

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

49-08-CA

PROVINCIAL COURT JUDGES'
ASSOCIATION OF NEW BRUNSWICK and
THE HONOURABLE DAVID C. WALKER

APPELLANTS

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF
THE PROVINCE OF NEW BRUNSWICK AS
REPRESENTED BY THE MINISTER OF
JUSTICE AND CONSUMER AFFAIRS

RESPONDENT

Provincial Court Judges' Association et al. v. The
Province of New Brunswick, 2009 NBCA 56

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Deschênes

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
April 11, 2008

History of Case:

Decision under appeal:
2008 NBQB 135

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
February 19 and 20, 2009

Judgment rendered:
September 9, 2009

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Drapeau

ASSOCIATION DES JUGES DE LA COUR
PROVINCIALE DU NOUVEAU-BRUNSWICK
et L'HONORABLE DAVID C. WALKER

APPELANTS

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DE LA
PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK,
REPRÉSENTÉE PAR LE MINISTRE DE LA
JUSTICE ET DE LA CONSOMMATION

INTIMÉE

Association des juges de la Cour provinciale et
autre c. Province du Nouveau-Brunswick, 2009
NBCA 56

CORAM :

L'honorable juge en chef Drapeau
L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Deschênes

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 11 avril 2008

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2008 NBBR 135

Procédure préliminaire ou accessoire :
s.o.

Appel entendu :
Les 19 et 20 février 2009

Jugement rendu :
Le 9 septembre 2009

Motifs de jugement :
L'honorable juge en chef Drapeau

Concurred in by:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Deschênes

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Deschênes

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellants:
J. Gordon Petrie, Q.C.

Pour les appelants :
J. Gordon Petrie, c.r.

For the respondent:
Nancy E. Forbes

Pour l'intimée :
Nancy E. Forbes

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed and the contested parts of the Response and decision under appeal at odds with the Court's reasons for judgment are set aside. Due to the truly unusual circumstances in play, the following exceptional ancillary orders are also made: (1) the matter is remitted to the Government with the direction to implement with due diligence the base salary recommendations contained in the Report of the 2004 Judicial Remuneration Commission, specifically the Majority Report; and (2) the Court retains jurisdiction to settle costs and facilitate implementation, if necessary.

L'appel est accueilli et les parties contestées de la Réponse et de la décision faisant l'objet du présent appel qui ne s'accordent pas avec les motifs de jugement de la Cour sont annulées. En raison des circonstances vraiment inhabituelles qui existent en l'espèce, la Cour rend, exceptionnellement, les ordonnances accessoires suivantes : (1) l'affaire est renvoyée au gouvernement et il lui est enjoint d'appliquer avec diligence les recommandations concernant le traitement de base qui ont été formulées dans le rapport de 2004 de la Commission sur la rémunération des juges et plus précisément le rapport des commissaires majoritaires; et (2) la Cour se réserve la compétence de fixer les dépens et de faciliter la mise en oeuvre des recommandations, si nécessaire.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

I. Introduction

[1] When an approach to the resolution of litigation-spawning questions is identified, its merits are always overwhelmed by the cacophony of objections that arise upon its erroneous application. That is precisely what happened here. In its response to the Report of the 2004 Judicial Remuneration Commission established under the *Provincial Court Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-21, the Government fashioned a thoughtful and forward-looking approach to the setting of the base salary for Provincial Court Judges, a most vexing question that has bedeviled all stakeholders since the initiation of the JRC process in 1998. The approach in question deserves accolades because it offers a framework that carries great promise in reducing, if not eradicating, the troubling animosity that invariably accompanies the JRC process and its seemingly inevitable offspring, protracted litigation. The framework in question is designed to peg the Judges' base salary at 7th place from the top among the 10 provinces.

[2] Relying on dated information, the Government adopted in its Response the base salary recommendations of its dissenting nominee on the 2004 JRC, mistakenly concluding they placed the Judges' base salary at the targeted level. In fact, those recommendations positioned the Judges' average base salary in last place for the four years of the JRC's mandate and it is actually the recommendations of the majority that give effect to the framework the Government settled upon in the Response. As will be seen, while the Judges contend the Government's choice and its criticism of the analysis and recommendations found in the Majority Report were actuated by bad faith, there is no need to pass judgment upon that question. Looking only to the future, and at the risk of sounding Pollyannaish, I am confident decisions will be taken with full knowledge that: (1) good faith and its by-product, mutual trust, are essential if the JRC process is to live up to its early promise; and (2) the well of judicial trust in that process

is far from bottomless. Likewise, one can safely assume the Government is alive to the verity that some of that trust evaporates every time a JRC recommendation is rejected for reasons lacking transparent legitimacy.

[3] Be that as it may, there is no doubt, and the application judge rightly found, the Government acted in good faith in elaborating an approach designed to achieve a 7th place ranking for the Judges' base salary. Beyond that I am not prepared to go since this is a case where it is particularly wise to pass judgment upon only what needs to be decided. Cutting to the chase, it is my view that the Government's rejection of the base salary recommendations in the Majority Report fails the standard of rationality articulated in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island; Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, [1997] S.C.J. No. 75 (QL) (the "*PEI Reference*"). That is so because those recommendations, unlike the ones found in the Minority Report and accepted by the Government, meet the 7th place objective set by the Response. On that basis alone, the Government's rejection of the majority recommendations and endorsement of its dissenting nominee's recommendations cannot pass constitutional muster.

[4] In the result, I would allow the appeal. By way of ancillary orders, I would: (1) set aside the decision rendered in the Court of Queen's Bench and the Response, to the extent required by these reasons; (2) remit the matter to the Government with the direction to implement with due diligence the base salary recommendations contained in the Majority Report; (3) retain jurisdiction to settle costs, if necessary; and (4) retain jurisdiction to the extent appropriate and suitable for implementation purposes.

II. Background

[5] The Judges' complaint of bad faith is both broad and deep. Indeed, they contend the Government has acted in bad faith in all proceedings arising from the JRC process since its launch more than a decade ago in the wake of the watershed decision in the *PEI Reference*. Although that contention will remain un-adjudicated except to the extent indicated above, the following observation can nonetheless be safely made: sadly for all concerned, the history of governmental response to JRC recommendations is one where rejection has been fairly commonplace. The Judges say rejection is "routine" (see *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*; *Ontario Judges' Assn. v. Ontario (Management Board)*; *Bodner v. Alberta*; *Conférence des juges du Québec v. Québec (Attorney General)*; *Minc v. Québec (Attorney General)*, [2005] 2 S.C.R. 286, [2005] S.C.J. No. 47 (QL), 2005 SCC 44, para. 12 (referred to hereinafter either as *Bodner* or *Provincial Court Judges' Association of New Brunswick* (2005))).

[6] The first JRC (1998) submitted two reports: one on salaries and other benefits (July 30, 1998) and one on pension benefits (October 5, 1998). It unanimously recommended that the base salary of \$106,000 be increased to \$125,000 as of April 1, 1998. It also recommended, again unanimously, the revised amount be increased in 1999 by the change in the Consumer Price Index plus \$7,500, and further increased in 2000 by the change in CPI plus \$5,000. In December 1998, the Government agreed with the increase to \$125,000 for 1998 and the CPI adjustments for 1999 and 2000, but rejected the proposed salary increases for 1999 (\$7,500) and 2000 (\$5,000). Some two years later, on the eve of the appointment of the 2001 JRC, the Government finally relented and accepted the 1998 JRC recommended increases for the years 1999 and 2000, ultimately raising the base salary level to \$141,000.

[7] The second JRC (2001) submitted its report on April 11, 2001. It unanimously recommended the base salary be increased to \$154,000 in 2001, \$162,000 in 2002, and \$170,000 in 2003, subject to upward adjustments to reflect the annual New

Brunswick Industrial Aggregate Index change. The Government rejected those recommendations and, while agreeing to a yearly Index-related adjustment of the base salary, it disregarded the formula settled upon by the JRC. On judicial review, a judge of the Court of Queen's Bench found the Government's response met the standard of rationality adopted in the *P.E.I. Reference*. That decision was upheld, with some reservations, in this Court and in the Supreme Court of Canada: *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)* (2003), 260 N.B.R. (2d) 201, [2003] N.B.J. No. 321 (QL), 2003 NBCA 54, affirmed by *Provincial Court Judges' Association of New Brunswick* (2005).

[8] The third JRC was constituted in January of 2004. Its membership consisted of the Chair, Dr. Thomas Condon, Richard Oland, the Judges' nominee, and Andrew Kitchen, the Government's nominee. On consent, the 2004 JRC delayed its proceedings until the conclusion of the parties' litigation over the Government's rejection of the 2001 JRC recommendations. As a result of that rejection, the Judges had received no cost-of-living increases for quite some time. The Judges' position before the 2004 JRC was that they ought to receive a substantial "catch-up" on that account and other adjustments to place them in an appropriate position nationally, which they argued should be at or near the national average (5th or 6th). As will be seen, while the Government ultimately took the view the Judges' base salary should rank 7th nationally, the near concordance of the parties' positions did not translate into proximate numbers.

[9] After full hearings and follow-up submissions, the 2004 JRC issued its report on August 31, 2006. It featured two sets of recommendations, one by a majority composed of the Chair and the Judges' nominee, the other by the Government's nominee. The majority recommended the following base salary increases: (1) from \$150,706 to \$172,000 as of April 1, 2004; (2) \$172,000 to \$177,200 on April 1, 2005; (3) \$177,200 to \$182,500 on April 1, 2006; and (4) \$182,500 to \$186,000 on April 1, 2007. The Government nominee, dissenting, recommended the following base salary increases: (1) from \$150,706 to \$159,599 as of April 1, 2004; (2) \$159,599 to \$163,589 on April 1,

2005; (3) \$163,589 to \$167,679 on April 1, 2006; and (4) \$167,679 to \$174,946 on April 1, 2007.

[10] The Legislative Assembly was not sitting at the time and the Government saw no need to recall the Members to deal with the JRC recommendations. In fact, the Government opted to forego a session in the fall and early winter. As a result, more than five months would pass before the Legislative Assembly reconvened and the Government tabled the Response (along with a report by the accounting firm Grant Thornton on the Province's financial shape, both current and anticipated). The Response was unsigned and undated. Moreover, it was alleged the Minister of Justice had failed to advise the Commission, "on tabling", that its base salary recommendations had been rejected. In the court below, the Judges submitted that failure triggered the application of s. 22.06(2) and dictated a finding that the majority recommendations were deemed accepted by the Government. Although that argument was not pursued at this level, it bears mention, if only to underscore the multifarious nature of the Judges' challenge to the legality of the Response. Further evidence of that will emerge from the contents of the Judges' Amended Notice of Application and their Notice of Appeal.

[11] As one would expect, the Government did not claim impecuniosity in adopting the less-costly recommendations of its dissenting nominee on the JRC. I note parenthetically that the Province of New Brunswick racked up annual surpluses totaling well over half a billion dollars during the four pertinent fiscal periods: (1) \$242,200,000 in 2004-2005; (2) \$240,200,000 in 2005-2006; (3) \$37,100,000 in 2006-2007; and (4) \$86,700,000 in 2007-2008. Correlatively, the difference per Judge between the base salary recommendations in the Majority and the Minority Reports over the corresponding four years of the JRC's mandate is: \$12,000 in 2004-2005, \$14,000 in 2005-2006, \$15,000 in 2006-2007 and \$11,000 in 2007-2008. In total, the difference over the full term is well under 1.5 million dollars.

[12] The following sub-headings appear in the Response under the rubric of Reasons for the Government's Decision: (A) Cost of Living Increases; (B) Remuneration

of Other Members of the Judiciary and Reasons for Differences; (C) Economic Fairness Including Remuneration of Others Paid from the Consolidated Fund; (D) Economic Situation in the Province; and (E) Other Factors. The remarks under each sub-heading bear repeating, if only to appreciate the thrust of the allegations of judicial error articulated in the Notice of Appeal:

(A) Cost of living increases

The Majority Report seems to suggest that the salary paid to the New Brunswick Provincial Court judges in 2001, 2002 and 2003 was insufficient, at least insofar as changes in the cost of living increase ([pp.] 18-21) were concerned and this is a rationale for part of the recommended salary increases in the Majority Report. The Government does not accept this analysis.

First, the salary in question was paid on the basis of reasons that were ultimately upheld by the Supreme Court of Canada in 2005 as forming a rational response to the previous JRC recommendations. Second, for the years 2001, 2002 and 2003, the salary of the New Brunswick Provincial Court judges was adjusted for cost-of-living increases on the basis of a three-year moving average of the New Brunswick Industrial Aggregate index (NBIAI), an appropriate and relevant indicator, which is used to compute adjustments in the remuneration of the members of the Executive Council and members of the Legislative Assembly. The index is based on the “average weekly earnings for all employees in New Brunswick”. Hence, it is related to the increases received by other workers in the Province and is far less volatile than the CPI, which could potentially lead to a reduction in the salary of Provincial Court judges if it were negative. Application of the NBIAI has led to an increase in salary for the New Brunswick Provincial Court judges from \$141,202 on April 1, 2000 to \$150,706 on April 1, 2003, a not insignificant increase of \$9,504 over 3 years, or 6.7%.

However, the Government accepts that the salary of Provincial Court judges for the years 2004, 2005, 2006 and 2007 should be adjusted to take into account changes in costs of living and other relevant factors. By accepting the Minority Report recommendation regarding salary,

remuneration of a Provincial Court judge will increase from \$150,706 on April 1, 2003 to \$174,946 on April 1, 2007, an overall increase of \$24,240 or approximately 16.1%. The change in the CPI for 2004 and 2005 was 1.5% and 2.4% respectively. It is anticipated that the change in the CPI for 2006 and 2007 will be 2.1% and 1.7% respectively. Altogether, for the 4 year period, this should amount to an increase in the CPI of approximately 7.7%, well below the recommended salary increase. On the other hand, the salary recommendation in the Majority Report would bring the Provincial Court judges' salary to \$186,000 on April 1, 2007, an overall increase of \$35,294 or approximately 23.4%, which greatly exceeds the actual and anticipated changes in the cost of living factor for the 4 year period.

(B) Remuneration of Other Members of the Judiciary and Reasons for Differences

The legislation directs the JRC to consider the remuneration of other members of the judiciary in Canada as well as the factors which may justify the existence of differences between the remuneration of judges and that of other members of the judiciary in Canada. However, with respect to this particular factor, the Majority Report focuses almost exclusively on the remuneration of other members of the judiciary in Canada and does not try to determine the reasons for those differences. Salaries of federally appointed judges residing in Edmundston, Campbellton and Fredericton are higher than provincially appointed judges residing in those same municipalities for a very good reason. Salaries of federally appointed judges are the same across the country and need to be set at a level that will attract candidates with the salary expectations and earning power of lawyers located in Vancouver, Calgary, Toronto, Ottawa, Montreal and other major Canadian cities. The Supreme Court noted this in its 2005 decision in stating that "The role of the reviewing court can, however, consider the fact that the salaries of federally appointed judges are based on economic conditions and lawyers' earnings in major Canadian cities, which differ from those in New Brunswick." It is also important to note that while the Majority Report proceeded on the basis of the salary recommended for federally appointed judges, the Federal Government has announced that it will not be implementing those recommendations in full.

Following the same reasoning, it is not unexpected that salaries of provincially appointed judges in British Columbia, Alberta, Saskatchewan, Manitoba, Ontario, Quebec and Nova Scotia would be higher than those of provincially appointed judges in New Brunswick since all of them must attract lawyers practicing and with greater earning potential found in larger urban centres than exist in New Brunswick.

Nevertheless, the Government does accept as a fact that the salary of the New Brunswick Provincial Court judges has deteriorated vis-à-vis their counterparts in the other Provinces. However, the Government does not accept that the national average salary of provincially appointed judges or close to the national average should be the benchmark against which to measure judicial remuneration in this Province. The Majority Report, by recommending a salary which is for all practical purpose equivalent to the national average for 2004 and 2005, gives too much importance to this factor (p. 28). The Government does not accept that it should be such a controlling factor. The position of the Majority Report gives excessive weight to the remuneration of other judiciary, almost at the complete exclusion of the prevailing situation in New Brunswick.

When the recommendations contained in the Majority Report are taken into consideration, it would place the salary of the New Brunswick Provincial Court judges at about the national average pushing New Brunswick up to third place, behind Ontario and Alberta for 2004 and 2005. As will be discussed below, New Brunswick is consistently below the national average when it comes to various economic indicators, usually ranking between 7th and 9th nationally. The recommendations in the Majority Report are both excessive and inconsistent with New Brunswick's situation nationally. Conversely, the recommendations contained in the Minority Report align the salary of New Brunswick Provincial Court judges more closely with New Brunswick's situation vis-à-vis other provinces. It would bring the salary of Provincial Court judges to the 7th place nationally, a position more consistent with the Province's overall fiscal and economic situation.

(C) Economic Fairness Including Remuneration of Others Paid from the Consolidated Fund

The Government does not accept the analysis in the Majority Report with respect of this factor. A balanced analysis would include an examination of economic fairness to judges, the public and others paid from the Consolidated Fund. The Majority Report, however, takes a narrow view of economic fairness and looks at the issue only with respect to economic fairness for judges. The Majority Report also tends to give very little weight to increases in salaries for other groups paid from the Consolidated Fund. The Majority Report appears to attach little weight to the fact that the salary increases for Provincial Court judges proposed by the Government were consistent with salary increases given to other groups paid from the Consolidated Fund, with the exception of groups where there were significant recruitment and retention issues particularly in the health care field. For comparison purposes, it singles out a few specific employee groups, who appear to have received the greatest increases, but who account for less than .05% of those paid from the Consolidated Fund. The Majority Report focused primarily on the issue of actual salaries and does not attach much, if any, significance to recruitment and retention issues which resulted in some groups getting larger than average increases. Nor did the Majority Report seem to give much credence to the fact that there were no problems getting candidates for the Provincial Court bench.

The maximum pay rate for senior Deputy Ministers, as of April 1, 2006, was \$140,062 compared to the rate proposed in this Response of \$167,679. Public service lawyers maximum salary as of April 1, 2006 was \$105,924.

General increases for management and non-bargaining staff paid from the Consolidated Fund will have increased by approximately 11% between April 1, 2004 and March 31, 2008, if all announced salary increases are implemented, compared to an increase of approximately 16.1% for Provincial Court judges as proposed in this Response. As discussed previously, comparisons with the percentage salary increase for health care professionals is not appropriate as these have been predicated by substantial recruitment and retention issues.

In contrast, the Minority Report includes a more comprehensive examination of this issue including a thorough examination of the recruitment and retention issues that led to selected groups receiving wage increases above the norm.

(D) Economic Situation in the Province

The Government does not accept the analysis in the Majority Report with respect to this factor. Despite the fact that in its submissions and at the hearings, the Government presented considerable economic data to show that the Province faced a number of economic challenges and ranked in the bottom third of provincial jurisdictions with respect to most economic indicators, the Majority Report chose to rely primarily on the Auditor General's Report for 2005 and the opinions of Dr. McGaw to determine that based on past economic performance the Province could afford significant increases. The Government does not accept this analysis and the conclusion drawn from it that salaries for Provincial Court judges should move to third place nationally behind only Ontario and Alberta.

Since the time that the parties made their submissions, the hearings were held and the Judicial Remuneration Commission issued its Majority and Minority Reports more up-to-date economic statistics have become available that point to a less positive economic situation in the Province than existed in April 2006. This only serves to reinforce the Government's rejection of the Majority Report's analysis of the economic situation in the Province.

In 2004, Statistics Canada estimated real growth for New Brunswick at 2.6% ranking it 7th in Canada. For 2005, Statistics Canada estimated real growth in New Brunswick was 0.3%, ranking this province 10th. In its original submission to the JRC, the government was predicting real growth of 2.1% for 2005. This precipitous drop in real growth is the lowest growth since the recession of 1991. By way of comparison, real growth nationally for 2005 was 2.9%, while Alberta led all provinces with real growth of 4.6%.

New Brunswick's nominal GDP per capita slipped from 77.4% of the national average in 2004 to 75.8% of the national average in 2005, although New Brunswick

remained in 9th place both years. In personal per capita income, New Brunswick was 85.8% of the national average in 2004 and 85.4% of the national average in 2005, ranking 8th in both years.

In a recently completed independent financial review of the province's financial situation, released in late December 2006, Grant Thornton concluded that, given historical trends, when combined with previous program decisions, the Government faces fiscal challenges over the next three fiscal years, which will have the potential to lead to large and growing deficits of \$300 to \$416 million in 2007-08; \$548 to \$719 million in 2008-09; and \$573 to \$773 million in 2009-10. The review also concluded that the fiscal forecast for the current fiscal year presently shows a deficit of \$17.6 million and an increase in the net debt of \$156.7 million. Several factors were identified by Grant Thornton as contributing to the financial challenges, including the future financial obligations of the Fredericton to Grand Falls portion of the Trans-Canada highway, the negative impact on NB Power's finances as a result of the 8% cap on electricity rates, recurring deficits of regional health authorities, future funding requirements of nursing homes, previously announced tax reductions, and on-going demands for increased health and senior-care programs.

The Government has stated that it is committed to meeting the requirements of the *Fiscal Responsibility and Balanced Budget Act* and this may require a mix of revenue enhancements and spending reductions.

(E) Other Factors

The Government is also of the view that there is currently no shortage of applicants for the office of Provincial Court judges. The actual bench is of exceptional quality and there are currently over 50 candidates for potential appointments. Of these, just under 20 are highly acceptable. On a bench of 27 judicial positions, the current number of highly acceptable candidates is sufficient to maintain the superior quality of the bench. Furthermore, the Government is of the view that candidates for the office of Provincial Court judge are, for the most part, those that have a strong practice in criminal law. It is natural for most lawyers to express more interest for Superior and higher Court appointments: there is an additional prestige associated

with such positions, and because salaries are set nationally there is greater remuneration.

When the proposed salary is taken into consideration, the Government is satisfied that the number of candidates will remain sufficient and of the highest quality. There is no shortage of applicants for existing vacancies. Furthermore, the existing and proposed remuneration package, when considered in its entirety, remains very attractive to practitioners and prospective candidates. It affords a remuneration that is commensurate with maintaining judicial independence, preserving the status and dignity of the office of a Provincial Court judge in New Brunswick and attracting competent and qualified candidates.

[13] However, one factor tipped the scales in favor of the base salary recommendations in the Minority Report and it is this: in the Government's view, those recommendations operated to position the Judges' base salary at the targeted level, namely 7th place nationally. The "Summary" part of the Response is unequivocal on this point:

The salary recommendations in the Majority Report for April 1, 2004 and April 1, 2005 would make New Brunswick Provincial Court Judges the third highest paid in Canada for those years, behind only Ontario and Alberta, while every other economic indicator places New Brunswick in the bottom third of Canadian provinces. It is not possible to accurately predict where New Brunswick Provincial Court judges' salaries will rank for the years beginning April 1, 2006 and April 1, 2007, since a number of jurisdictions have judicial remuneration commission in progress and some of these will be making retroactive recommendations.

One of the principal reasons why the salaries of New Brunswick Provincial Court judges are in last place nationally is because they have not had a raise since April 1, 2003. This is due to the legal action that followed the Government's rejection of the recommendations of the 2001 JRC, which led both parties to ask the present JRC to delay holding hearings on the salary issue until the Supreme Court of Canada made its ruling. It serves no purpose to compare the 2003 New Brunswick salaries with

the salaries of judges in other jurisdictions where the JRC process had not been delayed. Further, the Majority Report has repeated these inaccurate results by producing tables comparing 2003 salaries in New Brunswick with those set out at a later date in other jurisdictions or with proposed federal judicial salaries that have not been accepted by the federal government. While the Majority Report states that New Brunswick judges should not be in last place, it makes no attempt to justify why they should be in third place in 2004 and 2005.

In contrast to the salary recommendations in the Majority Report, the salary recommendations in the Minority Report for April 1, 2004 and April 1, 2005 would make New Brunswick Provincial Court judges the seventh highest paid in the country, which represents fairly accurately New Brunswick's ranking according to most economic indicators. If Prince Edward Island had not adopted using a national average to determine its Provincial Court judges' salaries instead of basing them on local economic factors and other Prince Edward Island considerations, it is likely that the salary recommendations in the Minority Report would have placed New Brunswick Provincial Court judges in sixth place nationally. This seems to be a more accurate reflection of where New Brunswick salaries fit in the national picture *and it was for this reason that the government accepted the recommendations on salary in the Minority Report.*

[Emphasis added.]

[14] Sections 22.05 and 22.06 of the *Provincial Court Act* are pertinent for contextual purposes and their reproduction may therefore prove useful at this time:

22.05 A report submitted to the Minister under this Part shall, within ninety days after it is submitted, be tabled by the Minister in the Legislative Assembly if it is then sitting, and if not, when it next sits.	22.05 Un rapport soumis au Ministre en vertu de la présente partie doit, dans les quatre-vingt-dix jours après sa soumission, être déposé par le Ministre devant l'Assemblée législative si elle est alors en session, sinon, durant la prochaine session.
22.06(1) The recommendations of the Commission in the report	22.06(1) Les recommandations faites par la Commission dans son rapport
(a) may be accepted, in which case they	a) peuvent être acceptées, et dans ce cas

shall be implemented with due diligence, or elles doivent être appliquées avec diligence, ou

(b) may be rejected in whole or in part, in which case the Minister shall advise the Commission and the Legislative Assembly as to the recommendations or the parts of the recommendations that are not being implemented. b) peuvent être rejetées en tout ou en partie, auquel cas le Ministre doit faire part à la Commission et à l'Assemblée législative des recommandations ou des parties de recommandations qui ne seront pas appliquées.

22.06(2) The recommendations are deemed to have been accepted if the Minister does not advise the Commission and the Legislative Assembly, on tabling the report as required by section 22.05, that the recommendations have been rejected in whole or in part. 22.06(2) Les recommandations sont réputées avoir été acceptées si le Ministre n'avise pas la Commission et l'Assemblée législative lors du dépôt du rapport exigé par l'article 22.05, que les recommandations ont été rejetées en tout ou en partie.

[15] The Judges applied for judicial review and relief under Rule 69 of the *Rules of Court*. Specifically, the Judges sought an order deeming the recommendations of the 2004 JRC (i.e. those set out in the Majority Report) to have been accepted by the Government in accordance with s. 22.06(2) of the *Act*. Alternatively, the Judges sought an order quashing the Response for the following reasons:

1(b) In the alternative, an Order that the Response of the Government of New Brunswick, be removed into this Honourable Court and quashed for any and all of the following reasons:

- (i) the reasons advanced by the Government for rejecting the recommendation of the Judicial Remuneration Commission are not legitimate;
- (ii) the reasons advanced by the Government do not rely upon a reasonable factual foundation; and
- (iii) viewed globally, the Commission process has not been respected by the Government and thereby the judicial independence of members of the Application Association have not been preserved but rather the setting of judicial remuneration has been politicized.

[16] In an Amended Notice of Application, the Judges went on to formulate several grounds for the relief they were seeking:

- a) The Respondent failed to table the Report of the Judicial Remuneration Commission as mandated by sections 22.05 and 22.06(1) and thereby resulted in the recommendations being deemed to have been accepted;
- b) The Respondent provides various basis for rejecting the recommendations which were neither factually correct nor legitimate grounds of rejection;
- c) The Respondent failed to examine the basis for the recommendations in the Report and, specifically, the justification cited by the Commission for a “catch up” adjustment in 2004;
- d) The Respondent continued to advance unwarranted comparisons for the Judges and concerns with employees of the Province and thereby failed to recognize or rejected the constitutional protection for judicial independence;
- e) The Respondent further politicized the JRC process by raising [a] concern over salary levels as the main basis for rejection of the recommendation;
- f) The Respondent rejected the Report on the basis that the acceptance would constitute an adjustment beyond the projected “cost of living”; thereby disregarding the Report’s reliance upon comparison with other judges across the country;
- g) The Respondent rejected the compensation recommendations in the Report on the basis that it preferred the dissenting opinion which is an irrelevant factor;
- h) The Respondent’s actions, behaviour and ultimate decision displayed a disrespectful view of the process and thereby interfered with the judicial independence of members of the New Brunswick Provincial Court.

[17] In brief reasons for judgment, which are reported at (2008), 335 N.B.R. (2d) 169, [2008] N.B.J. No. 139 (QL), 2008 NBQB 135, the application judge acknowledged that some Government representatives were heard to say it could “do whatever it liked and the judges would just have to accept it” (para. 29). Nonetheless, she took a benign view of that inarguably troubling attitude and rejected – without adequate explanation, according to the Judges - all of the complaints of governmental bad faith. In the result, the application judge concluded the Response met the standard of rationality. That was so, in her view, because the Government had articulated a legitimate fact-based reason for departing from the majority’s recommendations and, viewed globally, the JRC process had been respected and its objectives achieved.

[18] Of particular relevance to the analysis that follows, the reviewing judge noted the government’s objective of “a 7th place ranking in the comparison scale” and found “this is a legitimate reason and it is rational” (para. 20). She went on to state, incorrectly, that the accuracy of the rankings relied on by the Government was not under serious challenge (para. 27). In fact, such a challenge lay at the heart of the Judges’ application for review and relief in the Court of Queen’s Bench, as articulated in the Notice of Application, the Amended Notice of Application, the key supporting affidavit and their pre-application brief. The pertinent part of the latter reads as follows:

54. [In] the Summary of the Response [...], the following issues are raised [the Judges’ complaint being highlighted and underlined]:

1. Under the Report of the 2004 JRC, New Brunswick Judges would be the third highest paid in Canada for 2004 and 2005 – **this is not accurate nor rational**;
2. Not possible to say where New Brunswick Judges would be in 2006-2007 – **untrue and not rational**;
3. Not fair to compare New Brunswick Judges’ salaries from 2003 to other jurisdictions in later years – **this is precisely an appropriate methodology employed by the JRC**;

4. Respondent prefers the dissenting opinion placing New Brunswick in 6th place nationally – **not factually correct** [...];
5. The reason for the Government’s acceptance of the dissenting opinion was 6th place ranking – precisely where the 2004 JRC report places New Brunswick in 2007 – **had it been accepted – why was 6th fine in 2005 but not in 2007;**

[...]

59. Firstly, the Commission properly explained the “catch up” recommendations in 2004 and **the Respondent completely disregards that the recommendation will place New Brunswick in 6th – 7th place nationally which, so says the Respondent, is precisely where they ought to be.**

[Emphasis added.]

III. Grounds of Appeal and Pertinent Aspects of the Submissions

[19] The Notice of Appeal features numerous complaints, which bear repeating, if only to underscore the scale of the Judges’ dissatisfaction with the Response and the decision under appeal:

- (1) The Judge of First Instance erred in finding that the Respondents Response to the Report of the 2004 New Brunswick Judicial Remuneration Commission (hereinafter referred to as “JRC”) was rational by failing to consider the following facts, issues or matters, namely:
 - (i) the Cost of Living analysis [in the Response] entirely fails to deal with the concept of a “catch up” adjustment which was a portion of the JRC’s recommendation based upon the Supreme Court of Canada’s judgment in 2005;
 - (ii) On the issue of Remuneration of other Judges, relying upon the [Response’s] assertion of New Brunswick judges on a 7th

place ranking [thereby] disregarding that the compensation recommended by the JRC would have placed New Brunswick judges in that exact ranking while the compensation recommendation accepted by the Respondent placed the New Brunswick Judges in 10th place (last place) nationwide.

- (iii) On the Economic Fairness analysis, the Report of the JRC did compare Judges' salaries to other individuals paid from the public purse and did not base its recommendations solely on economic fairness to Judges although that was an important function of the JRC's jurisdiction. The Respondent, in its Response, claims that its proposals were consistent with increases provided to some public servants and this ought to be considered thereby as adequate. The Judge of First Instance found the Response to balance the issues of judicial independence and not treating Judges as employees, without explaining her conclusion that the Response was balanced and rational;
- (iv) On the Economic Situation of the Province analysis, the Respondent relied upon a report in December 2006 by Grant Thornton, which suggested large and growing deficits in 2007-08 and following. That assertion was proven incorrect in the last two budgets and, further, the Respondent's Response did not suggest that "New Brunswick compares unfavourably with other provinces in most economic measures". The Court below thus relied upon materials subsequently developed to support a rejection which had been made without that information and found that such reliance by the Respondent was a reasoned response;
- (v) On the analysis of whether a reasonable factual foundation existed for the Respondent's rejection of the JRC Report,

the Appellants rely upon the failure of the Respondent and the Court below to give recognition to the Supreme Court of Canada's judgment in 2005 regarding re-visitation of the period 2001-2003 and the fact that the JRC's Report, if accepted, would have placed the New Brunswick Judges in the 7th place nationwide in 2006 and 2007;

- (vi) The analysis in the Court below of the interests of the New Brunswick taxpayers and the Province's fiscal and economic conditions entirely fails to consider the extensive rationale of the JRC and the issue of judicial independence.
 - (vii) The findings of the Court below failed to consider the contents addressed in the JRC Report on the numerous factors, which it was required to consider by legislation.
- (2) The Judge of First Instance erred in failing to find that the Respondent's actions throughout the process did not respect the process or judicial independence and did thereby politicize the establishment of judicial remuneration, contrary to the third ground established by the Supreme Court of Canada in the *Bodner* decision of July 2005.

[20] In respect of ground 1(ii), the Judges make the following statements in their written submission to this Court:

Section 22.03(6)(a.1) of the *Act* requires the JRC to consider the remuneration of other members of the judiciary in Canada and the Commission must consider other factors which may justify differences between the different jurisdictions.

The Judge of First Instance relied upon the misleading economic information provided by the Respondent.

First and foremost, the Respondent's claim that the salary increases it implemented would place the salaries of New

Brunswick Provincial Court Judges to 7th place nationally is erroneous.

In fact, the Respondent's Response effectively lowers the position of New Brunswick's Provincial Judges salaries to last in the country by 2006. The current compensation of this Court across Canada is as follows:

Yukon	\$222,214
NWT	\$215,255
BC	\$220,000
AB	\$220,000
SK	\$204,552
MN	\$178,230
ON	\$242,007
QC	\$220,731
PEI	\$205,246
NS	\$180,708
NL & Lab	\$177,063
NB	\$174,946

The Appellants submit that it is the recommendations of the majority of the JRC, which the Respondent failed to implement, which would properly place New Brunswick Provincial Court Judges' salaries in 7th position in Canada. [paras. 39-43, Appellant's Submission]

[21] The Province's answer is found in the Respondent's Submission:

By the same token, it is ill-conceived to take into account current situations and Judges' salaries across the country today when subsequent other provincial JRC's have increased salary levels after New Brunswick has. It is in fact the snapshot of the position and indicators as known at the time of the Government's Response as tabled in the Legislature that must be relied upon. [para. 52]

[22] I agree that the critical time for ranking purposes is when the Response is tabled in the Legislature. The Response must be based on data that is both accurate and current. When challenged on point at the hearing, counsel for the Province was unable to identify any data providing "the snapshot of the positions and indicators as known at the

time of” tabling of the Response in the Legislature that supports the Government’s reason for choosing the base salary recommendations in the Minority Report. Counsel for the Province candidly conceded no empirical data – current as of tabling time – justified the Government’s belief that those recommendations would bring about a 7th place ranking. Counsel was left to speculate that the Government might have relied upon the ranking data collected in the Minority Report. However, and most importantly, that data was not accurate when the Response was tabled in February 2007, more than five months after the JRC issued its Report.

IV. Analysis and Decision

[23] The Province has maintained throughout that the base salary target specified in its Response (7th from the top among the 10 provinces) is rational. The reviewing judge agreed; so do the Judges, at least for the purposes of the present appeal. I agree as well, but would go further. In my view, the Government’s approach is fair and contains the seeds of a simplified JRC process for years to come, should there be comparability in the relevant circumstances.

[24] Just as significantly, it is beyond dispute that the Government’s acceptance of the recommendations in the Minority Report operated to relegate the Judges’ base salary to: (1) ninth place in 2004, 2005 and 2007; (2) last place in 2006; and (3) last place for the four years of the JRC mandate once the base salaries are averaged out. It is equally indisputable that the comparative data available at the time of the Response’s tabling established it was the recommendations in the Majority Report which achieved the Government’s stated objective of a 7th rank on the national scale. Thus, assuming good faith on its part, the Government would have adopted in its Response the recommendations in the Majority Report, and not those of its dissenting nominee, if it had updated its knowledge in respect of out-of-province base salaries.

[25] At the end of the day, the question for this Court is quite simple: does the law stand in the way of doing what is right? The answer, in a word, must be an emphatic “no”.

[26] In ground of appeal 1(ii), the Judges allege the reviewing judge committed reversible error in failing to appreciate that the majority recommendations, and not those of the minority, placed their base salary where the Government considered the relevant circumstances dictated it should be on the national comparative scale. In my respectful judgment, that ground of appeal is well founded and constitutes a more than sufficient basis to allow the appeal. In the final analysis, no useful purpose would be served by a discussion, let alone a determination, of the remaining allegations of error particularized in the Notice of Appeal, all of which, admittedly, raise complex and thorny questions.

A. *The applicable principles*

[27] In *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick* (2005), the Supreme Court of Canada sets out a three-part test to determine if the Government’s response to JRC recommendations meets the standard of rationality. It is as follows:

- (1) Has the government articulated a legitimate reason for departing from the commission’s recommendations?
- (2) Do the government’s reasons rely upon a reasonable factual foundation?
- (3) Viewed globally, has the commission process been respected and have the purposes of the commission – preserving judicial independence and depoliticizing the setting of judicial remuneration – been achieved? [para. 31]

The Government must justify any departure from the Commission’s recommendations based on “rational” reasons, which must be set out in the Response. The departure must be based “on facts and sound reasoning” (para. 25) and the reasons invoked “must also rely upon a reasonable factual foundation” (para. 26). The reviewing court must look “at the soundness of the facts in relation to the position the government has adopted in its

response” (para. 37) and show deference for the Government’s response (para. 40). The court must also look at “the totality of the process and of the response” (para. 38) in determining any application for review.

[28] Section 22.03(6) enunciates the factors that the JRC must consider. It reads as follows:

22.03(6) In making its report and recommendations, the Commission shall consider the following factors:	22.03(6) Lorsqu’elle fait son rapport et ses recommandations, la Commission doit prendre en considération les facteurs suivants :
(a) the adequacy of judges’ remuneration having regard to the cost of living or changes in real per capita income,	a) la suffisance de la rémunération des juges relativement au coût de la vie ou aux changements du revenu réel par tête,
(a.1) the remuneration of other members of the judiciary in Canada as well as the factors which may justify the existence of differences between the remuneration of judges and that of other members of the judiciary in Canada,	a.1) la rémunération versée aux autres membres de la magistrature du Canada ainsi que les facteurs qui peuvent justifier les différences qui existent entre la rémunération des juges et celle des autres membres de la magistrature du Canada,
(b) economic fairness, including the remuneration of other persons paid out of the Consolidated Fund,	b) l’équité économique, y compris la rémunération versée à d’autres personnes prélevée sur le Fonds consolidé,
(c) the economic conditions of the Province, and	c) la situation économique de la province, et
(d) any other factors the Commission considers relevant to its review.	d) tous autres facteurs que la Commission considère pertinents à sa révision.

[29] Thus, the *Act* obligates the JRC to consider the base salaries paid to judges elsewhere and to make a report and recommendations in relation to a four-year period that, in most instances, will be unfolding. When the 2004 JRC issued its Report in the summer of 2006, it was required to address base salaries over its mandate’s expired and un-expired term, the latter running from August 2007 to March 31, 2008.

Necessarily, it had to do its best, on the available data, to anticipate what the base salaries would likely be elsewhere.

[30] In my view, the standard of rationality required the Response to reflect the Government's best efforts in ascertaining what the actual base salaries were or would likely be elsewhere during the four years of the JRC mandate. The Response could not limit its comparative analysis to instances where there was absolute certainty in respect of quantum. Like it did for what it feared would happen with provincial deficits in the future or with changes to the CPI, the Government needed to make a judgment call in answering the question at the heart of the framework it articulated in the Response: which set of recommendations would occasion the 7th place ranking having regard to the base salaries that were or would likely be paid elsewhere?

[31] That pivotal question as framed by the Response stood to be answered by application of the civil standard, namely proof on a balance of probabilities (see *Smith v. Agnew* (2001), 240 N.B.R. (2d) 63, [2001] N.B.J. No. 282 (QL), 2001 NBCA 83, para. 78 and *F.H. v. MacDougall*, 2008 SCC 53, paras. 43-44). To be clear, the governing standard is not proof beyond a reasonable doubt, let alone proof to an absolute certainty, as the Response seems to require, at least when it comes to the issue of ranking.

[32] Turning from the general to the particular, I would postulate that, in the absence of articulated sound reasons for believing the contrary, the Government was required to proceed on the assumption its counterparts elsewhere (Manitoba) which had yet to do so formally, would likely adopt the recommendations emanating from their respective Judicial Remuneration Commissions. Likewise, the Government was required to assume the Rule of Law would be obeyed and that effect would be given to mandatory Court orders on point (Québec).

B. *Application to the case at hand*

[33] As mentioned, I am of the view the Government's stated objective of placing the Judges in 7th place nationally cannot be impeached on grounds of irrationality. Indeed, and as I have emphasized, perhaps more often than necessary, that approach has much to commend itself and may well prove most beneficial in the resolution of future salary-related debates before the JRC. However, the Response fails the standard of rationality enunciated by the Supreme Court of Canada in two closely-affiliated respects: (1) its reliance on dated information regarding the base salary to be paid to Provincial Court judges elsewhere; and (2) its conclusion that the recommendations in the Minority Report would place the Judges in 7th place nationally.

[34] Assuming, for the sake of argument, the Response does indeed purport to act upon data respecting out-of-province base salaries found in the Minority Report, updated data on the subject was available in February 2007 when the Government was putting the finishing touches to its Response. For reasons that remain unexplained, the Government omitted to bring the updated data into its analytical process. Had it done so, the Government would have quickly realized its objective of a 7th place ranking stood to be achieved by the Majority recommendations rather than those put forward in the Minority Report, which fell well short of the mark.

[35] During the very month that saw the Government table the Response, February of 2007, Ontario Provincial Court Judge David M. Stone prepared a chart of judicial salaries in Canada. That Chart, which forms part of the record in the Court of Queen's Bench, reflects data readily available in February 2007. It reads as follows:

CHART OF JUDICIAL SALARIES IN CANADA, 2004-07

<u>JURISD.</u>	MAR. 31 2004	APR. 1 2004	APR. 1 2005	APR. 1 2006	APR. 1 2007
CANADA	216,300	232,300	237,400	244,800	252,000

N.W.T.	197,814	201,766	206,408	206,408+CPI
YUKON			199,901	
B.C.	161,250	161,250	198,000	198,000+CPI
ALBERTA	210,000	220,000	220,000	220,000
SASK.	161,634	165,190	195,000	198,900
MAN.	161,257	161,257*	161,257*	*
	(*Commission rec:	168,000	173,040	178,230)
ONT.	206,348	209,031**	213,630**	221,748**
	(**Subject to 6 th (Nairn) Triennial Commission)			
	(***) Subject to 7 th Triennial Commission)			
QUEBEC				
	(Court has ordered:	205,000	211,510	+2K+AIW)
N.B.	150,706	150,706	150,706	
	(Commission rec. o/s	172,000	177,200	182,500
	[Minority rec.	159,599	163,589	167,679
			186,349	174,946]
P.E.I.			186,349	
N.S.	163,324	172,000	176,300	180,708
NF.&L.	159,181	165,230	168,535	173,591

Prepared by David M. Stone, Feb. 15, 2007, updated Apr. 2 This is Exhibit "Q" to the Affidavit of David C. Walker, sworn the 20th day of April, 2007.
Original signed
 J. Gordon Petrie, Q.C.,
 A Commissioner of Oaths, Being a Solicitor

[36] The following thoughts come to mind as I scroll down Judge Stone's Chart:

- (1) it was prepared in February 2007 and updated on April 2, 2007. The update merely reflected adjustments for CPI in respect of Saskatchewan and for the Industrial Aggregate in respect of the base salaries of federally appointed judges. Thus, the April 2007 adjustments have no bearing on ranking and the data collected in the Chart is data that was available at the time the Government tabled its Response in the Legislature;

- (2) the Chart provides data in respect of both the expired and un-expired terms of the 2004 JRC mandate;
- (3) the first three entries (Canada, N.W.T. and Yukon), while containing information worthy of mention, do not bear upon the analysis once it is accepted the Response's objective of a 7th place ranking among the 10 provinces is rational;
- (4) with respect to British Columbia, Alberta, Saskatchewan, Nova Scotia, as well as Newfoundland and Labrador, the base salaries of their judges over the four years of the 2004 JRC mandate were known when the Government tabled its Response;
- (5) with respect to Manitoba, it is true its JRC had not yet reported when the 2004 JRC filed its Report in August of 2006 (see explanatory notes at the bottom of Table 2, p. 211, of the Joint Book of Essential References). However, the Manitoba JRC recommendations were in the public domain by the time the Response was tabled in the N.B. Legislature. Thus, the Government knew or ought to have known that the base salary of the Manitoba Provincial Court Judges would be \$161,257 in 2004 and that the Manitoba JRC Commission had recommended \$168,000 for 2005, \$173,040 for 2006 and \$178,230 for 2007;
- (6) as for Ontario, its JRCs' recommendations were not yet known in August of 2006. However, by February 2007, the Government knew the base salaries for Ontario judges would be \$209,031 for 2004, \$213,630 for 2005 and \$221,748 for 2006, subject to the recommendations of the Sixth Triennial Commission. As for the base salary for 2007, its precise quantum was also unknown, but there was no doubt that it, like those for

2004-2006, would be substantially ahead of the base salaries recommended by the 2004 JRC Commission;

- (7) as for Quebec, the Superior Court had ordered the Government of Quebec to pay its Provincial Court Judges \$205,000 for 2004 and \$211,510 for 2005. The Court had also ordered the base salary for 2006 be \$211,510 plus \$2K (\$2,000) plus AIW (Aggregate Industrial Wage). Once again, while the precise figures for 2006 and 2007 were unknown, there was no doubt they would be substantially higher than the base salaries recommended by the 2004 JRC; and
- (8) as for PEI, the Government knew in February 2007 that PEI Provincial Court Judges would be paid a base salary equal to the national average calculated on April 1 of each year. Simple mathematics would have driven the Government to conclude the PEI base salaries would likely exceed, by a fairly wide margin, those recommended by the 2004 JRC throughout its four year mandate.

[37] Thus, it was inaccurate for the Government to claim in the Response it was “not possible to accurately predict where New Brunswick Provincial Court Judges’ salaries will rank for the years beginning April 1, 2006 and April 1, 2007, since a number of jurisdictions have judicial remuneration commissions in progress and some of these will be making retroactive recommendations”. By February 2007, the pertinent JRCs (those in jurisdictions that paid their Provincial Court Judges base salaries approximating those paid to the Judges) had made their recommendations.

[38] Recall that the Majority Report recommended the following base salary increases: (1) from \$150,706 to \$172,000 as of April 1, 2004; (2) \$172,000 to \$177,200 on April 1, 2005; (3) \$177,200 to \$182,500 on April 1, 2006; and (4) \$182,500 to \$186,000 on April 1, 2007. Contrast those with the dissenting recommendations: (1) from \$150,706 to \$159,599 as of April 1, 2004; (2) \$159,599 to \$163,589 on April 1,

2005; (3) \$163,589 to \$167,679 on April 1, 2006; and (4) \$167,679 to \$174,946 on April 1, 2007. Judge Stone's Chart shows the latter recommendations placed the Judges: in 9th place, ahead only of Newfoundland and Labrador Provincial Court Judges (by a mere \$418.00) in 2004-2005; in 9th place, ahead of B.C. Provincial Court Judges, in 2005-2006; in 10th and last place in 2006-2007; and in 9th place in 2007-2008, ahead only of Newfoundland and Labrador Provincial Court Judges.

[39] As noted, the mandate of the 2004 JRC extended over four years, from April 1, 2004 to March 31, 2008. When the annual base salaries are averaged out for the full four-year JRC mandate using the data collected in Judge Stone's Chart (which, it bears repeating, the Province acknowledged at the hearing is data that was readily available at the time of the Response's tabling in the Legislature), the following state of affairs emerges: the Judges end up in last position if effect is given to the recommendations in the Minority Report, with only the adoption of the recommendations in the Majority Report achieving the desired 7th place ranking. Tracking the Respondent's Submission on point, "the snapshot of the position and indicators as known at the time of the tabling of" the Response in the Legislature compelled the rejection of the recommendations in the Minority Report and the adoption of those in the Majority Report.

[40] As I state at paragraph 24, it is beyond dispute that the Government's acceptance of the recommendations in the Minority Report placed the Judges' base salary in last place for the four years of the JRC mandate once the various provincial base salaries are averaged out. I also assert it is indisputable that the recommendations in the Majority Report achieve a 7th place rank, the objective pursued by the Government in its Response. In that regard, I note the parties have included in their Amended Joint Book of Essential References the following Chart of Judicial Salaries for each of the four years of the 2004 JRC mandate. A Book of Essential References contains, *inter alia*, "a copy of any excerpt from the documentary evidence" (see Rule 62.20.1(3)(c)). Thus the Chart in question forms part of the "documentary evidence" susceptible of consideration by this Court in fashioning a suitable remedy. The

numbers in that Chart reflect what Provincial Court Judges were actually paid throughout Canada from April 1, 2004 to March 31, 2008. I have added the column to the far right. It shows the average salary in each jurisdiction for the 2004 JRC's four year mandate and confirms the N.B. Judges' average base salary ranks last in the nation:

<u>Jurisdiction</u>	<u>April 1/2004</u>	<u>April 1/2005</u>	<u>April 1/2006</u>	<u>April 1/2007</u>	<u>Average</u>
N.W.T.	197,814	201,766	206,408	209,246	203,808.50
Yukon	189,900	195,407	199,901	215,742	200,237.50
B.C.	161,250	161,250	198,000	202,356	180,714
Alberta	210,000	220,000	220,000	220,000	217,500
Saskatchewan	161,634	165,190	195,000	198,900	180,181
Manitoba	161,257	168,000	173,040	178,230	170,131.75
Ontario	213,054	219,979	228,338	234,503	223,968.50
Quebec	191,267**	205,000**	211,578**	217,533**	206,344.50
N.B.	159,599	163,580	167,679	174,946	166,451
P.E.I.	169,439	174,904	186,349	196,144	181,709
Nova Scotia	163,342	172,000	176,300	180,708	173,087.50
N.F. & L.	159,181	165,230	168,535	173,591	166,634.25
*Changes made in Quebec effective July 1 st of each year.					
**July 1, 2004: \$205,000 – July 1, 2005: \$211,578 – July 1, 2006: \$217,533 – July 1, 2007: \$220,531					

[41] Following implementation of the recommendations in the Majority Report, the Judges' average base salary would rank 7th. behind Ontario, Alberta, Québec, Prince Edward Island, British Columbia and Saskatchewan:

<u>Jurisdiction</u>	<u>April 1/2004</u>	<u>April 1/2005</u>	<u>April 1/2006</u>	<u>April 1/2007</u>	<u>Average</u>
Ontario	213,054	219,979	228,338	234,503	223,968.50
Alberta	210,000	220,000	220,000	220,000	217,500

Quebec	191,267**	205,000**	211,578**	217,533**	206,344.50
P.E.I.	169,439	174,904	186,349	196,144	181,709
B.C.	161,250	161,250	198,000	202,356	180,714
Saskatchewan	161,634	165,190	195,000	198,900	180,181
N.B.	172,000	177,200	182,500	186,000	179,425
Nova Scotia	163,342	172,000	176,300	180,708	173,087.50
Manitoba	161,257	168,000	173,040	178,230	170,131.75
N.F. & L.	159,181	165,230	168,535	173,591	166,634.25
*Changes made in Quebec effective July 1 st of each year.					
**July 1, 2004: \$205,000 – July 1, 2005: \$211,578 – July 1, 2006: \$217,553 – July 1, 2007: \$220,531					

[42]

It may be timely to repeat the key part of the Response:

In contrast to the salary recommendations in the Majority Report, the salary recommendations in the Minority Report for April 1, 2004 and April 1, 2005 would make New Brunswick Provincial Court judges the seventh highest paid in the country, which represents fairly accurately New Brunswick's ranking according to most economic indicators. If Prince Edward Island had not adopted using a national average to determine its Provincial Court judges' salaries instead of basing them on local economic factors and other Prince Edward Island considerations, it is likely that the salary recommendations in the Minority Report would have placed New Brunswick Provincial Court judges in sixth place nationally. This seems to be a more accurate reflection of where New Brunswick salaries fit in the national picture and it was for this reason that the government accepted the recommendations on salary in the Minority Report.

[Emphasis added.]

[43]

Here, the irrationality of the Response concerns the very reason that caused the Government to settle upon the base salary recommendations found in the Minority Report. The flaw in the Response lies at its very core, with “its heart and soul” to repeat the phrase coined at the hearing. In those circumstances, it cannot be said the JRC process, viewed globally, has been effective (see *Bodner*, para. 31).

C. *Remedy*

[44] In *Bodner*, the Supreme Court of Canada made the following observations regarding the reviewing court's remedial powers:

The limited nature of judicial review dictates the choice of remedies. The remedies must be consistent with the role of the reviewing court and the purpose of the commission process. The court must not encroach upon the commission's role of reviewing the facts and making recommendations. Nor may it encroach upon the provincial legislature's exclusive jurisdiction to allocate funds from the public purse and set judicial salaries unless that jurisdiction is delegated to the commission.

A court should not intervene every time a particular reason is questionable, especially when others are rational and correct. To do so would invite litigation, conflict and delay. This is antithetical to the object of the commission process. If, viewed globally, it appears that the commission process has been effective and that the setting of judicial remuneration has been "depoliticized", then the government's choice should stand.

In light of these principles, if the commission process has not been effective, and the setting of judicial remuneration has not been "depoliticized", then the appropriate remedy will generally be to return the matter to the government for reconsideration. If problems can be traced to the commission, the matter can be referred back to it. Should the commission no longer be active, the government would be obliged to appoint a new one to resolve the problems. Courts should avoid issuing specific orders to make the recommendations binding unless the governing statutory scheme gives them that option. This reflects the conclusion in *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13, that it is "not appropriate for this Court to dictate the approach that should be taken in order to rectify the situation. Since there is more than one way to do so, it is the government's task to determine which approach it prefers" (para. 77). [paras. 42-44]

[Emphasis added.]

[45] In the case at hand, the commission process has not been effective because of the irrationality of the Government's choice of its dissenting nominee's recommendations as the means of achieving its objective of a 7th place ranking. Simply put, the reason for choosing those recommendations over the ones formulated in the Majority Report does not "rely upon a reasonable factual foundation" (see *Bodner*, para. 31). The generally appropriate remedy is to return the matter to the Government for reconsideration. However, the present case is truly exceptional.

[46] The pertinent period (2004-2008) is expired. All interested parties know the recommendations in the Minority Report placed the Judges in last place on the national comparison scale for the four years of the 2004 JRC's mandate and that the recommendations in the Majority Report situate the Judges precisely where the Government intended they be. A new JRC is set to begin its work for the post-2008 period. As these reasons take form, the term of that JRC's mandate is slowly wasting away. Just as significantly, and as might be expected, the Government approached the formulation of its Response as a choice between two options: the base salary recommendations in the Majority Report or those in the Minority Report. Sending the matter back for reconsideration makes sense where there is more than one way to rectify the situation. But here, there is only one possible solution if one wishes, as deference obligates, to achieve the Response's objective of placing the Judges in 7th place nationally: it is to implement with due diligence the recommendations in the Majority Report.

V. Conclusion and Disposition

[47] The recommendations in the Majority Report set the Judges' base salary, on average over the four-year mandate of the 2004 JRC, in 7th place among the 10 provinces. The recommendations in the Minority Report place the Judges' base salary in last place nationally. In my view, the Government's overall approach – with a benchmark of a 7th place ranking – complies with the test of rationality articulated in

the *P.E.I. Reference* and refined in *Bodner*. However, its selection of the recommendations in the Minority Report to give effect to that commendable approach fails the test of rationality.

[48] I would allow the appeal, and set aside the contested parts of the Response and the decision under appeal that are at odds with these reasons for judgment. Due to the truly unusual circumstances in play, exceptional ancillary orders are also appropriate. Accordingly, I would: (1) remit the matter to the Government and direct it to implement with due diligence the base salary recommendations contained in the Majority Report; and (2) have the Court retain jurisdiction to settle costs and facilitate implementation, if necessary.

DRAPEAU, J.C.N.-B.

I. Introduction

[1] Lorsqu'une démarche ou solution permettant de résoudre des questions contentieuses est identifiée, son bien-fondé est presque toujours submergé par la cacophonie des objections qui sont élevées parce qu'elle a été mal appliquée. C'est précisément ce qui s'est passé en l'espèce. Dans sa réponse au rapport de la Commission sur la rémunération des juges établie en 2004 en vertu de la *Loi sur la Cour provinciale*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21, le gouvernement a adopté une solution réfléchie et tournée vers l'avenir en vue de fixer le traitement de base des juges de la Cour provinciale, question des plus frustrantes qui a causé bien des tourments à toutes les parties intéressées depuis la mise sur pied de la Commission sur la rémunération des juges en 1998. La solution retenue est digne d'éloges parce qu'elle propose un cadre fort prometteur en vue de réduire, sinon de supprimer, l'animosité préoccupante dont s'accompagne invariablement le recours à la Commission sur la rémunération des juges et sa conséquence apparemment inévitable, un long litige. Le cadre en question vise à fixer le traitement de base des juges au septième rang des traitements les plus élevés parmi les dix provinces.

[2] S'appuyant sur des renseignements périmés, le gouvernement a adopté, dans sa Réponse, les recommandations relatives au traitement de base qui ont été formulées par le commissaire dissident, qu'il avait lui-même nommé à la Commission de 2004, et a erronément conclu que ces recommandations plaçaient le traitement de base des juges au niveau voulu. En fait, ces recommandations ont relégué le traitement de base moyen des juges au dernier rang pendant les quatre années du mandat de la Commission sur la rémunération de juges et ce sont plutôt les recommandations des commissaires majoritaires qui donnent effet au cadre que le gouvernement a retenu dans sa Réponse. Comme nous le verrons, bien que les juges prétendent que le choix

fait par le gouvernement et la critique qu'il fait de l'analyse et des recommandations exposées dans le rapport des commissaires majoritaires ont été motivés par de la mauvaise foi, il n'est pas nécessaire que nous statuions sur cette question. Si je me tourne uniquement vers l'avenir, et au risque de paraître excessivement optimiste, je suis persuadé que les personnes intéressées prendront les décisions voulues en sachant pertinemment que, premièrement, la bonne foi et son dérivé, la confiance mutuelle, sont essentiels si l'on veut que le recours à la Commission sur la rémunération des juges remplisse sa promesse du début et, deuxièmement, le puits de la confiance des juges dans ce mécanisme d'examen est loin d'être sans fond. De même, on peut tenir pour acquis, sans crainte de se tromper, que le gouvernement est conscient de la réalité qui veut qu'une partie de cette confiance se volatilise chaque fois qu'une recommandation de la Commission sur la rémunération des juges est rejetée pour des raisons dénuées de légitimité manifeste.

[3] Quoi qu'il en soit, il ne fait aucun doute, et c'est ce qu'a conclu, à juste titre, la juge saisie de la requête, que le gouvernement a agi de bonne foi en adoptant une solution qui visait à classer le traitement de base des juges au septième rang. Je ne suis pas disposé à en dire plus sur ce point puisqu'il s'agit ici d'une instance où il est particulièrement sage de ne se prononcer que sur ce qui doit être tranché. Pour en venir à l'essentiel, j'estime que le rejet par le gouvernement des recommandations relatives au traitement de base formulées par les commissaires majoritaires dans le rapport de la Commission ne satisfait pas à la norme de la rationalité qui a été énoncée dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, [1997] A.C.S. n° 75 (QL) (le « *Renvoi relatif à l'Île-du-Prince-Édouard* »). Il en est ainsi parce que ces recommandations, contrairement à celles qui sont énoncées dans le rapport du commissaire minoritaire et auxquelles le gouvernement a souscrit, permettent d'atteindre l'objectif fixé dans la Réponse, savoir le septième rang dans le classement comparatif. Pour ce seul motif, le rejet par le gouvernement des recommandations des

commissaires majoritaires et son acceptation des recommandations du commissaire minoritaire qu'il avait nommé ne résistent pas à l'examen de leur constitutionnalité.

- [4] Il s'ensuit que je suis d'avis d'accueillir l'appel. Par voie d'ordonnances accessoires, je suis d'avis : (1) d'annuler la décision rendue par la Cour du Banc de la Reine ainsi que la Réponse, dans la mesure où les présents motifs l'exigent; (2) de renvoyer l'affaire au gouvernement accompagnée d'une directive lui enjoignant de mettre en oeuvre avec diligence les recommandations relatives au traitement de base énoncées par les commissaires majoritaires dans le rapport de la Commission; (3) de réserver en faveur de notre Cour la compétence de fixer les dépens, si cela était nécessaire; et (4) de réserver à notre Cour la compétence dans la mesure voulue et indiquée pour faciliter la mise en oeuvre des recommandations.

II. Le contexte

- [5] La doléance des juges voulant qu'il y ait eu mauvaise foi est à la fois générale et profonde. En effet, ces derniers prétendent que le gouvernement a agi de mauvaise foi tout au long de la procédure et des instances liées au mécanisme d'examen par la Commission sur la rémunération des juges depuis que celui-ci a été engagé il y a plus d'une décennie dans la foulée de l'arrêt de principe rendu dans l'affaire du *Renvoi relatif à l'Île-du-Prince-Édouard*. Nous ne nous prononcerons pas sur cette prétention sauf dans la mesure susmentionnée, mais nous pouvons néanmoins faire l'observation suivante sans risque d'erreur : malheureusement pour toutes les parties intéressées, l'histoire des réponses du gouvernement aux recommandations de la Commission sur la rémunération des juges est une histoire fréquemment marquée par le rejet. Les juges affirment que le rejet est « systématique » (voir l'arrêt *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*; *Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion)*; *Bodner c. Alberta*; *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)*; *Minc c. Québec (Procureur général)*, [2005] 2 R.C.S. 286, [2005] A.C.S. n° 47 (QL), 2005 CSC 44, au

par. 12 (ci-après *Bodner* ou *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick* (2005)).

[6] La première Commission sur la rémunération des juges (1998) a déposé deux rapports : un sur les traitements et autres avantages (le 30 juillet 1998) et un sur les prestations de pension (le 5 octobre 1998). Elle y a recommandé à l'unanimité que le traitement de base de 106 000 \$ soit majoré à 125 000 \$ à compter du 1^{er} avril 1998. Elle a également recommandé, là encore à l'unanimité, que ce traitement révisé soit majoré en 1999 d'un montant égal à la hausse de l'indice des prix à la consommation plus 7 500 \$ et de nouveau majoré, en l'an 2000, d'un montant égal à la hausse de l'IPC plus 5 000 \$. En décembre 1998, le gouvernement a consenti à porter le traitement à 125 000 \$ pour l'année 1998 et à apporter les ajustements fondés sur l'IPC pour les années 1999 et 2000, mais a rejeté les hausses de traitement proposées pour 1999 (7 500 \$) et l'an 2000 (5 000 \$). Quelque deux ans plus tard, à la veille de la constitution de la Commission sur la rémunération des juges de 2001, le gouvernement a finalement cédé et accepté les hausses recommandées par la Commission sur la rémunération des juges de 1998 pour les années 1999 et 2000, et a, au bout du compte, porté le traitement de base à 141 000 \$.

[7] La deuxième Commission sur la rémunération des juges (2001) a déposé son rapport le 11 avril 2001. Elle a unanimement recommandé que le traitement de base soit porté à 154 000 \$ en 2001, à 162 000 \$ en 2002, et à 170 000 \$ en 2003, sous réserve de certains ajustements à la hausse devant tenir compte de la variation de l'indice de la rémunération pour l'ensemble des activités économiques du Nouveau-Brunswick. Le gouvernement a rejeté ces recommandations et, tout en consentant à un ajustement annuel fondé sur cet indice, n'a tenu aucun compte de la formule retenue par la Commission sur la rémunération des juges. Dans le cadre d'une requête en révision judiciaire, un juge de la Cour du Banc de la Reine a conclu que la réponse du gouvernement satisfaisait à la norme de la rationalité adoptée dans le *Renvoi relatif à l'Île-du-Prince-Édouard*. Cette décision a été confirmée, à certaines réserves près, devant notre Cour et devant la Cour suprême du Canada : *New Brunswick Provincial Court Judges' Association et al. c. New Brunswick (Minister of Justice)* (2003), 260 R.N.-B (2^e) 201, [2003] A.N.-B. n^o 321

(QL), 2003 NBCA 54, confirmé par *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick* (2005).

[8] La troisième Commission sur la rémunération des juges a été constituée en janvier 2004. Elle était composée du président, Thomas Condon, Ph. D., du commissaire nommé par les juges, Richard Oland, et du commissaire nommé par le gouvernement, Andrew Kitchen. Avec le consentement des parties, la Commission sur la rémunération des juges de 2004 a différé son examen jusqu'à ce que le litige qui opposait les parties relativement au rejet par le gouvernement des recommandations de la Commission sur la rémunération des juges de 2001 prenne fin. Par suite de ce rejet, les juges n'avaient obtenu aucune augmentation en fonction du coût de la vie depuis un certain temps. Avant la Commission sur la rémunération des juges de 2004, les juges estimaient avoir droit à une augmentation [TRADUCTION] « de rattrapage » substantielle pour cette raison ainsi qu'à d'autres ajustements afin d'occuper un rang convenable à l'échelle nationale, lequel, prétendaient-ils, devait se situer dans la moyenne nationale ou près de cette moyenne (5^e ou 6^e). Comme nous le verrons, bien que le gouvernement ait finalement adopté la position selon laquelle le traitement de base des juges devait se classer au septième rang à l'échelle nationale, la presque concordance des positions respectives des parties ne s'est pas traduite par une proximité sur le plan des chiffres.

[9] Après la tenue d'audiences complètes et le dépôt de mémoires à la suite des audiences, la Commission sur la rémunération des juges de 2004 a publié son rapport le 31 août 2006. Il comprenait deux ensembles de recommandations, savoir les recommandations de la majorité, composée du président et du commissaire nommé par les juges, et celles du commissaire nommé par le gouvernement. Les commissaires majoritaires ont recommandé les hausses du traitement de base suivantes : (1) de 150 706 \$ à 172 000 \$ à compter du 1^{er} avril 2004; (2) de 172 000 \$ à 177 200 \$ le 1^{er} avril 2005; (3) de 177 200 \$ à 182 500 \$ le 1^{er} avril 2006; et (4) de 182 500 \$ à 186 000 \$ le 1^{er} avril 2007. Le commissaire nommé par le gouvernement, qui était dissident, a recommandé les hausses suivantes du traitement de base : (1) de 150 706 \$ à 159 599 \$ à compter du 1^{er} avril 2004; (2) de 159 599 \$ à 163 589 \$ le 1^{er} avril 2005; (3)

de 163 589 \$ à 167 679 \$ le 1^{er} avril 2006; et (4) de 167 679 \$ à 174 946 \$ le 1^{er} avril 2007.

[10] L'Assemblée législative ne siégeait pas à ce moment-là et le gouvernement n'a pas jugé nécessaire de convoquer les députés afin qu'ils examinent les recommandations de la Commission. En fait, le gouvernement a choisi de renoncer à une session à l'automne et au début de l'hiver. Il s'en est suivi que plus de cinq mois se sont écoulés avant que l'Assemblée législative ne soit convoquée de nouveau et que le gouvernement ne dépose la Réponse (accompagnée d'un rapport du cabinet comptable Grant Thornton sur la santé financière de la Province, tant actuelle que prévue). La Réponse n'était ni signée ni datée. De plus, on a prétendu que le ministre de la Justice n'avait pas avisé la Commission, « lors du dépôt », que ses recommandations concernant le traitement de base avaient été rejetées. Devant le tribunal d'instance inférieure, les juges ont fait valoir que cette omission rendait applicable le par. 22.06(2) et obligeait la Cour à conclure que les recommandations de la majorité étaient réputées avoir été acceptées par le gouvernement. Bien que cet argument n'ait pas été soulevé à notre niveau, il vaut la peine de le mentionner ne serait-ce que pour souligner la nature très diverse de la contestation par les juges de la légalité de la Réponse. On en trouvera d'autres preuves dans le contenu de leur avis de requête modifié et de leur avis d'appel.

[11] Comme il fallait s'y attendre, le gouvernement n'a pas prétexté l'indigence lorsqu'il a adopté les recommandations moins coûteuses du commissaire dissident qu'il avait nommé à la Commission. Je souligne en passant que la Province du Nouveau-Brunswick a accumulé des excédents annuels s'établissant au total à plus d'un demi-milliard de dollars au cours des quatre exercices pertinents : (1) 242 200 000 \$ en 2004-2005; (2) 240 200 000 \$ en 2005-2006; (3) 37 100 000 \$ en 2006-2007; et (4) 86 700 000 \$ en 2007-2008. Corrélativement, la différence par juge entre les recommandations relatives au traitement de base formulées par les commissaires majoritaires dans le rapport de la Commission et celles formulées dans celui du commissaire minoritaire pour ce qui concerne les quatre années correspondantes du mandat de la Commission est de 12 000 \$ en 2004-2005, de 14 000 \$ en 2005-2006, de

15 000 \$ en 2006-2007 et de 11 000 \$ en 2007-2008. Au total, la différence, pour toute la durée du mandat, est bien en deçà de 1,5 million de dollars.

[12] Les sous-titres suivants figurent dans la Réponse, sous la rubrique intitulée « Motifs de la décision du gouvernement » : (A) Les augmentations en fonction du coût de la vie; (B) La rémunération versée aux autres membres de la magistrature et les facteurs qui justifient les différences; (C) L'équité économique, y compris la rémunération versée à d'autres personnes prélevée sur le Fonds consolidé; (D) La situation économique de la province; et (E) Les autres facteurs. Les remarques faites sous chaque sous-titre méritent d'être répétées ne serait-ce que pour que l'on saisisse bien l'essence des allégations d'erreur judiciaire formulées dans l'avis d'appel :

(A) Les augmentations en fonction du coût de la vie

Le rapport de la Commission laisse entendre que le salaire payé aux juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick en 2001, 2002 et 2003 était insuffisant, du moins en ce qui concerne les augmentations en fonction du coût de la vie (p. 20-23). C'est ainsi que les commissaires majoritaires justifient en partie les augmentations de salaire qu'ils recommandent dans le rapport de la Commission. Le gouvernement ne peut pas accepter cette analyse.

Premièrement, le salaire en question a été versé pour des motifs qui, de l'avis de la Cour suprême du Canada en 2005, constituaient une réponse logique aux recommandations de la CRJ précédente. Deuxièmement, le salaire des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick en 2001, 2002 et 2003 a été ajusté en fonction de l'augmentation du coût de la vie calculée selon la moyenne mobile de l'indice de la rémunération pour l'ensemble des activités économiques du Nouveau-Brunswick au cours des trois années précédentes, un indicateur pertinent qui est utilisé pour calculer les ajustements à la rémunération des membres du Conseil exécutif et des députés de l'Assemblée législative. Cet indice est calculé en tenant compte de la rémunération hebdomadaire moyenne de tous les salariés du Nouveau-Brunswick. Il est donc lié aux augmentations que

touchent les autres travailleurs de la province et il est beaucoup moins instable que l'IPC, mais il pourrait même justifier une réduction du salaire des juges de la Cour provinciale s'il était négatif. Le recours à l'indice de la rémunération pour l'ensemble des activités économiques du Nouveau-Brunswick a fait augmenter le salaire des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick de 141 202 \$ le 1^{er} avril 2000 à 150 706 \$ le 1^{er} avril 2003, ce qui équivaut à une hausse non négligeable de 9 504 \$ ou 6,7 p. 100 sur trois ans.

Toutefois, le gouvernement admet que le salaire des juges de la Cour provinciale en 2004, 2005, 2006 et 2007 doit être ajusté afin de tenir compte de l'évolution du coût de la vie et d'autres facteurs pertinents. Si la recommandation salariale du rapport du commissaire dissident était mise en oeuvre, la rémunération d'un juge de la Cour provinciale passerait de 150 706 \$ le 1^{er} avril 2003 à 174 946 \$ le 1^{er} avril 2007, ce qui représente une augmentation globale de 24 240 \$, soit approximativement 16,1 p. 100. L'IPC a augmenté de 1,5 p. 100 en 2004 et de 2,4 p. 100 en 2005. On prévoit que l'indice des prix à la consommation augmentera de 2,1 p. 100 en 2006 et de 1,7 p. 100 en 2007. Si on fait le total pour cette période de quatre ans, l'IPC devrait augmenter d'approximativement 7,7 p. 100, ce qui est bien inférieur à l'augmentation de salaire recommandée. Par contre, la recommandation salariale qui est énoncée dans le rapport de la Commission ferait passer le salaire des juges de la Cour provinciale à 186 000 \$ le 1^{er} avril 2007, ce qui équivaudrait à une augmentation globale de 35 294 \$ (environ 23,4 p. 100) qui est nettement supérieure à la hausse réelle et prévue du coût de la vie au cours de cette période de quatre ans.

(B) La rémunération versée aux autres membres de la magistrature et les facteurs qui justifient les différences

La *Loi* oblige la CRJ à tenir compte de la rémunération des autres membres de la magistrature du Canada et des facteurs qui peuvent justifier les différences qui existent entre la rémunération des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick et celle des autres membres de la magistrature du Canada. Mais en ce qui concerne ce facteur en particulier, les commissaires majoritaires qui ont rédigé le rapport de la Commission se sont penchés presque exclusivement sur la rémunération des autres membres de

la magistrature du Canada, sans essayer de déterminer les facteurs qui peuvent expliquer les différences. Les salaires des juges nommés par le fédéral qui résident à Edmundston, Campbellton et Fredericton sont plus élevés que ceux de leurs homologues de nomination provinciale qui résident dans les mêmes municipalités pour une très bonne raison. En effet, les salaires des juges nommés par le gouvernement fédéral sont uniformes partout au pays, et ils doivent être fixés à un niveau susceptible d'attirer des candidats qui ont des attentes salariales et une capacité lucrative propres aux avocats établis à Vancouver, Calgary, Toronto, Ottawa, Montréal et dans les autres grandes villes canadiennes. La Cour suprême l'a d'ailleurs fait remarquer dans sa décision de 2005 : « Le tribunal saisi du contrôle judiciaire (...) peut cependant constater que le traitement des juges de nomination fédérale est fixé en fonction des conditions économiques et des revenus des avocats dans les grandes villes canadiennes. Ces conditions et ces revenus diffèrent de ceux qui existent au Nouveau-Brunswick ». Il convient également de signaler que le gouvernement fédéral a annoncé qu'il n'allait pas mettre en oeuvre intégralement les recommandations sur le salaire des juges relevant de sa compétence. Ce sont ces recommandations qui ont servi de fondement aux commissaires majoritaires qui ont rédigé le rapport de la Commission.

Si on suit le même raisonnement, il n'est pas surprenant de constater que les salaires des juges nommés par les gouvernements provinciaux de la Colombie-Britannique, de l'Alberta, de la Saskatchewan, du Manitoba, de l'Ontario, du Québec et de la Nouvelle-Écosse sont plus élevés que celui des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick, étant donné que ces provinces doivent attirer des avocats qui exercent dans des grands centres urbains et qui ont des revenus potentiels plus élevés que leurs confrères du Nouveau-Brunswick.

Quoi qu'il en soit, le gouvernement reconnaît que le salaire des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick a diminué comparativement à celui de leurs homologues des autres provinces. Mais le gouvernement ne peut pas accepter que la moyenne nationale des salaires des juges nommés par les gouvernements provinciaux ou une approximation de celle-ci soit utilisée comme point de référence pour établir la rémunération des juges de notre province. En recommandant un salaire qui est à toutes fins

utiles l'équivalent de la moyenne nationale en 2004 et 2005, les commissaires majoritaires ont accordé une trop grande importance à ce facteur (p. 33). Le gouvernement n'est pas d'accord à ce que ce facteur soit aussi déterminant. Le raisonnement des commissaires majoritaires accorde trop d'importance à la rémunération des autres membres de la magistrature et fait presque totalement abstraction de la conjoncture du Nouveau-Brunswick.

Si on mettait en oeuvre les recommandations formulées par les commissaires majoritaires dans le rapport de la Commission, le salaire des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick se situerait autour de la moyenne nationale. En 2004 et 2005, le Nouveau-Brunswick se classerait donc au troisième rang, derrière l'Ontario et l'Alberta. Comme nous le verrons ci-dessous, le Nouveau-Brunswick se classe constamment sous la moyenne nationale (généralement entre le septième et le neuvième rang au pays) lorsqu'on tient compte de divers indicateurs économiques. Les recommandations formulées dans le rapport de la Commission sont à la fois excessives et incompatibles avec la situation relative du Nouveau-Brunswick à l'échelle nationale. À l'inverse, les recommandations qui figurent dans le rapport du commissaire dissident font davantage le lien entre le salaire des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick et la situation relative du Nouveau-Brunswick par rapport à celle des autres provinces. Elles feraient passer le salaire des juges de la Cour provinciale au septième rang à l'échelle nationale, ce qui est davantage compatible avec la situation financière et économique générale de la province.

(C) L'équité économique, y compris la rémunération versée à d'autres personnes prélevée sur le Fonds consolidé

Le gouvernement n'est pas d'accord avec la façon dont les commissaires majoritaires ont analysé ce facteur. Une analyse équilibrée doit comprendre un examen du critère de l'équité économique du point de vue des juges, de celui de la population et de celui des autres personnes dont la rémunération est prélevée sur le Fonds consolidé. Toutefois, les commissaires majoritaires ont analysé le facteur de l'équité économique de façon trop limitative en se contentant d'examiner la question du point de vue des juges. Dans le rapport de la Commission, les commissaires

majoritaires ont également accordé très peu d'importance aux augmentations salariales obtenues par les autres groupes dont la rémunération est prélevée sur le Fonds consolidé. Le rapport de la Commission accorde très peu d'importance au fait que les augmentations salariales proposées aux juges de la Cour provinciale par le gouvernement étaient en harmonie avec les augmentations de salaire consenties aux autres groupes dont la rémunération est prélevée sur le Fonds consolidé, à l'exception des groupes dans lesquels il existe des problèmes graves de recrutement et de conservation du personnel, comme dans le domaine des soins de santé. Pour établir des comparaisons, les commissaires majoritaires ont retenu les quelques groupes d'employés qui semblent avoir obtenu les augmentations les plus importantes. Cependant, ces employés représentent moins de 0,05 p. 100 de toutes les personnes dont la rémunération est prélevée sur le Fonds consolidé. Le rapport des commissaires majoritaires s'attarde surtout aux salaires réels et passe à peu près sous silence les difficultés de recrutement et de conservation du personnel qui justifient le fait que certains groupes ont obtenu des augmentations supérieures à la moyenne. En outre, les commissaires majoritaires ne semblent pas avoir tenu compte du fait qu'il ne manque pas de candidats à la magistrature provinciale.

Le taux maximum de rémunération des sous-ministres principaux le 1^{er} avril 2006 se chiffrait à 140 062 \$, comparativement au salaire de 167 679 \$ qui est proposé dans la présente réponse. Le salaire maximum pour les avocats de la fonction publique s'établissait à 105 924 \$ le 1^{er} avril 2006.

Globalement, les salaires des gestionnaires et des employés non syndiqués dont la rémunération est prélevée sur le Fonds consolidé auront augmenté d'environ 11 p. 100 entre le 1^{er} avril 2004 et le 31 mars 2008 si toutes les augmentations salariales annoncées sont mises en oeuvre. À titre de comparaison, le gouvernement propose d'augmenter le salaire des juges de la Cour provinciale d'approximativement 16,1 p. 100 dans la présente réponse. Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, il ne faut pas faire de comparaison avec les augmentations salariales consenties aux praticiens de la santé, car celles-ci sont justifiées par de graves difficultés de recrutement et de conservation du personnel.

En revanche, le rapport du commissaire dissident contient un examen plus exhaustif de cette question et une analyse approfondie des problèmes de recrutement et de conservation du personnel qui justifient le fait que des groupes en particulier ont obtenu des augmentations de salaire supérieures à la normale.

(D) La situation économique de la province

Le gouvernement n'est pas d'accord avec l'analyse des commissaires majoritaires en ce qui concerne ce facteur. Même si le gouvernement a présenté une foule de données économiques dans ses mémoires et au cours des audiences afin d'établir que la province fait face à de nombreux défis économiques et se classe dans le dernier tiers parmi les administrations provinciales au chapitre de la plupart des indicateurs économiques, les commissaires majoritaires ont décidé de s'en remettre surtout au rapport de 2005 du vérificateur général et à l'avis de M. McGaw pour déterminer que le gouvernement provincial pouvait se permettre de consentir des augmentations importantes en raison du rendement économique antérieur de la province. Le gouvernement n'est pas d'accord avec cette analyse ni avec la conclusion à laquelle elle a abouti, c'est-à-dire faire passer le salaire des juges de la Cour provinciale au troisième rang à l'échelle nationale, après l'Ontario et l'Alberta.

Depuis que les parties ont déposé leurs mémoires, que les audiences ont eu lieu et que la Commission sur la rémunération des juges a produit les rapports des commissaires majoritaires et du commissaire dissident, les statistiques économiques à jour qui ont été publiées laissent entrevoir une conjoncture moins favorable que celle que la province connaissait en avril 2006. Ces données confortent le gouvernement dans son rejet de l'analyse de la situation économique de la province effectuée par les commissaires majoritaires.

En 2004, Statistique Canada prévoyait que la croissance réelle au Nouveau-Brunswick se chiffrerait à 2,6 p. 100 et se classerait au 7^e rang au Canada. En 2005, selon les prévisions de Statistique Canada, le Nouveau-Brunswick devait se classer au 10^e rang, avec une croissance réelle de 0,3 p. 100. Dans son premier mémoire à la CRJ, le

gouvernement prévoyait que la croissance réelle atteindrait 2,1 p. 100 en 2005. Avec ce recul abrupt, la croissance réelle a été la plus faible depuis la récession de 1991. À titre de comparaison, la croissance réelle s'est chiffrée à 2,9 p. 100 à l'échelle nationale en 2005. L'Alberta s'est classée au premier rang parmi les provinces, avec une croissance réelle de 4,6 p. 100.

Le PIB nominal par habitant du Nouveau-Brunswick est passé de 77,4 p. 100 de la moyenne nationale en 2004 à 75,8 p. 100 de la moyenne nationale en 2005, même si le Nouveau-Brunswick est demeuré au 9^e rang ces deux années-là. Le revenu personnel par habitant du Nouveau-Brunswick atteignait 85,8 p. 100 de la moyenne nationale en 2004 et 85,4 p. 100 de la moyenne nationale en 2005 (au 8^e rang les deux années).

Dans une étude indépendante qui a été réalisée récemment au sujet de la situation financière de la province et qui a été rendue publique à la fin de décembre 2006, Grant Thornton a conclu qu'à la lumière des tendances historiques et des décisions qui ont été prises en matière de programmes, le gouvernement devra relever d'importants défis financiers au cours des trois prochaines années financières. Dans ces circonstances, il pourrait enregistrer des déficits importants et croissants de 300 à 416 millions de dollars en 2007-2008, de 548 à 719 millions de dollars en 2008-2009 et de 573 à 773 millions de dollars en 2009-2010. Dans la même étude, on apprenait que les prévisions pour l'année financière en cours faisaient état d'un déficit de 17,6 millions de dollars et d'une augmentation de 156,7 millions de dollars au chapitre de la dette nette. Grant Thornton a cerné plusieurs facteurs qui expliquent ces défis financiers, y compris les futures obligations financières pour le parachèvement du tronçon de la route transcanadienne entre Fredericton et Grand-Sault, les incidences négatives pour les finances d'Énergie NB du plafonnement à 8 p. 100 des hausses des tarifs d'électricité, les déficits récurrents des régions régionales de la santé, les besoins futurs d'aide financière des foyers de soins, les réductions d'impôt précédemment annoncées et la demande constante de meilleurs programmes de soins de santé et de soins pour les aînés.

Le gouvernement a indiqué qu'il était déterminé à satisfaire aux exigences de la *Loi sur la responsabilité [financière]* et

le budget équilibré. Pour y arriver, il faudra peut-être trouver de nouvelles recettes et réduire les dépenses.

(E) Les autres facteurs

Le gouvernement est également d'avis qu'il n'y a actuellement pas de pénurie de candidats à un poste de juge à la Cour provinciale. La composition actuelle du tribunal est d'une qualité exceptionnelle, et on compte plus de 50 candidats à la magistrature provinciale. Parmi ceux-ci, un peu moins de 20 sont hautement qualifiés. Compte tenu du fait qu'il y a 27 postes de juge, le nombre actuel de candidats hautement qualifiés suffira à maintenir la qualité supérieure du tribunal. De plus, le gouvernement est d'avis que les candidats à un poste de juge de la Cour provinciale ont pour la plupart une bonne clientèle en droit criminel. Il est normal que la plupart des avocats s'intéressent davantage à une nomination à un tribunal supérieur, en raison du prestige supplémentaire qui se rattache à ces postes et du fait que la rémunération est meilleure parce que les salaires sont fixés à l'échelle nationale.

Avec le salaire qu'il propose, le gouvernement est convaincu qu'il pourra continuer d'attirer suffisamment de candidatures de très grande qualité. Il n'y a pas de pénurie de candidats aux postes qui se libèrent. En outre, pris dans leur ensemble, le régime de rémunération actuel et celui qui est proposé sont très intéressants pour les avocats en exercice et les candidats futurs. La rémunération qu'ils procurent tient compte de la nécessité de maintenir l'indépendance de la magistrature, de préserver le prestige et la dignité qui se rattachent à un poste de juge de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick et d'attirer des candidats compétents et qualifiés.

[13] Toutefois, un facteur en particulier a fait pencher la balance en faveur des recommandations relatives au traitement de base formulées dans le rapport du commissaire minoritaire et c'est celui-ci : de l'avis du gouvernement, ces recommandations avaient pour effet de placer le traitement de base des juges au niveau voulu, savoir le septième rang au pays. La partie de la Réponse intitulée « Résumé » ne laisse aucun doute sur ce point :

Si on appliquait les recommandations salariales formulées par les commissaires majoritaires dans le rapport de la Commission pour le 1^{er} avril 2004 et le 1^{er} avril 2005, les juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick se classeraient au troisième rang parmi les juges les mieux payés au Canada pour ces années. Ils seraient devancés seulement par leurs homologues de l'Ontario et l'Alberta. Pourtant, le Nouveau-Brunswick se classe dans le dernier tiers des provinces canadiennes selon tous les indicateurs économiques. Il est impossible de prévoir exactement à quel rang se classeront les salaires des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick pour les années qui commencent le 1^{er} avril 2006 et le 1^{er} avril 2007, étant donné que de nombreuses administrations ont mis sur pied une commission sur la rémunération des juges qui sera appelée, dans certains cas, à formuler des recommandations rétroactives.

Le fait que les juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick n'aient obtenu aucune augmentation depuis le 1^{er} avril 2003 est l'une des raisons principales pour lesquelles ils se classent au dernier rang à l'échelle nationale au plan des salaires. Cette situation s'explique par la poursuite judiciaire qui a été intentée à la suite du rejet par le gouvernement des recommandations de la CRJ de 2001. À cause de celle-ci, les deux parties ont demandé à la CRJ actuelle que la tenue des audiences sur la question du salaire soit reportée après la publication de la décision de la Cour suprême du Canada. Il est inutile de comparer les salaires des juges du Nouveau-Brunswick en 2003 aux salaires des juges des autres provinces dans lesquelles la démarche de la CRJ n'a pas été retardée. De plus, le rapport de la Commission reprend ces résultats inexacts dans les tableaux qui comparent les salaires des juges du Nouveau-Brunswick en 2003 à ceux qui ont été accordés ultérieurement dans d'autres ressorts ou aux salaires qui ont été proposés pour les juges de nomination fédérale, mais qui n'ont pas été acceptés par le gouvernement fédéral. Les commissaires majoritaires ont déclaré dans le rapport de la Commission que les juges du Nouveau-Brunswick ne devraient pas se classer au dernier rang, mais ils n'ont pas pour autant justifié leur recommandation qui les placerait au troisième rang des juges les mieux payés en 2004 et 2005.

À l'inverse des recommandations salariales formulées par les commissaires majoritaires dans le rapport de la Commission, le salaire recommandé dans le rapport du commissaire dissident à compter du 1^{er} avril 2004 et du 1^{er} avril 2005 placerait les juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick au septième rang au pays, ce qui correspond assez fidèlement au classement du Nouveau-Brunswick selon la plupart des indicateurs économiques. Si l'Île-du-Prince-Édouard n'avait pas décidé d'avoir recours à la moyenne nationale, au lieu des facteurs économiques locaux et d'autres critères propres à l'Île-du-Prince-Édouard, pour déterminer le salaire de ses juges de nomination provinciale, les recommandations salariales formulées dans le rapport du commissaire dissident auraient probablement permis aux juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick de se classer au sixième rang au pays. Cela semble correspondre davantage au rang que devraient occuper à l'échelle nationale les salaires consentis au Nouveau-Brunswick. ***C'est la raison pour laquelle le gouvernement a accepté les recommandations salariales qui se trouvent dans le rapport du commissaire dissident.***

[C'est moi qui souligne.]

[14] Les articles 22.05 et 22.06 de la *Loi sur la Cour provinciale* sont pertinents à des fins contextuelles et leur reproduction peut donc se révéler utile à cette étape-ci :

22.05 A report submitted to the Minister under this Part shall, within ninety days after it is submitted, be tabled by the Minister in the Legislative Assembly if it is then sitting, and if not, when it next sits.

22.05 Un rapport soumis au Ministre en vertu de la présente partie doit, dans les quatre-vingt-dix jours après sa soumission, être déposé par le Ministre devant l'Assemblée législative si elle est alors en session, sinon, durant la prochaine session.

22.06(1) The recommendations of the Commission in the report

22.06(1) Les recommandations faites par la Commission dans son rapport

(a) may be accepted, in which case they shall be implemented with due diligence, or

a) peuvent être acceptées, et dans ce cas elles doivent être appliquées avec diligence, ou

(b) may be rejected in whole or in part, in which case the Minister shall advise the Commission and the Legislative Assembly as to the recommendations or the parts of the recommendations that are not being implemented.

22.06(2) The recommendations are deemed to have been accepted if the Minister does not advise the Commission and the Legislative Assembly, on tabling the report as required by section 22.05, that the recommendations have been rejected in whole or in part.

b) peuvent être rejetées en tout ou en partie, auquel cas le Ministre doit faire part à la Commission et à l'Assemblée législative des recommandations ou des parties de recommandations qui ne seront pas appliquées.

22.06(2) Les recommandations sont réputées avoir été acceptées si le Ministre n'avise pas la Commission et l'Assemblée législative lors du dépôt du rapport exigé par l'article 22.05, que les recommandations ont été rejetées en tout ou en partie.

[15] Les juges ont déposé une requête en révision et en mesures réparatoires en vertu de la règle 69 des *Règles de procédure*. Plus précisément, les juges ont sollicité une ordonnance portant que les recommandations de la Commission sur la rémunération des juges de 2004 (c'est-à-dire celles formulées dans le rapport des commissaires majoritaires) étaient réputées avoir été acceptées par le gouvernement conformément au par. 22.06(2) de la *Loi*. Subsidiairement, les juges ont sollicité une ordonnance annulant la Réponse pour les motifs suivants :

[TRADUCTION]

1b) Subsidiairement, une ordonnance portant que la Réponse du gouvernement du Nouveau-Brunswick est évoquée à la Cour et annulée pour toutes et chacune des raisons suivantes :

- (i) les motifs invoqués par le gouvernement afin de justifier sa décision d'écarter la recommandation de la Commission sur la rémunération des juges ne sont pas légitimes;
- (ii) les motifs invoqués par le gouvernement n'ont pas de fondement factuel raisonnable;
- (iii) dans l'ensemble, le gouvernement n'a pas respecté le mécanisme d'examen par la Commission de telle sorte que l'indépendance judiciaire des membres de l'Association qui est l'auteur de la requête n'a pas

été préservée et la fixation de la rémunération des juges a plutôt été politisée.

[16] Dans un avis de requête modifié, les juges ont ensuite formulé plusieurs moyens à l'appui des mesures réparatoires qu'ils sollicitaient :

[TRADUCTION]

- a) L'intimée n'a pas déposé le rapport de la Commission sur la rémunération des juges comme le prescrivent l'art. 22.05 et le par 22.06(1) et il s'en est donc suivi que les recommandations sont réputées avoir été acceptées.
- b) Aux fins de justifier sa décision de rejeter les recommandations, l'intimée a invoqué plusieurs motifs qui n'étaient ni exacts sur le plan factuel ni légitimes.
- c) L'intimée n'a pas examiné les raisons qui sous-tendent les recommandations formulées dans le rapport et plus précisément, la justification fournie par la Commission au titre d'un ajustement à des fins de « rattrapage » en 2004.
- d) L'intimée a continué à faire des comparaisons injustifiées en ce qui concerne les juges et à faire état de préoccupations se rapportant aux employés de la Province et a ainsi écarté ou omis de tenir compte de la protection constitutionnelle de l'indépendance de magistrature.
- e) L'intimée a davantage politisé le mécanisme d'examen par la Commission en invoquant comme principal motif de rejet de la recommandation [une] préoccupation ressortissant aux niveaux de traitement.
- f) L'intimée a rejeté le rapport pour le motif que son acceptation constituerait un ajustement supérieur à la hausse projetée du « coût de la vie », ne tenant ainsi aucun compte du fait que le rapport reposait sur une comparaison avec les autres juges dans tout le pays.

- g) L'intimée a rejeté les recommandations en matière de rémunération formulées dans le rapport pour le motif qu'elle préférerait l'opinion dissidente, ce qui est un facteur non pertinent.
- h) Les actes, le comportement et la décision finale de l'intimée traduisaient une conception irrespectueuse du mécanisme d'examen et ont donc compromis l'indépendance des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick.

[17] Dans de courts motifs de jugement, qui sont publiés à (2008), 335 R.N.-B. (2^e) 169, [2008] A.N.-B. n^o 139 (QL), 2008 NBBR 135, la juge saisie de la requête a reconnu qu'on avait entendu des représentants du gouvernement dire que celui-ci [TRADUCTION] « pouvait faire ce qu'il voulait et que les juges n'auraient d'autre choix que de l'accepter » (par. 29). Elle n'a néanmoins accordé aucune importance à cette attitude indubitablement préoccupante et a rejeté – sans explication suffisante, selon les juges – la totalité des doléances voulant qu'il y ait eu mauvaise foi de la part du gouvernement. Finalement, la juge saisie de la requête a conclu que la Réponse satisfaisait à la norme de la rationalité et ce, à son avis, parce que le gouvernement avait justifié par un motif légitime fondé sur des faits sa décision de s'écarter des recommandations des commissaires majoritaires et que, considéré dans son ensemble, le processus avait été respecté et les objectifs du recours à une commission avaient été atteints.

[18] Fait particulièrement pertinent pour les fins de l'analyse qui suit, la juge saisie de la requête en révision a souligné l'objectif du gouvernement consistant dans [TRADUCTION] « une 7^e place au classement comparatif » et a conclu [TRADUCTION] « que cette réponse [était] justifiée par un motif légitime et qu'elle [était] rationnelle » (par. 20). Elle a ensuite dit, à tort, que l'exactitude des classements sur lesquels le gouvernement s'est appuyé n'était pas manifestement contestée (par. 27). En fait, cette contestation se situe au coeur même de la requête en révision et en mesures réparatoires déposée devant la Cour du Banc de la Reine telle qu'elle est formulée dans l'avis de requête, dans l'avis de requête modifié, dans le principal

affidavit à l'appui et dans le mémoire préparatoire des juges. La partie pertinente de ce mémoire est ainsi rédigée :

[TRADUCTION]

54. [Dans] la partie de la Réponse intitulée « Résumé » [...], les questions suivantes sont soulevées [les doléances des juges sont en gras, en italique et soulignées] :

1. Si le rapport de la Commission sur la rémunération des juges de 2004 était appliqué, les juges du Nouveau-Brunswick se classeraient au troisième rang parmi les juges les mieux payés au Canada pour les années 2004 et 2005 – **cela n'est ni exact ni rationnel.**
6. Il est impossible de prévoir à quel rang se classeront les juges du Nouveau-Brunswick en 2006 et 2007 – **cela n'est ni vrai ni rationnel.**
7. Il est injuste de comparer les salaires des juges du Nouveau-Brunswick en 2003 aux salaires des juges des autres provinces au cours des années suivantes – **c'est précisément là une méthode appropriée qu'a employée la Commission sur la rémunération des juges.**
8. L'intimée préfère l'opinion dissidente qui place le Nouveau-Brunswick au sixième rang à l'échelle nationale – **cela n'est pas exact sur le plan factuel** [...]
9. La raison pour laquelle le gouvernement a souscrit à l'opinion dissidente était le classement au sixième rang – précisément là où le rapport de la Commission sur la rémunération des juges de 2004 place le Nouveau-Brunswick en 2007 – **s'il avait été accepté – pourquoi le sixième rang était-il acceptable en 2005 mais pas en 2007?.**

[...]

59. Premièrement, la Commission a bien expliqué les recommandations en matière de « rattrapage » en 2004 et **l'intimée ne tient absolument aucun compte du fait que la recommandation placera le Nouveau-Brunswick au**

sixième ou septième rang à l'échelle nationale ce qui, affirme l'intimée, est précisément le rang qu'il devrait occuper.

[Le gras, le souligné et l'italique sont de moi.]

III. Les moyens d'appel et les aspects pertinents des mémoires

[19] L'avis d'appel fait état de nombreuses doléances qu'il vaut la peine de répéter ne serait-ce que pour souligner l'ampleur du mécontentement des juges à l'endroit de la Réponse et de la décision qui fait l'objet du présent appel :

[TRADUCTION]

- (1) La juge de première instance a commis une erreur en concluant que la Réponse de l'intimée au rapport de la Commission sur la rémunération des juges du Nouveau-Brunswick de 2004 (la « Commission ») était rationnelle parce qu'elle n'a pas tenu compte des faits, questions ou facteurs suivants :
 - (iv) l'analyse relative au coût de la vie [qui est faite dans la Réponse] passe complètement sous silence la notion d'ajustement à des fins de « rattrapage », laquelle constituait une partie des recommandations de la Commission qui était fondée sur la décision que la Cour suprême du Canada a rendue en 2005;
 - (v) sur la question de la rémunération versée aux autres juges, elle s'est appuyée sur l'assertion faite dans la [Réponse] qui situe les juges du Nouveau-Brunswick au septième rang à l'échelle nationale et ce faisant, elle n'a tenu aucun compte du fait que la rémunération recommandée par la Commission aurait permis aux juges du Nouveau-Brunswick d'occuper précisément ce rang alors que la recommandation en matière de rémunération que l'intimée a acceptée reléguait les juges du

Nouveau-Brunswick au dixième (et dernier) rang à l'échelle nationale;

- (vi) en ce qui concerne l'analyse ressortissant à l'équité économique, le rapport de la Commission a comparé les salaires des juges à ceux d'autres personnes payées avec les deniers publics et n'a pas fondé ses recommandations uniquement sur l'équité économique du point de vue des juges bien que ce fût là un aspect important du mandat de la Commission. Dans sa Réponse, l'intimée prétend que ses propositions étaient conformes aux augmentations consenties à certains fonctionnaires et que celles-ci devaient donc être considérées comme suffisantes. La juge de première instance a conclu que la Réponse maintenait l'équilibre entre le principe de l'indépendance de la magistrature et l'interdiction de traiter les juges comme des employés, sans expliquer sa conclusion selon laquelle la Réponse était équilibrée et rationnelle;

- (vii) en ce qui concerne l'analyse ressortissant à la situation économique de la province, l'intimée s'est appuyée sur un rapport rédigé en décembre 2006 par Grant Thornton qui évoquait des déficits importants et croissants en 2007 et 2008 et au cours des années suivantes. Cette assertion s'est révélée inexacte lors des deux derniers budgets et, de plus, la Réponse de l'intimée ne donnait pas à entendre que [TRADUCTION] « le Nouveau-Brunswick ne se compare pas favorablement avec d'autres provinces dans la plupart des classements économiques ». Le tribunal d'instance inférieure s'est donc appuyé sur des documents qui ont été établis ultérieurement afin d'étayer un rejet qui avait été prononcé sans cette information et a conclu que le fait que l'intimée se soit fiée à cette information constituait une réponse motivée;

- (viii) en ce qui concerne l'analyse visant à déterminer si les motifs invoqués par l'intimée pour rejeter le rapport de la Commission avaient un fondement factuel raisonnable, les appelants s'appuient sur l'omission de l'intimée et du tribunal d'instance inférieure de mettre à exécution la décision que la Cour suprême du Canada a rendue en 2005 relativement au réexamen de la période allant de 2001 à 2003 et de reconnaître le fait que le rapport de la Commission, s'il avait été accepté, aurait permis aux juges du Nouveau-Brunswick d'occuper le septième rang, à l'échelle nationale, en 2006 et 2007;
 - (ix) l'analyse faite devant le tribunal d'instance inférieure des intérêts des contribuables du Nouveau-Brunswick ainsi que de la situation financière et économique de la Province ne tient absolument aucun compte du long exposé raisonné de la Commission et de la question de l'indépendance de la magistrature;
 - (x) les conclusions du tribunal d'instance inférieure n'ont pas pris en compte ce qui est dit dans le rapport de la Commission à propos des nombreux facteurs qu'elle était tenue d'examiner en vertu de la loi.
- (2) La juge de première instance a commis une erreur en ne concluant pas que les actes que l'intimée a accomplis dans le cadre du mécanisme d'examen n'ont pas respecté ce mécanisme ni l'indépendance de la magistrature et ont ainsi politisé l'établissement de la rémunération des juges, contrairement au troisième motif qu'a énoncé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Bodner* en juillet 2005.

[20] En ce qui concerne le moyen 1(ii), les juges disent ce qui suit dans le mémoire qu'ils ont déposé devant notre Cour :

[TRADUCTION]

Aux termes de l'alinéa 22.03(6)*a.l*) de la *Loi*, la Commission est tenue de prendre en considération la rémunération versée aux autres membres de la magistrature du Canada ainsi que les facteurs qui peuvent justifier les différences entre les différents territoires et provinces.

La juge de première instance s'est appuyée sur les renseignements trompeurs fournis par l'intimée en ce qui concerne la situation économique.

Par-dessus tout, la prétention de l'intimée selon laquelle les augmentations de salaire, si elles étaient mises en oeuvre, placeraient le traitement des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick au septième rang à l'échelle nationale est erronée.

En fait, la Réponse de l'intimée se trouve à ramener le traitement des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick au dernier rang au pays en 2006. La rémunération actuelle des juges de la Cour provinciale dans tout le Canada est la suivante :

Yukon	222 214 \$
T.N.-O.	215 255 \$
C.-B.	220 000 \$
Alb.	220 000 \$
Sask.	204 552 \$
Man.	178 230 \$
Ont.	242 007 \$
Qc	220 731 \$
Î.-P.-É.	205 246 \$
N.-É.	180 708 \$
T.-N.-L.	177 063 \$
N.-B.	174 946 \$

Les appelants prétendent que c'est la recommandation des commissaires majoritaires, que l'intimée a refusé de mettre en oeuvre, qui placerait, comme il se doit, le traitement des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick au septième rang au Canada. [par. 39 à 43 du mémoire des appelants.]

[21]

La réponse de la Province se trouve dans le mémoire de l'intimée :

[TRADUCTION]

De même, on ne saurait tenir compte des situations actuelles et du traitement actuellement consenti aux juges dans tout le pays puisque d'autres commissions provinciales subséquentes ont haussé les niveaux de traitement après que le Nouveau-Brunswick l'a fait. C'est en fait sur un instantané de la situation et des indicateurs connus au moment du dépôt de la Réponse du gouvernement devant l'Assemblée législative qu'il faut s'appuyer. [par. 52]

[22] Je reconnais que le moment crucial aux fins du classement comparatif est celui où la Réponse a été déposée devant l'Assemblée législative. La Réponse doit être fondée sur des données qui sont à la fois exactes et à jour. Lorsqu'on a soulevé un doute à cet égard à l'audience, l'avocate de la Province n'a pas été en mesure de préciser les données permettant de dresser [TRADUCTION] « un instantané de la situation et des indicateurs connus au moment du » dépôt de la Réponse devant l'Assemblée législative qui justifierait la décision du gouvernement de choisir les recommandations relatives au traitement de base formulées dans le rapport du commissaire minoritaire. L'avocate de la Province a reconnu d'emblée qu'aucunes données empiriques – à jour au moment du dépôt – ne justifiaient la conviction du gouvernement que ces recommandations se traduiraient par un septième rang au classement. L'avocate en était réduite à supposer que le gouvernement avait pu se fier aux données relatives au classement exposées dans le rapport du commissaire minoritaire. Toutefois, et fait encore plus important, ces données n'étaient pas exactes au moment où la Réponse a été déposée en février 2007, soit plus de cinq mois après que la Commission eût remis son rapport.

IV. Analyse et décision

[23] La Province soutient depuis le début que le traitement de base visé dans sa Réponse (soit le septième meilleur traitement parmi les dix provinces) est rationnel. La juge qui a effectué la révision a souscrit à cette prétention et les juges y souscrivent aussi du moins pour les fins du présent appel. J'y souscris également, mais j'irais plus loin. À mon avis, la démarche adoptée par le gouvernement est équitable et elle contient

l'amorce d'un recours simplifié à la Commission sur la rémunération des juges pour les années à venir, à supposer que les circonstances pertinentes soient comparables.

[24] Fait tout aussi important, il est incontestable que l'acceptation par le gouvernement des recommandations formulées dans le rapport du commissaire minoritaire a eu pour effet de reléguer le traitement de base des juges : (1) au neuvième rang en 2004, 2005 et 2007; (2) au dernier rang en 2006; et (3) au dernier rang pendant les quatre années du mandat de la Commission une fois qu'on a fait la moyenne des traitements de base. Il est également indiscutable que les données comparatives disponibles au moment du dépôt de la Réponse établissaient que c'étaient les recommandations formulées par les commissaires majoritaires dans le rapport de la Commission qui permettaient d'atteindre l'objectif déclaré du gouvernement, savoir le septième rang à l'échelle nationale. Par conséquent et à supposer qu'il eût fait preuve de bonne foi, le gouvernement aurait accepté, dans sa Réponse, les recommandations formulées dans le rapport des commissaires majoritaires, et non celles du commissaire dissident qu'il avait nommé, s'il avait mis ses connaissances à jour en ce qui concernait les traitements de base en vigueur dans les autres provinces.

[25] Au bout du compte, la question à laquelle notre Cour doit répondre est fort simple : les règles de droit nous empêchent-elles de faire ce qui est juste? La réponse, en un mot, doit être un « non » catégorique.

[26] Dans le moyen d'appel 1(ii), les juges prétendent que la juge chargée de la révision a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision en ne tenant pas compte du fait que les recommandations des commissaires majoritaires, et non celles du commissaire minoritaire, plaçaient leur traitement de base au niveau où il devait se situer dans le classement comparatif national, selon ce qu'estimait le gouvernement à la lumière des circonstances pertinentes. Je suis respectueusement d'avis que ce moyen d'appel est bien fondé et constitue un motif plus que suffisant d'accueillir l'appel. En dernière analyse, on ne remplirait aucune fin utile en examinant, et encore moins en tranchant, les

autres allégations d'erreur qui sont exposées en détail dans l'avis d'appel et qui soulèvent toutes, il faut le reconnaître, des questions complexes et épineuses.

A. *Les principes applicables*

[27] Dans l'arrêt *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick* (2005), la Cour suprême du Canada a énoncé un critère à trois volets aux fins de déterminer si la réponse du gouvernement aux recommandations de la Commission sur la rémunération des juges satisfait à la norme de la rationalité. Ce critère est le suivant :

- (1) Le gouvernement a-t-il justifié par un motif légitime sa décision de s'écarter des recommandations de la commission?
- (2) Les motifs invoqués par le gouvernement ont-ils un fondement factuel raisonnable?
- (3) Dans l'ensemble, le mécanisme d'examen par une commission a-t-il été respecté et les objectifs du recours à une commission, à savoir préserver l'indépendance de la magistrature et dépolitiser la fixation de la rémunération des juges, ont-ils été atteints? [par. 31]

Le gouvernement doit justifier sa décision de s'écarter des recommandations de la Commission par des motifs « rationnels » qui doivent être exposés dans sa réponse. Le rejet doit être fondé « sur des faits et un raisonnement solide » (par. 25) et les motifs invoqués « doivent également reposer sur des faits raisonnables » (par. 26). Le tribunal saisi de la requête en révision doit « examiner la validité des faits par rapport à la position que le gouvernement a adoptée dans sa réponse » (par. 37) et faire preuve de retenue à l'égard de la réponse du gouvernement (par. 40). La Cour doit également faire porter son analyse sur « l'ensemble du mécanisme et de la réponse » (par. 38) aux fins de trancher une requête en révision.

[28] Le paragraphe 22.03(6) énonce les facteurs que la Commission doit prendre en considération. Il est ainsi rédigé :

22.03(6) In making its report and recommendations, the Commission shall consider the following factors:	22.03(6) Lorsqu'elle fait son rapport et ses recommandations, la Commission doit prendre en considération les facteurs suivants :
(a) the adequacy of judges' remuneration having regard to the cost of living or changes in real per capita income,	a) la suffisance de la rémunération des juges relativement au coût de la vie ou aux changements du revenu réel par tête,
(a.1) the remuneration of other members of the judiciary in Canada as well as the factors which may justify the existence of differences between the remuneration of judges and that of other members of the judiciary in Canada,	a.1) la rémunération versée aux autres membres de la magistrature du Canada ainsi que les facteurs qui peuvent justifier les différences qui existent entre la rémunération des juges et celle des autres membres de la magistrature du Canada,
(b) economic fairness, including the remuneration of other persons paid out of the Consolidated Fund,	b) l'équité économique, y compris la rémunération versée à d'autres personnes prélevée sur le Fonds consolidé,
(c) the economic conditions of the Province, and	c) la situation économique de la province, et
(d) any other factors the Commission considers relevant to its review.	d) tous autres facteurs que la Commission considère pertinents à sa révision.

[29] La *Loi* oblige donc la Commission à prendre en compte le traitement de base qui est versé aux juges ailleurs au Canada et à faire un rapport et des recommandations relativement à une période de quatre ans qui, dans la plupart des cas, s'écoulera à l'avenir. Lorsque la Commission de 2004 a publié son rapport à l'été 2006, elle était tenue d'y examiner les traitements de base pendant la période écoulée et la période non écoulée de son mandat, cette dernière allant d'août 2007 au 31 mars 2008. Par la force des choses, elle a dû faire de son mieux, en s'appuyant sur les données disponibles, pour prévoir ce que seraient probablement les traitements de base ailleurs.

[30] À mon avis, la norme de la rationalité exigeait que la Réponse fasse état des efforts du gouvernement en vue de déterminer quels étaient ou quels seraient selon toute probabilité les traitements de base réellement versés ailleurs au cours des quatre années du mandat de la Commission. La Réponse ne pouvait pas limiter son analyse comparative aux cas où le montant réel était une certitude absolue. Comme il l'a fait au titre des craintes qu'il entretenait à propos des conséquences des déficits provinciaux à l'avenir ou des modifications à l'IPC, le gouvernement devait prendre une décision aux fins de répondre à la question qui est au coeur même du cadre qu'il a établi dans la Réponse : quel ensemble de recommandations pourrait permettre d'obtenir le septième rang au classement compte tenu des traitements de base qui sont versés ailleurs ou qui sont susceptibles de l'être à l'avenir?

[31] Pour répondre à cette question fondamentale, telle qu'elle est posée dans la Réponse, il fallait recourir à la norme civile, savoir la preuve par prépondérance des probabilités (voir les arrêts *Smith c. Agnew* (2001), 240 R.N.-B (2^e) 63, [2001] A.N.-B. n° 282 (QL), 2001 NBCA 83, au par. 78, et *F.H. c. MacDougall*, 2008 CSC 53, aux par. 43 et 44). Soyons clairs, la norme qui prévaut n'est pas celle de la preuve hors de tout doute raisonnable, et encore moins la preuve correspondant à la certitude absolue, comme la Réponse semble l'exiger, du moins pour ce qui concerne la question du classement.

[32] Si je passe du général au particulier, je pose comme postulat qu'en l'absence de motifs solides et déclarés de croire le contraire, le gouvernement devait agir en tenant pour acquis que ses homologues du reste du Canada (le Manitoba) qui ne l'avaient pas encore fait officiellement adopteraient probablement les recommandations formulées par leurs propres commissions sur la rémunération des juges. De même, le gouvernement devait tenir pour acquis que la primauté du droit serait respectée et que les ordonnances judiciaires mandatoires rendues à cet égard (au Québec) seraient mises à exécution.

B. *Application à la présente instance*

[33] Comme je l'ai dit, je suis d'avis que l'objectif déclaré du gouvernement qui consiste à faire en sorte que les juges occupent le septième rang à l'échelle nationale ne peut être attaqué pour cause d'irrationalité. En effet et comme je l'ai souligné, sans doute plus souvent que cela était nécessaire, cette solution est louable à maints égards et pourrait fort bien se révéler des plus salutaires pour la résolution des débats futurs concernant les salaires qui se feront jour devant la Commission sur la rémunération des juges. Toutefois, la Réponse ne satisfait pas à la norme de la rationalité énoncée par la Cour suprême du Canada à deux égards étroitement liés : (1) elle s'appuie sur des renseignements périmés concernant le traitement de base versé aux juges des cours provinciales ailleurs au pays; et (2) on y conclut que les recommandations formulées dans le rapport du commissaire minoritaire permettraient aux juges de se classer au septième rang à l'échelle nationale.

[34] À supposer, de façon tout à fait hypothétique, que la Réponse traduit effectivement une intention d'agir sur la foi des données relatives aux traitements de base versés à l'extérieur de la Province qui sont contenues dans le rapport du commissaire minoritaire, des données à jour sur le sujet étaient disponibles en février 2007 au moment où le gouvernement mettait la dernière main à sa Réponse. Pour des raisons qui demeurent inexplicables, le gouvernement a omis d'intégrer les données à jour dans son processus analytique. S'il l'avait fait, le gouvernement se serait vite rendu compte que pour atteindre son objectif, savoir la septième place, il fallait adopter les recommandations des commissaires majoritaires plutôt que celles mises de l'avant dans le rapport du commissaire minoritaire, lesquelles rataient la cible, et de loin.

[35] Le mois même où le gouvernement a déposé la Réponse, savoir février 2007, le juge David M. Stone, de la Cour provinciale de l'Ontario, a dressé un tableau des traitements des juges au Canada. Ce tableau, qui fait partie du dossier déposé devant la Cour du Banc de la Reine, fait état de données disponibles et utilisables facilement en février 2007. Il est ainsi rédigé :

[TRADUCTION]

TABLEAU DES TRAITEMENTS VERSÉS AUX JUGES AU CANADA, DE 2004 à 2007

<u>RESSORT</u>	31 MARS 2004	1 ^{er} AVR. 2004	1 ^{er} AVR. 2005	1 ^{er} AVR. 2006	1 ^{er} AVR. 2007
CANADA	216 300	232 300	237 400	244 800	252 000
T.N.-O.		197 814	201 766	206 408	206 408+IPC
YUKON				199 901	
C.-B.		161 250	161 250	198 000	198 000+IPC
ALBERTA		210 000	220 000	220 000	220 000
SASK.		161 634	165 190	195 000	198 900
MAN.		161 257	161 257*	161 257*	*
		(*Rec. de la Commission :	168 000	173 040	178 230)
ONT.	206 348	209 031**	213 630**	221 748**	***
	(**Sous réserve de la 6 ^e Commission triennale (Nairn))				
	(***) Sous réserve de la 7 ^e Commission triennale)				
QUÉBEC					
	(la Cour a ordonné : 205 000				
			211 510	+2 000+SMI)	
N.-B.		150 706	150 706	150 706	
	(Rec. de la	172 000	177 200	182 500	186 000)
	Commission,				
	non versé				
	[Rec. du com.	159 599	163 589	167 679	174 946]
	minoritaire				
I.-P.-É.				186 349	
N.-É.		163 324	172 000	176 300	180 708
T.-N.-L.		159 181	165 230	168 535	173 591

Préparé par David M. Stone, le 15 fév. 2007, mis à jour le 2 avril

Pièce « Q » jointe à l'affidavit de David C. Walker, fait sous serment le 20 avril 2007
Original signé
 J. Gordon Petrie, c.r.,
 Commissaire aux serments et avocat

[36] Les pensées suivantes me viennent à l'esprit à mesure que je fais défiler le tableau du juge Stone :

- (1) le tableau a été préparé en février 2007 et mis à jour le 2 avril 2007. La mise à jour reflète simplement des ajustements en fonction de l'IPC en ce qui concerne la Saskatchewan et en fonction de l'indice de la rémunération pour l'ensemble des activités économiques en ce qui concerne les traitements de base des juges nommés par le gouvernement fédéral. Par conséquent, la mise à jour d'avril 2007 n'a aucune incidence sur le classement et les données exposées dans le tableau sont des données qui étaient disponibles au moment où le gouvernement a déposé sa Réponse devant l'Assemblée législative;
- (2) le tableau fournit des données se rapportant à la fois à la période écoulée et à la période non écoulée du mandat de la Commission de 2004;
- (3) les trois premières rubriques (Canada, T.-N.-O. et Yukon), bien qu'elles fassent état de renseignements dignes de mention, n'ont aucune incidence sur l'analyse dès lors que l'on reconnaît que l'objectif déclaré dans la Réponse, savoir un classement au septième rang parmi les dix provinces, est rationnel;
- (4) en ce qui concerne la Colombie-Britannique, l'Alberta, la Saskatchewan, la Nouvelle-Écosse ainsi que Terre-Neuve-et-Labrador, les traitements de base des juges de ces provinces au cours des quatre années du mandat de la Commission étaient connus au moment où le gouvernement a déposé sa Réponse;
- (5) en ce qui concerne le Manitoba, il est vrai que la commission sur la rémunération des juges de cette province n'avait pas encore publié son rapport lorsque la Commission de 2004 a déposé le sien en août 2006

(voir les notes explicatives que l'on trouve au bas du tableau 2, à la p. 211 du recueil commun des principales références). Toutefois, les recommandations de la commission sur la rémunération des juges du Manitoba appartenaient au domaine public au moment du dépôt de la Réponse devant l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick. Par conséquent, le gouvernement savait ou aurait dû savoir que le traitement de base des juges de la Cour provinciale du Manitoba s'établirait à 161 257 \$ en 2004 et que la commission manitobaine avait recommandé un traitement de 168 000 \$ pour 2005, de 173 040 \$ pour 2006 et de 178 230 \$ pour 2007;

- (6) en ce qui concerne l'Ontario, les recommandations de la commission sur la rémunération des juges de cette province n'étaient pas encore connues en août 2006. En février 2007, toutefois, le gouvernement savait que le traitement de base des juges ontariens serait de 209 031 \$ en 2004, de 213 630 \$ en 2005 et de 221 748 \$ en 2006, sous réserve des recommandations de la sixième commission triennale. Quant au traitement de base de l'année 2007, son montant exact était également inconnu, mais il ne faisait aucun doute qu'il s'agirait d'un traitement qui, à l'instar de ceux des années 2004 à 2006, serait sensiblement supérieur aux traitements de base recommandés par la Commission de 2004;
- (7) en ce qui concerne le Québec, la Cour supérieure avait ordonné au gouvernement du Québec de verser aux juges de la Cour provinciale de cette province une rémunération de 205 000 \$ en 2004 et de 211 510 \$ en 2005. La Cour avait également ordonné que le traitement de base pour l'année 2006 soit de 211 510 \$ plus 2 000 \$ plus le SMI (le salaire moyen par activité économique). Là encore, bien que les chiffres précis pour les années 2006 et 2007 ne fussent pas connus, il ne faisait aucun

doute qu'ils seraient substantiellement supérieurs aux traitements de base recommandés par la Commission de 2004;

- (8) en ce qui concerne l'Île-du-Prince-Édouard, le gouvernement savait en février 2007 que les juges de la Cour provinciale de cette province toucheraient un traitement de base égal à la moyenne nationale calculée le 1^{er} avril de chaque année. Un simple calcul mathématique aurait amené le gouvernement à conclure que les traitements de base en vigueur à l'Île-du-Prince-Édouard dépasseraient probablement, et d'assez loin, ceux recommandés par la Commission de 2004 pour les quatre années de son mandat.

[37] Il était donc inexact de prétendre comme le gouvernement l'a fait dans sa Réponse, qu'il était « impossible de prévoir exactement à quel rang se classeront les salaires des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick pour les années qui commencent le 1^{er} avril 2006 et le 1^{er} avril 2007, étant donné que de nombreuses administrations ont mis sur pied une commission sur la rémunération des juges qui sera appelée, dans certains cas, à formuler des recommandations rétroactives ». En février 2007, les commissions pertinentes (celles des provinces qui versaient aux juges de leur cour provinciale des traitements de base proches de ceux des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick) avaient fait leurs recommandations.

[38] On se rappellera que dans leur rapport, les commissaires majoritaires recommandaient les augmentations du traitement de base suivantes : (1) de 150 706 \$ à 172 000 \$ en date du 1^{er} avril 2004; (2) de 172 000 \$ à 177 200 \$ le 1^{er} avril 2005; (3) de 177 200 \$ à 182 500 \$ le 1^{er} avril 2006; et (4) de 182 500 \$ à 186 000 \$ le 1^{er} avril 2007. Comparons-les avec les recommandations du commissaire dissident : (1) de 150 706 \$ à 159 599 \$ en date du 1^{er} avril 2004; (2) de 159 599 \$ à 163 589 \$ le 1^{er} avril 2005; (3) de 163 589 \$ à 167 679 \$ le 1^{er} avril 2006; et (4) de 167 679 \$ à 174 946 \$ le 1^{er} avril 2007. Le tableau du juge Stone montre que ces dernières recommandations plaçaient les juges : au neuvième rang, ne devançant que les juges de

la Cour provinciale de Terre-Neuve-et-Labrador (par un maigre 418 \$) en 2004-2005; au neuvième rang, devant les juges de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique, en 2005-2006; au dixième et dernier rang en 2006-2007; et au neuvième rang en 2007-2008, ne devançant que les juges de la Cour provinciale de Terre-Neuve-et-Labrador.

[39] Comme nous l'avons vu, le mandat de la Commission de 2004 était d'une durée de quatre ans, soit du 1^{er} avril 2004 au 31 mars 2008. Lorsqu'on fait la moyenne des traitements de base annuels sur les quatre années du mandat de la Commission en se servant des données exposées dans le tableau du juge Stone (données qui, répétons-le, étaient, comme la Province l'a reconnu à l'audience, disponibles et utilisables facilement au moment du dépôt de la Réponse devant l'Assemblée législative), la situation suivante se fait jour : les juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick se retrouvent au dernier rang si l'on entérine les recommandations formulées dans le rapport du commissaire minoritaire, seule l'adoption des recommandations formulées dans le rapport des commissaires majoritaires permettant d'atteindre l'objectif voulu, savoir le septième rang. Pour reprendre les propos tenus par l'intimée dans son mémoire à cet égard, [TRADUCTION] l'« instantané de la situation et des indicateurs connus au moment du dépôt de » la Réponse devant l'Assemblée législative exigeait le rejet des recommandations formulées dans le rapport du commissaire minoritaire et l'adoption de celles formulées par les commissaires majoritaires dans le rapport de la Commission.

[40] Comme je le dis au paragraphe 24, il est incontestable que l'acceptation par le gouvernement des recommandations formulées dans le rapport du commissaire minoritaire a eu pour effet de reléguer le traitement de base des juges au dernier rang pendant les quatre années du mandat de la Commission une fois qu'on a fait la moyenne des différents traitements de base versés par les provinces. Je fais également valoir qu'il est indiscutable que les recommandations formulées dans le rapport des commissaires majoritaires permettent d'atteindre le septième rang, savoir l'objectif que

visé le gouvernement dans sa Réponse. À cet égard, je souligne que les parties ont inclus dans leur recueil commun des principales références le tableau suivant qui fait état des traitements versés aux juges pendant chacune des quatre années du mandat de la Commission de 2004. Le recueil commun des principales références contient notamment « [u]ne copie des extraits des preuves littérales » (voir la règle 62.20.1(3)c)). Le tableau en question fait donc partie des « preuves littérales » que notre Cour est susceptible de prendre en considération aux fins d'accorder une mesure réparatoire convenable. Les chiffres figurant dans ce tableau montrent le traitement qui a effectivement été versé aux juges des cours provinciales partout au Canada du 1^{er} avril 2004 au 31 mars 2008. C'est moi qui ai ajouté la colonne figurant à l'extrême droite. Elle indique le traitement moyen versé dans chaque province ou territoire pendant les quatre années du mandat de la Commission de 2004 et confirme que le traitement de base des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick se situe au dernier rang au pays :

Prov. ou terr.	<u>1^{er} avril</u> <u>2004</u>	<u>1^{er} avril</u> <u>2005</u>	<u>1^{er} avril</u> <u>2006</u>	<u>1^{er} avril</u> <u>2007</u>	<u>Moyenne</u>
T.-N.-O.	197 814	201 766	206 408	209 246	203 808,50
Yukon	189 900	195 407	199 901	215 742	200 237,50
C.-B.	161 250	161 250	198 000	202 356	180 714
Alberta	210 000	220 000	220 000	220 000	217 500
Saskatchewan	161 634	165 190	195 000	198 900	180 181
Manitoba	161 257	168 000	173 040	178 230	170 131,75
Ontario	213 054	219 979	228 338	234 503	223 968,50
Québec	191 267**	205 000**	211 578**	217 533**	206 344,50
N.-B.	159 599	163 580	167 679	174 946	166 451
Î.-P.-É.	169 439	174 904	186 349	196 144	181 709
Nouvelle-Écosse	163 342	172 000	176 300	180 708	173 087,50
T.-N.-L.	159 181	165 230	168 535	173 591	166 634,25
*Les modifications apportées au Québec entrent en vigueur le 1 ^{er} juillet de chaque année.					

**1^{er} juillet 2004 : 205 000 \$ – 1^{er} juillet 2005 : 211 578 \$ – 1^{er} juillet 2006 : 217 553 \$ –
1^{er} juillet 2007 : 220 531 \$

[41] Par la suite de la mise en oeuvre des recommandations formulées par les commissaires majoritaires dans le rapport de la Commission, le traitement de base moyen des juges du Nouveau-Brunswick se situerait au septième rang, après celui des juges de l'Ontario, de l'Alberta, du Québec, de l'Île-du-Prince-Édouard, de la Colombie-Britannique et de la Saskatchewan :

<u>Prov. ou terr.</u>	<u>1^{er} avril 2004</u>	<u>1^{er} avril 2005</u>	<u>1^{er} avril 2006</u>	<u>1^{er} avril 2007</u>	<u>Moyenne</u>
Ontario	213 054	219 979	228 338	234 503	223 968,50
Alberta	210 000	220 000	220 000	220 000	217 500
Québec	191 267**	205 000**	211 578**	217 533**	206 344,50
Î.-P.-É.	169 439	174 904	186 349	196 144	181 709
C.-B.	161 250	161 250	198 000	202 356	180 714
Saskatchewan	161 634	165 190	195 000	198 900	180 181
N.-B.	172 000	177 200	182 500	186 000	179 425
Nouvelle-Écosse	163 342	172 000	176 300	180 708	173 087,50
Manitoba	161 257	168 000	173 040	178 230	170 131,75
T.-N.-L.	159 181	165 230	168 535	173 591	166 634,25
* Les modifications apportées au Québec entrent en vigueur le 1 ^{er} juillet de chaque année.					
**1 ^{er} juillet 2004 : 205 000 \$ – 1 ^{er} juillet 2005 : 211 578 \$ – 1 ^{er} juillet 2006 : 217 553 \$ – 1 ^{er} juillet 2007 : 220 531 \$					

[42] Il y a sans doute lieu de reprendre ici la partie clef de la Réponse :

À l'inverse des recommandations salariales formulées par les commissaires majoritaires dans le rapport de la Commission, le salaire recommandé dans le rapport du commissaire dissident à compter du 1^{er} avril 2004 et du 1^{er} avril 2005 placerait les juges de la Cour provinciale du

Nouveau-Brunswick au septième rang au pays, ce qui correspond assez fidèlement au classement du Nouveau-Brunswick selon la plupart des indicateurs économiques. Si l'Île-du-Prince-Édouard n'avait pas décidé d'avoir recours à la moyenne nationale, au lieu des facteurs économiques locaux et d'autres critères propres à l'Île-du-Prince-Édouard, pour déterminer le salaire de ses juges de nomination provinciale, les recommandations salariales formulées dans le rapport du commissaire dissident auraient probablement permis aux juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick de se classer au sixième rang au pays. Cela semble correspondre davantage au rang que devraient occuper à l'échelle nationale les salaires consentis au Nouveau-Brunswick. C'est la raison pour laquelle le gouvernement a accepté les recommandations salariales qui se trouvent dans le rapport du commissaire dissident.

[C'est moi qui souligne.]

[43] À cet égard, l'irrationalité de la Réponse découle de la raison même qui a amené le gouvernement à retenir les recommandations salariales formulées dans le rapport du commissaire minoritaire. La déficience de la Réponse tient à ses éléments cruciaux, se situe [TRADUCTION] « en son cœur même », pour reprendre l'expression employée à l'audience. Dans ces circonstances, on ne saurait dire que dans son ensemble, le mécanisme d'examen par la Commission s'est révélé efficace (voir l'arrêt *Bodner*, au par. 31).

C. *Les mesures réparatoires*

[44] Dans l'arrêt *Bodner*, la Cour suprême du Canada a fait les observations suivantes en ce qui concerne les pouvoirs réparateurs du tribunal saisi de la demande de contrôle :

Les limites du contrôle judiciaire dictent le choix des réparations. Celles-ci doivent rester conciliables avec le rôle du tribunal saisi du contrôle judiciaire et avec l'objectif du recours à une commission. Le tribunal ne devrait pas empiéter sur le rôle de la commission, qui consiste à examiner les faits et à formuler des recommandations. Il ne

devrait pas non plus empiéter sur la compétence exclusive des assemblées législatives provinciales en matière d'allocation des fonds publics et de fixation des traitements des juges, sauf délégation de pouvoirs à la commission.

Un tribunal ne devrait pas intervenir chaque fois qu'un motif particulier est discutable, surtout si les autres motifs sont rationnels et corrects. Une telle façon de procéder entraînerait des litiges, des conflits et des retards. C'est l'antithèse de l'objectif du recours à une commission. S'il ressort, dans l'ensemble, que le recours à une commission s'est révélé efficace et qu'on a « dépolitisé » la fixation de la rémunération des juges, le choix du gouvernement devrait alors être confirmé.

Selon ces principes, si le recours à une commission ne s'est pas révélé efficace et qu'on n'a pas « dépolitisé » la fixation de la rémunération des juges, la réparation appropriée consistera généralement à renvoyer l'affaire au gouvernement pour réexamen. Il pourra toutefois être renvoyé à la commission si les difficultés rencontrées lui sont attribuables. Si la commission n'existe plus, le gouvernement aura l'obligation d'en constituer une nouvelle pour régler les problèmes. Les tribunaux devraient s'abstenir de rendre des ordonnances donnant force obligatoire aux recommandations, à moins d'y être autorisés par le régime législatif applicable. Tous ces commentaires reflètent la conclusion dans *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13, selon laquelle « la Cour ne devrait pas dicter la marche à suivre pour remédier à la situation. En effet, comme il y a plus d'une façon d'y parvenir, il appartient au gouvernement de déterminer celle qui lui convient » (par. 77). [par. 42 à 44.]

[C'est moi qui souligne.]

[45] En l'espèce, le recours à la commission n'a pas été efficace en raison de l'irrationalité du choix qu'a fait le gouvernement d'adopter les recommandations du commissaire dissident, qu'il avait nommé, comme moyen d'atteindre son objectif, savoir le septième rang au classement. Pour dire les choses simplement, le motif invoqué afin d'expliquer pourquoi ces recommandations ont été préférées à celles formulées par les commissaires majoritaires dans le rapport de la Commission n'a pas

de « fondement factuel raisonnable » (voir *Bodner*, au par. 31). La réparation qui convient habituellement consiste à renvoyer l'affaire au gouvernement en vue de son réexamen. Toutefois, la présente instance est réellement exceptionnelle.

[46] La période pertinente (de 2004 à 2008) a expiré. Les parties intéressées savent toutes que les recommandations formulées dans le rapport du commissaire minoritaire ont relégué les juges au dernier rang du classement comparatif national pendant les quatre années du mandat de la Commission et que les recommandations formulées par les commissaires majoritaires dans le rapport de la Commission permettent aux juges d'occuper précisément le rang que le gouvernement voulait les voir occuper. Une nouvelle Commission sur la rémunération des juges doit commencer ses travaux pour la période ultérieure à l'année 2008. À mesure que les présents motifs prennent forme, le mandat de cette Commission s'écoule et se gaspille lentement. Ce qui est tout aussi important et comme on pouvait s'y attendre, le gouvernement a abordé la formulation de sa Réponse comme un choix entre deux solutions : les recommandations concernant le traitement de base formulées par les commissaires majoritaires dans le rapport de la Commission ou celles formulées dans le rapport du commissaire minoritaire. Le renvoi de l'affaire en vue de son réexamen est logique lorsqu'il existe plus d'une façon de redresser la situation. En l'espèce, toutefois, il n'y a qu'une seule solution possible si l'on veut, comme l'exige le principe de la retenue, atteindre l'objectif énoncé dans la Réponse qui consiste à permettre aux juges d'occuper le septième rang à l'échelle nationale : appliquer avec diligence les recommandations formulées par les commissaires majoritaires dans le rapport de la Commission.

V. Conclusion et dispositif

[47] Les recommandations formulées par les commissaires majoritaires dans le rapport de la Commission classent le traitement de base des juges, en moyenne au cours des quatre années du mandat de la Commission de 2004, au septième rang parmi les dix provinces. Les recommandations formulées dans le rapport du commissaire

minoritaire relèguent le traitement de base des juges au dernier rang à l'échelle nationale. À mon avis, la démarche globale adoptée par le gouvernement – qui a le septième rang comme point référence – satisfait au critère de la rationalité qui a été énoncé dans le *Renvoi relatif à l'Île-du-Prince-Édouard* et précisé dans l'arrêt *Bodner*. Toutefois, le fait qu'il a choisi les recommandations formulées par le commissaire minoritaire pour donner effet à cette démarche digne d'éloges ne satisfait pas au critère de la rationalité.

[48] Je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'annuler les parties contestées de la Réponse et de la décision faisant l'objet du présent appel qui ne s'accordent pas avec les présents motifs de jugement. Étant donné les circonstances vraiment inhabituelles qui existent en l'espèce, il est également indiqué de rendre des ordonnances accessoires exceptionnelles. Par conséquent, je suis d'avis (1) de renvoyer l'affaire au gouvernement et de lui enjoindre d'appliquer avec diligence les recommandations concernant le traitement de base formulées par les commissaires majoritaires dans le rapport de la Commission; et (2) de réserver à la Cour la compétence de fixer les dépens et de faciliter la mise en œuvre des recommandations, si nécessaire.