

[Traduction]

COMMISSION D'EXAMEN DE LA RÉMUNÉRATION DES JUGES

MÉMOIRE

de

l'ASSOCIATION CANADIENNE DES JUGES DES COURS SUPÉRIEURES

et du

CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE

sur

**la PROPOSITION DU GOUVERNEMENT CONCERNANT UNE ÉTUDE SUR LES REVENUS
AVANT LA NOMINATION**

Le 29 janvier 2016

**Pierre Bienvenu, Ad. E.
Azim Hussain
Norton Rose Fulbright Canada S.E.N.C.R.L., s.r.l.
Avocats de l'Association canadienne des juges des cours supérieures et
du Conseil canadien de la magistrature**

TABLE DES MATIÈRES

I.	APERÇU	1
II.	LA DEMANDE DU GOUVERNEMENT EST PRÉMATURÉE.....	2
III.	L'ÉTUDE SUR LES RAN PROPOSÉE PAR LE GOUVERNEMENT NE FOURNIRA PAS DE RENSEIGNEMENTS UTILES À LA COMMISSION POUR LUI PERMETTRE DE S'ACQUITTER DE SON MANDAT	6
	A. Les revenus avant la nomination des juges ne sont pas pertinents pour l'examen de la Commission.....	6
	B. L'étude sur les RAN proposée risque d'être subjective et, de ce fait, est par essence sujette à caution	10
	C. L'étude sur les RAN produirait des données incomplètes	11
IV.	PRÉOCCUPATIONS LIÉES À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE	13
V.	ORDONNANCE RECHERCHÉE.....	13

I. APERÇU

1. Ces observations sont présentées à la Commission d'examen de la rémunération des juges (« **Commission** ») au nom de l'Association canadienne des juges des cours supérieures (« **Association** ») et du Conseil canadien de la magistrature (« **Conseil** ») relativement au fait que le gouvernement du Canada a demandé à la Commission de demander à l'Agence du revenu du Canada (« **ARC** ») d'entreprendre une étude sur les revenus avant la nomination des juges que le gouvernement a nommés entre 2004 et 2014 (« **étude sur les RAN** »).
2. À l'appui de cette demande sans précédent, présentée à un moment tout à fait inopportun, le gouvernement affirme que l'étude proposée permettrait d'obtenir des données qui « seraient pertinentes pour la question centrale présentée à la Commission et auraient une très grande valeur probante. Cette question centrale est celle de savoir si le traitement des juges est satisfaisant pour recruter les meilleurs candidats pour la magistrature ». Le gouvernement fait valoir aussi que « [l']étude répondrait également à des demandes précises de données faites à la fois par la Commission de 2003 et la Commission de 2007 »¹.
3. Aucune de ces affirmations n'est exacte. En fait, comme le démontre le présent mémoire, la seule Commission à qui des données sur les revenus avant la nomination ont été présentées en est venue à la conclusion *opposée*. Après avoir étudié attentivement la question de l'utilité et de la pertinence de ces données, sur la foi des mémoires complets soumis par le gouvernement et la magistrature, la Commission Block a déclaré :

90. Nous ne croyons pas qu'un échantillon ponctuel du revenu avant la nomination des personnes nommées est particulièrement utile pour déterminer si les traitements des juges sont satisfaisants. Une étude de ce genre ne nous indique pas si les traitements des juges dissuadent d'excellents candidats qui se trouvent aux niveaux supérieurs des échelles de revenu dans le secteur privé de poser leur candidature pour une nomination à la magistrature.
4. L'Association et le Conseil estiment que l'étude sur les RAN proposée par le gouvernement soulève de graves préoccupations. L'Association et le Conseil sont d'avis qu'une telle étude ne procurera pas de renseignements utiles ou fiables à la Commission, alors que la collecte de ces renseignements soulève clairement de profondes préoccupations en matière de protection de la vie privée chez les juges en fonction. La question qui, à la base, préoccupe

¹ Mémoire du gouvernement du Canada concernant la proposition d'une étude sur les revenus avant la nomination (« **Mémoire du gouvernement sur le RAN** ») au para 1.

fondamentalement l'Association et le Conseil a toutefois trait à l'inopportunité de la proposition du gouvernement.

5. Le gouvernement demande à la Commission de décider, à titre de question préliminaire, si la Commission et les parties devraient consacrer le temps et les ressources nécessaires à la réalisation, au cours des deux à quatre prochains mois, d'une étude sur les revenus avant la nomination des personnes nommées à la magistrature. En tout respect, la Commission n'est pas encore en mesure de prendre cette décision, laquelle retarderait assurément le rapport de la Commission au-delà de l'échéance du 30 juin 2016 prévue par la loi. En effet, aucune des parties n'a encore informé la Commission quant à son mandat ou à la démarche suivie par les Commissions précédentes pour établir si les traitements des juges étaient suffisants. Les parties n'ont même pas encore exposé leur position respective ni soumis de preuve quant à la question du traitement des juges, soit la question même à l'égard de laquelle l'étude sur les RAN proposée par le gouvernement serait censée éclairer la Commission.
6. La Commission doit entendre les soumissions complètes des parties pour bien évaluer l'utilité et la fiabilité alléguées de l'information que l'étude sur les RAN proposée par le gouvernement produirait, de même que la question distincte de savoir s'il conviendrait que la Commission supervise elle-même la conception et le déroulement d'une étude sur les revenus avant la nomination des juges en fonction.
7. Pour les raisons expliquées ci-dessous, l'Association et le Conseil font valoir que la Commission devrait refuser la demande du gouvernement à ce stade, tout en se réservant la possibilité, après avoir reçu les mémoires des parties sur toutes les questions, y compris celle du traitement des juges, de rechercher les renseignements supplémentaires qu'elle pourrait juger pertinents pour son examen.
8. Les membres de la magistrature sont convaincus qu'une fois pleinement au fait des questions, cette Commission, à l'instar de la Commission Block, conclura que les données sur les RAN des juges en fonction ne sont pas pertinentes pour l'examen de la Commission. Ils expliquent également ci-dessous les raisons pour lesquelles les données sur les RAN risquent d'être subjectives et ne combleraient pas véritablement les lacunes dans les données dont dispose par ailleurs la Commission

II. LA DEMANDE DU GOUVERNEMENT EST PRÉMATURÉE

9. Le mandat de la Commission est décrit à l'art. 26 de la *Loi sur les juges*, qui se lit en partie comme suit :

Commission d'examen de la rémunération des juges fédéraux

26 (1) Est établie la Commission d'examen de la rémunération des juges chargée d'examiner la question de savoir si les traitements et autres prestations prévues par la présente loi, ainsi que, de façon générale, les avantages pécuniaires consentis aux juges sont satisfaisants.

Facteurs à prendre en considération

- (1.1) La Commission fait son examen en tenant compte des facteurs suivants :
- a) l'état de l'économie au Canada, y compris le coût de la vie ainsi que la situation économique et financière globale du gouvernement;
 - b) le rôle de la sécurité financière des juges dans la préservation de l'indépendance judiciaire;
 - c) le besoin de recruter les meilleurs candidats pour la magistrature;
 - d) tout autre facteur objectif qu'elle considère pertinent.

10. Lorsqu'elles ont examiné le caractère suffisant des traitements des juges eu égard aux critères prévus par la loi cités plus haut, les commissions antérieures, tant triennales que quadriennales, ont habituellement tenu compte de deux éléments de comparaison principaux : a) la rémunération du niveau DM-3, soit le niveau le plus élevé des sous-ministres au sein du gouvernement fédéral²; et b) les revenus des avocats d'expérience en pratique privée au Canada.
11. Bien que le traitement de ces éléments de comparaison ait varié quelque peu d'une commission à l'autre, un consensus clair s'est dégagé quant au fait qu'il s'agissait là des deux éléments de comparaison fondamentaux.
12. En ce qui concerne l'élément de comparaison DM-3, la Commission Block a noté que « presque toutes les commissions antérieures ont utilisé le traitement versé au niveau DM-3 pour faire leurs comparaisons. Nous croyons, comme la Commission Courtois, que le niveau de traitement "[...] reflète le salaire que les règles du marché obligent de verser à des personnes possédant une compétence et des aptitudes remarquables; c'est le cas des juges

² Le niveau DM-4 est en réalité le plus élevé, mais après la création du niveau DM-4, les membres de la magistrature ont accepté pour le moment de ne pas le considérer comme l'élément de comparaison pertinent puisque le nombre de personnes à ce niveau demeure bas (il est actuellement de trois).

comme des sous-ministres” »³. La Commission Levitt a commenté particulièrement l'évolution de l'élément de comparaison DM-3, concluant que les commissions passées avaient dégagé un consensus selon lequel il devrait exister une correspondance approximative entre les traitements des juges puînés nommés par le gouvernement fédéral et le point médian de l'échelle salariale DM-3 :

48. En arrivant à sa conclusion au sujet du poids à accorder à la différence entre le traitement des juges et la rémunération totale des membres du groupe de référence du secteur public dans la formulation de sa recommandation au sujet du traitement des juges puînés, la Commission Drouin a appuyé la position prise par le Gouvernement devant la Commission triennale de 1993 soutenant qu'on devrait aborder la question des traitements des membres de la magistrature en postulant « qu'un certain degré d'équivalence entre les traitements des juges et ceux correspondant au point milieu de l'échelle DM-3 serait considéré approprié ». La Commission Drouin a aussi fait remarquer que s'agissant du traitement des juges, il ne saurait être question qu'il demeure sensiblement inférieur aux traitements accordés aux cadres supérieurs dans le gouvernement, et que « le principe d'un certain degré d'équivalence reconnaît expressément que même si les fonctionnaires de la catégorie DM-3 et les juges n'effectuent pas le même travail, un appariement partiel de la rémunération est justifié » . La Commission McLennan n'a rien trouvé dans la *Loi sur les juges* lui permettant d'utiliser le concept d'un certain degré d'équivalence avec un groupe de référence. En formulant sa recommandation sur les traitements, la Commission Block a parlé de correspondance approximative. Après avoir examiné la preuve au vu de son mandat, la Commission rejoint les conclusions des Commissions Drouin et Block que la norme d'un certain degré d'équivalence ou de correspondance approximative est utile pour juger du caractère adéquat de la rémunération des juges, parce qu'il s'agit d'un concept aligné sur le jugement (plutôt que sur les mathématiques) et sur l'aspect multidimensionnel de l'analyse de la Commission⁴.

13. Tel que discuté plus bas, le gouvernement avait demandé à la Commission Block de prendre en considération les revenus avant la nomination des juges nommés récemment à titre d'élément de comparaison. La Commission Block, après avoir entendu les observations complètes des parties, a rejeté la proposition du gouvernement, la jugeant non pertinente.
14. Le gouvernement demande encore une fois à la Commission, dont la composition est maintenant différente, d'évaluer la pertinence et la fiabilité des revenus avant la nomination, mais il demande cette fois à la Commission de prendre cette décision de manière

³ Rapport Block, par. 103.

⁴ Rapport Levitt, par. 48.

préliminaire, avant que les parties n'aient exposé leur position sur la question du traitement des juges, soumis quelque élément de preuve que ce soit devant la Commission ou présenté leurs observations.

15. La position pourrait être différente si les parties reconnaissaient le revenu avant la nomination des juges récemment nommés comme étant un élément de comparaison légitime et utile. Or, ce n'est pas le cas. Comme nous l'indiquons plus bas, l'Association et le Conseil estiment que l'étude sur les RAN proposée par le gouvernement produirait des renseignements non pertinents et peu fiables, qui risquent d'être subjectifs et qui, de ce fait, sont par essence sujets à caution. De plus, la collecte de ces données porterait inutilement atteinte aux droits et aux attentes légitimes des juges en fonction en matière de protection de la vie privée.
16. Le fait de procéder à une étude sur les RAN à ce stade retardera également le processus quadriennal et empêchera la Commission de mener à bien son mandat en respectant l'échéance de juin 2016 fixée par la loi. Selon le gouvernement, l'étude sur les RAN prendrait entre deux et quatre mois. De plus, les membres de la magistrature devraient alors confier à un expert le mandat d'examiner et d'analyser cette question et, éventuellement, de présenter un rapport d'expert à ce sujet pour le compte de l'Association et du Conseil, ce qui entraînerait inévitablement un délai supplémentaire. Le gouvernement pourrait aussi souhaiter en faire autant. Il faudrait alors donner aux parties la possibilité de présenter un mémoire à la Commission concernant les données et la preuve d'expert produites.
17. Il est important de noter que le gouvernement avait le loisir de soulever cette question plus tôt dans ce processus. Le gouvernement a tenu une première rencontre avec l'Association et le Conseil au sujet de la Commission quadriennale actuelle en février 2015. À cette occasion, conformément aux recommandations de la Commission Levitt concernant le processus, les parties se sont engagées à collaborer à la préparation de l'examen de la Commission. De la correspondance a été échangée au cours des mois qui ont suivi. Le gouvernement n'a pas manifesté à ce moment-là son intention de demander à la Commission de mener une étude sur les RAN.
18. Depuis l'été 2015, les parties travaillent avec l'ARC à la collecte de données devant être présentées à cette Commission concernant les revenus des avocats exerçant en pratique privée. Là encore, le gouvernement n'a pas manifesté, dans ce contexte, son intention au sujet d'une éventuelle étude sur les RAN. En fait, le gouvernement n'a soulevé l'éventualité d'une étude sur les RAN que vers la fin du mois de décembre 2015, de telle sorte que, si

une étude sur les RAN devait être entreprise, la Commission serait incapable de remettre son rapport dans les délais prescrits par la loi.

19. En de telles circonstances, les membres de la magistrature soutiennent que, pour de simples raisons procédurales et en vue de promouvoir le bon déroulement des travaux de la Commission dans les délais requis, la meilleure chose à faire pour la Commission est de refuser la demande du gouvernement à ce stade-ci. Si la Commission estime qu'elle a besoin de renseignements supplémentaires pour son examen une fois qu'elle connaîtra les positions des parties, qu'elle aura été mise au courant des faits et que les parties lui auront fourni leurs éléments de preuve à l'appui de leur position respective, elle pourra toujours demander des renseignements supplémentaires aux parties.

III. L'ÉTUDE SUR LES RAN PROPOSÉE PAR LE GOUVERNEMENT NE FOURNIRA PAS DE RENSEIGNEMENTS UTILES À LA COMMISSION POUR LUI PERMETTRE DE S'ACQUITTER DE SON MANDAT

20. Lorsqu'elle présente des recommandations sur les traitements des juges, la Commission a l'obligation de tenir compte des critères exposés au paragraphe 26(1.1) de la *Loi sur les juges*, cité plus haut. L'étude sur les RAN n'aidera pas la Commission à appliquer les critères prévus par la loi et n'est pas pertinente pour l'analyse de la Commission. De plus, les données tirées de l'étude sur les RAN risquent d'être subjectives et ne fourniraient pas un tableau complet des revenus avant la nomination des juges.

A. Les revenus avant la nomination des juges ne sont pas pertinents pour l'examen de la Commission

21. Le gouvernement affirme que l'étude sur les RAN qu'il propose fait suite aux recommandations des Commissions McLennan et Block voulant que le gouvernement et la magistrature collaborent afin de fournir à la Commission des données sur les revenus avant la nomination⁵. Ceci est inexact. L'étude sur les RAN proposée par le gouvernement soulève précisément les difficultés qui ont amené la Commission Block à rejeter l'utilité de ces données.
22. La Commission quadriennale a l'obligation, en vertu de l'alinéa 26(1.1)c) de la *Loi sur les juges*, de déterminer si les traitements des juges sont suffisants pour « recruter les meilleurs

⁵ Mémoire sur les RAN du gouvernement, par. 14-16.

candidats pour la magistrature ». Bien que la Commission McLennan et la Commission Block aient toutes deux avancé l'hypothèse que les données sur les revenus avant la nomination puissent contribuer à cette analyse, aucune de ces commissions n'a considéré que la collecte ou l'utilisation de telles données soit pertinente. Au contraire, la Commission Block en est venue à la conclusion que les données sur les revenus avant la nomination étaient en soi non pertinentes.

23. La Commission McLennan était « troublé[e] par la difficulté d'obtenir des données actuelles appropriées sur les niveaux de revenu des avocats à leur compte en pratique privée »⁶. À cette époque, en 2003-2004, la qualité des données de l'ARC était bien loin de ce qu'elle est maintenant, vu le raffinement apporté à la méthodologie depuis lors. C'est dans ce contexte que la Commission McLennan a recommandé que le gouvernement et la magistrature travaillent ensemble à l'élaboration d'un ensemble fiable de données statistiques probantes concernant le revenu des avocats indépendants, notant que cette base d'information statistique « pourrait être élargie pour obtenir une certaine idée des niveaux de revenu des avocats qui sont nommés à la magistrature »⁷. La Commission McLennan a avancé l'hypothèse que « [d]es données statistiques pourraient être recueillies au fil du temps auprès des personnes qui sont nommées à la magistrature tout en préservant leur anonymat et la confidentialité », tout en admettant qu'« [i]l pourrait y avoir d'autres façons »⁸.
24. Il importe de noter que, lorsqu'elle a fait ces observations, la Commission McLennan ne disposait d'aucune donnée sur les revenus avant la nomination, ni même d'une proposition précise visant la collecte de données sur les revenus avant la nomination. De plus, la Commission n'avait reçu aucun mémoire des parties concernant l'éventuelle pertinence de données de ce genre. Dans tous les cas, la Commission McLennan ne considérait pas que les données sur les revenus avant la nomination étaient utiles en soi, mais les percevait simplement comme l'un des éléments constituant d'une éventuelle étude plus vaste des motifs incitant les avocats à accepter une nomination à la magistrature⁹.

⁶ Rapport McLennan, p 101.

⁷ Rapport McLennan, p 102.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.* À cet égard, le gouvernement soulève une série de questions rhétoriques au paragraphe 7 de son Mémoire sur les RAN : « Quelle serait la vie de juge en comparaison de celle d'avocat? Le style de vie et le travail plairont-ils à la personne nommée? Quels seront les changements de style de vie? Quelle sera l'incidence de la nomination comme juge sur l'avenir du candidat et des personnes qu'il a à sa charge? ». L'étude sur les RAN ne jetterait pas de lumière sur ces questions ni sur certaines des questions sans

25. Lors de ses préparatifs en vue de la Commission Block, le ministère de la Justice a demandé à l'ARC de recueillir des données sur les revenus avant la nomination des juges nommés entre 1995 et 2007. Le gouvernement a ensuite fourni ces données à un consultant et inclus l'étude sur les RAN en résultant dans son Mémoire de réplique. Le gouvernement a agi ainsi sans préavis ou consultation préalable auprès de l'Association ou du Conseil.
26. L'étude sur les RAN qui a été soumise par le gouvernement à la Commission Block était censée fournir des renseignements sur le pourcentage d'avocats indépendants qui voyaient leur rémunération augmenter au moment de leur nomination à la magistrature comparativement à ceux qui voyaient leur rémunération diminuer. Le gouvernement s'est fié à ce rapport pour étayer sa position selon laquelle « les traitements actuels des juges ne constitu[ai]ent pas un élément dissuasif pour un grand nombre de juges qui avaient un revenu très élevé avant d'être nommés à la magistrature »¹⁰.
27. L'Association et le Conseil se sont opposés vigoureusement à l'inclusion de l'étude sur les RAN dans le Mémoire de réplique du gouvernement. L'Association et le Conseil s'inquiétaient de la manière dont le gouvernement avait procédé pour obtenir les données sur les revenus avant la nomination et sur l'à-propos de la collecte de ces données, ainsi que sur leur fiabilité et leur pertinence.
28. La Commission Block a affirmé regretter que la collecte des données sur les revenus avant la nomination « ait été source d'acrimonie entre les parties »¹¹, mais a refusé de faire des commentaires sur les questions procédurales ou sur la fiabilité des données. Elle a simplement rejeté l'utilité de l'étude sur les RAN du gouvernement parce que celle-ci n'était aucunement pertinente pour l'examen auquel la Commission devait procéder en vertu de la *Loi sur les juges*, au-delà du fait évident que les données « [avaient] uniquement servi à confirmer que certains des juges qui [étaient] nommés gagn[ai]ent moins avant leur nomination, tandis que d'autres gagn[ai]ent plus »¹².
29. Contrairement à l'affirmation clé du gouvernement, à savoir que l'étude sur les RAN produirait des données qui « seraient pertinentes pour la question centrale présentée à la

doute plus pertinentes qui influent sur la décision d'accepter une nomination à la magistrature, par exemple : à quel point le désir de contribuer au service public constitue-t-il un facteur important pour le juge nommé?

¹⁰ Mémoire de réplique du gouvernement du Canada à la Commission Block, par. 21.

¹¹ Rapport Block, par. 89.

¹² *Ibid.*

Commission et auraient une très grande valeur probante »¹³, la Commission Block, qui avait eu l'avantage de recevoir les mémoires complets des parties et qui avait disposé du temps nécessaire pour étudier pleinement la question, y compris l'étude même, a rejeté celle-ci, ne la jugeant pas particulièrement utile à la détermination du caractère satisfaisant des traitements des juges. Le passage pertinent complet est le suivant :

90. Nous ne croyons pas qu'un échantillon ponctuel du revenu avant la nomination des personnes nommées est particulièrement utile pour déterminer si les traitements des juges sont satisfaisants. Une étude de ce genre ne nous indique pas si les traitements des juges dissuadent d'excellents candidats qui se trouvent aux niveaux supérieurs des échelles de revenu dans le secteur privé de poser leur candidature pour une nomination à la magistrature. Une étude qui révélerait cette information serait plus utile pour déterminer si les traitements des juges sont satisfaisants. Idéalement, cette information serait obtenue au moyen d'un sondage ciblé auprès de personnes qui se trouvaient à l'extrémité supérieur[e] de l'échelle de revenu et qui pourraient objectivement être identifié[e]s comme les meilleurs candidats potentiels pour une nomination judiciaire. Nous reconnaissons toutefois les difficultés inhérentes à la conception et à la mise en œuvre d'une telle étude. Ces renseignements pourraient aussi être obtenus indirectement au moyen d'une analyse visant à déterminer si le nombre de personnes qui ont un revenu élevé et qui sont nommées juges augmente ou diminue avec le temps¹⁴.

30. L'étude sur les RAN proposée par le gouvernement n'aidera pas la Commission à déterminer si « les traitements des juges dissuadent d'excellents candidats qui se trouvent aux niveaux supérieurs des échelles de revenu dans le secteur privé de poser leur candidature pour une nomination à la magistrature ».
31. Tout ce que l'étude sur les RAN confirmera est l'évidence même, c'est-à-dire que le traitement des juges était suffisant pour attirer les avocats qui ont été nommés à la magistrature, ou qu'il était à tout le moins suffisant pour ne pas les en dissuader. L'étude ne dira rien au sujet de ceux qui n'ont pas posé leur candidature et qui seraient pourtant d'excellents candidats.
32. Tout comme l'étude sur les RAN du gouvernement soumise à la Commission Block, tout ce que l'étude sur les RAN proposée par le gouvernement fera sera de « confirmer que certains

¹³ Mémoire sur les RAN du gouvernement, par. 1.

¹⁴ Rapport Block, par. 90 [nous soulignons].

des juges qui sont nommés gagnent moins avant leur nomination, tandis que d'autres gagnent plus »¹⁵.

B. L'étude sur les RAN proposée risque d'être subjective et, de ce fait, est par essence sujette à caution

33. En plus de fournir des renseignements qui ne sont ni pertinents ni probants pour la question centrale présentée à la Commission, l'étude sur les RAN proposée par le gouvernement soulève la possibilité qu'un élément de comparaison subjectif soit utilisé pour perpétuer à l'avenir un niveau de rémunération des juges qui pourrait être inadéquat.
34. En toile de fond de l'étude sur les RAN proposée se trouve le fait qu'en réalité, le gouvernement, parce qu'il peut choisir les personnes nommées à la magistrature, contrôlera en définitive les données d'entrée de l'étude proposée. À cet égard, on se rappellera qu'en 2006, le gouvernement a changé le mandat des Comités consultatifs à la magistrature en abolissant l'obligation de distinguer entre les candidats compétents à la magistrature qui sont « hautement recommandés » et ceux qui sont simplement « recommandés »¹⁶.
35. Si la Commission devait adopter les revenus avant la nomination des juges récemment nommés comme élément de comparaison, le gouvernement pourrait utiliser cet élément à l'avenir dans le but intéressé de perpétuer une apparence de suffisance des traitements des juges. En effet, le gouvernement pourrait, simplement en nommant des avocats dont la rémunération est moindre, modifier à son avantage le « RATIO moyen du revenu net préalable à la nomination [...] par rapport au revenu net d'un juge puîné au cours de l'année suivant sa nomination »¹⁷.
36. La démarche proposée par le gouvernement est fallacieuse, car, une fois établies comme élément de comparaison (ce qu'elles ne peuvent légitimement être), les données sur les RAN pourraient alors être invoquées par le gouvernement en tant qu'indication concluante de la suffisance du traitement des juges puisqu'un certain nombre de juges nommés auront vu leur rémunération augmenter au moment de leur nomination, tandis que d'autres auront

¹⁵ Rapport Block, par. 89.

¹⁶ Voir les Lignes directrices pour membres des comités consultatifs, décembre 2006 : <http://www.fja-cmf.gc.ca/appointments-nominations/committees-comites/guidelines-lignes-fra.html#Evaluations>.

¹⁷ Mémoire sur les RAN du gouvernement, onglet 10 « Méthodologie de l'étude sur les revenus avant la nomination », p 1.

accepté une nomination même si celle-ci se traduisait par une diminution de leur rémunération, un argument qui s'adapte à toutes les circonstances.

37. Cette lacune inhérente de l'étude proposée s'accompagne de la possibilité que la tendance récente vers la nomination d'un nombre croissant d'avocats issus du secteur public, qui gagnent généralement moins que les avocats en pratique privée, se poursuive, malgré le fait qu'une grande majorité des membres de la magistrature canadienne ait traditionnellement été composée de candidats issus de la pratique privée¹⁸. La Commission Block a pris note de la situation regrettable prévalant aux États-Unis, où la majorité des personnes nommées à la magistrature étaient autrefois issues de la pratique privée, mais où la situation a depuis radicalement changé et les pourcentages se sont graduellement inversés¹⁹.
38. Comme on peut le constater, non seulement les données sur les RAN ne sont pas pertinentes pour l'examen de la Commission pour les raisons données par la Commission Block, mais elles sont potentiellement subjectives et, pour cette raison supplémentaire, elles ne méritent pas que la Commission et les parties s'y attardent ni qu'elles y consacrent leurs ressources.

C. L'étude sur les RAN produirait des données incomplètes

39. Le gouvernement affirme que son étude sur les RAN comblerait certaines des lacunes et des limites inhérentes aux données présentées aux commissions antérieures, parce qu'elle comprendrait des catégories de personnes dont la candidature serait admissible, mais qui ne sont pas incluses actuellement dans les données sur la pratique privée de l'ARC.
40. L'étude sur les RAN proposée par le gouvernement ne remédierait à aucun des problèmes allégués en ce qui concerne les données dont la Commission dispose actuellement et, au contraire, elle créerait de nouvelles difficultés.
- Le gouvernement critique les données sur la pratique privée de l'ARC parce que celles-ci ne couvrent que 21 % du nombre total d'avocats en exercice au cours d'une année donnée. Toutefois, les données de l'ARC sur les revenus des avocats en pratique privée ne sont pas conçues comme une analyse complète des revenus de tous les avocats au Canada et ne l'ont jamais été. Les parties ont convenu, à la

¹⁸ Mémoire sur les RAN du gouvernement, par. 30 : « le nombre de juges nommés provenant du secteur public a augmenté de façon significative, passant de 29 % à 36 %, depuis le dernier processus de commission quadriennale »; rapport Block au para 73 : « entre le 1^{er} avril 2004 et le 31 mars 2007, 78 % des nouveaux juges canadiens venaient de la pratique privée. »

¹⁹ Rapport Block, par. 72.

place, de limiter la collecte des données (par l'application de filtres tels que les rangs centiles et le revenu minimum) afin de produire un ensemble de données se rapprochant du bassin probable de candidats à la magistrature. Par exemple, si le gouvernement avait voulu inclure tous les avocats dans l'ensemble de données sur la pratique privée de l'ARC, il n'aurait pas accepté de demander à l'ARC de recueillir le revenu des avocats de 35 à 69 ans. À cet égard, le chiffre de 92 163 avocats cité par le gouvernement comme étant le nombre d'avocats en exercice en 2013 comprend vraisemblablement un nombre important d'avocats qui ne satisfont même pas les règles d'éligibilité de base établies par la *Loi sur les juges* parce qu'ils exercent leur profession depuis moins de dix ans.

- L'étude sur les RAN proposée par le gouvernement ne réglerait pas le problème cité que posent les données de l'ARC sur les revenus des avocats en pratique privée en ce qui concerne le fait qu'elles ne représentent pas le nombre grandissant d'avocats qui exercent leur profession sous forme de corporation professionnelle (ou établissent une fiducie familiale). De fait, l'étude sur les RAN proposée par le gouvernement présenterait la même lacune. Même si l'ARC pourrait obtenir les déclarations de revenus de tout juge qui a également déclaré un revenu provenant d'une corporation professionnelle (ou d'une fiducie familiale) avant sa nomination, le revenu figurant dans la déclaration de revenus du juge serait vraisemblablement incomplet puisqu'une corporation professionnelle est normalement utilisée pour reporter le versement de dividendes ou pour verser des dividendes (ou distribuer le revenu lorsqu'il s'agit de fiducies familiales) au conjoint et/ou aux enfants du contribuable afin de réduire l'obligation fiscale de l'avocat au moyen du fractionnement de son revenu. Par conséquent, les déclarations de revenus des juges nommés récemment qui exerçaient leur profession d'avocat par l'intermédiaire de corporations professionnelles indiqueraient probablement de la même manière un revenu inférieur au revenu réel avant la nomination de ces juges.
- Enfin, le gouvernement affirme que l'étude sur les RAN qu'il propose serait utile parce qu'elle comprendrait les revenus avant la nomination des juges provenant du secteur public. Toutefois, les renseignements sur les niveaux de salaire des avocats du secteur public sont facilement accessibles sans qu'il faille entreprendre une étude sur les RAN. Le gouvernement a lui-même fourni ces renseignements par le passé, y compris les renseignements concernant les avantages liés à la retraite et les autres avantages. On remarquera une autre lacune au sujet de ces derniers renseignements : la valeur des droits à pension et droits acquis à des prestations des juges nommés en provenance du secteur public ne serait pas non plus reflétée dans l'étude sur les RAN. De plus, l'inclusion du revenu avant la retraite des juges qui ont été nommés en provenance du secteur public n'aiderait certainement pas la Commission à déterminer si, comme l'a exprimé la Commission Block, « les traitements des juges dissuadent d'excellents candidats qui se trouvent aux niveaux supérieurs des échelles de revenu dans le secteur privé de poser leur candidature pour une nomination à la magistrature ».

41. L'Association et le Conseil reconnaissent qu'il existe des limites inhérentes aux données de l'ARC sur les revenus des avocats en pratique privée. Cela dit, les parties ont fait beaucoup de chemin depuis l'époque de la Commission McLennan, où aucune des parties ne reconnaissait l'utilité ou la fiabilité des données. L'étude sur les RAN proposée par le gouvernement ne servirait qu'à lancer un nouveau débat entre les parties au sujet de l'utilité ou de la fiabilité des données fournies à la Commission. Nous faisons valoir avec respect

qu'un travail de collaboration avec la magistrature en vue d'améliorer l'ensemble de données existant, plutôt que le fait de demander à la Commission d'entreprendre une étude inquisitoire des revenus avant la nomination des juges en fonction, répondrait mieux aux préoccupations du gouvernement en ce qui concerne l'ensemble de données à la disposition de l'ARC sur les revenus tirés de la pratique privée.

IV. PRÉOCCUPATIONS LIÉES À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

42. Dans le contexte du manque démontré de pertinence des données, l'Association et le Conseil sont d'avis qu'il est inopportun pour le gouvernement de chercher à recueillir des données sur les revenus avant la nomination des juges auprès de l'ARC sans le consentement des juges et de s'y fier dans le cadre du processus de la Commission. Les données porteraient sur un petit groupe identifiable de juges dont la vaste majorité seraient des juges en fonction. Ces données proviendraient de déclarations de revenus de particuliers, reflétant les affaires financières personnelles des personnes en question et en présument que leur caractère privé serait respecté.
43. À cet égard, l'étude sur les RAN proposée serait nettement différente des données de l'ARC sur les avocats en pratique privée. Contrairement à ces dernières, qui sont choisies en fonction de codes d'activité économique applicables à la profession d'avocat et qui portent sur un bassin de dizaines de milliers d'avocats, l'étude sur les RAN ne viserait qu'environ deux cents personnes, lesquelles seraient identifiées par leur nom.
44. Non seulement les données qui seraient produites dans le cadre de l'étude sur les RAN manqueraient-elles de pertinence et seraient-elles d'une nature potentiellement subjective, mais l'étude proposée par le gouvernement porterait clairement atteinte aux droits à la protection de la vie privée et aux attentes légitimes des juges en fonction, ce qui constitue une raison de plus de refuser la demande du gouvernement.

V. ORDONNANCE RECHERCHÉE

45. L'Association et le Conseil demandent respectueusement à cette Commission de refuser, à ce stade, la demande préliminaire du gouvernement visant à ce que l'ARC soit chargée d'entreprendre une étude sur les revenus avant la nomination des juges nommés entre 2004 et 2014, tout en reconnaissant qu'une telle ordonnance n'empêcherait pas la Commission de présenter ultérieurement une demande de renseignements supplémentaires aux parties au moment opportun au cours de son examen, si la Commission devait le juger utile.

Le tout respectueusement soumis pour le compte de
l'Association canadienne des juges des cours supérieures et
du Conseil canadien de la magistrature

Montréal, le 29 janvier 2016

(s) Norton Rose Fulbright Canada S.E.N.C.R.L., s.r.l.

Pierre Bienvenu, Ad. E.
Azim Hussain
Norton Rose Fulbright Canada S.E.N.C.R.L., s.r.l.
1, Place Ville Marie
Bureau 2500
Montréal (Québec) H3B 1R1