que la Cour puisse simplement la formuler, en remplacement de l’ancienne, sans chercher à savoir si l’ancienne règle pourrait néanmoins être maintenue en vertu de l’article premier de la *Charte*. Vu que la règle de common law a été créée par des juges et non par le législateur, l’égard que les tribunaux doivent avoir envers les organismes élus n’est pas en cause. S’il est possible de reformuler une règle de common law de façon qu’elle ne s’oppose pas aux principes de justice fondamentale, il faudrait le faire. [p. 93-94, citant *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 978.]

[40] Dans *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, la Cour a explicitement rejeté, pour deux raisons, l’utilisation du cadre d’analyse formulé dans *Oakes* lorsqu’il s’est agi d’élaborer la common law en matière de diffamation. Premièrement, quand il est question d’interpréter une règle de common law, il n’y a pas de violation d’un droit visé par la *Charte*, mais plutôt un conflit entre deux principes, de sorte que, d’une part, « la pondération doit être plus souple que l’analyse traditionnelle effectuée en vertu de l’article premier » et que, d’autre part, les valeurs consacrées par la *Charte* offrent alors des lignes directrices quant à toute modification de la common law

common law should not be allowed to benefit from a reverse onus (para. 98). As a result, the Court went on to “consider the common law of defamation in light of the values underlying the *Charter*” (para. 99). And in *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640, the Court relied on *Charter* values in introducing the new defence of responsible communication on matters of public interest to the law of defamation, without engaging in an *Oakes* analysis.

[41] A further example is found in *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156, where the Court dealt with the common law of secondary picketing. After concluding that freedom of expression was engaged, the Court did not embark on an *Oakes* analysis. Instead, it found that the appropriate question was “which approach [to regulating secondary picketing] best balances the interests at stake in a way that conforms to the fundamental values reflected in the *Charter*?” (para. 65).

[42] Though each of these cases engaged *Charter* values, the Court did not see the *Oakes* test as the vehicle for balancing whether those values were taken into sufficient account. The same is true, it seems to me, in the administrative law context, where decision-makers are called upon to exercise their statutory discretion in accordance with *Charter* protections.

[43] What is the impact of this approach on the standard of review that applies when assessing the compliance of an administrative decision with *Charter* values? There is no doubt that when a tribunal is determining the constitutionality of a law,

(par. 97). Deuxièmement, la Cour a souligné que « le partage habituel du fardeau dans [une] contestation [...] fondée sur la *Charte* » ne convenait pas pour un litige privé en common law puisque la partie qui cherche à faire modifier la common law ne devrait pas pouvoir profiter d’un renversement du fardeau de la preuve (par. 98). La Cour a donc examiné « la common law de la diffamation à la lumière des valeurs de la *Charte* » (par. 99). De plus, dans *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640, la Cour s’est fondée sur les valeurs consacrées par la *Charte* pour introduire dans le droit relatif à la diffamation le nouveau moyen de défense de communication responsable concernant des questions d’intérêt public, et ce, sans faire intervenir l’analyse élaborée dans *Oakes*.

[41] L’arrêt *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156, est un autre exemple de décision allant en ce sens. Il s’agit de l’affaire où la Cour a traité de la notion de common law de piquetage secondaire. Or, après avoir conclu que la liberté d’expression était en jeu, elle n’a pas procédé à l’analyse décrite dans *Oakes*. Elle a plutôt conclu que la question qu’il fallait se poser était celle de savoir quelle est « l’approche [pour régir le piquetage secondaire] qui pondère le mieux les intérêts en jeu, d’une façon conforme aux valeurs fondamentales reflétées dans la *Charte* » (par. 65).

[42] Ainsi, même si toutes ces causes mettaient en jeu des valeurs consacrées par la *Charte*, la Cour n’a pas jugé bon d’utiliser le test élaboré dans *Oakes* pour décider si ces valeurs avaient été suffisamment prises en compte. Il en va de même, à mon avis, dans le contexte du droit administratif, où les décideurs sont appelés à exercer le pouvoir discrétionnaire que leur confère la loi en s’assurant de protéger les droits visés par la *Charte*.

[43] Quel est l’effet de cette approche sur la norme de révision applicable à l’appréciation de la conformité d’une décision administrative aux valeurs consacrées par la *Charte*? Il ne fait aucun doute que la décision d’un tribunal administratif au sujet

the standard of review is correctness (*Dunsmuir*, at para. 58). It is not at all clear to me, however, based on this Court's jurisprudence, that correctness should be used to determine whether an administrative decision-maker has taken sufficient account of *Charter* values in making a discretionary decision.

[44] This Court elaborated on the applicable standard of review to legal disciplinary panels in the pre-*Dunsmuir* decision of *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247, where Iacobucci J. adopted a reasonableness standard in reviewing a sanction imposed for professional misconduct:

Although there is a statutory appeal from decisions of the Discipline Committee, the expertise of the Committee, the purpose of its enabling statute, and the nature of the question in dispute all suggest a more deferential standard of review than correctness. These factors suggest that the legislator intended that the Discipline Committee of the self-regulating Law Society should be a specialized body with the primary responsibility to promote the objectives of the Act by overseeing professional discipline and, where necessary, selecting appropriate sanctions. In looking at all the factors as discussed in the foregoing analysis, I conclude that the appropriate standard is reasonableness *simpliciter*. Thus, on the question of the appropriate sanction for professional misconduct, the Court of Appeal should not substitute its own view of the "correct" answer but may intervene only if the decision is shown to be unreasonable. [Emphasis added; para. 42.]

[45] It seems to me that applying the *Dunsmuir* principles results in reasonableness remaining the applicable review standard for disciplinary panels. The issue then is whether this standard should be different when what is assessed is the disciplinary body's application of *Charter* protections in the exercise of its discretion. In my view, the fact that *Charter* interests are implicated does not argue for a different standard.

de la constitutionnalité d'une loi s'examine suivant la norme de la décision correcte (*Dunsmuir*, par. 58). Cela étant dit, compte tenu de la jurisprudence de la Cour, il n'est pas du tout clair, selon moi, que c'est cette norme qu'il faut appliquer pour déterminer si un décideur administratif a suffisamment tenu compte des valeurs consacrées par la *Charte* en rendant une décision à la suite de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

[44] La Cour a approfondi la question de la norme de contrôle applicable aux décisions d'organismes disciplinaires dans l'arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247, antérieur à *Dunsmuir*, et le juge Iacobucci y a retenu la norme de la décision raisonnable pour l'examen de la sanction infligée à l'égard d'une faute professionnelle :

Bien que la loi prévoit un droit d'appel des décisions du comité de discipline, l'expertise du comité, l'objet de sa loi habilitante et la nature de la question en litige militent tous en faveur d'un degré plus élevé de déférence que la norme de la décision correcte. Ces facteurs indiquent que le législateur voulait que le comité de discipline du barreau autonome soit un organisme spécialisé ayant comme responsabilité primordiale la promotion des objectifs de la Loi par la surveillance disciplinaire de la profession et, au besoin, le choix de sanctions appropriées. Compte tenu de l'ensemble des facteurs pris en compte dans l'analyse qui précède, je conclus que la norme appropriée est celle de la décision raisonnable *simpliciter*. Par conséquent, sur la question de la sanction appropriée pour le manquement professionnel, la Cour d'appel ne devrait pas substituer sa propre opinion quant à la réponse « correcte » et ne peut intervenir que s'il est démontré que la décision est déraisonnable. [Je souligne; par. 42.]

[45] Je suis d'avis que, si on applique les principes établis dans *Dunsmuir*, la norme de la décision raisonnable reste celle à laquelle il faut recourir pour réviser les décisions des comités de discipline. Il s'agit donc de se demander si c'est une norme différente dont les tribunaux doivent se servir lorsque l'analyse porte sur l'application par l'organisme disciplinaire des garanties visées par la *Charte* dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré. À mon avis, il n'y a pas lieu d'appliquer une norme différente du fait que la *Charte* est en cause.

[46] The starting point is the expertise of the tribunals in connection with their home statutes. Citing Prof. David Mullan, *Dunsmuir* confirmed the importance of recognizing that

those working day to day in the implementation of frequently complex administrative schemes have or will develop a considerable degree of expertise or field sensitivity to the imperatives and nuances of the legislative regime

(para. 49, citing “Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?” (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, at p. 93.)

And, as Prof. Evans has noted, the “reasons for judicial restraint in reviewing agencies’ decisions on matters in which their expertise is relevant do not lose their cogency simply because the question in issue also has a constitutional dimension” (p. 81).

[47] An administrative decision-maker exercising a discretionary power under his or her home statute, has, by virtue of expertise and specialization, particular familiarity with the competing considerations at play in weighing *Charter* values. As the Court explained in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, adopting the observations of Prof. Danielle Pinard:

[TRANSLATION] . . . administrative tribunals have the skills, expertise and knowledge in a particular area which can with advantage be used to ensure the primacy of the Constitution. Their privileged situation as regards the appreciation of the relevant facts enables them to develop a functional approach to rights and freedoms as well as to general constitutional precepts.

(p. 605, citing “Le pouvoir des tribunaux administratifs québécois de refuser de donner effet à des textes qu’ils jugent inconstitutionnels” (1987-88), *McGill L.J.* 170, at pp. 173-74.)

[48] This case, among others, reflected the increasing recognition by this Court of the distinct advantage that administrative bodies have in applying the *Charter* to a specific set of facts and in the

[46] Le premier point à considérer est l’expertise des tribunaux administratifs concernant leur loi constitutive. L’arrêt *Dunsmuir*, citant le professeur David Mullan, a confirmé qu’il importait de reconnaître que

[TRANSLATION] les personnes qui se consacrent quotidiennement à l’application de régimes administratifs souvent complexes possèdent ou acquièrent une grande connaissance ou sensibilité à l’égard des impératifs et des subtilités des régimes législatifs en cause . . .

(par. 49, citant « Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, p. 93.)

Comme le professeur Evans l’a souligné, les [TRANSLATION] « motifs invoqués pour faire montre de retenue dans le cadre de l’examen des décisions d’organismes relatives à leur champ d’expertise ne perdent pas leur bien-fondé du seul fait que la question en litige comporte également une dimension constitutionnelle » (p. 81).

[47] Le décideur administratif exerçant un pouvoir discrétionnaire en vertu de sa loi constitutive est, de par son expertise et sa spécialisation, particulièrement au fait des considérations opposées en jeu dans la mise en balance des valeurs consacrées par la *Charte*. Comme la Cour l’a expliqué en faisant siens les commentaires de la professeure Danielle Pinard dans *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570 :

. . . les tribunaux administratifs possèdent une compétence, une expertise et une connaissance d’un milieu particulier qu’ils pourraient avantageusement mettre au service de la mise en œuvre de la primauté de la Constitution. Leur position privilégiée quant à l’appréhension des faits pertinents leur permet d’élaborer une approche fonctionnelle des droits et libertés tout comme des préceptes constitutionnels généraux.

(p. 605, citant « Le pouvoir des tribunaux administratifs québécois de refuser de donner effet à des textes qu’ils jugent inconstitutionnels » (1987-88), *R.D. McGill* 170, p. 173-74.)

[48] Cette cause, entre autres, a illustré que la Cour reconnaît de plus en plus la position privilégiée qu’occupent les tribunaux administratifs en matière d’application de la *Charte* à un ensemble

context of their enabling legislation (see *Conway*, at paras. 79-80). As Major J. noted in dissent in *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75, tailoring the *Charter* to a specific situation “is more suited to a tribunal’s special role in determining rights on a case by case basis in the tribunal’s area of expertise” (para. 64; see also *C.U.P.E.*, at pp. 235-36).

[49] These principles led the Court to apply a reasonableness standard in *Chamberlain*, where McLachlin C.J. found that a school board had acted unreasonably in refusing to approve the use of books depicting same-sex parented families. She held that the board had failed to respect the “values of accommodation, tolerance and respect for diversity” which were incorporated into its enabling legislation and “reflected in our Constitution’s commitment to equality and minority rights” (para. 21). Similarly, in *Pinet*, Binnie J. used a reasonableness standard to review, for compliance with s. 7 of the *Charter*, a decision of the Ontario Review Board to return the appellant to a maximum security hospital, observing that a reasonableness review best reflected “the expertise of the members appointed to Review Boards” (para. 22). The purpose of the exercise was to determine whether the decision was “the least onerous and least restrictive” of the liberty interests of the appellant while considering “public safety, the mental condition and other needs of the individual concerned, and his or her potential reintegration into society” (paras. 19 and 23). In *Pinet*, the test was laid out in the statute, but Binnie J. made it clear that the emphasis on the least infringing decision was a constitutional requirement.

[50] In *Lake*, where the Court was reviewing the Minister’s decision to surrender a Canadian citizen for extradition, implicating ss. 6(1) and 7 of the *Charter*, the Court again applied a reasonableness standard. LeBel J. held that deference is owed to the Minister’s decision, as the Minister is closer

particulier de faits dans le contexte de leur loi habilitante (voir *Conway*, par. 79-80). Comme le juge Major l’a signalé dans les motifs dissidents qu’il a signés dans *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75, leur « fonction particulière de détermination des droits au cas par cas dans leur domaine de spécialisation placerait même plutôt les tribunaux administratifs en meilleure position » pour appliquer la *Charte* à une situation donnée (par. 64; voir aussi *S.C.F.P.*, p. 235-236).

[49] Ces principes ont amené la Cour à appliquer la norme de la décision raisonnable dans *Chamberlain*, où la juge en chef McLachlin a conclu que le refus d’un conseil scolaire d’approuver l’utilisation de manuels présentant des familles homoparentales était déraisonnable. Elle a jugé que le conseil n’avait pas respecté les « valeurs d’accommodement, de tolérance et de respect de la diversité » qui sont incorporées dans sa loi habilitante et qui « se traduisent par la protection constitutionnelle du droit à l’égalité et des droits des minorités » (par. 21). De même, dans *Pinet*, le juge Binnie a appliqué la norme de la décision raisonnable à l’examen de la conformité à l’art. 7 de la *Charte* de la décision de la Commission ontarienne d’examen de renvoyer l’appelant dans un hôpital à sécurité maximum, en signalant que c’est cette norme qui tient le mieux compte de « l’expertise des membres des commissions d’examen » (par. 22). Il s’agissait de juger si la décision était « [la] moins sévère et [la] moins privative » pour la liberté de l’appelant tout en tenant compte de « la sécurité du public, de l’état mental de l’individu en cause et de ses besoins, notamment sa réinsertion sociale éventuelle » (par. 19 et 23). Dans cette affaire, le critère était énoncé dans la loi, mais le juge Binnie a exposé clairement que la recherche de la décision la moins attentatoire était une exigence constitutionnelle.

[50] L’affaire *Lake* portait sur la révision d’une décision ministérielle d’extradition visant un citoyen canadien et faisant intervenir le par. 6(1) et l’art. 7 de la *Charte*. Là encore, la Cour a appliqué la norme de la décision raisonnable. Le juge LeBel a déclaré qu’il y a lieu, en raison de l’expertise du

to the relevant facts required to balance competing considerations and benefits from expertise:

This Court has repeatedly affirmed that deference is owed to the Minister's decision whether to order surrender once a fugitive has been committed for extradition. The issue in the case at bar concerns the standard to be applied in reviewing the Minister's assessment of a fugitive's *Charter* rights. Reasonableness is the appropriate standard of review for the Minister's decision, regardless of whether the fugitive argues that extradition would infringe his or her rights under the *Charter*. As is evident from this Court's jurisprudence, to ensure compliance with the *Charter* in the extradition context, the Minister must balance competing considerations, and where many such considerations are concerned, the Minister has superior expertise. The assertion that interference with the Minister's decision will be limited to exceptional cases of "real substance" reflects the breadth of the Minister's discretion; the decision should not be interfered with unless it is unreasonable (*Schmidt [Canada v. Schmidt]*, [1987] 1 S.C.R. 500) (for comments on the standards of correctness and reasonableness, see *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, 2008 SCC 9). [Emphasis added; para. 34.]

[51] The alternative — adopting a correctness review in every case that implicates *Charter* values — will, as Prof. Mullan noted, essentially lead to courts "retrying" a range of administrative decisions that would otherwise be subjected to a reasonableness standard:

If correctness review becomes the order of the day in all *Charter* contexts, including the determination of factual issues and the application of the law to those facts, then what in effect can occur is that the courts will perform assume the role of a *de novo* appellate body from all tribunals the task of which is to make decisions that of necessity have an impact on *Charter* rights and freedoms: Review Boards, Parole Boards, prison disciplinary tribunals, child welfare authorities, and the like. Whether that kind of judicial micro-managing of aspects of the administrative process should take place is a highly problematic question. [Emphasis added; p. 145.]

ministre et de sa proximité avec les faits pertinents, de déférer aux décisions de ce dernier pour la mise en balance des considérations opposées en jeu :

Notre Cour a confirmé à maintes reprises que la déférence s'imposait à l'endroit de la décision du ministre de prendre ou non un arrêté d'extradition une fois le fugitif incarcéré. Elle doit aujourd'hui déterminer quelle norme de contrôle judiciaire s'applique à l'appréciation ministérielle des droits constitutionnels du fugitif. Cette norme demeure celle de la raisonabilité, même lorsque le fugitif fait valoir que l'extradition porterait atteinte à ses droits constitutionnels. Il ressort de la jurisprudence de notre Cour que pour assurer le respect de la *Charte* dans le contexte d'une demande d'extradition, le ministre doit tenir compte de considérations opposées et possède à l'égard de bon nombre de celles-ci une plus grande expertise. L'affirmation selon laquelle les tribunaux n'interviendront que dans les cas exceptionnels où cela « s'impose réellement » traduit bien la portée du pouvoir discrétionnaire du ministre. La décision ne doit en effet être modifiée que si elle est déraisonnable (*Schmidt [Canada c. Schmidt]*, [1987] 1 R.C.S. 500) (voir l'analyse de la norme de la décision correcte et de la norme de la décision raisonnable dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, 2008 CSC 9. [Je souligne; par. 34.]

[51] Comme le signale le professeur Mullan, l'autre solution — soit celle qui consiste à appliquer la norme de la décision correcte chaque fois que des valeurs consacrées par la *Charte* sont en cause — aurait essentiellement pour effet que des décisions administratives qui auraient autrement été révisées suivant la norme de la décision raisonnable seraient « jugées à nouveau » :

[TRADUCTION] Si tous les contextes relatifs à la *Charte* devaient commander l'examen de la justesse de la décision, même en ce qui concerne les questions de fait et l'application du droit aux conclusions de fait, cela pourrait avoir pour effet de conférer aux tribunaux judiciaires le rôle de cours d'appel *de novo* à l'égard de tous les tribunaux administratifs appelés à rendre des décisions qui toucheront inmanquablement des droits ou libertés garantis par la *Charte*, tels les commissions de révision ou de libération conditionnelle, les comités de discipline de pénitenciers, les autorités de protection de l'enfance, etc. L'opportunité d'un tel interventionnisme judiciaire dans ces divers aspects du processus administratif est une question très délicate. [Je souligne; p. 145.]

[52] So our choice is between saying that every time a party argues that *Charter* values are implicated on judicial review, a reasonableness review is transformed into a correctness one, or saying that while both tribunals and courts can interpret the *Charter*, the administrative decision-maker has the necessary specialized expertise and discretionary power in the area where the *Charter* values are being balanced.

[53] The decisions of legal disciplinary bodies offer a good example of the problem of applying a correctness review whenever *Charter* values are implicated. Most breaches of art. 2.03 of the *Code of ethics* calling for “objectivity, moderation and dignity”, necessarily engage the expressive rights of lawyers. That would mean that most exercises of disciplinary discretion under this provision would be transformed from the usual reasonableness review to one for correctness.

[54] Nevertheless, as McLachlin C.J. noted in *Catalyst*, “reasonableness must be assessed in the context of the particular type of decision making involved and all relevant factors. It is an essentially contextual inquiry” (para. 18). Deference is still justified on the basis of the decision-maker’s expertise and its proximity to the facts of the case. Even where *Charter* values are involved, the administrative decision-maker will generally be in the best position to consider the impact of the relevant *Charter* values on the specific facts of the case. But both decision-makers and reviewing courts must remain conscious of the fundamental importance of *Charter* values in the analysis.

[52] Donc, nous avons le choix entre, d’une part, affirmer que, chaque fois qu’une partie prétend que des valeurs consacrées par la *Charte* sont en cause dans le cadre d’une révision judiciaire, un examen suivant la norme de la décision correcte doit se substituer à celui suivant la norme de la décision raisonnable ou, d’autre part, affirmer que, bien que les tribunaux et les cours de justice puissent interpréter la *Charte*, le décideur administratif possède l’expertise particulière exigée et le pouvoir discrétionnaire voulu dans le domaine où les valeurs consacrées par la *Charte* sont mises en balance.

[53] Les décisions d’organismes disciplinaires qui œuvrent relativement aux professions juridiques fournissent un bon exemple des problèmes que pose la révision judiciaire suivant la norme de la décision correcte dès lors que des valeurs consacrées par la *Charte* sont en cause. Le droit à la liberté d’expression des avocats est nécessairement en jeu dans la plupart des contraventions à l’art. 2.03 du *Code de déontologie*, qui exige que les avocats aient une conduite empreinte « d’objectivité, de modération et de dignité ». Il s’ensuit que la révision du caractère raisonnable normalement effectuée à l’égard de la plupart des décisions disciplinaires discrétionnaires fondées sur cette disposition deviendrait un contrôle de la justesse.

[54] Quoi qu’il en soit, comme la juge en chef McLachlin l’a souligné dans *Catalyst*, « le caractère raisonnable de la décision s’apprécie dans le contexte du type particulier de processus décisionnel en cause et de l’ensemble des facteurs pertinents. Il s’agit essentiellement d’une analyse contextuelle » (par. 18). Il continue donc à être justifié de faire preuve de déférence à l’endroit du décideur administratif compte tenu de son expertise et de sa proximité aux faits de la cause puisque, même quand les valeurs consacrées par la *Charte* sont en jeu, il sera généralement le mieux placé pour juger de l’incidence des valeurs pertinentes de ce type *au regard des faits précis de l’affaire*. Cela étant dit, tant les décideurs que les tribunaux qui procèdent à la révision de leurs décisions doivent analyser les questions qui leur sont soumises en gardant à l’esprit l’importance fondamentale des valeurs consacrées par la *Charte*.

[55] How then does an administrative decision-maker apply *Charter* values in the exercise of statutory discretion? He or she balances the *Charter* values with the statutory objectives. In effecting this balancing, the decision-maker should first consider the statutory objectives. In *Lake*, for instance, the importance of Canada's international obligations, its relationships with foreign governments, and the investigation, prosecution and suppression of international crime justified the *prima facie* infringement of mobility rights under s. 6(1) (para. 27). In *Pinet*, the twin goals of public safety and fair treatment grounded the assessment of whether an infringement of an individual's liberty interest was justified (para. 19).

[56] Then the decision-maker should ask how the *Charter* value at issue will best be protected in view of the statutory objectives. This is at the core of the proportionality exercise, and requires the decision-maker to balance the severity of the interference of the *Charter* protection with the statutory objectives. This is where the role of judicial review for reasonableness aligns with the one applied in the *Oakes* context. As this Court recognized in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160, "courts must accord some leeway to the legislator" in the *Charter* balancing exercise, and the proportionality test will be satisfied if the measure "falls within a range of reasonable alternatives". The same is true in the context of a review of an administrative decision for reasonableness, where decision-makers are entitled to a measure of deference so long as the decision, in the words of *Dunsmuir*, "falls within a range of possible, acceptable outcomes" (para. 47).

[57] On judicial review, the question becomes whether, in assessing the impact of the relevant *Charter* protection and given the nature of the

[55] Comment un décideur administratif applique-t-il donc les valeurs consacrées par la *Charte* dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire que lui confère la loi? Il ou elle met en balance ces valeurs et les objectifs de la loi. Lorsqu'il procède à cette mise en balance, le décideur doit d'abord se pencher sur les objectifs en question. Dans *Lake*, par exemple, l'importance des obligations internationales du Canada, ses relations avec les gouvernements étrangers ainsi que l'enquête, la poursuite et la répression du crime à l'échelle internationale justifiait, *prima facie*, la violation de la liberté de circulation visée au par. 6(1) (par. 27). Dans *Pinet*, c'est le double objectif de protection de la sécurité du public et de traitement équitable qui a fondé l'évaluation de la violation du droit à la liberté pour déterminer si elle était justifiée (par. 19).

[56] Ensuite, le décideur doit se demander comment protéger au mieux la valeur en jeu consacrée par la *Charte* compte tenu des objectifs visés par la loi. Cette réflexion constitue l'essence même de l'analyse de la proportionnalité et exige que le décideur mette en balance la gravité de l'atteinte à la valeur protégée par la *Charte*, d'une part, et les objectifs que vise la loi, d'autre part. C'est à cette étape que le rôle de la révision judiciaire visant à juger du caractère raisonnable de la décision s'apparente à celui de l'analyse effectuée dans le contexte de l'application du test de l'arrêt *Oakes*. Comme la Cour l'a reconnu dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160, « les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur » lorsqu'ils procèdent à une mise en balance au regard de la *Charte* et il sera satisfait au test de proportionnalité si la mesure « se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables ». Il en est de même dans le contexte de la révision d'une décision administrative pour en évaluer le caractère raisonnable où il convient de faire preuve d'une certaine déférence à l'endroit des décideurs à condition que la décision, comme l'affirme la Cour dans *Dunsmuir*, « [appartienne] aux issues possibles acceptables » (par. 47).

[57] Dans le contexte d'une révision judiciaire, il s'agit donc de déterminer si — en évaluant l'incidence de la protection pertinente offerte par la

decision and the statutory and factual contexts, the decision reflects a proportionate balancing of the *Charter* protections at play. As LeBel J. noted in *Multani*, when a court is faced with reviewing an administrative decision that implicates *Charter* rights, “[t]he issue becomes one of proportionality” (para. 155), and calls for integrating the spirit of s. 1 into judicial review. Though this judicial review is conducted within the administrative framework, there is nonetheless conceptual harmony between a reasonableness review and the *Oakes* framework, since both contemplate giving a “margin of appreciation”, or deference, to administrative and legislative bodies in balancing *Charter* values against broader objectives.

[58] If, in exercising its statutory discretion, the decision-maker has properly balanced the relevant *Charter* value with the statutory objectives, the decision will be found to be reasonable.

Application

[59] The *Charter* value at issue in this appeal is expression, and, specifically, how it should be applied in the context of a lawyer’s professional duties.

[60] At the relevant time, art. 2.03 of the *Code of ethics* (now modified as art. 2.00.01, O.C. 351-2004, (2004) 136 G.O. II, 1272) stated that “[t]he conduct of an advocate must bear the stamp of objectivity, moderation and dignity”. This provision, whose constitutionality is not impugned before us, sets out a series of broad standards that are open to a wide range of interpretations. The determination of whether the actions of a lawyer violate art. 2.03 in a given case is left entirely to the Disciplinary Council’s discretion.

Charte et compte tenu de la nature de la décision et des contextes légal et factuel — la décision est le fruit d’une mise en balance proportionnée des droits en cause protégés par la *Charte*. Comme le juge LeBel l’a souligné dans *Multani*, lorsqu’une cour est appelée à réviser une décision administrative qui met en jeu les droits protégés par la *Charte*, « [l]a question se réduit à un problème de proportionnalité » (par. 155) et requiert d’intégrer l’esprit de l’article premier dans la révision judiciaire. Même si cette révision judiciaire est menée selon le cadre d’analyse du droit administratif, il existe néanmoins une harmonie conceptuelle entre l’examen du caractère raisonnable et le cadre d’analyse préconisé dans *Oakes* puisque les deux démarches supposent de donner une « marge d’appréciation » aux organes administratifs ou législatifs ou de faire preuve de déférence à leur égard lors de la mise en balance des valeurs consacrées par la *Charte*, d’une part, et les objectifs plus larges, d’autre part.

[58] Si, en exerçant son pouvoir discrétionnaire, le décideur a correctement mis en balance la valeur pertinente consacrée par la *Charte* et les objectifs visés par la loi, sa décision sera jugée raisonnable.

Application

[59] En l’espèce, la valeur en jeu consacrée par la *Charte* est la liberté d’expression et la question à trancher est, plus précisément, celle de savoir comment cette liberté devrait pouvoir s’exercer dans le contexte des obligations professionnelles de l’avocat.

[60] Au moment des faits, l’art. 2.03 du *Code de déontologie* (maintenant l’art. 2.00.01, décret 351-2004, (2004) 136 G.O. II, 1840) portait que « [l]a conduite de l’avocat doit être empreinte d’objectivité, de modération et de dignité ». Cette disposition, dont la constitutionnalité n’est pas attaquée devant nous, établit un ensemble de normes générales se prêtant à une multitude d’interprétations. La question de savoir si, dans un cas donné, la conduite d’un avocat contrevient à l’art. 2.03, est entièrement laissée à l’appréciation discrétionnaire du Comité de discipline.

[61] No party in this dispute challenges the importance of professional discipline to prevent incivility in the legal profession, namely “potent displays of disrespect for the participants in the justice system, beyond mere rudeness or discourtesy” (Michael Code, “Counsel’s Duty of Civility: An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System” (2007), 11 *Can. Crim. L.R.* 97, at p. 101; see also Gavin MacKenzie, *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline* (5th ed. 2009), at p. 8-1). The duty to encourage civility, “both inside and outside the courtroom”, rests with the courts and with lawyers (*R. v. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481 (C.A.), at para. 83).

[62] As a result, rules similar to art. 2.03 are found in codes of ethics that govern the legal profession throughout Canada. The Canadian Bar Association’s *Code of Professional Conduct* (2009), for example, states that a “lawyer should at all times be courteous, civil, and act in good faith to the court or tribunal and to all persons with whom the lawyer has dealings in the course of an action or proceeding” (c. IX, at para. 16; see also Law Society of Upper Canada, *Rules of Professional Conduct* (updated 2011), r. 6.03(5)).

[63] But in dealing with the appropriate boundaries of civility, the severity of the conduct must be interpreted in light of the expressive rights guaranteed by the *Charter*, and, in particular, the public benefit in ensuring the right of lawyers to express themselves about the justice system in general and judges in particular (MacKenzie, at p. 26-1; *R. v. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449 (C.A.); and *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273 (H.L.)).

[64] In *Histed v. Law Society of Manitoba*, 2007 MBCA 150, 225 Man. R. (2d) 74, where Steel J.A. upheld a disciplinary decision resulting from a lawyer’s criticism of a judge, the critical role played by lawyers in assuring the accountability of the judiciary was acknowledged:

[61] Nul ne conteste, en l’espèce, l’importance que revêtent les règles déontologiques pour la prévention de l’incivilité dans la profession juridique, à savoir [TRADUCTION] « les manifestations flagrantes d’irrespect pour les participants au système de justice, qui dépassent la simple impolitesse ou discourtoisie » (Michael Code, « Counsel’s Duty of Civility : An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System » (2007), 11 *Rev. can. D.P.* 97, p. 101; voir aussi Gavin MacKenzie, *Lawyers and Ethics : Professional Responsibility and Discipline* (5^e éd. 2009), p. 8-1). C’est aux tribunaux et aux avocats qu’incombe le devoir de promouvoir la civilité [TRADUCTION] « tant à l’intérieur qu’à l’extérieur de la salle d’audience » (*R. c. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481 (C.A.), par. 83).

[62] On trouve donc des règles analogues à l’art. 2.03 dans tous les codes de déontologie régissant la profession juridique au Canada. Par exemple, le *Code de déontologie professionnelle* (2009) de l’Association du Barreau canadien énonce que « [l]’avocat doit faire preuve de courtoisie et de civilité et agir de bonne foi envers le tribunal judiciaire ou administratif et toutes les personnes avec qui il interagit en cours d’instance ou de procès » (ch. IX, par. 16; voir aussi le *Code de déontologie* du Barreau du Haut-Canada (mis à jour en 2011), règle 6.03(5)).

[63] Toutefois, lorsqu’il s’agit de déterminer quand un comportement passe les bornes de la civilité, il faut tenir compte du droit à la liberté d’expression garanti par la *Charte* et, plus particulièrement, des avantages que procure à l’ensemble de la population l’exercice par les avocats du droit de s’exprimer au sujet du système de justice en général et au sujet des juges en particulier (MacKenzie, p. 26-1; *R. c. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449 (C.A.); et *Attorney-General c. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273 (H.L.)).

[64] Dans *Histed c. Law Society of Manitoba*, 2007 MBCA 150, 225 Man. R. (2d) 74, la juge Steel a maintenu une décision disciplinaire relative à la critique d’un juge par un avocat et a reconnu le rôle primordial qu’assument les avocats en matière de responsabilité judiciaire :

Not only should the judiciary be accountable and open to criticism, but lawyers play a very unique role in ensuring that accountability. As professionals with special expertise and officers of the court, lawyers are under a special responsibility to exercise fearlessness in front of the courts. They must advance their cases courageously, and this may result in criticism of proceedings before or decisions by the judiciary. The lawyer, as an intimate part of the legal system, plays a pivotal role in ensuring the accountability and transparency of the judiciary. To play that role effectively, he/she must feel free to act and speak without inhibition and with courage when the circumstances demand it. [Emphasis added; para. 71.]

[65] Proper respect for these expressive rights may involve disciplinary bodies tolerating a degree of discordant criticism. As the Ontario Court of Appeal observed in a different context in *Kopyto*, the fact that a lawyer is criticizing a judge, a tenured and independent participant in the justice system, may raise, not lower, the threshold for limiting a lawyer's expressive rights under the *Charter*. This does not by any means argue for an unlimited right on the part of lawyers to breach the legitimate public expectation that they will behave with civility.

[66] We are, in other words, balancing the fundamental importance of open, and even forceful, criticism of our public institutions with the need to ensure civility in the profession. Disciplinary bodies must therefore demonstrate that they have given due regard to the importance of the expressive rights at issue, both in light of an individual lawyer's right to expression and the public's interest in open discussion. As with all disciplinary decisions, this balancing is a fact-dependent and discretionary exercise.

[67] In this case, the 21-day suspension imposed on Mr. Doré is not before this Court, since Mr. Doré did not appeal it either to the Court of Appeal or to this Court. All we have been asked to determine is

[TRADUCTION] Non seulement les juges doivent-ils répondre de leurs actions et accepter la critique, mais les avocats jouent un rôle privilégié dans l'actualisation de cette responsabilité. En tant que professionnels spécialisés et officiers de justice, les avocats ont une obligation particulière d'intrépidité devant les tribunaux. Ils doivent plaider avec courage, ce qui peut les amener à critiquer le déroulement d'une instance ou une décision. Faisant partie intégrante du système de justice, les avocats jouent un rôle crucial dans l'actualisation de la responsabilité et de la transparence judiciaires. Pour s'acquitter efficacement de ce rôle, ils doivent se sentir libres d'agir et de parler sans contrainte et avec courage lorsque les circonstances l'exigent. [Je souligne; par. 71.]

[65] Il peut découler du respect qui est dû à ce droit à la liberté d'expression que des organismes disciplinaires tolèrent certaines critiques acérées. Comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a signalé dans le contexte différent de l'arrêt *Kopyto*, le fait qu'un avocat critique un juge, un acteur indépendant et nommé à titre inamovible du système de justice, pourrait hausser, et non abaisser, le seuil au-delà duquel il convient de limiter l'exercice par un avocat du droit à la liberté d'expression que lui garantit la *Charte*. Cela étant dit, il ne faut surtout pas voir là d'argument pour un droit illimité des avocats de faire fi de la civilité que la société est en droit d'attendre d'eux.

[66] Autrement dit, les valeurs mises en balance sont, d'une part, l'importance fondamentale d'une critique ouverte et même vigoureuse de nos institutions publiques et, d'autre part, la nécessité d'assurer la civilité dans l'exercice de la profession juridique. Les organes disciplinaires doivent donc démontrer qu'ils ont dûment tenu compte de l'importance des droits d'expression en cause, tant dans la perspective du droit d'expression individuel des avocats que dans celle de l'intérêt public à l'ouverture des débats. Comme pour toutes les décisions disciplinaires, cette mise en balance dépend des faits et suppose l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

[67] En l'espèce, la Cour n'est pas saisie de la sanction infligée à M^e Doré, soit une suspension de son droit de pratique durant 21 jours, puisque ce dernier n'en a pas fait appel ni en Cour d'appel ni

whether the Disciplinary Council's conclusion that a reprimand was warranted under art. 2.03 of the *Code of ethics* was a reasonable one. To make that assessment, we must consider whether this result reflects a proportionate application of the statutory mandate with Mr. Doré's expressive rights.

[68] Lawyers potentially face criticisms and pressures on a daily basis. They are expected by the public, on whose behalf they serve, to endure them with civility and dignity. This is not always easy where the lawyer feels he or she has been unfairly provoked, as in this case. But it is precisely when a lawyer's equilibrium is unduly tested that he or she is particularly called upon to behave with transcendent civility. On the other hand, lawyers should not be expected to behave like verbal eunuchs. They not only have a right to speak their minds freely, they arguably have a duty to do so. But they are constrained by their profession to do so with dignified restraint.

[69] A reprimand for a lawyer does not automatically flow from criticizing a judge or the judicial system. As discussed, such criticism, even when it is expressed robustly, can be constructive. However in the context of disciplinary hearings, such criticism will be measured against the public's reasonable expectations of a lawyer's professionalism. As the Disciplinary Council found, Mr. Doré's letter was outside those expectations. His displeasure with Justice Boilard was justifiable, but the extent of the response was not.

[70] The Disciplinary Council recognized that a lawyer must have [TRANSLATION] "total liberty and independence in the defence of a client's rights", and "has the right to respond to criticism or remarks addressed to him by a judge", a right which the Council recognized "can suffer no

devant la Cour. Nous sommes uniquement appelés à déterminer si la conclusion du Comité de discipline selon laquelle il était justifié de le réprimander pour avoir contrevenu à l'art. 2.03 du *Code de déontologie* était raisonnable. Pour procéder à cette évaluation, nous devons examiner si ce résultat est le fruit d'une mise en balance proportionnée du mandat légal et du droit de M^c Doré à la liberté d'expression.

[68] Les avocats sont susceptibles d'être critiqués et de subir des pressions quotidiennement. Le public, au nom de qui ils exercent, s'attend à ce que ces officiers de justice encaissent les coups avec civilité et dignité. Ce n'est pas toujours facile lorsque l'avocat a le sentiment qu'il a été injustement provoqué comme en l'espèce. Il n'en demeure pas moins que c'est précisément dans les situations où le sang froid de l'avocat est indûment testé qu'il est tout particulièrement appelé à adopter un comportement d'une civilité transcendante. Cela étant dit, on ne peut s'attendre à ce que les avocats se comportent comme des eunuques de la parole. Ils ont non seulement le droit d'exprimer leurs opinions librement, mais possiblement le devoir de le faire. Ils sont toutefois tenus par leur profession de s'exécuter avec une retenue pleine de dignité.

[69] Un avocat qui critique un juge ou le système judiciaire n'est pas automatiquement passible d'une réprimande. Comme nous en avons discuté, une telle critique, même exprimée sans ménagement, peut être constructive. Cependant, dans le contexte d'audiences disciplinaires, une telle critique sera évaluée à la lumière des attentes raisonnables du public quant au professionnalisme dont un avocat doit faire preuve. Comme l'a conclu le Comité de discipline, la lettre de M^c Doré ne satisfait pas à ces attentes. Son mécontentement à l'égard du juge Boilard était légitime, mais la teneur de sa réponse ne l'était pas.

[70] Le Comité de discipline a reconnu que « [d]ans la poursuite de la défense des droits d'un client, l'avocat doit pouvoir jouir d'une totale liberté et indépendance » et a « le droit [...] de répondre à des critiques ou des remarques qui lui sont adressées par un juge », un droit qui, comme

restrictions when it is a question of defending clients' rights before the courts" (paras. 68-70). It was also "conscious" of the fact that art. 2.03 may constitute a restriction on a lawyer's expressive rights (para. 79). But where, as here, the judge was called [TRANSLATION] "loathsome", arrogant and "fundamentally unjust" and was accused by Mr. Doré of "hid[ing] behind [his] status like a coward"; having a "chronic inability to master any social skills"; being "pedantic, aggressive and petty in [his] daily life"; having "obliterate[d] any humanity from [his] judicial position"; having "non-existent listening skills"; having a "propensity to use [his] court — where [he] lack[s] the courage to hear opinions contrary to [his] own — to launch ugly, vulgar, and mean personal attacks", which "not only confirms that [he is] as loathsome as suspected, but also casts shame on [him] as a judge"; and being "[un]able to face [his] detractors without hiding behind [his] judicial position", the Council concluded that the [TRANSLATION] "generally accepted norms of moderation and dignity" were "overstepped" (para. 86).

[71] In the circumstances, the Disciplinary Council found that Mr. Doré's letter warranted a reprimand. In light of the excessive degree of vituperation in the letter's context and tone, this conclusion cannot be said to represent an unreasonable balance of Mr. Doré's expressive rights with the statutory objectives.

[72] I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: Sophie Dormeau, Outremont.

l'a reconnu le Comité ne « prête à aucune concession lorsqu'il est question de défendre les droits des individus devant les tribunaux » (par. 68-70). Le Comité de discipline était aussi « conscient » du fait que l'art. 2.03 pouvait constituer une restriction à la liberté d'expression d'un avocat (par. 79). Mais lorsque, comme dans le cas présent, le juge a été traité d'« être exécrable », arrogant et « foncièrement injuste », et a été accusé par M^e Doré de se « cach[er] lâchement derrière [son] statut », d'avoir une « incapacité chronique à maîtriser quelque aptitude sociale », d'« adopter un comportement pédant, hargneux et mesquin dans [sa] vie de tous les jours », d'avoir « évacu[é] toute humanité de [sa] magistrature », d'avoir une « capacité d'écoute à toutes fins pratiques nulle », d'avoir une « propension à [se] servir de [sa] tribune — de laquelle [il] n'[a] pas le courage de faire face à l'expression d'opinions contraires aux [siennes] — pour [s']adonner à des attaques personnelles d'une mesquinerie à ce point repoussante qu'elles en sont vulgaires » ce qui « non seulement confirme [sic] l'être exécrable qu'on devine mais encore, font de [sa] magistrature une honte », et d'être incapable « en l'absence de [son] paravent judiciaire, [. . .] de faire face à [ses] détracteurs », le Comité de discipline a conclu que « la norme de modération et de dignité généralement acceptée » a été « outrepassée » (par. 86).

[71] Dans les circonstances, le Comité de discipline a conclu que la lettre de M^e Doré justifiait qu'il fasse l'objet d'une réprimande. À la lumière du degré excessif de vitupération dans le contenu de la lettre et de son ton, on ne peut prétendre que cette conclusion est le fruit d'une mise en balance déraisonnable du droit à la liberté d'expression de M^e Doré, d'une part, et des objectifs visés par la loi, d'autre part.

[72] En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appellant : Sophie Dormeau, Outremont.

Solicitors for the respondent Pierre Bernard, in his capacity as Assistant Syndic of the Barreau du Québec: Mercier Leduc, Montréal.

Solicitor for the respondents Tribunal des professions and the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Sainte-Foy.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: BCF, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal.

Solicitors for the intervener the Young Bar Association of Montreal: Irving Mitchell Kalichman, Westmount.

Procureurs de l'intimé Pierre Bernard, ès qualités de syndic adjoint du Barreau du Québec: Mercier Leduc, Montréal.

Procureur des intimés le Tribunal des professions et le procureur général du Québec: Procureur général du Québec, Sainte-Foy.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada: BCF, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Jeune Barreau de Montréal: Irving Mitchell Kalichman, Westmount.

TAB 2

ONTARIO

**SUPERIOR COURT OF JUSTICE
DIVISIONAL COURT**

R. Smith, Stewart and Nishikawa JJ.

B E T W E E N:

Michael Del Grande

Applicant

- and –

Toronto Catholic District School Board

Respondent

)
)
)
) *Charles Lugosi*, for the Applicant
)
)

)
) *Christine Muir and Adrian Pel*, for the
) Respondent
)

)
)
) *David Tortell and Waleed Malik*, for the
) Intervener, the Attorney General of Ontario
)

)
) **HEARD:** in Toronto by videoconference on
) October 19, 2022
)

REASONS FOR DECISION

NISHIKAWA J.

Overview

[1] The Applicant, Michael Del Grande, a Trustee of the Toronto Catholic District School Board (“TCDSB”), seeks judicial review of four decisions of the Board of Trustees (the “Board”) finding that he breached the code of conduct for trustees, imposing certain sanctions on him and confirming those decisions.

[2] The Applicant was found to have breached the code of conduct for trustees when he made certain comments, as further detailed in these reasons, during a Board meeting to discuss an amendment to the TCDSB’s code of conduct to include gender identity, gender expression, family status, and marital status as additional protected grounds.

[3] The Applicant’s main argument is that the Board lacked authority and was precluded from reconsidering an initial decision, which had failed to obtain the two-thirds majority required for a finding that he breached the code of conduct. The Applicant submits that the initial decision ought to be reinstated. The Applicant further submits that because his comments were constitutionally protected, the subsequent decisions contravene *Charter* values and principles of fairness.

[4] For the reasons set out below, the application is dismissed.

Background

The Parties

[5] The Applicant has been an elected Trustee of the TCDSB since 2014. The Applicant originally served as a trustee from 1994 to 2003, and as Chair in 2000. From 2003 to 2014, the Applicant served as an elected councillor of the City of Toronto.

[6] The TCDSB is a school board constituted as a corporate body under the *Education Act*. The TCDSB serves approximately 90,000 students in 196 elementary and secondary schools. The Board consists of 12 trustees, who must be Catholic and are elected to the Board during each municipal election. The Board makes decisions through resolutions at formal meetings, which are recorded in written minutes.

Codes of Conduct for Trustees Under the *Education Act*

[7] In 2009, after several reports calling for a review of school board governance in Ontario, the legislature enacted amendments to the *Education Act* to strengthen school board governance: *Student Achievement and School Board Governance Act, 2009*, S.O. 2009, c. 25. The following provisions were added to the *Education Act* and are relevant to this application: ss. 169.1, 218.1, 218.2 and 218.3.

[8] Section 169.1 imposes statutory duties on school boards to: (i) “promote a positive school climate that is inclusive and accepting of all pupils, including pupils of any... sex, sexual orientation, gender identity, gender expression, age, marital status, family status or disability”; (ii) promote the prevention of bullying; (iii) promote student achievement and well-being; and (iv) “develop and maintain policies and organizational structures that promote” these goals.

[9] Since 2018, it has been mandatory for school boards to have a code of conduct for their trustees: *Education Act*, s. 218.2(2)(a), O. Reg. 246/18, s. 1(1). Section 218.1 imposes certain statutory duties on school board trustees, including duties to “maintain focus on student achievement and well-being” and to comply with a school board’s code of conduct for trustees.

The TCDSB Code of Conduct for Trustees

[10] The TCDSB adopted a Code of Conduct for Trustees in September 2010 (the “Code of Conduct”).¹ The Code of Conduct recognizes that Trustees “represent all citizens in the Catholic community in the City of Toronto” and that the public “is entitled to expect the highest standard

¹ The Code of Conduct was amended in April 2012 and February 2016.

from the school trustees that it elects.” Trustees are expected to “respect differences in people, their ideas, and their opinions”, and to “respect and treat others fairly, regardless of, for example, race, ancestry, place of origin, colour, ethnic origin, citizenship, religion, gender, sexual orientation, age, or disability.”

[11] The Code of Conduct requires trustees to “ensure the affairs of the board are conducted with openness, justice and compassion” and “share in the responsibility for creating a positive environment that is safe, harmonious, comfortable, inclusive and respectful.[.]” The Code of Conduct further requires that “when performing their duties as trustees and in... meetings with staff, parents and other stakeholders, appropriate language and professionalism are expected[.]”

[12] The Code of Conduct sets out a range of sanctions and remedial measures, which supplement the sanctions enumerated in s. 218.3(3) of the *Education Act*. The Code of Conduct stipulates that a vote “on any resolutions of determination or sanctions will be made by a 2/3 majority of all Trustees on the board not including the accused Trustee.”

The Applicant’s Comments

[13] On August 29, 2019, the Minister of Education issued Policy/Program Memorandum 128 (“Memorandum 128”) which communicated that the Minister had revised the provincial code of conduct, an instrument with which all school board codes of conduct must conform. Among other changes, the Memorandum specifies gender identity, gender expression, family status, and marital status (the “Additional Grounds”) as enumerated grounds that “all members of the school community” must respect and not discriminate based upon.

[14] In response to the Memorandum, the TCDSB Trustees considered whether to add gender identity, gender expression, family status and marital status as enumerated grounds under the TCDSB Code of Conduct. On October 30, 2019, the Board’s Catholic Education and Living Our Catholic Values Subcommittee voted 4-1 against a proposal to add the Additional Grounds to the TCDSB Code of Conduct. The Applicant voted with the majority.

[15] On November 7, 2019, at a public meeting of the Student Achievement and Well Being, Catholic Education and Human Resources Committee, the Trustees considered a motion to direct the Governance and Policy Committee to approve the addition of gender identity, gender expression, family status and marital status as enumerated grounds under the TCDSB Code of Conduct. Two days before the meeting, the Archdiocese of Toronto had advised the Board that it accepted the addition of the Additional Grounds to the TCDSB Code of Conduct.

[16] At the meeting, several delegations made submissions regarding the motion to add the Additional Grounds to the TCDSB Code of Conduct. A former student trustee of the Board who identifies as a member of the LGBTQ+ community spoke about his personal experience at a Board-operated high school, including the suicide of a friend who did not feel accepted because he was gay.

[17] During the debate, the Applicant proposed an amendment to the motion. The Applicant moved to add to the Additional Grounds numerous fetishistic behaviours including pedophilia, gerontophilia, bestiality and vampirism, among others. The Applicant spoke at length describing more than 20 types of such behaviours, some of which are offences under the *Criminal Code*. The

Applicant characterized his proposal as showing the “slippery slope” of adding the Additional Grounds.

[18] The Director of Education for the TCDSB, Rory McGuckin, advised the Board that the Applicant’s remarks could result in a contravention of the *Education Act* or policy guidelines and that some of the terms were contrary to the *Criminal Code*. The Chair, Garry Tanuan, then ruled the Applicant’s proposed amendment out of order on the basis that it would be contrary to the *Human Rights Code*, the *Education Act*, the Memorandum and, in some cases, the *Criminal Code*.

[19] As the meeting continued, the Applicant continued to inquire about opinions provided by the Catholic Archdiocese on the matter. The Board ultimately voted to direct the Governance and Policy Committee to approve the addition of the Additional Grounds into the TCDSB Code of Conduct.

The Investigation

[20] After the meeting, the TCDSB received over a dozen formal complaints about the Applicant’s comments. The Ontario Catholic School Trustees’ Association repudiated the Applicant’s remarks.

[21] On February 24, 2020, the Board sought an independent review of the matter. At the Applicant’s request, the initial investigator was replaced by an investigator with knowledge of Catholic teachings. The investigator reviewed the written complaints, interviewed the Applicant and three complainants, reviewed documents provided by the parties, and reviewed relevant portions of a recording of the meeting.

[22] On May 29, 2020, the investigator issued her report which found that the Applicant had violated the Trustees’ Code of Conduct by creating an “unwelcoming and harmful environment for certain members of the Catholic school board community.” The investigator found that while debating the motion was within the Applicant’s role, he “crossed the line” through the “inflammatory language” of his proposed amendment and the “flippant (to use his own word) manner in which he addressed concerns about that language[.]”

The First Decision

[23] On August 20, 2020, at held a regularly scheduled meeting, the full Board of Trustees considered, among other things, the Applicant’s Code of Conduct matter. At the start of the meeting, the Applicant requested that it be recorded and argued that the agenda item relating to the Code of Conduct proceeding was unlawful and abusive. The Chair ruled that the item was in order. The Applicant appealed and the Board voted to uphold the ruling. The Applicant alleges that the Chair did not allow the Applicant’s counsel to respond to submissions made by the Board’s external counsel and that the Applicant’s counsel’s Zoom connection was terminated and not restored.

[24] During an *in camera* session, the Trustees considered the investigation report and discussed whether the Applicant had violated the Code of Conduct. The Applicant recused himself from the discussion and vote. The Trustees then returned to the public session and voted on a resolution finding that the Applicant was in breach of the Code of Conduct. The Board voted 7-4 in favour

of the resolution (the “First Decision”). This was one vote short of the two-thirds majority required under the Board’s By-law 175 (the “By-law”) to find that a Trustee has breached the Code of Conduct.

[25] On September 8, 2020, the Board’s legal counsel advised an investigator for the Ontario College of Teachers that the Board determined that the Applicant did not breach the “Code of Conduct.”

Reconsideration and Subsequent Decisions

[26] The First Decision was followed by a strong negative response from the community. The Board decided to convene a special meeting on November 11, 2020 to debate whether it should reconsider the First Decision, pursuant to Article 10.11 of the By-law (the “Reconsideration Provision.”) Counsel for the TCDSB and counsel for the Applicant attended. The Applicant had sent a 46-page legal submission to the Trustees in advance of the meeting. During an *in camera* session, his counsel was invited to respond to questions. In the public part of the session several delegations made submissions. The meeting lasted for over eight hours.

[27] At 12:30 a.m. on November 12, 2020, the Board voted 8-1 in favour of a motion to use the Reconsideration Provision to reconsider the First Decision (the “Reconsideration Decision”).

[28] The Board then voted 8-1 in favour of finding that the Applicant, by his comments and proposed amendment at the November 7, 2019 Board meeting, had engaged in misconduct and breached the Code of Conduct by making comments that were offensive and inappropriate (the “Merits Decision”).

[29] The Board proceeded to debate the appropriate sanctions to apply to the Applicant. After a couple of amendments, the Board voted 8-1 to sanction the Applicant, under s. 10(a) of Policy T.04 (Trustees Code of Conduct) and s. 218.3 of the *Education Act* (the “Sanctions Decision”), as follows:

- (1) That the Board censure Trustee Del Grande for behavior which was disrespectful to the LGBTQ community as a whole, as well as the TCDSB community;
- (2) That the Board request that Trustee Del Grande present a public apology;
- (3) That Trustee Del Grande be barred from sitting on a number of committees of the Board for a three-month period;
- (4) That the Board refrain from appointing Trustee Del Grande to any representative position or role on behalf of the Board for a period of three months; and
- (5) That Trustee Del Grande immediately undertake and complete within a month an Equity Training program, to be recommended by the Board’s Human Rights and Equity Advisor.

The Decisions Are Confirmed

[30] On December 3, 2020, the Applicant sought to appeal the Merits and Sanction Decisions and delivered a 440-page affidavit and 36-page legal submission. The Board's external legal counsel provided a summary to the Director of Education on December 11, 2020. On December 14, 2020, the Applicant then delivered a purported "reply" submission (the "Reply"). The Respondent takes the position that the Reply is not a proper reply but that it simply rehashes arguments made in the Applicant's initial submission.

[31] On December 16, 2020, as required under s. 218.3(6) of the *Education Act*, a special meeting of the Board was held to confirm, vary or revoke the determination that the Applicant had breached the Code of Conduct. In a private session, the Board considered a report and a legal opinion from the Board's external counsel which concluded that the determination that the Applicant breached the Code of Conduct was legally sound. The Board considered the Applicant's initial submission but did not consider the Reply. In a public session, the Board confirmed the prior determination by a vote of 8-1 (the "Confirmation Decision"). On December 17, 2020, the Chair of the Board sent the Applicant a letter confirming the Merits and Sanctions Decisions.

[32] The Applicant seeks to quash the Reconsideration Decision, the Merits Decision, the Sanctions Decision and the Confirmation Decision (collectively, the "Decisions") and to have the First Decision reinstated.

Issues

[33] This application for judicial review raises the following issues:

- (a) What is the applicable standard of review?
- (b) Was the Reconsideration Decision reasonable?
- (c) Were the Merits, Sanctions and Confirmation Decisions reasonable?
- (d) Was the Applicant denied procedural fairness because of the Board's failure to consider his Reply?

Analysis

Standard of Review

[34] The Applicant submits that the standard of correctness applies to the Decisions because the application raises issues of the Board's jurisdiction to reconsider the First Decision, as well as the application of the principles of *res judicata*, issue estoppel, abuse of process and *functus officio*. He submits that those issues are of central importance to the legal system as a whole.

[35] I disagree. Pursuant to *Canada (Minister of Immigration and Citizenship) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, at paras. 16-17, the presumptive standard of review is reasonableness. The issues raised in this application do not displace that presumption. First, the issue of whether the Board had authority to reconsider the First Decision did not require that the

Board resolve an issue of conflicting jurisdiction between two administrative decision-makers. The issue was simply whether the Board had authority under the *Education Act* and its By-law, to reconsider its decision. To the extent that this issue can be characterized as a jurisdictional question, it is one that the Supreme Court of Canada clarified in *Vavilov* would attract a reasonableness review: *Vavilov*, at paras. 65-68.

[36] Second, the application raises no issue of central importance to the legal system as a whole or pertaining to the rule of law. In this case, the Board applied the well-established principles of *res judicata*, issue estoppel, abuse of process and *functus officio* within a particular factual context and in light of the Reconsideration Provision. The Board was not required to articulate a general doctrine or resolve a complex legal issue of broader application. See: *Vavilov*, at paras. 60-62; *Victoria University (Board of Regents) v. GE Canada Real*, 2016 ONCA 646, at paras. 88-93. As a result, the standard of reasonableness applies.

[37] A reasonable decision is “one that is based on an internally coherent and rational chain of analysis and that is justified in relation to the facts and law that constrain the decision maker”: *Vavilov*, at para. 85. The reasonableness standard requires that a reviewing court defer to such a decision.

[38] The parties agreed that no standard of review analysis is required on matters of procedural fairness, which are determined with reference to the non-exhaustive list of considerations set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 23. More recently, the Supreme Court of Canada has clarified in *Law Society of Saskatchewan v. Abrametz*, 2022 SCC 29, 470 DLR (4th) 328, at para. 30, that the standard of review applicable to matters of procedural fairness is correctness.

Was the Reconsideration Decision Reasonable?

Was the Board’s Application of the Reconsideration Provision Reasonable?

[39] The Applicant submits that the Decisions must be quashed because any reconsideration must be authorized by statute and the *Education Act* contains no such authority. The Applicant submits that the Reconsideration Provision, Article 10.11 of the By-law, is inferior to the statutory scheme set out in s. 218.3 of the *Education Act* and is not intended for use in Code of Conduct proceedings. The Applicant’s position is that the Board was not entitled to use the Reconsideration provision to hold a fresh vote to get the result that it was seeking, a process that he characterizes as “reverse engineering.” In support of his position, the Applicant relies on the following paragraph from *Vavilov*, at para. 121:

The administrative decision maker’s task is to interpret the contested provision in a manner consistent with the text, context and purpose, applying its particular insight into the statutory scheme at issue. It cannot adopt an interpretation it knows to be inferior – albeit plausible – merely because the interpretation in question appears to be available and is expedient. The decision maker’s responsibility is to discern meaning and legislative intent, not to “reverse-engineer” a desired outcome.

[40] The Respondent submits that the Reconsideration Decision was reasonable. The *Education Act* gives the Board broad authority to control and determine its own processes. Because the *Education Act* does not prohibit reconsideration, the Board was entitled to use the Reconsideration Provision to reconsider the First Decision. The Respondent relies on the following contextual factors to support its position: (i) the board was interpreting its home statute and its own codes of procedure and conduct; (ii) the legislative scheme favours deference to the Board; (iii) the Trustees have a unique perspective on the Applicant's comments; and (iv) the Trustees are elected representatives and the Board is democratically accountable to the community.

The Reconsideration Provision

[41] Article 10.11 of the By-law reads as follows:

10.11 Reconsideration by the Board of Trustees

Any matter which has been decided upon by the Board of Trustees, for a period of three months thereafter, may be reconsidered by the Board of Trustees only on an affirmative vote of two-thirds of all Trustees of the Board of Trustees entitled to vote, thereafter only on an affirmative vote of a majority of all Trustees of the Board of Trustees entitled to vote thereon. Thereafter a matter may be reconsidered only on a vote of a majority of all Trustees of the Board of Trustees entitled to vote thereon.

[42] The Applicant accepts that under s. 169.1(d) of the *Education Act*, the Board had authority to enact the By-law and consequently Article 10.11. He submits, however, that the Board was not entitled to circumvent or read-in new procedure to s. 218.3 of the *Act*. The Applicant further submits that the Reconsideration Provision is only intended to be used on appeal when a Trustee has been found "guilty" of misconduct and not when a Trustee has been "acquitted."

Section 218.3 of the *Education Act*

[43] The procedure for enforcing a school board's code of conduct for trustees is set out in s. 218.3 of the *Education Act*. In brief, where a potential breach of a code of conduct has come to the board's attention, the board is required to make inquiries and determine whether the code of conduct has been breached (s. 218.3(2)); to take certain actions if the board determines that a trustee has breached the code of conduct (s. 218.3(3)); and to give the trustee notice and provide an opportunity to make written submissions regarding the finding of misconduct or sanction (s. 218.3(6)). The board is required to make a determination as to whether misconduct has occurred, the sanctions to be imposed, and the confirmation/revocation of the decisions by resolution at a public meeting of the board (s. 218.3(11)).

[44] Subsection 218.3(3) specifies the sanctions that may be imposed in the event of a breach of the code of conduct. The sanctions include censure of the member and barring the member from attending meetings and/or sitting on committees of the board for a specified period of time.

[45] A trustee's opportunity to make submissions takes place after a finding of breach and the imposition of a sanction under s. 218.3(6), which states as follows:

- (6) If a board determines that a member has breached the board's code of conduct under subsection (2),
- (a) the board shall give the member written notice of the determination and of any sanction imposed by the board;
 - (b) the notice shall inform the member that he or she may make written submissions to the board in respect of the determination or sanction by a date specified in the notice that is at least 14 days after the notice is received by the member; and
 - (c) the board shall consider any submissions made by the member in accordance with clause (b) and shall confirm or revoke the determination within 14 days after the submissions are received.

Findings

[46] The modern principle of statutory interpretation requires that the words of an Act be interpreted in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of the Legislature: *Rizzo & Rizzo Shoes*, [1998] 1 S.C.R. 27.

[47] In my view, the Board's application of the Reconsideration Provision to reconsider the Applicant's Code of Conduct matter was reasonable because it is supported by the text, context and purpose of the *Education Act*. I reject the Applicant's submission that because the Board was not entitled to reconsider the First Decision, the Reconsideration Decision was "illegal."

[48] Beginning with the text of the provision, nothing in the language of s. 218.3, or the *Education Act*, precludes reconsideration of a code of conduct matter by a board. There is no provision in the *Act* stating that a determination under s. 218.3(6) is final. Section 218.3 prescribes a process for determining whether a trustee has breached a code of conduct. As noted above, under s. 218.3(6), the trustee does not have an express right to make submissions before a finding of a breach is made. The trustee has an opportunity to make written submissions before the meeting at which the determination will be confirmed, revoked or varied. Moreover, s. 218.3 does not require that a board provide a trustee with a full hearing or participatory rights; it provides only for written submissions. Subsection 218.3(14) reinforces this by specifically stating that the *Statutory Powers Procedures Act* does not apply.

[49] Similarly, the Reconsideration Provision itself contains no limits as to the subject matter to which it applies. In fact, the wording of the provision is broad, and states that "[a]ny matter which has been decided upon by the Board of Trustees... may be reconsidered by the Board of Trustees...[.]" The Reconsideration Provision does not exclude its application to Code of Conduct matters. There is no basis on which to read-in such a limit where none exists. The provision stipulates that a two-thirds majority vote is required to reconsider a decision of the Board within three months but that after that, a simple majority is sufficient. This requirement is logical to ensure that policy matters are not constantly revisited once they have been decided. The fact that the Reconsideration Provision has not previously been used in relation to a Code of Conduct matter does not mean that it cannot be.

[50] As is evident from the process provided under s. 218.3, the process for determining whether a trustee has breached a code of conduct is not akin to a criminal process. The potential sanctions under the *Education Act*, including censure and the inability to participate in committees, are correspondingly weak. An individual facing a criminal prosecution has, for good reason, stronger, constitutionally protected participatory and procedural rights than a trustee facing a code of conduct proceeding under the *Education Act*. It follows that the Applicant's use of criminal law concepts, such as a "finding of guilt," "acquittal" and "double jeopardy" have no place in a code of conduct proceeding under s. 218.3. The process under s. 218.3 leads to a determination as to whether a trustee has breached the code of conduct and an appropriate sanction, and nothing more.

[51] The statutory scheme provides further support for the Board's interpretation of the Reconsideration Provision and s. 218.3. Under s. 58.5(1) of the *Education Act*, a school board is permitted to function as a corporation and "has all the powers and shall preform all the duties that are conferred or imposed on it under this or any other Act." That provision reflects a legislative intent that school boards not be limited in conducting their affairs to those functions that are specified in the *Education Act*. Moreover, the *Act* does not dictate to the Board how it must conduct its affairs, rather, the Board is the primary determinant of its own processes.

[52] This court has previously held that school boards should be free to act as modern, democratic, dynamic legal personalities. Provided there is some statutory foundation for the process in question and no express statutory prohibition against it, they have the freedom to control their own internal processes: *In the Matter of s. 10 of the Education Act*, 2016 ONSC 2361, at para. 56. The *Education Act* vests a virtually unrestricted statutory authority to act, provided only that there be some basis for the board's actions in a valid statute. While school boards may only exercise the powers expressly or impliedly conferred on them by statute, included in this authority are any general powers conferred by the legislation: *In the Matter of s. 10 of the Education Act*, at para 55.

[53] In addition, while the *Education Act* requires that a board enact a code of conduct, it does not prescribe the standards or content. This demonstrates that the legislature intended for conduct issues to fall within the Board's authority, which enables the Board to act in a flexible and dynamic manner, responsive to the community it serves.

[54] The purpose of the *Education Act* is to foster a strong public education system, which is the foundation of a "prosperous, caring and civil society." *Education Act*, s. 0.1(1). Subsection 0.1(2) further states that the "purpose of education is to provide students with the opportunity to realize their potential and develop into highly skilled, knowledgeable, caring citizens who contribute to their society." The Board, as a "partner[] in the education sector" has "a role to play in enhancing student achievement and well-being, closing gaps in student achievement and maintaining confidence in the province's publicly funded education systems." *Education Act*, s. 0.1(3).

[55] The focus of the *Education Act* is thus the public education system and the well-being and achievement of the students who participate in it, with the goal of ensuring they develop into caring, contributing citizens. It is the Board, and therefore its Trustees, who are in service to these objectives and not the public education system that serves a trustee's objectives. This is made clear by the responsibilities of the Board under s. 169.1(1) of the *Education Act*, which includes, among

others, promoting student achievement and well-being; the prevention of bullying; and “a positive school climate that is inclusive and accepting of all pupils of any race, ancestry, place of origin, colour, ethnic origin, citizenship, creed, sex, sexual orientation, gender identity, gender expression, age, marital status, family status or disability[.]” The responsibilities under s. 169.1(1) of the *Act* are reinforced under s. 218.1, which requires that board members carry out their responsibilities in a manner that assists the board in fulfilling its duties, including under s. 169.1 of the *Act*, to maintain focus on student achievement and well-being, and to comply with the board’s code of conduct.

[56] The Board’s role in enhancing student well-being and maintaining public confidence under s. 0.1(3) of the *Act* is best served by ensuring good governance and adherence to the Code of Conduct. The preamble to the Code of Conduct recognizes that TCDSB Trustees have been entrusted with the education of all students in the community they serve and that the public is “entitled to expect the highest standard from the school trustees that it elects.” The Board should be responsive to the community and students it serves. In view of the legislative objectives, the Board and Trustees’ duties and the need for public confidence in the public education system, it was reasonable for the Board to apply the Reconsideration Provision to the Applicant’s Code of Conduct matter and to consider whether it might have got it wrong the first time.

[57] The Applicant’s submission, that the Board could apply the Reconsideration Provision to a finding of a breach but not a finding of no breach of the Code of Conduct has no basis in the statutory language of s. 218.3 or the Reconsideration Provision.

[58] Moreover, the Applicant’s submission that once a motion fails to obtain the requisite two-thirds majority to find a Code of Conduct breach, it can only be challenged by an application for judicial review, is impractical and cumbersome. Such a process would make it more difficult to ensure compliance with the Code of Conduct and would be contrary to the objectives of the legislation.

[59] Further, I would note that if the *Education Act* provided, as the Applicant suggests, a complete procedural code for Code of Conduct matters, the Board would not have had the authority to require a two-thirds majority to find a breach of the Code of Conduct under the By-law. The requirement of a two-thirds majority is also an aspect of the Board’s ability to govern its own processes. Had a simple majority been sufficient, the First Decision would have resulted in a determination that the Applicant breached the Code of Conduct.

[60] Accordingly, the Board’s application of the Reconsideration Provision to reconsider the First Decision was reasonable in view of the text, context and purpose of s. 218.3 of the *Education Act* and was not an exercise in reverse-engineering to obtain the desired result.

Was the Reconsideration Decision Reasonable in Light of the Doctrines of Res Judicata, Issue Estoppel, Abuse of Process and Functus Officio?

[61] The Applicant further submits that it was improper and contrary to the principles of *res judicata*, issue estoppel, abuse of process, *functus officio* and double jeopardy for the Board to reconsider the First Decision, which was, in his words, an “acquittal.”

[62] The Respondent submits that the principles of *res judicata*, issue estoppel, abuse of process, *functus officio* and double jeopardy have no application because the Board had authority to reconsider the First Decision. The Respondent further submits that even if those principles applied, the Board’s decision to reconsider was a reasonable exercise of its discretion.

Res Judicata and Issue Estoppel

[63] In my view, the Board’s conclusion that it was not precluded from reconsidering the First Decision by the principles of *res judicata* or issue estoppel was reasonable. As discussed above, the Reconsideration Provision authorizes the Board to reconsider its decisions, including in relation to Code of Conduct matters. Where such reconsideration is authorized, “[t]here is no finality to a tribunal’s decision for the purpose of issue estoppel”: D.J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 5th Ed., Ch. 2.6.

[64] Moreover, the Board’s decision not to apply the doctrine of issue estoppel is an exercise of discretion to achieve fairness in the circumstances: *Fresco v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2022 ONCA 115, 293 O.A.C. 248 at para. 81. As a result, the Board’s decision not to apply the doctrine or *res judicata* is entitled to deference.

Abuse of Process

[65] The Applicant submits that it was an abuse of process for the Board to reconsider the First Decision and that the Board was “corrupted by political influences” to substitute its initial decision with a finding that he breached the Code of Conduct.

[66] Like the issue of *res judicata*, given that the Reconsideration Provision authorized the Board to reconsider the First Decision, its finding that reconsideration was not an abuse of process was reasonable. Contrary to the Applicant’s submission, it was not improper for the Board to reconsider.

[67] Moreover, in my view, the nature of the decision-maker and process are relevant to this issue. Given the nature of the Board as a body of democratically elected Trustees responsible to their constituencies, teachers, students and staff, the Board is different from a court or an adjudicative tribunal. When the Board considers a Code of Conduct matter, it is acting in a more adjudicative role than it does when ordinarily considering matters of policy. However, pursuant to s. 218.3, such a decision is nonetheless made at a public meeting by resolution of the Board and not at an adversarial hearing with processes akin to courts or adjudicative tribunals. As a result, it is not unreasonable for the Board to be responsive to the community as opposed to entirely insulated from it.

[68] The evidence is that there was a public outcry in response to the First Decision. As a responsive body, the Board called a special meeting to address the issue. At that meeting, over the course of eight hours, numerous delegations including former students spoke to the impact of the First Decision on them. The Applicant’s counsel made both written and oral submissions. The Board took all of those submissions into consideration when it deliberated on the motion to reconsider the First Decision. The Board did not simply bend to public pressure and reverse the First Decision upon receiving a negative response.

[69] As a result, the Board's decision that it was not an abuse of process to reconsider the First Decision was a reasonable one.

Functus Officio

[70] The general common law rule is that a decision-maker is *functus officio* when they make a final decision in respect of the matter before it": *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, at p. 861. In *Chandler*, the Supreme Court held that:

As a general rule, once a tribunal has reached a final decision in respect to the matter that is before it in accordance with its enabling statute, that decision cannot be revisited because the tribunal has changed its mind, made an error within jurisdiction or because there has been a change of circumstances. It can only do so if authorized by statute or if there has been a slip or error within [certain] exceptions...."

[71] The Supreme Court went on to say that the principle should not operate strictly in the administrative law context "where there are indications in the enabling statute that a decision can be reopened in order to enable the tribunal to discharge the function committed to it by enabling legislation": *Chandler*, at p. 862. See also: *Canadian Union of Public Employees, Air Canada Component v. Air Canada*, 2014 ONSC 2552, at para. 6.

[72] Where the administrative decision-maker has authority to reconsider, it would not be *functus officio*: *Stanley v. Office of the Independent Police Review Director*, 2020 ONCA 252, at paras. 62, 67-68. In that case, the Court of Appeal found that the express statutory authority to reconsider unsubstantiated complaints implied that there was no authority to reconsider substantiated complaints.

[73] Moreover, in *Gratton-Masuy Environmental Technologies Inc. v. Building Materials Evaluation Commission* (2002), O.R. (3d) 245 (Div. Ct.) at paras. 26-27, this court found that the Building Materials Evaluation Commission had an implied legislative authority to reconsider decisions where public health and safety issues warranted. In doing so, the court cited the following paragraph from David Mullan:

[T]he prohibition on reconsiderations or rehearings was in the past explained as *functus officio*, *res judicata*, or estoppel by record. However, the rule applicable to administrative authorities is much more flexible than the doctrine of *functus officio* in regular court proceedings. Rather, it is more a general operating principle or rebuttable presumption. Finality in administrative proceedings is in general desirable but that may have to give way to other indicators either in statutory language, the nature of the process, or derived from the considerations of justice.

[74] In this case, the doctrine of *functus officio* did not apply to preclude reconsideration because the Reconsideration Provision provided the Board with the authority to reconsider. Based on the analysis above regarding the Reconsideration Provision, s. 218.3 and the duties of the Board under

the *Education Act*, it was reasonable for the Board to find that it was not prohibited by the doctrine of *functus officio* from reconsidering the First Decision.

[75] Accordingly, for all the foregoing reasons, the Reconsideration Decision was reasonable.

Were the Decisions Reasonable?

The Parties' Positions

[76] The Applicant's main argument regarding the Merits, Sanctions and Confirmation Decisions is that they are "illegal" because the Board had no authority to reconsider the First Decision. The Applicant further submits that the Decisions "run afoul of *Charter* values, including the values underlying ss. 2(a), 2(b), 7, 11(a), 11(d), 11(h), 12 and 26 of the *Charter*."² The Applicant submits that the Board contravened the *Charter* by, among other things, punishing him for exercising his freedom of conscience, religion, thought, belief, opinion and expression and by imposing a mandatory penalty to "re-educate him to conform to politically correct speech that will not offend the sensitivities of those in opposition to Catholic teachings."

[77] The Applicant takes the position that his comments constituted "rhetorical hyperbole" which does not violate the Code of Conduct. The Applicant relies on American case law to argue that such statements are constitutionally protected. The Applicant further submits that the purpose for which he used the statements was to fulfil his obligation as a Catholic Trustee to uphold and defend the s. 93 constitutional rights of his constituents.

[78] The Respondent's position is that the Merits, Sanctions and Confirmation Decisions were reasonable in that pursuant to the applicable *Doré/Loyola*³ analysis, they reflect an appropriate balancing between the statutory objectives of the Board under the *Education Act* and the *Charter* values at play.

Findings

[79] In *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, the Supreme Court of Canada clarified the approach to be used when administrative decision-maker applies *Charter* values in the exercise of statutory discretion. The decision-maker must balance the *Charter* values with the statutory objectives, first by identifying the statutory objectives and then asking how the *Charter* values at stake will best be protected in view of the statutory objectives. The question for this court on judicial review is whether, when assessing the impact of the relevant *Charter* protection and given the nature of the decision and the statutory and factual contexts, the decision reflects a proportionate balance of the *Charter* protections at play. If the decision-maker has properly balanced the relevant *Charter* value with the statutory objectives, the decision will be found to be reasonable.

² For the reasons given above, the Code of Conduct proceeding was not a criminal proceeding and ss. 7, 11(a), 11(d), 11(g) and 12 have no application.

³ *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12.

[80] In my view, the Applicant, who did not address the applicable analysis under *Doré/Loyola*, has failed to demonstrate that the Board did not properly balance the *Charter* values at issue with its statutory objectives.

[81] As noted above, the Board has a statutory obligation to promote student well-being and a positive and inclusive school climate. The Board also has an obligation to enforce a minimum standard of conduct expected of its Trustees. All Trustees have an obligation to comply with the Code of Conduct and to assist the Board in fulfilling its duties. Sanctioning the Applicant for making disrespectful comments was not contrary to the *Education Act*, but consistent with the *Act's* statutory objectives.

[82] Before making the Decisions, the Board had ample opportunity to consider the findings of the investigation report, the submissions from delegations who attended the meeting, and the Applicant's lengthy written submissions as well as his counsel's oral submissions. The Applicant's submissions detailed his rationale for proposing the amendment and the legal arguments against reconsidering the First Decision. Those submissions included the *Charter* grounds upon which the Applicant relies. The Board was thus alert to the need to balance the statutory objectives, including its own obligations, against the Applicant's Charter-protected interests.

[83] The investigation report was also alert to the *Charter* values at stake. The investigator accepted the Applicant's submission that he was using rhetorical hyperbole to advance an argument. She found, however, that the Applicant's inflammatory language crossed the line because it was disrespectful, not inclusive and lacking in compassion. The investigator specifically noted that the Applicant made his remarks knowing that members of the LGBTQ+ community were present at the meeting and that others who were not present would be able to access his remarks. In that context, the investigator found that by his remarks, the Applicant suggested that including criminal activity such as cannibalism and rape in the TCDSB Code of Conduct was somehow similar to including the Additional Grounds. In choosing the words that he did, the Applicant created an unwelcoming and harmful environment for certain members of the Catholic school board community. The investigator found that there was ample room for the Applicant to hold and act on his religious beliefs without using language that was distressing and demeaning to others, including students and the community he was entrusted with serving.

[84] The Applicant submits that he made the comments in order to fulfil his fiduciary duty as a Trustee of the TCDSB to ensure that the constitutionally protected denominational rights of Catholic electors are not infringed. However, the Applicant's submissions disregard that the Decisions do not sanction him for holding certain religious beliefs or for debating the issue of extending the protected grounds under the TCDSB Code of Conduct. Rather, the Applicant was sanctioned for using extreme and derogatory rhetoric that fell below the standard of conduct required of a Trustee. In his factum, the Applicant characterizes the grounds that he proposed as "rare, deviant, illegal, immoral, repulsive, unusual behaviours[.]" The Applicant's remarks did not reflect any sincerely held religious beliefs, as demonstrated by his own admission that he was using a rhetorical device, absurdity to try to demonstrate, in his view, absurdity. The Decisions thus did not interfere with the Applicant's ability to hold or manifest a religious belief or to act in accordance with, practice or believe in a more than trivial manner. *See: Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 SCR 386.

[85] The Merits Decision reflects an appropriate balance between the statutory objectives and the *Charter* values at stake. The Applicant made his comments in his capacity as a Trustee, in a public meeting that included at least one delegate from the LGBTQ+ community who expressed vulnerability and alienation in the Catholic school system. The Applicant had a duty to “represent all the citizens in the Catholic community” in Toronto and to create a “positive environment that is safe, harmonious, comfortable, inclusive and respectful.” The Board’s determination that the Applicant breached the Code of Conduct by engaging in extreme, disrespectful and demeaning language was reasonable.

[86] Moreover, the Trustees who voted in favour of the Decisions are also Catholic trustees who are well-acquainted with their obligations, including to ensure that the mission of Catholic education is fulfilled. The Board is presumed to have expertise as to its processes and standards of behaviour: *Dupont v. Port Coquitlam (City)*, 2021 BCSC 728, at para. 42 (regarding a city council). The Decisions are entitled to deference.

[87] I further note that the Applicant’s reliance on the concurring reasons of Kerans J.A. in *Achtem v. Law Society of Alberta*, 1981 ABCA 145, is misplaced. In that case, a majority of the Alberta Court of Appeal held that a provision authorizing the disbarment of a lawyer convicted of an offence, after a previous discipline proceeding, did not run afoul of the principle of double jeopardy.

[88] In respect of the Sanctions Decision in particular, this court has held that to overturn a penalty imposed by a regulatory tribunal, “it must be shown that the tribunal made an error in principle or that the penalty was clearly unfit, which is to say that it manifestly is deficient or excessive and is a substantial and marked departure from penalties in similar cases.” *Khan v. Law Society of Ontario*, 2022 ONSC 1951, at para. 77.

[89] In a pre-Doré case, *Kempling v. College of Teachers (British Columbia)*, 2005 BCCA 327, 255 DLR (4th) 169, the British Columbia Court of Appeal upheld the suspension of a teacher who, while off-duty, published a newspaper article and several letters to the editor associating homosexuality with “immorality, abnormality, perversion and promiscuity[.]” The Court of Appeal, conducting a s. 1 analysis, found that the suspension infringed on the teacher’s *Charter* rights but that the “deleterious effects of the infringement are, nonetheless, relatively limited when compared to the salutary effects, namely, restoring the integrity of the school system and removing any obstacles preventing access for students to a tolerant school environment”: *Kempling.*, at para. 82.

[90] In my view, the Applicant has not met the high burden of establishing that the sanctions determined by the Board were manifestly excessive. The majority of the sanctions are provided for in s. 218.3(3) of the *Education Act*. The remainder are authorized by Article 10 of the Code of Conduct, which provides for a progressive approach to sanctions including “personal contact, clarification, redirection, request for an apology, reprimand, censure and or other sanctions as per board motion[.]”

[91] The Merits Decision, Sanctions Decision and Confirmation Decision reflect an appropriate balancing of the statutory objectives under the *Education Act* and the *Charter* values at issue. Accordingly, the Decisions are reasonable.

Was the Applicant Denied Procedural Fairness?

[92] The Applicant submits that he was denied procedural fairness because the Board did not accept or consider the December 14, 2020 Reply delivered by his counsel before making the Confirmation Decision. The Applicant submits that pursuant to s. 218.3(6)(c) of the *Education Act* and Article 2.10.6.3 of the By-Law, the Board was required to consider the Reply.

[93] Section 218.3(6)(c) of the *Education Act* states that “the board shall consider any submissions made by the member in accordance with clause (b) and shall confirm or revoke the determination within 14 days after the submissions are received.” Under s. 218.3(6)(b), the notice must “inform the member that he or she may make written submissions to the board in respect of the determination or sanction by a date specified in the notice...[.]” As a result, the Board was only required to consider written submissions submitted by the date specified in the notice. It was not required to consider submissions made after that date.

[94] In addition, Article 2.10.6.3 of the By-law requires that, if the Board determines that a member has breached the Code of Conduct, the Board consider “any submissions made by the member in accordance with Article 2.10.6.2...” That provision allows the member to make written submissions within a period of at least 14 days after they receive notice.

[95] Neither the *Act* nor the By-law provide for reply submissions. In addition, the timelines under s. 218.3(6) do not contemplate an extended exchange of material. The Board was required under s. 218.3(6)(c) to confirm or revoke the determination within 14 days after it received the Applicant’s written submission on December 3, 2020.

[96] At the December 16, 2020 meeting of the Board, the Applicant did not object to his Code of Conduct matter proceeding. In fact, he voted to approve the agenda for the meeting and did not object to the motion regarding the Code of Conduct matter being put forward, even though he knew that the Reply was not before the Trustees. Had the Applicant believed that he would be prejudiced by the Board’s inability to consider his Reply, he could have objected to the matter proceeding or brought a motion to postpone the matter to a future meeting. That he did not do so indicates that he was content for the motion to proceed.

[97] In any event, the Applicant raised no new substantive points in the Reply. The Reply repeated arguments made in his earlier written submissions, including *res judicata*, double jeopardy, abuse of process, the application of the *Charter* to school boards, and the lack of statutory authority to reconsider the First Decision. The Reply quoted excerpts from *Vavilov* to support an argument that a correctness standard of review would apply to the issue of whether the decision was *res judicata*. The applicable standard of review was unlikely to have an impact on the Board’s consideration of the motion.

[98] The Applicant was given a full opportunity to present his arguments to the Board. He was represented by counsel and filed a 440-page affidavit and 30-page legal submission. The Board’s failure to consider his Reply did not result in a denial of procedural fairness to him.

Conclusion

[99] Accordingly, the application for judicial review is dismissed.

[100] Given the outcome, I need not address the Applicant's request for full indemnity costs. As the successful party, the Respondent would normally be entitled to costs. However, no cost outlines were uploaded to CaseLines or forwarded to the panel despite the parties having been given ten days after the hearing to do so. As a result, there will be no costs of the application.

“Nishikawa J.”

I agree: “R. Smith J.”

I agree: “Stewart J.”

Released: January 13, 2023

CITATION: Del Grande v. Toronto Catholic District School Board, 2022 ONSC 349
DIVISIONAL COURT FILE NO.: 139/21
DATE: 20221213

ONTARIO

**SUPERIOR COURT OF JUSTICE
DIVISIONAL COURT**

Smith, Stewart and Nishikawa JJ.

B E T W E E N:

Michael Del Grande

Applicant

- and -

Toronto Catholic District School Board

Respondent

REASONS FOR DECISION

Nishikawa J.

Released: January 13, 2022

TAB 3

Joseph Peter Paul Groia *Appellant*

v.

Law Society of Upper Canada *Respondent*

and

Director of Public Prosecutions, Attorney General of Ontario, Attorney General of Saskatchewan, Law Society Tribunal, Advocates' Society, Barreau du Québec, Canadian Civil Liberties Association, British Columbia Civil Liberties Association, Independent Criminal Defence Advocacy Society, Federation of Law Societies of Canada, Ontario Crown Attorneys' Association, Ontario Trial Lawyers Association, Canadian Bar Association and Criminal Lawyers' Association of Ontario *Interveners*

INDEXED AS: GROIA v. LAW SOCIETY OF UPPER CANADA

2018 SCC 27

File No.: 37112.

2017: November 6; 2018: June 1.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Law of professions — Discipline — Barristers and solicitors — In-court incivility — Law Society bringing disciplinary proceedings against lawyer based on uncivil behaviour during trial — Lawyer found guilty of professional misconduct by disciplinary tribunal — Approach for assessing whether in-court incivility amounts to professional misconduct — Whether decision reasonable.

Administrative law — Appeals — Standard of review — Law Society disciplinary tribunal — Standard of review

Joseph Peter Paul Groia *Appellant*

c.

Barreau du Haut-Canada *Intimé*

et

Directrice des poursuites pénales, procureur général de l'Ontario, procureur général de la Saskatchewan, Tribunal du Barreau, Société des plaideurs, Barreau du Québec, Association canadienne des libertés civiles, British Columbia Civil Liberties Association, Independent Criminal Defence Advocacy Society, Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, Association des procureurs de la Couronne de l'Ontario, Ontario Trial Lawyers Association, Association du Barreau canadien et Criminal Lawyers' Association of Ontario *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : GROIA c. BARREAU DU HAUT-CANADA

2018 CSC 27

N° du greffe : 37112.

2017 : 6 novembre; 2018 : 1^{er} juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit des professions — Discipline — Avocats et procureurs — Incivilité en salle d'audience — Procédures disciplinaires intentées par le Barreau contre un avocat en raison d'un comportement irrespectueux pendant un procès — Avocat reconnu coupable de manquement professionnel par un tribunal disciplinaire — Méthode pour évaluer si une incivilité en salle d'audience équivaut à un manquement professionnel — La décision était-elle raisonnable?

Droit administratif — Appels — Norme de contrôle — Tribunal disciplinaire du Barreau — Norme de contrôle

applicable to Law Society's decision finding lawyer guilty of professional misconduct for in-court incivility.

G, a lawyer, was hired by F to defend him against charges of insider trading and authorizing misleading news releases brought against him by the Ontario Securities Commission (“OSC”). F’s trial was characterized by a pattern of escalating acrimony and by a series of disputes between G and the OSC prosecutors, which included personal attacks, sarcastic outbursts and allegations of professional impropriety made by G. In particular, the OSC prosecutors and G disagreed over the scope of the OSC’s disclosure obligations and the format of such disclosure, as well as over the admissibility of documents. Much of the disagreement stemmed from G’s honest but mistaken understanding of the law of evidence and the role of the prosecutor. During the trial, despite the frequency and fervor of the dispute, the trial judge initially adopted a hands-off approach, but he finally directed G to stop repeating his misconduct allegations. G largely followed the trial judge’s directions. Evidentiary disputes were eventually resolved and the trial was completed, with F being acquitted on all charges.

After F’s trial, the Law Society brought disciplinary proceedings against G on its own motion, alleging professional misconduct based on his uncivil behaviour during the trial. A three-member panel of the Law Society Hearing Panel found G guilty of professional misconduct, suspended his licence to practice law for two months and ordered him to pay nearly \$247,000 in costs. On appeal by G, the Law Society Appeal Panel also concluded that G was guilty of professional misconduct, but it reduced G’s suspension to one month and decreased the costs award against him to \$200,000. In its decision, the Appeal Panel developed a multi-factorial, context-specific approach for assessing whether in-court incivility amounts to professional misconduct. The Divisional Court upheld the Appeal Panel’s decision as reasonable. A majority of the Court of Appeal dismissed G’s further appeal.

Held (Karakatsanis, Gascon and Rowe JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Wagner and Brown JJ.: The Appeal Panel’s decision should be reviewed for reasonableness. This Court’s decisions

applicable to la décision du Barreau déclarant un avocat coupable de manquement professionnel pour incivilité en salle d’audience.

G, un avocat, a été engagé par F pour assurer sa défense contre des accusations portées par la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario (« CVMO ») selon lesquelles il avait procédé à des opérations d’initié et autorisé la publication de communiqués trompeurs. Le procès de F a été marqué par une animosité croissante et une série de conflits entre G et les avocats de la CVMO, notamment des attaques personnelles, des emportements sarcastiques et des allégations d’inconduite professionnelle formulées par G. Plus particulièrement, G et les avocats de la CVMO ne s’entendaient pas sur l’étendue des obligations en matière de communication de cette dernière, sur le format des documents dont la communication était demandée, ainsi que sur l’admissibilité de documents. La mésentente découlait surtout du fait que G, bien qu’en toute honnêteté, avait mal interprété le droit de la preuve et le rôle du poursuivant. Pendant le procès, malgré la fréquence et l’intensité des conflits, le juge du procès a initialement décidé de ne pas intervenir. Il a toutefois finalement ordonné à G de cesser de répéter ses allégations d’inconduite. G a essentiellement obtempéré. Les conflits en matière de preuve ont finalement été réglés et le procès s’est terminé par l’acquittement de F relativement à toutes les accusations.

Après le procès de F, le Barreau a intenté de son propre chef des procédures disciplinaires contre G, alléguant un manquement professionnel sur le fondement de son comportement irrespectueux pendant le procès. Un comité d’audition formé de trois membres du Barreau a trouvé G coupable de manquement professionnel, a suspendu son permis de pratique pour une période de deux mois et lui a enjoint de payer près de 247 000 \$ en dépens. Lors de l’appel interjeté par G, le comité d’appel du Barreau l’a aussi déclaré coupable de manquement professionnel, mais il a réduit la suspension de son droit de pratique à un mois et le montant des dépens auxquels il a été condamné à 200 000 \$. Dans sa décision, le comité d’appel a élaboré une méthode multifactorielle et axée sur le contexte pour évaluer si une incivilité en cour équivaut à un manquement professionnel. La Cour divisionnaire a confirmé la décision du comité d’appel au motif qu’elle était raisonnable. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont rejeté l’appel subséquent de G.

Arrêt (les juges Karakatsanis, Gascon et Rowe sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Wagner et Brown : La norme de contrôle applicable à la décision du comité d’appel est celle de la

establish that a reasonableness standard applies to law society misconduct findings and sanctions. Moreover, post-*Dunsmuir* jurisprudence has firmly entrenched the notion that decisions of specialized administrative bodies interpreting their own statute or statutes closely connected to their function are entitled to deference from courts, and are thus presumptively reviewed for reasonableness. That presumption applies here: the Appeal Panel's approach to determining when incivility amounts to professional misconduct and its application of that approach in assessing a lawyer's conduct involve an interpretation of the *Rules of Professional Conduct* enacted under its home statute and the discretionary application of general principles to the facts before it.

The presumption of deference is not rebutted. Determining when in-court behaviour amounts to professional misconduct does not fall under the category of questions of central importance to the legal system as a whole and outside the decision-maker's expertise, for which correctness review would be appropriate. Although the permissible scope of lawyers' behaviour is arguably of central importance to the legal system as a whole, it cannot be said that assessing whether incivility amounts to professional misconduct is outside the Law Society's expertise. To the contrary, law society disciplinary tribunals have significant expertise regulating the legal profession, and Law Society disciplinary panels are composed, in part, of other lawyers, who are aware of the problems and frustrations that confront a practitioner. Furthermore, a deferential standard of review does not threaten a trial judge's power to control his or her courtroom. A trial judge is free to control the conduct in his or her courtroom irrespective of the degree of deference accorded to a law society's disciplinary decision by a different court. The fact that the behaviour occurs in a courtroom is an important contextual factor that must be taken into account when evaluating whether that behaviour amounted to professional misconduct; but it does not impact on the standard of review.

The multi-factorial, context-specific approach developed by the Appeal Panel for assessing whether a lawyer's in-court behaviour crosses the line into professional misconduct on the basis of incivility is appropriate. First,

décision raisonnable. Dans ses décisions, la Cour a établi que la norme applicable aux conclusions de manquement professionnel tirées par un ordre professionnel ainsi qu'aux sanctions imposées à cet égard est celle de la décision raisonnable. En outre, dans la jurisprudence de la Cour qui a suivi l'arrêt *Dunsmuir*, il a été fermement établi que la décision d'un organisme administratif spécialisé qui interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat commande la déférence des cours de justice et que la norme de contrôle applicable à ces décisions est présumée être celle de la décision raisonnable. Cette présomption s'applique en l'espèce : la méthode adoptée par le comité d'appel pour déterminer à quel moment une incivilité équivaut à un manquement professionnel et son application de cette méthode pour évaluer la conduite d'un avocat requiert l'interprétation du *Code de déontologie* édicté sous le régime de sa loi constitutive ainsi que l'application, à la discrétion du comité, de principes généraux aux faits qui lui ont été soumis.

La présomption de déférence n'a pas été réfutée. La question de déterminer à quel moment un comportement en cour équivaut à un manquement professionnel ne relève pas de la catégorie de questions d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangères au domaine d'expertise du décideur, pour lesquelles il conviendrait d'appliquer la norme de la décision correcte. Bien que l'on puisse soutenir que les comportements admissibles des avocats en cour revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, on ne saurait affirmer qu'évaluer si une incivilité équivaut à un manquement professionnel est une question étrangère au domaine d'expertise du Barreau. Au contraire, les tribunaux disciplinaires des barreaux ont l'expertise voulue pour réglementer la profession juridique, et leurs comités de discipline des barreaux sont formés, en partie, d'autres avocats qui sont conscients des problèmes et des frustrations auxquels les juristes sont confrontés. De plus, la norme de contrôle qui commande la déférence ne menace pas le pouvoir du juge du procès de contrôler le déroulement de l'instance dans sa salle d'audience. Celui-ci est libre de le faire sans égard au degré de déférence qu'une autre cour accordera à la décision disciplinaire d'un barreau. Le fait que le comportement a eu lieu dans une salle d'audience est un facteur contextuel important qui doit être pris en considération lorsqu'on évalue si ce comportement équivaut à un manquement professionnel; il n'a toutefois aucune incidence sur la norme de contrôle applicable.

La méthode multifactorielle et axée sur le contexte élaborée par le comité d'appel pour analyser si le comportement d'un avocat en salle d'audience franchit la ligne du manquement professionnel pour incivilité est appropriée.

the Appeal Panel recognized the importance of civility to the legal profession and the corresponding need to target behaviour that detrimentally affects the administration of justice and the fairness of a particular proceeding. At the same time, it remained sensitive to the lawyer's duty of resolute advocacy — a duty of particular importance in the criminal context because of the client's constitutional right to make full answer and defence. The Appeal Panel recognized the need to develop an approach that would avoid a chilling effect on the kind of fearless advocacy that is at times necessary to advance a client's cause.

Second, the Appeal Panel developed an approach that is both flexible and precise. A rigid definition of when incivility amounts to professional misconduct in the courtroom is neither attainable nor desirable; rather, determining whether a lawyer's behaviour warrants a finding of professional misconduct must remain a context-specific inquiry that is flexible enough to assess behaviour arising from the diverse array of situations in which lawyers find themselves. Yet, standards of civility must be articulated with a reasonable degree of precision. The Appeal Panel's approach strikes a reasonable balance between flexibility and precision: it sets a reasonably precise benchmark that instructs lawyers as to the permissible bounds of ethical courtroom behaviour, by articulating a series of contextual factors — what the lawyer said, the manner and frequency in which it was said, and the presiding judge's reaction to the lawyer's behaviour — that ought generally to be considered when evaluating a lawyer's conduct, and by describing how those factors operate when assessing a lawyer's behaviour.

With respect to what the lawyer said, while not a standalone "test", the Appeal Panel determined that prosecutorial misconduct allegations, or other challenges to opposing counsel's integrity, cross the line into professional misconduct unless they are made in good faith and have a reasonable basis. Requiring a reasonable basis for allegations protects against unsupportable attacks that tarnish opposing counsel's reputation without chilling resolute advocacy. However, the reasonable basis requirement is not an exacting standard. It is not professional misconduct on account of incivility to challenge opposing counsel's integrity based on a sincerely held but incorrect legal position so long as the challenge has a sufficient factual foundation, such that if the legal position were correct, the challenge would be warranted. Nor is it professional

D'abord, le comité d'appel a reconnu l'importance de la civilité dans l'exercice de la profession juridique et le besoin correspondant de cibler les comportements qui nuisent à l'administration de la justice et à l'équité des procès, tout en demeurant attentif à l'obligation de l'avocat de représenter son client avec vigueur — une obligation particulièrement importante en contexte criminel en raison du droit constitutionnel du client de présenter une défense pleine et entière. Le comité d'appel a reconnu la nécessité d'élaborer une méthode qui éviterait de décourager l'avocat de défendre son client avec la fermeté qui est parfois nécessaire pour faire progresser sa cause.

Ensuite, le comité d'appel a élaboré une méthode qui est à la fois souple et précise. Il n'est pratiquement pas possible ni même souhaitable de définir strictement à quel moment une incivilité dans la salle d'audience équivaut à un manquement professionnel; la méthode pour déterminer si le comportement de l'avocat justifie une conclusion de manquement professionnel doit plutôt demeurer axée sur le contexte et être suffisamment souple pour évaluer le comportement qui découle de l'éventail de situations dans lesquelles les avocats peuvent se trouver. Les normes de civilité doivent néanmoins être formulées avec suffisamment de précision. La méthode élaborée par le comité d'appel établit un équilibre raisonnable entre la souplesse et la précision : elle fixe un point de repère raisonnablement précis qui indique aux avocats les limites permises du comportement éthique en salle d'audience, en énonçant une série de facteurs contextuels — les remarques que l'avocat a formulées, la manière dont elles ont été formulées et la fréquence à laquelle elles l'ont été, ainsi que la réaction du juge présidant l'audience face au comportement de l'avocat — qui doivent généralement être examinés pour évaluer la conduite de l'avocat, et en décrivant comment ces facteurs s'appliquent lorsqu'il s'agit de procéder à cette évaluation.

Pour ce qui est des remarques formulées par l'avocat, bien qu'elles ne suffisent pas à elles seules à juger de l'existence d'un manquement professionnel, le comité d'appel a déterminé que les allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite, ou toute autre contestation de l'intégrité de l'avocat de la partie adverse, franchissent la ligne du manquement professionnel, sauf si elles sont formulées de bonne foi et raisonnablement fondées. Le fait d'exiger un fondement raisonnable relativement aux allégations assure une protection contre les attaques insoutenables qui ternissent la réputation de l'avocat de la partie adverse, sans freiner la détermination des avocats de représenter leurs clients avec vigueur. Or, la norme relative au fondement raisonnable n'est pas un critère exigeant. Contester l'intégrité de l'avocat de la

misconduct to advance a novel legal argument that is ultimately rejected by the court. The good faith inquiry asks what the lawyer actually believed when making the allegations. In contrast, the “reasonable basis” inquiry requires a law society to look beyond what the lawyer believed, and examine the foundation underpinning the allegations. Looking at the reasonableness of a lawyer’s legal position at this stage would, in effect, impose a mandatory minimum standard of legal competence in the incivility context — this would allow a law society to find a lawyer guilty of professional misconduct on the basis of incivility for something the lawyer, in the law society’s opinion, ought to have known or ought to have done. This would risk unjustifiably tarnishing a lawyer’s reputation and chilling resolute advocacy.

With respect to the frequency of what was said and the manner in which it was said, the Appeal Panel noted that, as a general rule, repetitive personal attacks and those made using demeaning, sarcastic, or otherwise inappropriate language are more likely to warrant disciplinary action. As for the presiding judge’s reaction to the lawyer’s behaviour, when the impugned behaviour occurs in a courtroom, what, if anything, the judge does about it and how the lawyer modifies his or her behaviour thereafter becomes relevant.

Finally, the Appeal Panel’s approach also allows law society disciplinary tribunals to proportionately balance the lawyer’s expressive freedom with its statutory mandate in any given case. The flexibility built into the Appeal Panel’s context-specific approach to assessing a lawyer’s behaviour allows for a proportionate balancing in any given case. Considering the unique circumstances in each case enables law society disciplinary tribunals to accurately gauge the value of the impugned speech. This, in turn, allows for a decision, both with respect to a finding of professional misconduct and any penalty imposed, that reflects a proportionate balancing of the lawyer’s expressive rights and the Law Society’s statutory mandate.

partie adverse sur le fondement d’une opinion juridique sincère, bien qu’erronée, ne constitue pas un manquement professionnel pour incivilité, pour autant que cette contestation repose sur un fondement factuel suffisant, de telle sorte que si l’opinion juridique avait été correcte, la contestation aurait été justifiée. Il ne s’agit pas non plus d’un manquement professionnel que d’invoquer un argument juridique novateur qui est ultimement rejeté par le tribunal. L’examen de la bonne foi suppose de se demander ce que l’avocat croyait réellement lorsqu’il a énoncé les allégations. En revanche, l’examen du « fondement raisonnable » exige que les barreaux regardent au-delà du point de vue de l’avocat et qu’ils examinent le fondement des allégations. Se pencher sur le caractère raisonnable de la position juridique d’un avocat à cette étape-ci imposerait, dans les faits, une norme obligatoire minimale de compétence juridique dans le contexte de l’incivilité, ce qui permettrait à un barreau de déclarer un avocat coupable de manquement professionnel pour incivilité pour quelque chose que cet avocat, selon le barreau, aurait dû savoir ou aurait dû faire. Cela risquerait de ternir indûment la réputation de l’avocat et de freiner sa détermination de représenter son client avec vigueur.

Pour ce qui est de la fréquence à laquelle les propos ont été formulés et la manière dont ils l’ont été, le comité d’appel a souligné que, en règle générale, l’avocat qui multiplie les attaques personnelles et qui tient des propos dégradants, sarcastiques ou autrement déplacés risque davantage de faire l’objet de mesures disciplinaires. En ce qui concerne la réaction du juge présidant le procès face au comportement de l’avocat, lorsque le comportement reproché est adopté dans une salle d’audience, les interventions du juge à cet égard, le cas échéant, et la façon dont l’avocat modifie son comportement par la suite sont pertinentes.

Enfin, la méthode appliquée par le comité d’appel permet aussi aux tribunaux disciplinaires des barreaux de faire une mise en balance proportionnée de la liberté d’expression de l’avocat, d’une part, et du mandat que lui confie la loi, d’autre part. La souplesse de la méthode axée sur le contexte retenue par le comité d’appel pour évaluer le comportement d’un avocat ouvre la voie dans tous les cas à une mise en balance proportionnée. Le fait de tenir compte des circonstances particulières propres à chaque cas permet aux tribunaux disciplinaires des barreaux de soupeser avec justesse la valeur des propos attaqués. Ils peuvent en conséquence rendre une décision — en ce qui concerne une conclusion de manquement professionnel, mais aussi toute pénalité susceptible d’être infligée — qui résulte d’une mise en balance proportionnée du droit à la liberté d’expression de l’avocat et du mandat législatif du Barreau.

Although the approach that it set out was appropriate, the Appeal Panel's finding of professional misconduct against G on the basis of incivility was unreasonable. First, even though the Appeal Panel accepted that G's allegations of prosecutorial misconduct were made in good faith, it used his honest but erroneous legal beliefs as to the disclosure and admissibility of documents to conclude that his allegations lacked a reasonable basis. The Appeal Panel acknowledged that submissions made on the basis of a sincerely held but erroneous legal belief cannot ground a finding of professional misconduct, and accepted that in making his allegations of impropriety against the OSC prosecutors, G was not deliberately misrepresenting the law and was not ill-motivated. Despite this, the Appeal Panel used G's legal errors to conclude that he had no reasonable basis for his repeated allegations of prosecutorial impropriety. Such a finding was not reasonably open to the Appeal Panel. Allegations of prosecutorial misconduct based on a sincerely held but mistaken legal belief will be reasonably based as long as they have a sufficient factual foundation. The question for incivility purposes is not whether G was right or wrong on the law; rather, the question is whether, based on his understanding of the law, his allegations of prosecutorial misconduct, which the Appeal Panel found were made in good faith, had a factual foundation. In this case, they did. G's legal errors, coupled with the OSC prosecutors' conduct, provided the reasonable basis for his allegations. Accordingly, based on the Appeal Panel's own approach, G's allegations were made in good faith and they were reasonably based.

Second, the other contextual factors in this case could not reasonably support a finding of professional misconduct against G on the basis of incivility. The evolving abuse of process law at the time accounts, at least in part, for the frequency of G's allegations; the presiding judge took a passive approach in the face of G's allegations; and G's behaviour changed in response to the directions of the trial judge. The Appeal Panel failed to account for these contextual factors in its analysis. The only conclusion that was reasonably open to the Appeal Panel on the record before it was a finding that G was not guilty of professional misconduct. Because G, in the circumstances of this

Même si la méthode qu'il a énoncée était appropriée, la conclusion de manquement professionnel pour incivilité qu'a rendue le comité d'appel contre G était déraisonnable. Premièrement, bien que le comité d'appel ait accepté que les allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite formulées par G avaient été faites en toute bonne foi, il s'est fondé sur les croyances juridiques sincères, mais erronées, de celui-ci quant à la communication de la preuve et à l'admissibilité des documents pour conclure que ses allégations n'avaient aucun fondement raisonnable. Le comité d'appel a reconnu que des assertions faites sur la base de croyances juridiques sincères, mais erronées, ne sauraient justifier une conclusion de manquement professionnel, et a en outre admis que, en portant ses allégations de conduite répréhensible à l'encontre des procureurs de la CVMO, G ne cherchait pas délibérément à présenter le droit sous un faux jour et n'était pas animé de mauvaises intentions. Pour autant, le comité d'appel s'est servi des erreurs de droit commises par G pour conclure que ses allégations répétées quant à la conduite répréhensible des avocats de la poursuite ne reposaient sur aucun fondement raisonnable. Le comité d'appel ne pouvait raisonnablement tirer une telle conclusion. Les allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite faites sur la base d'une erreur juridique sincère, bien qu'erronée, sont raisonnablement fondées, pour autant qu'elles reposent sur un fondement factuel suffisant. Dès lors, la question de l'incivilité n'est pas celle de savoir si G a eu raison ou tort en droit; elle consiste plutôt à se demander si, en fonction de sa compréhension du droit, ses allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite — qui selon le comité d'appel ont été faites de bonne foi — reposaient sur un fondement factuel. En l'espèce, tel était le cas. Les erreurs de droit de G, associées à la conduite adoptée par les procureurs de la CVMO, ont constitué le fondement raisonnable de ses allégations. En conséquence, sur la base de la méthode adoptée par le comité d'appel, les allégations de G ont été formulées de bonne foi et étaient raisonnablement fondées.

Ensuite, les autres facteurs contextuels en l'espèce ne pouvaient pas non plus raisonnablement étayer la conclusion de manquement professionnel pour incivilité contre G. Le droit en matière d'abus de procédure, en constante évolution au moment des faits en cause, explique, du moins en partie, la fréquence des allégations de G; le juge qui présidait le procès a adopté une approche passive vis-à-vis de ces allégations; et le comportement de G a changé après que le juge du procès a émis des directives. Le comité d'appel n'a pas tenu compte de ces facteurs contextuels dans son analyse. Suivant le dossier dont il était saisi, il ne pouvait raisonnablement que

case, could not reasonably be found guilty of professional misconduct, the complaints against him are dismissed and there is no need to remit the matter to the Law Society.

Per Côté J.: There is agreement with the majority that the Appeal Panel erred in finding that G committed professional misconduct and that there is no need to remit the matter back to the Law Society.

However, there is disagreement as to the applicable standard of review. The Appeal Panel's finding of professional misconduct is reviewable on the correctness standard on the basis that the impugned conduct occurred in a courtroom. Applying the approach set out in *Dunsmuir*, this Court's existing jurisprudence does not dictate the standard of review in this appeal. The context of this case is different in one critical — and dispositive — respect: the impugned conduct occurred before a judge in open court. The fact that the relevant conduct occurred in a court of law implicates constitutional imperatives about the judiciary's independence and its capacity to control its own processes, and rebuts the presumption of reasonableness. Correctness review is required because the Law Society's inquiry into in-court professional misconduct engages the contours of the constitutional relationship between the courts and government regulators. Judicial independence is, without question, a cornerstone of Canadian democracy. It is essential to both the impartiality of the judiciary and the maintenance of the rule of law. An inquiry by a law society into a lawyer's in-court conduct risks intruding on the judge's function of managing the trial process and his authority to sanction improper behaviour. To protect judicial independence, and the authority of judges to manage the proceedings before them in the manner they see fit, the judiciary — not a regulatory body, a creature of the political branches of government — should have the final say over the appropriateness of a lawyer's conduct in that sphere. The reasonableness standard of review, which requires judicial deference to a law society's disciplinary determinations, is inconsistent with this prerogative. Therefore, correctness review is required to ensure proper respect for the judiciary's constitutionally guaranteed place in our democracy.

conclure à l'absence de culpabilité de G pour manquement professionnel. Étant donné que, dans les circonstances de l'espèce, G ne pouvait raisonnablement être trouvé coupable de manquement professionnel, les plaintes formulées contre lui sont rejetées et il n'est pas nécessaire de renvoyer l'affaire au Barreau.

La juge Côté : Il y a accord avec les juges majoritaires sur le fait que le comité d'appel du Barreau a commis une erreur lorsqu'il a déclaré G coupable de manquement professionnel et qu'il n'est pas nécessaire de renvoyer l'affaire au Barreau.

Cependant, il y a désaccord quant à la norme de contrôle applicable. La conclusion de manquement professionnel tirée par le comité d'appel est susceptible de révision en fonction de la norme de la décision correcte, pour le motif que la conduite reprochée a eu lieu dans une salle d'audience. En appliquant l'approche énoncée dans *Dunsmuir*, on constate que la jurisprudence de la Cour ne dicte pas la norme de contrôle devant être utilisée dans le présent pourvoi. Le contexte de la présente affaire diffère des précédents quant à un aspect fondamental et déterminant : la conduite reprochée est survenue devant un juge en audience publique. Ce fait met en cause des impératifs constitutionnels relatifs à l'indépendance de la magistrature et à la capacité de cette dernière à contrôler ses propres procédures, et réfute la présomption d'assujettissement à la norme de la décision raisonnable. La norme de la décision correcte doit être appliquée parce que l'enquête du Barreau relativement au manquement professionnel en salle d'audience met en cause la relation constitutionnelle entre les cours de justice et les organismes de réglementation. L'indépendance judiciaire est, sans aucun doute, une pierre angulaire de la démocratie canadienne. Elle est essentielle à l'impartialité de la magistrature et au maintien de la primauté du droit. Une enquête d'un barreau quant à la conduite d'un avocat en salle d'audience risque d'empiéter sur la fonction de gestion de l'instance qu'exerce le juge et sur son pouvoir de sanctionner les comportements inappropriés. Pour protéger l'indépendance judiciaire ainsi que le pouvoir du juge de gérer l'instance qui se déroule devant lui comme bon lui semble, la magistrature — et non un organisme de réglementation, qui est une création des organes politiques du gouvernement — devrait avoir le dernier mot quant au caractère approprié du comportement de l'avocat adopté dans ce contexte. La norme de contrôle de la décision raisonnable, qui exige que les juges fassent preuve de déférence envers les décisions disciplinaires des barreaux, est contraire à cette prerogative. Par conséquent, il faut appliquer la norme de la décision correcte pour que soit dûment respectée la place garantie à la magistrature par la Constitution dans notre démocratie.

Per Karakatsanis, Gascon and Rowe JJ. (dissenting): There is agreement with the majority that reasonableness is the applicable standard of review. The simple fact that a lawyer's behavior occurs in the courtroom does not deprive the Law Society of its legitimate role in regulating the profession nor does it justify heightened judicial scrutiny. There is also agreement with the majority that, in articulating a standard of professional misconduct, the Appeal Panel reasonably set out a contextual approach which will vary according to the particular factual matrix in which it is applied.

However, the majority's disposition in this appeal is disagreed with. The Appeal Panel's decision was reasonable and there is no basis to interfere. Accordingly, the appeal should be dismissed. The majority fundamentally misstates the Appeal Panel's approach to professional misconduct and reweighs the evidence to reach a different result. This is inconsistent with reasonableness review as it substitutes the Court's judgment for that of the legislature's chosen decision maker. Where, as here, the standard of review analysis leads to the application of reasonableness, deference is not optional. Deference bars a reviewing court from conducting an exacting criticism of a decision in order to reach the result that the decision was unreasonable. It follows that a reviewing court also cannot supplement the decision maker's reasoning for the purpose of undermining it. Neither may a court reweigh evidence or contextual factors considered by the decision maker. At all times, the starting point of reasonableness review is the reasons for the decision under review. There is no basis on this record to interfere with the Appeal Panel's decision. Its analysis was cogent, logical, transparent and grounded in the evidence.

A reviewing court should give effect to the Appeal Panel's decision to adopt an approach with both subjective and objective considerations (i.e. to require good faith and a reasonable basis for allegations of prosecutorial misconduct or that impugn the integrity of an opponent). It was open to the Appeal Panel to consider both the factual and legal bases for the allegations at issue, and to conclude that there was no reasonable basis in fact or in law for

Les juges Karakatsanis, Gascon et Rowe (dissidents) : Il y a accord avec les juges majoritaires sur le fait que la norme de contrôle applicable en l'espèce est celle de la décision raisonnable. Le fait que le comportement d'un avocat se manifeste en salle d'audience n'a pour effet ni de priver le Barreau de son rôle légitime consistant à réglementer la profession ni de justifier un resserrement de l'examen judiciaire à effectuer. Il y a aussi accord avec l'opinion des juges majoritaires selon laquelle, dans sa formulation de la norme applicable aux cas de manquements professionnels, le comité d'appel du Barreau a su raisonnablement adopter une méthode contextuelle appelée à s'adapter au fondement factuel auquel elle s'applique.

Toutefois, il y a désaccord avec les juges majoritaires quant à la façon de disposer du présent pourvoi. La décision du comité d'appel était raisonnable et rien ne justifie de la modifier. En conséquence, le pourvoi devrait être rejeté. L'interprétation que font les juges majoritaires de la méthode établie par le comité d'appel en matière de manquement professionnel est fondamentalement erronée, et ceux-ci soupèsent à nouveau la preuve afin d'arriver à un résultat différent. Une telle façon de faire est incompatible avec l'application de la norme de la décision raisonnable puisqu'elle substitue la décision de la Cour à celle du décideur choisi par le législateur. Dans le cas où, comme en l'espèce, l'analyse relative à la norme de contrôle mène à l'application de celle de la décision raisonnable, la déférence n'est pas une option. Les cours de révision doivent, par déférence, s'abstenir de procéder à une analyse trop critique et détaillée d'une décision dans le but de pouvoir conclure qu'elle est déraisonnable. Il s'ensuit qu'une cour de révision n'est pas autorisée non plus à suppléer aux motifs d'un décideur pour ainsi miner sa décision, pas plus qu'elle n'est autorisée à sopeser à nouveau les éléments de preuve ou les facteurs contextuels pris en compte par le décideur. Le contrôle d'une décision suivant la norme de la décision raisonnable doit toujours avoir comme point de départ les motifs de la décision en cause. Le dossier en l'espèce ne révèle aucune raison d'intervenir à l'égard de la décision du comité d'appel qui a procédé à une analyse convaincante, logique, transparente et fondée sur la preuve.

Les cours de révision devraient donner effet à la décision du comité d'appel d'adopter une méthode fondée sur des considérations tant subjectives qu'objectives (c.-à-d. exiger la bonne foi et un fondement raisonnable pour les allégations de manquement professionnel ou pour celles attaquant l'intégrité de l'avocat de la partie adverse). Le comité d'appel était autorisé à examiner tant le fondement factuel que le fondement juridique des allégations

G's allegations. The Appeal Panel's mandate permits it to determine any question of fact or law that arises in a proceeding before it. As such, the Appeal Panel was entitled to consider whether there is a reasonable basis for the allegations. Reasonableness, as opposed to good faith, implies consideration of whether the allegations, objectively, had a legal or factual basis. The Appeal Panel's approach is justified by the serious consequences that irresponsible attacks can have on opposing counsel's reputation as well as the public perception of the justice system. Collapsing the subjective and objective elements of this approach restricts the Appeal Panel's ability to assess the reasonableness of legal submissions to determining whether the lawyer was acting in good faith. It was open to the Appeal Panel to hold that a lawyer who erroneously alleges prosecutorial misconduct or impugns the integrity of opposing counsel should not be shielded from professional sanction because of his or her own incompetence.

In determining whether G's allegations crossed the line into professional misconduct, the Appeal Panel applied its expertise and decided how to assess the evidence as a whole. It was open to the Appeal Panel to weigh the evidence in the way it did. Its findings were amply supported by the record, as were its conclusions on the cumulative effects of G's conduct. Ultimately, the reasons supported the Appeal Panel's conclusion that G was engaged in professional misconduct. Both the evidentiary foundation and the logic of the reasons were sound. The decision was justifiable, intelligible, and transparent and fell within the range of reasonable outcomes.

The Appeal Panel's decision also proportionately balanced the value of freedom of expression with its mandate to ensure that lawyers conduct themselves professionally. The Appeal Panel was alert to the importance of lawyers' expressive freedoms and the critical role of zealous advocacy in our system. In order to ensure that these principles were limited no more than necessary, the Appeal Panel adopted a contextual approach that took into account the dynamics of the courtroom setting. It was reasonable for the Appeal Panel to conclude that in the context of this trial, zealous advocacy did not require G to make unfounded allegations of prosecutorial misconduct, to

en cause, et pouvait conclure à l'absence de fondement raisonnable — qu'il soit factuel ou juridique — pour justifier les allégations soulevées par G. La portée de son mandat permet au comité d'appel de décider de toute question de fait ou de droit qui est soulevée dans une instance introduite devant lui. Par conséquent, il était en droit de se demander s'il existait un fondement raisonnable aux allégations. Dans l'examen du caractère raisonnable d'allégations, contrairement à celui de la bonne foi de la personne qui les formule, il faut se demander si les allégations avaient, de façon objective, un fondement juridique ou factuel. Il est justifié que le comité d'appel procède de la sorte compte tenu des graves conséquences que peuvent avoir des attaques irresponsables sur la réputation des avocats de la partie adverse ainsi que sur la perception qu'a le public du système de justice. Le fait d'amalgamer les éléments subjectifs et objectifs de cette démarche limite le pouvoir du comité d'appel d'évaluer le caractère raisonnable d'arguments juridiques pour décider si l'avocat en cause agissait de bonne foi. Le comité d'appel pouvait conclure qu'un avocat qui allègue erronément la conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite ou qui porte atteinte à l'intégrité des avocats de la partie adverse ne peut pas être à l'abri d'une sanction professionnelle en raison de son incompetence.

Afin de décider si les allégations de G dépassaient les bornes et constituaient un manquement professionnel, le comité d'appel a utilisé de son expertise et déterminé comment il allait apprécier la preuve dans son ensemble. Le comité d'appel pouvait soupeser la preuve comme il l'a fait. Ses conclusions étaient amplement étayées par le dossier, tout comme ses conclusions sur l'effet cumulatif de la conduite de G. En définitive, les motifs appuyaient la conclusion du comité d'appel selon laquelle G a commis un manquement professionnel. Tant le raisonnement derrière les motifs que la preuve qui les sous-tend étaient valables. Il s'agit d'une décision justifiable, intelligible et transparente qui appartient aux issues raisonnables.

Dans sa décision, le comité d'appel a aussi su mettre en balance de façon proportionnée l'importance de la liberté d'expression et son mandat consistant à veiller à ce que les avocats agissent de façon professionnelle. Le comité d'appel était conscient de l'importance du droit à la liberté d'expression dont jouissent les avocats et du rôle essentiel que joue la défense passionnée des droits dans notre système. Pour s'assurer que ces principes n'étaient pas limités au-delà du nécessaire, le comité d'appel a adopté une méthode contextuelle qui prend en compte la dynamique d'une salle de cour. Il était raisonnable qu'il conclue que, dans le contexte du procès en l'espèce, la

impugn the integrity of his opponents or to frequently resort to invective when describing them.

There are a number of concerns about the implications that follow from the majority's decision: they immunize erroneous allegations from sanction by the Law Society, validate improper conduct and threaten to undermine the administration of justice and the culture change that the Court has called for in recent years. Moreover, setting aside the decision of the Appeal Panel has the potential to undermine the ability of law societies to promote the efficient resolution of disputes. Law societies are important actors in the culture change that is needed. Their decisions respecting professional misconduct should be approached with deference.

Cases Cited

By Moldaver J.

Applied: *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; **referred to:** *R. v. Felderhof*, 2007 ONCJ 345, 224 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Felderhof*, 2002 CanLII 41888, aff'd (2003), 68 O.R. (3d) 481; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *Green v. Law Society of Manitoba*, 2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360; *Canadian National Railway Co. v. McKercher LLP*, 2013 SCC 39, [2013] 2 S.C.R. 649; *Re Stevens and Law Society of Upper Canada* (1979), 55 O.R. (2d) 405; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Marchand (Litigation Guardian of) v. Public General Hospital Society of Chatham* (2000), 51 O.R. (3d) 97; *Phillips v. Ford Motor Co.* (1971), 18 D.L.R. (3d) 641; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401; *Quebec (Director of Criminal and Penal Prosecutions) v. Jodoin*, 2017 SCC 26, [2017] 1 S.C.R. 478; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Pappajohn*

défense passionnée des droits de son client n'exigeait pas de G qu'il formule des allégations non fondées de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite, qu'il attaque l'intégrité de ses adversaires ou qu'il ait fréquemment recours à des injures pour les décrire.

Les répercussions de la décision des juges majoritaires sont source d'un certain nombre de préoccupations, soit qu'elle protège les allégations erronées de toute réprimande par le barreau, qu'elle entraîne la légitimation des comportements inappropriés et qu'elle risque de compromettre l'administration de la justice et le changement de culture réclamé par la Cour ces dernières années. Qui plus est, l'annulation de la décision du comité d'appel risque de saper la capacité des barreaux à favoriser le règlement efficace des différends. Les barreaux ont un rôle important à jouer dans le changement de culture qui doit s'opérer. Les décisions qu'ils rendent en matière de manquement professionnel commandent la déférence.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêts appliqués : *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; **arrêts mentionnés :** *R. c. Felderhof*, 2007 ONCJ 345, 224 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Felderhof*, 2002 CanLII 41888, conf. par (2003), 68 O.R. (3d) 481; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *Green c. Société du Barreau du Manitoba*, 2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher LLP*, 2013 CSC 39, [2013] 2 R.C.S. 649; *Re Stevens and Law Society of Upper Canada* (1979), 55 O.R. (2d) 405; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Marchand (Litigation Guardian of) c. Public General Hospital Society of Chatham* (2000), 51 O.R. (3d) 97; *Phillips c. Ford Motor Co.* (1971), 18 D.L.R. (3d) 641; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401; *Québec (Directeur des poursuites criminelles et pénales) c. Jodoin*, 2017 CSC 26, [2017] 1 R.C.S. 478; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S.

v. *The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359; *Histed v. Law Society of Manitoba*, 2007 MBCA 150, 225 Man. R. (2d) 74; *Law Society of Upper Canada v. Wagman*, 2008 ONLSAP 14; *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39; *R. v. Henderson* (1999), 44 O.R. (3d) 628; *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680; *R. v. Clement* (2002), 166 C.C.C. (3d) 219; *Giguère v. Chambre des notaires du Québec*, 2004 SCC 1, [2004] 1 S.C.R. 3.

By Côté J.

Applied: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **distinguished:** *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; **referred to:** *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Mackeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796.

By Karakatsanis, Gascon and Rowe JJ. (dissenting)

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226; *British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal) v. Fraser Health Authority*, 2016 SCC 25, [2016] 1 S.C.R. 587; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770; *R. v. Felderhof* (2003), 235 D.L.R. (4th) 131; *R. v. Felderhof*, 2002 CanLII 41888; *R. v. Felderhof*, 2003

167; *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *R. c. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359; *Histed c. Law Society of Manitoba*, 2007 MBCA 150, 225 Man. R. (2d) 74; *Law Society of Upper Canada c. Wagman*, 2008 ONLSAP 14; *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39; *R. c. Henderson* (1999), 44 O.R. (3d) 646; *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680; *R. c. Clement* (2002), 166 C.C.C. (3d) 219; *Giguère c. Chambre des notaires du Québec*, 2004 CSC 1, [2004] 1 R.C.S. 3.

Citée par la juge Côté

Arrêt appliqué : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **distinction d'avec les arrêts :** *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; **arrêts mentionnés :** *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Mackeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796.

Citée par les juges Karakatsanis, Gascon et Rowe (dissidents)

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226; *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal) c. Fraser Health Authority*, 2016 CSC 25, [2016] 1 R.C.S. 587; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770; *R. c. Felderhof* (2003), 235 D.L.R. (4th) 131; *R. c. Felderhof*, 2002 CanLII 41888; *R.*

CanLII 41569; *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 7.
Law Society Act, R.S.O. 1990, c. L.8, ss. 4.1, 4.2, 34(1), 49.35(1), 62(0.1)10.
Professional Conduct Handbook made under the *Law Society Act*, R.S.O. 1980, c. 233 (effective January 30, 1987 to October 31, 2000).
Rules of Professional Conduct made under the *Law Society Act*, R.S.O. 1990, c. L.8 (effective November 1, 2000 to September 30, 2014), rr. 2.01, 4.01(1), (6), 6.03(1).
Rules of Professional Conduct made under the *Law Society Act*, R.S.O. 1990, c. L.8 (effective October 1, 2014 and updated September 28, 2017), rr. 2.1-1, 2.1-2, 3.1, 5.1-1, 5.1-5, 5.6-1, 7.2-1, 7.2-4.

Authors Cited

Code, Michael. “Counsel’s Duty of Civility: An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System” (2007), 11 *Can. Crim. L.R.* 97.
 Cory, Peter deC. *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation*. Winnipeg: Manitoba Justice, 2001.
 Dyzenhaus, David. “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart, 1997, 279.
 Federation of Law Societies of Canada. *Model Code of Professional Conduct* (updated March 14, 2017), rule 5.1-1 commentary 1 (online: <https://flsc.ca/wp-content/uploads/2018/03/Model-Code-as-amended-March-2017-Final.pdf>; archived version: http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC27_1_eng.pdf).
 Morden, John W. “Notes for Convocation Address — Law Society of Upper Canada, February 22, 2001”, in Law Society of Upper Canada, ed., *Plea Negotiations: Achieving a “Win-Win” Result*. Toronto: Law Society of Upper Canada, 2003, 1-1.
 Nagorney, Kara Ann. “A Noble Profession? A Discussion of Civility Among Lawyers” (1999), 12 *Geo. J. Legal Ethics* 815.
 Pue, W. Wesley. “Becoming ‘Ethical’: Lawyers’ Professional Ethics in Early Twentieth Century Canada”, in Dale Gibson and W. Wesley Pue, eds., *Glimpses of*

c. Felderhof, 2003 CanLII 41569; *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 7.
Code de déontologie pris en vertu de la Loi sur la Société du barreau, L.R.O. 1980, c. 233 (en vigueur du 30 janvier 1987 au 31 octobre 2000).
Code de déontologie pris en vertu de la Loi sur le barreau, L.R.O. 1990, c. L.8 (en vigueur du 1^{er} novembre 2000 au 30 septembre 2014), règles 2,01, 4,01(1), (6), 6,03(1).
Code de déontologie pris en vertu de la Loi sur le barreau, L.R.O. 1990, c. L.8. (en vigueur le 1^{er} octobre 2014 et mis à jour le 28 septembre 2017), règles 2.1-1, 2.1-2, 3.1, 5.1-1, 5.1-5, 5.6-1, 7.2-1, 7.2-4.
Loi sur le Barreau, L.R.O. 1990, c. L.8, art. 4,1, 4,2, 34(1), 49,35(1), 62(0,1)10.

Doctrine et autres documents cités

Code, Michael. « Counsel’s Duty of Civility : An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System » (2007), 11 *Rev. can. D.P.* 97.
 Cory, Peter deC. *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow : The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation*, Winnipeg Manitoba Justice, 2001.
 Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart, 1997, 279.
 Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada. *Code type de déontologie professionnelle* (mis à jour 14 mars 2017), règle 5.1-1 commentaire 1 (en ligne : https://flsc.ca/wp-content/uploads/2018/01/Code_type_mars_2017_final.pdf; version archivée : http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC27_1_fra.pdf).
 Morden, John W. « Notes for Convocation Address — Law Society of Upper Canada, February 22, 2001 », in Law Society of Upper Canada, ed., *Plea Negotiations : Achieving a « Win-Win » Result*, Toronto, Law Society of Upper Canada, 2003, 1-1.
 Nagorney, Kara Ann. « A Noble Profession? A Discussion of Civility Among Lawyers » (1999), 12 *Geo. J. Legal Ethics* 815.
 Pue, W. Wesley. « Becoming “Ethical” : Lawyers’ Professional Ethics in Early Twentieth Century Canada »,

Canadian Legal History. Winnipeg: Legal Research Institute of the University of Manitoba, 1991, 237.
 Woolley, Alice. “Does Civility Matter?” (2008), 46 *Os-
 goode Hall L.J.* 175.
 Woolley, Alice. *Understanding Lawyers’ Ethics in Can-
 ada*, 2nd ed. Toronto: LexisNexis, 2016.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, Cronk and Brown JJ.A.), 2016 ONCA 471, 131 O.R. (3d) 1, 352 O.A.C. 210, 358 C.R.R. (2d) 1, 1 Admin L.R. (6th) 175, [2016] O.J. No. 3094 (QL), 2016 CarswellOnt 9453 (WL Can.), affirming a decision of the Divisional Court (Sachs, Nordheimer and Harvison Young JJ.), 2015 ONSC 686, 124 O.R. (3d) 1, 330 O.A.C. 202, 382 D.L.R. (4th) 337, [2015] O.J. No. 444 (QL), 2015 CarswellOnt 1238 (WL Can.), which affirmed a decision of the Law Society Appeal Panel, 2013 ONLSAP 41, [2013] L.S.D.D. No. 186 (QL), 2013 CarswellOnt 19188 (WL Can.), which affirmed in part a decision of the Law Society Hearing Panel, 2012 ONLSHP 94, [2012] L.S.D.D. No. 92 (QL). Appeal allowed, Karakatsanis, Gascon and Rowe JJ. dissenting.

Earl A. Cherniak, Q.C., and Martin Mendelzon, for the appellant.

J. Thomas Curry, Jaan E. Lilles and Andrew M. Porter, for the respondent.

James D. Sutton and Allyson Ratsoy, for the intervenor the Director of Public Prosecutions.

Milan Rupic, for the intervenor the Attorney General of Ontario.

Sharon H. Pratchler, Q.C., for the intervenor the Attorney General of Saskatchewan.

Lisa Mallia, for the intervenor the Law Society Tribunal.

Terrence J. O’Sullivan, Deborah C. Templer and Matthew R. Law, for the intervenor the Advocates’ Society.

in Dale Gibson and W. Wesley Pue, eds., *Glimpses of Canadian Legal History*, Winnipeg, Legal Research Institute of the University of Manitoba, 1991, 237.
 Woolley, Alice. « Does Civility Matter? » (2008), 46 *Os-
 goode Hall L.J.* 175.
 Woolley, Alice. *Understanding Lawyers’ Ethics in Can-
 ada*, 2nd ed., Toronto, LexisNexis, 2016.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges MacPherson, Cronk et Brown), 2016 ONCA 471, 131 O.R. (3d) 1, 352 O.A.C. 210, 358 C.R.R. (2d) 1, 1 Admin L.R. (6th) 175, [2016] O.J. No. 3094 (QL), 2016 CarswellOnt 9453 (WL Can.), confirmant une décision de la Cour divisionnaire (les juges Sachs, Nordheimer et Harvison Young), 2015 ONSC 686, 124 O.R. (3d) 1, 330 O.A.C. 202, 382 D.L.R. (4th) 337, [2015] O.J. No. 444 (QL), 2015 CarswellOnt 1238 (WL Can.), qui avait confirmé une décision du Comité d’appel du Barreau, 2013 ONLSAP 41, [2013] L.S.D.D. No. 186 (QL), 2013 CarswellOnt 19188 (WL Can.), qui avait confirmé en partie une décision du Comité d’audition du Barreau, 2012 ONLSHP 94, [2012] L.S.D.D. No. 92 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Karakatsanis, Gascon et Rowe sont dissidents.

Earl A. Cherniak, c.r., et Martin Mendelzon, pour l’appelant.

J. Thomas Curry, Jaan E. Lilles et Andrew M. Porter, pour l’intimé.

James D. Sutton et Allyson Ratsoy, pour l’intervenante la Directrice des poursuites pénales.

Milan Rupic, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Sharon H. Pratchler, c.r., pour l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Lisa Mallia, pour l’intervenant le Tribunal du Barreau.

Terrence J. O’Sullivan, Deborah C. Templer et Matthew R. Law, pour l’intervenante la Société des plaideurs.

André-Philippe Mallette, for the intervener Barreau du Québec.

Cara Zwibel, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Joseph J. Arvay, Q.C., and *Catherine George*, for the interveners the British Columbia Civil Liberties Association and the Independent Criminal Defence Advocacy Society.

Gregory DelBigio, Q.C., and *Alison M. Latimer*, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

Paul Cavalluzzo and *Adrienne Telford*, for the intervener the Ontario Crown Attorneys' Association.

Allan Rouben, Thomas Connolly and *Darcy Romaine*, for the intervener the Ontario Trial Lawyers Association.

Pierre Bienvenu, Andres C. Garin and *Jean-Christophe Martel*, for the intervener the Canadian Bar Association.

Frank Addario, Samara Sector and *Robin Parker*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Wagner and Brown JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Overview

[1] The trial process in Canada is one of the cornerstones of our constitutional democracy. It is essential to the maintenance of a civilized society. Trials are the primary mechanism whereby disputes are resolved in a just, peaceful, and orderly way.

[2] To achieve their purpose, it is essential that trials be conducted in a civilized manner. Trials marked

André-Philippe Mallette, pour l'intervenant le Barreau du Québec.

Cara Zwibel, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Joseph J. Arvay, c.r., et *Catherine George*, pour les intervenantes British Columbia Civil Liberties Association et Independent Criminal Defence Advocacy Society.

Gregory DelBigio, c.r., et *Alison M. Latimer*, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

Paul Cavalluzzo et *Adrienne Telford*, pour l'intervenante l'Association des procureurs de la Couronne de l'Ontario.

Allan Rouben, Thomas Connolly et *Darcy Romaine*, pour l'intervenante Ontario Trial Lawyers Association.

Pierre Bienvenu, Andres C. Garin et *Jean-Christophe Martel*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Frank Addario, Samara Sector et *Robin Parker*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Moldaver, Wagner et Brown rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[1] Les procès constituent l'une des pierres angulaires de la démocratie constitutionnelle canadienne. Ils sont essentiels à la préservation d'une société civilisée. Ils constituent le mécanisme principal pour régler les litiges d'une façon juste, pacifique et ordonnée.

[2] Pour remplir leur fonction, les procès doivent absolument être menés d'une manière civilisée.

by strife, belligerent behaviour, unwarranted personal attacks, and other forms of disruptive and discourteous conduct are antithetical to the peaceful and orderly resolution of disputes we strive to achieve.

[3] By the same token, trials are not — nor are they meant to be — tea parties. A lawyer’s duty to act with civility does not exist in a vacuum. Rather, it exists in concert with a series of professional obligations that both constrain and compel a lawyer’s behaviour. Care must be taken to ensure that free expression, resolute advocacy and the right of an accused to make full answer and defence are not sacrificed at the altar of civility.

[4] The proceedings against the appellant, Joseph Groia, highlight the delicate interplay that these considerations give rise to. At issue is whether Mr. Groia’s courtroom conduct in the case of *R. v. Felderhof*, 2007 ONCJ 345, 224 C.C.C. (3d) 97, warranted a finding of professional misconduct by the Law Society of Upper Canada. To be precise, was the Law Society Appeal Panel’s finding of professional misconduct against Mr. Groia reasonable in the circumstances? For the reasons that follow, I am respectfully of the view that it was not.

[5] The Appeal Panel developed an approach for assessing whether a lawyer’s uncivil behaviour crosses the line into professional misconduct. The approach, with which I take no issue, targets the type of conduct that can compromise trial fairness and diminish public confidence in the administration of justice. It allows for a proportionate balancing of the Law Society’s mandate to set and enforce standards of civility in the legal profession with a lawyer’s right to free speech. It is also sensitive to the lawyer’s duty of resolute advocacy and the client’s constitutional right to make full answer and defence.

Lorsqu’ils sont empreints de querelles, de comportements belliqueux, d’attaques personnelles injustifiées et de toute autre forme de conduite perturbatrice et disgracieuse, ils sont à l’antithèse du règlement pacifique et ordonné des différends que nous nous efforçons d’atteindre.

[3] Du même coup, les procès ne sont pas une partie de plaisir, et là n’est pas non plus leur objectif. Le devoir de l’avocat d’agir avec civilité ne s’inscrit pas dans l’abstrait. Il existe plutôt de concert avec une série d’obligations professionnelles qui à la fois restreignent et dictent le comportement de l’avocat. Il faut faire attention de ne pas sacrifier, au nom de la civilité, la liberté d’expression, l’obligation de l’avocat de représenter son client avec vigueur et le droit de l’accusé à une défense pleine et entière.

[4] Les procédures engagées contre l’appelant, Joseph Groia, mettent en évidence l’interaction délicate que soulèvent ces principes. La question en litige est celle de savoir si la conduite de M. Groia à l’audience dans l’affaire *R. c. Felderhof*, 2007 ONCJ 345, 224 C.C.C. (3d) 97, justifiait que le Barreau du Haut-Canada le déclare coupable de manquement professionnel. Plus précisément, la conclusion de manquement professionnel tirée par le comité d’appel du Barreau contre M. Groia était-elle raisonnable dans les circonstances? Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis, en toute déférence, qu’elle ne l’était pas.

[5] Le comité d’appel a élaboré une méthode pour évaluer si le comportement irrespectueux de l’avocat franchit la ligne du manquement professionnel. Sa méthode, à laquelle je n’ai rien à reprocher, cible le type de conduite qui peut compromettre l’équité du procès et miner la confiance du public dans l’administration de la justice. Elle permet une mise en balance proportionnée du mandat du Barreau de fixer et de faire respecter des normes de civilité dans la profession juridique, d’une part, et du droit à la liberté d’expression de l’avocat, d’autre part. Elle tient également compte de l’obligation de l’avocat de représenter son client avec vigueur et du droit constitutionnel de l’accusé de présenter une défense pleine et entière.

[6] Moreover, the Appeal Panel's approach is flexible enough to capture the broad array of situations in which lawyers may slip into uncivil behaviour, yet precise enough to guide lawyers and law societies on the scope of permissible conduct.

[7] That said, the Appeal Panel's finding of professional misconduct against Mr. Groia on the basis of incivility was, in my respectful view, unreasonable. Even though the Appeal Panel accepted that Mr. Groia's allegations of prosecutorial misconduct were made in good faith, it used his honest but erroneous views as to the disclosure and admissibility of documents to conclude that his allegations lacked a reasonable basis. However, as I will explain, Mr. Groia's allegations were made in good faith and they were reasonably based. As such, the allegations themselves could not reasonably support a finding of professional misconduct.

[8] Nor could the other contextual factors in this case reasonably support a finding of professional misconduct against Mr. Groia on the basis of incivility. The evolving abuse of process law at the time accounts, at least in part, for the frequency of Mr. Groia's allegations; the presiding judge took a passive approach in the face of Mr. Groia's allegations; and when the presiding judge and reviewing courts did direct Mr. Groia, apart from a few slips, he listened. The Appeal Panel failed to account for these contextual factors in its analysis. In my view, the only conclusion that was reasonably open to the Appeal Panel on the record before it was a finding that Mr. Groia was not guilty of professional misconduct.

[9] Accordingly, I would allow Mr. Groia's appeal.

[6] De plus, la méthode appliquée par le comité d'appel est suffisamment souple pour englober les nombreuses situations qui peuvent induire un comportement irrespectueux chez les avocats, mais suffisamment précise pour orienter les avocats et les ordres professionnels sur l'étendue des conduites admissibles.

[7] Cela dit, j'estime que la conclusion de manquement professionnel pour incivilité du comité d'appel contre M. Groia était déraisonnable. Même s'il a accepté que les allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite formulées par M. Groia avaient été faites en toute bonne foi, le comité d'appel s'est fondé sur le point de vue sincère, mais erroné, de celui-ci quant à la communication de la preuve et à l'admissibilité des documents pour conclure que ses allégations n'avaient aucun fondement raisonnable. Or, comme je l'expliquerai, les allégations de M. Groia non seulement ont été formulées de bonne foi, mais étaient raisonnablement fondées. Ainsi, les allégations elles-mêmes ne pouvaient raisonnablement étayer une conclusion de manquement professionnel.

[8] Les autres facteurs contextuels en l'espèce ne pouvaient pas non plus raisonnablement étayer la conclusion de manquement professionnel pour incivilité contre M. Groia. Le droit en matière d'abus de procédure, en constante évolution au moment des faits en cause, explique, du moins en partie, la fréquence des allégations de M. Groia; le juge qui présidait le procès a adopté une approche passive vis-à-vis de ces allégations; et M. Groia, sauf à quelques occasions, a obéi aux directives du juge qui présidait le procès et des cours de révision lorsque ceux-ci le ramenaient à l'ordre. Le comité d'appel n'a pas tenu compte de ces facteurs contextuels dans son analyse. À mon avis, compte tenu de la teneur du dossier dont il était saisi, le comité d'appel ne pouvait raisonnablement que conclure à l'absence de culpabilité de M. Groia pour manquement professionnel.

[9] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi de M. Groia.

II. Factual Background

[10] Mr. Groia's alleged misconduct stems from his in-court behaviour while representing John Felderhof. Mr. Felderhof was an officer and director of Bre-X Minerals Ltd., a Canadian mining company. Bre-X collapsed when claims that it had discovered a gold mine proved false. The fraud — one of the largest in Canadian capital markets — cost investors over \$6 billion. The Ontario Securities Commission ("OSC") charged Mr. Felderhof with insider trading and authorizing misleading news releases under the *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5.

[11] Mr. Felderhof hired Mr. Groia, a former OSC prosecutor, to defend him. The trial proceeded in the Ontario Court of Justice before Justice Peter Hryn. It took place in two phases. Phase One began on October 16, 2000 and lasted 70 days. Phase Two did not begin until March 2004. On July 31, 2007, Mr. Felderhof was acquitted of all charges.

[12] Phase One of the Felderhof trial was characterized by a pattern of escalating acrimony between Mr. Groia and the OSC prosecutors. A series of disputes plagued the proceedings with a toxicity that manifested itself in the form of personal attacks, sarcastic outbursts and allegations of professional impropriety, grinding the trial to a near standstill.

A. *Disclosure Disputes*

[13] Disputes between Mr. Groia and the OSC prosecutors arose during the disclosure process. The Bre-X investigation yielded an extensive documentary record. The OSC initially disclosed interview transcripts and so-called "C-Binders" — binders of documents the OSC intended to use as part of its case against Mr. Felderhof. It did not, however, disclose a substantial body of additional documents it had in its possession. The OSC prosecutors and Mr. Groia disagreed over the scope and format of

II. Contexte factuel

[10] L'allégation d'inconduite reprochée à M. Groia découle de son comportement en cour alors qu'il représentait John Felderhof. Ce dernier était dirigeant et administrateur de Bre-X Minerals Ltd., une société minière canadienne, qui s'est effondrée lorsqu'il s'est révélé que la mine d'or qu'elle avait prétendument découverte n'avait jamais existée. La fraude — l'une des plus grosses sur les marchés financiers canadiens — a coûté aux investisseurs plus de six milliards de dollars. La Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (« CVMO ») a accusé M. Felderhof sur le fondement de la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, c. S.5, d'avoir procédé à des opérations d'initié et d'avoir autorisé la publication de communiqués trompeurs.

[11] M. Felderhof a retenu les services de M. Groia, un ancien avocat de la CVMO, pour le défendre. Le procès, qui s'est déroulé en deux phases, a eu lieu devant le juge Peter Hryn de la Cour de justice de l'Ontario. La première phase a commencé le 16 octobre 2000 et a duré 70 jours. La deuxième n'a commencé qu'en mars 2004. Le 31 juillet 2007, M. Felderhof a été acquitté de toutes les accusations.

[12] La première phase du procès de M. Felderhof a été marquée par une animosité croissante entre M. Groia et les avocats de la CVMO. Une série de conflits a teinté les procédures d'une toxicité qui s'est manifestée sous forme d'attaques personnelles, d'emportements sarcastiques et d'allégations d'inconduite professionnelle, qui ont pratiquement paralysé le procès.

A. *Conflits relativement à la communication*

[13] Les conflits entre M. Groia et les avocats de la CVMO ont éclaté durant le processus de communication de la preuve. L'enquête sur Bre-X a donné lieu à une preuve documentaire volumineuse. La CVMO a initialement communiqué des transcriptions d'entrevues et des cartables de documents, appelés [TRANSCRIPTION] « cartables de la Commission », qu'elle comptait utiliser dans le cadre de sa preuve contre M. Felderhof. Elle a toutefois omis de communiquer une quantité importante d'autres documents qu'elle

further disclosure sought by the defence. According to Mr. Groia, it was the OSC's responsibility to sort through all of the documents it had in its possession and to disclose hard copies of any relevant document to the defence. When the OSC prosecutors refused to do so, Mr. Groia wrote a letter to the OSC alleging that the prosecution was "operating under a serious misapprehension of its disclosure obligation[s]", an error that Mr. Groia described as "an abuse of process": Law Society Appeal Panel, 2013 ONLSAP 41, at para. 33 (CanLII) ("A.P. reasons"). He would build on these themes as the trial progressed. In response, the OSC offered to disclose electronic copies of the documents in its possession and provide Mr. Groia "with a reasonable supply of blank paper": A.P. reasons, at paras. 35-37.

[14] Dissatisfied with the OSC's response, Mr. Groia moved for additional disclosure. Mr. Naster, the lead OSC prosecutor, argued that the OSC was not aware of any relevant document that had not been disclosed to Mr. Felderhof. The trial judge, however, agreed with Mr. Groia and ordered the OSC to disclose a further 235 boxes of documents and hard copies of documents stored on 15 discs in its possession.

B. *The Second Disclosure Motion*

[15] As the trial neared, the parties were still at odds over disclosure. Adamant that the OSC had not fulfilled its disclosure obligations, Mr. Groia sent Mr. Naster a letter accusing the OSC of adopting "a 'win at any costs' mentality" which demonstrated "a shocking disregard for [Mr. Felderhof's] rights".

[16] Mr. Groia then brought a motion arguing that the OSC's disclosure was so deficient that it amounted to an abuse of process warranting a stay of proceedings. In the alternative, Mr. Groia sought

avait en sa possession. Les avocats de la CVMO et M. Groia ne s'entendaient pas sur l'étendue et le format des documents dont la communication était demandée par la défense. Selon M. Groia, il revenait à la CVMO de faire le tri des documents qu'elle avait en sa possession et de communiquer à la défense les copies papier des documents pertinents. Lorsque les avocats de la CVMO ont refusé de le faire, M. Groia a écrit une lettre à cette dernière dans laquelle il alléguait que la poursuite [TRADUCTION] « agissait selon une interprétation gravement erronée de s[es] obligation[s] en matière de communication », une erreur qu'il a qualifiée d'« abus de procédure » : motifs du comité d'appel, 2013 ONLSAP 41, par. 33 (CanLII) (« motifs du comité d'appel »). Il a pris appui sur ce thème au fur et à mesure que le procès progressait. En réponse, la CVMO a offert de communiquer des copies électroniques des documents en sa possession et de fournir à M. Groia « une quantité raisonnable de feuilles blanches » : motifs du comité d'appel, par. 35-37.

[14] Insatisfait de cette réponse, M. Groia a demandé la communication de documents additionnels. M. Naster, l'avocat principal de la CVMO, a fait valoir que cette dernière n'était pas au courant de l'existence de documents pertinents qui n'avaient pas été communiqués à M. Felderhof. Le juge du procès s'est néanmoins dit d'accord avec M. Groia et a ordonné à la CVMO de communiquer 235 autres boîtes de documents ainsi que des copies papier de documents stockés sur 15 disques en sa possession.

B. *La deuxième requête en communication*

[15] Bien que la tenue du procès approchait, les parties ne s'entendaient toujours pas sur la communication. Convaincu que la CVMO ne s'était pas acquittée de ses obligations en cette matière, M. Groia a envoyé une lettre à M. Naster dans laquelle il accusait la CVMO d'adopter une [TRADUCTION] « mentalité axée sur le "gain à tout prix" » qui démontrait « un profond mépris pour [les] droits [de M. Felderhof] ».

[16] M. Groia a ensuite présenté une requête dans laquelle il a allégué que la communication de la CVMO était déficiente à un point tel qu'elle équivalait à un abus de procédure justifiant l'arrêt des

full disclosure, and in the further alternative, an order prohibiting the OSC from calling witnesses until it made full disclosure. Interspersed throughout Mr. Groia's submissions on the motion were allegations that the prosecutors were "unable or unwilling . . . to recognize their responsibilities", motivated by an "animus towards the defence", and determined to make Mr. Felderhof's ability to defend himself "as difficult as possible".

[17] By the end of the motion, Mr. Groia conceded that the stringent test for a stay of proceedings had not been met. Accordingly, the trial judge declined to stay the prosecution. Once again, however, he was satisfied that the OSC had not fulfilled its disclosure obligations and he ordered additional disclosure. The trial judge also admonished the OSC for a comment made by one of its media personnel that the OSC's goal "was simply to seek a conviction on the charges" it had laid: A.P. reasons, at para. 55.

C. *The Admissibility of Documents*

[18] Characteristic of most *Securities Act* prosecutions, the case against Mr. Felderhof relied heavily on documentary evidence. Between them, the prosecution and defence had nearly 100 binders containing thousands of documents. Disputes over the admissibility of those documents was a major source of friction throughout the trial.

[19] Mr. Naster initially suggested that either party could provisionally tender documents, subject to arguments as to their admissibility at the end of the trial. Mr. Groia rejected this approach. He was concerned that given the staggering size of the fraud, a number of Bre-X documents were falsified. As such, he insisted that the admissibility of each document

procédures. À titre subsidiaire, M. Groia a sollicité la communication complète des documents et, subsidiairement encore, une ordonnance interdisant à la CVMO d'assigner des témoins jusqu'à ce qu'elle communique la totalité des documents. Les observations de M. Groia dans le cadre de la requête étaient entrecoupées d'allégations selon lesquelles les avocats de la poursuite n'étaient [TRADUCTION] « pas en mesure ni disposés [. . .] à reconnaître leurs responsabilités », étaient motivés par une « animosité envers la défense » et étaient déterminés à compliquer « autant que possible » la tâche de M. Felderhof de se défendre.

[17] À la fin de l'audition de la requête, M. Groia a reconnu qu'il n'avait pas été satisfait au test strict permettant de prononcer l'arrêt des procédures. Par conséquent, le juge du procès a refusé de mettre fin à la poursuite. Il était toutefois convaincu que la CVMO ne s'était pas acquittée de ses obligations en matière de communication et a ordonné celle de documents additionnels. Le juge du procès a également réprimandé la CVMO parce que l'un de ses responsables des communications avec les médias avait indiqué que l'objectif de la CVMO [TRADUCTION] « était simplement d'obtenir une déclaration de culpabilité relativement aux accusations » qu'elle avait portées : motifs du comité d'appel, par. 55.

C. *L'admissibilité des documents*

[18] Comme dans la plupart des poursuites fondées sur la *Loi sur les valeurs mobilières*, les accusations portées contre M. Felderhof reposaient fortement sur une preuve documentaire. À elles deux, la poursuite et la défense détenaient près de 100 cartables contenant des milliers de documents. Les différends concernant l'admissibilité de ces documents ont été une source de friction majeure tout au long du procès.

[19] M. Naster a initialement suggéré que chaque partie dépose provisoirement ses documents, réservant la question de leur admissibilité pour la fin du procès. M. Groia a rejeté cette suggestion. Il était préoccupé par le fait que, en raison de l'ampleur considérable de la fraude, un grand nombre de documents de Bre-X étaient falsifiés. Par conséquent, il a

should be ruled on as the document was tendered. Mr. Naster then changed his position, seeking an omnibus ruling on the admissibility of all of the documents. The trial judge declined to hear Mr. Naster's motion, and the parties were put to the strict proof of each document they proposed to tender.

[20] The disputes resulted in frequent objections and lengthy arguments on the admissibility and use of individual documents. The first OSC witness had to be excused for large periods of time as the parties argued. The disputes became increasingly hostile and ground the trial to a near standstill. After 42 days of evidence, the first OSC witness's testimony had yet to be completed.

[21] Much of the disagreement stemmed from Mr. Groia's honest but mistaken understanding of the law of evidence and the role of the prosecutor. His position on the admissibility of documents was founded on two legal errors. First, Mr. Groia maintained that the prosecution was duty-bound to introduce all authentic, relevant documents and that its failure to introduce relevant exculpatory documents through its own witnesses was a deliberate tactic designed to ensure that Mr. Felderhof did not receive a fair trial.

[22] Second, Mr. Groia believed that he could put documents, acknowledged by the OSC as being authentic, to the first OSC witness even though that witness had not authored them and could not identify them. Mr. Naster's objections to this approach spawned further allegations of prosecutorial impropriety. Mr. Groia argued that the OSC was using "a conviction filter" and thwarting Mr. Groia's attempts to secure a fair trial for his client.

[23] Mr. Groia's mistaken position on the admissibility of documents was reinforced by Mr. Naster's comment in the first disclosure motion that he had "an obligation as a prosecutor to ensure that all relevant materials are placed before [the trial judge]":

insisté pour que l'admissibilité de chaque document soit décidée au moment de son dépôt. M. Naster a ensuite changé d'avis, sollicitant une décision sur l'admissibilité de l'ensemble des documents. Le juge du procès a refusé d'instruire la requête de M. Naster, et les parties ont dû faire la preuve de chaque document qu'elles entendaient déposer.

[20] Les conflits ont suscité de fréquentes objections et de longs débats sur l'admissibilité et l'utilisation de chaque document. Le premier témoin de la CVMO a dû être excusé durant de longues périodes pendant que les parties présentaient leurs observations. Les conflits sont devenus de plus en plus hostiles et ont pratiquement paralysé le procès. Après 42 jours d'audience consacrés à entendre de la preuve, le premier témoin de la CVMO n'avait toujours pas fini de témoigner.

[21] La mésentente découlait surtout du fait que M. Groia, bien qu'en toute honnêteté, avait mal interprété le droit de la preuve et le rôle du poursuivant. Son opinion quant à l'admissibilité des documents reposait sur deux erreurs de droit. Premièrement, il faisait valoir que le poursuivant avait le devoir de présenter tous les documents authentiques et pertinents et que son défaut de présenter des documents disculpatoires pertinents avec le concours de ses propres témoins était une tactique délibérée pour garantir que M. Felderhof ne bénéficie pas d'un procès équitable.

[22] Deuxièmement, M. Groia croyait qu'il pouvait soumettre des documents dont l'authenticité avait été reconnue par la CVMO à l'intention du premier témoin de cette dernière même si celui-ci n'en était pas l'auteur et ne pouvait pas les reconnaître. Les objections de M. Naster à cette façon de procéder ont entraîné d'autres allégations de conduite répréhensible. M. Groia a fait valoir que la CVMO utilisait [TRADUCTION] « un filtre axé sur une condamnation » et contrecarrait ses tentatives d'assurer que son client bénéficie d'un procès équitable.

[23] L'opinion erronée de M. Groia sur l'admissibilité des documents a été renforcée par le commentaire de M. Naster dans la première requête en communication. En effet, il y affirmait qu'il avait [TRADUCTION] « l'obligation, en tant que poursuivant,

A.P. reasons, at para. 38. In addition, Mr. Groia mistook Mr. Naster's concession that he was duty-bound to *disclose* all relevant documents as a promise that he would consent to the *admissibility* of those documents at trial. In Mr. Groia's view, Mr. Naster unfairly reneged on this promise.

[24] The OSC was not entirely blameless for these skirmishes. Mr. Naster continued to challenge the trial judge's ruling declining to hear an omnibus document motion, lamenting that he was getting "shafted big time". Both sides stubbornly dug their heels in, refusing to budge and taking every opportunity to quarrel.

[25] Despite the frequency and fervor of the disputes, the trial judge initially adopted a hands-off approach, opting to stay above the fray. Mr. Naster repeatedly invited the trial judge to rule on Mr. Groia's allegations of prosecutorial misconduct and to stay the proceedings as an abuse of process if he found the allegations to be substantiated. For his part, Mr. Groia made it clear that while he did not intend to bring an abuse of process motion at the time, he was putting the prosecutors on notice that their conduct was unacceptable and laying the groundwork for an abuse of process motion later in the proceedings. Accordingly, the trial judge postponed any ruling on the propriety of the prosecution's conduct.

[26] It was not until the 57th day of trial that the judge directed Mr. Groia to stop repeating his misconduct allegations. Instead, whenever Mr. Groia felt the prosecution was acting inappropriately, he was to simply state that he was making "the same objection". The trial judge reiterated his instruction a few days later. Mr. Groia largely followed the trial judge's directions for the remainder of Phase One.

de s'assurer que tous les documents pertinents soient soumis à l'attention [du juge du procès] » : motifs du comité d'appel, par. 38. De plus, M. Groia a interprété à tort l'admission de M. Naster selon laquelle il avait le devoir de *communiquer* tous les documents pertinents comme une promesse qu'il consentirait à l'*admissibilité* de ces documents au procès. De l'avis de M. Groia, M. Naster n'a pas honoré sa promesse et a ainsi agi de manière inéquitable.

[24] La CVMO a également eu sa part de responsabilité dans ces altercations. M. Naster a continué de contester la décision du juge du procès de refuser d'instruire sa requête relative à l'ensemble des documents, se plaignant de se faire [TRADUCTION] « carrément rouler ». Les deux parties campaient obstinément sur leur position, refusant de céder et saisissant toutes les occasions pour se quereller.

[25] Malgré la fréquence et l'intensité des conflits, le juge du procès a initialement décidé de ne pas intervenir, choisissant de rester au-dessus de la mêlée. M. Naster l'a invité à maintes reprises à se prononcer sur les allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite formulées par M. Groia et à arrêter les procédures pour cause d'abus de procédure s'il estimait que ces allégations étaient fondées. Pour sa part, M. Groia a indiqué clairement que, bien qu'il n'eut pas l'intention de présenter une requête pour abus de procédure à ce moment-là, il prévenait les avocats de la poursuite que leur conduite était inacceptable et préparait le terrain en prévision du dépôt d'une éventuelle requête de ce type. Dans les circonstances, le juge du procès a remis à plus tard sa décision sur la légitimité de la conduite des avocats de la poursuite.

[26] Ce n'est qu'au 57^e jour de procès que le juge a ordonné à M. Groia de cesser de répéter ses allégations d'inconduite. Chaque fois que ce dernier estimait que la poursuite agissait de façon inappropriée, il devait plutôt simplement dire qu'il formulait [TRADUCTION] « la même objection ». Le juge du procès a réitéré ses directives quelques jours plus tard. M. Groia a essentiellement obtempéré durant le reste de la première phase.

D. *The Judicial Review Application*

[27] During a scheduled three-week hiatus in the Felderhof trial, the OSC brought a judicial review application in the Superior Court before A. Campbell J., seeking the removal of the trial judge. The OSC argued that the trial judge had committed a number of errors which caused him to lose jurisdiction and undermined the OSC's right to a fair trial. One of the OSC's grounds for its application was the trial judge's failure to rein in Mr. Groia's uncivil behaviour, thereby creating a reasonable apprehension of bias.

[28] Justice Campbell dismissed the application. He found no jurisdictional error necessitating the trial judge's removal. He concluded that the trial judge had acted in an even-handed manner throughout Phase One: *R. v. Felderhof*, 2002 CanLII 41888, at paras. 281-85 ("*Felderhof ONSC*"). Campbell J. also noted that Mr. Groia's stance on the role of the prosecutor was mistaken, explaining, at para. 33, that the prosecution was entitled to seek a conviction "within the appropriate limits of fairness". Despite Mr. Felderhof's success on the judicial review application, Campbell J. declined to order costs against the OSC, in part because of Mr. Groia's "appallingly unrestrained" conduct.

[29] The Court of Appeal for Ontario dismissed the OSC's appeal from Campbell J.'s order: *R. v. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481 ("*Felderhof ONCA*"). Writing for a unanimous panel, Rosenberg J.A. clarified that although the defence has the right to allege abuse of process, that allegation should only be made at the appropriate juncture and with a sufficient factual foundation. And even then, "defence counsel [was] obliged to make submissions without the rhetorical excess and invective that Mr. Groia sometimes employed": para 93.

[30] Campbell J. and Rosenberg J.A. were each critical of Mr. Groia's behaviour throughout the trial.

D. *La demande de contrôle judiciaire*

[27] Au cours d'une pause prévue de trois semaines durant le procès de M. Felderhof, la CVMO a présenté une demande de contrôle judiciaire devant le juge A. Campbell de la Cour supérieure pour solliciter la révocation du juge du procès. La CVMO a fait valoir que ce dernier avait commis plusieurs erreurs à l'origine de sa perte de compétence et de la compromission du droit de la CVMO à un procès équitable. La CVMO a notamment invoqué que le juge du procès était incapable de sévir contre le comportement irrespectueux de M. Groia, créant ainsi une crainte raisonnable de partialité.

[28] Le juge Campbell a rejeté la demande. Il n'a trouvé aucune erreur de compétence nécessitant la révocation du juge du procès. Il a conclu que celui-ci avait agi de façon impartiale tout au long de la première phase : *R. c. Felderhof*, 2002 CanLII 41888, par. 281-285 (« *Felderhof* (C.S.J. Ont.) »). Le juge Campbell a également indiqué que le point de vue de M. Groia sur le rôle du poursuivant était erroné, expliquant, au par. 33, que la poursuite était habilitée à tenter d'obtenir une déclaration de culpabilité [TRADUCTION] « dans les limites appropriées de l'équité ». Même si M. Felderhof a eu gain de cause relativement à la demande de contrôle judiciaire, le juge Campbell a refusé de condamner la CVMO aux dépens, en partie en raison de la conduite « horriblement incontrôlée » de M. Groia.

[29] La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel formé par la CVMO contre l'ordonnance du juge Campbell : *R. c. Felderhof* (2003), 68 O.R. (3d) 481 (« *Felderhof* (C.A. Ont.) »). S'exprimant au nom de la cour unanime, le juge Rosenberg a précisé que bien que la défense ait le droit d'alléguer l'abus de procédure, cette allégation ne devrait être avancée qu'au moment opportun et que si elle est suffisamment fondée. Qui plus est, [TRADUCTION] « l'avocat de la défense [était] tenu de présenter des observations sans utiliser des excès de rhétorique et lancer des invectives comme le faisait parfois M. Groia » : par. 93.

[30] Les juges Campbell et Rosenberg ont tous les deux critiqué le comportement de M. Groia tout au

Campbell J. observed that “Mr. Groia took every opportunity to needle Mr. Naster with sarcastic allegations of professional misconduct” (para. 284) and described Mr. Groia’s submissions as “descend[ing] from legal argument to irony to sarcasm to petulant invective” (para. 64). Rosenberg J.A. similarly noted that “Mr. Groia was prone to rhetorical excess and sarcasm” and described his submissions as “unseemly”, “unhelpful” and “improper”: paras. 13 and 80.

[31] Both judges also voiced displeasure with how the prosecution had behaved, noting that there had been “tactical manoeuvring on both sides” (*Felderhof ONCA*, at para. 68), and that “[n]either side . . . ha[d] any monopoly over incivility or rhetorical excess” (*Felderhof ONSC*, at para. 264).

[32] The Felderhof trial resumed in March 2004, with new counsel appearing for the OSC. In line with the guidance provided by Campbell J. and Rosenberg J.A., the evidentiary disputes were resolved and the second phase of the trial proceeded without further incident, completing on July 31, 2007, with Mr. Felderhof being acquitted on all charges.

III. Procedural History

A. *The Law Society Disciplinary Proceedings*

[33] In 2004, the Law Society launched an investigation into Mr. Groia’s conduct during the Felderhof trial. The Law Society initiated the investigation on its own motion; no independent complaint was filed against Mr. Groia. At Mr. Groia’s request, the Law Society postponed its investigation until the Felderhof trial ended. On November 18, 2009 — more than nine years after the Felderhof trial began — the Law Society brought disciplinary proceedings against Mr. Groia, alleging professional misconduct based on his uncivil behaviour during Phase One of the trial.

long du procès. Le premier a souligné que [TRADUCTION] « M. Groia a saisi toutes les occasions pour accuser avec sarcasme M. Naster de manquement professionnel » (par. 284) et a ajouté que les observations de M. Groia sont « passées de l’argument juridique à l’ironie, puis au sarcasme, et enfin à l’injure pétulante » : par. 64. Le juge Rosenberg a lui aussi indiqué que [TRADUCTION] « M. Groia était porté sur les excès de rhétorique et le sarcasme » et qualifié ses observations de « déplacées », d’« inutiles » et d’« inconvenantes » : par. 13 et 80.

[31] Les juges ont tous deux manifesté leur insatisfaction quant à la façon dont la poursuite s’était comportée, soulignant que [TRADUCTION] « les deux côtés avaient employé des tactiques malveillantes » (*Felderhof* (C.A. Ont.), par. 68), et qu’« aucun des deux côtés [. . .] n’avait le monopole de l’incivilité et de l’excès de rhétorique » (*Felderhof* (C.S.J. Ont.), par. 264).

[32] Le procès de M. Felderhof a repris en mars 2004 et la CVMO était représentée par un nouvel avocat. Conformément aux directives des juges Campbell et Rosenberg, les conflits en matière de preuve ont été réglés et la deuxième phase du procès s’est déroulée sans incident, se terminant le 31 juillet 2007 par l’acquiescement de M. Felderhof relativement à toutes les accusations.

III. Historique des procédures

A. *Les procédures disciplinaires du Barreau*

[33] En 2004, le Barreau a déclenché une enquête sur la conduite de M. Groia durant le procès de M. Felderhof. Il a ouvert l’enquête de son propre chef; aucune plainte indépendante n’ayant été déposée contre M. Groia. À la demande de ce dernier, le Barreau a reporté son enquête à l’issue du procès de M. Felderhof. Le 18 novembre 2009, soit plus de neuf ans après le début de ce procès, le Barreau a intenté des procédures disciplinaires contre M. Groia, alléguant un manquement professionnel sur le fondement de son comportement irrespectueux durant la première phase du procès.

[34] The professional misconduct allegations were first litigated before a three-member panel of the Law Society (the Hearing Panel). Mr. Groia testified in his own defence. The Hearing Panel concluded that allowing Mr. Groia to re-litigate the propriety of his conduct was an abuse of process given Campbell J.'s and Rosenberg J.A.'s findings on the issue — this despite the fact that Mr. Groia was not a party to the judicial review proceedings and made no submissions on his own behalf in defence of his behaviour. Relying heavily on those findings, the Hearing Panel found Mr. Groia guilty of professional misconduct: Law Society Hearing Panel, 2012 ONLSHP 94 (“H.P. reasons”). It suspended Mr. Groia’s licence to practice law for two months and ordered him to pay nearly \$247,000 in costs: Hearing Panel decision on penalty, 2013 ONLSHP 59.

[35] Mr. Groia appealed the Hearing Panel’s decision to the Law Society Appeal Panel. The Appeal Panel found that the Hearing Panel had erred in treating the Felderhof judicial review findings as conclusive and precluding Mr. Groia from defending his behaviour. At the request of both parties, the Appeal Panel considered the professional misconduct allegations against Mr. Groia *de novo* based on the record of proceedings before the Hearing Panel, including Mr. Groia’s testimony before that body.

[36] The Appeal Panel grappled with the issue of when in-court incivility amounts to professional misconduct under the Law Society’s codes of conduct in force at the relevant time.¹ It reasoned that incivility “capture[s] a range of unprofessional communications” (para. 6) and ultimately settled on a multifactorial, context-specific approach for assessing a lawyer’s behaviour. In particular, the Appeal Panel articulated a series of contextual factors — what the

[34] Les allégations de manquement professionnel ont d’abord été entendues par un comité formé de trois membres du Barreau (le comité d’audition). M. Groia a témoigné pour sa propre défense. Le comité d’audition a conclu que permettre à M. Groia de débattre de nouveau de la légitimité de sa conduite constituait un abus de procédure compte tenu des conclusions des juges Campbell et Rosenberg sur la question, et ce, malgré le fait que M. Groia n’était pas partie au contrôle judiciaire et n’a présenté aucune observation en défense pour justifier son comportement. S’appuyant fortement sur ces conclusions, le comité d’audition a trouvé M. Groia coupable de manquement professionnel : décision du comité d’audition, 2012 ONLSHP 94 (« motifs du comité d’audition »). Il a suspendu le permis de pratique de l’avocat pendant deux mois et lui a enjoint de payer près de 247 000 \$ en dépens : décision du comité d’audition sur la peine : 2013 ONLSHP 59.

[35] M. Groia a interjeté appel de la décision du comité d’audition devant le comité d’appel du Barreau. Ce dernier a conclu que le comité d’audition avait commis une erreur en considérant comme concluantes les conclusions du juge saisi du contrôle judiciaire et en empêchant M. Groia de défendre son comportement. À la demande des deux parties, le comité d’appel a examiné *de novo* les allégations de manquement professionnel visant M. Groia en se fondant sur le dossier du comité d’audition, y compris le témoignage que M. Groia avait rendu devant cette juridiction.

[36] Le comité d’appel a débattu de la question de savoir à quel moment une incivilité en cour équivaut à un manquement professionnel au sens du code de déontologie du Barreau en vigueur au moment pertinent¹. Il a conclu que l’incivilité [TRADUCTION] « englobe un éventail de communications manquant de professionnalisme » (par. 6) et a finalement adopté une méthode multifactorielle et axée sur le contexte pour évaluer le comportement d’un avocat. Plus

¹ Two sets of Law Society conduct rules were in force during the Felderhof proceedings: the *Professional Conduct Handbook*, effective January 30, 1987 to October 31, 2000, and the *Rules of Professional Conduct*, effective November 1, 2000 to September 30, 2014.

¹ Deux codes de déontologie ont été successivement en vigueur durant l’instance Felderhof : le *Code de déontologie*, en vigueur du 30 janvier 1987 au 31 octobre 2000, et le *Code de déontologie*, en vigueur du 1^{er} novembre 2000 au 30 septembre 2014.

lawyer said, the manner and frequency in which it was said, and the presiding judge's reaction to the lawyer's behaviour — that should generally be taken into account.

[37] In the final analysis, the Appeal Panel concluded that Mr. Groia was guilty of professional misconduct. As indicated, it based its finding entirely on the record before the Hearing Panel. Because the Appeal Panel did not hear Mr. Groia testify, it was not in a position to assess his credibility. It therefore assumed that Mr. Groia had made his allegations of professional impropriety against the OSC prosecutors in good faith, based on his testimony before the Hearing Panel. Nevertheless, it concluded that Mr. Groia's repeated personal attacks lacked a reasonable basis. While the Appeal Panel acknowledged that the prosecutors "were not entirely blameless", it could find nothing in the way the OSC conducted the trial that suggested it adopted a win-at-all-costs approach or intentionally sabotaged Mr. Groia's attempt to secure a fair trial for his client. The Appeal Panel reduced Mr. Groia's suspension to one month and decreased the costs award against him to \$200,000.

B. The Ontario Superior Court of Justice — Divisional Court, 2015 ONSC 686, 124 O.R. (3d) 1

[38] Mr. Groia appealed to the Divisional Court from the Appeal Panel's decision. The Divisional Court reasoned that the Appeal Panel's approach did not sufficiently protect resolute advocacy. In its view, for a lawyer to be found guilty of professional misconduct, it was necessary that the lawyer's behaviour bring, or have a tendency to bring, the administration of justice into disrepute. Nevertheless, the Divisional Court upheld the Appeal Panel's decision as reasonable. It found that the Appeal Panel considered all of the relevant factors and "expressed, in a fair, rational and understandable way, why [it] ultimately

particulièrement, le comité d'appel a énuméré une série de facteurs contextuels — les remarques que l'avocat a formulées, la manière dont elles ont été formulées et la fréquence à laquelle elles l'ont été, ainsi que la réaction du juge président l'audience face au comportement de l'avocat — qui devraient généralement être pris en considération.

[37] Dans son analyse finale, le comité d'appel a déclaré M. Groia coupable de manquement professionnel. Comme nous l'avons indiqué, cette conclusion reposait entièrement sur le dossier dont disposait le comité d'audition. Comme le comité d'appel n'a pas entendu le témoignage de M. Groia, il n'était pas en mesure d'évaluer sa crédibilité. Ses membres ont donc présumé que M. Groia avait formulé ses allégations de conduite répréhensible contre les avocats de la CVMO de bonne foi, sur le fondement de son témoignage devant le comité d'audition. Malgré cela, il a conclu que les attaques personnelles répétées de M. Groia n'étaient pas raisonnablement fondées. Bien que le comité d'appel ait reconnu que la conduite des avocats de la poursuite [TRADUCTION] « n'était pas entièrement irréprochable », rien dans la façon dont la CVMO a mené le procès ne donnait à penser qu'elle voulait gagner à tout prix ou qu'elle voulait sciemment saboter la tentative de M. Groia d'assurer que son client bénéficie d'un procès équitable. Le comité d'appel a réduit la suspension de M. Groia à un mois et le montant des dépens auxquels il a été condamné à 200 000 \$.

B. Cour supérieure de justice de l'Ontario — Cour divisionnaire, 2015 ONSC 686, 124 O.R. (3d) 1

[38] M. Groia a interjeté appel de la décision du comité d'appel devant la Cour divisionnaire. Celle-ci a conclu que l'approche adoptée par le comité d'appel ne protégeait pas suffisamment le droit de l'avocat de représenter son client avec vigueur. À son avis, pour qu'un avocat soit déclaré coupable de manquement professionnel, il est nécessaire que son comportement ait déconsidéré, ou été susceptible de déconsidérer, l'administration de la justice. La Cour divisionnaire a malgré tout confirmé la décision du comité d'appel au motif qu'elle était raisonnable. Elle a conclu que le comité d'appel avait tenu compte

concluded that the appellant’s conduct amounted to professional misconduct”: para. 97.

C. *The Court of Appeal for Ontario, 2016 ONCA 471, 131 O.R. (3d) 1*

[39] A majority of the Court of Appeal dismissed Mr. Groia’s further appeal. Cronk J.A., writing for the majority, identified reasonableness as the appropriate standard of review. In her view, nothing displaced the presumption of reasonableness that applied to the Appeal Panel’s interpretation of its enabling legislation.

[40] Justice Cronk found the Appeal Panel’s decision reasonable. It did not unduly impinge on a lawyer’s duty to resolutely advocate on his or her client’s behalf; it proportionately balanced the lawyer’s and client’s expressive freedoms; and it was not vague or ill-defined. According to Cronk J.A., the Appeal Panel’s finding of professional misconduct was amply justified. In her view, Mr. Groia’s conduct “exceeded even the most broadly defined reasonable boundaries of zealous advocacy”, “affected the orderly progression of the trial” and “contributed to the delay in the completion of the testimony of the first witness”: para. 211.

[41] Justice Brown, dissenting, disagreed with the majority’s position on both the standard of review and the application of that standard to the Appeal Panel’s decision. In his view, the fact that Mr. Groia’s conduct took place in court fundamentally altered the analysis. The primacy of the judiciary as arbiters of in-court conduct mandated correctness review to ensure that “courts remain the final umpires of the propriety of what barristers do in courtrooms”: para. 313.

[42] In Brown J.A.’s view, the Appeal Panel’s approach to determining whether a lawyer’s behaviour warrants professional sanction underemphasized the

de tous les facteurs pertinents et [TRADUCTION] « avait exprimé, d’une manière juste, rationnelle et compréhensible, pourquoi il avait conclu en définitive que la conduite de l’appelant équivalait à un manquement professionnel » : par. 97.

C. *La Cour d’appel de l’Ontario, 2016 ONCA 471, 131 O.R. (3d) 1*

[39] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont rejeté l’appel subséquent de M. Groia. La juge Cronk, s’exprimant au nom de la majorité, a indiqué que la norme qu’il convenait d’appliquer était celle de la décision raisonnable. À son avis, rien ne réfutait la présomption selon laquelle l’interprétation par le comité d’appel de sa loi habilitante était raisonnable.

[40] La juge Cronk a estimé que la décision du comité d’appel était raisonnable. Elle n’avait pas indûment porté atteinte au droit de l’avocat de représenter son client avec vigueur; elle avait fait une mise en balance proportionnée des droits à la liberté d’expression de l’avocat et de son client; et elle n’était pas vague ni mal définie. Selon la juge Cronk, la conclusion de manquement professionnel du comité d’appel était amplement justifiée. Selon elle, la conduite de M. Groia [TRADUCTION] « a dépassé les limites raisonnables même les plus largement définies d’une défense passionnée », « a miné la progression ordonnée du procès » et « a retardé le déroulement du témoignage du premier témoin » : par. 211.

[41] Le juge Brown, dissident, n’a pas souscrit à la position des juges majoritaires tant sur la norme de contrôle que sur l’application de celle-ci à la décision du comité d’appel. À son avis, le fait que M. Groia ait adopté la conduite en cause en cour a fondamentalement altéré l’analyse. La primauté des juges à titre d’arbitres de la conduite des personnes présentes en cour commandait l’utilisation de la norme de la décision correcte pour veiller à ce que [TRADUCTION] « les tribunaux demeurent les derniers arbitres de la bienséance dont font preuve les avocats dans la salle d’audience » : par. 313.

[42] Selon le juge Brown, la façon dont le comité d’appel s’y est pris pour déterminer si le comportement de l’avocat méritait une sanction professionnelle

effect of the lawyer's conduct on the fairness of the proceeding. Furthermore, it failed to give "meaningful consideration to the rulings made by the trial judge" and the "response of the barrister to those rulings": para. 360. Brown J.A. proposed a test that assessed the lawyer's conduct, its effect on the proceeding, and the presiding judge's response: para. 319. Applying that test, he would not have found Mr. Groia guilty of professional misconduct. Although Mr. Groia's personal attacks on the OSC prosecutors were improper, they did not undermine trial fairness. Mr. Groia largely complied with the trial judge's instructions to refrain from making invective-laced allegations. And after the Court of Appeal for Ontario administered a "public shaming", Phase Two of the trial proceeded without incident.

IV. Analysis

A. *The Standard of Review*

[43] This Court's decisions in *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247, at para. 42, and *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, at para. 45, establish that law society misconduct findings and sanctions are reviewed for reasonableness. That is the standard against which the Appeal Panel's decision is to be assessed.

[44] In the ordinary course, an established standard of review obviates the need for a full standard of review analysis: see *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 62. However, given the lower courts' conspicuous disagreement on the standard of review, in my view it is helpful to explain why a reasonableness standard applies.

[45] Setting threshold criteria for a finding of professional misconduct and assessing whether a lawyer's behaviour satisfies those criteria involve the

ne donnait pas assez d'importance à l'incidence de la conduite de celui-ci sur l'équité des procédures. De plus, cette approche n'a pas permis de [TRADUCTION] « véritablement tenir compte des conclusions tirées par le juge du procès » et de « la réaction de l'avocat face à ces conclusions » : par. 360. Le juge Brown a proposé l'application d'un test qui permet d'évaluer la conduite de l'avocat, ses effets sur l'équité des procédures et la réaction du juge présidant le procès face à la conduite : par. 319. En appliquant ce test, il n'aurait pas déclaré M. Groia coupable de manquement professionnel. Les attaques personnelles de ce dernier à l'endroit des avocats de la CVMO étaient effectivement inappropriées, mais elles n'ont pas miné l'équité du procès. M. Groia a essentiellement obtempéré aux directives du juge du procès de s'abstenir de formuler des allégations abusives. D'ailleurs, après que la Cour d'appel de l'Ontario l'a « vilipendé sur la place publique », la deuxième phase du procès s'est déroulée sans incidents.

IV. Analyse

A. *La norme de contrôle*

[43] Dans les arrêts *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247, par. 42, et *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, par. 45, la Cour a établi que la norme applicable aux conclusions de manquement professionnel tirées par un barreau ainsi qu'aux sanctions imposées à cet égard est celle de la décision raisonnable. C'est à la lumière de cette norme que doit être examinée la décision du comité d'appel.

[44] Habituellement, lorsqu'il est bien établi qu'une norme de contrôle est celle qui doit s'appliquer, il devient inutile de se lancer dans une analyse complète de la norme de contrôle : voir *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 62. Toutefois, compte tenu du désaccord manifeste entre les cours d'instances inférieures quant à la norme applicable, j'estime qu'il est utile d'expliquer pourquoi c'est celle de la décision raisonnable qui s'applique.

[45] Lorsqu'il fixe les conditions qui permettront de conclure à un manquement professionnel et qu'il évalue si le comportement de l'avocat respecte ces

interpretation of the Law Society’s home statute and the exercise of discretion under it and are thus presumptively entitled to deference. As I will explain, that presumption is not rebutted.

[46] This Court’s post-*Dunsmuir* jurisprudence has firmly entrenched the notion that decisions of specialized administrative bodies “interpreting [their] own statute or statutes closely connected to [their] function” are entitled to deference from courts, and are thus presumptively reviewed for reasonableness: *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135, at para. 55; see also *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293, at para. 22; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 46; and *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at para. 21.

[47] That presumption applies here. The Appeal Panel’s approach to determining when incivility amounts to professional misconduct and its application of that approach in assessing Mr. Groia’s conduct involve an interpretation of the *Rules of Professional Conduct* enacted under its home statute and the discretionary application of general principles to the facts before it. The Appeal Panel’s decision is thus presumptively reviewed for reasonableness.

[48] Mr. Groia, along with Brown J.A. in dissent, share the view that the presumption of reasonableness is rebutted in this case, albeit for different reasons. Mr. Groia argues that determining when incivility amounts to professional misconduct is a question of central importance outside the Law Society’s expertise. He also adopts Brown J.A.’s position that a crucial distinction exists between in-court and out-of-court conduct, necessitating correctness

conditions, le Barreau doit interpréter sa propre loi constitutive et exercer le pouvoir discrétionnaire qu’elle lui confère. Par conséquent, les conclusions qu’il tire à cet égard sont présumées commander la déférence. Comme je l’expliquerai, cette présomption n’a pas été réfutée en l’espèce.

[46] Dans la jurisprudence de la Cour qui a suivi l’arrêt *Dunsmuir*, il a été fermement établi que la décision d’un organisme administratif spécialisé qui « interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat » commande la déférence des cours de justice et que la norme de contrôle applicable à ces décisions est présumée être celle de la décision raisonnable : *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135, par. 55; voir également *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293, par. 22; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 46; et *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 21.

[47] Cette présomption s’applique en l’espèce. La méthode adoptée par le comité d’appel pour déterminer à quel moment une incivilité équivaut à un manquement professionnel et son application de cette méthode pour évaluer la conduite de M. Groia requiert l’interprétation du *Code de déontologie* édicté sous le régime de sa loi constitutive ainsi que l’application, à la discrétion du comité, de principes généraux aux faits qui lui ont été soumis. Il y a donc lieu de présumer que la norme de contrôle applicable à la décision du comité d’appel est celle de la décision raisonnable.

[48] M. Groia, tout comme le juge Brown dans ses motifs dissidents, est d’avis que la présomption de la norme de la décision raisonnable a été réfutée en l’espèce, mais pour différentes raisons. M. Groia fait valoir que la question de déterminer à quel moment une incivilité équivaut à un manquement professionnel est une question d’importance capitale étrangère au domaine d’expertise du Barreau. Il est également d’accord avec le juge Brown pour dire qu’il existe

review. With respect, I cannot accept these arguments.

(1) Question of Central Importance Outside of the Law Society's Expertise

[49] *Dunsmuir* identifies four narrow categories for which correctness review is appropriate. Only one is at issue here: questions of central importance to the legal system as a whole and outside the decision maker's expertise: *Dunsmuir*, at para. 60. Mr. Groia argues that determining when in-court behaviour amounts to professional misconduct falls under this category.

[50] Unquestionably, lawyers are vital to the proper functioning of the administration of justice in our free and democratic society. As Major J. observed in *R. v. McClure*, 2001 SCC 14 [2001] 1 S.C.R. 445, at para. 2:

The law is a complex web of interests, relationships and rules. The integrity of the administration of justice depends upon the unique role of the solicitor who provides legal advice to clients within this complex system.

By guiding clients through this “complex web of interests”, lawyers uphold the rule of law. They provide those subject to our legal system a means to self-determination under and through the law and guard against arbitrary or unjustified state action: see A. Woolley, *Understanding Lawyers' Ethics in Canada* (2nd ed. 2016), at pp. 33-35.

[51] As such, the permissible scope of their in-court behaviour is arguably of central importance to the legal system as a whole. But even assuming that this raises a question of central importance, it cannot be said that assessing whether incivility amounts to professional misconduct is outside the Law Society's expertise. To the contrary, law society disciplinary tribunals have significant expertise regulating the

une distinction essentielle entre la conduite en cour et la conduite hors cour, la première nécessitant un contrôle selon la norme de la décision correcte. Soit dit en tout respect, je ne puis accepter ces arguments.

(1) Question d'importance capitale et étrangère au domaine d'expertise du Barreau

[49] L'arrêt *Dunsmuir* relève quatre catégories de situations restreintes dans lesquelles il convient d'appliquer la norme de la décision correcte. Seule une catégorie est en cause en l'espèce : les questions d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangères au domaine d'expertise du décideur : *Dunsmuir*, par. 60. M. Groia fait valoir que la question de déterminer à quel moment un comportement en cour équivaut à un manquement professionnel relève de cette catégorie.

[50] Il va sans dire que les avocats sont indispensables à une saine administration de la justice dans notre société libre et démocratique. Comme l'a fait observer le juge Major dans l'arrêt *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, par. 2 :

Le droit est un écheveau complexe d'intérêts, de rapports et de règles. L'intégrité de l'administration de la justice repose sur le rôle unique de l'avocat qui donne des conseils juridiques à des clients au sein de ce système complexe.

En guidant leurs clients dans cet « écheveau complexe d'intérêts », les avocats maintiennent la primauté du droit. Ils assurent aux personnes assujetties à notre système juridique le droit à l'autodétermination en vertu des lois et les protègent contre les agissements arbitraires ou injustifiés de l'État : voir A. Woolley, *Understanding Lawyers' Ethics in Canada* (2^e éd. 2016), p. 33-35.

[51] Ainsi, on pourrait soutenir que les comportements admissibles des avocats en cour revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble. Cela dit, même si l'on présume que leurs comportements soulèvent une question d'importance capitale, on ne saurait affirmer qu'évaluer si une incivilité équivaut à un manquement professionnel est une question étrangère au domaine

legal profession: *Green v. Law Society of Manitoba*, 2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360, at para. 25; *Ryan*, at para. 42. One of the Law Society’s core functions “is to establish general rules applicable to all members to ensure ethical conduct, protect the public and discipline lawyers who breach the rules”: *Canadian National Railway Co. v. McKercher LLP*, 2013 SCC 39, [2013] 2 S.C.R. 649, at para. 15; see also *Law Society Act*, R.S.O. 1990, c. L.8, s. 4.1. And the Law Society has over two centuries of institutional expertise fulfilling this mandate.

[52] Moreover, Law Society disciplinary panels are composed, in part, of other lawyers. As Cory J. remarked in *Re Stevens and Law Society of Upper Canada* (1979), 55 O.R. (2d) 405 (H.C.J.), at p. 410: “Probably no one could approach a complaint against a lawyer with more understanding than a group composed primarily of members of his profession.” This understanding comes from experience. Lawyers are “keenly aware of the problems and frustrations that confront a practitioner”: *Stevens*, at p. 410.

(2) In-Court Versus Out-of-Court Conduct

[53] Even where the question under review does not fit neatly into one of the four *Dunsmuir* correctness categories, “a contextual analysis” that reveals a legislative intent not to defer to a tribunal’s decision may nonetheless rebut the presumption of reasonableness: *McLean*, at para. 22; *Edmonton East*, at para. 32; *Saguenay*, at para. 46. Brown J.A. and Mr. Groia refer to one particular contextual factor: Mr. Groia’s uncivil behaviour took place in a courtroom. In their view, reviewing professional misconduct findings based on in-court behaviour for reasonableness impermissibly infringes on judicial independence. They maintain that in assessing whether courtroom conduct crosses the line, correctness review is required to ensure “the court has the

d’expertise du Barreau. Au contraire, les tribunaux disciplinaires des barreaux ont l’expertise voulue pour réglementer la profession juridique : *Green c. Société du Barreau du Manitoba*, 2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360, par. 25; *Ryan*, par. 42. L’une des fonctions principales du Barreau est d’établir « des règles générales applicables à tous les membres pour assurer l’éthique professionnelle, protéger le public et imposer des sanctions disciplinaires aux avocats qui enfreignent les règles » : *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher LLP*, 2013 CSC 39, [2013] 2 R.C.S. 649, par. 15; voir également l’art. 4.1 de la *Loi sur le Barreau*, L.R.O. 1990, c. L.8. Qui plus est, le Barreau remplit ce mandat depuis plus de deux siècles, possédant ainsi une expertise institutionnelle approfondie.

[52] En outre, les comités de discipline du Barreau sont formés, en partie, d’autres avocats. Comme le juge Cory l’a fait remarquer dans la décision *Re Stevens and Law Society of Upper Canada* (1979), 55 O.R. (2d) 405 (H.C.J.), p. 410 : [TRADUCTION] « Il n’y a sans doute personne qui puisse aborder une plainte contre un avocat avec plus de compréhension qu’un groupe formé principalement de membres de sa profession. » Cette compréhension découle de leur expérience. Les avocats sont « bien conscients des problèmes et des frustrations auxquels les juristes sont confrontés » : *Stevens*, p. 410.

(2) La conduite en cour par opposition à la conduite hors cour

[53] Même lorsque la question faisant l’objet du contrôle ne s’inscrit pas parfaitement dans l’une des catégories qui commandent le recours à la norme de la décision correcte établie dans l’arrêt *Dunsmuir*, « une analyse contextuelle » qui révèle l’intention du législateur de ne pas faire montre de retenue envers la décision d’un tribunal peut néanmoins écarter la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable : *McLean*, par. 22; *Edmonton East*, par. 32; et *Saguenay*, par. 46. Le juge Brown et M. Groia font référence à un facteur contextuel en particulier : soit que ce dernier a adopté le comportement irrespectueux dans une salle d’audience. À leur avis, appliquer la norme de la décision raisonnable à une conclusion de manquement professionnel sur le

last word in answering the question”: *Groia ONCA*, at para. 280, per Brown J.A.

[54] With respect, the fact that Mr. Groia’s uncivil behaviour took place in a courtroom is, in my view, irrelevant to determining the standard of review. To be sure, the independence of the judiciary is a constitutional cornerstone: *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at pp. 69-73. Crucial to the principle of judicial independence is the presiding judge’s power to control his or her courtroom. However, I do not see a deferential standard of review as threatening that power.

[55] In this regard, I agree with Cronk J.A. that “the application of the reasonableness standard of review in cases like this one in no way intrudes on a presiding judge’s authority to control the process in his or her courtroom”: para. 67. Courts and law societies enjoy concurrent jurisdiction to regulate and enforce standards of courtroom behaviour. A trial judge is free to control the conduct in his or her courtroom irrespective of the degree of deference accorded to a law society’s disciplinary decision by a different court.

[56] To be clear, the location of the impugned behaviour is unquestionably relevant to the misconduct analysis itself. As I will explain, the fact that the behaviour occurs in a courtroom is an important contextual factor that must be taken into account when evaluating whether that behaviour amounted to professional misconduct; but it does not impact on the standard of review.

fondement d’un comportement en cour constitue un empiètement inadmissible sur l’indépendance judiciaire. Ils affirment que pour évaluer si une conduite en salle d’audience dépasse les bornes, la norme de la décision correcte doit être appliquée pour veiller à ce que [TRADUCTION] « la cour ait le dernier mot lorsqu’elle répond à la question » : *Groia* (C.A. Ont.), par. 280, le juge Brown.

[54] À mon humble avis, le fait que M. Groia a adopté le comportement irrespectueux dans une salle d’audience n’est pas pertinent pour décider quelle est la norme de contrôle applicable. Certes, l’indépendance judiciaire est l’une des pierres angulaires du droit constitutionnel : *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, p. 69-73; et le pouvoir du juge de contrôler le déroulement de l’instance dans sa salle d’audience est essentiel au principe de l’indépendance judiciaire. Je ne crois pas pour autant que le recours à la norme de contrôle qui commande la déférence menace ce pouvoir.

[55] À cet égard, je conviens avec la juge Cronk que [TRADUCTION] « l’application de la norme de la décision raisonnable dans des cas comme celui qui nous occupe n’empiète d’aucune manière sur le pouvoir du juge de contrôler le déroulement de l’instance dans sa salle d’audience » : par. 67. Les tribunaux et les barreaux ont compétence concurrente pour régler le comportement dans la salle d’audience et pour appliquer des normes à cet égard. Le juge du procès est libre de contrôler le déroulement de l’instance dans sa salle d’audience sans égard au degré de déférence qu’une autre cour accordera à la décision disciplinaire d’un barreau.

[56] En clair, il ne fait aucun doute que l’endroit où le comportement reproché a été adopté doit être examiné dans l’analyse de l’inconduite elle-même. Comme je l’expliquerai, le fait que cela se soit déroulé dans la salle d’audience est un facteur contextuel important qui doit être pris en considération lorsqu’on évalue si ce comportement équivaut à un manquement professionnel; il n’a toutefois aucune incidence sur la norme de contrôle applicable.

[57] In sum, the Appeal Panel's decision is reviewed for reasonableness.

B. *Was the Appeal Panel's Decision Reasonable?*

(1) The Appeal Panel's Approach

[58] To determine whether the Appeal Panel's decision was reasonable, i.e. whether it fell within a range of reasonable outcomes, it is necessary to explore how the Appeal Panel reached its result. In this case, as is apparent from its reasons, the Appeal Panel first developed an approach for assessing whether a lawyer's behaviour crosses the line into professional misconduct on the basis of incivility. Having done so, it then evaluated whether Mr. Groia was guilty of professional misconduct.

[59] The Appeal Panel took a context-specific approach to evaluating a lawyer's in-court behaviour. In particular, it considered whether Mr. Groia's allegations were made in good faith and had a reasonable basis. It also identified the frequency and manner in which Mr. Groia made his submissions and the trial judge's reaction to Mr. Groia's behaviour as relevant considerations.

[60] Mr. Groia maintains that the Appeal Panel's approach led to an unreasonable result. Several interveners join him, pointing to perceived weaknesses in different aspects of the Appeal Panel's approach and urging this Court to adopt their preferred approaches for evaluating a lawyer's conduct.

[61] These arguments can be broadly grouped into four categories. First, the Appeal Panel's approach does not appropriately balance civility and resolute advocacy. Second, it does not provide enough guidance to lawyers. Third, it does not properly account for the presiding judge's reaction to the lawyer's

[57] En somme, la norme de contrôle applicable à la décision du comité d'appel est celle de la décision raisonnable.

B. *La décision du comité d'appel était-elle raisonnable?*

(1) La méthode utilisée par le comité d'appel

[58] Pour décider si la décision du comité d'appel était raisonnable, c.-à-d. si elle se situe dans l'éventail des solutions raisonnables possibles, il est nécessaire d'examiner comment il en est arrivé au résultat qu'il a formulé. En l'espèce, comme il appert de ses motifs, le comité d'appel a d'abord élaboré une méthode pour analyser si le comportement d'un avocat franchit la ligne du manquement professionnel pour incivilité. Ensuite, il a évalué si M. Groia s'est rendu coupable d'un tel manquement.

[59] Le comité d'appel a adopté une méthode axée sur le contexte pour évaluer le comportement adopté par un avocat en salle d'audience. Plus particulièrement, il s'est demandé si les allégations de M. Groia avaient été faites de bonne foi et étaient raisonnablement fondées. Le comité d'appel a aussi estimé que la fréquence à laquelle M. Groia a formulé ses observations, la façon dont il l'a fait et la réaction du juge du procès quant au comportement en cause était des considérations pertinentes.

[60] M. Groia soutient que la méthode utilisée par le comité d'appel a mené à un résultat déraisonnable. Plusieurs intervenants se joignent à lui, soulignant ce qu'ils perçoivent comme des faiblesses dans divers aspects de cette méthode et invitant la Cour à adopter les méthodes qu'ils préconisent pour évaluer la conduite d'un avocat.

[61] Ces arguments peuvent, dans les grandes lignes, être regroupés en quatre catégories. Premièrement, la méthode du comité d'appel ne mettrait pas en balance comme il se doit la civilité et le droit de défendre un client avec vigueur. Deuxièmement, elle ne guiderait pas suffisamment les avocats.

behaviour and judicial independence. Fourth, it disproportionately balances the Law Society's statutory mandate with the lawyer's right to free expression.

[62] For the reasons that follow, I would reject these submissions. When developing an approach for assessing whether incivility amounts to professional misconduct, the Appeal Panel recognized the importance of civility while remaining sensitive to the lawyer's duty of resolute advocacy — a duty of particular importance in the criminal context because of the client's constitutional right to make full answer and defence. Its context-specific approach is flexible enough to assess allegedly uncivil behaviour arising out of the diverse array of situations in which courtroom lawyers find themselves. At the same time, the Appeal Panel set a reasonably precise benchmark that instructs lawyers as to the permissible bounds of ethical courtroom behaviour, articulating a series of factors that ought generally to be considered when evaluating a lawyer's conduct and describing how those factors operate when assessing a lawyer's behaviour. Finally, the Appeal Panel's approach allows law society disciplinary tribunals to proportionately balance the lawyer's expressive freedom with its statutory mandate in any given case.

(a) *The Appeal Panel Recognized the Importance of Civility*

[63] To begin, when developing its approach, the Appeal Panel recognized the importance of civility to the legal profession and the corresponding need to target behaviour that detrimentally affects the administration of justice and the fairness of a particular proceeding. The duty to practice with civility has long been embodied in the legal profession's collective

Troisièmement, elle ne tiendrait pas correctement compte de la réaction du juge qui a présidé l'audience face au comportement de l'avocat et de l'indépendance judiciaire. Quatrièmement, elle ferait pencher la balance de manière disproportionnée pour le mandat que confère la loi au Barreau au détriment du droit de l'avocat à la liberté d'expression.

[62] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter ces arguments. Lorsqu'il a élaboré une méthode pour évaluer si une incivilité équivaut à un manquement professionnel, le comité d'appel a reconnu l'importance de la civilité tout en demeurant attentif à l'obligation de l'avocat de représenter son client avec vigueur — une obligation particulièrement importante en contexte criminel en raison du droit constitutionnel du client de présenter une défense pleine et entière. Sa méthode axée sur le contexte est suffisamment souple pour évaluer le comportement dit irrespectueux découlant des diverses situations dans lesquelles les avocats peuvent se trouver en salle d'audience. Du même coup, le comité d'appel a fixé un point de repère raisonnablement précis qui indique aux avocats les limites permises du comportement éthique en salle d'audience, en énonçant une série de facteurs qui doivent généralement être examinés pour évaluer la conduite de l'avocat et en décrivant comment ces facteurs s'appliquent lorsqu'il s'agit de procéder à cette évaluation. Enfin, la méthode appliquée par le comité d'appel permet aux tribunaux disciplinaires des barreaux de faire une mise en balance proportionnée de la liberté d'expression de l'avocat, d'une part, et du mandat que lui confie la loi, d'autre part.

a) *Le comité d'appel a reconnu l'importance de la civilité*

[63] Tout d'abord, lorsqu'il a élaboré sa méthode, le comité d'appel a reconnu l'importance de la civilité dans l'exercice de la profession juridique et le besoin correspondant de cibler les comportements qui nuisent à l'administration de la justice et à l'équité des procès. L'obligation de pratiquer avec civilité est ancrée depuis longtemps dans la conscience collective de la

conscience² — and for good reason. Civility has been described as “the glue that holds the adversary system together, that keeps it from imploding”: Morden A.C.J.O., “Notes for Convocation Address — Law Society of Upper Canada, February 22, 2001”, in Law Society of Upper Canada, ed., *Plea Negotiations: Achieving a “Win-Win” Result* (2003), at pp. 1-10 to 1-11. Practicing law with civility brings with it a host of benefits, both personal and to the profession as a whole. Conversely, incivility is damaging to trial fairness and the administration of justice in a number of ways.

[64] First, incivility can prejudice a client’s cause. Overly aggressive, sarcastic, or demeaning courtroom language may lead triers of fact, be they judge or jury, to view the lawyer — and therefore the client’s case — unfavourably. Uncivil communications with opposing counsel can cause a breakdown in the relationship, eliminating any prospect of settlement and increasing the client’s legal costs by forcing unnecessary court proceedings to adjudicate disputes that could have been resolved with a simple phone call. As one American commentator aptly wrote:

Conduct that may be characterized as uncivil, abrasive, hostile, or obstructive necessarily impedes the goal of resolving conflicts rationally, peacefully, and efficiently, in turn delaying or even denying justice . . . This mindset eliminates peaceable dealings and often forces dilatory, inconsiderate tactics that detract from just resolution.

(K. A. Nagorney, “A Noble Profession? A Discussion of Civility Among Lawyers” (1999), 12 *Geo. J. Legal Ethics* 815, at p. 817)

² The first codified set of Canadian legal ethics implored lawyers that their behaviour “should be characterized by courtesy and good faith”: W.W. Pue, “Becoming ‘Ethical’: Lawyers’ Professional Ethics in Early Twentieth Century Canada”, in D. Gibson and W.W. Pue, eds., *Glimpses of Canadian Legal History* (1991), 237, at p. 276. Today, every provincial and territorial law society imposes a duty of civility in its code of professional conduct. The Law Society’s *Rules of Professional Conduct* in force at the time of the Felderhof trial stated that “[a] lawyer shall be courteous, civil, and act in good faith . . . with all persons with whom the lawyer has dealings in the course of litigation”: r. 4.01(6).

profession juridique² — et pour cause. C’est elle qui [TRADUCTION] « assure la cohésion du système contradictoire et l’empêche d’imploder » : le juge en chef adjoint Morden, « Allocution à l’occasion d’une remise de diplômes — Barreau du Haut-Canada, 22 février 2001 », dans Barreau du Haut-Canada, dir., *Plea Negotiations: Achieving a « Win-Win » Result* (2003), p. 1-10 à 1-11. Pratiquer le droit avec civilité comporte de nombreux avantages, tant pour les individus en cause que pour la profession dans son ensemble. À l’inverse, l’incivilité nuit à l’équité du procès et à l’administration de la justice de plusieurs façons.

[64] Premièrement, l’incivilité peut porter préjudice à la cause du client. L’avocat qui tient des propos trop agressifs, sarcastiques ou humiliants dans une salle d’audience peut donner un éclairage défavorable de sa personne — et donc de la cause du client — aux yeux du juge des faits, qu’il s’agisse d’un juge ou d’un jury. Les communications dénuées de civilité avec l’avocat de la partie adverse peuvent entraîner une rupture dans la relation, ce qui élimine tout espoir de règlement et augmente les frais juridiques du client en forçant inutilement les tribunaux à régler des conflits qui auraient pu se régler par un simple appel téléphonique. Comme l’a judicieusement écrit une auteure américaine :

[TRADUCTION] Une conduite incivile, abrasive, hostile ou récalcitrante nuit forcément à la réalisation de l’objectif de régler les conflits de façon rationnelle, pacifique et efficace et cause plutôt des retards, voire des dénis de justice [. . .] Cet état d’esprit empêche les rapports pacifiques et emporte souvent des tactiques dilatoires et désobligeantes qui réduisent les chances de règlement équitable des litiges.

(K. A. Nagorney, « A Noble Profession? A Discussion of Civility Among Lawyers » (1999), 12 *Geo. J. Legal Ethics* 815, p. 817)

² Le premier ensemble de règles de déontologie destiné aux juristes au Canada enjoignait aux avocats d’adopter un comportement qui [TRADUCTION] « [devait] se caractériser par la courtoisie et la bonne foi » : W. W. Pue, « Becoming “Ethical” : Lawyers’ Professional Ethics in Early Twentieth Century Canada », dans D. Gibson et W. W. Pue, dir., *Glimpses of Canadian Legal History* (1991), 237, p. 276. Aujourd’hui, tous les barreaux provinciaux et territoriaux imposent un devoir de civilité dans leur code de déontologie. Le *Code de déontologie* du Barreau en vigueur au moment du procès de M. Felderhof prévoyait ce qui suit : « L’avocat fait preuve de courtoisie, de civilité et de bonne foi envers [. . .] toutes les personnes avec qui il entre en contact en cours d’instance » : par. 4.01(6).

[65] Second, incivility is distracting. A lawyer forced to defend against constant allegations of impropriety will naturally be less focused on arguing the case. Uncivil behaviour also distracts the triers of fact by diverting their attention away from the substantive merits of the case. The trial judge risks becoming preoccupied with policing counsel's conduct instead of focusing on the evidence and legal issues: Justice Michael Code, "Counsel's Duty of Civility: An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System" (2007), 11 *Can. Crim. L.R.* 97, at p. 105.

[66] Third, incivility adversely impacts other justice system participants. Disparaging personal attacks from lawyers — whether or not they are directed at a witness — can exacerbate the already stressful task of testifying at trial.

[67] Finally, incivility can erode public confidence in the administration of justice — a vital component of an effective justice system: *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 689. Inappropriate vitriol, sarcasm and baseless allegations of impropriety in a courtroom can cause the parties, and the public at large, to question the reliability of the result: see *Felderhof ONCA*, at para. 83; *Marchand (Litigation Guardian of) v. Public General Hospital Society of Chatham* (2000), 51 O.R. (3d) 97, at para. 148. Incivility thus diminishes the public's perception of the justice system as a fair dispute-resolution and truth-seeking mechanism.

[68] The Appeal Panel was alive to the profound importance of civility in the legal profession when developing its approach. It recognized that "civility" protects and enhances the administration of justice" (para. 211), targeting behaviour that could call into question trial fairness and the public's perception of the administration of justice (paras. 228 and 230-31).

[69] Mr. Groia and various interveners argue that the Appeal Panel should have gone further. Like the Divisional Court, they would require that before

[65] Deuxièmement, l'incivilité dérange. L'avocat qui est forcé de se défendre contre des allégations incessantes d'inconduite sera naturellement moins concentré pour plaider. Un comportement irrespectueux dérange également les juges des faits en détournant leur attention du bien-fondé de l'affaire. Qui plus est, le juge du procès risque d'être davantage préoccupé par la conduite de l'avocat que par la preuve et les questions juridiques : le juge Michael Code, « Counsel's Duty of Civility : An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System » (2007), 11 *Rev. Can. D.P.* 97, p. 105.

[66] Troisièmement, l'incivilité nuit aux autres intervenants du système judiciaire. Les attaques personnelles désobligeantes des avocats — qu'elles soient adressées ou non à un témoin — peuvent exacerber la tâche déjà stressante de témoigner lors d'un procès.

[67] Enfin, l'incivilité peut miner la confiance du public dans l'administration de la justice — une composante essentielle d'un système judiciaire efficace : *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 689. Les propos virulents, le sarcasme et les allégations non fondées d'inconduite dans une salle d'audience peuvent mener les parties, et le public en général, à remettre en cause la fiabilité du résultat : voir *Felderhof* (C.A. Ont.), par. 83; *Marchand (Litigation Guardian of) c. Public General Hospital Society of Chatham* (2000), 51 O.R. (3d) 97, par. 148. Ainsi, l'incivilité ternit la façon dont le public devrait percevoir le système judiciaire, soit comme un système qui assure le règlement équitable des litiges et qui constitue un mécanisme de recherche de la vérité.

[68] Le comité d'appel a tenu compte de la grande importance de la civilité dans l'exercice de la profession juridique lorsqu'il a élaboré sa méthode. Il a reconnu qu'elle [TRADUCTION] « protège et rehausse l'administration de la justice » (par. 211), ciblant le comportement qui pourrait remettre en doute l'équité du procès et la perception qu'a le public de l'administration de la justice : par. 228 et 230-231.

[69] M. Groia et divers intervenants font valoir que le comité d'appel aurait dû aller plus loin. À l'instar de la Cour divisionnaire, ils auraient exigé

a lawyer can be found guilty of professional misconduct, the lawyer's behaviour must bring the administration of justice into disrepute or impact trial fairness. With respect, I would not give effect to their arguments. I echo the comments of Cronk J.A. that such a requirement is "unnecessary and unduly restrictive": *Groia ONCA*, para. 169. The Appeal Panel's approach targets conduct that tends to compromise trial fairness and bring the administration of justice into disrepute, making an explicit requirement unnecessary. Moreover, uncivil behaviour worthy of sanction may not have a perceptible impact on the fairness of the particular proceeding. Finally, in my view, requiring the Law Society to evaluate the fairness of a proceeding would shift the focus away from the lawyer's behaviour and inappropriately imbue the Law Society with a judicial function.

(b) *The Appeal Panel Accounted for the Relationship Between Civility and Resolute Advocacy*

[70] Second, in developing its approach, the Appeal Panel was sensitive to the lawyer's duty of resolute advocacy and the client's constitutional right to make full answer and defence. It held that "the word 'civility' should not be used to discourage fearless advocacy" (par. 211) and was careful to create an approach which ensured "that the vicissitudes that confront courtroom advocates are fairly accounted for so as not to create a chilling effect on zealous advocacy" (para. 232).

[71] Although of doubtless importance, the duty to practice with civility is not a lawyer's sole ethical mandate. Rather, it exists in concert with a series of professional obligations that both constrain and compel a lawyer's behaviour. The duty of civility must be understood in light of these other obligations. In particular, standards of civility cannot compromise the lawyer's duty of resolute advocacy.

que pour qu'un avocat puisse être déclaré coupable de manquement professionnel, son comportement doit déconsidérer l'administration de la justice ou avoir une incidence sur l'équité du procès. Soit dit avec respect, je ne retiens pas leurs arguments. Je répète les commentaires de la juge Cronk selon lesquels pareille exigence est [TRADUCTION] « inutile et indûment contraignante » : *Groia* (C.A. Ont.), par. 169. La méthode adoptée par le comité d'appel cible la conduite qui tend à compromettre l'équité du procès et à déconsidérer l'administration de la justice, rendant l'exigence explicite inutile. De plus, le comportement irrespectueux qui mérite une sanction pourrait avoir une incidence qui n'est pas perceptible sur l'équité du procès. Enfin, à mon sens, exiger que le Barreau évalue l'équité du procès ferait passer en second plan le comportement de l'avocat et conférerait indûment au Barreau une fonction judiciaire.

b) *Le comité d'appel a tenu compte de la relation entre la civilité et l'obligation de représenter son client avec vigueur*

[70] Ensuite, en élaborant sa méthode, le comité d'appel a tenu compte de l'obligation de l'avocat de représenter son client avec vigueur et du droit constitutionnel de ce dernier de présenter une défense pleine et entière. Il a conclu que [TRADUCTION] « le mot "civilité" ne devrait pas être utilisé pour décourager les avocats de représenter résolument leur client » (par. 211) et s'est assuré de créer une méthode qui veillait à ce que « les tribulations auxquelles sont confrontés les avocats en salle d'audience soient équitablement prises en compte d'une manière qui ne freine pas la passion avec laquelle ils défendent leurs clients » : par. 232.

[71] Bien que son importance soit certaine, le devoir de pratiquer avec civilité n'est pas le seul mandat déontologique de l'avocat. En fait, il existe de concert avec une série d'obligations professionnelles qui à la fois restreignent et dictent le comportement de l'avocat. Le devoir d'agir avec civilité doit être interprété à la lumière de ces autres obligations. Plus particulièrement, les normes de civilité ne peuvent compromettre l'obligation de l'avocat de représenter son client avec vigueur.

[72] The importance of resolute advocacy cannot be overstated. It is a vital ingredient in our adversarial justice system — a system premised on the idea that forceful partisan advocacy facilitates truth-seeking: see e.g. *Phillips v. Ford Motor Co.* (1971), 18 D.L.R. (3d) 641, at p. 661. Moreover, resolute advocacy is a key component of the lawyer’s commitment to the client’s cause, a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms: Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401, at paras. 83-84.

[73] Resolute advocacy requires lawyers to “raise fearlessly every issue, advance every argument and ask every question, however distasteful, that the lawyer thinks will help the client’s case”: *Federation of Law Societies of Canada, Model Code of Professional Conduct* (online), r. 5.1-1 commentary 1. This is no small order. Lawyers are regularly called on to make submissions on behalf of their clients that are unpopular and at times uncomfortable. These submissions can be met with harsh criticism — from the public, the bar, and even the court. Lawyers must stand resolute in the face of this adversity by continuing to advocate on their clients’ behalf, despite popular opinion to the contrary.

[74] The duty of resolute advocacy takes on particular salience in the criminal law context. Criminal defence lawyers are the final frontier between the accused and the power of the state. As Cory J. noted in *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation* (2001), at p. 53:

It cannot be forgotten that it is often only the Defence Counsel who stands between the lynch mob and the accused. Defence Counsel must be courageous, not only in the face of an outraged and inflamed community, but also, on occasion, the apparent disapproval of the Court.

[72] L’importance de l’obligation de l’avocat de représenter son client avec vigueur ne peut être sur-estimée. Il s’agit d’un élément fondamental de notre système de justice contradictoire — un système qui repose sur le principe qu’une défense vigoureuse des intérêts du client facilite la recherche de la vérité : voir, p. ex., *Phillips c. Ford Motor Co.* (1971), 18 D.L.R. (3d) 641, p. 661. De plus, cette obligation de l’avocat est une composante essentielle du devoir de ce dernier de se dévouer à la cause de son client, un principe de justice fondamentale garanti par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés : Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401, par. 83-84.

[73] L’obligation de représenter le client avec vigueur impose à l’avocat « de soulever résolument tous les points, de faire valoir tous les arguments et de poser toutes les questions, si déplaisantes soient-elles, qui, selon [lui], aideront la cause de son client » : *Code type de déontologie professionnelle* de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada (en ligne), art. 5.1-1, commentaire 1. Il s’agit d’un mandat de taille. Les avocats sont régulièrement appelés à présenter au nom de leurs clients des observations qui sont impopulaires et parfois inconfortables. Ces observations peuvent être sévèrement critiquées — par le public, par le barreau, et même par le tribunal. Les avocats doivent demeurer fermes face à cette adversité en continuant de défendre les intérêts de leurs clients, malgré la forte opinion contraire.

[74] L’obligation de l’avocat de représenter son client avec vigueur revêt une importance particulière dans le contexte criminel. En effet, les avocats de la défense sont l’ultime frontière entre l’accusé et le pouvoir de l’État. Comme le juge Cory l’a fait remarquer dans *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow : The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation* (2001), p. 53 :

[TRANSLATION] N’oublions pas que l’avocat de la défense se retrouve souvent seul entre les lyncheurs et l’accusé. L’avocat de la défense doit être courageux, non seulement devant une communauté indignée et enflammée, mais également, à l’occasion, face à la désapprobation apparente de la cour.

[75] For criminal defence lawyers, fearless advocacy extends beyond ethical obligations into the realm of constitutional imperatives. As the intervenor the Criminal Lawyers' Association of Ontario ("CLAO") notes, defence lawyers advancing the accused's right to make full answer and defence "are frequently required to criticize the way state actors do their jobs": *Quebec (Director of Criminal and Penal Prosecutions) v. Jodoin*, 2017 SCC 26, [2017] 1 S.C.R. 478, at para. 32; *Doré*, at paras. 64-66. These criticisms range from routine *Charter* applications — alleging, for example, an unconstitutional search, detention, or arrest — to serious allegations of prosecutorial misconduct. Defence lawyers must have sufficient latitude to advance their clients' right to make full answer and defence by raising arguments about the propriety of state actors' conduct without fear of reprisal.

[76] In saying this, I should not be taken as endorsing incivility in the name of resolute advocacy. In this regard, I agree with both Cronk J.A. and Rosenberg J.A. that civility and resolute advocacy are not incompatible: see *Groia ONCA*, at paras. 131-39; *Felderhof ONCA*, at paras. 83 and 94. To the contrary, civility is often the most effective form of advocacy. Nevertheless, when defining incivility and assessing whether a lawyer's behaviour crosses the line, care must be taken to set a sufficiently high threshold that will not chill the kind of fearless advocacy that is at times necessary to advance a client's cause. The Appeal Panel recognized the need to develop an approach that would avoid such a chilling effect.

(c) *The Appeal Panel's Approach Is Both Flexible and Precise*

[77] The Appeal Panel developed an approach that is both flexible and precise. A rigid definition of when incivility amounts to professional misconduct in the courtroom is neither attainable nor desirable.

[75] Pour les avocats criminalistes, l'obligation de représenter résolument le client dépasse les obligations déontologiques et repose sur des impératifs constitutionnels. Comme la Criminal Lawyers' Association of Ontario (« CLAO »), intervenante, le fait remarquer, les avocats de la défense qui invoquent le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière [TRADUCTION] « sont fréquemment tenus de critiquer la façon dont les acteurs de l'État font leur travail » : *Québec (Directeur des poursuites criminelles et pénales) c. Jodoin*, 2017 CSC 26, [2017] 1 R.C.S. 478, par. 32; *Doré*, par. 64-66. Ces critiques varient de simples demandes fondées sur la *Charte* — dans lesquelles on allègue, par exemple, une fouille, une détention ou une arrestation inconstitutionnelle — aux graves allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite. Les avocats de la défense doivent avoir suffisamment de latitude pour invoquer le droit de leurs clients de présenter une défense pleine et entière en soulevant, sans craindre des représailles, des arguments sur la légitimité de la conduite des acteurs de l'État.

[76] Cela dit, il ne faut pas croire que j'approuve l'incivilité au nom de l'obligation de l'avocat de représenter son client avec vigueur. À cet égard, je conviens avec les juges Cronk et Rosenberg que la civilité et l'obligation de l'avocat de représenter son client avec vigueur ne sont pas incompatibles : voir *Groia* (C.A. Ont.), par. 131-139; *Felderhof* (C.A. Ont.), par. 83 et 94. Au contraire, la civilité est souvent le moyen le plus efficace pour représenter un client. Quoiqu'il en soit, lorsqu'il convient de définir l'incivilité et d'évaluer si le comportement de l'avocat dépasse les bornes, il faut s'assurer d'établir un seuil suffisamment élevé pour éviter de décourager l'avocat de défendre son client avec la fermeté qui est parfois nécessaire pour faire progresser sa cause. Le comité d'appel a reconnu la nécessité d'élaborer une méthode qui éviterait un tel effet décourageant.

c) *La méthode adoptée par le comité d'appel est souple et précise*

[77] Le comité d'appel a élaboré une méthode qui est à la fois souple et précise. Il n'est pratiquement pas possible ni même souhaitable de définir strictement à quel moment une incivilité dans la salle

Rather, determining whether a lawyer's behaviour warrants a finding of professional misconduct must remain a context-specific inquiry that is flexible enough to assess behaviour arising from the diverse array of situations in which lawyers find themselves.

[78] And yet standards of civility must be articulated with a reasonable degree of precision. An overly vague or open-ended test for incivility risks eroding resolute advocacy. Prudent lawyers will steer clear of a blurry boundary to avoid a potential misconduct finding for advancing arguments that may rightly be critical of other justice system participants. In contrast, a standard that is reasonably ascertainable gives lawyers a workable definition which they can use to guide their behaviour. It also guides law society disciplinary tribunals in their task of determining whether a lawyer's behaviour amounts to professional misconduct.

[79] The Appeal Panel's approach strikes a reasonable balance between flexibility and precision. The Appeal Panel described its approach to assessing whether a lawyer's uncivil behaviour warrants professional sanction as "fundamentally contextual and fact specific", noting the importance of "consider[ing] the dynamics, complexity and particular burdens and stakes of the trial or other proceeding": paras. 7 and 232. By focussing on the particular factual matrix before it, the Appeal Panel's approach is flexible enough to accommodate the diverse array of situations in which courtroom lawyers find themselves.

[80] At the same time, the Appeal Panel's approach is sufficiently precise to delineate an appropriate boundary past which behaviour warrants a professional misconduct finding. The Appeal Panel identified a set of factors that a disciplinary panel ought generally to consider when evaluating a lawyer's conduct. It then provided guidance on how those

d'audience équivaut à un manquement professionnel. La méthode pour déterminer si le comportement de l'avocat justifie une conclusion de manquement professionnel doit plutôt demeurer axée sur le contexte et être suffisamment souple pour évaluer le comportement qui découle de l'éventail de situations dans lesquelles les avocats peuvent se trouver.

[78] Les normes de civilité doivent néanmoins être formulées avec suffisamment de précision. Un critère trop vague ou pas assez limité pour déterminer s'il y a incivilité risquerait de compromettre l'obligation de l'avocat de représenter son client avec vigueur. Les avocats prudents se tiendraient loin des frontières floues afin d'éviter une éventuelle conclusion de manquement pour avoir invoqué des arguments visant à dénoncer à bon droit d'autres intervenants du système de justice. En revanche, un critère qu'on peut raisonnablement cerner donne aux avocats une définition pratique dont ils peuvent se servir pour guider leur comportement. Ce critère peut également servir de guide pour les tribunaux disciplinaires des ordres professionnels qui doivent déterminer si le comportement d'un avocat équivaut à un manquement professionnel.

[79] La méthode élaborée par le comité d'appel établit un équilibre raisonnable entre la souplesse et la précision. Selon le comité d'appel, cette méthode pour évaluer si le comportement irrespectueux de l'avocat justifie une sanction professionnelle est [TRADUCTION] « fondamentalement contextuelle et tributaire des faits en cause », et elle prend en considération l'importance de « tenir compte de la dynamique, de la complexité, des fardeaux et des enjeux particuliers du procès ou de toute autre procédure » : par. 7 et 232. En concentrant son analyse sur le cadre factuel dont il disposait, le comité d'appel a établi une méthode suffisamment souple pour s'adapter aux diverses situations dans lesquelles les avocats peuvent se trouver en salle d'audience.

[80] En même temps, la méthode du comité d'appel est suffisamment précise pour définir les limites adéquates au-delà desquelles le comportement justifie une conclusion de manquement professionnel. Le comité d'appel a relevé un ensemble de facteurs qu'un comité disciplinaire doit généralement examiner lorsqu'il évalue la conduite d'un avocat. Il a

factors operate when assessing a lawyer's behaviour. Importantly, as the Appeal Panel recognized, this list is not closed and the weight assigned to each factor will vary case-by-case. I turn to those factors now.

(i) Factors to Consider When Assessing a Lawyer's Behaviour

1. *What the Lawyer Said*

[81] First, the Appeal Panel looked to *what* the lawyer said. Mr. Groia alleged prosecutorial misconduct throughout Phase One of the Felderhof trial. As such, the Appeal Panel had to determine when these kinds of allegations amount to professional misconduct. It concluded that prosecutorial misconduct allegations, or other challenges to opposing counsel's integrity, cross the line into professional misconduct unless they are made in good faith *and* have a reasonable basis: A.P. reasons, at paras. 9 and 235. In other words, allegations that are *either* made in bad faith *or* without a reasonable basis amount to professional misconduct.

[82] Two points about evaluating what the lawyer said warrant comment. First, I do not read the Appeal Panel's reasons as characterizing allegations made in bad faith or without a reasonable basis as a stand-alone "test" for professional misconduct. When the reasons are read as a whole, it is apparent that whether or not allegations of prosecutorial misconduct are made in bad faith or without a reasonable basis is simply one piece of the "fundamentally contextual and fact specific" analysis for determining whether a lawyer's behaviour amounts to professional misconduct: A.P. reasons, at paras. 7 and 232.

ensuite donné des directives sur la façon dont ces facteurs s'appliquent lorsqu'il s'agit d'évaluer le comportement d'un avocat. Plus important encore, comme l'a reconnu le comité d'appel, cette liste n'est pas définitive et le poids à accorder à chaque facteur variera en fonction de chaque cas. Je me penche maintenant sur ces facteurs.

(i) Facteurs à examiner dans l'évaluation du comportement d'un avocat

1. *Les remarques formulées par l'avocat*

[81] Premièrement, le comité d'appel s'est penché sur les *remarques* énoncées par l'avocat. M. Groia a formulé des allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite tout au long de la première phase du procès de M. Felderhof. Par conséquent, le comité d'appel devait déterminer à quel moment ce genre d'allégations équivaut à un manquement professionnel. Il a conclu que les allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite, ou toute autre contestation de l'intégrité de l'avocat de la partie adverse, franchissent la ligne du manquement professionnel sauf si elles sont formulées de bonne foi *et* raisonnablement fondées : motifs du comité d'appel, par. 9 et 235. Autrement dit, les allégations équivalent à un manquement professionnel dès lors qu'elles sont formulées de mauvaise foi *ou* sans un fondement raisonnable.

[82] Deux éléments concernant l'évaluation des remarques de l'avocat méritent mon attention. Premièrement, d'après ma lecture des motifs du comité d'appel, ces derniers n'établissent pas que la formulation d'allégations faites de mauvaise foi ou sans fondement raisonnable suffit à elle seule pour juger de l'existence ou non d'un manquement professionnel. Lorsqu'on lit les motifs dans leur ensemble, clairement, le fait que les allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite sont faites de mauvaise foi ou sans fondement raisonnable ne constitue qu'un élément de l'analyse [TRADUCTION] « fondamentalement contextuelle et tributaire des faits en cause » qui permet de déterminer si le comportement d'un avocat équivaut à un manquement professionnel : motifs du comité d'appel, par. 7 et 232.

[83] To be clear, in some circumstances, bad faith allegations or allegations that lack a reasonable basis may, on their own, warrant a finding of professional misconduct. However, a law society disciplinary tribunal must always take into account the full panoply of contextual factors particular to an individual case before making that determination. A contrary interpretation would render redundant any assessment of the frequency or manner in which the allegations were made and the presiding judge's reaction — factors which the Appeal Panel considered relevant to the overall inquiry.

[84] Second, it was open to the Appeal Panel to conclude that allegations of prosecutorial misconduct or other challenges to opposing counsel's integrity must both be made in good faith *and* have a reasonable basis. Various interveners take issue with this standard. The British Columbia Civil Liberties Association argues that sanctioning a lawyer for making good faith allegations without a reasonable basis punishes the lawyer for simply being mistaken. The CLAO agrees, submitting that the Appeal Panel's standard does not give defence counsel the necessary latitude to fearlessly advance arguments that turn out to be incorrect. Accordingly, only allegations made in bad faith should warrant a finding of professional misconduct.

[85] I share the interveners' concerns that law societies should not sanction lawyers for sincerely held but mistaken legal positions or questionable litigation strategies. Nonetheless, in my view, the Appeal Panel's standard withstands scrutiny. Allegations that impugn opposing counsel's integrity must not be made lightly. A reputation for integrity is a lawyer's most important professional asset. It generally takes a long time to build up and it can be lost overnight. Courts and legal commentators have emphasized the importance of a lawyer's reputation. In *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 118, Cory J. put it this way:

[83] Bref, pour que ce soit bien clair, dans certaines circonstances, les allégations faites de mauvaise foi ou sans fondement raisonnable peuvent, à elles seules, justifier une conclusion de manquement professionnel. Cependant, l'instance disciplinaire d'un barreau doit toujours tenir compte de tout l'éventail des facteurs contextuels propres à un cas en particulier avant de se prononcer. Toute évaluation de la fréquence à laquelle les allégations ont été formulées ou de la manière dont elles l'ont été, ainsi que de la réaction du juge — des facteurs qui, selon le comité d'appel, présentent un intérêt pour l'examen dans son ensemble — deviendrait superflue si on adoptait une interprétation contraire.

[84] Deuxièmement, le comité d'appel pouvait conclure que les allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite ou toute autre contestation de l'intégrité de l'avocat de la partie adverse doivent être formulées de bonne foi *et* être raisonnablement fondées. Divers intervenants contestent ce critère. La British Columbia Civil Liberties Association soutient que sanctionner l'avocat pour avoir formulé des allégations de bonne foi sans fondement raisonnable le pénalise pour une simple erreur. La CLAO est d'accord et soutient que le critère appliqué par le comité d'appel n'accorde pas à l'avocat de la défense la latitude nécessaire pour invoquer résolument des arguments qui se révèlent incorrects. Par conséquent, seules les allégations formulées de mauvaise foi justifient une conclusion de manquement professionnel.

[85] Je partage les préoccupations des intervenants pour qui les ordres professionnels ne devraient pas punir les avocats pour des opinions juridiques sincères bien qu'erronées ou des stratégies d'instance douteuses. Il n'en demeure pas moins, à mon sens, que le critère appliqué par le comité d'appel résiste à l'examen. Les allégations qui remettent en question l'intégrité de l'avocat de la partie adverse ne doivent pas être formulées à la légère. La réputation d'intégrité de l'avocat est son atout professionnel le plus important. Cette réputation prend généralement beaucoup de temps à bâtir et elle peut se perdre en un claquement de doigts. Les tribunaux et les auteurs en ont d'ailleurs souligné l'importance. Dans l'arrêt *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 118, le juge Cory l'a formulé ainsi :

The reputation of a lawyer is of paramount importance to clients, to other members of the profession, and to the judiciary. A lawyer's practice is founded and maintained upon the basis of a good reputation for professional integrity and trustworthiness. It is the cornerstone of a lawyer's professional life. Even if endowed with outstanding talent and indefatigable diligence, a lawyer cannot survive without a good reputation.

[86] Maintaining a reputation for practicing with integrity is a lifelong challenge. Once sullied, a lawyer's reputation may never be fully restored. As such, allegations of prosecutorial misconduct must have a reasonable foundation. I agree with the Appeal Panel that anything less "gives too much licence to irresponsible counsel with sincere but nevertheless unsupportable suspicions": para. 235. The consequences for the opposing lawyer's reputation are simply too severe to require anything less than a reasonable basis for allegations impugning his or her integrity.

[87] Finally, the Appeal Panel's reasonable basis requirement will not chill resolute advocacy. A lawyer must establish a "proper evidentiary foundation" before alleging abuse of process arising from prosecutorial misconduct: *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at paras. 52-55. Absent a proper foundation, an abuse of process motion will be summarily dismissed: *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659, at para. 38. Unreasonable allegations, therefore, do nothing to advance the client's case. An ethical standard prohibiting such allegations does not impair resolute advocacy. To be clear, not all defence action summarily dismissed under *Cody* will warrant professional sanction. On the contrary, defence action a court deems illegitimate may well fall short of professional misconduct: *Cody*, at paras. 32-35.

[88] That said, the reasonable basis requirement is not an exacting standard. I understand the Appeal

La réputation d'un avocat est d'une importance primordiale vis-à-vis des clients, des membres de la profession et de la magistrature. L'avocat monte sa pratique et la maintient grâce à sa réputation d'intégrité et de conscience professionnelles. Elle est la pierre angulaire de sa vie professionnelle. Même doué d'un talent exceptionnel et faisant preuve d'une diligence de tout instant, l'avocat ne peut survivre sans une réputation irréprochable.

[86] Maintenir une réputation d'intégrité est le défi d'une vie. Une fois entachée, celle de l'avocat pourrait ne jamais être totalement rétablie. Ainsi, les allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite doivent être raisonnablement fondées. Je conviens avec le comité d'appel que tout critère inférieur [TRADUCTION] « donne trop de latitude à l'avocat irresponsable qui a des soupçons sincères, mais néanmoins insoutenables » : par. 235. Les conséquences pour la réputation de l'avocat de la partie adverse sont tout simplement trop graves pour exiger moins qu'un fondement raisonnable relativement à des allégations qui portent atteinte à son intégrité.

[87] Enfin, la norme relative au fondement raisonnable appliquée par le comité d'appel n'aura pas pour effet de décourager l'avocat de représenter son client avec vigueur. De fait, l'avocat doit établir « l'existence d'une preuve suffisante » avant d'alléguer un abus de procédure découlant d'une conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite (*R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, par. 52-55) puisque, en l'absence d'une preuve suffisante, une requête pour abus de procédure est rejetée sommairement : *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659, par. 38. Les allégations déraisonnables n'aident donc pas la cause du client. La norme déontologique interdisant ce genre d'allégations ne compromet pas l'obligation de l'avocat de représenter son client avec vigueur. Je précise toutefois que ce ne sont pas toutes les mesures de défense rejetées sommairement dans *Cody* qui justifient une sanction professionnelle. Au contraire, les mesures de défense qu'un tribunal juge illégitimes peuvent fort bien ne pas équivaloir à un manquement professionnel : *Cody*, par. 32-35.

[88] Cela dit, la norme relative au fondement raisonnable appliquée par le comité d'appel n'est pas

Panel to have meant that allegations made without a reasonable basis are those that are speculative or entirely lacking a factual foundation. Crucially, as the Appeal Panel noted, allegations do not lack a reasonable basis simply because they are based on legal error: at para. 280. In other words, it is not professional misconduct to challenge opposing counsel's integrity based on a sincerely held but incorrect legal position so long as the challenge has a sufficient factual foundation, such that if the legal position were correct, the challenge would be warranted.

[89] Nor is it professional misconduct to advance a novel legal argument that is ultimately rejected by the court. Many legal principles we now consider foundational were once controversial ideas that were fearlessly raised by lawyers. Such innovative advocacy ought to be encouraged — not stymied by the threat of being labelled, after the fact, as “unreasonable”.

[90] In my view, there are two reasons why law societies cannot use a lawyer's legal errors to conclude that his or her allegations lack a reasonable basis. First, a finding of professional misconduct against a lawyer can itself be damaging to that lawyer's reputation. Branding a lawyer as uncivil for nothing more than advancing good faith allegations of impropriety that stem from a sincerely held legal mistake is a highly excessive and unwarranted response.

[91] Second, inquiring into the legal merit of a lawyer's position to conclude that his or her allegations lack a reasonable basis would discourage lawyers from raising well-founded allegations, impairing the lawyer's duty of resolute advocacy. Prosecutorial abuse of process is extraordinarily serious. It impairs trial fairness and compromises the integrity of the justice system: *Anderson*, at paras. 49-50; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at paras. 62-63.

un critère exigeant. Je comprends que, pour le comité d'appel, les allégations formulées sans fondement raisonnable sont des allégations fondées sur des suppositions ou qui ne reposent sur aucun fondement factuel. Fait important, comme l'a indiqué le comité d'appel, les allégations ne sont pas sans fondement raisonnable simplement parce qu'elles reposent sur une erreur de droit : par. 280. Autrement dit, contester l'intégrité de l'avocat de la partie adverse sur le fondement d'une opinion juridique sincère, bien qu'erronée, ne constitue pas un manquement professionnel, pour autant que cette contestation repose sur un fondement factuel suffisant, de telle sorte que si l'opinion juridique avait été correcte, la contestation aurait été justifiée.

[89] Il ne s'agit pas non plus d'un manquement professionnel que d'invoquer un argument juridique novateur qui est ultimement rejeté par le tribunal. Bon nombre de principes juridiques que nous considérons désormais comme fondamentaux ont autrefois été des idées controversées soulevées résolument par des avocats. Il faut encourager ce type de défense novatrice — qui ne doit pas être contrecarée par la menace d'être étiquetée, après le fait, de « déraisonnable ».

[90] À mon sens, les barreaux ne peuvent pas utiliser les erreurs de droit commises par un avocat pour conclure que ses allégations ne sont pas raisonnablement fondées, et ce, pour deux raisons. Premièrement, la conclusion de manquement professionnel contre un avocat peut elle-même ternir la réputation de cet avocat. Taxer un avocat d'incivilité parce qu'il a formulé de bonne foi des allégations de manquement issues d'une opinion juridique sincère, bien qu'erronée, sans plus, est une réponse nettement excessive et injustifiée.

[91] Deuxièmement, l'examen du bien-fondé de la position de l'avocat pour conclure que ses allégations ne sont pas raisonnablement fondées aurait pour effet de décourager ses pairs de soulever des allégations bien fondées, ce qui porterait atteinte à l'obligation de l'avocat de représenter son client avec vigueur. L'abus de procédure de la part de la poursuite est extrêmement grave. Il porte atteinte à l'équité du procès et compromet l'intégrité du

Defence lawyers play an integral role in preventing these dire consequences and holding other justice system participants accountable by raising reasonable allegations. Finding a lawyer guilty of professional misconduct on the basis of incivility for making an abuse of process argument that is based on a sincerely held but mistaken legal position discourages lawyers from raising these allegations, frustrating the duty of resolute advocacy and the client's right to make full answer and defence.

[92] My colleagues in dissent interpret the “reasonable basis” requirement differently. In their view, the Appeal Panel concluded that where allegations of impropriety made against opposing counsel stem from a mistake of law, the mistake must be both honest *and* reasonable. And if the Appeal Panel determines that the mistake of law is unreasonable, even though it is honestly held, then the allegations of impropriety will not be reasonably based and can therefore lead to a finding of professional misconduct on account of incivility: Reasons of Karakatsanis J. et al., at paras. 193-96. In so concluding, they contend that my interpretation of the “reasonable basis” requirement — that allegations of impropriety must have a factual foundation, and not be based on innuendo or speculation — immunizes egregious legal errors from review, “effectively dispossess[ing] the law societies of their regulatory authority anytime a lawyer can cloak his accusations in a subjective legal belief”: reasons of Karakatsanis J. et al., at para. 221.

[93] Respectfully, my colleagues’ concerns are misplaced. When a lawyer alleges prosecutorial misconduct based on a legal mistake, law societies are perfectly entitled to look to the reasonableness of the mistake when assessing whether it is sincerely held, and hence, whether the allegations were made in good faith. Looking to the reasonableness of a mistake is a well-established tool to help assess its

système de justice : *Anderson*, par. 49-50; *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 62-63. Les avocats de la défense ont un rôle important à jouer pour empêcher ces conséquences désastreuses et pour engager la responsabilité des autres intervenants du système de justice en formulant des allégations raisonnables. Déclarer un avocat coupable de manquement professionnel pour incivilité parce qu’il a invoqué l’abus de procédure, sur la foi d’une opinion juridique sincère, bien qu’erronée, découragerait les avocats de soulever ce type d’allégations et contreviendrait à leur obligation de représenter leur client avec vigueur ainsi qu’au droit du client de présenter une défense pleine et entière.

[92] Mes collègues dissidents interprètent l’exigence d’un « fondement raisonnable » différemment. À leur avis, le comité d’appel a conclu que si les allégations d’inconduite formulées contre l’avocat de la partie adverse sont fondées sur une mauvaise interprétation du droit, l’erreur devrait être à la fois sincère *et* raisonnable. Si le comité d’appel jugeait que l’erreur de droit est déraisonnable, même si elle est commise sincèrement, les allégations d’inconduite ne seraient pas raisonnablement fondées et pourraient donc entraîner une conclusion de manquement professionnel pour incivilité : motifs de la juge Karakatsanis et autres, par. 193-196. En concluant de la sorte, ils prétendent que mon interprétation de l’exigence d’un « fondement raisonnable » — soit que les allégations d’inconduite doivent reposer sur un fondement factuel, et non pas être fondées sur des insinuations ou des conjectures — soustrait les erreurs juridiques grossières à tout contrôle, « pourrait, dans les faits, priver les barreaux de leur pouvoir de réglementation en matière d’incivilité dès lors qu’un avocat est en mesure de défendre ses accusations au moyen d’une croyance juridique subjective » : motifs de la juge Karakatsanis et autres, par. 221.

[93] Soit dit en tout respect, les préoccupations de mes collègues sont mal fondées pour deux raisons. Lorsqu’un avocat allègue une conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite en se fondant sur une erreur de droit, les barreaux ont parfaitement le droit de se pencher sur le caractère raisonnable de cette erreur lorsqu’ils évaluent si elle était sincère, et donc, de se demander si les allégations ont

sincerity: see e.g., *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, at p. 156, per Dickson J., dissenting, but not on this point; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782, at p. 792; *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359 (Ont. C.A.), at pp. 374-75. The more egregious the legal mistake, the less likely it will have been sincerely held, making it less likely the allegation will have been made in good faith. And if the law society concludes that the allegation was not made in good faith, the second question — whether there was a reasonable basis for the allegation — falls away.

[94] I pause here to note that there is good reason why a law society can look to the reasonableness of a legal mistake when assessing whether allegations of impropriety are made in good faith, but not when assessing whether they are reasonably based. The “good faith” inquiry asks what the lawyer *actually* believed when making the allegations. The reasonableness of the lawyer’s legal mistake is one piece of circumstantial evidence that may help a law society in this exercise. However, it is not determinative. Even the most unreasonable mistakes can be sincerely held.

[95] In contrast, the “reasonable basis” inquiry requires a law society to look beyond what the lawyer believed, and examine the foundation underpinning the allegations. Looking at the reasonableness of a lawyer’s legal position at this stage would, in effect, impose a mandatory minimum standard of legal competence in the incivility context. In other words, it would allow a law society to find a lawyer guilty of professional misconduct on the basis of incivility for something the lawyer, in the law society’s opinion, *ought to have known or ought to have done*. And, as I have already explained, this would risk unjustifiably tarnishing a lawyer’s reputation and chilling resolute advocacy.

été faites de bonne foi. L’examen du caractère raisonnable d’une erreur est un outil bien établi pour aider à évaluer si elle a été faite sincèrement : voir, p. ex., *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, p. 156, le juge Dickson, dissident, mais pas sur ce point; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, p. 792; *R. c. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359 (C.A. Ont.), p. 374-375. Plus l’erreur de droit a été grossière, moins il est probable qu’elle ait été sincère, de sorte qu’il est moins probable que l’allégation ait été faite de bonne foi. Si le barreau conclut que l’allégation n’a pas été faite de bonne foi, la seconde question — soit celle de savoir si l’allégation était raisonnablement fondée — devient superflue.

[94] Je fais une parenthèse ici pour souligner qu’il est parfaitement justifié qu’un barreau puisse se pencher sur le caractère raisonnable d’une erreur de droit lorsqu’il examine si les allégations d’inconduite sont formulées de bonne foi, mais pas quand il détermine si elles sont raisonnablement fondées. L’examen de la « bonne foi » suppose de se demander ce que l’avocat croyait *réellement* lorsqu’il a énoncé les allégations. Le caractère raisonnable de l’erreur de droit commise par un avocat est un des éléments de la preuve circonstancielle qui peut aider un barreau dans cet exercice. Cet élément n’est toutefois pas déterminant. Même les erreurs les plus déraisonnables peuvent être faites sincèrement.

[95] En revanche, l’examen du « fondement raisonnable » exige que le barreau regarde au-delà du point de vue de l’avocat et qu’il examine le fondement des allégations. Se pencher sur le caractère raisonnable de la position juridique d’un avocat à cette étape-ci imposerait, dans les faits, une norme obligatoire minimale de compétence juridique dans le contexte de l’incivilité. Autrement dit, cela permettrait à un barreau de déclarer un avocat coupable de manquement professionnel pour incivilité pour quelque chose que cet avocat, selon le barreau, *aurait dû savoir* ou *aurait dû faire*. Qui plus est, comme je l’ai déjà expliqué, cela risquerait de ternir indûment la réputation de l’avocat et de freiner la détermination des membres de la profession de représenter leurs clients avec vigueur.

[96] That, however, does not end the matter. As my colleagues correctly observe, “the Law Society rules govern civility *and* competence”: reasons of Karakatsanis J. et al., at para. 193 (emphasis in original). A lawyer who bases allegations on “outrageous” or “egregious” legal errors may be incompetent. My point is simply that he or she should not be punished for *incivility* on that basis alone. As such, any concern that law societies are “effectively dispossess[ed]” of their regulatory authority misstates my position.

[97] To conclude, I would not give effect to Mr. Groia’s and the interveners’ submissions criticizing how the Appeal Panel evaluated what the lawyer said. The Appeal Panel considered what the lawyer said to be an important contextual factor. Allegations of professional misconduct or other challenges to opposing counsel’s integrity must be made in good faith and have a reasonable basis. Although a reasonable basis is not a high bar, I see no basis for interfering with the Appeal Panel’s conclusion that it is necessary to protect against speculative or baseless allegations.

2. *The Manner and Frequency of the Lawyer’s Behaviour*

[98] The Appeal Panel also considered the frequency of what was said and the manner in which it was said to be relevant factors. A single outburst would not usually attract sanction. In contrast, repetitive attacks on opposing counsel would be more likely to cross the line into professional misconduct. The Appeal Panel also found that challenges to opposing counsel’s integrity made in a “repetitive stream of invective”, or with a “sarcastic and biting” tone were inappropriate. Finally, the Appeal Panel held that whether the lawyer was provoked was a relevant factor: paras. 233 and 236.

[96] Cela ne clôt toutefois pas le débat. Comme mes collègues le remarquent à juste titre, « les règles du Barreau régissent *à la fois* les questions de civilité *et* celles de compétence » : motifs de la juge Karakatsanis et autres, par. 193 (en italique dans l’original). L’avocat qui fonde des allégations sur des erreurs juridiques « scandaleuses » ou « grossières » est possiblement incompetent. Je dis simplement qu’il ne devrait toutefois pas être puni pour *incivilité* sur ce seul fondement. Ainsi, toute préoccupation selon laquelle les barreaux sont, « dans les faits, priv[és] » du pouvoir que leur confère la réglementation n’est pas fondée sur une lecture exacte de mon point de vue.

[97] Pour terminer, je suis d’avis de ne pas retenir les critiques de M. Groia et des intervenants quant à la façon dont le comité d’appel a évalué les propos de l’avocat. En effet, le comité d’appel a considéré les remarques de l’avocat comme un facteur contextuel important. Des allégations de manquement professionnel ou d’autres remises en question de l’intégrité de l’avocat de la partie adverse doivent être énoncées de bonne foi et raisonnablement fondées. Bien que l’existence d’un fondement raisonnable ne soit pas un critère élevé, je ne vois aucune raison d’intervenir pour modifier la conclusion du comité d’appel selon laquelle il est nécessaire pour se prémunir contre les allégations fondées sur des suppositions et sans fondement.

2. *La manière dont les remarques ont été formulées par l’avocat et la fréquence à laquelle elles l’ont été*

[98] Le comité d’appel a également jugé que la fréquence à laquelle les propos ont été formulés et la manière dont ils l’ont été sont des facteurs pertinents. Un seul emportement n’est généralement pas sanctionné. En revanche, les attaques répétées contre l’avocat de la partie adverse risquent davantage de franchir la ligne du manquement professionnel. Le comité d’appel a également conclu que les contestations de l’intégrité de l’avocat de la partie adverse formulées en une [TRADUCTION] « suite ininterrompue d’invectives » ou avec un ton « sarcastique et cinglant » sont inappropriées. Enfin, le comité d’appel a conclu qu’il est pertinent de savoir si l’avocat a été provoqué : par. 233 et 236.

[99] Considering the manner and frequency of the lawyer's behaviour was reasonable. Trials are often hard fought. The stakes are high — especially so in a criminal trial where the accused faces a loss of liberty. Emotions can sometimes get the better of even the most stoic litigators. Punishing a lawyer for “a few ill-chosen, sarcastic, or even nasty comments” (A.P. reasons, at para. 7) ignores these realities.

[100] This does not mean that a solitary bout of incivility is beyond reproach. A single, scathing attack on the integrity of another justice system participant can and has warranted disciplinary action: see e.g., *Doré; Histed v. Law Society of Manitoba*, 2007 MBCA 150, 225 Man. R. (2d) 74; *Law Society of Upper Canada v. Wagman*, 2008 ONLSAP 14. Be that as it may, it was well within the Appeal Panel's purview to conclude that, as a general rule, repetitive personal attacks and those made using demeaning, sarcastic, or otherwise inappropriate language are more likely to warrant disciplinary action.

[101] One final point. When considering the manner and frequency of the lawyer's behaviour, it must be remembered that challenges to another lawyer's integrity are, by their very nature, personal attacks. They often involve allegations that the lawyer has deliberately flouted his or her ethical or professional duties. Strong language that, in other contexts, might well be viewed as rude and insulting will regularly be necessary to bring forward allegations of prosecutorial misconduct or other challenges to a lawyer's integrity. Care must be taken not to conflate the strong language necessary to challenge another lawyer's integrity with the type of communications that warrant a professional misconduct finding.

[99] Il est raisonnable de tenir compte de la manière dont les remarques ont été formulées par l'avocat et de la fréquence à laquelle elles l'ont été. Les procès sont souvent le théâtre d'âpres luttes. Les enjeux sont élevés — surtout dans un procès criminel où l'accusé risque de perdre sa liberté. Les émotions peuvent parfois dominer le plaideur même le plus stoïque. Punir un avocat pour avoir formulé [TRADUCTION] « quelques commentaires mal choisis, sarcastiques ou même vicieux » (motifs du comité d'appel, par. 7) ignore ces réalités.

[100] Cela ne signifie pas pour autant que l'incivilité commise une seule fois est sans reproche. Une seule attaque cinglante envers l'intégrité d'un autre intervenant du système de justice peut justifier une mesure disciplinaire, ce qui s'est d'ailleurs déjà produit : voir, p. ex., *Doré; Histed c. Law Society of Manitoba*, 2007 MBCA 150, 225 Man. R. (2d) 74; *Law Society of Upper Canada c. Wagman*, 2008 ONLSAP 14. Cela dit, le comité d'appel a clairement agi dans les limites de sa compétence lorsqu'il a conclu que, en règle générale, l'avocat qui multiplie les attaques personnelles et qui tient des propos dégradants, sarcastiques ou autrement déplacés risque davantage de faire l'objet de mesures disciplinaires.

[101] En dernier lieu, lorsqu'on examine la manière dont les remarques ont été formulées par l'avocat et la fréquence à laquelle elles l'ont été, il faut se rappeler que les contestations de l'intégrité d'un autre avocat sont, de par leur nature même, des attaques personnelles. Elles comprennent souvent des allégations selon lesquelles l'avocat aurait délibérément bafoué ses obligations éthiques ou professionnelles. Des propos forts qui, dans d'autres contextes, pourraient bien être considérés comme grossiers et insultants seront régulièrement nécessaires pour présenter des allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite ou d'autres contestations de l'intégrité d'un avocat. Il faut donc s'assurer de ne pas confondre les propos forts nécessaires pour contester l'intégrité d'un autre avocat et le genre de communications qui justifie une conclusion de manquement professionnel.

3. *The Trial Judge's Reaction*

[102] The third factor the Appeal Panel identified is the presiding judge's reaction to the lawyer's behaviour: para. 225. I agree that when the impugned behaviour occurs in a courtroom, what, if anything, the judge does about it becomes relevant. Unlike the law society, the presiding judge observes the lawyer's behaviour firsthand. This offers the judge a comparatively advantageous position to evaluate the lawyer's conduct relative to the law society, who only enters the equation once all is said and done. As Brown J.A. insightfully explained:

By its nature, a professional discipline proceeding is an exercise in the retrospective examination of counsel's conduct by those who were not present when the conduct occurred and who lack the ability to recreate, with precision and certainty, exactly what took place. A discipline review is largely transcript-based, restricting the reviewer's ability to understand the sense and nuance of the moment. Retrospective transcript-based reviews contain inherent limitations which can produce an artificial understanding of what took place in the courtroom, and which risk turning the review into an exercise in Monday-morning quarterbacking.

(*Groia ONCA*, at par. 318)

[103] These observations underscore the importance of considering the presiding judge's response to the lawyer's conduct. The question then becomes: how important is that response? Mr. Groia would treat the presiding judge's reaction as near-conclusive. He argues that law societies should rarely, if ever, initiate disciplinary proceedings if the presiding judge took no issue with the lawyer's behaviour. This is because allowing law societies to second-guess the presiding judge on the scope of acceptable courtroom conduct erodes judicial independence.

3. *La réaction du juge du procès*

[102] Le troisième facteur relevé par le comité d'appel est la réaction du juge présidant le procès face au comportement de l'avocat : par. 225. Certes, lorsque le comportement reproché est adopté dans une salle d'audience, les interventions du juge à cet égard, le cas échéant, deviennent pertinentes. Contrairement au barreau, le juge du procès observe le comportement de l'avocat directement. Il est donc en meilleure position pour évaluer la conduite de l'avocat que l'ordre professionnel, qui intervient seulement une fois que tout a été dit et que tout a été fait. Comme le juge Brown l'a judicieusement expliqué :

[TRADUCTION] De par sa nature, la procédure en matière de discipline professionnelle consiste en un examen rétrospectif de la conduite de l'avocat par des personnes qui n'étaient pas présentes au moment où se sont déroulés les faits et qui n'ont pas la capacité de recréer, avec précision et certitude, ce qui s'est passé exactement. Comme l'examen disciplinaire est fondé en grande partie sur la transcription du procès, l'examineur ne peut saisir complètement le sens et les nuances qui se dégageaient des échanges au moment des faits. Les examens rétrospectifs fondés sur une transcription comportent des limites inhérentes qui peuvent donner lieu à une compréhension artificielle de ce qui s'est passé dans la salle d'audience et qui risquent de transformer l'examen en un exercice de raisonnement a posteriori.

(*Groia* (C.A. Ont.), par. 318)

[103] Ces observations soulignent l'importance d'examiner la réaction du juge présidant le procès face à la conduite de l'avocat. Il faut toutefois se demander à quel point cette réaction est importante. Selon M. Groia, la réaction du juge serait quasi déterminante. En effet, il soutient que les ordres professionnels de juristes devraient rarement, voire jamais, intenter des procédures disciplinaires si le juge du procès ne s'est pas opposé au comportement de l'avocat. Il devrait en être ainsi puisque permettre aux ordres professionnels de substituer leur opinion à celle du juge sur l'étendue des conduites acceptables en salle d'audience minerait l'indépendance judiciaire.

[104] In my view, Mr. Groia’s restrictive approach is inappropriate for a number of reasons. First, unlike the presiding judge, law societies are not tasked with maintaining the fairness of any particular proceeding. The presiding judge has a responsibility to intervene when the fairness of the trial is at stake: *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39, at p. 44; *R. v. Henderson* (1999), 44 O.R. (3d) 628 (C.A.), at p. 641. This duty includes controlling uncivil behaviour that risks undermining the fairness — and the appearance of fairness — of the proceeding: *Marchand*, at para. 148. In contrast, by setting and enforcing standards of civility, law societies foster fairness and cultivate public confidence in the administration of justice on a profession-wide level. Preventing law societies from supervising courtroom behaviour absent a trial judge’s intervention frustrates these functions.

[105] Second, as the Appeal Panel recognized, “there may be many reasons why a trial judge may choose to remain relatively passive in the face of one or both counsels’ courtroom incivility”: para. 225. For instance, as Campbell J. pointed out, judicial intervention “might simply excite further provocation” on the lawyer’s part, thereby frustrating the goal of maintaining an orderly, fair proceeding: *Felderhof ONSC*, at para. 284. Judges may also be reasonably concerned about the appearance of impartiality — especially in a jury trial, where reprimanding counsel in the jury’s presence could conceivably prejudice that lawyer in the jury’s eyes. In these situations, the trial judge’s silence is not a tacit approval of the lawyer’s behaviour, but rather a conscious decision taken to protect trial fairness.

[106] Furthermore, in some cases the trial judge’s decision to remain passive may prove wrong and give rise to an unfair trial. It would be illogical to bar the Law Society from reviewing a lawyer’s behaviour based on a trial judge’s error.

[104] À mon sens, l’approche restrictive proposée par M. Groia ne convient pas, et ce, pour plusieurs raisons. Premièrement, les ordres professionnels n’ont pas pour mandat de préserver l’équité d’une instance en particulier comme il incombe au juge présidant le procès de le faire. En effet, ce dernier a la responsabilité d’intervenir lorsque l’équité du procès est en jeu : *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39, p. 44; *R. c. Henderson* (1999), 44 O.R. (3d) 646 (C.A.), p. 661. Ainsi, il doit notamment contrôler le comportement irrespectueux qui risque de miner l’équité — et l’apparence d’équité — du procès : *Marchand*, par. 148. En revanche, en fixant et en faisant respecter certaines normes de civilité, les ordres professionnels encouragent l’équité et cultivent la confiance du public envers l’administration de la justice à l’échelle de la profession. Empêcher les ordres professionnels de superviser le comportement des avocats en salle d’audience en l’absence d’intervention du juge du procès nuirait à ces fonctions.

[105] Deuxièmement, comme l’a reconnu le comité d’appel, [TRADUCTION] « le juge du procès peut avoir de nombreuses raisons de demeurer relativement passif au vu de l’incivilité de l’un ou l’autre des avocats dans la salle d’audience » : par. 225. Par exemple, comme l’a fait remarquer le juge Campbell, l’intervention du juge [TRADUCTION] « pourrait simplement multiplier les provocations » de la part de l’avocat, contrecarrant ainsi l’objectif de tenir un procès ordonné et équitable : *Felderhof* (C.S.J. Ont.), par. 284. De plus, l’apparence d’impartialité pourrait être une source de préoccupations pour les juges — surtout dans un procès avec jury, où réprimander l’avocat en présence des jurés pourrait vraisemblablement nuire à cet avocat aux yeux des jurés. Dans ces situations, le silence du juge du procès n’équivaut pas à une approbation tacite du comportement de l’avocat, mais plutôt à une décision délibérée visant à protéger l’équité du procès.

[106] Qui plus est, dans certains cas, le juge du procès peut avoir tort de demeurer passif et sa décision peut entraîner l’iniquité du procès. Il serait illogique d’empêcher le Barreau d’examiner le comportement de l’avocat sur la foi d’une erreur commise par le juge du procès.

[107] Third, behaviour that the presiding judge deems inappropriate may not rise to the level of professional misconduct. This Court stressed in *Cody* that courts will no longer tolerate “illegitimate” defence action — including baseless arguments and the way in which they are presented. However, as indicated, improper defence behaviour is not necessarily professional misconduct, be it a function of incivility or incompetence: *Cody*, at paras. 32-35. The Law Society must therefore be careful not to place too much weight on a judge’s criticism of defence behaviour.

[108] Fourth, as I explain above at paras. 54-55, the Law Society’s decision to discipline a lawyer in no way impairs the presiding judge’s ability to control his or her courtroom. Just as the Law Society’s disciplinary decision is not conditional on the judge’s response, the judge remains free to set boundaries of appropriate courtroom behaviour irrespective of any law society standards of civility: see *Jodoin*, at para. 23.

[109] It follows that the judge’s reaction is not conclusive of the propriety of the lawyer’s conduct. Rather, as the Appeal Panel concluded, it is simply one piece of the contextual analysis. Its weight will vary depending on the circumstances of the case.

[110] Part and parcel of the presiding judge’s response is how the lawyer modified his or her behaviour thereafter. The lawyer who crosses the line, but pays heed to the judge’s direction and behaves appropriately from then on is less likely to have engaged in professional misconduct than the same lawyer who continues to behave inappropriately despite the judge’s instructions.

[107] Troisièmement, le comportement que le juge du procès estime inapproprié n’entraîne pas nécessairement un manquement professionnel. Dans l’arrêt *Cody*, la Cour a souligné que les tribunaux ne toléreront plus les mesures prises « illégitimement » par la défense — y compris les arguments sans fondement et la façon inacceptable, le cas échéant, dont ils sont présentés. Toutefois, comme le précise cet arrêt, le comportement inapproprié de la défense n’équivaut pas forcément à un manquement professionnel, fut-il incivil ou incompétent : *Cody*, par. 32-35. Le Barreau doit donc s’assurer de ne pas accorder trop de poids aux critiques du juge à l’égard du comportement de la défense.

[108] Quatrièmement, comme je l’ai déjà expliqué aux paragraphes 54 et 55, la décision du Barreau de prendre des mesures disciplinaires contre un avocat n’entrave d’aucune manière la capacité du juge de contrôler le déroulement de l’instance dans sa salle d’audience. Tout comme la décision disciplinaire du Barreau n’est pas conditionnelle à la réaction du juge, la décision de ce dernier de fixer les limites du comportement acceptable dans la salle d’audience indépendamment des normes de civilité établies par les ordres professionnels demeure de son ressort exclusif : voir *Jodoin*, par. 23.

[109] La réaction du juge ne permet donc pas nécessairement de déterminer la légitimité de la conduite de l’avocat. En fait, comme le comité d’appel l’a conclu, il s’agit simplement d’un élément de l’analyse contextuelle. Le poids qu’il convient de lui accorder dépend des circonstances de l’affaire.

[110] L’examen de la façon dont l’avocat a modifié son comportement après avoir essuyé des reproches fait partie intégrante de celui de la réaction du juge présidant le procès. L’avocat qui dépasse les bornes, mais qui obéit aux directives du juge et se comporte bien à partir du moment où celles-ci lui sont communiquées, risque moins de commettre un manquement professionnel que le même avocat qui continue de mal se comporter en dépit des directives du juge.

(d) *The Appeal Panel's Approach Allows for a Proportionate Balancing of Lawyers' Expressive Rights and the Law Society's Statutory Mandate*

[111] An administrative decision that engages the *Charter* by limiting its protections will only be reasonable if it reflects a proportionate balancing of the *Charter* protections at play with the decision maker's statutory mandate: *Doré*, at para. 57; *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613, at para. 39. This Court explained in *Loyola* that a “proportionate balancing is one that gives effect, as fully as possible to the *Charter* protections at stake given the particular statutory mandate”: para. 39.

[112] Law society decisions that discipline lawyers for what they say may engage lawyers' expressive freedom under s. 2(b) of the *Charter*: *Doré*, at paras. 59, 63 and 65-68. This is true regardless of whether the impugned speech occurs inside or outside a courtroom. Courtroom lawyers are engaged in expressive activity, the method and location of the speech do not remove the expressive activity from the scope of protected expression, and law society decisions sanctioning lawyers for what they say in the courtroom have the effect of restricting their expression: see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 978; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141, at paras. 56 and 82.

[113] As such, a particular professional misconduct finding that engages a lawyer's expressive freedom will only be reasonable if it reflects a proportionate balancing of the law society's statutory objective with the lawyer's expressive freedom. Similarly, an approach to assessing whether a lawyer's uncivil communications warrant law society discipline must allow for such a proportionate balancing to occur.

d) *La méthode du comité d'appel permet une mise en balance proportionnée du droit à la liberté d'expression de l'avocat et du mandat législatif du Barreau*

[111] Une décision administrative qui fait intervenir la *Charte* en limitant les protections qu'elle offre n'est raisonnable que si elle résulte d'une mise en balance proportionnée des droits en cause protégés par la *Charte* et du mandat légal du décideur : *Doré*, par. 57; *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613, par. 39. La Cour a d'ailleurs expliqué, dans l'arrêt *Loyola*, qu'« [u]ne mise en balance proportionnée en est une qui donne effet autant que possible aux protections en cause conférées par la *Charte* compte tenu du mandat législatif particulier en cause » : par. 39.

[112] Les décisions des barreaux d'imposer des mesures disciplinaires à l'encontre d'avocats en raison de déclarations qu'ils ont faites sont susceptibles de faire entrer en jeu le droit à la liberté d'expression garanti à ces derniers par l'al. 2b) de la *Charte* : *Doré*, par. 59, 63 et 65-68. Il en est ainsi, peu importe que les propos attaqués aient été proférés à l'intérieur ou à l'extérieur d'une salle d'audience. Les avocats plaideurs se livrent à des activités expressives. Or, ni le lieu ni le mode de telles activités n'ont pour effet de les exclure du champ d'application de l'expression protégée. Les décisions des barreaux d'imposer des sanctions aux avocats pour les propos qu'ils tiennent en salle d'audience ont pour effet de limiter leur liberté d'expression : voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 978; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141, par. 56 et 82.

[113] En conséquence, une conclusion de manquement professionnel qui fait intervenir le droit à la liberté d'expression d'un avocat n'est raisonnable que si elle est le fruit d'une mise en balance proportionnée des objectifs législatifs poursuivis par le barreau, d'une part, et de la liberté d'expression dont jouit l'avocat, d'autre part. De même, l'approche retenue pour déterminer si les communications dénuées de civilité d'un avocat justifient la prise de mesures disciplinaires de la part d'un barreau doit, elle aussi, permettre la réalisation d'une telle mise en balance proportionnée.

[114] Under its statutory mandate, the Law Society has a duty to advance the public interest, the cause of justice and the rule of law by regulating the legal profession: *Law Society Act*, s. 4.2. Disciplinary tribunals fulfill an integral subset of this function by setting and enforcing standards of professional conduct — in this case civility. Performing this mandate can engage lawyers' expressive rights under the *Charter*: *Doré*, at para. 63.

[115] Allowing lawyers to freely express themselves serves an important function in our legal system. As Steel J.A. noted in *Histed*, at para. 71:

The lawyer, as an intimate part of the legal system, plays a pivotal role in ensuring the accountability and transparency of the judiciary. To play that role effectively, he/she must feel free to act and speak without inhibition and with courage when the circumstances demand it.

At issue in *Histed* was a disciplinary decision resulting from a lawyer's criticism of a judge. Steel J.A.'s comments were thus restricted to critical remarks directed at the judiciary. I would go further and add that lawyers play an integral role in holding *all* justice system participants accountable. Reasonable criticism enhances the transparency and fairness of the system as a whole, thereby serving the interests of justice. Overemphasizing civility has the potential to thwart this good by chilling well-founded criticism: A. Woolley, "Does Civility Matter?" (2008), 46 *Osgoode Hall L.J.*, 175, at p. 180. Proportionately balancing lawyers' expressive rights, therefore, "may involve disciplinary bodies tolerating a degree of discordant criticism": *Doré*, at para. 65.

[116] When the impugned behaviour occurs in a courtroom, lawyers' expressive freedom takes on

[114] Conformément à son mandat législatif, le Barreau a l'obligation de défendre l'intérêt public et de faire avancer la cause de la justice et la primauté du droit en réglementant la profession juridique : *Loi sur le Barreau*, art. 4.2. Ainsi, les tribunaux disciplinaires s'acquittent d'un volet essentiel de cette fonction par l'établissement et l'application de normes de déontologie, y compris — comme c'est le cas en l'espèce — d'une conduite empreinte de civilité. L'accomplissement de ce mandat est susceptible de faire jouer le droit des avocats à la liberté d'expression que leur garantit la *Charte* : *Doré*, par. 63.

[115] Le fait de permettre aux avocats de s'exprimer librement sert une importante fonction dans notre système judiciaire. Ainsi que la juge Steel l'a souligné dans l'arrêt *Histed*, par. 71 :

[TRADUCTION] Faisant partie intégrante du système de justice, les avocats jouent un rôle crucial dans l'actualisation de la responsabilité et de la transparence judiciaires. Pour s'acquitter efficacement de ce rôle, ils doivent se sentir libres d'agir et de parler sans contrainte et avec courage lorsque les circonstances l'exigent.

Dans cette affaire, la question en litige portait sur une décision disciplinaire rendue à la suite de critiques formulées par un avocat contre un juge. Les observations de la juge Steel se limitaient donc aux critiques dirigées contre la magistrature. Pour ma part, j'irai plus loin en affirmant que les avocats jouent un rôle primordial quant à la responsabilisation de *tous* les intervenants du système judiciaire. Des critiques raisonnables permettent en effet d'augmenter la transparence et l'équité du système dans son ensemble, ce qui sert les intérêts de la justice. Insister de façon démesurée sur la civilité risque de contrecarrer ces effets bénéfiques en décourageant l'expression de critiques fondées : A. Woolley, « Does Civility Matter? » (2008), 46 *Osgoode Hall L.J.*, 175, p. 180. Il peut par conséquent découler de la mise en balance proportionnée du droit des avocats à la liberté d'expression « que des organismes disciplinaires tolèrent certaines critiques acérées » : *Doré*, par. 65.

[116] Lorsque le comportement en cause survient dans une salle d'audience, la liberté d'expression

additional significance. In that arena, the lawyer's primary function is to resolutely advocate on his or her client's behalf. As I discuss above at paras. 74-75, resolute advocacy in the criminal context allows the client to meaningfully exercise his or her constitutional right to make full answer and defence. Law society tribunals must account for this unique aspect of lawyers' expressive rights when arriving at a disciplinary decision arising out of in-court behaviour.

[117] That said, speech is not sacrosanct simply because it is uttered by a lawyer. Certain communications will be far removed from the core values s. 2(b) seeks to protect: the search for truth and the common good: *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 762 and 765. The protection afforded to expressive freedom diminishes the further the speech lies from the core values of s. 2(b): *Keegstra*, at pp. 760-62; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at paras. 72-73. As such, a finding of professional misconduct is more likely to represent a proportionate balance of the Law Society's statutory objective with the lawyer's expressive rights where the impugned speech lies far from the core values of lawyers' expressive freedom.

[118] The flexibility built into the Appeal Panel's context-specific approach to assessing a lawyer's behaviour allows for a proportionate balancing in any given case. Considering the unique circumstances in each case — such as what the lawyer said, the context in which he or she said it and the reason it was said — enables law society disciplinary tribunals to accurately gauge the value of the impugned speech. This, in turn, allows for a decision, both with respect to a finding of professional misconduct and any penalty imposed, that reflects a proportionate balancing of the lawyer's expressive rights and the Law Society's statutory mandate.

des avocats revêt un degré d'importance encore plus élevé. En effet, dans ce forum, leur principale fonction consiste à se porter avec vigueur à la défense de leurs clients. Comme je l'ai déjà mentionné aux par. 74 et 75, en matière pénale, une défense menée avec vigueur permet au client d'exercer véritablement son droit constitutionnel de présenter une défense pleine et entière. Les tribunaux disciplinaires des barreaux doivent donc tenir compte de cet aspect particulier du droit à la liberté d'expression des avocats lorsqu'ils rendent une décision disciplinaire concernant un comportement adopté en cour.

[117] Cela dit, toute parole n'est pas sacro-sainte dès lors qu'elle sort de la bouche d'un avocat. En effet, certaines communications auront très peu à voir avec les valeurs fondamentales que l'al. 2b) cherche à protéger, c'est-à-dire la recherche de la vérité et le bien commun : *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 762 et 765. Plus des propos s'éloignent des valeurs qui se trouvent au cœur de l'al. 2b), moins grande est la protection offerte à la liberté d'expression : *Keegstra*, p. 760-762; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 72-73. Dans ce contexte, une conclusion de manquement professionnel est plus susceptible de refléter une mise en balance proportionnée de l'objectif poursuivi par la loi régissant le Barreau et des droits de l'avocat en matière de liberté d'expression si les propos attaqués s'écartent fortement des valeurs fondamentales inhérentes à cette liberté d'expression dont bénéficient les avocats.

[118] La souplesse de la méthode axée sur le contexte retenue par le comité d'appel pour évaluer le comportement d'un avocat ouvre la voie dans tous les cas à une mise en balance proportionnée. Le fait de tenir compte des circonstances particulières propres à chaque cas — par exemple, les propos de l'avocat, le contexte dans lequel il les a tenus et les raisons pour lesquelles il l'a fait — permet aux tribunaux disciplinaires des barreaux de soupeser avec justesse la valeur des propos attaqués. Ils peuvent en conséquence rendre une décision — en ce qui concerne une conclusion de manquement professionnel, mais aussi toute pénalité susceptible d'être infligée — qui résulte d'une mise en balance proportionnée du droit à la liberté d'expression de l'avocat et du mandat législatif du Barreau.

[119] In addition, the Appeal Panel's reasonable basis standard allows for a proportionate balancing between expressive freedom and the Law Society's statutory mandate. Allegations impugning opposing counsel's integrity that lack a reasonable basis lie far from the core values underpinning lawyers' expressive rights. Reasonable criticism advances the interests of justice by holding other players accountable. Unreasonable attacks do quite the opposite. As I have explained at paras. 63-67, such attacks *frustrate* the interests of justice by undermining trial fairness and public confidence in the justice system. A decision finding a lawyer guilty of professional misconduct for launching unreasonable allegations would therefore be likely to represent a proportionate balancing of the Law Society's mandate and the lawyer's expressive rights.

[120] In contrast, sanctioning a lawyer for good faith, reasonably based allegations that are grounded in legal error does not reflect a proportionate balancing. Advancing good faith, reasonable allegations — even those based on legal error — helps maintain the integrity of the justice system by holding other participants accountable. Well-founded arguments exposing misconduct on the part of opposing counsel thus lie close to the core of the s. 2(b) values underpinning a lawyer's expressive freedom. Discouraging lawyers from bringing forward such allegations does nothing to further the Law Society's statutory mandate of advancing the cause of justice and the rule of law. If anything, silencing lawyers in this manner undercuts the rule of law and the cause of justice by making it more likely that misconduct will go unchecked.

[119] En outre, la norme relative au fondement raisonnable énoncée par le comité d'appel laisse place à une mise en balance proportionnée de la liberté d'expression et du mandat législatif du Barreau. Des allégations qui mettent en doute l'intégrité de l'avocat de la partie adverse et qui ne sont pas raisonnablement fondées se situent loin des valeurs fondamentales qui sous-tendent la liberté d'expression des avocats. Si des critiques raisonnables servent les intérêts de la justice en assurant la responsabilisation des autres intervenants du système, des attaques injustifiées, elles, ont exactement l'effet contraire. Comme je l'ai expliqué plus tôt, aux par. 63-67, pareilles attaques *nuisent* aux intérêts de la justice en compromettant l'équité du procès et en sapant la confiance du public dans le système de justice. Une décision déclarant un avocat coupable de manquement professionnel pour avoir formulé des allégations déraisonnables est donc, selon toute vraisemblance, le fruit d'une mise en balance proportionnée du mandat du Barreau et du droit à la liberté d'expression de l'avocat.

[120] À l'inverse, le fait de sanctionner un avocat pour des allégations raisonnablement fondées et formulées en toute bonne foi, mais qui reposent sur des erreurs de droit, ne témoignerait pas d'une mise en balance proportionnée. Avancer des allégations raisonnables et de bonne foi — même celles qui se fondent sur une erreur de droit — contribue à maintenir l'intégrité du système de justice en tenant responsables les autres intervenants qui y participent. Ainsi, des arguments bien fondés dénonçant des manquements de la part des avocats de la partie adverse se rapprochent des valeurs protégées par l'al. 2b) qui sous-tendent la liberté d'expression des avocats. Décourager les avocats de soulever de telles allégations ne contribuerait en rien à l'accomplissement du mandat que confère la loi au Barreau, soit de promouvoir la justice et la primauté du droit. À vrai dire, museler de la sorte des avocats mettrait à mal le principe de la primauté du droit et desservirait la cause de la justice en augmentant la probabilité que de tels manquements ne rencontrent aucune opposition.

(e) *Conclusion*

[121] In sum, I would not give effect to Mr. Groia's and the interveners' challenges to the Appeal Panel's approach to incivility, and in particular, when a lawyer's courtroom conduct warrants a finding of professional misconduct. The Appeal Panel appreciated the need to guard against the consequences of incivility, and remained sensitive to the lawyer's duty of resolute advocacy. Its contextual analysis accommodates the diversity of modern legal practice. At the same time, the Appeal Panel articulated a series of factors — what the lawyer said, the manner and frequency in which it was said, and the presiding judge's reaction to the lawyer's behaviour — and explained how those factors operate in a way that is sufficiently precise to guide lawyers' conduct and instruct disciplinary tribunals in future cases. Finally, the Appeal Panel's approach allows for a proportionate balancing of lawyers' expressive rights and the Law Society's statutory mandate.

(2) Application to Mr. Groia's Case

[122] While I take no issue with the Appeal Panel's approach, I am respectfully of the view that the Appeal Panel unreasonably found Mr. Groia guilty of professional misconduct. In assessing "what" Mr. Groia said, the Appeal Panel reiterated that misconduct allegations or other challenges to opposing counsel's integrity cross the line into professional misconduct unless they are made in good faith and have a reasonable basis. The Appeal Panel accepted that Mr. Groia's allegations of misconduct were made in good faith. It based its finding of professional misconduct primarily on the fact that his allegations lacked a reasonable basis. However, contrary to its own approach, the Appeal Panel used Mr. Groia's sincerely held but erroneous legal beliefs to reach

(e) *Conclusion*

[121] En somme, je suis d'avis de rejeter les contestations de M. Groia et des intervenants quant à la méthode adoptée par le comité d'appel pour se prononcer sur l'incivilité, et plus particulièrement, pour décider si la conduite d'un avocat en cours est susceptible de justifier une conclusion de manquement professionnel. Le comité d'appel a reconnu la nécessité d'une protection contre les conséquences de l'incivilité, tout en demeurant conscient du devoir de l'avocat d'assurer une défense vigoureuse pour son client. L'analyse contextuelle sur laquelle s'appuie cette méthode prend en considération le caractère diversifié de la pratique moderne du droit. Dans la même foulée, le comité d'appel a énoncé une série de facteurs — soit le contenu des remarques formulées par l'avocat; la manière dont elles ont été formulées; la fréquence à laquelle elles l'ont été et la réaction du juge présidant l'audience face au comportement de l'avocat — et il a expliqué comment fonctionnent ces facteurs de façon suffisamment précise pour guider le comportement des avocats et fournir des instructions aux tribunaux disciplinaires dans l'avenir. Enfin, la méthode définie par le comité d'appel permet de procéder à une mise en balance proportionnée du droit à la liberté d'expression des avocats et du mandat que confère la loi au Barreau.

(2) Application au cas de M. Groia

[122] Bien que je n'aie rien à redire quant à la méthode appliquée par le comité d'appel, j'estime, avec égards, que ce dernier a déraisonnablement reconnu M. Groia coupable de manquement professionnel. Lorsqu'il a évalué « en quoi » consistaient les « remarques » de M. Groia, le comité d'appel a réitéré que les allégations relatives à une conduite répréhensible de la part des avocats de la partie adverse, parmi d'autres formes de remise en question de leur intégrité, franchissent le seuil de ce qui constitue un manquement professionnel, à moins que ces allégations soient raisonnablement fondées et soulevées de bonne foi. Le comité d'appel a admis que M. Groia avait formulé en toute bonne foi les allégations d'inconduite. Sa conclusion selon

this conclusion — one which, as I have explained above at paras. 88-91, cannot be reasonable.

[123] Once the allegations of impropriety — what Mr. Groia said — are no longer in the mix, it becomes apparent that the other factors in this case cannot reasonably support a finding of professional misconduct against him. As I will explain, the frequency of Mr. Groia's allegations was, to some extent, a product of the uncertainty surrounding the manner in which abuse of process allegations should be raised — a factor the Appeal Panel did not consider.

[124] Moreover, the trial judge took a largely hands off approach and did not direct Mr. Groia as to how he should be bringing his allegations. Eventually, the trial judge did intervene, albeit quite late in the day, and he instructed Mr. Groia not to keep repeating the same allegations over and over again, but to simply register his objection. In response, Mr. Groia complied, albeit with the odd slip. And when the reviewing courts admonished Mr. Groia for his behaviour during Phase One of the Felderhof trial, Phase Two proceeded entirely without incident. Again, the Appeal Panel did not factor the trial judge and reviewing courts' response to Mr. Groia's behaviour and how Mr. Groia modified his conduct thereafter into its analysis.

[125] Taking these factors into account, I am respectfully of the view that there is only one reasonable outcome in this matter: a finding that Mr. Groia did not engage in professional misconduct on account of incivility.

laquelle il avait commis un manquement professionnel reposait principalement sur l'absence de fondement raisonnable pour justifier les allégations qu'il avait avancées. Toutefois, en contradiction avec la méthode qu'il préconise, le comité d'appel s'est appuyé sur les croyances sincères, quoiqu'erronées, de M. Groia pour parvenir à sa conclusion, qui, comme je l'ai déjà précisé aux par. 88 à 91, ne saurait être jugée raisonnable.

[123] Dès lors que les allégations d'inconduite — qui faisaient l'objet des remarques formulées par M. Groia — sont exclues de l'équation, il devient manifeste que les autres facteurs entrant en jeu en l'espèce ne peuvent raisonnablement suffire à fonder contre lui une conclusion de manquement professionnel. Comme je l'expliquerai plus loin, la fréquence des allégations formulées par M. Groia tenait, jusqu'à un certain degré, à une certaine incertitude quant à la manière appropriée de porter des allégations d'abus de procédure, un facteur que le comité d'appel n'a pas examiné.

[124] Qui plus est, le juge du procès a adopté, dans une large mesure, une attitude non interventionniste, en s'abstenant d'indiquer à M. Groia de quelle manière il devait soumettre ses allégations. Par la suite, il est intervenu, bien qu'assez tardivement, et a donné comme directive à M. Groia de cesser de répéter continuellement les mêmes allégations, et de se borner à faire noter son opposition. Sauf lors de rares incartades, M. Groia s'est conformé à ces directives. Du reste, après que les cours de révision aient réprimandé M. Groia pour sa conduite au cours de la première phase du procès Felderhof, la deuxième phase s'est déroulée sans le moindre incident. Encore une fois, le comité d'appel n'a pas tenu compte dans son analyse des réactions du juge du procès et des cours de révision devant le comportement de M. Groia, ni de la façon dont celui-ci a modifié son attitude par la suite.

[125] En tenant compte de tous ces facteurs, je suis d'avis qu'il n'existait qu'une solution raisonnable en l'espèce, soit, conclure que M. Groia n'avait pas commis de manquement professionnel pour incivilité.

- (a) *The Appeal Panel Used Mr. Groia's Mistaken Legal Beliefs to Conclude That His Allegations Lacked a Reasonable Basis*

[126] The Appeal Panel acknowledged that submissions made on the basis of a sincerely held but erroneous legal belief, cannot ground a finding of professional misconduct. It accepted that in making his allegations of impropriety against the OSC prosecutors, “Mr. Groia was not deliberately misrepresenting the law and was not ill-motivated”: para. 332. That said, the Appeal Panel used Mr. Groia’s legal errors to conclude that he had no reasonable basis for his repeated allegations of prosecutorial impropriety.

[127] With respect, such a finding was not reasonably open to the Appeal Panel. Mr. Groia’s legal errors, coupled with the OSC prosecutors’ conduct, provided a reasonable basis for his allegations. Had Mr. Groia been right in law, his abuse allegations against the OSC prosecutors would almost certainly have been substantiated.

[128] Recall that the allegations arose during disputes about disclosure and the admissibility of documentary evidence. Mr. Groia argued that the prosecutors were using a “conviction filter” to deliberately undermine the fairness of Mr. Felderhof’s trial by failing to tender, as part of the OSC’s case, any relevant, authentic document of Mr. Groia’s choosing. He launched further allegations of impropriety when the prosecutors objected to his attempts to introduce documents through a witness that had neither seen nor authored them. His beliefs in this regard were fuelled, in part, by comments made by Mr. Naster during the first disclosure motion brought by Mr. Groia, early on in the Felderhof proceedings. They were also supported, in part, by the trial judge’s rulings against the OSC on disclosure issues and his

- a) *Le comité d’appel s’est servi des croyances juridiques erronées de M. Groia pour conclure à l’absence de fondement raisonnable de ses allégations*

[126] Le comité d’appel a reconnu que des assertions faites sur la base de croyances juridiques sincères, mais erronées, ne sauraient justifier une conclusion de manquement professionnel. Il a en outre admis que, en portant ses allégations de conduite répréhensible à l’encontre des procureurs de la CVMO, [TRADUCTION] « M. Groia ne cherchait pas délibérément à présenter le droit sous un faux jour, et n’était pas animé de mauvaises intentions » : par. 332. Pour autant, le comité d’appel s’est servi des erreurs de droit commises par M. Groia pour conclure que ses allégations répétées quant à la conduite répréhensible des avocats de la poursuite ne reposaient sur aucun fondement raisonnable.

[127] Soit dit en tout respect, le comité d’appel ne pouvait raisonnablement tirer une telle conclusion. Les erreurs de droit commises par M. Groia, jointes à la conduite adoptée par les procureurs de la CVMO, fondaient raisonnablement ses allégations. Le droit eut-il donné raison à M. Groia, les allégations d’abus de procédure qu’il a formulées à l’encontre des procureurs de la CVMO auraient presque à coup sûr été fondées.

[128] Souvenons-nous que ces allégations ont été soulevées à l’occasion de différends survenus entre les parties au sujet de la communication de la preuve et de l’admissibilité de la preuve documentaire. M. Groia a soutenu que les procureurs recouraient à un « filtre axé sur une condamnation » afin de délibérément miner l’équité du procès de M. Felderhof parce qu’ils omettaient de déposer, dans le cadre de la preuve présentée par la CVMO, tous les documents authentiques et pertinents de son choix. Par la suite, M. Groia a formulé de nouvelles allégations d’inconduite lorsque les procureurs se sont opposés à ses tentatives de présenter des documents par l’entremise d’un témoin, même si ce dernier n’en était pas l’auteur et ne les avait jamais vus. Ses croyances à cet égard étaient en partie alimentées

rejection of the OSC’s request for an omnibus ruling on the admissibility of all documents.

[129] During the first disclosure motion brought by Mr. Groia, Mr. Naster submitted to the court that he had “an obligation as a prosecutor to ensure that all relevant materials are placed before [the trial judge]” and that he was “duty-bound” to place relevant materials before the court. While Mr. Naster was referring to his disclosure obligations, his statements lent credence to Mr. Groia’s sincerely held but mistaken belief that the prosecution was legally required to introduce all relevant documents through its own witnesses, and that the OSC was acting improperly in refusing to do so.

[130] In its reasons, the Appeal Panel was careful to point out that it was *not* concluding that Mr. Groia’s allegations lacked a reasonable basis because of his sincerely held but mistaken legal beliefs. It stated, at para. 280:

Our concern about the submissions quoted above is not merely that Mr. Groia was making incorrect legal submissions; that, of course, is not a basis for a finding of professional misconduct. [Emphasis added.]

The Law Society confirmed its position in the oral hearing before this Court, acknowledging that “it is not professional misconduct to make an erroneous submission as to the law”.

[131] However, as the following extracts from the Appeal Panel’s reasons show, it did precisely what it professed it should not do. Specifically, it repeatedly

par les remarques de M. Naster relativement à la première requête en communication présentée par M. Groia, au début du procès dans l’affaire Felderhof. Elles prenaient aussi appui, en partie, sur les décisions défavorables à la CVMO rendues par le juge du procès en ce qui concerne la communication de la preuve, de même que sur son rejet de la demande du CVMO pour qu’une décision concernant l’admissibilité de l’ensemble des documents soit rendue.

[129] Dans le cadre de la première requête en communication présentée par M. Groia, M. Naster a fait valoir qu’il avait [TRADUCTION] « l’obligation, en tant que poursuivant, de s’assurer que tous les documents pertinents soient soumis à l’attention [du juge du procès] », et qu’il était de son « devoir » de déposer ces documents devant le tribunal. S’il est vrai qu’elles faisaient référence à ses obligations en matière de communication de la preuve, ces déclarations de M. Naster sont venues conforter les croyances sincères, mais erronées, de M. Groia voulant que la poursuite soit légalement tenue de soumettre l’ensemble des documents pertinents à l’aide de ses propres témoins, et que la CVMO agissait de manière répréhensible en refusant de s’exécuter.

[130] Dans ses motifs, le comité d’appel a pris soin de souligner qu’il *ne* concluait *pas* à l’absence de fondement des allégations de M. Groia en raison de ses croyances juridiques sincères, mais erronées. Au paragraphe 280, il a d’ailleurs fait la déclaration suivante :

[TRADUCTION] Notre préoccupation au sujet des arguments précités ne tient pas seulement au fait que M. Groia présentait des arguments juridiques erronés; cela, bien entendu, ne peut servir de fondement à une conclusion de manquement professionnel. [Je souligne.]

Le Barreau a confirmé sa position à cet égard à l’audience tenue devant la Cour, où il a reconnu que [TRADUCTION] « la formulation d’observations incorrectes au sujet du droit ne saurait être assimilée à un manquement professionnel ».

[131] Toutefois, comme l’indiquent les passages de ses motifs repris ci-après, le comité d’appel a agi précisément comme il proscrivait de le faire. Plus

used Mr. Groia's sincerely held but mistaken legal beliefs to ground its conclusion that Mr. Groia's allegations lacked a reasonable foundation. For example, it reasoned:

[Mr. Groia's] submissions, in our view, directly attack the integrity of the prosecutors, by alleging that they cannot be relied upon to keep their 'word' and are lazy and incompetent Further, they have no factual foundation. As a matter of the law of evidence that Mr. Groia ought to have known, Mr. Naster was perfectly entitled to object to Mr. Groia putting documents to a witness notwithstanding that the witness could not identify them and suggesting that they be marked as exhibits.

...

. . . The OSC was taking strict but nevertheless principled positions on admissibility which were consistent with the law of evidence. Mr. Naster was acting in a responsible fashion. In short, there was nothing to justify Mr. Groia's aggressive personal attack on the prosecutors' good faith and integrity. His submissions regarding the 'conviction filter' not only were wrong in law but did not have a reasonable basis.

...

In our view, there was no basis for such a suggestion. In fact, Mr. Naster's submissions were correct in law and it was Mr. Groia who made erroneous and unreasonable submissions on the law of evidence. Mr. Groia's comments about the prosecutor on this occasion were insulting and directly impugned his integrity.

...

. . . we conclude that Mr. Groia had no reasonable basis on which to attack either the integrity of the prosecutors or their motives. The prosecutors had not promised that they would introduce all relevant documents, regardless of the rules of evidence. They were under no obligation to call evidence favourable to the defence. They had not resiled

particulièrement, il s'est servi à maintes reprises des croyances juridiques sincères, mais erronées, de M. Groia pour justifier sa conclusion selon laquelle les allégations de ce dernier étaient dénuées de fondement raisonnable. À titre d'exemple, il a énoncé le raisonnement suivant :

[TRADUCTION] À notre avis, les observations [de M. Groia] s'en prennent directement à l'intégrité des avocats de la poursuite, car elles avancent que ceux-ci, en plus de ne pas être fiables pour ce qui est de tenir « parole », sont paresseux et incompétents. [. . .] Qui plus est, elles ne reposent sur aucun fondement factuel. En vertu du droit de la preuve — que M. Groia aurait dû connaître —, M. Naster avait parfaitement le droit tant de s'opposer à ce que M. Groia porte des documents à l'attention d'un témoin même si celui-ci n'était en mesure de les identifier que de proposer que ces documents soient inscrits en preuve.

...

. . . La CVMO avait adopté des positions strictes, mais néanmoins fondées sur des principes, à l'égard de l'admissibilité des documents, positions qui s'accordaient avec le droit de la preuve applicable. M. Naster agissait de façon responsable. Bref, rien ne justifiait les attaques personnelles agressives portées par M. Groia contre la bonne foi et l'intégrité des procureurs. Non seulement ses observations au sujet d'un « filtre axé sur une condamnation » étaient-elles erronées en droit, mais elles étaient dépourvues de tout fondement raisonnable.

...

À notre avis, rien ne justifiait une telle prétention. De fait, les arguments de M. Naster étaient corrects au regard du droit; c'est plutôt M. Groia qui a formulé des observations erronées et déraisonnables en ce qui concerne le droit de la preuve. Les remarques faites à cette occasion par M. Groia au sujet du procureur étaient insultantes, et portaient directement atteinte à son intégrité.

...

. . . nous arrivons donc à la conclusion que M. Groia n'avait aucun motif raisonnable d'attaquer l'intégrité ou les motivations des procureurs. Ceux-ci n'avaient pas promis de présenter l'ensemble des documents pertinents, peu importe les règles de preuve. Les procureurs n'avaient aucune obligation de produire des éléments de preuve

from their promises. Their positions on evidentiary issues were not improper and were often correct. [Emphasis added; paras. 285, 295, 312 and 324.]

[132] In each of these passages, the Appeal Panel concluded that Mr. Groia's allegations lacked a reasonable basis because the OSC prosecutors were right in law. Put another way, the Appeal Panel concluded that Mr. Groia's allegations lacked a reasonable basis because he was wrong in law. This was unreasonable. As I have explained, allegations of prosecutorial misconduct based on a sincerely held but mistaken legal belief will be reasonably based *as long as they have a sufficient factual foundation*. The question for incivility purposes is not whether Mr. Groia was right or wrong on the law. Rather, the question is whether, based on *his* understanding of the law, his allegations of prosecutorial misconduct, which the Appeal Panel found were made in good faith, had a factual foundation. In this case, they did.

[133] As indicated, had Mr. Groia's views on the role of the prosecutor and the law of evidence been correct, he would have been justified in alleging abuse of process. His submissions regarding professional misconduct would not only have had a reasonable basis; they may well have been accepted. The prosecution repeatedly and intentionally failed to tender all relevant documents, despite Mr. Groia's repeated requests. It also objected to Mr. Groia presenting any relevant document of his choosing to a Crown witness. Viewed this way, it is apparent that Mr. Groia's allegations, based as they were on his sincerely held but mistaken legal beliefs, had ample factual foundation.

[134] I appreciate that the Appeal Panel also found that Mr. Groia's allegations had no factual foundation

favorables à la défense. Ils ne sont donc pas revenus sur leur promesse, et leurs positions quant aux questions relatives à la preuve n'étaient pas inappropriées; elles étaient même souvent justes. [Je souligne; par. 285, 295, 312 et 324.]

[132] Dans chacun des passages qui précèdent, le comité d'appel en est venu à la conclusion que les allégations de M. Groia ne reposaient sur aucun fondement raisonnable, puisque le droit donnait raison aux procureurs de la CVMO. Autrement dit, selon la conclusion du comité d'appel, les allégations de M. Groia étaient dénuées de tout fondement raisonnable, car ce dernier avait tort du point de vue du droit. Cette conclusion était déraisonnable. Je le répète, des allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite faites sur la base d'une erreur juridique sincère, bien qu'erronée, sont raisonnablement fondées, *pour autant qu'elles reposent sur un fondement factuel suffisant*. Dès lors, la question de l'incivilité n'est pas celle de savoir si M. Groia a eu raison ou tort en droit; elle consiste plutôt à se demander si, en fonction de *sa* compréhension du droit, ses allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite — qui selon le comité d'appel ont été faites de bonne foi — reposaient sur un fondement factuel. En l'espèce, tel était le cas.

[133] Comme je l'ai déjà indiqué, à supposer que les points de vue de M. Groia au sujet du rôle de la poursuite et du droit de la preuve aient été justes, il aurait été fondé à alléguer l'abus de procédure. Ses observations relatives au manquement professionnel n'auraient pas seulement été raisonnablement justifiées; elles auraient fort bien pu être retenues. La poursuite a, intentionnellement et à maintes reprises, omis de présenter tous les documents pertinents malgré les demandes répétées de M. Groia en ce sens. Elle s'est également opposée à ce que M. Groia soumette quelque document pertinent que ce soit de son choix à un témoin à charge. Sous cet angle, il est manifeste que les allégations de M. Groia, fondées comme elles l'étaient sur ses croyances juridiques sincères, mais erronées, avaient une assise factuelle amplement suffisante.

[134] Je suis conscient que le comité d'appel a aussi conclu que les allégations de M. Groia n'avaient

because, contrary to Mr. Groia's understanding, "the prosecutors had not promised that they would introduce all relevant documents, regardless of the rules of evidence": para. 324. This contributed to the Appeal Panel's finding that Mr. Groia's allegations lacked a reasonable basis. Respectfully, however, that conclusion was not reasonably open to the Appeal Panel.

[135] Mr. Groia's understanding of what the OSC prosecutors said must be assessed in light of his sincerely held but mistaken legal beliefs. This is because failing to appreciate how Mr. Groia's legal mistakes coloured his understanding of the facts effectively allowed the Appeal Panel to use those legal mistakes to find that his allegations lacked a reasonable basis, contrary to its own approach.

[136] As discussed, Mr. Groia mistakenly believed that the prosecution was legally required to introduce all relevant documents through its own witnesses. It is therefore understandable that he would interpret Mr. Naster's submission that he was "duty-bound" to place all relevant documents before the court as a promise to tender those documents. This is especially so given the trial judge's failure to correct Mr. Groia's mistaken legal positions, a point I discuss in greater detail below. It was unreasonable to conclude that Mr. Groia's assertions that the OSC was reneging on its promises lacked factual foundation. They were based on an ambiguous statement that Mr. Groia reasonably interpreted as a promise because of his erroneous understanding of the law of evidence.

[137] In this regard, it is important to note that the Appeal Panel would normally be in a position to consider the reasonableness of the lawyer's legal beliefs — in this case, Mr. Groia's erroneous understanding of the role of the prosecutor and the law of evidence — and conclude that they were not

pas de fondement factuel parce que, contrairement à ce que comprenait ce dernier, [TRADUCTION] « les avocats de la poursuite ne s'étaient pas engagés à déposer en preuve tous les documents pertinents, indépendamment des règles de preuve applicables » : par. 324. Cela a contribué à la conclusion du comité d'appel selon laquelle les allégations de M. Groia n'étaient pas raisonnablement fondées. Soit dit en tout respect, j'estime toutefois que le comité d'appel ne pouvait pas raisonnablement tirer cette conclusion.

[135] La compréhension qu'avait M. Groia des propos des avocats de la CVMO doit être évaluée à la lumière de sa compréhension sincère, bien qu'erronée, de la réalité juridique. Il en est ainsi parce que le défaut de tenir compte de la façon dont les erreurs juridiques de M. Groia ont teinté sa compréhension de la situation a, dans les faits, permis au comité d'appel d'utiliser ces erreurs de droit pour conclure que ses allégations n'étaient pas raisonnablement fondées, contrairement à ce que préconise sa méthode.

[136] Comme nous l'avons vu, M. Groia croyait à tort que la poursuite était légalement tenue de déposer tous les documents pertinents en les présentant à ses propres témoins. Il est donc compréhensible qu'il interprète la thèse de M. Naster selon laquelle il était de son « devoir » de soumettre tous les documents pertinents à la Cour comme une promesse qu'il agirait de la sorte. Cela est particulièrement vrai puisque le juge du procès a omis de corriger les erreurs de droit de M. Groia, un élément dont je vais traiter plus en détail ultérieurement. Il était déraisonnable de conclure que les affirmations de M. Groia selon lesquelles la CVMO revenait sur la promesse n'avaient pas de fondements factuels. Elles étaient fondées sur une affirmation ambiguë que M. Groia a raisonnablement interprétée comme une promesse en raison de sa compréhension erronée du droit de la preuve.

[137] À cet égard, il est important de noter que le comité d'appel pourrait normalement examiner le caractère raisonnable des croyances de l'avocat quant au droit — en l'occurrence, la compréhension erronée de M. Groia du rôle de l'avocat de la poursuite et du droit de la preuve — et conclure qu'elles

sincerely held. However, that finding was not open to the Appeal Panel here. In view of the fact that it did not hear Mr. Groia testify, the Appeal Panel assumed that his legal mistakes were sincerely held, and therefore that his allegations of prosecutorial misconduct were made in good faith: para. 238.

[138] In short, Mr. Groia’s legal errors, coupled with how the OSC prosecutors conducted themselves, *provided* the reasonable basis for his allegations. Based on its own findings, including that Mr. Groia’s allegations were made in good faith, it was not reasonably open to the Appeal Panel to conclude that Mr. Groia was guilty of professional misconduct on account of incivility. On its own approach, his allegations were made in good faith and reasonably based.

[139] My colleagues in dissent accept that the Appeal Panel “considered . . . the . . . legal underpinnings of Mr. Groia’s claims to determine whether they had a reasonable basis”: reasons of Karakatsanis J. et al., at para. 191. In their view, it was open to the Appeal Panel to do so.

[140] Respectfully, I cannot agree. Allowing the Appeal Panel to consider the legal underpinnings of a lawyer’s allegations would allow it to find a lawyer guilty of professional misconduct for nothing more than making good faith allegations of impropriety that stem from a sincerely held legal mistake. As I have explained at paras. 88-91, such a finding is unreasonable. It does not account for Mr. Groia’s duty of resolute advocacy — a duty of particular importance in this case given its impact on his client’s right to make full answer and defence. Mr. Groia was both entitled and bound to protect his client’s rights by raising reasonably based, good faith arguments about the propriety of the OSC’s conduct — even though those arguments turned out to be legally incorrect. Nor does such a finding reflect a proportionate balancing of the lawyer’s expressive rights and the Law Society’s statutory objective of advancing the cause

n’étaient pas sincères. En l’espèce, le comité d’appel ne pouvait toutefois pas tirer une telle conclusion. En effet, comme il n’a pas entendu le témoignage de M. Groia, il a tenu pour acquis que la mauvaise compréhension du droit par ce dernier était sincère et donc que ses allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite étaient formulées de bonne foi : par. 238.

[138] En somme, les erreurs de droit de M. Groia, associées à la façon dont les procureurs de la CVMO se sont comportés, ont *constitué* le fondement raisonnable de ses allégations. Sur la base de ses propres conclusions — y compris celle voulant que les allégations de M. Groia aient été faites en toute bonne foi —, le comité d’appel ne pouvait pas raisonnablement trouver M. Groia coupable de manquement professionnel pour incivilité. De l’avis même du comité d’appel, les allégations de M. Groia ont été soulevées de bonne foi, en plus d’être raisonnablement fondées.

[139] Mes collègues dissidents acceptent que le comité d’appel « a pris en considération les fondements [. . .] juridiques [. . .] des prétentions de M. Groia pour évaluer si elles étaient raisonnablement fondées » : motifs de la juge Karakatsanis et autres, par. 191. À leur avis, le comité d’appel pouvait le faire.

[140] Soit dit en tout respect, je ne peux me ranger à cet avis. Si on autorisait le comité d’appel à examiner les fondements juridiques des allégations formulées par un avocat, cela reviendrait à l’autoriser à reconnaître un avocat coupable de manquement professionnel uniquement parce qu’il aurait fait de bonne foi des allégations d’inconduite, allégations découlant d’une erreur de droit sincère. J’ai expliqué aux par. 88-91 qu’une telle conclusion serait déraisonnable. Elle ne tiendrait pas compte de l’obligation de M. Groia de représenter son client avec vigueur — une obligation qui revêtait une importance particulière en l’espèce, compte tenu de son incidence sur le droit de son client de présenter une défense pleine et entière. M. Groia avait le droit et le devoir de protéger les droits de son client en avançant des arguments de bonne foi et raisonnablement fondés au sujet du caractère convenable du comportement de la CVMO,

of justice and rule of law by setting and enforcing standards of civility (see para. 121).

[141] In the end, what Mr. Groia said — his allegations impugning the OSC prosecutors' integrity — should not have been used to ground a finding of professional misconduct against him. The Appeal Panel unreasonably concluded otherwise.

(b) *The Other Contextual Factors Cannot Reasonably Support a Finding of Professional Misconduct*

[142] The other contextual factors in this case cannot reasonably ground a finding of professional misconduct against Mr. Groia. The frequency of Mr. Groia's allegations, the presiding judge's response, and how Mr. Groia modified his behaviour in response to the directions of the presiding judge and the reviewing courts all suggest that Mr. Groia's behaviour during Phase One of the Felderhof trial was not worthy of professional sanction. The manner in which Mr. Groia raised his allegations was inappropriate. But that cannot, in the circumstances of this case, reasonably support a finding of professional misconduct.

(i) The Evolving Law of Abuse of Process Affected the Frequency of Mr. Groia's behaviour

[143] When Phase One of the Felderhof trial took place, uncertainty surrounded how allegations of abuse of process should be brought forward. Specifically, prior to Rosenberg J.A.'s decision dismissing the OSC's appeal of its judicial review application, it was not at all clear that defence counsel who wished to raise abuse of process should refrain from repeating their allegations throughout the trial but wait

et ce, même si ces arguments se sont avérés mal fondés en droit. Une telle conclusion ne reflète pas non plus une mise en balance proportionnée des droits de l'avocat en matière de liberté d'expression et de l'objectif poursuivi par la loi régissant le Barreau, c'est-à-dire faire promouvoir la justice et la primauté du droit en établissant des normes de civilité et en assurant leur respect : voir par. 121.

[141] En dernière analyse, les propos tenus par M. Groia — soit ses allégations portant atteinte à l'intégrité des procureurs de la CVMO — n'auraient pas dû servir à fonder une conclusion de manquement professionnel à son encontre. Or, le comité d'appel, de façon déraisonnable, est parvenu à une conclusion autre.

(b) *Les autres facteurs contextuels ne peuvent raisonnablement servir de fondement à une conclusion de manquement professionnel*

[142] Les autres facteurs contextuels de l'espèce ne sauraient servir de fondement à une conclusion de manquement professionnel de la part de M. Groia. La fréquence des allégations de celui-ci, la réaction du juge du procès et la manière dont M. Groia a modifié sa conduite après que ce juge et les cours de révision ont émis des directives sont autant d'éléments qui laissent croire que le comportement de M. Groia au cours de la première phase du procès Felderhof ne justifiait pas une sanction professionnelle. La manière dont M. Groia a soulevé ses allégations était certes inappropriée, mais, dans les circonstances de l'espèce, elle ne saurait justifier raisonnablement une conclusion de manquement professionnel.

(i) L'évolution du droit en matière d'abus de procédure a influé sur la fréquence des agissements de M. Groia

[143] Pendant que se déroulait la première phase du procès Felderhof, une certaine incertitude entourait la façon dont il convenait de présenter des allégations d'abus de procédure. Plus précisément, avant la décision du juge Rosenberg rejetant l'appel formé par la CVMO à l'encontre de la décision relative à sa demande de contrôle judiciaire, il était loin d'être clair que l'avocat de la défense qui souhaitait

instead until the end of trial to bring a motion. Given this procedural uncertainty — uncertainty that the Appeal Panel did not account for — the frequency of Mr. Groia’s allegations was understandable.

[144] This Court instructed that an abuse of process motion should typically be brought at the end of trial: *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680, at para. 27; see also *R. v. Clement* (2002), 166 C.C.C. (3d) 219 (Ont. C.A.), at para. 14. The Court reasoned that deciding the abuse motion at the end of the proceeding gives the trial judge a full evidentiary record to assess the prejudice caused by the abusive conduct and tailor an appropriate remedy. What remained unclear was the manner in which counsel was entitled to raise abuse of process arguments. Could these allegations be made repeatedly throughout the trial? Or must a lawyer hold off in raising them until the end of the trial during an abuse of process motion?

[145] Mr. Groia opted for the former. By repeatedly accusing the prosecutors of the same deliberate wrongdoing, Mr. Groia was laying the evidentiary groundwork for an abuse of process motion he intended to bring at the end of trial. He was also putting the OSC “on notice” of his intention to bring the motion. This approach was improper. To be sure, prosecutors are entitled to notice that the defence believes their conduct is improper and will be bringing an abuse of process motion at the end of the proceeding. But defence counsel is not entitled to repeatedly make the same allegations of deliberate wrongdoing outside of that motion. Accordingly, the trial judge did not have to listen to the same allegations, made over and over again by Mr. Groia. Indeed, he should have acted sooner to curb them: see *Felderhof ONSC*, at para. 93.

soulever la question de l’abus de procédure devait éviter de répéter ses allégations pendant toute la durée du procès, et plutôt attendre à la fin de l’instance pour déposer une requête. Vu cette incertitude sur le plan de la procédure — incertitude dont le comité d’appel n’a pas tenu compte —, la fréquence des allégations de M. Groia était compréhensible.

[144] La Cour a formulé des directives voulant qu’une requête en arrêt des procédures doive normalement être présentée à la fin de l’instruction : *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680, par. 27; voir également l’arrêt *R. c. Clement* (2002), 166 C.C.C. (3d) 219 (C.A. Ont.), par. 14. Selon le raisonnement de la Cour, le juge du procès qui se prononce sur une requête pour abus de procédure à la fin de l’instance seulement dispose alors d’un dossier de preuve complet, en fonction duquel il peut évaluer le préjudice causé par la conduite abusive et déterminer la réparation qu’il convient d’accorder dans les circonstances. Ce qui demeurait nébuleux, toutefois, c’est la manière dont l’avocat était autorisé à soulever ses arguments fondés sur l’abus de procédure. Les allégations en question pouvaient-elles être formulées à répétition tout au long du procès? Ou l’avocat devait-il plutôt attendre à la fin de l’instance, au moment de l’instruction de la requête pour abus de procédure, pour avancer ses allégations?

[145] Monsieur Groia a choisi la première option. En accusant de façon répétée les procureurs des mêmes actes fautifs délibérés, M. Groia jetait les bases de sa preuve à l’appui de la requête en arrêt des procédures qu’il comptait déposer à la fin de l’instance. Il « prévenait » également de cette façon les représentants de la CVMO de son intention de déposer la requête. Cette approche était inadéquate. Bien entendu, les procureurs ont le droit de recevoir avis du fait que la défense juge leur conduite inconvenante et qu’elle déposera une requête pour abus de procédure à la fin de l’instance. En dehors de cette requête, l’avocat de la défense ne peut cependant pas exprimer à répétition les mêmes accusations d’inconduite délibérée. Le juge du procès n’avait donc pas à écouter ces allégations répétées sans cesse par M. Groia. De fait, il aurait dû intervenir plus tôt pour y mettre un frein : voir *Felderhof* (C.S.J. Ont.), par. 93.

[146] But hindsight is 20/20. The frequency of Mr. Groia's abuse allegations must be evaluated based on the state of the law when he made them. The Appeal Panel failed to account for the uncertainty surrounding the proper approach to raising abuse of process arguments — uncertainty that was only clarified by Rosenberg J.A. in his reasons dismissing the OSC's appeal of its judicial review application.

[147] I appreciate that the way in which the evolving law of abuse of process influenced Mr. Groia's allegations was not argued before the Appeal Panel. Nevertheless, in my respectful view, it was unreasonable for the Appeal Panel to evaluate Mr. Groia's behaviour based on the law of abuse of process Rosenberg J.A. articulated in *Felderhof* three years after the conduct at issue took place.

(ii) The Judges' Reactions to Mr. Groia's Behaviour and Mr. Groia's Response

[148] The Appeal Panel also failed to factor into its analysis how the trial judge reacted to Mr. Groia's behaviour and how Mr. Groia modified his conduct in response to the trial judge and reviewing courts' directions. Both of these factors suggest that Mr. Groia's behaviour was not worthy of a finding of professional misconduct.

[149] Mr. Groia began accusing the OSC prosecutors of impropriety early on in the proceedings. Yet for the vast majority of Phase One, the trial judge adopted a passive stance, choosing not to comment on the substance of Mr. Groia's allegations or the manner in which he was making them. The trial judge remained largely silent even as the OSC prosecutors repeatedly complained about Mr. Groia's behaviour and insisted that the trial judge rule on whether their conduct was improper.

[146] Avec le recul, tout devient cependant net. Il faut évaluer la fréquence à laquelle M. Groia a répété ses allégations d'abus de procédure en fonction de l'état du droit au moment où il les a faites. Le comité d'appel n'a pas tenu compte de l'incertitude entourant la façon de s'y prendre pour soulever des arguments fondés sur l'abus de procédure — une incertitude dissipée seulement par le juge Rosenberg dans ses motifs rejetant l'appel formé par la CVMO contre la décision portant rejet de sa demande de contrôle judiciaire.

[147] Je suis conscient du fait que l'incidence qu'a eue la façon dont évoluait le droit relatif à l'abus de procédure sur les allégations de M. Groia n'a pas été plaidée devant le comité d'appel. Il n'en demeure pas moins que, selon moi, il était déraisonnable que le comité d'appel évalue le comportement de M. Groia sur le fondement des règles de droit relatives à l'abus de procédure formulées par le juge Rosenberg de la Cour d'appel dans *Felderhof* trois ans après que la conduite en cause a été adoptée.

(ii) La réaction des différents juges face au comportement de M. Groia et la façon dont ce dernier a agi par la suite

[148] Le comité d'appel a également omis de prendre en considération dans son analyse la façon dont le juge du procès a réagi à la conduite de M. Groia, ainsi que la manière dont celui-ci a changé de comportement après que le juge du procès et les cours de révision ont émis des directives. Ces deux facteurs tendent à démontrer que le comportement de M. Groia ne justifiait pas une conclusion de manquement professionnel.

[149] M. Groia s'est mis à accuser les procureurs de la CVMO d'inconduite dès le début de l'instance. Malgré cela, pendant la plus grande partie de la première phase du procès, le juge a adopté une attitude passive, choisissant de ne pas se prononcer sur la teneur des allégations de M. Groia ou sur la manière dont il les soulevait. Il est resté largement muet, même si les procureurs de la CVMO se sont plaints à maintes reprises du comportement de M. Groia tout en insistant pour que le juge décide si leur conduite était blâmable ou non.

[150] For example, after one hotly contested exchange between the parties, the trial judge accepted that Mr. Groia’s allegations were “notice that [an abuse of process] application may come at the end of the day” and stated that “there is no ruling to be made with respect to that matter”. The trial judge responded to another of the OSC’s requests to rule on Mr. Groia’s allegations by stating that he expected both counsel “to conduct themselves professionally”.

[151] It was not until the 57th day of trial that the judge first instructed Mr. Groia to simply make “the same objection” when he believed the prosecutors were acting inappropriately. On the record before this Court, the trial judge reminded Mr. Groia to refrain from repeating his misconduct allegations on two more occasions in the remaining weeks of Phase One. In response, Mr. Groia largely complied with the trial judge’s admonition.

[152] The Appeal Panel noted the relevance of the presiding judge’s reaction to the professional misconduct inquiry. However, it did not once mention how the trial judge reacted to Mr. Groia’s allegations when assessing his behaviour. This was a significant omission. While I accept that the trial judge’s passive approach throughout the bulk of Mr. Groia’s prosecutorial misconduct allegations does not, on its own, absolve Mr. Groia of any wrongdoing, it nevertheless shaped both the substance and manner of Mr. Groia’s allegations.

[153] First, by failing to correct Mr. Groia’s legal mistakes, the trial judge buttressed the reasonableness of Mr. Groia’s sincerely held but mistaken belief that the OSC prosecutors were in fact acting abusively. Second, the trial judge’s failure to admonish Mr. Groia for the manner in which he raised his allegations signaled to Mr. Groia that there was nothing wrong with the way he was impugning the

[150] Par exemple, après un échange musclé entre les parties, le juge du procès a admis que les allégations de M. Groia constituaient un [TRADUCTION] « avis selon lequel une requête [pour abus de procédure] était susceptible d’être présentée à la fin », en ajoutant qu’« aucune décision n’avait à être rendue sur la question ». À la suite d’une autre demande de la CVMO le pressant de statuer sur les allégations de M. Groia, le juge du procès a répondu en déclarant qu’il attendait des avocats de part et d’autre qu’ils « se conduisent de façon professionnelle ».

[151] Ce n’est qu’au 57^e jour du procès que, pour la première fois, le juge a ordonné à M. Groia de simplement préciser qu’il formulait [TRADUCTION] « la même objection » chaque fois qu’il considérait la conduite des procureurs inappropriée. Suivant le dossier dont nous sommes saisis, au cours des semaines restantes de la première phase du procès, le juge a également rappelé à deux autres reprises à M. Groia d’éviter de répéter ses allégations d’inconduite. Par la suite, M. Groia s’est essentiellement conformé à ces directives.

[152] Le comité d’appel a noté la pertinence de la réaction du juge présidant le procès pour l’enquête relative au manquement professionnel. Cela dit, au moment d’évaluer le comportement de M. Groia, pas une seule fois n’a-t-il mentionné la manière dont le juge du procès a réagi aux allégations faites par ce dernier. Il s’agissait là d’une omission importante. J’accepte que l’approche passive du juge du procès essentiellement chaque fois que des allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite ont été formulées par M. Groia ne suffise pas, isolément, à absoudre M. Groia de toute inconduite. Cela a toutefois influencé à la fois le contenu des allégations de M. Groia et la façon dont il les a formulées.

[153] Premièrement, en ne corrigeant pas les erreurs de droit de M. Groia, le juge du procès a étayé ses croyances sincères, bien qu’erronées, selon lesquelles les avocats de la CVMO agissaient de fait de manière répréhensible. Deuxièmement, le silence du juge du procès quant à la façon dont M. Groia a soulevé ses allégations lui a signalé que sa façon de remettre en question l’intégrité des avocats de la

prosecutors' integrity. It was therefore imperative for the Appeal Panel to consider the trial judge's reaction when evaluating Mr. Groia's conduct. In this regard, I note that this was a judge-alone trial, and admonishing Mr. Groia for the manner in which he was impugning the prosecutors' integrity could not possibly have prejudiced him the way it might have had this been a jury trial. Equally, there was nothing preventing the trial judge from admonishing Mr. Groia for his mistaken legal beliefs and letting him know that they did not form a proper basis for allegations of prosecutorial misconduct.

[154] Nor did the Appeal Panel incorporate Mr. Groia's marked change in behaviour in response to the directions of the trial judge and the reviewing courts into its analysis. When the trial judge instructed Mr. Groia how to object when he thought the prosecution was offside, Mr. Groia, for the most part, listened. And after receiving a "public shaming" from Campbell J. and Rosenberg J.A., Phase Two of the Felderhof trial unfolded without incident. It was incumbent on the Appeal Panel to factor in Mr. Groia's compliance with the judges' directions when assessing his behaviour. Both the trial judge's passivity and Mr. Groia's compliance with the directions given by every judge involved in this case militate against a finding of professional misconduct.

(iii) The Manner in Which Mr. Groia Brought His Allegations

[155] The final contextual factor is the manner in which Mr. Groia brought his allegations. My colleagues assert that I "discount the manner in which Mr. Groia made his allegations", thereby "setting a benchmark for professional misconduct that permits sustained and sarcastic personal attacks": reasons of Karakatsanis J. et al., at paras. 211 and 227.

[156] Respectfully, I take issue with that characterization of my reasons. I appreciate that a lawyer

poursuite n'avait rien de répréhensible. Il fallait donc absolument que le comité d'appel examine la réaction du juge du procès pour statuer sur la conduite de M. Groia. À cet égard, je souligne que le procès s'est déroulé devant un juge seul et que réprimander M. Groia pour la manière dont il attaquait l'intégrité des avocats de la poursuite n'aurait pas pu lui nuire comme si le procès s'était déroulé devant un jury. De même, rien n'empêchait le juge du procès de mettre M. Groia en garde quant à ses croyances juridiques erronées et de lui dire qu'elles ne constituaient pas un fondement valide pour les allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite.

[154] Le comité d'appel n'a pas non plus tenu compte dans son analyse du changement de comportement marqué de M. Groia après que le juge du procès et les cours de révision ont émis des directives. Lorsque le juge du procès a dit à M. Groia comment présenter ses objections dans les cas où il considérait les agissements de la poursuite fautifs, M. Groia, dans l'ensemble, a obtempéré. Qui plus est, après que celui-ci a été « vilipendé sur la place publique » par les juges Campbell et Rosenberg, la deuxième phase du procès Felderhof s'est déroulée sans incidents. Il incombait au comité d'appel de prendre en compte le respect, par M. Groia, des directives émises par les juges au moment d'évaluer son comportement. La passivité du juge du procès, tout autant que l'observation par M. Groia des directives de chacun des juges en cause, milite contre une conclusion de manquement professionnel.

(iii) La manière dont M. Groia a formulé ses allégations

[155] En l'espèce, la manière dont M. Groia a porté ses allégations constitue le dernier facteur contextuel. Selon mes collègues, je « ne tiendrai[s] pas compte de la manière dont M. Groia a formulé ses allégations » « établi[ssant] [ainsi] une nouvelle norme en matière de manquement professionnel qui permettrait à un avocat de porter des attaques [personnelles] soutenues et sarcastiques » : motifs de la juge Karakatsanis et autres, par. 211 et 227.

[156] Soit dit en tout respect, je m'inscris en faux contre cette caractérisation de mes motifs. J'admets

can be found guilty of professional misconduct for challenging opposing counsel's integrity in an inappropriate manner. However, in this case, the manner in which Mr. Groia made his allegations could not, on its own, reasonably ground a finding of professional misconduct.

[157] To be sure, Mr. Groia should not have made his allegations in the sarcastic tone that he sometimes employed. The tenor of his allegations at times descended into what can fairly be described as “petulant invective”: *Felderhof ONSC*, at para. 64. However, as indicated, throughout the majority of Phase One, the trial judge did not criticize Mr. Groia for the manner in which he was making his allegations. Although the trial judge's passivity cannot be taken as acquiescence, it is nonetheless a relevant contextual factor to consider when evaluating the language and tone Mr. Groia chose to employ. When the trial judge did intervene, Mr. Groia appropriately modified the way in which he pursued his abuse of process arguments. The sarcastic manner in which Mr. Groia challenged the prosecutors' integrity simply cannot, in light of the other contextual factors in this case, justify the Appeal Panel's finding of professional misconduct.

[158] My colleagues in dissent rely heavily on Campbell J. and Rosenberg J.A.'s critical comments of Mr. Groia's behaviour throughout Phase One to reach a contrary conclusion: reasons of Karakatsanis J. et al., at para. 225. Those comments, however, were made in a proceeding to which Mr. Groia was not a party, without giving Mr. Groia an opportunity to defend himself. While undoubtedly helpful in guiding Mr. Groia on the scope of appropriate behaviour going forward, it is unfair to take those comments as conclusive proof of professional misconduct on account of incivility. Further, as indicated, despite the criticisms levelled at Mr. Groia by Campbell J. and Rosenberg J.A. for the uncivil way in which he had made his allegations against Mr. Naster, the trial judge never once castigated Mr. Groia for the tone

qu'un avocat peut être trouvé coupable de manquement professionnel pour avoir mis en question de manière inappropriée l'intégrité de l'avocat de la partie adverse. Cependant, dans le cas qui nous occupe, la manière dont M. Groia a formulé ses allégations ne saurait, à elle seule, raisonnablement servir de fondement à une conclusion de manquement professionnel.

[157] Il est certain que M. Groia n'aurait pas dû faire ses allégations avec le ton sarcastique qu'il a parfois employé. Le contenu de ses propos tenait par moments de ce que l'on pourrait qualifier d'« injures pétulantes » : *Felderhof (C.S.J. Ont.)*, par. 64. Néanmoins, je le répète, pendant la plus grande partie de la première phase du procès, le juge s'est abstenu d'adresser toute critique à M. Groia quant à la manière dont il avançait ses allégations. Bien que l'attitude passive du juge du procès ne puisse être interprétée comme un consentement à cet égard, il s'agit néanmoins d'un facteur contextuel à prendre en considération au moment d'évaluer les termes et le ton choisis par M. Groia. Par ailleurs, lorsque le juge du procès est finalement intervenu, M. Groia a modifié de façon appropriée sa façon de faire valoir ses arguments fondés sur l'abus de procédure. La manière sarcastique avec laquelle M. Groia a mis en cause l'intégrité des procureurs ne peut tout simplement pas, à la lumière des autres facteurs contextuels de l'espèce, justifier la conclusion de manquement professionnel tirée par le comité d'appel.

[158] Mes collègues dissidents s'appuient fortement sur les commentaires critiques des juges Campbell et Rosenberg quant au comportement de M. Groia tout au long de la première phase du procès pour tirer une conclusion contraire : motifs de la juge Karakatsanis et autres, par. 225. Or, ces commentaires ont été faits dans le contexte d'une procédure à laquelle M. Groia n'était pas partie, sans qu'il ait eu la possibilité de se défendre. Cela dit, s'ils ont sans aucun doute guidé M. Groia sur le type de comportement qu'il serait approprié qu'il adopte pour la suite des choses, il est injuste de considérer que ces commentaires constituent une preuve concluante d'un manquement professionnel pour incivilité. Qui plus est, comme je l'ai déjà précisé, en dépit des critiques formulées par les juges Campbell et Rosenberg pour

or manner of his submissions or the language used by him.

V. Conclusion and Disposition

[159] The Appeal Panel’s finding of professional misconduct against Mr. Groia was unreasonable. The Appeal Panel used Mr. Groia’s sincerely held but mistaken legal beliefs to conclude that his allegations of prosecutorial misconduct lacked a reasonable basis. But, as I have explained, Mr. Groia’s legal errors — in conjunction with the OSC prosecutor’s conduct — *formed* the reasonable basis upon which his allegations rested. In these circumstances, it was not open to the Appeal Panel to conclude that Mr. Groia’s allegations lacked a reasonable basis. And because the Appeal Panel accepted that the allegations were made in good faith, it was not reasonably open for it to find Mr. Groia guilty of professional misconduct based on what he said. The Appeal Panel also failed to account for the evolving abuse of process law, the trial judge’s reaction to Mr. Groia’s behaviour, and Mr. Groia’s response — all factors which suggest Mr. Groia’s behaviour was not worthy of professional discipline on account of incivility. The finding of professional misconduct against him was therefore unreasonable.

[160] Looking at the circumstances of this case as a whole, the following becomes apparent. Mr. Groia’s mistaken allegations were made in good faith and were reasonably based. The manner in which he raised them was improper. However, the very nature of Mr. Groia’s allegations — deliberate prosecutorial misconduct depriving his client of a fair trial — led him to use strong language that may well have been

l’incivilité de la façon dont M. Groia a énoncé ses allégations contre M. Naster, le juge du procès n’a pas une seule fois reproché à M. Groia le ton ou le langage qu’il a utilisés pour présenter ses observations ni sa manière de le faire.

V. Conclusion et dispositif

[159] La conclusion de manquement professionnel qu’a tirée le comité d’appel à l’encontre de M. Groia était déraisonnable. Le comité d’appel a utilisé les croyances juridiques sincères, mais erronées, de M. Groia pour tirer la conclusion que ses allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite n’avaient aucun fondement raisonnable. Or, comme je l’ai expliqué, les erreurs de droit de M. Groia — prises conjointement avec le comportement du procureur de la CVMO — *constituaient* le fondement raisonnable sur lequel s’appuyaient ses allégations. Dans ce contexte, le comité d’appel ne pouvait pas conclure que les allégations M. Groia étaient dénuées de fondement raisonnable. De surcroît, compte tenu de son admission du fait que les allégations concernées avaient été formulées de bonne foi, le comité d’appel ne pouvait pas raisonnablement trouver M. Groia coupable de manquement professionnel sur la base de tels propos. Le comité d’appel a également omis de prendre en compte non seulement l’évolution de l’état du droit en matière d’abus de procédure, mais aussi la réaction du juge du procès face au comportement de M. Groia et la façon dont celui-ci s’est comporté après avoir reçu des directives. Ce sont tous là des facteurs qui donnent à penser que le comportement de M. Groia ne justifiait pas que celui-ci soit frappé d’une sanction disciplinaire pour incivilité par son ordre professionnel. La conclusion de manquement professionnel tirée à son encontre était, par conséquent, déraisonnable.

[160] Compte tenu de l’ensemble des circonstances de l’espèce, voici ce qui ressort nettement. Les allégations erronées de M. Groia étaient raisonnablement fondées et faites de bonne foi. La manière dont il les a soulevées était inappropriée. Toutefois, la nature même de ces allégations — soit des allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite ayant pour effet de priver son client

inappropriate in other contexts. The frequency of his allegations was influenced by an underdeveloped abuse of process jurisprudence. The trial judge chose not to curb Mr. Groia's allegations throughout the majority of Phase One. When the trial judge and reviewing courts did give instructions, Mr. Groia appropriately modified his behaviour. Taking these considerations into account, the only reasonable disposition is a finding that he did not engage in professional misconduct.

[161] I would allow the appeal and set aside the decision of the Appeal Panel with respect to the finding of professional misconduct against Mr. Groia and the penalty imposed. I would award costs to Mr. Groia in this Court and in the courts below, as well as in the proceedings before the Law Society. Because Mr. Groia, in the circumstances of this case, could not reasonably be found guilty of professional misconduct, the complaints against him are dismissed and there is no need to remit the matter back to the Law Society: *Giguère v. Chambre des notaires du Québec*, 2004 SCC 1, [2004] 1 S.C.R. 3, at para. 66.

The following are the reasons delivered by

[162] CÔTÉ J. — I agree with my colleague, Moldaver J., that the Law Society Appeal Panel erred in finding that Mr. Groia committed professional misconduct in the course of defending his client, Mr. Felderhof. However, I write separately to express my disagreement as to the applicable standard of review. In my view, the Appeal Panel's finding of professional misconduct is reviewable on the correctness standard on the basis that the impugned conduct occurred in a courtroom, as discussed by Brown J.A. in his dissenting reasons in the Court of Appeal (2016 ONCA 471, 131 O.R. (3d) 1). I concur with the majority's disposition of this case because the Appeal Panel's conclusion

d'un procès équitable — l'a emmené à utiliser un langage fort qui, dans d'autres contextes, aurait très bien pu être inapproprié. Le fait que la jurisprudence était peu élaborée en matière d'abus de procédure a influencé la fréquence de ses allégations. Le juge du procès a choisi de ne pas mettre un frein aux allégations de M. Groia's pendant la majeure partie de la première phase du procès. Lorsque ce juge et les cours de révision lui ont donné des directives, M. Groia a modifié son comportement comme il se devait. Tout bien considéré, la seule conclusion raisonnable qui puisse être tirée en l'espèce est que M. Groia ne s'est pas rendu coupable de manquement professionnel.

[161] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler la décision du comité d'appel relativement à la conclusion de manquement professionnel qu'il a tirée contre M. Groia et à la peine qui avait été infligée à ce dernier. Je suis d'avis d'accorder les dépens à M. Groia devant la Cour et les juridictions d'instances inférieures, de même que relativement aux procédures qui se sont déroulées devant le Barreau. Étant donné que, dans les circonstances de l'espèce, M. Groia ne pouvait raisonnablement être trouvé coupable de manquement professionnel, les plaintes formulées contre lui sont rejetées et il n'est pas nécessaire de renvoyer l'affaire au Barreau : *Giguère c. Chambre des notaires du Québec*, 2004 CSC 1, [2004] 1 R.C.S. 3, par. 66.

Version française des motifs rendus par

[162] LA JUGE CÔTÉ — Je suis d'accord avec mon collègue, le juge Moldaver, pour dire que le comité d'appel du Barreau a commis une erreur lorsqu'il a déclaré M. Groia coupable de manquement professionnel dans le cadre de la défense de son client, M. Felderhof. Cependant, je rédige des motifs distincts afin d'exprimer mon désaccord quant à la norme de contrôle applicable. À mon avis, la conclusion de manquement professionnel tirée par le comité d'appel est susceptible de révision en fonction de la norme de la décision correcte, pour le motif que la conduite reprochée a eu lieu dans une salle d'audience, comme l'a expliqué le juge David Brown de la Cour d'appel dans ses motifs dissidents : 2016

that Mr. Groia committed professional misconduct was incorrect.

[163] As always, when it comes to the standard of review, our approach is guided by *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. That case prescribes a two-step analysis. First, we must look at our existing jurisprudence to ascertain whether the appropriate degree of deference has already been determined. Second, if an analysis of existing precedent does not prove fruitful, we must look to the relevant contextual factors to determine whether the correctness standard or the reasonableness standard is appropriate (*Dunsmuir*, at paras. 62-64).

[164] Applying that approach here, our existing jurisprudence does not dictate the standard of review in this appeal. Although *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247, and *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, involved professional misconduct allegations, the context of this case is different in one critical — and dispositive — respect: the impugned conduct occurred before a judge in open court. As I discuss below, the fact that the relevant conduct occurred in a court of law implicates constitutional imperatives about the judiciary's independence and its capacity to control its own processes. The nature of the impugned conduct therefore distinguishes this case from both *Ryan* and *Doré*.

[165] Turning to an analysis of the contextual factors, *Dunsmuir* instructs that “[d]eference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute”, as is the case here (para. 54 (emphasis added)). But this presumption is just that: a presumption that can be rebutted, not an inviolable command that is “carved in stone” (*McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at para. 22). *Dunsmuir* permits — indeed, it

ONCA 471, 131 O.R. (3d) 1. Je souscris à la décision des juges majoritaires dans la présente affaire parce que la conclusion du comité d’appel selon laquelle M. Groia s’est rendu coupable de manquement professionnel était incorrecte.

[163] Comme toujours, lorsqu’il est question de norme de contrôle, l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, doit guider notre démarche. Cette décision prescrit une analyse en deux étapes. Premièrement, nous devons examiner notre jurisprudence afin de vérifier si le degré de déférence approprié a déjà été établi. Deuxièmement, si l’analyse des précédents ne se révèle pas fructueuse, nous devons examiner les facteurs contextuels pertinents pour établir quelle norme de contrôle est appropriée, la norme de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable : *Dunsmuir*, par. 62-64.

[164] En appliquant cette approche en l’espèce, on constate que notre jurisprudence ne dicte pas la norme de contrôle devant être utilisée dans le présent pourvoi. Bien que les arrêts *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247, et *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, traitaient d’allégations de manquement professionnel, le contexte de la présente affaire diffère quant à un aspect fondamental et déterminant : la conduite reprochée est survenue devant un juge en audience publique. Comme je l’explique plus loin, le fait que la conduite reprochée soit survenue dans une cour de justice met en cause des impératifs constitutionnels relatifs à l’indépendance de la magistrature et à sa capacité à contrôler ses propres procédures. Par conséquent, la nature de la conduite reprochée distingue la présente cause des affaires *Ryan* et *Doré*.

[165] En ce qui concerne l’analyse des facteurs contextuels, *Dunsmuir* prévoit que « [l]orsqu’un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive [. . .], la déférence est habituellement de mise », comme c’est le cas en l’espèce : par. 54 (je souligne). Il ne s’agit toutefois que d’une présomption, une présomption qui peut être réfutée, et non un ordre inviolable qui est « immuable » : *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67,

expressly envisions — that the presumption of reasonableness will be rebutted in “the exceptional *other case*” (*Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at para. 16 (emphasis in original)).

[166] This is such a case. The fact that the impugned conduct occurred in a courtroom rebuts the presumption of reasonableness. I agree, on this point, with Brown J.A.’s dissenting reasons in the court below: correctness review is required because the Law Society of Upper Canada’s inquiry into in-court professional misconduct “engages the contours of the constitutional relationship between the courts and government regulators” (C.A. reasons, at para. 312).

[167] Judicial independence is, without question, a cornerstone of Canadian democracy. It is essential to both the impartiality of the judiciary and the maintenance of the rule of law (*Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 10). As Chief Justice Dickson remarked more than 30 years ago: “The role of the courts as resolver of disputes, interpreter of the law and defender of the Constitution requires that they be completely separate in authority and function from all other participants in the justice system” (*Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at p. 73 (emphasis in original); see also *Mackeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, at pp. 827-28).

[168] An inquiry by a law society into a lawyer’s in-court conduct risks intruding on the judge’s function of managing the trial process and his authority to sanction improper behaviour. It does so by casting a shadow over court proceedings — in effect, chilling potential speech and advocacy through the threat of *ex post* punishment, even where the trial judge offered the lawyer no indication that his or her conduct crossed the line. And it permits an administrative

[2013] 3 R.C.S. 895, par. 22. *Dunsmuir* permet, et même prévoit expressément que la présomption d’assujettissement à la norme de la décision raisonnable peut être réfutée dans une « situation exceptionnelle nouvelle » : *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 16 (en italique dans l’original).

[166] Tel est le cas en l’espèce. Le fait que la conduite reprochée soit survenue dans une salle d’audience permet de réfuter la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable. Sur ce point, je souscris aux motifs dissidents du juge Brown de la Cour d’appel : la norme de la décision correcte doit être appliquée parce que l’enquête du Barreau du Haut-Canada relativement au manquement professionnel en salle d’audience [TRADUCTION] « met en cause la relation constitutionnelle entre les tribunaux et les organismes de réglementation » : motifs de la C.A., par. 312.

[167] L’indépendance judiciaire est, sans aucun doute, une pierre angulaire de la démocratie canadienne. Elle est essentielle à l’impartialité de la magistrature et au maintien de la primauté du droit : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 10. Comme l’a fait remarquer le juge en chef Dickson il y a plus de 30 ans : « [l]e rôle des tribunaux en tant qu’arbitres des litiges, interprètes du droit et défenseurs de la Constitution exige qu’ils soient complètement séparés, sur le plan des pouvoirs et des fonctions, de tous les autres participants au système judiciaire » : *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, p. 73 (souligné dans l’original); voir aussi *Mackeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, p. 827-828.

[168] Une enquête d’un barreau quant à la conduite d’un avocat en salle d’audience risque d’empiéter sur la fonction de gestion de l’instance qu’exerce le juge et sur son pouvoir de sanctionner les comportements inappropriés. Il en est ainsi parce que cette conduite peut avoir des répercussions négatives sur l’instance — en fait, en ayant un effet paralysant sur le discours des avocats et leur façon de s’exprimer ainsi que sur la défense de leur client en raison de la

body to second-guess the boundaries of permissible advocacy in a courtroom that is ultimately supervised by an independent and impartial judge.

[169] I do not contest that the Law Society has the statutory authority to sanction in-court conduct. However, the contextual reality that must be considered when determining the standard of review for such decisions is that the courtroom is “the workplace of the independent judiciary” (C.A. reasons, per Brown J.A., at para. 312). To protect this independence, and the authority of judges to manage the proceedings before them in the manner they see fit, the judiciary — not a regulatory body, a creature of the political branches of government — should have the final say over the appropriateness of a lawyer’s conduct in that sphere. The reasonableness standard of review, which requires judicial deference to a law society’s disciplinary determinations, is inconsistent with this prerogative. Therefore, correctness review is required to ensure proper respect for the judiciary’s constitutionally guaranteed place in our democracy.

[170] Assuming (without deciding) that the Appeal Panel adopted the correct test for professional misconduct, I conclude that its application of that test to Mr. Groia’s conduct was incorrect. As a result, I concur with the majority that the Appeal Panel erred in finding that Mr. Groia committed professional misconduct.

[171] As Moldaver J. describes (at paras. 126-41), the Appeal Panel effectively disregarded its own stated approach, using Mr. Groia’s sincerely held but erroneous legal beliefs to support its conclusion that he engaged in professional misconduct. Once that factor is set aside, there is little else upon which

menace d’une sanction a posteriori, même lorsque le juge du procès n’a donné à l’avocat aucune indication que son comportement dépassait les bornes. Elle permet en outre à un organisme administratif de mettre en doute les limites de ce qui est permis dans le cadre de la défense d’un client en salle d’audience, ce qui est ultimement supervisé par un juge indépendant et impartial.

[169] Je ne conteste pas que le Barreau a le pouvoir légal de sanctionner le comportement en salle d’audience. Cependant, pour déterminer la norme de contrôle applicable à ces décisions, il faut tenir compte de la réalité contextuelle, soit que la salle d’audience est [TRADUCTION] « le lieu de travail de la magistrature indépendante » : motifs de la C.A., le juge Brown, par. 312. Pour protéger cette indépendance, ainsi que le pouvoir du juge de gérer l’instance qui se déroule devant lui comme bon lui semble, la magistrature — et non un organisme de réglementation, qui est une création des organes politiques du gouvernement — devrait avoir le dernier mot quant au caractère approprié du comportement de l’avocat adopté dans ce contexte. La norme de contrôle de la décision raisonnable — qui exige que les juges fassent preuve de déférence envers les décisions disciplinaires des barreaux — est contraire à cette prérogative. Par conséquent, il faut appliquer la norme de la décision correcte pour que soit dûment respectée la place garantie à la magistrature par la Constitution dans notre démocratie.

[170] En supposant (sans décider) que le comité d’appel a adopté le bon test relativement au manquement professionnel, je conclus que son application de ce test à la conduite de M. Groia était erronée. En conséquence, je partage l’avis des juges majoritaires selon lesquels le comité d’appel a commis une erreur en déclarant M. Groia coupable d’un manquement professionnel.

[171] Comme le décrit le juge Moldaver (aux par. 126-141), le comité d’appel a effectivement écarté l’approche qu’il avait lui-même énoncée, et s’est fondé sur les croyances juridiques sincères, mais erronées, de M. Groia pour étayer sa conclusion que celui-ci s’était rendu coupable de manquement

a finding of professional misconduct could be correctly made.

[172] In particular, I find it relevant that the presiding judge elected to adopt a relatively passive approach to confronting Mr. Groia's aggressive tactics, even in the face of repeated requests from the prosecution to sanction his behaviour. This was well within the scope of legitimate options open to the judge in the context of this trial. But as a consequence, Mr. Groia was entitled to rely on the judge's responses (or lack thereof) in calibrating his litigation strategy. Once the judge did intervene, Mr. Groia largely complied with his instructions. And the second phase of the trial ran smoothly. The Appeal Panel failed to give appropriate weight to these considerations.

[173] I also agree with Moldaver J. (at paras. 143-47) that the uncertain state of the law regarding the manner in which abuse of process allegations should be raised weighs against a finding of professional misconduct. We rightly expect that lawyers will push the boundaries of the law, where appropriate, in advancing the interests of their clients. The law would stagnate in the absence of creative and novel legal argumentation. Although this does not give lawyers free licence to knowingly advance frivolous or completely baseless positions, we must be sensitive to the potential chilling effect on legal advocacy when assessing the jurisprudential context in which alleged misconduct occurs. Here, I am prepared to err on the side of accepting that there was some procedural uncertainty — which the Appeal Panel did not account for — that contextualizes the frequency of Mr. Groia's allegations. This, too, undermines the correctness of the Appeal Panel's ultimate conclusion.

[174] For these reasons, I would allow the appeal. I agree with Moldaver J.'s disposition as to costs.

professionnel. Une fois cet élément mis de côté, peu d'autres éléments peuvent justifier une conclusion de manquement professionnel.

[172] Plus particulièrement, j'estime pertinent que le juge qui a présidé l'audience ait choisi d'adopter une approche relativement passive face aux tactiques agressives de M. Groia, même si la poursuite a demandé à plusieurs reprises que ce comportement soit sanctionné. Cette approche faisait bel et bien partie des options légitimes dont pouvait se prévaloir le juge dans le contexte de ce procès. Il en découle toutefois que M. Groia était en droit de s'appuyer sur les réactions du juge (ou l'absence de réactions) pour ajuster sa stratégie d'instance. Une fois que le juge est intervenu, M. Groia s'est en grande partie conformé à ses directives. D'ailleurs, la deuxième phase du procès s'est déroulée sans heurts. Le comité d'appel a omis d'apprécier ces éléments à leur juste valeur.

[173] Je suis également d'accord avec le juge Moldaver (par. 143-147) pour dire que l'incertitude du droit concernant la façon dont les allégations d'abus de procédure devraient être soulevées milite contre une conclusion de manquement professionnel. Nous nous attendons à juste titre à ce que les avocats repoussent les limites du droit, s'il y a lieu, lorsqu'ils font valoir les intérêts de leurs clients. Le droit stagnerait en l'absence d'arguments juridiques créatifs et novateurs. Bien que les avocats n'aient pas pour autant carte blanche afin de faire valoir sciemment des positions frivoles ou complètement dépourvues de fondement, nous devons être attentifs à l'effet paralysant possible sur les avocats dans le cadre de la défense de leurs clients, lorsque nous examinons le contexte jurisprudentiel dans lequel le manquement professionnel allégué s'est produit. En l'espèce, je suis prête à accepter qu'il y avait une certaine incertitude procédurale — dont le comité d'appel n'a pas tenu compte — qui contextualise la fréquence à laquelle M. Groia a formulé ses allégations. Cette incertitude mine également la justesse de la conclusion ultime du comité d'appel.

[174] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Je souscris à la décision du juge Moldaver

I also agree that there is no need to remit the matter back to the Law Society.

The following are the reasons delivered by

KARAKATSANIS, GASCON AND ROWE JJ. (dissenting) —

I. Introduction

[175] We have read the reasons of our colleague Justice Moldaver and agree with him on a number of key issues. We agree that reasonableness is the applicable standard of review: Moldaver J.'s reasons (M.R.), at paras. 43-57. We also agree that the simple fact that a lawyer's behavior occurs in the courtroom does not deprive the Law Society of Upper Canada of its legitimate role in regulating the profession nor does it justify heightened judicial scrutiny: M.R., at paras. 53-56. Lastly, we agree that, in articulating a standard of professional misconduct, the Law Society Appeal Panel reasonably set out a contextual approach which will vary according to the particular factual matrix in which it is applied: M.R., at paras. 77-80.

[176] However, we disagree with Justice Moldaver's disposition in this appeal. In our view, the Appeal Panel's decision was reasonable. The Panel set out an approach for assessing whether Mr. Groia had committed professional misconduct and faithfully applied it. Its analysis was cogent, logical, transparent, and grounded in the evidence. Its decision achieved a reasonable balance of its statutory objectives and an advocate's freedom of expression. There is no basis to interfere.

[177] We also have a number of concerns about Justice Moldaver's application of the reasonableness standard. Respectfully, we are of the view that he fundamentally misstates the Appeal Panel's approach to professional misconduct, and reweighs the evidence to reach a different result. This is inconsistent with

sur les dépens. Je conviens également qu'il n'y a pas lieu de renvoyer l'affaire au Barreau.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES KARAKATSANIS, GASCON ET ROWE (dissidents) —

I. Introduction

[175] Nous avons lu les motifs de notre collègue le juge Moldaver et nous sommes d'accord avec lui sur un bon nombre de points importants. Nous convenons que la norme de contrôle applicable en l'espèce est celle de la décision raisonnable : motifs du juge Moldaver, par. 43-57. Nous convenons également que le fait que le comportement d'un avocat se manifeste en salle d'audience n'a pour effet ni de priver le Barreau du Haut-Canada de son rôle légitime consistant à réglementer la profession ni de justifier un resserrement de l'examen judiciaire à effectuer : motifs du juge Moldaver, par. 53-56. Enfin, nous convenons que, dans sa formulation de la norme applicable aux cas de manquements professionnels, le comité d'appel du Barreau a su raisonnablement adopter une méthode contextuelle appelée à s'adapter au fondement factuel auquel elle s'applique : motifs du juge Moldaver, par. 77-80.

[176] Toutefois, nous ne souscrivons pas à l'opinion du juge Moldaver quant à la façon de disposer du présent pourvoi. Nous croyons que la décision du comité d'appel était raisonnable. En effet, il a énoncé une méthode pour évaluer si M. Groia avait commis un manquement professionnel et il l'a fidèlement suivie. Il a procédé à une analyse convaincante, logique, transparente et fondée sur la preuve. Sa décision représentait une mise en balance raisonnable des objectifs de sa loi habilitante et de la liberté d'expression des avocats. Rien ne justifie de modifier cette décision.

[177] De plus, nous avons quelques préoccupations quant à la façon dont notre collègue applique la norme de la décision raisonnable. Soit dit avec respect, nous sommes d'avis que son interprétation de la méthode établie par le comité d'appel en matière de manquement professionnel est fondamentalement

reasonableness review as it substitutes this Court's judgment for that of the legislature's chosen decision maker. Further, we have serious concerns about the impacts that will follow from our colleague's analysis and disposition in this appeal.

II. Analysis

A. *The Reasonableness Standard*

[178] Judicial review upholds the rule of law and legislative supremacy: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 30. In most instances, both principles can be sustained by deferring to the legislature's delegated decision maker: *ibid.*, at para. 49. Such deference recognizes that delegated authorities will have greater expertise in matters under their scope of authority and are better situated than courts to choose from among the range of reasonable outcomes: *ibid.*

[179] Where, as here, the standard of review analysis leads to the application of reasonableness, deference is not optional. In *Dunsmuir*, this Court defined reasonableness as concerned "mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process" and "with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law": para. 47. On one hand, reasonableness is a threshold that decision makers must satisfy with regard "both to the process of articulating the reasons and to outcomes": *ibid.* On the other hand, reasonableness prescribes a method of review that requires courts to begin their analysis with "respectful attention to the reasons offered or which could be offered": para. 48, quoting D. Dyzenhaus, "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy" in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286.

erronée, et qu'il soupèse à nouveau la preuve afin d'arriver à un résultat différent. Une telle façon de faire est incompatible avec l'application de la norme de la décision raisonnable puisqu'elle substitue la décision de la Cour à celle du décideur choisi par le législateur. En outre, nous avons de sérieuses inquiétudes au sujet des conséquences qu'auront l'analyse de notre collègue et sa conclusion en l'espèce.

II. Analyse

A. *La norme de la décision raisonnable*

[178] Le contrôle judiciaire contribue au respect de la primauté du droit et de la suprématie législative : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 30. Dans la plupart des cas, il est possible de respecter ces deux principes en faisant preuve de déférence à l'endroit des décideurs investis de pouvoirs délégués par le législateur : *ibid.*, par. 49. Ce faisant, on reconnaît que ces décideurs disposent d'une plus grande expertise que les cours de justice à l'égard de questions qui relèvent de leur compétence et qu'ils sont plus à même qu'elles de choisir parmi toutes les issues raisonnables possibles : *ibid.*

[179] Dans les cas où, comme en l'espèce, l'analyse relative à la norme de contrôle mène à l'application de celle de la décision raisonnable, la déférence n'est pas une option. Dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour a statué que le caractère raisonnable tenait « principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » : par. 47. D'une part, le caractère raisonnable constitue un seuil suivant lequel il est essentiel qu'à la fois « la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonabilité » : *ibid.* D'autre part, l'analyse du caractère raisonnable prescrit une méthode de contrôle qui exige des cours qu'elles entament leur analyse en prêtant « une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision » : par. 48, citant D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy » dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 286.

[180] In applying the reasonableness standard, deference bars a reviewing court from conducting an exacting criticism of a decision in order to reach the result that the decision was unreasonable: *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247, at para. 56. It follows that a reviewing court also cannot supplement the decision maker's reasoning for the purpose of undermining it. Neither may a reviewing court reweigh evidence or contextual factors considered by the decision maker: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 61; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at para. 41; *British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal) v. Fraser Health Authority*, 2016 SCC 25, [2016] 1 S.C.R. 587, at para. 38; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at para. 29; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761, at para. 34.

[181] Fundamentally, reviewing courts cannot simply “pay lip service to the concept of reasonableness review while in fact imposing their own view”: *Dunsmuir*, at para. 48. At all times, the starting point of reasonableness review is the reasons for the decision under review.

B. *The Appeal Panel's Decision Was Reasonable*

[182] For the reasons that follow, we would find that the Appeal Panel's decision was reasonable.

(1) The Appeal Panel's Approach to Civility and Professional Misconduct

[183] The Appeal Panel started its analysis by examining lawyers' professional conduct obligations and the concept of civility. It reviewed the rules and the codes of conduct, as they appeared at the time of the Felderhof trial as well as related commentary, and noted the need to balance a lawyer's expressive rights with his or her professional obligations: 2013 ONLSAP 41 (A.P. reasons), at paras. 202-20 (CanLII). The Appeal Panel also highlighted the

[180] Suivant la norme de la décision raisonnable, les cours de révision doivent, par déférence, s'abstenir de procéder à une analyse trop critique et détaillée d'une décision dans le but de pouvoir conclure qu'elle est déraisonnable : *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247, par. 56. Il s'ensuit qu'une cour de révision n'est pas autorisée à suppléer aux motifs d'un décideur pour ainsi miner sa décision, pas plus qu'elle n'est autorisée à soupeser à nouveau les éléments de preuve ou les facteurs contextuels pris en compte par le décideur : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 61; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, par. 41; *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal) c. Fraser Health Authority*, 2016 CSC 25, [2016] 1 R.C.S. 587, par. 38; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 29; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, par. 34.

[181] Essentiellement, les cours de révision ne peuvent pas simplement « invoquer [pour la forme] la notion de raisonnabilité pour imposer dans les faits leurs propres vues » : *Dunsmuir*, par. 48. Le contrôle d'une décision suivant la norme de la décision raisonnable doit toujours avoir comme point de départ les motifs de la décision.

B. *La décision du comité d'appel était raisonnable*

[182] Pour les motifs qui suivent, nous concluons que la décision du comité d'appel était raisonnable.

(1) La méthode du comité d'appel en matière de civilité et de manquement professionnel

[183] Dès le début de son analyse, le comité d'appel s'est penché sur les obligations déontologiques des avocats et sur le concept de civilité. Il a passé en revue les règles et les codes de déontologie, dans leur version en vigueur au moment du procès dans l'affaire Felderhof, ainsi que les commentaires qui s'y rapportaient, et il a souligné la nécessité d'atteindre un juste équilibre entre le droit d'un avocat à la liberté d'expression et les obligations professionnelles

impact of uncivil behaviour on the administration of justice: A.P. reasons, at paras. 228-31. The Panel noted that incivility is about more than “hurt feelings”; attacks on the integrity of one’s opponent risk disrupting a trial and risk rendering opposing counsel ineffective: para. 230.

[184] Following its detailed analysis of the importance of civility in the legal profession, the Appeal Panel articulated its approach to determining when uncivil courtroom behaviour crosses the line. This approach is “fundamentally contextual and fact-specific” so as to take into account the trial context and avoid a chilling effect on zealous advocacy: A.P. reasons, at para. 232. All of the surrounding circumstances must be considered. The Appeal Panel noted that the trial judge’s reaction, while relevant to an assessment of misconduct, is not determinative: para. 225.

[185] The Appeal Panel then narrowed its focus to the issue arising in Mr. Groia’s case, “the extent to which zealous defence counsel may impugn the integrity of opposing counsel and make allegations of prosecutorial misconduct”: para. 234. The Panel stated:

In our view, it is professional misconduct to make allegations of prosecutorial misconduct or that impugn the integrity of opposing counsel unless they are both made in good faith and have a reasonable basis. A *bona fide* belief is insufficient; it gives too much licence to irresponsible counsel with sincere but nevertheless unsupportable suspicions of opposing counsel. . . .

In addition, even when a lawyer honestly and reasonably believes that opposing counsel is engaging in

qui lui incombent : 2013 ONLSAP 41 (motifs du comité d’appel), par. 202-220 (CanLII). Le comité d’appel a également mis en évidence l’incidence des comportements incivils sur l’administration de la justice : motifs du comité d’appel, par. 228-231. En outre, il a indiqué que l’incivilité va au-delà des simples [TRADUCTION] « sentiments blessés »; les attaques portées contre l’intégrité d’un adversaire sont de nature à compromettre un procès et à saper l’efficacité de l’avocat de la partie adverse : par. 230.

[184] Après avoir analysé de façon poussée l’importance de la civilité au sein de la profession juridique, le comité d’appel a énoncé une méthode servant à déterminer à quel moment les comportements incivils adoptés en salle d’audience dépassent les bornes. Cette méthode [TRADUCTION] « repose essentiellement sur le contexte et sur les faits », de telle sorte qu’elle tient compte du contexte du procès sans avoir un effet paralysant sur la défense passionnée des droits : motifs du comité d’appel, par. 232. Toutes les circonstances pertinentes doivent être examinées. Selon le comité d’appel, même si elle est pertinente, la réaction du juge de première instance n’est pas déterminante pour l’évaluation d’un manquement : par. 225.

[185] Le comité d’appel s’est ensuite penché plus particulièrement sur la question que soulevait le dossier de M. Groia, soit [TRADUCTION] « la mesure dans laquelle un avocat de la défense passionné peut attaquer l’intégrité des avocats de la partie adverse et formuler des allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite » : par. 234. Le comité d’appel a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] À notre avis, le fait de formuler des allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite ou des allégations qui attaquent l’intégrité de l’avocat de la partie adverse constitue un manquement professionnel, sauf si ces allégations sont formulées de bonne foi en plus d’avoir un fondement raisonnable. Une croyance sincère n’est pas suffisante. Le contraire ouvrirait trop grande la porte aux avocats irresponsables qui ont des soupçons sincères, mais non fondés, au sujet de l’avocat de l’autre partie. . .

Qui plus est, même lorsqu’un avocat croit sincèrement et raisonnablement que l’avocat de la poursuite adopte

prosecutorial misconduct or professional misconduct more generally, she must avoid use of invective to raise the issue. That is, it is unprofessional to make submissions about opposing counsel's improper conduct, to paraphrase Justice Campbell, in a 'repetitive stream of invective' that attacks that counsel's professional integrity. [paras. 235-36]

[186] Notably, the Appeal Panel determined that any allegations of professional misconduct or that impugn the integrity of opposing counsel must be made in good faith and with a reasonable basis. Even where these two requirements are met, lawyers must be respectful and avoid the use of invective. The Appeal Panel was clear that any such allegations must be considered in context; the requirement to consider good faith and reasonableness are necessarily informed by the way the trial unfolded.

[187] We agree with Cronk J.A., writing for the majority of the Ontario Court of Appeal, that the "highly contextual and fact-specific nature of incivility necessarily requires affording the disciplinary body leeway in fashioning a test that is appropriate in the circumstances of the particular case": 2016 ONCA 471, 131 O.R. (3d) 1, at para. 125. Here, there is no doubt that it was open to the Appeal Panel to adopt the approach it did. The Panel's reasoning was nuanced and flexible, responsive to the particular factual matrix in which it is applied. This approach flowed directly from the Panel's thorough consideration of the rules, related commentary, and the jurisprudence. The adaptability of this approach ensures that it will not sanction zealous advocacy. It ensures that the context in which the impugned conduct occurred will be adequately accounted for, from the trial judge's reaction to the "dynamics, complexity and particular burdens and stakes of the trial": A.P. reasons, at para. 233. Importantly, the Panel noted that professional misconduct is about more than "mere rudeness" (para. 211); rather, the focus is on allegations of prosecutorial misconduct or

une conduite répréhensible ou, de façon plus générale, commet un manquement professionnel, il doit éviter de soulever la question en invectivant son confrère. Pour ainsi dire, c'est un manque de professionnalisme que de faire, au sujet d'un manquement de l'avocat de l'autre partie, des représentations qui prennent la forme, pour reprendre les propos du juge Campbell, [TRADUCTION] « d'une suite ininterrompue d'invectives » minant l'intégrité professionnelle de l'avocat en question. [par. 235-236]

[186] Plus précisément, le comité d'appel a conclu que les allégations de manquement professionnel, tout comme celles attaquant l'intégrité de l'avocat de la partie adverse, doivent être faites de bonne foi et avoir un fondement raisonnable. Qui plus est, même lorsque ces deux conditions sont remplies, les avocats doivent demeurer respectueux et éviter les injures. Le comité d'appel s'est exprimé clairement : de telles allégations doivent être examinées en fonction de leur contexte; l'obligation de tenir compte de la bonne foi et du caractère raisonnable des allégations repose forcément sur la façon dont s'est déroulé le procès.

[187] À l'instar de la juge Cronk de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rédigé les motifs majoritaires, nous estimons que, [TRADUCTION] « compte tenu de la nature hautement contextuelle et factuelle des questions d'incivilité, il est essentiel d'accorder à l'organisme disciplinaire la marge de manœuvre nécessaire à la conception d'un test qui saura répondre aux circonstances d'une affaire donnée » : 2016 ONCA 471, 131 O.R. (3d) 1, par. 125. En l'espèce, le comité d'appel pouvait certainement utiliser la méthode qu'il a choisie. Son raisonnement était nuancé, souple et adapté au fondement factuel auquel il s'appliquait. Cette méthode découlait directement de son examen approfondi des règles, des commentaires à leur sujet, et de la jurisprudence. L'adaptabilité de la méthode lui permet d'éviter de punir la défense passionnée des droits. Elle garantit également que le contexte de la conduite reprochée sera bien pris en considération, de la réaction du juge de première instance [TRADUCTION] « à la dynamique, à la complexité, ainsi qu'aux difficultés et aux enjeux propres au procès » : motifs du comité d'appel, par. 233. Il importe de noter que, selon le comité d'appel, le

that impugn the integrity of an opponent: paras. 210 and 235.

[188] Respectfully, we consider that Justice Moldaver reformulates the Appeal Panel’s approach to professional misconduct. While he acknowledges the appropriateness of its chosen contextual approach, he effectively reframes the Appeal Panel’s approach as consisting of three factors: (1) what the lawyer said; (2) the manner in which it was said; and (3) the trial judge’s reaction (M.R., at para. 36). Tellingly, while not found in the Appeal Panel’s reasons, this formulation closely resembles the tests urged by Mr. Groia and the dissenting judge of the Ontario Court of Appeal, both of whom advocated a correctness standard of review. As noted above, the Panel did not opt for such a restrictive framework and instead adopted a fact-specific and contextual approach for ascertaining professional misconduct: A.P. reasons, at paras. 7 and 232.

(2) The Appeal Panel’s Assessment of the Case

[189] We turn now to the Appeal Panel’s application of its approach to the facts of this case. In our view, the Appeal Panel’s analysis of the Felderhof trial was a faithful and reasonable application of the approach it outlined.

(a) *Whether Mr. Groia Had a Reasonable Basis for His Allegations*

[190] Because the Appeal Panel did not have the benefit of hearing Mr. Groia’s testimony, it assumed that Mr. Groia “held an honest belief in his allegations of prosecutorial misconduct”: para. 238. On this basis the Appeal Panel assumed Mr. Groia was acting in good faith. The Appeal Panel clearly stated, however, that “it is professional misconduct to make

manquement professionnel va au-delà de la « simple impolitesse » (par. 211); l’accent est plutôt mis sur les allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite et sur celles qui attaquent l’intégrité d’une partie adverse : motifs du comité d’appel, par. 210 et 235.

[188] Soit dit avec respect, nous estimons que notre collègue procède à une reformulation de la méthode adoptée par le comité d’appel en matière de manquement professionnel. Bien qu’il reconnaisse la justesse de la méthode contextuelle retenue par le comité d’appel, dans les faits, notre collègue redéfinit cette méthode, la faisant reposer sur trois facteurs : (1) ce qu’a dit l’avocat; (2) la façon dont il l’a dit; et (3) la réaction du juge du procès : motifs du juge Moldaver, par. 36. Fait révélateur, même si elle ne figure pas dans les motifs du comité d’appel, cette formulation s’apparente grandement aux tests réclamés avec insistance par M. Groia et par le juge dissident de la Cour d’appel de l’Ontario qui préconisaient tous deux l’utilisation de la norme de contrôle de la décision correcte. Or, comme nous l’avons mentionné précédemment, pour juger de l’existence ou non d’un manquement professionnel, le comité d’appel a rejeté ce cadre strict au profit d’une méthode qui repose sur les faits et le contexte : motifs du comité d’appel, par. 7 et 232.

(2) L’évaluation de la présente affaire par le comité d’appel

[189] Passons maintenant à la façon dont le comité d’appel a appliqué sa méthode aux faits de l’espèce. À notre avis, l’analyse qu’il a faite du procès dans l’affaire Felderhof constituait une application fidèle et raisonnable de cette méthode.

a) *L’existence d’un fondement raisonnable aux allégations de M. Groia*

[190] Puisque le comité d’appel n’a pas eu l’occasion d’entendre le témoignage de M. Groia, il a présumé que ce dernier [TRADUCTION] « croyait honnêtement à ses allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite » : par. 238. Le comité d’appel a donc présumé que M. Groia agissait de bonne foi. Cependant, il a clairement affirmé que

[such allegations] . . . unless they are both made in good faith and have a reasonable basis”: para. 235 (emphasis added). The Appeal Panel thus suggested that the Law Society can still consider the reasonableness of a lawyer’s allegations even where they are made in good faith, in that they arise from a mistaken but sincerely held belief. As such, the Panel’s reasons focussed primarily on whether Mr. Groia had a “reasonable basis” for his allegations of prosecutorial misconduct and his comments that impugned the integrity of his opponents. Mr. Groia argued that he had such a basis: A.P. reasons, at paras. 239-40. The Appeal Panel disagreed. In our view, it was open to the Appeal Panel to do so.

[191] The Appeal Panel’s reasons demonstrate that it considered both the factual and legal underpinnings of Mr. Groia’s claims to determine whether they had a reasonable basis:

Our concern about the submissions quoted above is not merely that Mr. Groia was making incorrect legal submissions; that, of course, is not a basis for a finding of professional misconduct. Our concern is that Mr. Groia appears to have been using those submissions as a platform to attack the prosecutors, and in particular to impugn their integrity, without a reasonable basis to do so.

...

[Mr. Groia’s] submissions, in our view, directly attack the integrity of the prosecutors, by alleging that they cannot be relied upon to keep their ‘word’ and are lazy and incompetent. . . . Further, they have no factual foundation. As a matter of the law of evidence that Mr. Groia ought to have known, Mr. Naster was perfectly entitled to object to Mr. Groia putting documents to a witness notwithstanding that the witness could not identify them and suggesting that they be marked as exhibits. . . .

...

« de formuler de [telles allégations] constitue un manquement professionnel [. . .] sauf si elles sont faites de bonne foi en plus d’avoir un fondement raisonnable » : par. 235 (nous soulignons). Le comité d’appel a donc indiqué que le Barreau peut se pencher sur le caractère raisonnable des allégations faites par un avocat, même si elles le sont de bonne foi, en ce sens qu’elles découlent d’une croyance sincère, bien qu’erronée. Par conséquent, il a surtout concentré ses motifs sur la question de l’existence ou non d’un « fondement raisonnable », soit pour justifier les allégations soulevées par M. Groia de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite, soit pour justifier ses commentaires attaquant l’intégrité de ses adversaires. M. Groia a fait valoir l’existence d’un tel fondement : motifs du comité d’appel, par. 239-240. Le comité d’appel n’était pas de cet avis. Selon nous, le comité d’appel pouvait en arriver à cette conclusion.

[191] Il ressort des motifs du comité d’appel que celui-ci a pris en considération les fondements, tant factuels que juridiques, des prétentions de M. Groia pour évaluer si elles étaient raisonnablement fondées :

[TRADUCTION] Notre préoccupation, en ce qui a trait aux prétentions rapportées ci-dessus, n’est pas seulement que M. Groia a formulé des arguments juridiques erronés; cela ne saurait évidemment servir de fondement permettant de conclure à un manquement professionnel. Nous sommes préoccupés par le fait que M. Groia semble s’être servi de ces arguments comme tribune pour s’en prendre aux avocats de la poursuite, notamment en attaquant leur intégrité, sans fondement raisonnable.

...

À notre avis, les observations [de M. Groia] s’en prennent directement à l’intégrité des avocats de la poursuite, car elles avancent que ceux-ci, en plus de ne pas être fiables pour ce qui est de tenir « parole », seraient paresseux et incompetents. [. . .] Qui plus est, elles ne reposent sur aucun fondement factuel. En vertu du droit de la preuve — que M. Groia aurait dû connaître —, M. Naster avait parfaitement le droit tant de s’opposer à ce que M. Groia porte des documents à l’attention d’un témoin même si celui-ci n’était en mesure de les identifier que de proposer que ces documents soient inscrits en preuve.

...

In our review of the record, we could find no evidentiary foundation for the allegations of deliberate prosecutorial misconduct at this point in the trial. . . . His submissions regarding the ‘conviction filter’ not only were wrong in law but did not have a reasonable basis. And again, these submissions amplified and repeated comments made earlier in the trial, to the effect that the prosecutors were acting deliberately to make it impossible for Mr. Felderhof to get a fair trial. [Emphasis added; paras. 280, 285 and 295.]

[192] As the Panel noted, being wrong on the law is itself not a basis for professional misconduct in most situations: para. 280. However, it is clear from the passages cited above that the Appeal Panel was concerned with more than just whether Mr. Groia’s legal submissions were *correct* or not. Errors of law may be so egregious that submissions based on those errors have no “reasonable basis”. Put another way, allegations — made in good faith — may constitute professional misconduct if they have no reasonable *legal basis*.

[193] In our view, it was open to the Panel to consider both the factual and legal bases for the allegations at issue. The Appeal Panel’s mandate permits it to determine “any question of fact or law that arises in a proceeding before it”: *Law Society Act*, R.S.O. 1990, c. L.8, s. 49.35(1). Indeed, the Law Society rules govern civility and competence: *Rules of Professional Conduct* (2000), Rule 2.01 (now Rule 3.1). One rule that Mr. Groia was accused of having breached prohibits “ill-considered or uninformed criticism of the competence, conduct, advice, or charges of other legal practitioners”: *Rules of Professional Conduct* (2000), Rule 6.03(1) commentary; see A.P. reasons, at paras. 203 and 208. This standard can only be applied with some reference to the basic legal information a responsible lawyer is expected to possess or seek out before criticizing another lawyer’s professional conduct. The Appeal Panel’s choice to require a *reasonable* basis for the

Notre examen du dossier n’a relevé dans la preuve aucun fondement aux allégations de conduite répréhensible délibérée de la part des avocats de la poursuite à cette étape-ci du procès. [. . .] Non seulement [l]es observations [de M. Groia] au sujet d’un « filtre axé sur une condamnation » étaient-elles erronées en droit, mais elles étaient dépourvues de tout fondement raisonnable. Encore une fois, ces arguments ont amplifié et répété les commentaires déjà formulés pendant le procès selon lesquels les avocats de la poursuite agissaient délibérément pour que M. Felderhof ne puisse avoir un procès équitable. [Nous soulignons; par. 280, 285 et 295.]

[192] Comme l’a souligné le comité d’appel, dans la plupart des cas, le fait d’avoir tort quant au droit applicable ne constitue pas, en soi, le fondement d’un manquement professionnel : par. 280. Toutefois, les passages cités précédemment illustrent clairement que les préoccupations du comité d’appel ne se limitaient pas à la question de savoir si les arguments juridiques de M. Groia étaient *justes* ou non. Des erreurs de droit peuvent être si manifestes que les représentations qui reposent sur ces erreurs n’ont aucun « fondement raisonnable ». Autrement dit, des allégations, même si elles sont faites de bonne foi, peuvent constituer un manquement professionnel si elles sont *dépourvues de fondement juridique raisonnable*.

[193] À notre avis, le comité d’appel était autorisé à examiner tant le fondement factuel que le fondement juridique des allégations en cause. La portée de son mandat lui permet de « décider de toute question de fait ou de droit qui est soulevée dans une instance introduite devant [lui] » : *Loi sur le Barreau*, L.R.O. 1990, c. L.8, par. 49.35(1). En effet, les règles du Barreau régissent *à la fois* les questions de civilité *et* celles de compétence : *Code de déontologie* (2000), règle 2.01 (maintenant la règle 3.1). L’une des règles que M. Groia était accusé d’avoir enfreinte interdit à tout avocat de « critiquer à la légère la compétence, le comportement, les conseils ou les honoraires des autres praticiens juridiques » : *ibid.*, règle 6.03(1), commentaires; voir les motifs du comité d’appel, par. 203 et 208. Pour appliquer cette règle, il faut se rapporter aux connaissances juridiques minimales qu’un avocat responsable devrait normalement posséder ou chercher à acquérir

submissions indicates its intention to weed out egregious mistakes of law.

[194] As such, the Panel was entitled to consider whether there is a reasonable basis for the allegations where a lawyer alleges prosecutorial misconduct or impugns the integrity of opposing counsel. “Reasonableness”, as opposed to “good faith”, implies consideration of whether the allegations, objectively, had a legal or factual basis. This approach simply permits the Appeal Panel to consider, as a whole, the reasonableness of allegations that raise prosecutorial misconduct or impugn the integrity of opposing counsel, within the context of the proceedings. This is justified by the serious consequences that irresponsible attacks can have on opposing counsel’s reputation as well as the public perception of the justice system.

[195] Following the Appeal Panel’s review of the evidence, the Panel concluded that there was no reasonable basis (in fact or in law) for Mr. Groia’s allegations against the Ontario Securities Commission (OSC) prosecutors. It held that there was “no foundation” for Mr. Groia’s allegations, and that there was nothing “to suggest that either the OSC or the prosecutors were dishonest or intentionally attempting to subvert the defence” or that the prosecutors were “too busy or lazy to comply with their obligations”: paras. 266, 269, 304 and 306. While the prosecutor’s actions “may well have formed the basis for an aggressive attack on the Crown’s case”, “they did not provide a reasonable basis for repeated allegations of deliberate prosecutorial misconduct”: A.P. reasons, at para. 323.

avant d’attaquer la conduite professionnelle d’un confrère. En décidant d’exiger que les allégations doivent être *raisonnablement* fondées, le comité d’appel témoigne de son intention d’écarter les cas d’erreurs de droit manifestes.

[194] Par conséquent, le comité d’appel était en droit de se demander s’il existait un fondement raisonnable aux allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite ou à celles par lesquelles M. Groia attaquait l’intégrité des avocats de la partie adverse. Dans l’examen du « caractère raisonnable » d’allégations, contrairement à celui de la « bonne foi » de la personne qui les formule, il faut se demander si les allégations avaient, de façon objective, un fondement juridique ou factuel. Cette approche permet simplement au comité d’appel d’examiner, dans son ensemble, le caractère raisonnable des allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite ou de celles qui attaquent leur intégrité, dans le contexte de l’instance. Il est justifié de procéder de la sorte compte tenu des graves conséquences que peuvent avoir des attaques irresponsables sur la réputation des avocats de la partie adverse ainsi que sur la perception qu’a le public du système de justice.

[195] Au terme de son examen de la preuve, le comité d’appel a conclu que les allégations de M. Groia à l’égard des avocats de la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario (CVMO) n’avaient aucun fondement raisonnable, qu’il soit juridique ou factuel. Il a conclu que ces allégations n’étaient [TRADUCTION] « pas fondées », et que « rien ne permettait de conclure que la CVMO ou les avocats de la poursuite avaient été malhonnêtes ou avaient volontairement tenté de saboter la défense » ou encore qu’ils étaient « trop occupés ou paresseux pour se conformer aux obligations qui leur incombaient » : par. 266, 269, 304 et 306. Même si la conduite des avocats de la poursuite [TRADUCTION] « aurait bien pu justifier une attaque virulente de la cause du ministère public », elle « ne constituait pas un fondement raisonnable aux allégations répétées de conduite répréhensible délibérée de la part des avocats de la poursuite » : motifs du comité d’appel, par. 323.

[196] These conclusions were open to the Appeal Panel. They flowed directly from the Appeal Panel's thorough consideration of the evidence. The Panel "reviewed Mr. Groia's remarks in their context, often by relying on Mr. Groia's own explanations in the course of the hearing panel proceeding" and gave Mr. Groia the benefit of the doubt whenever possible: para. 241. It considered the conduct of the prosecutors to determine whether Mr. Groia's allegations had a basis in the record: see, e.g., paras. 256-58, 268-69, 276, 285, 288, 295-96, 298, 300-305, 312, 314, 316 and 325. However, despite this balanced review of the evidence, the Panel found that "[n]othing the prosecutors did justified [Mr. Groia's] onslaught": para. 322. In our view, it was open to the Appeal Panel to conclude there was no reasonable basis in fact or in law for Mr. Groia's allegations of prosecutorial misconduct and his comments that impugned the integrity of his opponents.

[197] Justice Moldaver takes a different view of the Appeal Panel's reasoning respecting the "reasonable basis" requirement. He suggests that the Appeal Panel determined that a lawyer's *bona fide* legal mistakes can *never* ground a finding of professional misconduct: paras. 126-27. He therefore concludes that Mr. Groia's good-faith (though mistaken) belief that the OSC prosecutors' actions were contrary to law in part "*provided* the reasonable basis for his allegations": para. 138 (emphasis in original). Respectfully, we are of the view that a reviewing court should give effect to the Appeal Panel's decision to adopt an approach with both subjective and objective considerations (i.e. to require "good faith" and a "reasonable basis"). We would not collapse the distinction between these criteria by restricting the Appeal Panel's ability to assess the reasonableness of legal submissions to determining whether the lawyer was acting in good faith.

[196] Le comité d'appel était autorisé à tirer ces conclusions. Ces dernières découlaient directement de son examen approfondi de la preuve. En effet, le comité [TRADUCTION] « a examiné les propos de M. Groia en contexte, s'appuyant souvent sur les explications données par ce dernier au cours des procédures devant le comité d'audition », et il lui a donné le bénéfice du doute dans la mesure du possible : par. 241. Il a aussi tenu compte de la conduite des avocats de la poursuite afin de décider si, au regard du dossier, les allégations de M. Groia étaient fondées : voir, p. ex., par. 256-258, 268-269, 276, 285, 288, 295-296, 298, 300-305, 312, 314, 316 et 325. Or, malgré cet exercice équilibré d'examen de la preuve, le comité d'appel a conclu que [TRADUCTION] « [l]es actions des avocats de la poursuite ne justifiaient aucunement les attaques de [M. Groia] » : par. 322. À notre avis, le comité d'appel pouvait conclure à l'absence de fondement raisonnable — qu'il soit factuel ou juridique — pour justifier les allégations soulevées par M. Groia de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite ou ses commentaires attaquant l'intégrité de ses adversaires.

[197] Le juge Moldaver perçoit différemment le raisonnement du comité d'appel en ce qui concerne l'exigence d'un « fondement raisonnable ». Selon lui, le comité d'appel a conclu que les erreurs de droit commises de bonne foi par un avocat ne permettent, *en aucun cas*, de fonder une conclusion de manquement professionnel : par. 126-127. Par conséquent, à son avis, le fait que M. Groia croyait sincèrement, quoiqu'erronément, à l'illégalité des actions des avocats de la CVMO « *constitu[ait]* [en partie] le fondement raisonnable [de ses] allégations » : par. 138 (en italique dans l'original). Avec égards, nous croyons que les cours de révision devraient donner effet à la décision du comité d'appel d'adopter une méthode fondée sur des considérations tant subjectives qu'objectives (c.-à-d. exiger « la bonne foi » et un « fondement raisonnable »). En outre, à notre avis, il faut se garder d'amalgamer ces critères en limitant le pouvoir du comité d'appel d'évaluer le caractère raisonnable d'arguments juridiques pour décider si l'avocat en cause agissait de bonne foi.

[198] The majority’s approach effectively creates a novel mistake of law defence: a lawyer will have a “reasonable basis” for allegations of misconduct anytime his beliefs as to the law — if they were correct — would create such a basis. This makes the “reasonable basis” requirement dependent on the *subjective* legal beliefs of the lawyer. As such, any accusations grounded in an honestly held legal belief will be immune from Law Society sanction, irrespective of how baseless that legal belief is.

[199] However, the Appeal Panel explicitly *rejected* the idea that whenever a lawyer’s accusations are based on an honestly held belief in the law, they necessarily have a “reasonable basis”. As discussed above, the Panel was of the view that allegations must have a *reasonable legal basis* to be justifiable, and this inquiry should not focus solely on the subjective beliefs of the lawyer. It is not a respectful reading of the Appeal Panel’s reasons to articulate a novel test for professional misconduct, then fault the Panel for failing to apply it. It was open to the Appeal Panel to hold that a lawyer who erroneously alleges prosecutorial misconduct or impugns the integrity of opposing counsel should not be shielded from professional sanction because of his or her own incompetence.

[200] Justice Moldaver also takes issue with the Appeal Panel’s finding that Mr. Groia had no reasonable *factual* basis for his accusations. The Appeal Panel’s decision respecting Mr. Groia was based in part on its conclusion that it is professional misconduct to make allegations that “impugn the integrity of opposing counsel” without a reasonable basis to do so: paras. 235, 320 and 324. The Panel found that Mr. Groia “repeatedly cast aspersions” on Mr. Naster, accusing him of reneging on promises when Mr. Naster contested the admissibility of certain documents: paras. 297, 299 and 319-20. The Panel determined, however, that these allegations had no factual basis:

[198] En réalité, l’approche adoptée par les juges majoritaires revient à créer une nouvelle défense fondée sur une erreur de droit : un avocat serait « raisonnablement fondé » à formuler des allégations de manquement dès lors que ses croyances juridiques, si elles s’avéraient, créeraient un tel fondement. Ainsi, l’exigence d’un « fondement raisonnable » serait tributaire des croyances juridiques *subjectives* de l’avocat, et quiconque porterait des accusations sur la foi d’une croyance juridique sincère ne pourrait être puni par le Barreau, et ce, même si cette croyance se révélait dénuée de fondement.

[199] Pourtant, le comité d’appel a explicitement *rejeté* l’idée selon laquelle les accusations portées par un avocat sur la foi d’une croyance juridique sincère ont nécessairement un « fondement raisonnable ». Comme nous l’avons mentionné, le comité d’appel était d’avis que, pour être justifiables, les allégations doivent avoir un *fondement juridique raisonnable*, et un tel examen ne devrait pas se limiter aux croyances personnelles de l’avocat. À notre avis, ce n’est pas faire preuve de la déférence voulue que de formuler un nouveau test en matière de manquement professionnel et d’ensuite reprocher au comité de ne pas s’y être tenu. Le comité d’appel pouvait conclure qu’un avocat qui allègue erronément la conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite ou qui porte atteinte à l’intégrité des avocats de la partie adverse ne peut pas être à l’abri d’une sanction professionnelle en raison de son incompétence.

[200] Notre collègue s’inscrit également en faux contre la conclusion du comité d’appel selon laquelle les accusations de M. Groia n’avaient pas de fondement *factuel*. Le comité d’appel a fondé sa décision concernant M. Groia en partie sur sa conclusion voulant que le fait de formuler des allégations pour [TRADUCTION] « attaque[r] l’intégrité de l’avocat de la partie adverse » sans fondement raisonnable constitue un manquement professionnel : par. 235, 320 et 324. De l’avis du comité d’appel, M. Groia « a dénigré à répétition » M. Naster et l’a accusé de manquer à ses promesses lorsque celui-ci a contesté l’admissibilité de certains documents : par. 297, 299 et 319-320. Or, le comité d’appel a conclu que ces allégations n’étaient pas fondées dans les faits :

. . . Mr. Groia had no reasonable basis on which to attack either the integrity of the prosecutors or their motives. The prosecutors had not promised that they would introduce all relevant documents, regardless of the rules of evidence. They were under no obligation to call evidence favourable to the defence. They had not resiled from their promises. Their positions on evidentiary issues were not improper and were often correct. [Emphasis added; para. 324.]

[201] Justice Moldaver states that it was “not reasonably open” to the Appeal Panel to find that Mr. Groia’s allegations lacked a reasonable factual basis: M.R., at para. 134. This, according to his analysis, is because the Panel should have appreciated how Mr. Groia’s legal mistakes “coloured his understanding of the facts”: M.R., at para. 135. With respect, the Appeal Panel was entitled to make the findings of fact it made. Reasonableness review of a decision requires deferential consideration of the rationales of the decision maker.

(b) *The Appeal Panel’s Weighing of the Evidence*

[202] In determining whether Mr. Groia’s allegations crossed the line into professional misconduct, the Appeal Panel applied its expertise and decided how to assess the evidence as a whole.

[203] The Appeal Panel focussed, for example, on the disrespectful manner in which Mr. Groia made his allegations: paras. 290, 299 and 328. The Panel noted Mr. Groia’s sarcastic use of the word “Government” to describe the OSC’s lawyers. The Panel found that it was wrong to use the term “as a way of casting aspersions on opposing counsel without a reasonable basis”: para. 286. The Panel also highlighted numerous instances in which Mr. Groia directly attacked the integrity of his opponents in a harsh and cutting way. On the issue of the admission of documents, Mr. Groia repeatedly commented that he could not enter a document “because the Government isn’t prepared to stand by its representations to this Court” and because the prosecutors “don’t live up to their promises”: A.P. reasons, at para. 299. Mr. Groia also

[TRADUCTION] . . . M. Groia n’avait aucun fondement raisonnable lui permettant d’attaquer l’intégrité ou les motivations des avocats de la poursuite. Ces derniers ne s’étaient pas engagés à déposer en preuve tous les documents pertinents, indépendamment des règles de preuve applicables. Rien ne les obligeait à présenter de la preuve favorable à l’accusé. Ils ne sont pas revenus sur leurs promesses. La position de la poursuite à l’égard des questions de preuve n’était pas inappropriée et était même souvent juste. [Nous soulignons; par. 324.]

[201] Selon notre collègue, le comité d’appel « ne pouvait pas raisonnablement » conclure que les allégations de M. Groia n’avaient pas de fondement factuel : motifs du juge Moldaver, par. 134. Suivant son analyse, il en est ainsi puisque le comité d’appel aurait dû tenir compte du fait que les erreurs juridiques de M. Groia « ont teinté sa compréhension de la situation » : *ibid.*, par. 135. Soit dit en tout respect, le comité d’appel était autorisé de tirer sa conclusion. Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable exige que les raisonnements du décideur soient examinés avec retenue.

(b) *L’examen de la preuve par le comité d’appel*

[202] Afin de décider si les allégations de M. Groia dépassaient les bornes et constituaient un manquement professionnel, le comité d’appel a usé de son expertise et déterminé comment il allait apprécier la preuve dans son ensemble.

[203] Le comité d’appel s’est intéressé, par exemple, au manque de respect dont M. Groia a fait preuve en formulant ses allégations : par. 290, 299 et 328. Il a souligné le ton sarcastique avec lequel M. Groia avait parlé du [TRADUCTION] « gouvernement » pour décrire les avocats de la CVMQ. Le comité a conclu qu’il était incorrect d’utiliser ce terme de manière à « dénigrer sans fondement raisonnable les avocats de la partie adverse » : par. 286. Il a aussi souligné les nombreuses occasions où M. Groia s’en est pris directement à l’intégrité de ses adversaires de façon sévère et blessante. S’agissant de l’admission des documents en preuve, M. Groia a maintes fois fait valoir qu’il ne pouvait déposer un document « parce que le gouvernement n’est pas prêt à honorer les déclarations qu’il a faites à la Cour » et

remarked: “My friend doesn’t like the fact that he is being held to statements he made in open court. I am sorry. He made those submissions” and asked the judge: “Is my friend ever going to explain to this Court, or God forbid, ever apologize to this Court for the Government’s conduct in this case?” (*ibid.*) When arguing about the admissibility of a *National Post* article, Mr. Groia said: “I am heartened to see that Your Honour is no more able to get a straight answer out of the prosecutor than the defence has been” (para. 311).

[204] The Appeal Panel also placed significant weight on the cumulative impact of Mr. Groia’s comments: para. 318. Mr. Groia’s comments built on one another throughout the course of the Felderhof trial, and the Panel therefore found it necessary to measure their cumulative effects rather than considering each in isolation: paras. 285 and 319.

[205] Following its consideration of the evidence as a whole, the Appeal Panel concluded that Mr. Groia had engaged in professional misconduct. While the Appeal Panel noted that certain of Mr. Groia’s comments did not cross the line into professional misconduct, it concluded that his conduct, when considered cumulatively, can “best be described as a relentless personal attack on the integrity and the *bona fides* of the prosecutors”: paras. 252, 270, 280, 317 and 318. The Panel also determined that Mr. Groia’s behaviour had a negative impact on the trial and on the administration of justice: paras. 313 and 332. In light of all of the facts at play, the Panel concluded that Mr. Groia’s allegations crossed the line and warranted sanction.

[206] In our view, it was open to the Panel to weigh the evidence in the way it did. Its findings regarding the disrespectful way that Mr. Groia made his allegations were amply supported by the record, as were its conclusions on the cumulative effects of his

parce que les avocats de la poursuite « ne respectent pas leurs promesses » : motifs du comité d’appel, par. 299. M. Groia a également affirmé que : « Mon ami n’apprécie pas qu’on le tienne aux déclarations qu’il a faites devant la Cour. Je suis navré. Il a tenu ces propos ». Il a ensuite demandé au juge : « À quand une explication ou — que Dieu nous en protège! — des excuses à la Cour de la part de mon ami pour la conduite du gouvernement dans la présente affaire? » : *ibid.* Dans ses représentations sur l’admissibilité d’un article du *National Post*, M. Groia s’est exclamé : « Je me réjouis de constater que vous, votre honneur, n’êtes guère plus en mesure d’obtenir une réponse claire de l’avocat de la poursuite que ne l’a été la défense » : par. 311.

[204] Le comité d’appel a aussi accordé beaucoup d’importance à l’effet cumulatif des commentaires de M. Groia : par. 318. Ces commentaires s’additionnaient au fur et à mesure qu’avançait le procès dans l’affaire Felderhof, et c’est pourquoi le comité d’appel a jugé nécessaire d’en apprécier l’effet cumulatif plutôt que d’évaluer chaque commentaire séparément : par. 285 et 319.

[205] Après avoir examiné la preuve dans son ensemble, le comité d’appel a conclu que M. Groia avait commis un manquement professionnel. Même s’il a souligné que certains des commentaires de M. Groia ne pouvaient être qualifiés de manquement professionnel, le comité d’appel a conclu que ses agissements, par leur effet cumulatif, pouvaient être [TRADUCTION] « décrits comme une attaque personnelle et sans relâche menée contre l’intégrité et la bonne foi des avocats de la poursuite » : par. 252, 270, 280 et 317-318. Le comité d’appel a également statué que le comportement de M. Groia avait eu une incidence négative sur le procès et sur l’administration de la justice : par. 313 et 332. À la lumière de tous les faits en cause, le comité d’appel a conclu que les allégations de M. Groia dépassaient les bornes et devaient entraîner des sanctions.

[206] À notre avis, le comité d’appel pouvait soupeser la preuve comme il l’a fait. Ses conclusions quant au manque de respect de M. Groia dans la formulation de ses allégations, tout comme celles sur l’effet cumulatif de sa conduite, étaient amplement

conduct. Ultimately, the reasons support the Appeal Panel's conclusion that Mr. Groia was engaged in professional misconduct: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 56; *Ryan*, at para. 47. Both the evidentiary foundation and the logic of the reasons were sound: *ibid.* The decision is justifiable, intelligible, and transparent and falls within the range of reasonable outcomes: *Dunsmuir*, at para. 47.

[207] Justice Moldaver takes issue with the way that the Appeal Panel weighed the evidence before it. He would reduce the weight assigned to the manner and effects of Mr. Groia's comments because the state of the law regarding abuse of process was uncertain at the time of the Felderhof trial: *M.R.*, at para. 143.

[208] We cannot agree that the Appeal Panel was unreasonable in failing to take such an approach. Most notably, Mr. Groia never raised the unsettled state of the law regarding abuse of process before the Appeal Panel: see *A.P.* reasons, at para. 239. To criticize the Appeal Panel's reasons for failing to consider an argument never raised before it has no basis in reasonableness review. Adding another matter that the Appeal Panel ought to have considered is a means of reweighing of evidence, which is inappropriate on deferential review: *Suresh*, at para. 29.

[209] Furthermore, whatever uncertainty there was regarding the timing of when abuse of process allegations should be made, there was no uncertainty about the underlying rules of professional ethics and law of evidence upon which Mr. Groia had launched his volleys of ill-considered attacks.

[210] Justice Moldaver also places significant weight on the trial judge's reticence to intervene when Mr. Groia made his allegations: *M.R.*, at paras. 136, 148–54 and 157. However, the Appeal Panel paid close attention to the interventions that the trial

étayées par le dossier. En définitive, les motifs appuient la conclusion du comité d'appel selon laquelle M. Groia a commis un manquement professionnel : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 56; *Ryan*, par. 47. Tant le raisonnement derrière les motifs que la preuve qui les sous-tend étaient valables : *ibid.* Il s'agit d'une décision justifiable, intelligible et transparente qui appartient aux issues raisonnables : *Dunsmuir*, par. 47.

[207] Notre collègue dénonce l'examen de la preuve faite par le comité d'appel. Il réduirait l'importance accordée à la manière dont M. Groia a formulé ses commentaires et aux effets de ceux-ci, au motif que l'état du droit en matière d'abus de procédure était incertain au moment du procès dans l'affaire Felderhof : motifs du juge Moldaver, par. 143.

[208] Nous ne pouvons convenir qu'il était déraisonnable que le comité d'appel n'adopte pas cette approche. Plus particulièrement, M. Groia n'a jamais soulevé devant le comité d'appel la question de l'incertitude entourant l'état du droit en matière d'abus de procédure : motifs du comité d'appel, par. 239. Reprocher au comité d'appel de ne pas avoir tenu compte d'un argument qu'on ne lui a jamais présenté n'est pas justifié dans le cadre d'un contrôle effectué selon la norme de la décision raisonnable. En outre, le fait d'ajouter un élément à la liste de ceux que le comité d'appel devait prendre en considération revient à soupeser à nouveau la preuve, ce qui est inapproprié compte tenu de la déférence dont doit être empreint un tel contrôle : *Suresh*, par. 29.

[209] Qui plus est, même s'il régnait une quelconque incertitude quant au moment où les allégations d'abus de procédure devaient être faites, les règles sous-jacentes en matière de déontologie et de droit de la preuve sur la base desquelles M. Groia a lancé sa salve d'attaques irréflechies étaient sans équivoque.

[210] Notre collègue accorde également une grande importance au fait que le juge du procès était réticent à intervenir lorsque M. Groia a formulé ses allégations : motifs du juge Moldaver, par. 136, 148–154 et 157. Le comité d'appel a pourtant examiné

judge made in the course of the proceedings but noted that a trial judge's interventions are not a determinative consideration: paras. 53-56, 76-77, 86-88, 90-91, 103, 263, 269, 272 and 281. The Panel was entitled to determine that other factors warranted more weight in the circumstances of this case.

[211] In the same vein, Justice Moldaver would also discount the manner in which Mr. Groia made his allegations on the basis that the trial judge had not intervened: M.R., at para. 157. In our view, the Appeal Panel was entitled to place substantial weight on Mr. Groia's use of unnecessary invective: A.P. reasons, at paras. 236 and 328.

[212] Justice Moldaver uses the trial judge's lack of intervention in respect of Mr. Groia's legal errors as an indication that the Panel was unreasonable in concluding that Mr. Groia's allegations lacked a factual foundation: M.R., at paras. 136 and 153. With respect, we consider that it is within the Panel's statutory responsibility to assess the reasonableness of lawyers' submissions. The fact that the trial judge did not tell Mr. Groia that he was wrong in law did not require the Panel to find that his submissions were reasonable.

[213] Thus we cannot agree with Justice Moldaver's application of the reasonableness standard. In our view, he misstates the Appeal Panel's approach and reweighs the evidence in order to reach a different result. Our colleague may have preferred choices other than those made by the Appeal Panel. However, that is no basis to intervene on judicial review and rebalance the scales. In reasonableness review, courts must resist the temptation to come to a conclusion different than the tribunal's, particularly where there is a logical and evidentiary underpinning for the tribunal's conclusions: *Southam*, at paras. 79-80.

avec soin les interventions faites par le juge pendant les procédures, mais a souligné que celles-ci ne constituaient pas un facteur déterminant : par. 53-56, 76-77, 86-88, 90-91, 103, 263, 269, 272 et 281. Le comité d'appel était en droit de conclure que, compte tenu des circonstances de l'espèce, il fallait accorder plus d'importance à d'autres facteurs.

[211] Dans le même ordre d'idées, notre collègue ne tiendrait pas compte de la manière dont M. Groia a formulé ses allégations, au motif que le juge du procès n'est pas intervenu : motifs du juge Moldaver, par. 157. À notre avis, au contraire, le comité d'appel était autorisé à accorder une grande importance à l'utilisation d'injures injustifiées par M. Groia : motifs du comité d'appel, par. 236 et 328.

[212] Pour notre collègue, le silence du juge du procès à l'égard des erreurs de droit de M. Groia est une indication du caractère déraisonnable de la conclusion du comité d'appel selon laquelle les allégations de M. Groia étaient dépourvues de fondement factuel : motifs du juge Moldaver, par. 136 et 153. Soit dit en tout respect, nous croyons que le comité d'appel a le mandat d'évaluer le caractère raisonnable des prétentions que font valoir les avocats et qu'il n'était pas tenu de conclure que les prétentions de M. Groia étaient raisonnables du simple fait que le juge de première instance ne lui a pas indiqué que ses allégations étaient mal fondées en droit.

[213] En conséquence, nous ne pouvons souscrire à la façon dont notre collègue a appliqué la norme de la décision raisonnable. À notre avis, son interprétation de la méthode adoptée par le comité d'appel est erronée et il soupèse à nouveau la preuve afin d'arriver à un résultat différent. Il est bien possible que notre collègue ait préféré que le comité d'appel rende une décision différente, mais cela ne justifie pas qu'il intervienne en contrôle judiciaire et qu'il substitue sa décision à celle du comité. La cour qui procède à un contrôle selon la norme de la décision raisonnable doit résister à la tentation de tirer une conclusion différente de celle d'un décideur, surtout lorsque cette dernière n'est pas dénuée de logique ou de fondement dans la preuve : *Southam*, par. 79-80.

(3) Conclusion on the Reasonableness of the Appeal Panel’s Decision

[214] For over 200 years, the Legislature has delegated to the Law Society the authority to determine both the rules of professional conduct for the profession and their interpretation: *Law Society Act*, ss. 34(1) and 62(0.1)10. Recognizing this expertise, this Court has consistently held that law societies should be afforded deference: *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, at para. 45; *Ryan*, at para. 42. The Law Society is a specialized body; here, it was applying its own rules to a specific case that fell well within the core of its expertise.

[215] Because of the Law Society’s broad mandate, this is not one of the “rare occasions where only one ‘defensible’ outcome exists”: *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770, at para. 35, per Abella J. The existence of reasonableness review is, rather, premised on the fact that “certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific, particular result”: *Dunsmuir*, at para. 47.

[216] For the reasons set out above, we are of the view that there is no basis on this record to interfere with the Appeal Panel’s decision. The Panel articulated an approach for professional misconduct that flowed directly from its consideration of the rules, commentary and jurisprudence. It faithfully followed its approach, based on the evidence respecting Phase One of the Felderhof trial, and concluded that Mr. Groia had no reasonable basis for the allegations he made against the OSC prosecutors. It then weighed the whole of the evidence and determined that when considered in light of all of the relevant factors, Mr. Groia’s comments constituted professional misconduct. The Panel’s logic, rationales and conclusion were reasonable.

[217] We would also find that the Appeal Panel’s decision proportionately balanced the value of freedom of expression with its mandate to ensure that

(3) Conclusion quant au caractère raisonnable de la décision du comité d’appel

[214] Depuis plus de 200 ans, le Barreau jouit du pouvoir délégué par le législateur de déterminer les règles de déontologie de la profession et leur interprétation : *Loi sur le Barreau*, par. 34(1) et al. 62(0.1)10. Reconnaissant cette expertise, la Cour a systématiquement statué que les décisions des barreaux commandent la déférence : *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, par. 45; *Ryan*, par. 42. Le Barreau est un organisme spécialisé; en l’espèce, il appliquait ses propres règles à un dossier en particulier qui touchait au cœur même de son expertise.

[215] Étant donné le vaste mandat du Barreau, la présente affaire ne constitue pas l’une des « rares occasions [où] il n’y [a] qu’une seule issue “pouvant se justifier” » : *Wilson c. Énergie atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770, par. 35, la juge Abella. L’existence du contrôle selon la norme de la décision raisonnable repose plutôt sur la prémisse que « certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n’appellent pas une seule solution précise » : *Dunsmuir*, par. 47.

[216] Pour ces motifs, nous sommes d’avis que le dossier en l’espèce ne révèle aucune raison d’intervenir à l’égard de la décision du comité d’appel. Ce dernier s’est doté d’une méthode en matière de manquement professionnel qui découlait directement de son examen approfondi des règles, des commentaires à leur sujet, et de la jurisprudence. Il a fidèlement appliqué cette méthode en fonction de la preuve se rapportant à la première phase du procès dans l’affaire Felderhof et a conclu que les allégations de M. Groia à l’encontre des avocats de la CVMO n’avaient pas de fondement raisonnable. Le comité d’appel a ensuite soupesé l’ensemble de la preuve et conclu que, à la lumière de tous les facteurs pertinents, les commentaires de M. Groia constituaient un manquement professionnel. La logique, le raisonnement et la conclusion du comité d’appel étaient raisonnables.

[217] Nous sommes également d’avis que, dans sa décision, le comité d’appel a su mettre en balance de façon proportionnée l’importance de la liberté

lawyers conduct themselves professionally. As this Court noted in *Doré*, “[i]n the *Charter* context, the reasonableness analysis is one that centres on proportionality, that is, on ensuring that the decision interferes with the relevant *Charter* guarantee no more than is necessary given the statutory objectives”: para. 7. The Appeal Panel was alert to the importance of lawyers’ expressive freedoms and the critical role of zealous advocacy in our system: A.P. reasons, at paras. 214–17. In order to ensure that these principles were limited no more than necessary, the Appeal Panel adopted a contextual approach that took into account the dynamics of the courtroom setting: para. 7. In addition, the Appeal Panel gave Mr. Groia the benefit of the doubt and assumed that he acted in good faith. However, it was open to the Appeal Panel to determine that at a certain point, the cumulative effect of Mr. Groia’s allegations meant that the balance shifted and that there was a need for limits on Mr. Groia’s conduct. It was reasonable for the Appeal Panel to conclude that “[i]n the context of this trial, zealous advocacy did not require Mr. Groia to make unfounded allegations of prosecutorial misconduct”, to “impugn the integrity of his opponents” or to “frequently resort to invective” when describing them: para. 328.

[218] Finally, we note that all of the adjudicators and judges who reviewed this decision on the standard of reasonableness also concluded that the Appeal Panel’s ultimate finding of misconduct was reasonable. The only person to conclude that Mr. Groia’s conduct did not amount to misconduct was the dissenting judge at the Ontario Court of Appeal, who applied a correctness standard of review. This Court should resist the temptation to substitute its view on what the Appeal Panel should have done. The focus on a reasonableness review is on the Appeal Panel’s actual reasons. In this case, the Appeal Panel’s decision was reasonable.

d’expression et son mandat consistant à veiller à ce que les avocats agissent de façon professionnelle. Comme la Cour l’a indiqué dans l’arrêt *Doré*, dans le contexte « de la *Charte*, [l’]analyse du caractère raisonnable porte avant tout sur la proportionnalité, soit, sur la nécessité d’assurer que la décision n’interfère avec la garantie visée par la *Charte* pas plus qu’il n’est nécessaire compte tenu des objectifs visés par la loi » : par. 7. Le comité d’appel était conscient de l’importance du droit à la liberté d’expression dont jouissent les avocats et du rôle essentiel que joue la défense passionnée des droits dans notre système : motifs du comité d’appel, par. 214–217. Pour s’assurer que ces principes n’étaient pas limités au-delà du nécessaire, le comité d’appel a adopté une méthode contextuelle qui prend en compte la dynamique d’une salle de cour : par. 7. De plus, il a donné le bénéfice du doute à M. Groia et a tenu pour acquis que ce dernier avait agi de bonne foi. Cela dit, le comité d’appel pouvait tout à fait conclure que l’effet cumulatif des allégations de M. Groia a, à un certain point, créé un déséquilibre et qu’il devenait nécessaire d’imposer des limites à sa conduite. Il était raisonnable que le comité d’appel conclue que, [TRADUCTION] « [d]ans le contexte du procès qui nous intéresse, la défense passionnée des droits de son client n’exigeait pas de M. Groia qu’il formule des allégations non fondées de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite », qu’il « attaque l’intégrité de ses adversaires » ou qu’il ait « fréquemment recours à des injures » pour les décrire : par. 328.

[218] Enfin, nous remarquons que tous les organismes décisionnels et les juges qui ont contrôlé la décision en l’espèce selon la norme de la décision raisonnable ont, eux aussi, conclu au caractère raisonnable de la conclusion de manquement professionnel à laquelle est arrivé le comité d’appel. Seul le juge dissident de la Cour d’appel de l’Ontario, qui a appliqué la norme de contrôle de la décision correcte, a tiré la conclusion contraire. La Cour devrait résister à la tentation de substituer son opinion à celle du comité d’appel quant à ce qu’il aurait dû faire. Le contrôle judiciaire effectué selon la norme de la décision raisonnable porte sur les véritables motifs du comité d’appel. En l’espèce, la décision de ce dernier était raisonnable.

C. *The Impacts of Allowing This Appeal*

[219] We have a number of concerns about the implications that follow from Justice Moldaver’s reasons. Respectfully, we are concerned that they immunize erroneous allegations from Law Society sanction, validate improper conduct and threaten to undermine the administration of justice and the culture change that this Court has called for in recent years.

(1) Immunizing Accusations Based on Honestly Believed Legal Errors

[220] As discussed, Justice Moldaver’s reasons effectively create a mistake of law defence that immunizes lawyers from professional sanction whenever their allegations are based on honestly held legal beliefs. In our view, this approach would potentially immunize lawyers who make accusations based on erroneous, unsupportable or even reckless beliefs about the law.

[221] Allowing any honestly held legal belief to provide a “reasonable basis” for allegations of prosecutorial misconduct, taken to its logical conclusion, means that the more outrageous the lawyer’s legal belief is, the more justified his allegations of impropriety become. This approach creates an unduly high threshold for professional misconduct, one that could effectively dispossess the law societies of their regulatory authority respecting incivility anytime a lawyer can cloak his accusations in a subjective legal belief.

(2) Validating Uncivil Conduct

[222] We are concerned that allowing this appeal will be seen as a validation of Mr. Groia’s conduct and will undermine the Law Society’s ability to sanction unprofessional conduct.

C. *Les conséquences de la décision d’accueillir le présent pourvoi*

[219] Les répercussions de la décision de notre collègue sont, pour nous, source d’un certain nombre de préoccupations. Nous craignons qu’elle protège les allégations erronées de toute réprimande par le Barreau, entraîne la légitimation des comportements inappropriés et compromette l’administration de la justice et le changement de culture réclamé par la Cour ces dernières années.

(1) Protection des accusations fondées sur des croyances juridiques sincères qui se révèlent erronées

[220] Comme nous l’avons noté, les motifs de notre collègue créent dans les faits une défense fondée sur une erreur de droit grâce à laquelle tout avocat qui formule des allégations sur la foi de croyances juridiques sincères est immunisé contre les sanctions disciplinaires professionnelles. À notre avis, cette approche risque de protéger les avocats qui lancent des accusations en s’appuyant sur des croyances juridiques qui sont erronées, insoutenables ou même téméraires.

[221] Permettre qu’une croyance juridique sincère puisse constituer le « fondement raisonnable » d’allégations d’inconduites de la part des avocats de la poursuite aura la conséquence logique suivante : plus les croyances juridiques d’un avocat seront outrancières, plus ses allégations d’actes répréhensibles seront justifiées. Cette approche crée un seuil exagérément élevé en matière de manquement professionnel, seuil qui pourrait, dans les faits, priver les barreaux de leur pouvoir de réglementation en matière d’incivilité dès lors qu’un avocat est en mesure de défendre ses accusations au moyen d’une croyance juridique subjective.

(2) Légitimation d’actes d’incivilité

[222] Nous craignons que le fait d’accueillir le présent pourvoi soit interprété comme légitimant la conduite de M. Groia et mine le pouvoir du Barreau de punir les cas de conduite non professionnelle.

[223] The Appeal Panel determined that even if a lawyer has a reasonable basis for an allegation of prosecutorial misconduct, “she must avoid use of invective to raise the issue”: para. 236. This is a reasonable approach. The *Rules of Professional Conduct* were — and remain today — “crystal clear” that counsel must treat witnesses, other lawyers, and the court with fairness, courtesy and respect: *R. v. Felderhof* (2003), 235 D.L.R. (4th) 131 (Ont. C.A.) (*Felderhof* (ONCA)), at para. 96; *Rules of Professional Conduct* (2000), Rules 4.01(1), 6.03(1) (now Rules 2.1-1, 2.1-2, 5.1-1, 5.1-5, 5.6-1, 7.2-1 and 7.2-4).

[224] In setting aside the decision of the Appeal Panel, Justice Moldaver, however, says little concerning the inappropriate manner in which Mr. Groia brought his allegations. Instead, he says that “[s]trong language . . . will regularly be necessary to bring forward allegations of prosecutorial misconduct”: para. 101.

[225] With respect, we take a contrary view; we cannot agree with any suggestion that Mr. Groia’s conduct was permissible, let alone “necessary”. As the Appeal Panel noted, Campbell J. initially found that it was “unnecessary” for Mr. Groia to make his submissions respecting prosecutorial misconduct in the “repetitive stream of invective” he did: *R. v. Felderhof*, 2002 CanLII 41888 (Ont. S.C.J.) (*Felderhof* (ONSC)), at para. 271. He described Mr. Groia’s conduct as “appallingly unrestrained and on occasion unprofessional”, “inappropriate”, “extreme” and “unacceptable”: *R. v. Felderhof*, 2003 CanLII 41569 (Ont. S.C.J.) at paras. 18 and 21. The judge noted that on one occasion, Mr. Groia’s conduct more resembled “guerilla theatre than advocacy in court”: *Felderhof* (ONSC), at para. 91. Rosenberg J.A. of the Court of Appeal substantially agreed with these characterizations and called Mr. Groia’s rhetoric “improper”: *Felderhof* (ONCA), at paras. 78-82. It is true that the Appeal Panel did not treat the view of these two judges as determinative. It in fact recognized that the comments of Campbell J. and Rosenberg J.A. should be given limited weight: A.P. reasons, at para. 201. Nonetheless, we note that after

[223] Le comité d’appel a conclu que, même lorsqu’un avocat est raisonnablement fondé à formuler une allégation de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite, [TRADUCTION] « il doit éviter de soulever la question en invectivant son confrère » : par. 236. Il s’agit d’une approche raisonnable. Le *Code de déontologie* était, tout comme il l’est encore aujourd’hui, [TRADUCTION] « limpide » quant au fait que les avocats doivent maintenir, à l’égard des témoins, des autres avocats et des tribunaux, une attitude juste, courtoise et respectueuse : *R. c. Felderhof* (2003), 235 D.L.R. (4th) 131 (C.A. Ont.) (*Felderhof* (C.A. Ont.)), par. 96; *Code de déontologie* (2000), règles 4.01(1) et 6.03(1); maintenant règles 2.1-1, 2.1-2, 5.1-1, 5.1-5, 5.6-1, 7.2-1 et 7.2-4.

[224] Or, tandis qu’il annule la décision du comité d’appel, notre collègue en dit très peu sur la manière inappropriée dont M. Groia a formulé ses allégations. Il affirme plutôt que « [d]es propos forts [. . .] seront régulièrement nécessaires pour présenter des allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite » : par. 101.

[225] Soit dit en tout respect, nous sommes de l’avis contraire; nous ne pouvons convenir que M. Groia était autorisé à agir comme il l’a fait, et encore moins que sa conduite était « nécessaire ». Comme l’a souligné le comité d’appel, le juge Campbell a initialement conclu qu’il n’était [TRADUCTION] « pas nécessaire » que les allégations de conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite formulées par M. Groia prennent la forme d’une « suite ininterrompue d’invectives » comme ce fut le cas en l’espèce : *R. c. Felderhof*, 2002 CanLII 41888 (C.S.J. Ont.) (*Felderhof* (C.S.J. Ont.)), par. 271. Le juge Campbell a décrit la conduite de M. Groia comme étant [TRADUCTION] « étonnamment cavalière et parfois non professionnelle », « inappropriée », « extrême » et « inacceptable » : *R. c. Felderhof*, 2003 CanLII 41569 (C.S.J. Ont.), par. 18 et 21. Il a également indiqué que, à une occasion, la conduite de M. Groia s’apparentait davantage à une « scène de théâtre de guérilla qu’au travail d’un avocat en cour » : *Felderhof* (C.S.J. Ont.), par. 91. Le juge Rosenberg de la Cour d’appel de l’Ontario était, pour l’essentiel, d’accord avec cette description et a qualifié le discours de M. Groia de

reviewing the entire record of the Felderhof trial, the Panel came to a similar conclusion about Mr. Groia's conduct.

[226] We agree with the Appeal Panel that there is no excuse for the manner in which Mr. Groia brought his allegations: para. 328. It is when lawyers are tested with challenging situations that the requirements of civility become most important. When lawyers are raising difficult issues like prosecutorial misconduct, they are nonetheless “constrained by their profession to do so with dignified restraint”: *Doré*, at para. 68 (emphasis added). Motions respecting prosecutorial misconduct “can and should be conducted without the kind of rhetoric engaged in by [Mr. Groia]”: *Felderhof* (ONCA), at para. 96. Zealous advocacy did not require that he “frequently resort to invective in describing opponents who were trying to do their jobs”: A.P. reasons, at para. 328.

[227] By assigning limited weight to the manner in which Mr. Groia brought his allegations, Justice Moldaver's reasons can be read as setting a benchmark for professional misconduct that permits sustained and sarcastic personal attacks on opposing counsel. In our view, there is simply no place in Canadian courtrooms for this type of conduct. Deciding that the Law Society cannot sanction the allegations that Mr. Groia unleashed on his opponents sends the wrong message to those who look to this Court for guidance.

[TRADUCTION] « déplacé » : *Felderhof* (C.A. Ont.), par. 78-82. Il est vrai que l'opinion de ces deux juges n'était pas déterminante pour le comité d'appel. En fait, celui-ci a même statué qu'il conviendrait d'accorder une importance limitée aux commentaires du juge Campbell et à ceux du juge d'appel Rosenberg : motifs du comité d'appel, par. 201. Nous remarquons néanmoins que, après avoir examiné tout le dossier du procès dans l'affaire Felderhof, le comité d'appel est arrivé à une conclusion similaire quant à la conduite de M. Groia.

[226] À l'instar du comité d'appel, nous estimons qu'il était inexcusable de la part de M. Groia d'avoir formulé ses allégations comme il l'a fait : par. 328. En effet, c'est lorsque les avocats sont confrontés à des situations difficiles que les exigences de civilité se révèlent le plus nécessaires. Les avocats qui soulèvent des questions difficiles, comme celle de la conduite répréhensible de la part des avocats de la poursuite, sont néanmoins « tenus par leur profession de s'exécuter avec une retenue pleine de dignité » : *Doré*, par. 68 (nous soulignons). Les requêtes relatives à la conduite répréhensible de la part d'avocats de la poursuite [TRADUCTION] « peuvent être — et devraient être — instruites sans le type de discours tenu par [M. Groia] » : *Felderhof* (C.A. Ont.), par. 96. La défense passionnée des droits n'exigeait pas de M. Groia qu'il ait [TRADUCTION] « fréquemment recours à des invectives pour décrire ses adversaires, qui ne cherchaient qu'à faire leur travail » : motifs du comité d'appel, par. 328.

[227] En accordant une importance limitée à la façon dont M. Groia a formulé ses arguments, les motifs de notre collègue peuvent s'interpréter de sorte à établir une nouvelle norme en matière de manquement professionnel qui permettrait à un avocat de porter des attaques soutenues et sarcastiques à l'endroit d'un avocat de la partie adverse. À notre avis, ce type de conduite n'a tout simplement pas sa place devant les tribunaux canadiens. Décider que le Barreau ne peut pas punir M. Groia pour ses allégations à l'endroit de ses adversaires envoie le mauvais message à ceux qui s'en remettent aux enseignements de la Cour.

(3) Undermining the Administration of Justice

[228] Finally, we are concerned about the broader impact of setting aside the Appeal Panel's decision on the culture of the legal profession and the administration of justice.

[229] The Appeal Panel quite reasonably stated that professionalism is a key component of the efficient resolution of disputes. Uncivil, abrasive, hostile or obstructive conduct "necessarily impedes the goal of resolving conflicts rationally, peacefully, and efficiently, in turn delaying or even denying justice": A.P. reasons, at para. 218, quoting *Felderhof* (ONCA), at para. 83. It distracts not only counsel, who become preoccupied with defending their own integrity rather than advocating for their clients' interests, but also triers of fact, who are required to weigh in on acrimonious personal disputes rather than focusing on the merits: see A.P. reasons, at paras. 230-31 and 332. Most importantly, though, unprofessional attacks erode the relationship of mutual respect that is crucial to resolving disputes efficiently. When this occurs, even minor disagreements become more protracted; issues that might have been resolved out of court become subject to vigorous argument, taking up court time and costing litigants money unnecessarily: see M. Code, "Counsel's Duty of Civility: An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System" (2007), 11 *Can. Crim. L.R.* 97, at p. 105.

[230] The Appeal Panel's recognition of the importance of civility to the administration of justice is consistent with this Court's repeated calls to address access to justice concerns. In *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, the majority challenged all participants in the justice system to "work in concert to achieve speedier trials" (para. 116), and pushed Crown and defence counsel to collaborate when appropriate and use court time efficiently (para. 138). The majority stated that "[a]ll courts, including this Court, must be mindful of the impact

(3) Déconsidération de l'administration de la justice

[228] Enfin, nous avons des préoccupations quant à l'incidence générale que l'annulation de la décision du comité d'appel aura sur la culture de la profession juridique et sur l'administration de la justice.

[229] Le comité d'appel a très raisonnablement décidé que le professionnalisme est essentiel à la résolution efficace des différends. Une conduite incivile, abrasive, hostile ou récalcitrante [TRADUCTION] « nuit forcément à la réalisation de l'objectif de règlement des conflits de façon rationnelle, pacifique et efficace et cause plutôt des retards, voire des dénis de justice » : motifs du comité d'appel, par. 218, citant *Felderhof* (C.A. Ont.), par. 83. Cela a pour effet de non seulement déconcentrer les avocats, qui se préoccupent alors de défendre leur intégrité plutôt que les intérêts de leurs clients, mais également les juges des faits, appelés à se prononcer sur des différends personnels de nature acrimonieuse au lieu de concentrer leurs efforts sur le fond de l'affaire : motifs du comité d'appel, par. 230-231 et 332. Le plus important, toutefois, c'est que les attaques marquées par un manque de professionnalisme érodent le rapport de respect mutuel par ailleurs essentiel à une résolution efficace des différends. Dans de tels cas, même les plus petites mésententes s'étirent et des questions qui auraient pu être réglées hors cours donnent lieu à des débats vigoureux qui accaparent les jours d'audience et entraînent des coûts inutiles pour les justiciables : voir M. Code, « Counsel's Duty of Civility : An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System » (2007), 11 *Rev. can. D.P.* 97, p. 105.

[230] La reconnaissance par le comité d'appel de l'importance de la civilité en ce qui concerne l'administration de la justice est compatible avec les nombreuses demandes faites par la Cour pour régler les problèmes d'accès à la justice. Dans l'arrêt *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, les juges majoritaires ont mis au défi tous les participants au système de justice de « travailler de concert pour accélérer le déroulement des procès » (par. 116) et ont incité les avocats du ministère public et de la défense à collaborer, lorsque cela est indiqué, et à utiliser de

of their decisions on the conduct of trials”: para. 139. Similarly, in *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, this Court called for a culture change in the civil context as a means of promoting timely and affordable access to justice: para. 2. The Court specifically called on trial counsel to be cognizant of the pressures on the justice system and “act in a way that facilitates rather than frustrates access to justice”: para. 32. Finally, in *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659, this Court renewed the calls set out above, and set out specific guidance for judges and counsel alike to do what they can to improve the efficiency of the justice system: paras. 37-39.

[231] Condoning Mr. Groia’s conduct risks eroding civility in courtrooms and increasing the pressures on an already strained system. Moreover, setting aside the decision of the Appeal Panel has the potential to undermine the ability of law societies to promote the efficient resolution of disputes. Law societies are important actors in the culture change we need. Through their enabling legislation, they are provided with the authority to sanction lawyers who commit professional misconduct and, in turn, promote efficiency in our system. They should be empowered to do that, not undermined through second-guessing by the courts. Their decisions respecting professional misconduct should be approached with deference.

III. Conclusion

[232] We are of the view that this appeal should be dismissed. A respectful reading of the Appeal Panel’s reasons makes clear that the Panel’s decision was a balanced decision that grappled with the difficult issues at play and arrived at a reasonable outcome.

[233] Perhaps unease with the Appeal Panel’s finding of professional misconduct stems in part from the severity of the penalty that was handed down to

façon efficace le temps du tribunal : par. 138. Les juges majoritaires ont précisé que « tous les tribunaux, y compris la Cour, devront tenir compte de l’impact de leurs décisions sur le déroulement des procès » : par. 139. De même, dans l’arrêt *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, la Cour a revendiqué un virage culturel dans le contexte de la justice civile afin de favoriser l’accès expéditif et abordable à la justice : par. 2. Plus particulièrement, la Cour a invité les avocats à se soucier des pressions subies par le système de justice et à « agir de manière à faciliter plutôt qu’à empêcher l’accès à la justice » : par. 32. Enfin, dans l’arrêt *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659, la Cour a réitéré les demandes énoncées précédemment en plus d’offrir aux juges et aux avocats des conseils quant à ce qu’ils peuvent faire pour rendre le système de justice plus efficace : par. 37-39.

[231] Cautionner la conduite de M. Groia pourrait nuire à la civilité dans les salles d’audience et augmenter la pression subie par un système déjà surchargé. Qui plus est, l’annulation de la décision du comité d’appel risque de saper la capacité des barreaux à favoriser le règlement efficace des différends. Les barreaux ont un rôle important à jouer dans le changement de culture qui doit s’opérer. Ils sont investis, par leur loi habilitante, du pouvoir de sanctionner les avocats qui commettent un manquement professionnel et, ainsi, de favoriser l’efficacité du système dans lequel nous évoluons. Ils devraient être habilités à s’acquitter de leur mandat, et ce, sans que leur travail soit miné par une remise en question de leurs décisions par les cours de justice. Les décisions qu’ils rendent en matière de manquement professionnel commandent la déférence.

III. Conclusion

[232] Nous sommes d’avis de rejeter le présent pourvoi. Une lecture respectueuse des motifs du comité d’appel permet de constater que celui-ci a rendu une décision équilibrée s’attaquant aux questions difficiles en jeu et est arrivé à un résultat raisonnable.

[233] Peut-être la sévérité de la peine infligée à M. Groia explique-t-elle la réticence éprouvée par certains relativement à la conclusion de manquement

Mr. Groia. A one-month licence suspension and a \$200,000 cost award may seem harsh to some, but that misses the point. That issue is not before us on this appeal, nor is it a basis upon which to disturb the Appeal Panel's finding of misconduct.

Appeal allowed with costs, KARAKATSANIS, GASCON and ROWE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Lerner, Toronto; Groia & Company, Toronto.

Solicitors for the respondent: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions: Public Prosecution Service of Canada, Ottawa.

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

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

Solicitor for the intervener the Law Society Tribunal: Law Society Tribunal, Toronto.

Solicitors for the intervener the Advocates' Society: Lax O'Sullivan Lissus Gottlieb, Toronto; McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitor for the intervener Barreau du Québec: Barreau du Québec, Montréal.

Solicitor for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Canadian Civil Liberties Association, Toronto.

Solicitors for the interveners the British Columbia Civil Liberties Association and the Independent Criminal Defence Advocacy Society: Arvay Finlay, Vancouver; Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

professionnel à laquelle est arrivé le comité d'appel. Une suspension de permis d'un mois et l'adjudication de 200 000 \$ en dépens en sa défaveur peuvent paraître sévères. Là n'est toutefois pas la question. Cet enjeu n'est pas en cause dans le présent pourvoi et il ne justifie pas de revenir sur la conclusion du comité d'appel.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges KARAKATSANIS, GASCON et ROWE sont dissidents.

Procureurs de l'appellant : Lerner, Toronto; Groia & Company, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Directrice des poursuites pénales : Service des poursuites pénales du Canada, Ottawa.

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

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

Procureur de l'intervenant le Tribunal du Barreau : Tribunal du Barreau, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Société des plaideurs : Lax O'Sullivan Lissus Gottlieb, Toronto; McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Barreau du Québec : Barreau du Québec, Montréal.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Association canadienne des libertés civiles, Toronto.

Procureurs des intervenantes British Columbia Civil Liberties Association et Independent Criminal Defence Advocacy Society : Arvay Finlay, Vancouver; Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Thorsteinssons, Vancouver; Arvay Finlay, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Ontario Crown Attorneys' Association: Cavalluzzo, Toronto.

Solicitors for the intervener the Ontario Trial Lawyers Association: Allan Rouben, Barrister and Solicitor, Toronto; Connolly Obagi, Ottawa; Boland Howe, Aurora, Ontario.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Addario Law Group, Toronto; Paradigm Law Group, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Thorsteinssons, Vancouver; Arvay Finlay, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association des procureurs de la Couronne de l'Ontario : Cavalluzzo, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Ontario Trial Lawyers Association : Allan Rouben, Barrister and Solicitor, Toronto; Connolly Obagi, Ottawa; Boland Howe, Aurora, Ontario.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Addario Law Group, Toronto; Paradigm Law Group, Toronto.