

**ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE**

COMMERCIAL LIST

**IN THE MATTER OF THE *COMPANIES' CREDITORS
ARRANGEMENT ACT*, R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED**

**AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE
OR ARRANGEMENT OF CANWEST PUBLISHING INC./
PUBLICATIONS CANWEST INC., CANWEST BOOKS INC.
AND CANWEST (CANADA) INC.**

Applicants

**BOOK OF AUTHORITIES
OF POSTMEDIA NETWORK INC.**
(Returnable May 16, 2011)

GOODMANS LLP
Barristers & Solicitors
333 Bay Street, Suite 3400
Toronto, Canada M5H 2S7

Fred Myers LSUC#: 26301A
Caroline Descours LSUC#: 58251A
Tel: (416) 979-2211
Fax: (416) 979-1234

Lawyers for Postmedia Network Inc.

INDEX

INDEX

Tab	Document
A	<i>Angle v. M.N.R.</i> , [1975] 2 S.C.R. 248
B	<i>Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.</i> , [2001] 2 S.C.R. 460
C	<i>Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79</i> , [2003] 3 S.C.R. 77
D	<i>Re EnerNorth Industries Inc.</i> , [2009] O.J. No. 2815 (C.A.)
E	<i>Dableh v. Ontario Hydro</i> (1994), 58 C.P.R. (3d) 237 (Ont. Gen. Div.)
F	<i>Scotia Realty Ltd. v. Olympia & York SP Corp.</i> , [1992] O.J. No. 811 (Ont. Gen. Div.)
G	KR Handley, <i>Spencer Bower and Handley Res Judicata</i> , 4 th Ed. (London: LexisNexis, 2009)
H	<i>Four Embarcadero Centre Venture v. Mr. Greenjeans Corp.</i> (1988), 64 O.R. (2d) 746 (Ont. H.C.J.)
I	<i>Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Novopharm Ltd.</i> , [2007] F.C.J. no. 548 (C.A.)
J	<i>Re Blue Range Resource Corp.</i> , 2000 CarswellAlta 1145 (C.A.)
K	<i>Re West Bay SonShip Yachts Ltd</i> , 2007 CarswellBC 2518 (S.C.); aff'd, 2009 CarswellBC 139 (C.A.)
L	<i>Trusts & Guarantee Co. v. Brenner</i> , 1932 CarswellOnt 28 (C.A.); aff'd on this point, 1933 CarswellOnt 66 (S.C.C.)
M	<i>Re Canwest Global Communications Corp</i> , 2009 CarswellOnt 7882 (S.C.J.—Commercial List)
N	<i>Re Fairweathers Ltd.</i> , 1921 CarswellOnt 28 (S.C.—Bankruptcy)
O	<i>Knai v. Steen Contractors Ltd. (Trustee of)</i> , [2001] O.J. No. 269 (S.C.J.—Commercial List)
P	<i>Genovese v. York Lambton Corp.</i> (1969), 67 W.W.R. 355 (Man. C.A.)

TAB A

Ethel Annabelle Angle *Appellant*;

and

Minister of National Revenue *Respondent*.

1973: November 7; 1974: May 27.

Present: Martland, Judson, Spence, Laskin and Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE EXCHEQUER COURT OF CANADA

Estoppel—Benefit from construction by a controlled company—Assessment—Alleged debt of taxpayer to the company—Writ of extent against the taxpayer as debtor of the company—Whether principle of “issue estoppel” applicable.

Appellant, president and controlling shareholder of Transworld Explorations Limited, caused the company to construct a pool house, with furniture and fixtures, at the rear of her property. Six months after the foundations were in, appellant purported to lease to the company the whole of her property for five years at one dollar per year. After construction was complete, appellant leased the property to the company by a second lease for one year, at a rental of \$6,000 payable in monthly instalments of \$500. In order to create the impression that the pool house had been paid for, the husband of appellant arranged a bank loan of \$50,000 to appellant. This sum was deposited to the credit of the company, which could not withdraw it until the loan was paid. The husband then gave the appellant a cheque drawn on the company's account and signed by him as agent for the company in order that she could repay the bank loan, which she did.

Appellant was assessed under s. 8(1)(c) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, \$52,243.58 for benefits from construction of the pool house, and \$5,995.82 for furniture and fixtures. On appeal the Exchequer Court concluded that appellant had received the house as owner of the freehold and that the procedure employed by appellant did not constitute payment for the house, and it affirmed the assessment except for the furniture and fixtures.

Some time after these proceedings the Minister of National Revenue, in an effort to collect arrears of taxes from another company, obtained *ex parte* an order for a writ of extent in the second degree,

Ethel Annabelle Angle *Appelante*;

et

Le Ministre du Revenu National *Intimé*.

1973: le 7 novembre; 1974: le 27 mai.

Présents: Les Juges Martland, Judson, Spence, Laskin et Dickson.

EN APPEL DE LA COUR DE L'ÉCHIQUEUR DU CANADA.

Fin de non-recevoir—Bénéfice découlant de construction par une compagnie contrôlée—Cotisation—Prétendue dette de la contribuable envers la compagnie—Bref de saisie «in extent» contre la contribuable en tant que débitrice de la compagnie—Le principe de l'«issue estoppel» est-il applicable.

L'appelante, présidente et actionnaire contrôlant de Transworld Explorations Limited, a fait en sorte que cette compagnie construisse à l'arrière de sa propriété un pavillon de bains avec mobilier et accessoires fixes. Six mois après que les fondations furent achevées, l'appelante a censément loué à la compagnie la totalité de sa propriété pour cinq ans, à un dollar par an. Une fois la construction terminée, elle lui a loué la propriété en vertu d'un second bail pour un an, à raison de \$6,000 payable par versements mensuels de \$500. Pour donner l'impression que le pavillon de bains avait été payé, le mari de l'appelante obtint de la banque qu'un prêt de \$50,000 soit fait à l'appelante. Cette somme fut déposée au crédit de la compagnie qui ne pouvait la retirer avant que le prêt ne soit remboursé. Le mari donna ensuite à l'appelante un chèque tiré sur le compte de la compagnie et signé par lui à titre de représentant de la compagnie pour qu'elle puisse rembourser le prêt bancaire, ce qu'elle fit.

L'appelante fut cotisée en vertu de l'art. 8c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148, pour \$52,243.58 pour bénéfices découlant de la construction du pavillon de bains ainsi que \$5,995.82 pour mobilier et accessoires fixes. En appel la Cour de l'Échiquier a conclu que l'appelante avait reçu le pavillon à titre de propriétaire de la tenure libre, que le moyen employé par l'appelante ne constituait pas un paiement du pavillon, et elle a confirmé la cotisation sauf à l'égard des meubles et accessoires fixes.

Quelques temps après ces procédures, le ministre du Revenu national, afin de percevoir d'une autre compagnie des arriérés de taxes, a obtenu *ex parte* une ordonnance pour bref de saisi «extent» au second

against Transworld as debtor of the other company; a writ of extent in the third degree was also issued against appellant as debtor of Transworld. Other writs of extent were also issued, but set aside following a motion to set aside; however, the writ issued against appellant was upheld. The latter appealed this decision, on the ground that the judgment of the Exchequer Court rendered the matter of appellant's alleged indebtedness *res judicata*.

Held (Spence and Laskin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Judson and Dickson JJ.: There is a distinction between the "cause of action estoppel" where another action is brought for the same cause of action as has been the subject of previous adjudication, and "issue estoppel" where, the cause of action being different, some point or issue of fact has already been decided. The requirements of issue estoppel are (1) that the same question has been decided; (2) that the judicial decision which is said to create the estoppel was final; and (3) that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised, or their privies. The determination on which it is sought to found the estoppel must be so fundamental to the substantive decision that the latter cannot stand without the former.

The question to be decided in these proceedings was the existence of a debt by Mrs. Angle to Transworld, whereas the question in the earlier proceedings was the amount of Mrs. Angle's income tax assessment. The question not being *eadem questio*, this is not a case of issue estoppel.

The claim that Mrs. Angle is indebted to Transworld is founded upon her sworn statement during examination for discovery in the tax proceedings. The Transworld balance sheet confirmed her evidence. It is not alleged and there is no evidence to suggest that she subsequently paid her debt to the company.

Per Spence and Laskin JJ., *dissenting*: Leave was given to refer to the reasons in the original tax judgment and they showed that the pool house which gave rise to the "benefit" was also the foundation of

degré contre Transworld en tant que débitrice de l'autre compagnie; un bref de saisie «extent» au troisième degré fut aussi émis contre l'appelante en tant que débitrice de Transworld. D'autres brefs de saisie «extent» furent aussi émis, mais annulés à la suite d'une requête en annulation, alors que le bref émis contre l'appelante fut maintenu. Celle-ci en appelle de cette décision, pour le motif que le jugement de la Cour de l'Échiquier donne à la question de l'existence de la dette dont l'appelante serait redevable le caractère de chose jugée.

Arrêt: (les Juges Spence et Laskin étant dissidents): L'appel doit être rejeté.

Les Juges Martland, Judson et Dickson: Il y a une distinction entre le principe de l'autorité de la chose jugée applicable lorsqu'une demande est intentée pour la même cause d'action que celle qui a fait l'objet d'un jugement antérieur, et cette théorie de la fin de non-recevoir qu'on applique lorsqu'il arrive que la cause d'action est différente mais que des points ou questions de fait ont déjà été décidés. Les conditions de l'*issue estoppel* exigent (1) que la même question ait été décidée; (2) que la décision judiciaire invoquée comme créant la fin de non-recevoir soit finale; et, (3) que les parties dans la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes que les parties engagées dans l'affaire où la fin de non-recevoir est soulevée, ou leurs ayants droits. La décision sur laquelle on cherche à fonder la fin de non-recevoir doit avoir été si fondamentale à la décision rendue sur le fond même du litige que celle-ci ne peut valoir sans celle-là.

La question à être décidée en l'espèce, c'est l'existence d'une dette de M^{me} Angle envers Transworld alors que la question à être décidée dans l'affaire antérieure était celle du montant de la cotisation d'impôt de M^{me} Angle. La question n'étant pas *eadem questio*, il n'y a pas lieu d'appliquer le principe de l'*issue estoppel*.

La prétention suivant laquelle M^{me} Angle a une dette envers Transworld est fondée sur sa déclaration sous serment durant l'interrogatoire préalable dans l'affaire relative à l'impôt. Le bilan de Transworld au 31 janvier 1969 confirme son témoignage. Il n'est pas allégué qu'elle aurait par la suite payé sa dette envers la compagnie, et il n'y a pas de preuve qui le donne à penser.

Les Juges Spence et Laskin, dissidents: Autorisation a été accordée aux avocats représentant les parties de se référer aux motifs du jugement rendu dans l'affaire d'impôt et ils ont reconnu que la pavil-

the debt allegedly owing by appellant to Transworld. Further, the appellant and the Minister were parties both to the tax appeal and to the present proceedings, into which the appellant was drawn by the Minister through a writ of extent, albeit they had their origin in a tax claim against a third person. Because of the difference in the two proceedings, issue estoppel is what the appellant must stand on.

Issue estoppel, as a principle, has been recognized in Canadian law. The application of this principle is not in any way affected because it is directed against a Minister of the Crown. There is no reason to introduce any anomalies or exceptions to its general application if the facts call for it.

The Minister's contention that the pool house transaction can be both a benefit and a loan or debt at the same time ignores the basis upon which he sought and succeeded in his reassessment of the appellant, namely s. 8(1)(c). Any question of a loan, arising from the arrangements for a bank credit to Transworld which was ultimately repaid by a Transworld cheque (leaving Transworld and the appellant where they were before), was negated by the Exchequer Court as having been dependent upon a lease which was ineffective to support it. A device which failed as a defence to a reassessment, and so determined by a final judicial decision, cannot be later reactivated as between the same parties to provide a different basis upon which to attempt to capture the same sum twice.

[*Angle v. Minister of National Revenue*, [1969] C.T.C. 624; *Thoday v. Thoday*, [1964] P. 181; *Hoysted v. Federal Commissioner of Taxation* (1921), 29 C.L.R. 537, [1926] A.C. 155; *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853; *Duchess of Kingston's Case* (1776), 20 St. Tr. 355, 538n; *R. v. Hutchings* (1881), 6 Q.B.D. 300; *Society of Medical Officers of Health v. Hope*, [1960] A.C. 551; *Spens v. I.R.C.*, [1970] 3 All. E.R. 295; *Curlett v. Minister of National Revenue*, [1961] Ex. C.R. 427, aff. 62 D.T.C. 1320; *R. v. Poynton*, [1972] 3 O.R. 727; *Attorney General for Trinidad and Tobago v. Enriché*, [1893] A.C. 518, referred to.]

lon de bains qui avait constitué le «bénéfice» était aussi le fondement de la dette qu'on allègue être due par l'appelante à Transworld. De plus l'appelante et le Ministre se trouvent à avoir été parties tant à l'appel en matière d'impôt qu'aux procédures en l'espèce, dans lesquelles l'appelante a été plongée par le Ministre au moyen d'un bref de saisie «extent» bien qu'elles aient pris naissance dans une réclamation d'impôt contre une tierce personne. A cause de la différence qui existe entre les deux instances, c'est sur l'issue estoppel que l'appelante doit s'appuyer.

L'issue estoppel, en tant que principe est reconnu dans le droit canadien. L'application de ce principe n'est pas atteinte parce qu'il est invoqué à l'encontre d'un ministre de la Couronne. Il n'y a aucune raison d'introduire des anomalies ou des exceptions à son application générale si les faits permettent de l'invoquer.

La prétention du Ministre que la transaction relative au pavillon de bains peut être à la fois un bénéfice et un emprunt ou une dette en même temps ne tient pas compte du fondement sur lequel il a voulu et obtenu la nouvelle cotisation qu'il recherchait à l'égard de l'appelante, soit l'art. 8(1)c). Toute évocation d'un prêt, résultant des dispositions prises pour que la banque émette en faveur de Transworld un crédit qui en définitive a été remboursé par un chèque de Transworld (laissant Transworld et l'appelante dans la situation où elles étaient auparavant), a été repoussée par la Cour de l'Échiquier comme subordonnée à un bail qui ne pouvait efficacement lui servir de fondement. Un expédient qui a failli comme moyen de défense à l'encontre d'une nouvelle cotisation, et qui est donc réglé par une décision judiciaire finale ne peut être par la suite réactivé entre les mêmes parties de façon à fournir une base différente sur laquelle tenter de capturer la même somme une seconde fois.

[Arrêts mentionnés: *Angle v. Minister of National Revenue*, [1969] C.T.C.624; *Thoday v. Thoday*, [1964] P. 181; *Hoysted v. Federal Commissioner of Taxation* (1921), 29 C.L.R. 537, [1926] A.C. 155; *Carl Zeiss Stiftung c. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853; *Duchess of Kingston's Case* (1776), 20 St. Tr. 355, 538n; *R. v. Hutchings* (1881), 6 Q.B.D. 300; *Society of Medical Officers of Health v. Hope*, [1960] A.C. 551; *Spens v. I.R.C.*, [1970] 3 All. E.R. 295; *Curlett c. Le ministre du Revenu national*, [1961] R.C.É. 427, conf. 62 D.T.C. 1320; *R. c. Poynton*, [1972] 3 O.R. 727; *Attorney General for Trinidad and Tobago v. Enriché*, [1893] A.C. 518.]

APPEAL from a judgment of the Exchequer Court of Canada ordering that a writ of extent be issued. Appeal dismissed, Spence and Laskin JJ. dissenting.

C. C. Sturrock, for the appellant.

N. A. Chalmers, Q.C., and *G. O. Eggertson*, for the respondent.

The judgment of Martland, Judson and Dickson JJ. was delivered by

DICKSON J.—In early 1966 Mrs. Angle caused Transworld Explorations Limited, a company of which she was president and controlling shareholder, to construct at the expense of the company, an indoor swimming pool, sauna bath, mineral bath, barbecue, bar, fireplace, sitting room and office at the rear of property owned by her on Stevens Drive in West Vancouver, British Columbia. The then s. 8(1) (c) of the *Income Tax Act* provided that where a benefit or advantage was conferred on a shareholder by a corporation the amount or value would be included in computing the income of the shareholder and, acting under the section, the taxing authorities added to Mrs. Angle's income for the years 1966 and 1967 a total of \$52,243.58 for benefits from construction of the pool house and \$5,995.82 for furniture and fixtures. Mrs. Angle appealed the assessment. The appeal was heard by Sheppard D.J. in the Exchequer Court of Canada¹ and judgment was delivered on November 17, 1969. The judge defined what he referred to as the basic issues in these words:

That the pool house (i) was received by the appellant as lessor not as "shareholder" within Section 8(1)(c), (ii) was paid for by the appellant and therefore was not "a benefit or advantage" (iii) or in any event was a benefit received only on expiration of a lease, therefore not in 1966 or 1967 but in 1968.

The short facts and the manner in which the judge disposed of each of the issues follow:

¹ [1969] C.T.C. 624.

APPEL d'un jugement de la Cour de l'Échiquier du Canada ordonnant l'émission d'un bref de saisie «extent». Appel rejeté, les Juges Spence et Laskin étant dissidents.

C. C. Sturrock, pour l'appelante.

N. A. Chalmers, c.r., et *G. O. Eggertson*, pour l'intimé.

Le jugement des Juges Martland, Judson et Dickson a été rendu par

LE JUGE DICKSON—Au début de 1966, M^{me} Angle a fait en sorte que Transworld Explorations Limited, une compagnie dont elle était présidente et actionnaire contrôlant, construisait à l'arrière de la propriété que M^{me} Angle possédait sur Stevens Drive à West Vancouver, Colombie-Britannique, une piscine intérieure, sauna, bain d'eau thermale, barbecue, bar, foyer, vivoir et bureau. A cette époque-là l'al. c) du par. (1) de l'art. 8 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoyait que lorsqu'un bénéficiaire ou un avantage était attribué à un actionnaire par une corporation, le montant ou la valeur en l'espèce devait être inclus dans le calcul du revenu de l'actionnaire, et invoquant cet article les fonctionnaires du fisc ajoutèrent au revenu de M^{me} Angle des années 1966 et 1967 un total de \$52,243.58 pour bénéfices découlant de la construction du pavillon de bains, ainsi que \$5,995.82 pour mobilier et accessoires fixes. M^{me} Angle en appela de la cotisation. L'appel fut entendu par M. le Juge suppléant Sheppard en Cour de l'Échiquier du Canada¹ et jugement fut rendu le 17 novembre 1969. Le juge a défini comme suit ce qu'il a appelé les questions fondamentales:

Que le pavillon de bains (i) a été reçu par l'appelante en qualité de bailleur et non «d'actionnaire» au sens de l'article 8(1)(c), (ii) qu'il a été payé par l'appelante, et ne constituait donc pas «un bénéficiaire ou un avantage», (iii) et que de toute façon, il s'agissait d'un bénéficiaire reçu seulement à l'expiration du bail, soit en 1968 et non en 1966 et 1967.

Voici maintenant l'exposé sommaire des faits et la façon dont le juge a décidé chacune des questions:

¹ [1969] C.T.C. 824.

(i) On November 1, 1966, six months after the foundations of the pool house were built and after receiving advice that the value of the pool house might be added to her income, Mrs. Angle purported to lease to Transworld the whole of her lot on Stevens Drive for a term of five years at a rental of one dollar per year. A year later, on November 27, 1967, after the pool house had been constructed, a second lease was entered into whereby she purported to lease the property to Transworld for a term of one year at a rental of \$6,000 payable \$500 per month. The judge held that the pool house was not received by Mrs. Angle as lessor because it was let into the soil: that is, construction was begun before there was any lease; the leases did not operate to divest Mrs. Angle of the pool house vested in her as owner of the freehold and accordingly the benefit was not received by her as lessor but as owner.

(ii) The scheme by which it was sought to create the impression that Mrs. Angle had paid for the pool house took this form. Her husband arranged for the Toronto-Dominion Bank to loan her \$50,000 on December 27, 1967. The proceeds of the loan were deposited to the credit of Transworld but, as the money was assigned to the bank as security for the loan, it could not be withdrawn by Transworld until the loan was paid. In February 1968 Mr. Angle gave Mrs. Angle a cheque for \$50,000 drawn on the Transworld account and signed by him as agent for the company with which she repaid the bank loan. The judge rightly concluded that this trumpery did not amount to payment for the pool house.

(iii) The judge rejected Mrs. Angle's contention that no benefit would vest in her until the expiration of the lease, holding that the benefit vested not by virtue of an assignment or conveyance by the lessee, but by virtue of Mrs.

(i) Le 1^{er} novembre 1966, six mois après l'achèvement des fondations du pavillon de bains et après qu'on lui eut appris que la valeur du pavillon pourrait être ajoutée à son revenu, M^{me} Angle a censément loué à Transworld la totalité de son lot sur Stevens Drive, pour une période de cinq ans au loyer d'un dollar par an. Un an plus tard, le 27 novembre 1967, après que la construction de la piscine eut été terminée, un second bail est intervenu en vertu duquel la propriété était censément louée à Transworld par M^{me} Angle pour une période d'un an, en contrepartie d'un loyer de \$6,000 payable par versements mensuels de \$500. Le juge a décidé que M^{me} Angle n'avait pas reçu le pavillon de bains à titre de bailleur parce que le pavillon avait été loué incorporé au sol; c'est-à-dire, la construction avait débuté avant qu'il n'y ait de bail; les baux n'avaient pas eu pour effet de priver M^{me} Angle du pavillon de bains dévolu à elle en sa qualité de propriétaire de la tenure libre (*freehold*) du fonds et, par conséquent, c'est à titre de propriétaire et non de bailleur qu'elle avait reçu le bénéfice.

(ii) Le plan conçu pour donner l'impression que M^{me} Angle avait payé le pavillon de bains a été mis à exécution de la façon suivante. Le mari fit les arrangements nécessaires pour que la Banque Toronto-Dominion prête \$50,000 à M^{me} Angle le 27 décembre 1967. La somme provenant de cet emprunt fut déposée au crédit de Transworld mais, comme l'argent avait été cédé à la banque en garantie du prêt, Transworld ne pouvait pas le retirer avant que le prêt soit remboursé. Au mois de février 1968, M. Angle donna à M^{me} Angle un chèque de \$50,000 tiré sur le compte de Transworld et signé par lui à titre de représentant de la compagnie, et M^{me} Angle remboursa le prêt bancaire au moyen de ce chèque. Le juge a conclu à bon droit que cet artifice ne constituait pas un paiement du coût de la piscine.

(iii) Le juge a rejeté la présentation de M^{me} Angle selon laquelle aucun bénéfice ne devait être dévolu à cette dernière avant l'expiration du bail, décidant que le bénéfice lui avait été dévolu non pas du fait d'une cession ou trans-

Angle being the owner of the freehold on which the building was erected. In the result the judge dismissed the appeal and confirmed the assessment except as to furniture and fixtures.

Some time after the proceedings in the Exchequer Court, the Minister of National Revenue sought to collect arrears of taxes amounting to \$40,266.71 from a company, Kansas City Traders Ltd., and obtained a Writ of Extent ordering the sheriff of the County of Vancouver to extend and seize the assets of that company in the amount of the arrears. There being small prospect of collecting directly from Kansas City Traders, the Minister obtained *ex parte* an order for the issuance of a Writ of Extent in the Second Degree against Transworld in the amount of \$40,266.71, Transworld being indebted to Kansas City Traders; a Writ in the Third Degree against Mrs. Angle in the amount of \$34,612.33, on the allegation that Mrs. Angle was indebted to Transworld in this sum; a Writ of Extent in the Fourth Degree against Mr. and Mrs. Adolf Franz Bauer, purchasers in 1968 of the Stevens Drive property from Mrs. Angle; and a Writ of Extent in the Fifth Degree against the legal firm which acted for Mrs. Angle on the sale. A motion was brought before Sheppard D.J. to set aside the writs issued against Mrs. Angle, against Mr. and Mrs. Bauer and against the legal firm. As a result, the writs against Mr. and Mrs. Bauer and against the legal firm were set aside but the writ against Mrs. Angle allowed to stand. An appeal has now been taken to this Court on behalf of Mrs. Angle, the main ground being that the judgment of the Exchequer Court rendered the matter of Mrs. Angle's alleged indebtedness to Transworld *res judicata*.

In earlier times *res judicata* in its operation as *estoppel* was referred to as *estoppel by record*, that is to say, *estoppel by the written record of a court of record*, but now the generic term more frequently found is *estoppel per rem*

port par le locataire, mais du fait de sa qualité de propriétaire de la tenure libre du bien-fonds sur lequel le bâtiment avait été érigé. Le juge a rejeté l'appel et confirmé la cotisation sauf à l'égard des meubles et des accessoires fixes.

Quelque temps après les procédures en Cour de l'Échiquier, le ministre du Revenu national a tenté de percevoir d'une compagnie, Kansas City Traders Ltd., des arriérés de taxes s'élevant à \$40,266.71, et il a obtenu un bref de saisie «extent» ordonnant au shériff du comté de Vancouver d'évaluer et de saisir les biens de cette compagnie-là pour le montant des arriérés. La possibilité de percevoir le montant directement de Kansas City Traders s'avérant mince, le Ministre a obtenu *ex parte* une ordonnance prévoyant l'émission d'un bref de saisie «extent» au second degré contre Transworld pour le montant de \$40,266.71, Transworld étant débitrice de Kansas City Traders; un bref de troisième degré contre M^{me} Angle pour le montant de \$34,612.33, sur allégation que cette dernière était débitrice de Transworld pour cette somme; un bref de saisie «extent» au quatrième degré contre M. et M^{me} Adolf Franz Bauer, qui en 1968 avaient acheté de M^{me} Angle la propriété de Stevens Drive; et un bref de saisie «extent» au cinquième degré contre l'étude d'avocats qui avait représenté M^{me} Angle lors de la vente de la propriété. Devant le Juge suppléant Sheppard on présenta une requête en vue de faire annuler les brefs émis contre M^{me} Angle, contre M. et M^{me} Bauer et contre l'étude d'avocats. Les brefs émis contre M. et M^{me} Bauer et contre l'étude d'avocats furent annulés mais le bref émis contre M^{me} Angle fut maintenu en vigueur. Un appel est maintenant interjeté devant cette Cour au nom de M^{me} Angle, le motif principal étant que le jugement de la Cour de l'Échiquier donne à la question de l'existence d'une dette dont serait redevable M^{me} Angle envers Transworld, le caractère de chose jugée.

Anciennement, la chose jugée en tant que fin de non-recevoir (*estoppel*) était appelée *estoppel by record*, c'est-à-dire, une fin de non-recevoir de par l'effet des registres et procès-verbaux d'une cour d'archives, mais maintenant on

judicatam. This form of estoppel, as Diplock L.J. said in *Thoday v. Thoday*², at p. 198, has two species. The first, "cause of action estoppel", precludes a person from bringing an action against another when that same cause of action has been determined in earlier proceedings by a court of competent jurisdiction. We are not here concerned with cause of action estoppel as the Minister's present claim that Mrs. Angle is indebted to Transworld in the sum of \$34,612.33 is obviously not the cause of action which came before the Exchequer Court in the s. 8(1)(c) proceedings. The second species of estoppel *per rem judicatam* is known as "issue estoppel", a phrase coined by Higgins J. of the High Court of Australia in *Hoystead v. Federal Commissioner of Taxation*³, at p. 561:

I fully recognize the distinction between the doctrine of *res judicata* where another action is brought for the same cause of action as has been the subject of previous adjudication, and the doctrine of estoppel where, the cause of action being different, some point or issue of fact has already been decided (I may call it "issue-estoppel").

Lord Guest in *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*⁴, at p. 935, defined the requirements of issue estoppel as:

... (1) that the same question has been decided; (2) that the judicial decision which is said to create the estoppel was final; and, (3) that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their privies

Is the question to be decided in these proceedings, namely the indebtedness of Mrs. Angle to Transworld Explorations Limited, the same as was contested in the earlier proceedings? If it is

emploie le plus souvent l'expression générique *estoppel per rem judicatam*. Cette forme de fin de non-recevoir, comme le Lord Juge Diplock l'a dit dans l'arrêt *Thoday v. Thoday*², est de deux sortes. Le premier, soit le «*cause of action estoppel*», empêche une personne d'intenter une action contre une autre lorsque la même cause d'action a déjà été décidée dans des procédures antérieures par un tribunal compétent. En l'espèce, nous n'avons pas à nous préoccuper du *cause of action estoppel* puisque l'allégation du Ministre selon laquelle M^{me} Angle doit la somme de \$34,612.33 à Transworld, n'est évidemment pas la cause d'action dont la Cour de l'Échiquier a été saisie dans les procédures relatives à l'al. c) du par. (1) de l'art. 8. La deuxième sorte d'*estoppel per rem judicatam* est connue sous le nom d'*issue estoppel*, expression qui a été créée par le Juge Higgins de la Haute Cour d'Australie dans l'arrêt *Hoysted v. Federal Commissioner of Taxation*³, à la p. 561:

[TRADUCTION] Je reconnais pleinement la distinction entre le principe de l'autorité de la chose jugée applicable lorsqu'une demande est intentée pour la même cause d'action que celle qui a fait l'objet d'un jugement antérieur, et cette théorie de la fin de non-recevoir qu'on applique lorsqu'il arrive que la cause d'action est différente mais que des points ou questions de fait on déjà été décidés (laquelle je puis appeler théorie de l'*«issue-estoppel»*).

Lord Guest, dans l'arrêt *Carl Zeiss Stiftung c. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*⁴, à la p. 935, définit les conditions de l'*«issue estoppel»* comme exigeant:

[TRADUCTION] . . . (1) que la même question ait été décidée; (2) que la décision judiciaire invoquée comme créant la fin de non-recevoir soit finale; et, (3) que les parties dans la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes que les parties engagées dans l'affaire où la fin de non-recevoir est soulevée, ou leurs ayants droit . . .

Est-ce que la question à être décidée en l'espèce, c'est-à-dire l'existence d'une dette de M^{me} Angle envers Transworld Explorations Limited, est la même que celle que l'on a débattue dans

² [1964] P. 181.

³ (1921), 29 C.L.R. 537.

⁴ [1967] 1 A.C. 853.

² [1964] P. 181.

³ (1921), 29 C.L.R. 537.

⁴ [1967] 1 A.C. 853.

not, there is no estoppel. It will not suffice if the question arose collaterally or incidentally in the earlier proceedings or is one which must be inferred by argument from the judgment. That is plain from the words of De Grey C.J. in the *Duchess of Kingston's case*⁵, quoted by Lord Selborne L.J. in *R. v. Hutchings*⁶, at p. 304, and by Lord Radcliffe in *Society of Medical Officers of Health v. Hope*⁷. The question out of which the estoppel is said to arise must have been "fundamental to the decision arrived at" in the earlier proceedings: *per* Lord Shaw in *Hoystead v. Commissioner of Taxation*⁸. The authors of Spencer Bower and Turner, *Doctrine of Res Judicata*, 2nd ed. pp. 181, 182, quoted by Megarry J. in *Spens v. I.R.C.*⁹, at p. 301, set forth in these words the nature of the enquiry which must be made:

... whether the determination on which it is sought to found the estoppel is "so fundamental" to the substantive decision that the latter *cannot stand* without the former. Nothing less than this will do.

The claim in the present proceedings that Mrs. Angle is indebted to Transworld in the amount of \$34,612.33 is founded upon a sworn statement of Mrs. Angle, during her examination for discovery in the tax proceedings, that she owed Transworld a balance of \$34,000, being \$50,000 less a credit for shares transferred by her to Transworld. The Transworld balance sheet as at January 31, 1969 confirmed her evidence. It showed \$34,612.33 to be "Due from shareholder".

In my opinion the question to be decided in these proceedings is not the same question as was decided in the earlier proceedings. The primary question in the earlier proceedings was the amount of Mrs. Angle's income tax assessment

l'affaire antérieure? Si elle ne l'est pas, il n'y a pas de fin de non-recevoir. Il ne suffira pas que la question ait été soulevée de façon annexe ou incidente dans l'affaire antérieure ou qu'elle doive être inférée du jugement par raisonnement. Cela ressort clairement des termes employés par le Juge en chef De Grey dans l'arrêt *Duchess of Kingston's*⁵, cités par Lord Selborne dans *Reg. v. Hutchings*⁶, à la p. 304, et par Lord Radcliffe dans *Society of Medical Officers of Health v. Hope*⁷. La question qui est censée donner lieu à la fin de non-recevoir doit avoir été «fondamentale à la décision à laquelle on est arrivé» dans l'affaire antérieure: d'après Lord Shaw dans l'arrêt *Hoystead v. Commissioner of Taxation*⁸. Les auteurs de l'ouvrage Spencer Bower and Turner, *Doctrine of Res Judicata*, 2e éd. pp. 181, 182, cité par M. le Juge Megarry dans l'arrêt *Spens v. I.R.C.*⁹, à la p. 301, décrivent dans les termes suivants la nature de l'examen auquel on doit procéder:

[TRADUCTION] ... si la décision sur laquelle on cherche à fonder la fin de non-recevoir a été «si fondamentale» à la décision rendue sur le fond même du litige que celle-ci *ne peut valoir* sans celle-là. Rien de moins ne suffira.

La prétention en l'espèce suivant laquelle M^{me} Angle doit à Transworld la somme de \$34,612.33 est fondée sur une déclaration sous serment de M^{me} Angle, durant son interrogatoire préalable dans l'affaire relative à l'impôt, aux termes de laquelle elle devait à Transworld un solde de \$34,000, soit \$50,000 moins un crédit pour des actions qu'elle avait transférées à Transworld. Le bilan de Transworld au 31 janvier 1969 confirme son témoignage. Y figure un montant de \$34,612.33, avec l'inscription «Dû par un actionnaire».

A mon avis la question à être décidée en l'espèce n'est pas la même que celle qui a été décidée dans l'affaire antérieure. Dans l'affaire antérieure, la question principale était celle du montant de la cotisation d'impôt de M^{me} Angle,

⁵ (1776), 20 St. Tr. 355, 538n.

⁶ (1881), 6 Q.B.D. 300.

⁷ [1960] A.C. 551.

⁸ [1926] A.C. 155.

⁹ [1970] 3 All. E.R. 295.

⁵ (1776), 20 St. Tr. 355, 538n.

⁶ (1881), 6 Q.B.D. 300.

⁷ [1960] A.C. 551.

⁸ [1926] A.C. 155.

⁹ [1970] 3 All. E.R. 295.

and in order to determine that issue it was necessary to consider several subsidiary issues raised by Mrs. Angle in support of her appeal. I have quoted the judge's statement of those issues and in effect they were (i) that the pool house was received by her as a lessor and not as a shareholder or (ii) alternatively, that she had paid for the pool house through the \$50,000 bank loan. A submission that she was still indebted for the pool house would have been impossible to reconcile with her contention that the pool house had been paid for.

A finding of no liability by Mrs. Angle to Transworld was not legally indispensable to the judgment on the income tax appeal or a necessary finding to support that judgment. A tax assessment in respect of a benefit or advantage received is not inconsistent with an obligation to pay for the benefit or advantage where, for example, there is no apparent intention to honour the obligation. The decision that a taxable benefit has been received can stand in an appropriate case with an alleged obligation to pay for that benefit. See *Curlett v. Minister of National Revenue*¹⁰; and *R. v. Poynton*¹¹. In these proceedings the Minister is claiming from Mrs. Angle payment of indebtedness to Transworld. If Transworld or its shareholders were suing Mrs. Angle for recovery of corporate funds expended on the construction of the pool house, the s. 8(1)(c) proceedings in the Exchequer Court would afford her no defence. It is true that one of the leases contained a clause whereby Transworld purported to surrender to Mrs. Angle all its interest in the improvements for \$49,768.51 and when the lease was struck down this clause suffered a similar fate. But that was not, and was not tantamount to, a finding that Mrs. Angle was not indebted to Transworld. Transworld was not a party to the proceedings and the Exchequer Court did not have jurisdiction to make such a finding.

et pour décider cette question-là il était nécessaire d'examiner plusieurs questions subsidiaires qu'avait soulevées M^{me} Angle à l'appui de son appel. J'ai cité l'énoncé que le juge a fait de ces questions, qui étaient en somme (i) que le pavillon de bains avait été reçu à titre de bailleur et non d'actionnaire ou (ii), subsidiairement, qu'elle avait payé le pavillon au moyen d'un prêt bancaire de \$50,000. Une allégation suivant laquelle elle était encore endettée à l'égard du pavillon aurait été impossible à réconcilier avec sa prétention selon laquelle elle avait payé pour ce pavillon.

Il n'était pas juridiquement indispensable, pour rendre jugement sur l'appel concernant l'impôt, ni même nécessaire, pour étayer ce jugement, d'en arriver à la conclusion que M^{me} Angle n'était pas débitrice de Transworld. Une cotisation d'impôt à l'égard d'un bénéficiaire ou d'un avantage reçu n'est pas incompatible avec une obligation de payer pour ce bénéficiaire ou avantage lorsque, par exemple, il n'existe pas d'intention apparente d'honorer l'obligation. Une décision qu'un bénéficiaire imposable a été reçu peut, dans un cas approprié, coexister avec une obligation alléguée de payer pour ce bénéfice. Voir *Curlett c. Le ministre du Revenu national*¹⁰, arrêt confirmé par cette Cour; et *R. c. Poynton*¹¹. En l'espèce, le ministre réclame de M^{me} Angle qu'elle paie le montant de sa dette envers Transworld. Si Transworld ou ses actionnaires poursuivaient M^{me} Angle pour recouvrer le montant des fonds de la compagnie dépensés pour la construction du pavillon de bains, les procédures mues en Cour d'Échiquier relativement à l'al. c) du par. (1) de l'art. 8 ne pourraient donner de moyen de défense à M^{me} Angle. Il est vrai que l'un des baux incluait une clause par laquelle Transworld était censée céder à M^{me} Angle tous ses droits dans les améliorations pour la somme de \$49,768.51, et que lorsque le bail a été infirmé cette clause a connu le même sort. Mais cela n'était pas une conclusion que M^{me} Angle n'avait pas de dette envers Transworld, et n'était pas l'équivalent d'une telle con-

¹⁰ [1961] Ex. C.R. 427, affd. 62 D.T.C. 1320.

¹¹ [1972] 3 O.R. 727.

¹⁰ [1961] R.C.É 427, conf. 62 D.T.C. 1320.

¹¹ [1972] 3 O.R. 727.

As long ago as 1893, Lord Hobhouse said in the Privy Council in *Attorney General for Trinidad and Tobago v. Eriché*¹², at p. 522:

It is hardly necessary to refer at length to authorities for the elementary principle that in order to establish the plea of *res judicata* the judgment relied on must have been pronounced by a Court having concurrent or exclusive jurisdiction directly upon the point. In the *Duchess of Kingston's Case*, Sm. L.C. vol. ii. p. 642, which is constantly referred to for the law on this subject, it is laid down that in order to establish the plea of *res judicata* the Court whose judgment is invoked must have had jurisdiction and have given judgment directly upon the matter in question; but that if the matter came collaterally into question in the first Court, or were only incidentally cognizable by it, or merely to be inferred by argument from the judgment, the judgment is not conclusive.

The question not being *eadem questio*, I am of the opinion that this is not a case for application of the principle of issue estoppel.

Two collateral points were taken on behalf of Mrs. Angle. First, that there was no evidence upon the *ex parte* application for the issuance of the writs of extent as to how the alleged debt from Transworld to Kansas City Traders Ltd. arose or, if there was a debt, that it was payable. No objection was taken in the Court below to the writs of extent issued against Kansas City Traders Ltd. or against Transworld. Transworld has not challenged the writ against it, and it is not open to Mrs. Angle to do so at this time. Second, that even if Mrs. Angle was indebted to Transworld, there was no evidence she was indebted after January 31, 1969 and more particularly at the time of the application for the writs of extent, October 30, 1970. On discovery

clusion. Transworld n'était pas partie aux procédures et la Cour de l'Échiquier n'avait pas compétence pour en arriver à une conclusion semblable.

Dès 1893, Lord Hobhouse, dans une décision du Conseil Privé rendue dans l'affaire *Attorney General for Trinidad and Tobago v. Eriché*¹², disait, à la p. 522:

[TRADUCTION] Il n'est guère nécessaire de se reporter longuement aux précédents pour reconnaître ce principe élémentaire selon lequel, pour établir le moyen de chose jugée, le jugement sur lequel on se fonde doit avoir été rendu par un tribunal ayant compétence simultanée ou exclusive directement sur le point. Dans l'arrêt *Duchess of Kingston*, Sm. L.C. vol. ii. p. 642, auquel on se réfère constamment pour énoncer le droit à ce sujet, on pose le principe que pour établir le moyen de chose jugée le tribunal dont le jugement est invoqué doit avoir eu compétence et avoir rendu jugement directement sur la question en litige; mais si la question est venue en cause de façon annexe dans le premier tribunal, ou si celui-ci ne pouvait en connaître que de façon incidente, ou si on devait simplement l'inférer du jugement par raisonnement, le jugement n'est pas concluant.

La question n'étant pas *eadem questio*, je suis d'avis qu'en l'espèce il n'y a pas lieu d'appliquer le principe de l'*issue estoppel*.

Deux questions annexes ont été soulevées au nom de M^{me} Angle. Premièrement, on dit que lors de la demande *ex parte* pour la délivrance des brefs de saisie «extent» il n'y avait pas de preuve sur l'origine de la dette de Transworld envers Kansas City Traders Ltd., ou que si dette il y avait il n'y avait pas de preuve que la dette était échue. Devant les cours d'instance inférieure, on ne s'est aucunement opposé aux brefs de saisie «extent» émis contre Kansas City Traders Ltd. ou contre Transworld. Transworld n'a pas attaqué le bref de saisie «extent» émis contre elle et il n'appartient pas à M^{me} Angle de le faire à ce stade-ci. Deuxièmement, on dit, même si M^{me} Angle était débitrice de Transworld, il n'y avait aucune preuve selon laquelle

¹² [1893] A.C. 518.

¹² [1893] A.C. 518.

October 6, 1969 Mrs. Angle said she was indebted to Transworld. The books of account and records of Transworld were taken out of the country by Mrs. Angle and her husband on leaving Canada in 1968 to reside in Las Vegas, Nevada and Mrs. Angle has since refused to produce those books and records. It is not alleged and there is no evidence to suggest that since October 6, 1969 she paid Transworld the amount of her debt to that company. There is an affidavit of a Las Vegas chartered accountant stating that the decision of the Exchequer Court eliminated the character of the indebtedness of \$34,612.33 as a debt or loan, and a similar affidavit of a Vancouver solicitor, but as I have indicated, I am of the opinion that the decision of the Exchequer Court did not have any such effect.

I would accordingly dismiss the appeal with costs.

The judgment of Spence and Laskin JJ. was delivered by

LASKIN J. (*dissenting*)—This appeal concerns the propriety of a writ of extent in the third degree issued against the appellant at the instance of the respondent Minister. On the motion to set aside the writ, the sufficiency of the material upon which the *ex parte* application for the writ was made was challenged. Beyond that, it was contended that the basic foundation for the writ, an alleged debt owing to the second degree debtor who in turn was indebted to the first degree debtor from whom the Minister claimed unpaid income taxes, could not be asserted by the Minister because of the preclusive effect of *res judicata*. I am of the opinion that the more appropriate preclusive principle in this case is issue estoppel and that the appellant is entitled to succeed on that ground. I find it unnecessary therefore to deal with the alleged

elle l'était encore après le 31 janvier 1969, et plus particulièrement lors de la demande d'émission de brefs de saisie «extent» faite le 30 octobre 1970. Lors de son interrogatoire préalable, le 6 octobre 1969, M^{me} Angle a déclaré avoir une dette envers Transworld. Les livres de comptes, dossiers et registres de Transworld ont été transportés hors du pays par M^{me} Angle et son époux lorsqu'ils ont, en 1968, laissé le Canada pour aller demeurer à Las Vegas, Nevada, et M^{me} Angle a depuis refusé de produire ces livres, dossiers et registres. Il n'est pas allégué qu'elle aurait, depuis le 6 octobre 1969, payé à Transworld le montant de sa dette envers la compagnie, et il n'y a pas de preuve qui le donne à penser. Il existe une déclaration écrite faite sous serment par un comptable agréé de Las Vegas qui affirme que le jugement de la Cour de l'Échiquier a supprimé le caractère de dette ou d'emprunt de l'obligation afférente au montant de \$34,612.33, de même qu'une déclaration écrite similaire faite sous serment par un avocat de Vancouver, mais comme je l'ai mentionné je suis d'avis que le jugement de la Cour de l'Échiquier n'a pas eu d'effet semblable.

Je suis d'avis, par conséquent, de rejeter l'appel avec dépens.

Le jugement des Juges Spence et Laskin a été rendu par

LE JUGE LASKIN (*dissent*)—Cet appel concerne le droit d'émettre un bref de saisie «extent» de troisième degré délivré contre l'appelante à la demande du Ministre intimé. Lors de la requête en annulation du bref, on a contesté la suffisance des documents sur lesquels la demande faite *ex parte* pour l'émission du bref avait été faite. En plus, on a prétendu que le fondement de base pour l'émission du bref, soit un montant allégué être dû au débiteur du deuxième degré qui lui-même était débiteur du débiteur du premier degré de qui le Ministre réclamait le paiement d'impôts impayés, ne pouvait pas être invoqué par le Ministre, vu l'empêchement découlant de la chose jugée. Je suis d'avis que le principe qui peut le mieux justifier un empêchement en l'espèce est celui de l'*issue estoppel* (fin de non-recevoir à la remise en

deficiency of supporting material for the issue of the writ of extent against the appellant.

On October 3, 1968, a writ of extent was issued against Kansas City Traders Ltd. for the recovery out of its assets of \$103,395.03 for unpaid taxes. By October, 1970, the amount of its indebtedness had been reduced to \$40,266.71. On October 30, 1970, a successful application was made by the Minister for the issue of writs of extent in the second, third, fourth and fifth degrees against, respectively, Transworld Exploration Ltd., in the amount of \$40,266.71 as being indebted to Kansas City in the amount of \$44,707.70; the appellant, in the amount of \$34,612.33, as being the amount of a debt owing by her to Transworld; and a firm of lawyers who acted for the appellant and were assignees of an agreement of sale of her house and the purchasers of the house under the agreement for sale, also in the amount of \$34,612.33. On motion to set aside the writs of extent in the third, fourth and fifth degrees, the motion succeeded as to the firm of lawyers and as to the purchasers of the house, but was dismissed as to the appellant.

The *ex parte* application for the writs of extent herein and the motion to set them aside were heard by Deputy Judge F. A. Sheppard of the Exchequer Court. He had also presided at the appeal of the appellant herein against a tax assessment which involved adding to her taxable income for the years 1966 and 1967 the value of a "benefit", being a pool house constructed at the rear of her residence by Transworld. At that time the appellant was the principal shareholder and president of Transworld; and, despite her central contention that she was indebted to Transworld for the cost of the pool house, she was unable to persuade Sheppard J. that the Minister was wrong in assessing her for it as a benefit under the then s. 8(1)(c) of the

cause d'une question déjà décidée), et que sur ce moyen l'appelante a le droit d'avoir gain de cause. Je considère qu'il ne m'est donc pas nécessaire de traiter de l'insuffisance alléguée des documents justificatifs fournis en vue de l'émission du bref de saisie «extent» contre l'appelante.

Le 3 octobre 1968, un bref de saisie «extent» a été délivré contre Kansas City Traders Ltd. afin de percevoir sur ses biens la somme de \$103,395.93 pour des impôts impayés. En octobre 1970, le montant de sa dette était tombé à \$40,266.71. Le 30 octobre 1970, le Ministre a obtenu la délivrance de brefs de saisie «extent» aux deuxième, troisième, quatrième et cinquième degrés contre, respectivement, Transworld Exploration Ltd., au montant de \$40,266.71, en tant que débitrice envers Kansas City de la somme de \$44,707.70; l'appelante, au montant de \$34,612.33, censé être le montant d'une dette de celle-ci envers Transworld; et une étude d'avocats autrefois mandataire de l'appelante et devenue cessionnaire du contrat de vente de sa maison ainsi que les acheteurs de la maison en vertu de ce contrat, également au montant de \$34,612.33. Une requête en annulation des brefs de saisie «extent» aux troisième, quatrième et cinquième degrés a été accueillie à l'égard de l'étude d'avocats et des acheteurs de la maison mais elle a été rejetée à l'égard de l'appelante.

La demande *ex parte* en vue de l'émission de ces brefs de saisie «extent» et la requête visant à les faire annuler ont été entendues par M. le Juge suppléant Sheppard de la Cour de l'Échiquier. Il avait aussi présidé l'audition d'un appel de l'appelante à l'encontre d'une cotisation d'impôt ajoutant au revenu imposable de l'appelante, pour les années 1966 et 1967, la valeur d'un «bénéfice», soit un pavillon de bains construit à l'arrière de sa résidence par Transworld. A cette époque-là, l'appelante était le principal actionnaire et la présidente de Transworld; et, en dépit de sa prétention principale selon laquelle elle était débitrice de Transworld pour le coût du pavillon de bains, elle n'avait pu convaincre M. le Juge Sheppard que le Ministre avait eu tort de

Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, as amended. Judgment against the appellant was given in reasons delivered on November 17, 1969, long before the application for a writ of extent against her: see *Angle v. Minister of National Revenue*¹³. It is under this judgment that issue estoppel arises.

On the motion to set aside the writs of extent, Sheppard J. refused to consider his reasons for judgment in the appellant's tax appeal, speaking on this point as follows:

There was no proof of the reasons for judgment nor that the alleged benefit or advantage within the reasons was the alleged indebtedness of Mrs. Angle to Transworld. For Mrs. Angle, it was contended that as the same judge was hearing the motion who had determined the judgment . . . therefore judicial notice could be taken of the judgment. The judgment is not a fact of which judicial notice may be taken.

There are occasions when insistence on excessive technicality (especially when the Crown or a Minister of the Crown in his official capacity is involved) gives credence to Mr. Bumble's well-known remonstrance in Dickens' "*Oliver Twist*." In this Court, leave was given to refer to the reasons in the tax judgment and, that done, counsel for the appellant and for the Minister agreed to the obvious, namely, that the pool house which gave rise to the "benefit" was also the foundation of the debt allegedly owing by the appellant to Transworld. I turn, therefore, to consider what was determined in the tax appeal and why it gives rise to issue estoppel in the present proceeding.

In adding \$51,482.26 to the appellant's income for 1966 and another \$4,912.94 for

¹³ [1969] C.T.C. 624.

l'inclure comme bénéfice dans le calcul de son impôt en vertu de ce qui était alors l'al. c) du par. (1) de l'art. 8 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148, modifiée. Le jugement rendu contre l'appelante l'a été dans des motifs déposés le 17 novembre 1969, longtemps avant la demande faite en vue de l'émission d'un bref de saisie «extent» contre elle: voir *Angle v. Minister of National Revenue*¹³. C'est de ce jugement que découle l'issue estoppel.

Lors de la requête en annulation des brefs de saisie "extent", M. le Juge Sheppard a refusé de considérer les motifs du jugement qu'il avait rendu dans l'appel que l'appelante avait interjeté contre le fisc, et il s'est exprimé sur ce point de la façon suivante:

La preuve des motifs du jugement n'a pas été faite et il n'a pas été prouvé que le bénéfice ou l'avantage prétendu visé par ces motifs constitue la dette préten due de M^{me} Angle envers la Transworld. Au nom de M^{me} Angle, on a soutenu que le juge saisi de la requête étant celui-là même qui avait rendu le jugement. . . il s'ensuivait que connaissance judiciaire pouvait être prise de son jugement. Le jugement n'est pas un fait dont il peut être pris connaissance judiciaire.

Il est des occasions où l'insistance sur des exigences exagérées de procédure (particulièrement lorsque la Couronne ou un ministre de la Couronne en sa qualité officielle est concerné) fait ajouter foi à la remonstrance bien connue de M. Bumble dans l'*Oliver Twist* de Dicken's. En cette Cour, autorisation a été accordée aux avocats de se référer aux motifs du jugement rendu dans l'affaire d'impôt et, cela ayant été fait, les avocats représentant l'appelante et le Ministre ont convenu de reconnaître ce qui était évident, soit, que le pavillon de bains qui avait constitué le «bénéfice» était aussi le fondement de la dette qu'on allègue être due par l'appelante à Transworld. Par conséquent, je passe à ce qui a été décidé dans l'appel interjeté en matière d'impôt et à la raison pour laquelle cela donne ouverture à l'issue estoppel en l'espèce.

En ajoutant \$51,482.26 au revenu de l'appelante pour l'année 1966 et un autre montant de

¹³ [1969] C.T.C. 624.

1967, as benefits from the construction of the pool house by Transworld, the Minister invoked s. 8(1)(c). His position was upheld by Sheppard J., save for the deduction of \$4,151.62 from the additional reassessment for 1966, representing the value of some furniture and fixtures. It is desirable to set out s. 8(1) and (2) in whole, and those provisions are as follows:

8. (1) Where, in a taxation year,

(a) a payment has been made by a corporation to a shareholder otherwise than pursuant to a bona fide business transaction,

(b) funds or property of a corporation having been appropriated in any manner whatsoever to, or for the benefit of, a shareholder, or

(c) a benefit or advantage has been conferred on a shareholder by a corporation, otherwise than

(i) on the reduction of capital, the redemption of shares or the winding-up, discontinuance or reorganization of its business,

(ii) by payment of a stock dividend, or

(iii) by conferring on all holders of common shares in the capital of the corporation a right to buy additional common shares therein

the amount or value thereof shall be included in computing the income of the shareholder for the year.

8. (2) Where a corporation has, in a taxation year, made a loan to a shareholder, the amount thereof shall be deemed to have been received by the shareholder as a dividend in the year unless

(a) the loan was made

(i) in the ordinary course of its business and the lending of money was part of its ordinary business,

(ii) to an officer or servant of the corporation to enable or assist him to purchase or erect a dwelling house for his own occupation,

(iii) to an officer or servant of the corporation to enable or assist him to purchase from the corporation fully paid shares of the corporation to be held by him for his own benefit, or

\$4,912.94 pour 1967, à titre de bénéfices résultant de la construction du pavillon de bains par Transworld, le Ministre s'était fondé sur l'al. c) du par. (1) de l'art. 8. Sa position fut maintenue par M. le Juge Sheppard, sauf pour le retranchement d'une somme de \$4,151.62 de la nouvelle cotisation supplémentaire afférente à l'année 1966, représentant la valeur de certains meubles et accessoires fixes. Il convient de reproduire les par. (1) et (2) de l'art. 8 au complet, ces dispositions se lisant comme suit:

8. (1) Lorsque, dans une année d'imposition,

a) un paiement a été fait par une corporation à un actionnaire autrement qu'en vertu d'une opération commerciale authentique,

b) des fonds ou biens d'une corporation ont été affectés de quelque manière que ce soit à un actionnaire ou à son avantage, ou

c) un bénéfice ou un avantage a été attribué à un actionnaire par une corporation, autrement

(i) Qu'à l'occasion de la réduction de capital, du rachat d'actions, ou de la liquidation, cessation ou réorganisation de son entreprise,

(ii) qu'en payant un dividende sous forme d'actions, ou

(iii) qu'en conférant à tous les détenteurs d'actions ordinaires du capital de la corporation un droit d'y acheter des actions ordinaires additionnelles,

le montant ou valeur en l'espèce est inclus dans le calcul du revenu de l'actionnaire pour l'année.

8. (2) Lorsque, dans une année d'imposition, une corporation a consenti un prêt à un actionnaire, le montant de ce prêt est censé avoir été reçu par l'actionnaire à titre de dividende au cours de l'année, à moins que

a) le prêt n'ait été consenti

(i) dans le cours ordinaire de ses affaires et que les affaires ordinaires ne comprennent le prêt d'argent,

(ii) à un fonctionnaire ou préposé de la corporation pour lui permettre ou lui faciliter l'achat ou la construction d'une maison d'habitation qu'il occupera lui-même,

(iii) à un fonctionnaire ou préposé de la corporation pour lui permettre ou lui faciliter l'achat, de la corporation, d'actions libérées de celle-ci qu'il détiendra pour son propre bénéfice, ou

(iv) to an officer or servant of the corporation to enable or assist him to purchase an automobile to be used by him in the performance of the duties of his office or employment,

and bona fide arrangements were made at the time the loan was made for repayment thereof within a reasonable time, or

(b) the loan was repaid within one year from the end of the taxation year of the corporation in which it was made and it is established, by subsequent events or otherwise, that the repayment was not made as part of a series of loans and repayments.

Appellant contested the reassessment of her income on the ground that she did not obtain the pool house as a shareholder but as a lessor, that she was genuinely indebted to Transworld for it and that if there was any benefit it was received at the expiry of an alleged lease in 1968. None of these contentions was made out, and appellant's counsel said in this Court that it could be taken that Mrs. Angle did not expect to have to pay for the pool house. Although her attempted evasion of tax liability through a leasing scheme was exposed as a sham this does not make her contention in the present proceeding unsupported. It is the Minister and not Mrs. Angle who is taking an inconsistent position in the light of what was decided in the tax appeal.

The appellant and the Minister were parties both to the tax appeal and to the present proceedings, into which the appellant was drawn by the Minister through a writ of extent, albeit they had their origin in a tax claim against a third person. Because of the difference in the two proceedings, it is not *res judicata* in its cause of action sense upon which the appellant can rely. Issue estoppel is what she must stand on and, as a principle, it is nothing new either in this Court or in the Courts of sister jurisdictions like the United Kingdom, Australia and the United States: see *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner and*

(iv) à un fonctionnaire ou préposé de la corporation pour lui permettre ou lui faciliter l'achat d'une automobile dont il se servira dans l'accomplissement des fonctions de sa charge ou de son emploi,

et que des arrangements de bonne foi n'aient été conclus, lorsque le prêt a été consenti en vue de son remboursement dans un délai raisonnable, ou

b) le prêt n'ait été remboursé dans l'année à compter de la fin de l'année d'imposition de la corporation au cours de laquelle il avait été consenti et qu'il ne soit établi par les événements subséquents ou d'autre façon que le remboursement n'a pas été fait comme partie d'une série de prêts et de remboursements.

L'appelante avait contesté la nouvelle cotisation de son impôt pour le motif qu'elle n'avait pas obtenu le pavillon de bains à titre d'actionnaire, mais à titre de bailleur, qu'elle était réellement débitrice envers Transworld pour le coût de ce pavillon et que s'il y avait eu quelque bénéfice, celui-ci avait été reçu à l'expiration d'un bail en 1968. Aucune de ces prétentions ne fut prouvée comme fondée et l'avocat de l'appelante nous dit qu'on peut prendre pour acquis que M^{me} Angle ne s'attend pas à devoir payer pour le pavillon de bains. Même si sa tentative d'évasion fiscale au moyen d'un plan de location fut exposée au grand jour comme étant une simulation, cela ne rend pas sans fondement la prétention qu'elle avance en l'espèce présente. C'est le Ministre et non M^{me} Angle qui adopte une position incompatible à la lumière de ce qui a été décidé dans l'appel interjeté en matière d'impôt.

L'appelante et le Ministre se trouvent à avoir été parties tant à l'appel en matière d'impôt qu'aux procédures en l'espèce, dans lesquelles l'appelante a été plongée par le Ministre au moyen d'un bref de saisie «extent», bien qu'elles aient pris naissance dans une réclamation d'impôt contre une tierce personne. A cause de la différence qui existe entre les deux instances, ce n'est pas la chose jugée dans le sens d'une identité de causes d'action (*cause of action sense*) que l'appelante peut invoquer ici. C'est sur l'*issue estoppel* qu'elle doit s'appuyer et, en tant que principe, celui-ci n'est quelque chose

*Keeler Ltd. (No. 2)*¹⁴; *Thoday v. Thoday*¹⁵; *Blair v. Curran*¹⁶; Note, *Collateral Estoppel by Judgment*, (1952), 52 Col. L. Rev. 647.

There is no mystery as to what was decided in the tax appeal, *Angle v. Minister of National Revenue*, *supra*. An alleged lease to Transworld of the appellant's residential property (including the pool house) and an associated loan arrangement relating to a release by Transworld of its interest in the pool house for the sum of approximately \$50,000 were both held to be ineffective. The associated loan was a circular arrangement which resulted in Transworld paying off the loan to itself; and for good measure Sheppard J. held that there could be no obligation of the appellant to pay the \$50,000 because it was conditional upon the surrender by Transworld of its rights in the pool house and it had none because title had already vested in the appellant as owner of the freehold. Thus, it was that the value of the pool house was taxable as a "benefit" under s. 8(1)(c).

On what basis then does the Minister contend that there is a debt owing to Transworld by the appellant for the pool house in the sum of \$34,612.33? This sum represents the balance after a credit of \$15,000 allowed against the total cost as being the value of certain shares in another company transferred by the appellant to Transworld. However, the appellant, in the same tax appeal in which the value of the pool house was assessed against her as a benefit, was also charged with a profit of \$12,750 on the transfer of the shares. Transworld's balance sheet as of January 31, 1969 shows \$34,612.33 as due from the appellant, with a note that "[it]

de nouveau ni en cette Cour ni dans les cours de ressorts apparentés avec le nôtre comme le Royaume Uni, l'Australie et les États-Unis: voir *Carl-Zeiss Stiftung v. Rayner and Keeler Ltd. (no. 2)*¹⁴; *Thoday v. Thoday*¹⁵, à la p. 197; *Blair v. Curran*¹⁶; Note, *Collateral Estoppel by Judgment*, (1952), 52 Col. L. Rev. 647.

Ce qui a été décidé dans l'appel en matière d'impôt, *Angle c. Ministre du Revenu national*, précité, n'est pas un mystère. Un bail qu'on aurait consenti à Transworld sur la propriété résidentielle de l'appelante (pavillon de bains compris) et, à cet égard, un prêt relatif à un abandon par Transworld de ses droits dans le pavillon contre une somme d'environ \$50,000, ont tous deux été déclarés inefficaces. Le prêt relié à la location était une opération en circuit fermé dont le résultat était que Transworld remboursait le prêt à elle-même; et par souci d'abondance M. le Juge Sheppard a statué qu'il ne pouvait y avoir d'obligation de l'appelante de payer les 50,000 dollars s'étant donné que cette obligation était subordonnée à la cession par Transworld de ses droits dans le pavillon et que Transworld n'en avait pas parce que le droit de propriété afférent au pavillon se trouvait déjà dévolu à l'appelante en sa qualité de propriétaire de la tenure libre. Ainsi, la valeur du pavillon de bains a été déclarée imposable à titre de «bénéfice» en vertu de l'al. c) du par. (1) de l'art. 8.

Sur quoi le Ministre se fonde-t-il alors pour prétendre qu'une dette de \$34,612.33 est due par l'appelante à Transworld pour le pavillon de bains? Cette somme représente le solde du coût total après déduction d'un crédit de \$15,000 autorisé comme valeur d'un certain nombre d'actions d'une autre compagnie, transférées par l'appelante à Transworld. Cependant, l'appelante, qui dans l'appel en matière d'impôt s'est vue cotisée comme bénéficiaire pour la valeur du pavillon de bains, s'est aussi dans la même instance vue cotisée pour un profit de \$12,750 sur le transfert de ces actions. Le bilan de Transworld au 31 janvier 1969 indique qu'un

¹⁴ [1967] 1 A.C. 853.

¹⁵ [1964] P. 181.

¹⁶ (1939), 62 C.L.R. 464.

¹⁴ [1967] 1 A.C. 853.

¹⁵ [1964] P. 181.

¹⁶ (1939), 62. C.L.R. 464.

represents a forced debit balance by the Vancouver District Taxation Office, by it escrowing cash on sale of [appellant's] house . . .". Notwithstanding Sheppard J.'s characterization of the value of the pool house on the tax appeal as a s. 8(1)(c) benefit, the Minister now says that he can still urge the \$34,612.33 to be a debt because (1) the appellant admitted it to be a debt on her examination for discovery in the tax appeal proceedings; and (2) it is still owing as between Transworld and the appellant; and (3), in any event the value of the pool house can be at the same time both a benefit and a debt or a loan.

Appellant's assertion on her examination for discovery that the cost of construction of the pool house was a debt owing by her to Transworld was part of her case against the Minister's reassessment which was based by him on s. 8(1)(c). Sheppard J. rejected this construction of the pool house transaction and affirmed the Minister's position. For the Minister now to insist on the existence and validity of the debt, as if the assertion on discovery was a disembodied proposition, is unacceptable reprobation and approbation. Nor is his position any better in alleging that there is an outstanding debt as between the appellant and Transworld and that he is entitled to act on that fact in the writ of extent proceedings despite the determination made by Sheppard J. in the tax appeal. I propose to deal with this contention in the light of the authorities and of principle in respect of issue estoppel.

The Minister's position in law is founded on *res judicata* in its traditional cause of action sense. In tax matters, this was a position which rejected *res judicata* as an answer to tax liability

montant de \$34,612.33 est dû par l'appelante, et il s'y trouve une note que [TRADUCTION] «[ceci] représente un solde débiteur forcé de la part du bureau de district de l'impôt de Vancouver, qui a entiercé le comptant provenant de la vente de la maison [de l'appelante] . . .». Malgré que M. le Juge Sheppard ait considéré que la valeur du pavillon de bains dans l'appel en matière d'impôt était un bénéfice selon l'al. c) du par. (1) de l'art. 8, le Ministre dit maintenant qu'il peut toujours prétendre que la somme de \$34,612.33 est une dette parce que (1) l'appelante a reconnu qu'il s'agissait d'une dette lors de son interrogatoire préalable dans l'appel en matière d'impôt; et (2) que la somme est toujours due pour ce qui concerne l'appelante et Transworld; et (3) que, de toute façon, la valeur du pavillon de bains peut être en même temps un bénéfice et une dette ou un emprunt.

L'assertion de l'appelante lors de son interrogatoire préalable, selon laquelle le coût de construction du pavillon de bains était une dette due par elle à Transworld, était un élément de la cause qu'elle soutenait contre la nouvelle cotisation du Ministre fondée sur l'al. c) du par. (1) de l'art. 8. M. le Juge Sheppard a rejeté cette interprétation de l'opération relative au pavillon et il a confirmé la position soutenue par le Ministre. Le fait, pour le Ministre, d'insister maintenant sur l'existence et la validité de la dette, comme si l'assertion faite lors de l'interrogatoire au préalable était une affirmation désincarnée, constitue une réprobation et une approbation inacceptables. Sa position n'est pas plus défendable lorsqu'il allègue qu'il existe une dette échue pour ce qui concerne l'appelante et Transworld et qu'il a le droit de se fonder sur ce fait-là pour obtenir délivrance du bref de saisie «extent» nonobstant la décision rendue par M. le Juge Sheppard dans l'appel interjeté en matière d'impôt. J'entends traiter de cette prétention à la lumière des précédents et des principes relatifs à l'issue estoppel.

La position du Ministre en droit est fondée sur la chose jugée dans son sens traditionnel d'identité de causes d'action. En matière fiscale, il s'agit d'une position qui a rejeté le moyen de

for a particular year although the taxpayer had successfully challenged liability on the same ground in a previous year: see *Caffoor v. Income Tax Commissioner*¹⁷. Long before this case, the High Court of Australia had recognized that there may be issue estoppel where *res judicata* in its cause of action or subject matter sense would not be open: see *Hoysted (or Hoystead) v. Commissioner of Taxation*¹⁸. Both the majority and dissenting opinions appreciated the distinction, and the reversal of the majority judgment by the Privy Council did not disavow it: see [1926] A.C. 155. Indeed, the Judicial Committee expressly approved the dissenting reasons of Higgins J. who had held that the tax commissioners were estopped by reason of a previous judgment of the High Court of Australia between the same parties relating to an earlier assessment, a judgment which, the Privy Council said (at p. 171) "was not merely incidental or collateral to the question [in issue, but] was fundamental to it". However, the Privy Council, at about the same time, but constituted differently as to the entire Board, took the *res judicata* subject matter approach in *Broken Hill Proprietary Co. Ltd. v. Broken Hill Municipal Council*¹⁹; and it was this case, and a later one in the House of Lords, *Society of Medical Officers of Health v. Hope*²⁰, that the Privy Council followed in *Caffoor*.

It acknowledged that the *Hoystead* case was not consistent with the authorities relied on in *Caffoor* and explained it as not having been argued on the principle of the *Broken Hill* case, namely, that the determination of an assessment for one year could not set up an estoppel upon an assessment for another year. Rather, said

chose jugée comme moyen de défense à l'encontre d'une cotisation fiscale pour une année particulière bien que le contribuable eût contesté la cotisation d'une année précédente avec succès en se fondant sur des raisons identiques: voir *Caffoor v. Income Tax Commissioner*¹⁷. Longtemps avant cet arrêt, la Haute Cour d'Australie avait reconnu qu'il peut y avoir *issue estoppel* lorsqu'il n'y a pas ouverture à la chose jugée dans son sens d'identité de causes d'action ou d'objets: voir *Hoysted (ou Hoystead) v. Commissioner of Taxation*¹⁸. Les opinions majoritaire et dissidente avaient toutes deux reconnu la distinction, et le Conseil privé, en infirmant le jugement de la majorité, ne l'a pas désavouée: voir [1926] A.C. 155. En effet, le Comité judiciaire a expressément approuvé les motifs dissidents du Juge Higgins qui avait décidé que les commissaires à la taxation étaient non recevables en raison d'un jugement antérieur de la Haute Cour d'Australie entre les mêmes parties relatif à une cotisation antérieure, un jugement qui, selon le Conseil privé (à la p. 171) [TRADUCTION] «n'était pas simplement incident ou annexe à la question en litige, mais lui était fondamental.» Cependant, le Conseil privé, vers la même époque, mais constitué différemment quant au Comité dans son ensemble, a adopté l'approche de la chose jugée dans son sens d'identité d'objets dans l'arrêt *Broken Hill Proprietary Co. Ltd. v. Broken Hill Municipal Council*¹⁹; et c'est cette décision, et une décision subséquente de la Chambre des Lords, *Society of Medical Officers of Health v. Hope*²⁰, que le Conseil privé a suivie dans l'arrêt *Caffoor*.

Il a reconnu que l'arrêt *Hoystead* n'était pas conforme aux précédents retenus dans *Caffoor* et il a donné comme explication qu'on n'avait pas plaidé l'affaire *Hoystead* sur le principe de l'arrêt *Broken Hill*, à savoir, que la décision rendue à l'égard d'une cotisation pour une année quelconque ne peut pas constituer une fin de

¹⁷ [1961] A.C. 584.

¹⁸ (1921), 29 C.L.R. 537.

¹⁹ [1926] A.C. 94.

²⁰ [1960] A.C. 551.

¹⁷ [1961] A.C. 584.

¹⁸ (1921), 29 C.L.R. 537.

¹⁹ [1926] A.C. 94.

²⁰ [1960] A.C. 551.

Lord Radcliffe, referring in *Caffoor* at p. 601, to the *Hoystead* case:

...the attention of the Board was wholly occupied with a discussion of what is quite a different issue in connection with estoppel, whether there can in law be estoppel *per rem judicatam* in respect of an issue of law which, though fundamental to the issue, has been conceded and not argued in an earlier proceeding.

Assuming, as is indicated in *Caffoor*, that the principles applied in the tax assessment cases "form a somewhat anomalous branch of the general law of estoppel *per rem judicatam* and are not easily derived from or transferred to other branches of litigation in which such estoppels have to be considered" (see [1961] A.C. at pp. 599-600), the present case does not involve successive tax assessments against the appellant and hence cannot rest on the indicated anomaly. Moreover, so far as English cases are concerned, it seems to me that what was said on issue estoppel in *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner and Keeler Ltd.* (No. 2)²¹, makes it unlikely that any anomalous rule, such as that upon which *Caffoor* appeared to be based, retains any survival value. At any rate, I would reject the introduction of such an anomaly into the law of Canada.

I cannot fail to note that none of the Law Lords in the *Carl Zeiss* case examined either *Caffoor* or *Broken Hill*, and only Lord Reid mentioned *Hoystead* and then only on the question whether issue estoppel applies equally to a point of assumption or admission as to a point fully litigated. In the present case, there was full litigation, to finality, of the issue and characterization of the value of the pool house, and hence the doubtful point in issue estoppel arising from what was said in the *Hoystead* case does not arise here.

non-recevoir à l'encontre d'une cotisation pour une autre année. Plutôt, selon Lord Radcliffe, qui, à la p. 601 de l'arrêt *Caffoor*, se référerait à l'affaire *Hoystead*:

[TRADUCTION] ... l'attention du Comité s'était portée entièrement sur l'examen de ce qui est une question bien différente relativement à la fin de non-recevoir (*estoppel*), celle de savoir si en droit il peut y avoir *estoppel per rem judicatam* quant à une question de droit qui, bien que fondamentale à la question en litige, a été concédée et non débattue dans une procédure antérieure.

Supposant, tel qu'indiqué dans *Caffoor*, que les principes appliqués aux affaires de cotisation d'impôt [TRADUCTION] «constituent un secteur quelque peu anormal du droit général relatif à l'*estoppel per rem judicatam*, et ne peuvent facilement tirer origine des autres secteurs du contentieux dans lesquels on doit tenir compte de semblables *estoppels*, ou y être transposés» (voir [1961] A.C. aux pp. 599-600), l'espèce présente ne met pas en cause des cotisations d'impôt successives contre l'appelante et par conséquent ne peut reposer sur l'anomalie dont il est question. De plus, dans la mesure où la jurisprudence anglaise est concernée, il me semble que ce qui a été dit sur l'*issue estoppel* dans l'arrêt *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner and Keeler Ltd.* (n° 2)²¹, rend improbable qu'une règle anormale quelconque, comme celle sur laquelle l'arrêt *Caffoor* a semblé être fondé, puisse garder quelque valeur à l'avenir. De toute façon, je rejetterais l'introduction de semblable anomalie dans le droit canadien.

Je ne puis m'empêcher d'observer qu'aucun des membres juristes de la Chambre des lords dans l'affaire *Carl Zeiss* n'a pris en considération soit *Caffoor* soit *Broken Hill*, et que seul Lord Reid a mentionné *Hoystead* et là seulement sur le point de savoir si l'*issue estoppel* s'applique autant à un point postulé ou concédé qu'à un point qui a été débattu à fond. En l'espèce présente, il y avait eu débat complet, jusqu'à décision finale, sur la question en litige, et qualification de la valeur du pavillon de bains, et, par conséquent, le point douteux qui découle de ce qui a été dit dans l'arrêt *Hoystead* en matière d'*issue estoppel* ne surgit pas ici.

²¹ [1967] 1 A.C. 853.

²¹ [1967] 1 A.C. 853.

The basis of issue estoppel as well as a cause of action estoppel has been variously explained; for example, that it is "founded on considerations of justice and good sense" (see *New Brunswick Railway Co. v. British and French Trust Corp. Ltd.*²², at p. 19); that it is "founded upon the twin principles so frequently expressed in Latin that there should be an end to litigation and justice demands that the same party shall not be harassed twice for the same cause" (*Carl Zeiss* case, per Lord Upjohn at p. 946, per Lord Guest at p. 933); that it is founded on "the general interest of the community in the termination of disputes, and in the finality and conclusiveness of judicial decisions; and . . . the right of the individual to be protected from vexatious multiplication of suits and prosecutions . . ." (Spencer-Bower and Turner, *Res Judicata*, (2nd ed. 1969), p. 10). Although, as Lord Reid said in the *Carl Zeiss* case, at p. 913, "issue estoppel may be a comparatively new phrase" (and is also known, especially in American decisions and writings, as collateral estoppel or issue preclusion), as a principle it goes back almost two hundred years in English case law to the *Duchess of Kingston's Case*²³. It has been recognized as well in Canadian case law as the following statement by Middleton J.A. in *McIntosh v. Parent*²⁴, at p. 555, attests:

When a question is litigated the judgment of the Court is a final determination between the parties and their privies. Any right, question or fact distinctly put in issue and directly determined by a court of competent jurisdiction as a ground of recovery or as an answer to a claim set up cannot be retried in a subsequent suit between the same parties or their privies though for a different cause of action. The

²² [1939] A.C. 1.

²³ (1776), 20 St. Tr. 355.

²⁴ (1924), 55 O.L.R. 552.

Le fondement de l'*issue estoppel* aussi bien que du *cause of action estoppel* a reçu diverses explications; par exemple, qu'il est [TRADUCTION] «fondé sur des considérations de justice et de bon sens» (voir *New Brunswick Railway Co. v. British and French Trust Corp. Ltd.*²², à la p. 19); qu'il est [TRADUCTION] «fondé sur les principes jumeaux si fréquemment exprimés en latin selon lesquels tout litige doit avoir une fin et la justice exige que la même partie ne soit pas harassée deux fois pour la même cause» (affaire *Carl Zeiss*, d'après Lord Upjohn, p. 946, d'après Lord Guest, p. 933); qu'il est fondé sur [TRADUCTION] «l'intérêt général de la collectivité à ce que les différends prennent fin, et à ce que les décisions judiciaires aient un caractère final et concluant, et . . . sur le droit de l'individu à être protégé d'une multiplicité vexatoire de demandes et de poursuites . . .» (Spencer-Bower et Turner, *Res Judicata*, (2^{ème} éd. 1969), p. 10). Bien que, comme le disait Lord Reid dans l'arrêt *Carl Zeiss*, à la p. 913, [TRADUCTION] «*issue estoppel* puisse être une expression relativement nouvelle» (et soit aussi connue, en particulier dans les décisions et auteurs américains, sous le nom de *collateral estoppel*) (fin de non-recevoir annexe) ou encore de «*issue preclusion*» (empêchement à question)), en tant que principe l'*issue estoppel* remonte à presque deux cents ans en arrière dans le droit jurisprudentiel anglais, jusqu'à l'arrêt *Duchess of Kingston's*²³. Il a été également reconnu dans le droit jurisprudentiel canadien, comme le démontre l'énoncé suivant du Juge d'appel Middleton dans l'arrêt *McIntosh v. Parent*²⁴, à la p. 555:

[TRADUCTION] Lorsqu'une question est soumise à un tribunal le jugement de la cour devient une décision finale entre les parties et leurs ayants droit. Les droits, questions ou faits distinctement mis en cause et directement réglés par un tribunal compétent comme motifs de recouvrement ou comme réponses à une prétention qu'on met de l'avant, ne peuvent être jugés de nouveau dans une poursuite subséquente

²² [1939] A.C. 1.

²³ (1776), 20 St. Tr. 355.

²⁴ (1924), 55 O.L.R. 552.

right, question or fact once determined must as between them be taken to be conclusively established so long as the judgment remains. . .

Issue estoppel has been recognized in this country and in this Court in criminal cases (see, for example, *Wright, McDermott and Feeley v. The Queen*²⁵, and it is no less applicable in civil matters. Nor is the application of that principle in any way affected because it is directed against a Minister of the Crown: see *Fonseca v. Attorney General of Canada*²⁶, at p. 619. I see no reason to introduce any anomalies or exceptions to its general application if the facts call for it. The remaining question here then is whether the facts as between the appellant and the Minister bring issue estoppel into play.

The Minister's contention that the pool house transaction can be both a benefit and a loan or debt at the same time ignores the basis upon which he sought and succeeded in his reassessment of the appellant. There are two related points here which call for comment. First, the Minister founded his claim against the appellant upon s. 8(1)(c) and not upon s. 8(1)(a) or (b) or s. 8(2). Any question of a loan, arising from the arrangements for a bank credit to Transworld which was ultimately repaid by a Transworld cheque (leaving Transworld and the appellant where they were before), was negated by Sheppard J. as having been dependent upon a lease which was ineffective to support it. A device which failed as a defence to a reassessment, and so determined by a final judicial decision, cannot, in my view, be later reactivated as between the same parties to provide a different basis upon which to attempt to capture the same sum twice. There were, arguably, "funds or property" within s. 8(1)(b) or "a benefit or advantage" within s. 8(1)(c) conferred upon the appellant by Transworld, and the Minister chose to make his case under s. 8(1)(c). The logic of his present position would equally warrant him

entre les mêmes parties ou leurs ayants droit, même si la cause d'action est différente. Le droit, la question ou le fait, une fois qu'on a statué à son égard, doit être considéré entre les parties comme établi de façon concluante aussi longtemps que le jugement demeure. . .

L'issue estoppel a été reconnu en ce pays et en cette Cour dans les affaires criminelles (voir, par exemple, *Wright, McDermott et Feely c. La Reine*²⁵), et ne s'applique pas moins en matière civile. L'application de ce principe n'est pas non plus atteinte parce qu'il est invoqué à l'encontre d'un ministre de la Couronne: voir *Fonseca c. Procureur général du Canada*²⁶, à la p. 619. Je ne vois aucune raison d'introduire des anomalies ou des exceptions à son application générale si les faits permettent de l'invoquer. Ici, la question qui reste à décider est de savoir si les faits tels qu'ils existent entre l'appelante et le Ministre font entrer en jeu *l'issue estoppel*.

La prétention du Ministre que la transaction relative au pavillon de bains peut être à la fois un bénéfice et un emprunt ou une dette en même temps ne tient pas compte du fondement sur lequel il a voulu et obtenu la nouvelle cotisation qu'il recherchait à l'égard de l'appelante. Il y a ici deux points reliés qui appellent des commentaires. D'abord, le Ministre a fondé sa réclamation contre l'appelante sur l'al. c) du par. (1) de l'art. 8 et non pas sur les al. a) ou b) du par. (1) ou sur le par. (2), même article. Toute évocation d'un prêt, résultant des dispositions prises pour que la banque émette en faveur de Transworld un crédit qui en définitive a été remboursé par un chèque de Transworld (laisant Transworld et l'appelante dans la situation où elles étaient auparavant), a été repoussée par M. le Juge Sheppard comme subordonnée à un bail qui ne pouvait efficacement lui servir de fondement. Un expédient qui a failli comme moyen de défense à l'encontre d'une nouvelle cotisation, et qui est donc réglé par une décision judiciaire finale, ne peut, à mon avis, être par la suite réactivé entre les mêmes parties de façon à fournir une base différente sur laquelle tenter de capturer la même somme une seconde fois. On

²⁵ [1963] S.C.R. 539.

²⁶ (1889), 17 S.C.R. 612.

²⁵ [1963] R.C.S. 539.

²⁶ (1889), 17 R.C.S. 612.

in claiming that a debt exists under s. 8(1)(b) which could be the subject of a writ of extent. If the Minister had succeeded in making his case in the tax appeal under s. 8(2), it would have been on the basis that there had been a loan which did not come within any of the exceptions to taxability. That, however, was not how the Minister chose to characterize the value of the pool house, and, clearly, on the facts there was no basis for contending that there had been a loan, giving rise in that aspect to a debt.

Even on the assumption that as between Transworld and the appellant a debt had arisen at the time, I do not think that the Minister can urge this against the appellant in the present case. There are two affidavits in the record of this case, by a chartered accountant and by a solicitor respectively, which state and explain why the sum of \$34,612.33 was written off as an indebtedness as of January 31, 1970. It is immaterial whether these affidavits, upon which there was no cross-examination, be taken at face value. At worst, they underline the position taken by the Minister against the appellant in the tax appeal. Where issue estoppel is concerned I do not think that there is any warrant for invoking a *jus tertii*. Moreover, to do so in the present case would be to rely, in another form, on the same rejected view of the transaction that the Minister has asserted with respect to the appellant's admission on her examination for discovery in the tax appeal. The matter in issue is one between parties or their privies, and here this means only the Minister and the appellant.

pouvait alléguer qu'il y avait eu attribution à l'appelante par Transworld de «fonds ou biens» selon l'al. b) du par. (1) de l'art. 8 ou d'«un bénéfice ou d'un avantage» selon l'al. c) du par. (1) de l'art. 8, et le Ministre a choisi de procéder en vertu de l'al. c). La logique de sa position actuelle l'autoriserait également à prétendre qu'il existe en vertu de l'al. b) du par. (1) de l'art. 8 une dette qui pourrait faire l'objet d'un bref de saisie «extent». Si le Ministre avait eu gain de cause en procédant en vertu du par. (2) de l'art. 8 dans l'appel en matière d'impôt, cela aurait été sur la base de l'existence d'un prêt qui n'était visé par aucune des exceptions à l'imposition. Cela, cependant, n'est pas la façon dont le Ministre a choisi de qualifier la valeur du pavillon de bains, et, de toute évidence, d'après les faits, il n'y avait pas de fondement sur lequel prétendre qu'il y avait eu un prêt, donnant lieu sous cet aspect à une dette.

Même dans l'hypothèse que, pour ce qui concernait Transworld et l'appelante, une dette soit intervenue à l'époque, je ne pense pas que le Ministre puisse invoquer cela contre l'appelante en l'espèce présente. Il y a au dossier de la présente affaire deux déclarations sous serment, souscrites l'une par un comptable agréé et l'autre par un avocat, qui déclarent et expliquent pourquoi la somme de \$35,612.33 a été radiée comme créance à compter du 31 janvier 1970. Il est sans conséquence de se demander si ces déclarations sous serment, qui n'ont fait l'objet d'aucun contre-interrogatoire, doivent être acceptées telles quelles. Au pire, elles soulignent la position qu'a prise le Ministre contre l'appelante dans l'appel interjeté en matière d'impôt. Lorsque l'*issue estoppel* est en cause, je ne crois pas que l'on puisse invoquer le droit d'un tiers. De plus, le faire en l'espèce équivaldrait à s'appuyer, sous une autre forme, sur la même conception rejetée de l'opération que le Ministre a mise de l'avant relativement à l'aveu fait par l'appelante lors de l'interrogatoire préalable qu'elle a subi dans l'appel interjeté en matière d'impôt. La question en litige est une question qui concerne les parties ou leurs ayants droit, ce qui veut dire ici le Ministre et l'appelante seulement.

I would, accordingly, allow the appeal and vary the order of Sheppard J. by directing that the writ of extent in the third degree against the appellant be set aside. She is entitled to her costs in this Court and also in the Exchequer Court in respect of the writ of extent against her.

Appeal dismissed with costs, SPENCE and LASKIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: C. C. Sturrock, Vancouver.

Solicitor for the respondent: N. D. Mullins, Vancouver.

Par conséquent, j'accueillerais l'appel et modifierais l'ordonnance de M. le Juge Sheppard en ordonnant que le bref de saisie «extent» au troisième degré contre l'appelante soit annulé. L'appelante a droit à ses dépens en cette Cour et aussi en Cour de l'Échiquier à l'égard du bref de saisie «extent» émis contre elle.

Appel rejeté avec dépens, les Juges SPENCE et LASKIN étant dissidents.

Procureur de l'appelante: C. C. Sturrock, Vancouver.

Procureur de l'intimé: N. D. Mullins, Vancouver.

TAB B

Mary Danyluk *Appellant*

v.

Ainsworth Technologies Inc., Ainsworth Electric Co. Limited, F. Jack Purchase, Paul S. Gooderham, Jack A. Taylor, Ross A. Pool, Donald W. Roberts, Timothy I. Pryor, Clifford J. Ainsworth, John F. Ainsworth, Kenneth D. Ainsworth, Melville O'Donohue, Donald J. Hawthorne, William I. Welsh and Joseph McBride Watson *Respondents*

INDEXED AS: DANYLUK v. AINSWORTH TECHNOLOGIES INC.

Neutral citation: 2001 SCC 44.

File No.: 27118.

2000: October 31; 2001: July 12.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Administrative law — Issue estoppel — Employee filing complaint against employer under Employment Standards Act seeking unpaid wages and commissions — Employee subsequently commencing court action against employer for wrongful dismissal and unpaid wages and commissions — Employment standards officer dismissing employee's complaint — Employer arguing that employee's claim for unpaid wages and commissions before court barred by issue estoppel — Whether officer's failure to observe procedural fairness in deciding employee's complaint preventing application of issue estoppel — Whether preconditions to application of issue estoppel satisfied — If so, whether this Court should exercise its discretion and refuse to apply issue estoppel.

In 1993, an employee became involved in a dispute with her employer over unpaid commissions. No agreement was reached, and the employee filed a complaint under the *Employment Standards Act* ("ESA") seeking

Mary Danyluk *Appelante*

c.

Ainsworth Technologies Inc., Ainsworth Electric Co. Limited, F. Jack Purchase, Paul S. Gooderham, Jack A. Taylor, Ross A. Pool, Donald W. Roberts, Timothy I. Pryor, Clifford J. Ainsworth, John F. Ainsworth, Kenneth D. Ainsworth, Melville O'Donohue, Donald J. Hawthorne, William I. Welsh et Joseph McBride Watson *Intimés*

RÉPERTOIRE : DANYLUK c. AINSWORTH TECHNOLOGIES INC.

Référence neutre : 2001 CSC 44.

N° du greffe : 27118.

2000 : 31 octobre; 2001 : 12 juillet.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droit administratif — Préclusion découlant d'une question déjà tranchée — Plainte déposée par une employée contre son employeur en vertu de la Loi sur les normes de l'emploi et réclamant le versement de salaire et commissions impayés — Action en dommages-intérêts pour congédiement injustifié et pour salaire et commissions impayés intentée subséquentement par l'employée contre l'employeur — Rejet de la plainte par l'agente des normes d'emploi — Préclusion découlant d'une question déjà tranchée plaidée par l'employeur à l'égard de la réclamation pour salaire et commissions impayés — L'inobservation de l'équité procédurale par l'agente des normes dans sa décision sur la plainte de l'employée empêche-t-elle l'application de cette doctrine? — Les conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sont-elles réunies? — Dans l'affirmative, notre Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d'appliquer cette doctrine?

En 1993, un différend relatif à des commissions impayées a opposé une employée et son employeur. Aucune entente n'est intervenue et l'employée a déposé, en vertu de la *Loi sur les normes d'emploi* (la « LNE »),

unpaid wages, including commissions. The employer rejected the claim for commissions and eventually took the position that the employee had resigned. An employment standards officer spoke with the employee by telephone and met with her for about an hour. Before the decision was made, the employee commenced a court action claiming damages for wrongful dismissal and the unpaid wages and commissions. The ESA proceedings continued, but the employee was not made aware of the employer's submissions in the ESA claim or given an opportunity to respond to them. The ESA officer rejected the employee's claim and ordered the employer to pay her \$2,354.55, representing two weeks' pay in lieu of notice. She advised the employer of her decision and, 10 days later, notified the employee. Although she had no appeal as of right, the employee was entitled to apply under the ESA for a statutory review of this decision. She elected not to do so and carried on with her wrongful dismissal action. The employer moved to strike the part of the statement of claim that overlapped the ESA proceeding. The motions judge considered the ESA decision to be final and concluded that the claim for unpaid wages and commissions was barred by issue estoppel. The Court of Appeal affirmed the decision.

Held: The appeal should be allowed.

Although, in general, issue estoppel is available to preclude an unsuccessful party from relitigating in the courts what has already been litigated before an administrative tribunal, this is not a proper case for its application. Finality is a compelling consideration and judicial decisions should generally be conclusive of the issues decided unless and until reversed on appeal. However, estoppel is a public policy doctrine designed to advance the interests of justice. Where, as here, its application bars the courthouse door against a claim because of an administrative decision made in a manifestly improper and unfair manner, a re-examination of some basic principles is warranted.

une plainte dans laquelle elle réclamait le versement de salaire impayé, y compris des commissions. L'employeur a rejeté sa demande de commissions et a finalement considéré qu'elle avait remis sa démission. Une agente des normes d'emploi a eu un entretien téléphonique avec l'employée, qu'elle a ensuite rencontrée pendant environ une heure. Avant que la décision soit rendue, l'employée a intenté une action en dommages-intérêts pour congédiement injustifié dans laquelle elle demandait le paiement du salaire et des commissions. La procédure prévue par la LNE a suivi son cours, mais l'employée n'a pas été avisée des arguments invoqués par l'employeur au sujet de sa plainte et elle n'a pas eu la possibilité d'y répondre. L'agente des normes d'emploi a rejeté la réclamation de l'employée et a ordonné à l'employeur de verser à cette dernière la somme de 2 354,55 \$, soit deux semaines de salaire, à titre d'indemnité de préavis. Elle a informé l'employeur de sa décision et, 10 jours plus tard, elle en a avisé l'employée. L'employée ne pouvait interjeter appel de plein droit mais elle avait, en vertu de la LNE, le droit de demander la révision de cette décision. Elle a choisi de ne pas le faire et a plutôt poursuivi son action en dommages-intérêts pour congédiement injustifié. L'employeur a présenté une requête en radiation de la partie de la déclaration qui recouvrait la procédure engagée en vertu de la LNE. Le juge des requêtes a considéré que la décision fondée sur la LNE était définitive et il a conclu que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée faisait obstacle à la réclamation pour salaire et commissions impayés. La Cour d'appel a confirmé la décision.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Bien que, en règle générale, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (*issue estoppel*) puisse être invoquée pour empêcher une partie déboutée de saisir les cours de justice d'une question qu'elle a déjà plaidée sans succès devant un tribunal administratif, il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire où il convient d'appliquer cette doctrine. Le caractère définitif des instances est une considération impérieuse et, en règle générale, une décision judiciaire devrait trancher les questions litigieuses de manière définitive, tant qu'elle n'est pas infirmée en appel. Toutefois, la préclusion est une doctrine d'intérêt public qui tend à favoriser les intérêts de la justice. Dans les cas où, comme en l'espèce, par suite d'une décision administrative prise à l'issue d'une procédure qui était manifestement inappropriée et inéquitable, l'application de cette doctrine empêche le recours aux cours de justice, il convient de réexaminer certains principes fondamentaux.

The preconditions to the operation of issue estoppel are threefold: (1) that the same question has been decided in earlier proceedings; (2) that the earlier judicial decision was final; and (3) that the parties to that decision or their privies are the same in both the proceedings. If the moving party successfully establishes these preconditions, a court must still determine whether, as a matter of discretion, issue estoppel ought to be applied.

The preconditions require the prior proceeding to be judicial. Here, the ESA decision was judicial. First, the administrative authority issuing the decision is capable of receiving and exercising adjudicative authority. Second, as a matter of law, the decision was required to be made in a judicial manner. While the ESA officers utilize procedures more flexible than those that apply in the courts, their adjudicative decisions must be based on findings of fact and the application of an objective legal standard to those facts.

The appellant denies the applicability of issue estoppel because, as found by the Court of Appeal, the ESA decision was taken without proper notice to the appellant and she was not given an opportunity to meet the employer's case. It is clear that an administrative decision which is made without jurisdiction from the outset cannot form the basis of an estoppel. Where an administrative officer or tribunal initially possessed the jurisdiction to make a decision in a judicial manner but erred in the exercise of that jurisdiction, the resulting decision is nevertheless capable of forming the basis of an estoppel. Alleged errors in carrying out the mandate are matters to be considered by the court in the exercise of its discretion. This result makes the principle governing estoppel consistent with the law governing judicial review in *Harelkin* and collateral attack in *Maybrun*.

In this case, the pre-conditions for issue estoppel have been met: the same issue is raised in both proceedings, the decision of the ESA officer was final for the purposes of the Act since neither the employer nor the employee took advantage of the internal review procedure, and the parties are identical. The Court must therefore decide whether to refuse to apply estoppel as a mat-

Les conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sont au nombre de trois : (1) que la même question ait été décidée dans une procédure antérieure; (2) que la décision judiciaire antérieure soit définitive; (3) que les parties ou leurs ayants droit soient les mêmes dans chacune des instances. Si le requérant réussit à établir l'existence des conditions d'application, la cour doit ensuite se demander, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, si cette forme de préclusion devrait être appliquée.

Suivant ces conditions, la décision antérieure doit être une décision judiciaire. En l'espèce, la décision fondée sur la LNE était judiciaire. Premièrement, le décideur administratif ayant rendu la décision peut être investi d'un pouvoir juridictionnel et il est capable d'exercer ce pouvoir. Deuxièmement, sur le plan juridique, la décision devait être prise judiciairement. Bien que les agents des normes d'emploi aient recours à des procédures plus souples que celles des cours de justice, leurs décisions juridictionnelles doivent s'appuyer sur des conclusions de fait et sur l'application à ces faits d'une norme juridique objective.

L'appelante conteste l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée parce que, conformément à la conclusion de la Cour d'appel, la décision fondée sur la LNE a été rendue sans qu'on donne à l'appelante un préavis suffisant et la possibilité de répondre aux prétentions de l'employeur. Il est clair qu'une décision administrative qui a au départ été prise sans la compétence requise ne peut fonder l'application de la préclusion. Lorsque le décideur administratif — fonctionnaire ou tribunal — avait initialement compétence pour rendre une décision de manière judiciaire, mais a commis une erreur dans l'exercice de cette compétence, la décision rendue est néanmoins susceptible de fonder l'application de la préclusion. Les erreurs qui auraient été commises dans l'accomplissement du mandat doivent être prises en considération par la cour de justice dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Cela a pour effet d'assurer la conformité du principe régissant la préclusion avec les règles de droit relatives au contrôle judiciaire énoncées dans l'arrêt *Harelkin* et celles relatives aux contestations indirectes énoncées dans l'arrêt *Maybrun*.

En l'espèce, les conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sont réunies : la même question est à l'origine des deux instances, la décision de l'agente des normes avait un caractère définitif pour l'application de la Loi en raison du fait que ni l'employeur ni l'employée ne se sont prévalus du mécanisme de révision interne, et les parties

ter of discretion. Here this Court is entitled to intervene because the lower courts committed an error of principle in failing to address the issue of the discretion. The list of factors to be considered with respect to its exercise is open. The objective is to ensure that the operation of issue estoppel promotes the orderly administration of justice, but not at the cost of real injustice in the particular case. The factors relevant to this case include the wording of the statute from which the power to issue the administrative order derives, the purpose of the legislation, the availability of an appeal, the safeguards available to the parties in the administrative procedure, the expertise of the administrative decision maker, the circumstances giving rise to the prior administrative proceeding and, the most important factor, the potential injustice. On considering the cumulative effect of the foregoing factors, the Court in its discretion should refuse to apply issue estoppel in this case. The stubborn fact remains that the employee's claim to commissions worth \$300,000 has simply never been properly considered and adjudicated.

Cases Cited

Considered: *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248; **disapproved in part:** *Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267; **referred to:** *Re Downing and Graydon* (1978), 21 O.R. (2d) 292; *Farwell v. The Queen* (1894), 22 S.C.R. 553; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223; *Robinson v. McQuaid* (1854), 1 P.E.I.R. 103; *Bell v. Miller* (1862), 9 Gr. 385; *Raison v. Fenwick* (1981), 120 D.L.R. (3d) 622; *Wong v. Shell Canada Ltd.* (1995), 15 C.C.E.L. (2d) 182; *Machin v. Tomlinson* (2000), 194 D.L.R. (4th) 326; *Hamelin v. Davis* (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 112; *Thrasylvoulou v. Environment Secretary*, [1990] 2 A.C. 273; *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706; *McIntosh v. Parent*, [1924] 4 D.L.R. 420; *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1; *Schweneke v. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97; *Braithwaite v. Nova Scotia Public Service Long Term Disability Plan Trust Fund* (1999), 176 N.S.R. (2d) 173; *Guay v. Lafleur*, [1965] S.C.R. 12; *Thoday v. Thoday*, [1964] P. 181; *Machado*

les mêmes. La Cour doit par conséquent décider si elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d'appliquer la préclusion. En l'espèce, notre Cour a le droit d'intervenir puisque les tribunaux de juridiction inférieure ont commis une erreur de principe en omettant d'examiner la question de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. La liste des facteurs à considérer pour l'exercice de ce pouvoir n'est pas exhaustive. L'objectif est de faire en sorte que l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée favorise l'administration ordonnée de la justice, mais pas au prix d'une injustice dans une affaire donnée. Parmi les facteurs pertinents en l'espèce, mentionnons : le libellé du texte de loi accordant le pouvoir de rendre l'ordonnance administrative, l'objet du texte de la loi, l'existence d'un droit d'appel, les garanties offertes aux parties dans le cadre de l'instance administrative, l'expertise du décideur administratif, les circonstances ayant donné naissance à l'instance administrative initiale et, facteur le plus important, le risque d'injustice. Vu l'effet cumulatif des facteurs susmentionnés, la Cour, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, doit refuser d'appliquer en l'espèce la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. En effet, le fait demeure que la réclamation de l'employée visant des commissions totalisant 300 000 \$ n'a tout simplement jamais été examinée et tranchée adéquatement.

Jurisprudence

Arrêt examiné : *Angle c. Ministre du Revenu national*, [1975] 2 R.C.S. 248; **arrêt critiqué en partie :** *Rasanen c. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267; **arrêts mentionnés :** *Re Downing and Graydon* (1978), 21 O.R. (2d) 292; *Farwell c. La Reine* (1894), 22 R.C.S. 553; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223; *Robinson c. McQuaid* (1854), 1 P.E.I.R. 103; *Bell c. Miller* (1862), 9 Gr. 385; *Raison c. Fenwick* (1981), 120 D.L.R. (3d) 622; *Wong c. Shell Canada Ltd.* (1995), 15 C.C.E.L. (2d) 182; *Machin c. Tomlinson* (2000), 194 D.L.R. (4th) 326; *Hamelin c. Davis* (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 112; *Thrasylvoulou c. Environment Secretary*, [1990] 2 A.C. 273; *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706; *McIntosh c. Parent*, [1924] 4 D.L.R. 420; *British Columbia (Minister of Forests) c. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1; *Schweneke c. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97; *Braithwaite c. Nova Scotia Public Service Long Term Disability Plan Trust Fund* (1999), 176 N.S.R. (2d) 173; *Guay c. Lafleur*, [1965] R.C.S. 12; *Thoday c. Thoday*,

v. Pratt & Whitney Canada Inc. (1995), 12 C.C.E.L. (2d) 132; *Randhawa v. Everest & Jennings Canadian Ltd.* (1996), 22 C.C.E.L. (2d) 19; *Heynen v. Frito-Lay Canada Ltd.* (1997), 32 C.C.E.L. (2d) 183; *Perez v. GE Capital Technology Management Services Canada Inc.* (1999), 47 C.C.E.L. (2d) 145; *Munyal v. Sears Canada Inc.* (1997), 29 C.C.E.L. (2d) 58; *Alderman v. North Shore Studio Management Ltd.*, [1997] 5 W.W.R. 535; *R. v. Nat Bell Liquors Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Poucher v. Wilkins* (1915), 33 O.L.R. 125; *Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321; *Saskatoon Credit Union Ltd. v. Central Park Ent. Ltd.* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 89; *General Motors of Canada Ltd. v. Naken*, [1983] 1 S.C.R. 72; *Arnold v. National Westminster Bank plc*, [1991] 3 All E.R. 41; *Susan Shoe Industries Ltd. v. Ricciardi* (1994), 18 O.R. (3d) 660; *Iron v. Saskatchewan (Minister of the Environment & Public Safety)*, [1993] 6 W.W.R. 1.

Statutes and Regulations Cited

Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 23(1).
Employment Standards Act, R.S.O. 1990, c. E.14, ss. 1 "wages", 2(2), 6, 65(1)(a), (b), (c) [rep. & sub. 1991, c. 16 (Supp.), s. 9(1)], (7) [ad. *idem*, s. 9(2)], 67(1) [am. *idem*, s. 10(1)], (2) [rep. & sub. *idem*, s. 10(2)], (3) [ad. *idem*], (5) [*idem*], (7) [*idem*], 68(1) [am. *idem*, s. 11(1); am. 1991, c. 5, s. 16; am. 1993, c. 27, sch.], (3) [rep. & sub. 1991, c. 16 (Supp.), s. 11(2)], (7).
Employment Standards Improvement Act, 1996, S.O. 1996, c. 23, s. 19(1).
 O. Reg. 626/00, s. 1(1).

Authors Cited

American Law Institute. *Restatement of the Law, Second: Judgments 2d*, vol. 2. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1982.
 Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 2. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated 2001, release 2).
 Handley, K. R. "Res Judicata: General Principles and Recent Developments" (1999), 18 *Aust. Bar Rev.* 214.
 Holmsted, George Smith, and Garry D. Watson. *Ontario Civil Procedure*, vol. 3 Supp. Toronto: Carswell, 1984 (loose-leaf updated 2000, release 3).

[1964] P. 181; *Machado c. Pratt & Whitney Canada Inc.* (1995), 12 C.C.E.L. (2d) 132; *Randhawa c. Everest & Jennings Canadian Ltd.* (1996), 22 C.C.E.L. (2d) 19; *Heynen c. Frito-Lay Canada Ltd.* (1997), 32 C.C.E.L. (2d) 183; *Perez c. GE Capital Technology Management Services Canada Inc.* (1999), 47 C.C.E.L. (2d) 145; *Munyal c. Sears Canada Inc.* (1997), 29 C.C.E.L. (2d) 58; *Alderman c. North Shore Studio Management Ltd.*, [1997] 5 W.W.R. 535; *R. c. Nat Bell Liquors Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Poucher c. Wilkins* (1915), 33 O.L.R. 125; *Minott c. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321; *Saskatoon Credit Union Ltd. c. Central Park Ent. Ltd.* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 89; *General Motors of Canada Ltd. c. Naken*, [1983] 1 R.C.S. 72; *Arnold c. National Westminster Bank plc*, [1991] 3 All E.R. 41; *Susan Shoe Industries Ltd. c. Ricciardi* (1994), 18 O.R. (3d) 660; *Iron c. Saskatchewan (Minister of the Environment & Public Safety)*, [1993] 6 W.W.R. 1.

Lois et règlements cités

Loi de 1996 sur l'amélioration des normes d'emploi, L.O. 1996, ch. 23, art. 19(1).
Loi sur les normes d'emploi, L.R.O. 1990, ch. E.14, art. 1 « salaire », 2(2), 6, 65(1)a), b), c) [abr. & rempl. 1991, ch. 16 (suppl.), art. 9(1)], (7) [aj. *idem*, art. 9(2)], 67(1) [mod. *idem*, art. 10(1)], (2) [abr. & rempl. *idem*, art. 10(2)], (3) [aj. *idem*], (5) [*idem*], (7) [*idem*], 68(1) [mod. *idem*, art. 11(1); mod. 1991, ch. 5, art. 16; mod. 1993, ch. 27, ann.], (3) [abr. & rempl. 1991, ch. 16 (suppl.), art. 11(2)], (7).
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 23(1).
 Règl. de l'Ont. 626/00, art. 1(1).

Doctrine citée

American Law Institute. *Restatement of the Law, Second: Judgments 2d*, vol. 2. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1982.
 Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 2. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated 2001, release 2).
 Handley, K. R. « Res Judicata: General Principles and Recent Developments » (1999), 18 *Aust. Bar Rev.* 214.
 Holmsted, George Smith, and Garry D. Watson. *Ontario Civil Procedure*, vol. 3 Supp. Toronto: Carswell, 1984 (loose-leaf updated 2000, release 3).

Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*. Markham, Ont.: Butterworths, 2000.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman, and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Spencer Bower, George, and Sir Alexander Kingcome Turner. *The Doctrine of Res Judicata*, 3rd ed. by K. R. Handley. London, U.K.: Butterworths, 1996.

Watson, Garry D. "Duplicative Litigation: Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 623.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 42 O.R. (3d) 235, 167 D.L.R. (4th) 385, 116 O.A.C. 225, 12 Admin. L.R. (3d) 1, 41 C.C.E.L. (2d) 19, 27 C.P.C. (4th) 91, [1998] O.J. No. 5047 (QL), dismissing the appellant's appeal from a decision of the Ontario Court (General Division) rendered on June 10, 1996. Appeal allowed.

Howard A. Levitt and J. Michael Mulroy, for the appellant.

John E. Brooks and Rita M. Samson, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — The appellant claims that she was fired from her position as an account executive with the respondent Ainsworth Technologies Inc. on October 12, 1993. She says that at the time of her dismissal she was owed by her employer some \$300,000 in unpaid commissions. The courts in Ontario have held that she is "estopped" from having her day in court on this issue because of an earlier failed attempt to claim the same unpaid monies under the *Employment Standards Act*, R.S.O. 1990, c. E.14 ("ESA" or "Act"). An employment standards officer, adopting a procedure which the Ontario Court of Appeal held to be improper and unfair, denied the claim. I agree that in general issue estoppel is available to preclude an unsuccessful party from relitigating in the courts what has already been unsuccessfully litigated before an administrative tribunal, but in my view this was not a proper case for its application. A judicial doctrine developed to serve the ends of justice

Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*. Markham, Ont. : Butterworths, 2000.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman, and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.

Spencer Bower, George, and Sir Alexander Kingcome Turner. *The Doctrine of Res Judicata*, 3rd ed. by K. R. Handley. London, U.K. : Butterworths, 1996.

Watson, Garry D. « Duplicative Litigation : Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality » (1990), 69 *R. du B. can.* 623.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 42 O.R. (3d) 235, 167 D.L.R. (4th) 385, 116 O.A.C. 225, 12 Admin. L.R. (3d) 1, 41 C.C.E.L. (2d) 19, 27 C.P.C. (4th) 91, [1998] O.J. No. 5047 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'appelante contre une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) rendue le 10 juin 1996. Pourvoi accueilli.

Howard A. Levitt et J. Michael Mulroy, pour l'appelante.

John E. Brooks et Rita M. Samson, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — L'appelante prétend que, le 12 octobre 1993, elle a été congédiée du poste de chargée de projet qu'elle occupait chez l'intimée Ainsworth Technologies Inc. Elle soutient que, au moment de son congédiement, son employeur lui devait quelque 300 000 \$ en commissions impayées. Les cours de justice ontariennes ont jugé que l'appelante était précluse (« estopped ») de saisir les tribunaux de ce différend en raison de sa tentative infructueuse d'obtenir le paiement de cette somme en vertu de la *Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1990, ch. E.14 (la « LNE » ou la « Loi »). Adoptant une procédure que la Cour d'appel de l'Ontario a jugé inappropriée et inéquitable, une agente des normes d'emploi a rejeté la demande de l'appelante. En règle générale, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (« issue estoppel ») peut, j'en conviens, être invoquée pour empêcher une partie déboutée de saisir les cours de justice d'une question qu'elle a déjà plaidée sans succès devant un tribunal administratif. Toutefois, je suis d'avis que la présente espèce

should not be applied mechanically to work an injustice. I would allow the appeal.

I. Facts

2 In the fall of 1993, the appellant became involved in a dispute with her employer, the respondent Ainsworth Technologies Inc., over unpaid commissions. The appellant met with her superiors and sent various letters to them outlining her position. These letters were generally copied to her lawyer, Mr. Howard A. Levitt. Her principal complaint concerned an alleged entitlement to commissions of about \$200,000 in respect of a project known as the CIBC Lan project, plus other commissions which brought the total to about \$300,000.

3 The appellant rejected a proposed settlement from the employer. On October 4, 1993, she filed a complaint under the ESA seeking unpaid wages, including commissions. It is not clear on the record whether she had legal advice on this aspect of the matter. On October 5, the employer wrote to the appellant rejecting her claim for commissions and eventually took the position that she had resigned and physically escorted her off the premises.

4 An employment standards officer, Ms. Caroline Burke, was assigned to investigate the appellant's complaint. She spoke with the appellant by telephone and on or about January 30, 1994 met with her for about an hour. The appellant gave Ms. Burke various documents including her correspondence with the employer. They had no further meetings.

5 On March 21, 1994, more than six months after filing her claim under the Act, but as yet without an ESA decision, the appellant, through Mr. Levitt, commenced a court action in which she claimed

n'est pas une affaire où il convenait d'appliquer cette doctrine. Une doctrine élaborée par les tribunaux dans l'intérêt de la justice ne devrait pas être appliquée mécaniquement et donner lieu à une injustice. J'accueillerais le pourvoi.

I. Les faits

À l'automne 1993, un différend relatif à des commissions impayées a opposé l'appelante et son employeur, l'intimée Ainsworth Technologies Inc. L'appelante a rencontré ses supérieurs et elle leur a envoyé diverses lettres exposant son point de vue. Copie conforme de chacune de ces lettres était généralement transmise à son avocat, M^e Howard A. Levitt. L'appelante prétendait principalement avoir droit à environ 200 000 \$ à titre de commissions à l'égard d'un projet connu sous le nom de projet CIBC Lan, ainsi qu'à d'autres commissions portant à approximativement 300 000 \$ la somme totale réclamée.

L'appelante a rejeté le règlement proposé par l'employeur. Le 4 octobre 1993, elle a déposé, en vertu de la LNE, une plainte dans laquelle elle réclamait le versement de salaire impayé, y compris des commissions. Le dossier n'indique pas clairement si elle a profité des conseils d'un avocat sur cet aspect du litige. Le 5 octobre, l'employeur a écrit à l'appelante, lui indiquant qu'il rejetait sa demande visant les commissions. Subséquemment, lorsqu'elle s'est présentée au travail, il l'a fait conduire hors de ses locaux, considérant qu'elle avait remis sa démission.

On a demandé à une agente des normes d'emploi, M^{me} Caroline Burke, d'enquêter sur la plainte déposée par l'appelante. Madame Burke a d'abord eu un entretien téléphonique avec l'appelante puis, vers le 30 janvier 1994, elle l'a rencontrée pendant environ une heure. L'appelante a remis à M^{me} Burke divers documents, dont sa correspondance avec l'employeur. Aucune autre rencontre n'a eu lieu par la suite.

Le 21 mars 1994, plus de 6 mois après avoir déposé sa plainte en vertu de la Loi, mais sans qu'une décision ait encore été rendue à cet égard, l'appelante a intenté, par l'entremise de M^e Levitt,

damages for wrongful dismissal. She also claimed the unpaid wages and commissions that were already the subject-matter of her ESA claim.

On June 1, 1994, solicitors for the employer wrote to Ms. Burke responding to the appellant's claim. The employer's letter included a number of documents to substantiate its position. None of this was copied to the appellant. Nor did Ms. Burke provide the appellant with information about the employer's position; nor did she give the appellant the opportunity to respond to whatever the appellant may have assumed to be the position the employer was likely to take. The appellant, in short, was left out of the loop.

On September 23, 1994, the ESA officer advised the respondent employer (but not the appellant) that she had rejected the appellant's claim for unpaid commissions. At the same time she ordered the employer to pay the appellant \$2,354.55, representing two weeks' pay in lieu of notice. Ten days later, by letter dated October 3, 1994, Ms. Burke for the first time advised the appellant of the order made against the employer for two weeks' termination pay and the rejection of her claim for the commissions. The letter stated in part: "[w]ith respect to your claim for unpaid wages, the investigation revealed there is no entitlement to \$300,000.00 commission as claimed by you". The letter went on to explain that the appellant could apply to the Director of Employment Standards for a review of this decision. Ms. Burke repeated this advice in a subsequent telephone conversation with the appellant. The appellant did not apply to the Director for a review of Ms. Burke's decision; instead, she decided to carry on with her wrongful dismissal action in the civil courts.

The respondents contended that the claim for unpaid wages and commissions was barred by issue estoppel. They brought a motion in the appellant's civil action to strike the relevant paragraphs

une action en dommages-intérêts pour congédiement injustifié dans laquelle elle demandait également le paiement du salaire et des commissions impayés qui faisaient déjà l'objet de la plainte qu'elle avait présentée en vertu de la LNE.

Le 1^{er} juin 1994, les procureurs de l'employeur ont écrit à M^{me} Burke au sujet de la plainte de l'appelante. La lettre de l'employeur était accompagnée d'un certain nombre de documents étayant la thèse de ce dernier. Aucun de ces documents n'a été communiqué à l'appelante. Madame Burke n'a pas non plus fourni d'information à l'appelante relativement à la thèse de l'employeur et elle ne lui a pas donné la possibilité de répondre aux arguments qui, selon l'appelante, seraient vraisemblablement avancés par l'employeur. Bref, l'appelante a été tenue à l'écart.

Le 23 septembre 1994, l'agente des normes d'emploi a informé l'employeur intimé (mais non l'appelante) qu'elle avait rejeté la réclamation de l'appelante pour commissions impayées. Par contre, elle a ordonné à l'employeur de verser à l'appelante la somme de 2 354,55 \$, soit deux semaines de salaire, à titre d'indemnité de préavis. Dix jours plus tard, dans une lettre datée du 3 octobre 1994, M^{me} Burke a informé l'appelante de l'ordonnance intimant à l'employeur de lui verser deux semaines de salaire à titre d'indemnité de licenciement et du rejet de la réclamation visant les commissions. La lettre disait notamment ce qui suit : [TRADUCTION] « [r]elativement à votre réclamation pour salaire impayé, l'enquête a révélé que vous n'avez pas droit aux 300 000,00 \$ que vous réclamez à titre de commissions ». Elle ajoutait que l'appelante pouvait présenter au directeur des normes d'emploi une demande de révision de cette décision, information que M^{me} Burke a répétée lors d'un entretien téléphonique subséquent avec l'appelante. L'appelante n'a toutefois pas demandé la révision de la décision de M^{me} Burke, décidant plutôt de poursuivre son action en dommages-intérêts pour congédiement injustifié déposée au civil.

Les intimés ont invoqué la préclusion découlant d'une question déjà tranchée à l'encontre de la réclamation pour salaire et commissions impayés. Dans le cadre de l'instance civile engagée par l'ap-

6

7

8

from the statement of claim. On June 10, 1996, McCombs J. of the Ontario Court (General Division) granted the respondents' motion. Only her claim for damages for wrongful dismissal was allowed to proceed. On December 2, 1998, the appellant's appeal was dismissed by the Court of Appeal for Ontario.

II. Judgments

A. *Ontario Court (General Division)* (June 10, 1996)

⁹ The issue before McCombs J. was whether the doctrine of issue estoppel applied in the present case. Following *Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267 (C.A.), he concluded that issue estoppel could apply to issues previously determined by an administrative officer or tribunal. In his view, the sole issue to be determined was whether the ESA officer's decision was a final determination. The motions judge noted that the appellant did not seek to appeal or review the ESA officer's decision under s. 67(2) of the Act, as she was entitled to do if she wished to contest that decision. He considered the ESA decision to be final. The criteria for the application of issue estoppel were therefore met. The paragraphs relating to the appellant's claim for unpaid wages and commissions were struck from her statement of claim.

B. *Court of Appeal for Ontario* (1998), 42 O.R. (3d) 235

¹⁰ After reviewing the facts of the case, Rosenberg J.A. for the court identified, at pp. 239-40, the issues raised by the appellant's appeal:

This case concerns the second requirement of issue estoppel, that the decision which is said to create the estoppel be a final judicial decision. The appellant submits that the decision of an employment standards officer is neither judicial nor final. She also submits that, in any event, the process followed by Ms. Burke in this particular case was unfair and therefore her decision

pelante, ils ont présenté une requête en radiation des paragraphes pertinents de la déclaration. Le 10 juin 1996, le juge McCombs de la Cour de l'Ontario (Division générale) a accueilli cette requête. Seule la demande de dommages-intérêts pour congédiement injustifié a pu suivre son cours. Le 2 décembre 1998, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel formé par l'appelante.

II. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)* (10 juin 1996)

Le juge McCombs devait décider si la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'appliquait en l'espèce. S'appuyant sur l'arrêt *Rasanen c. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267 (C.A.), il a estimé que cette doctrine pouvait s'appliquer à une question déjà tranchée par un décideur administratif — fonctionnaire ou tribunal. Selon lui, la seule question à trancher était de savoir si la décision de l'agente des normes d'emploi était une décision définitive. Le juge des requêtes a souligné que l'appelante n'avait pas demandé la révision de la décision de l'agente des normes d'emploi ainsi que le lui permettait le par. 67(2) de la Loi. Il a considéré que la décision de l'agente des normes d'emploi était définitive. Les critères d'application de la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée étaient donc respectés. Les paragraphes de la déclaration de l'appelante ayant trait aux salaire et commissions impayés ont été radiés.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1998), 42 O.R. (3d) 235

Après examen des faits de l'espèce, le juge Rosenberg, s'exprimant pour la Cour d'appel, a fait état des questions que soulevait l'appel aux p. 239-240 :

[TRADUCTION] La présente affaire porte sur la seconde condition d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, savoir celle voulant que la décision qui, affirme-t-on, donne ouverture à la préclusion soit une décision judiciaire définitive. L'appelante prétend que la décision que rend un agent des normes d'emploi n'est ni judiciaire ni définitive. Elle soutient

should not create an estoppel. Specifically, the appellant argues she was not treated fairly as she was not provided with a copy of the submissions made by the employer and thus not given an opportunity to respond to those submissions.

In rejecting these submissions, Rosenberg J.A. grouped them under three headings: whether the ESA officer's decision was final; whether the ESA officer's decision was judicial; and the effect of procedural unfairness on the application of the doctrine of issue estoppel.

In his view, the decision of the officer in the present case was final because neither party exercised the right of internal appeal under s. 67(2) of the Act. Moreover, while not all administrative decisions that finally determine the rights of parties will be "judicial" for purposes of issue estoppel, Rosenberg J.A. found that the statutory procedure set out in the Act satisfied the requirements. He considered *Re Downing and Graydon* (1978), 21 O.R. (2d) 292 (C.A.), to be "determinative of this issue" (p. 249).

Lastly, Rosenberg J.A. addressed the issue of whether failure by the ESA officer to observe procedural fairness affected the application of the doctrine of issue estoppel in this case. He agreed that the ESA officer had in fact failed to observe procedural fairness in deciding upon the appellant's complaint. Nevertheless, this failure did not prevent the operation of issue estoppel (at p. 252):

The officer was required to give the appellant access to, and an opportunity to refute, any information gathered by the officer in the course of her investigation that was prejudicial to the appellant's claim. At a minimum, the appellant was entitled to a copy of the June 1, 1994 letter and a summary of any other information gathered in the course of the investigation that was prejudicial to her claim. She was also entitled to a fair opportunity to con-

également que, quoiqu'il en soit, la procédure suivie par M^{me} Burke en l'espèce était inéquitable et donc que sa décision ne devrait pas donner naissance à la préclusion. De façon plus particulière, l'appelante plaide qu'elle n'a pas été traitée équitablement puisqu'on ne lui a pas remis copie des observations de l'employeur et qu'on ne lui a pas, de ce fait, accordé la possibilité de les réfuter.

Le juge Rosenberg a rejeté les prétentions de l'appelante, qu'il a regroupées sous les trois questions suivantes : La décision de l'agente des normes d'emploi était-elle une décision définitive? Cette décision était-elle une décision judiciaire? Quel est l'effet d'une iniquité procédurale sur l'application de la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée?

Selon lui, la décision de l'agente était une décision définitive, étant donné que ni l'une ni l'autre des parties n'avaient exercé le droit d'appel interne prévu au par. 67(2) de la Loi. De plus, bien que les décisions administratives statuant définitivement sur les droits des parties ne soient pas toutes considérées comme « judiciaires » pour l'application de la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, le juge Rosenberg a estimé que la procédure établie par la Loi respectait les conditions requises. Il a jugé que l'arrêt *Re Downing and Graydon* (1978), 21 O.R. (2d) 292 (C.A.), était [TRADUCTION] « décisif à cet égard » (p. 249).

Enfin, le juge Rosenberg s'est demandé si l'inobservation par l'agente des normes d'emploi des règles d'équité procédurale avait un effet en l'espèce sur l'application de la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Il a reconnu que l'agente des normes avait effectivement manqué à ces règles en statuant sur la plainte de l'appelante. Il a néanmoins jugé que ce manquement ne faisait pas obstacle à l'application de la doctrine (à la p. 252):

[TRADUCTION] L'agente était tenue de donner à l'appelante la possibilité de consulter et de réfuter toute information préjudiciable à sa réclamation recueillie par l'agente dans le cours de l'enquête. L'appelante aurait dû tout au moins recevoir copie de la lettre du 1^{er} juin 1994 ainsi qu'un résumé de toute autre information préjudiciable à sa réclamation recueillie dans le cours de l'enquête. Elle aurait également dû se voir accorder la

11

12

13

sider and reply to that information. The appellant was denied the opportunity to know the case against her and have an opportunity to meet it: Ms. Burke failed to act judicially. In this particular case, this failure does not, however, affect the operation of issue estoppel.

- 14 In Rosenberg J.A.'s view, although ESA officers are obliged to act judicially, failure to do so in a particular case, at least if there is a possibility of appeal, will not preclude the operation of issue estoppel. This conclusion is based on the policy considerations underlying two rules of administrative law (at p. 252):

These two rules are: (1) that the discretionary remedies of judicial review will be refused where an adequate alternative remedy exists; and (2) the rule against collateral attack. These rules, in effect, require that the parties pursue their remedies through the administrative process established by the legislature. Where an appeal route is available the parties will not be permitted to ignore it in favour of the court process.

- 15 Rosenberg J.A. noted that if the appellant had applied, under s. 67(3) of the Act for a review of the ESA officer's decision, the adjudicator conducting such a review would have been required to hold a hearing. This supported his view that the review process provided by the Act is an adequate alternative remedy. Rosenberg J.A. concluded, at p. 256:

In summary, Ms. Burke did not accord this appellant natural justice. The appellant's recourse was to seek review of Ms. Burke's decision. She failed to do so. That decision is binding upon her and her employer.

- 16 The court thus applied the doctrine of issue estoppel and dismissed the appellant's appeal.

possibilité d'examiner cette information et d'y répondre. L'appelante n'a pas reçu communication des allégations formulées contre elle et elle a été privée de la possibilité de les réfuter : M^{me} Burke n'a donc pas agi judiciairement. En l'espèce, toutefois, ce manquement n'empêche pas l'application de la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

De l'avis du juge Rosenberg, même si les agents des normes d'emploi ont l'obligation d'agir judiciairement, le manquement à cette obligation dans un cas donné, du moins lorsqu'il est possible d'interjeter appel, ne fait pas obstacle à l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Sa conclusion s'appuie sur les considérations de politique d'intérêt général qui sont à la base de deux règles de droit administratif (à la p. 252):

[TRADUCTION] Ces deux règles sont les suivantes : (1) la règle écartant les recours discrétionnaires en matière de contrôle judiciaire lorsqu'il existe un autre recours approprié; (2) la règle prohibant les contestations indirectes. Dans les faits, ces règles exigent que les parties demandent réparation au moyen de la procédure administrative établie par le législateur. Lorsque les parties disposent d'une voie d'appel, elles ne sont pas admises à l'écarter pour s'adresser aux cours de justice.

Le juge Rosenberg de la Cour d'appel a souligné que, si l'appelante avait demandé la révision de la décision de l'agente des normes d'emploi en vertu du par. 67(3) de la Loi, l'arbitre saisi de l'affaire aurait dû tenir une audience. Cette constatation étayait son opinion selon laquelle la procédure de révision prévue par la Loi constitue un autre recours approprié. Le juge Rosenberg a conclu ainsi, à la p. 256 :

[TRADUCTION] En résumé, M^{me} Burke n'a pas accordé à l'appelante le bénéfice des règles de justice naturelle. Le recours qui s'offrait à cette dernière était de demander la révision de la décision de l'agente. Elle ne l'a pas fait. Elle et son employeur sont liés par cette décision.

La Cour d'appel a en conséquence appliqué la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et a débouté l'appelante.

III. Relevant Statutory Provisions

Employment Standards Act, R.S.O. 1990, c. E.14

1. In this Act,

“wages” means any monetary remuneration payable by an employer to an employee under the terms of a contract of employment, oral or written, express or implied, any payment to be made by an employer to an employee under this Act and any allowances for room or board as prescribed in the regulations or under an agreement or arrangement therefor but does not include,

- (a) tips and other gratuities,
- (b) any sums paid as gifts or bonuses that are dependent on the discretion of the employer and are not related to hours, production or efficiency,
- (c) travelling allowances or expenses,
- (d) contributions made by an employer to a fund, plan or arrangement to which Part X of this Act applies; (“salaire”)

6. — (1) No civil remedy of an employee against his or her employer is suspended or affected by this Act.

(2) Where an employee initiates a civil proceeding against his or her employer under this Act, notice of the proceeding shall be served on the Director in the prescribed form on the same date the civil proceeding is set down for trial.

65. — (1) Where an employment standards officer finds that an employee is entitled to any wages from an employer, the officer may,

- (a) arrange with the employer that the employer pay directly to the employee the wages to which the employee is entitled;
- (b) receive from the employer on behalf of the employee any wages to be paid to the employee as the result of a compromise or settlement; or
- (c) issue an order in writing to the employer to pay forthwith to the Director in trust any wages to which an employee is entitled and in addition such order shall provide for payment, by the employer to the

III. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur les normes d'emploi, L.R.O. 1990, ch. E.14

17

1 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

« salaire » Rémunération en espèces payable par un employeur à un employé aux termes d'un contrat de travail, verbal ou écrit, exprès ou implicite, paiement qu'un employeur doit verser à un employé en vertu de la présente loi, et allocations de logement ou de repas prescrites par les règlements ou prévues par un accord ou un arrangement à cette fin, à l'exclusion des éléments suivants :

- a) les pourboires et autres gratifications,
- b) les sommes versées à titre de cadeaux ou de primes qui sont laissées à la discrétion de l'employeur et qui ne sont pas liées au nombre d'heures qu'un employé a travaillé, à sa production ou à son efficacité,
- c) les allocations ou indemnités de déplacement,
- d) les cotisations de l'employeur à une caisse, un régime ou un arrangement auxquels la partie X de la présente loi s'applique. (« wages »)

6 (1) La présente loi ne suspend pas les recours civils dont dispose un employé contre son employeur ni n'y porte atteinte.

(2) Si un employé introduit une instance civile contre son employeur en vertu de la présente loi, l'avis d'instance est signifié au directeur, selon la formule prescrite, le jour même où l'instance civile est inscrite au rôle.

65 (1) Si l'agent des normes d'emploi conclut qu'un employé a le droit de percevoir un salaire d'un employeur, il peut, selon le cas :

- a) s'entendre avec l'employeur pour que celui-ci verse directement à l'employé le salaire auquel ce dernier a droit;
- b) recevoir de l'employeur, au nom de l'employé, le salaire qui doit être versé à ce dernier par suite d'une transaction;
- c) ordonner, par écrit, que l'employeur verse sans délai au directeur, en fiducie, le salaire auquel un employé a droit; il ordonne également à l'employeur de verser au directeur, à titre de frais d'administration, celle

(7) The order of the adjudicator is not subject to a review under section 68 and is final and binding on the parties.

68. — (1) An employer who considers themselves aggrieved by an order made under section 45, 48, 51, 56.2, 58.22 or 65, upon paying the wages ordered to be paid and the penalty thereon, if any, may, within a period of fifteen days after the date of delivery or service of the order, or such longer period as the Director may for special reasons allow and provided that the wages have not been paid out under subsection 72 (2), apply for a review of the order by way of a hearing.

(3) The Director shall select a referee from the panel of referees to hear the review.

(7) A decision of the referee under this section is final and binding upon the parties thereto and such other parties as the referee may specify.

IV. Analysis

The law rightly seeks a finality to litigation. To advance that objective, it requires litigants to put their best foot forward to establish the truth of their allegations when first called upon to do so. A litigant, to use the vernacular, is only entitled to one bite at the cherry. The appellant chose the ESA as her forum. She lost. An issue, once decided, should not generally be re-litigated to the benefit of the losing party and the harassment of the winner. A person should only be vexed once in the same cause. Duplicative litigation, potential inconsistent results, undue costs, and inconclusive proceedings are to be avoided.

Finality is thus a compelling consideration and judicial decisions should generally be conclusive of the issues decided unless and until reversed on appeal. However, estoppel is a doctrine of public policy that is designed to advance the interests of

(7) L'ordonnance de l'arbitre de griefs n'est pas susceptible de révision dans le cadre de l'article 68. Elle est sans appel et lie les parties.

68 (1) Après avoir versé le salaire qu'il lui est ordonné de payer ainsi que la somme à titre de pénalité qui s'y rapporte, s'il y a lieu, l'employeur qui s'estime lésé par une ordonnance rendue en vertu de l'article 45, 48, 51, 56.2, 58.22 ou 65 peut, dans les quinze jours qui suivent la remise ou la signification de l'ordonnance ou dans le délai plus long que le directeur peut autoriser pour des motifs particuliers, et à la condition que le salaire n'ait pas été versé en vertu du paragraphe 72 (2), demander que l'ordonnance fasse l'objet d'une révision par voie d'audience.

(3) Le directeur choisit un arbitre au sein du tableau des arbitres pour tenir l'audience de révision.

(7) La décision que l'arbitre prend en vertu du présent article est sans appel et lie les parties et les autres personnes que l'arbitre peut préciser.

IV. L'analyse

Le droit tend à juste titre à assurer le caractère définitif des instances. Pour favoriser la réalisation de cet objectif, le droit exige des parties qu'elles mettent tout en œuvre pour établir la véracité de leurs allégations dès la première occasion qui leur est donnée de le faire. Autrement dit, un plaideur n'a droit qu'à une seule tentative. L'appelante a décidé de se prévaloir du recours prévu par la LNE. Elle a perdu. Une fois tranché, un différend ne devrait généralement pas être soumis à nouveau aux tribunaux au bénéfice de la partie déboutée et au détriment de la partie qui a eu gain de cause. Une personne ne devrait être tracassée qu'une seule fois à l'égard d'une même cause d'action. Les instances faisant double emploi, les risques de résultats contradictoires, les frais excessifs et les procédures non décisives doivent être évités.

Le caractère définitif des instances est donc une considération impérieuse et, en règle générale, une décision judiciaire devrait trancher les questions litigieuses de manière définitive, tant qu'elle n'est pas infirmée en appel. Toutefois, la préclusion est

justice. Where as here, its application bars the courthouse door against the appellant's \$300,000 claim because of an administrative decision taken in a manner which was manifestly improper and unfair (as found by the Court of Appeal itself), a re-examination of some basic principles is warranted.

une doctrine d'intérêt public qui tend à favoriser les intérêts de la justice. Dans les cas où, comme en l'espèce, par suite d'une décision administrative prise à l'issue d'une procédure qui était manifestement inappropriée et inéquitable (conclusion tirée par la Cour d'appel elle-même), l'application de cette doctrine empêche l'appelante de s'adresser aux cours de justice pour réclamer les 300 000 \$ qui lui seraient dus, il convient de réexaminer certains principes fondamentaux.

20

The law has developed a number of techniques to prevent abuse of the decision-making process. One of the oldest is the doctrine estoppel *per rem judicatem* with its roots in Roman law, the idea that a dispute once judged with finality is not subject to relitigation: *Farwell v. The Queen* (1894), 22 S.C.R. 553, at p. 558; *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248, at pp. 267-68. The bar extends both to the cause of action thus adjudicated (variously referred to as claim or cause of action or action estoppel), as well as precluding relitigation of the constituent issues or material facts necessarily embraced therein (usually called issue estoppel): G. S. Holmsted and G. D. Watson, *Ontario Civil Procedure* (loose-leaf), vol. 3 Supp., at 21§17 *et seq.* Another aspect of the judicial policy favouring finality is the rule against collateral attack, i.e., that a judicial order pronounced by a court of competent jurisdiction should not be brought into question in subsequent proceedings except those provided by law for the express purpose of attacking it: *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223.

Le droit s'est doté d'un certain nombre de moyens visant à prévenir les recours abusifs. L'un des plus anciens est la doctrine de la préclusion *per rem judicatem*, qui tire son origine du droit romain et selon laquelle, une fois le différend tranché définitivement, il ne peut être soumis à nouveau aux tribunaux : *Farwell c. La Reine* (1894), 22 R.C.S. 553, p. 558, et *Angle c. Ministre du Revenu national*, [1975] 2 R.C.S. 248, p. 267-268. La doctrine est opposable tant à l'égard de la cause d'action ainsi décidée (on parle de préclusion fondée sur la demande, sur la cause d'action ou sur l'action) que des divers éléments constitutifs ou faits substantiels s'y rapportant nécessairement (on parle alors généralement de préclusion découlant d'une question déjà tranchée) : G. S. Holmsted et G. D. Watson, *Ontario Civil Procedure* (feuilles mobiles), vol. 3 suppl., 21§17 et suiv. Un autre aspect de la politique établie par les tribunaux en vue d'assurer le caractère définitif des instances est la règle qui prohibe les contestations indirectes, c'est-à-dire la règle selon laquelle l'ordonnance rendue par un tribunal compétent ne doit pas être remise en cause dans des procédures subséquentes, sauf celles prévues par la loi dans le but exprès de contester l'ordonnance : *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223.

21

These rules were initially developed in the context of prior court proceedings. They have since been extended, with some necessary modifications, to decisions classified as being of a judicial or quasi-judicial nature pronounced by administrative officers and tribunals. In that context the more specific objective is to balance fairness to the parties with the protection of the administrative decision-

Initialement, ces règles ont été établies dans le contexte de procédures judiciaires antérieures. Leur champ d'application a depuis été élargi, avec les adaptations nécessaires, aux décisions de nature judiciaire ou quasi judiciaire rendues par les juridictions administratives — fonctionnaires ou tribunaux. Dans ce contexte, l'objectif spécifique poursuivi consiste à assurer l'équilibre entre le respect

making process, whose integrity would be undermined by too readily permitting collateral attack or relitigation of issues once decided.

The extension of the doctrine of issue estoppel in Canada to administrative agencies is traced back to cases in the mid-1800s by D. J. Lange in *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (2000), at p. 94 *et seq.*, including *Robinson v. McQuaid* (1854), 1 P.E.I.R. 103 (S.C.), at pp. 104-5, and *Bell v. Miller* (1862), 9 Gr. 385 (U.C. Ch.), at p. 386. The modern cases at the appellate level include *Raison v. Fenwick* (1981), 120 D.L.R. (3d) 622 (B.C.C.A.); *Rasanen, supra*; *Wong v. Shell Canada Ltd.* (1995), 15 C.C.E.L. (2d) 182 (Alta. C.A.); *Machin v. Tomlinson* (2000), 194 D.L.R. (4th) 326 (Ont. C.A.); and *Hamelin v. Davis* (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 112 (C.A.). See also *Thrasylvoulou v. Environment Secretary*, [1990] 2 A.C. 273 (H.L.). Modifications were necessary because of the “major differences that can exist between [administrative orders and court orders] in relation, *inter alia*, to their legal nature and the position within the state structure of the institutions that issue them”: *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706, at para. 4. There is generally no dispute that court orders are judicial orders; the same cannot be said of the myriad of orders that are issued across the range of administrative tribunals.

In this appeal the parties have not argued “cause of action” estoppel, apparently taking the view that the statutory framework of the ESA claim sufficiently distinguishes it from the common law framework of the court case. I therefore say no more about it. They have however, joined issue on

de l'équité envers les parties et la protection du processus décisionnel administratif, dont l'intégrité serait compromise si on autorisait trop facilement les contestations indirectes ou l'engagement d'une nouvelle instance à l'égard de questions déjà tranchées.

Dans *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (2000), p. 94 *et suiv.*, D. J. Lange attribue l'application aux organismes administratifs canadiens de la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée à certaines décisions datant du milieu du XIX^e siècle — notamment les affaires *Robinson c. McQuaid* (1854), 1 P.E.I.R. 103 (C.S.), p. 104-105, et *Bell c. Miller* (1862), 9 Gr. 385 (Ch. H.-C.), p. 386. Parmi les arrêts contemporains rendus par des cours d'appel, mentionnons les suivants : *Raison c. Fenwick* (1981), 120 D.L.R. (3d) 622 (C.A.C.-B.); *Rasanen*, précité; *Wong c. Shell Canada Ltd.* (1995), 15 C.C.E.L. (2d) 182 (C.A. Alb.); *Machin c. Tomlinson* (2000), 194 D.L.R. (4th) 326 (C.A. Ont.); et *Hamelin c. Davis* (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 112 (C.A.). Voir également *Thrasylvoulou c. Environment Secretary*, [1990] 2 A.C. 273 (H.L.). Des modifications s'imposaient en raison des « différences importantes qui peuvent exister entre ces deux types d'ordonnances [c.-à-d. les ordonnances administratives et les ordonnances judiciaires], notamment quant à leur nature juridique et la place des institutions qui les rendent à l'intérieur de la structure étatique » : *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706, par. 4. On s'entend généralement pour dire que les ordonnances des cours de justice sont des ordonnances de nature judiciaire; il n'en est pas de même pour les innombrables ordonnances rendues par les différents tribunaux administratifs.

Dans le présent pourvoi, les parties n'ont pas plaidé la préclusion fondée sur la « cause d'action », estimant apparemment que le cadre législatif de la demande fondée sur la LNE distingue suffisamment cette demande du cadre juridique de common law de l'instance judiciaire. Je n'en dirai par conséquent pas davantage à ce sujet. Les parties ont cependant lié contestation quant à l'application de la préclusion découlant d'une question

the application of issue estoppel and the relevance of the rule against collateral attack.

24

Issue estoppel was more particularly defined by Middleton J.A. of the Ontario Court of Appeal in *McIntosh v. Parent*, [1924] 4 D.L.R. 420, at p. 422:

When a question is litigated, the judgment of the Court is a final determination as between the parties and their privies. Any right, question, or fact distinctly put in issue and directly determined by a Court of competent jurisdiction as a ground of recovery, or as an answer to a claim set up, cannot be re-tried in a subsequent suit between the same parties or their privies, though for a different cause of action. The right, question, or fact, once determined, must, as between them, be taken to be conclusively established so long as the judgment remains. [Emphasis added.]

This statement was adopted by Laskin J. (later C.J.), dissenting in *Angle, supra*, at pp. 267-68. This description of the issues subject to estoppel (“[a]ny right, question or fact distinctly put in issue and directly determined”) is more stringent than the formulation in some of the older cases for cause of action estoppel (e.g., “all matters which were, or might properly have been, brought into litigation”, *Farwell, supra*, at p. 558). Dickson J. (later C.J.), speaking for the majority in *Angle, supra*, at p. 255, subscribed to the more stringent definition for the purpose of issue estoppel. “It will not suffice” he said, “if the question arose collaterally or incidentally in the earlier proceedings or is one which must be inferred by argument from the judgment.” The question out of which the estoppel is said to arise must have been “fundamental to the decision arrived at” in the earlier proceeding. In other words, as discussed below, the estoppel extends to the material facts and the conclusions of law or of mixed fact and law (“the questions”) that

déjà tranchée et à la pertinence de la règle prohibant les contestations indirectes.

La préclusion découlant d'une question déjà tranchée a été définie de façon précise par le juge Middleton de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *McIntosh c. Parent*, [1924] 4 D.L.R. 420, p. 422 :

[TRADUCTION] Lorsqu'une question est soumise à un tribunal, le jugement de la cour devient une décision définitive entre les parties et leurs ayants droit. Les droits, questions ou faits distinctement mis en cause et directement réglés par un tribunal compétent comme motifs de recouvrement ou comme réponses à une prétention qu'on met de l'avant, ne peuvent être jugés de nouveau dans une poursuite subséquente entre les mêmes parties ou leurs ayants droit, même si la cause d'action est différente. Le droit, la question ou le fait, une fois qu'on a statué à son égard, doit être considéré entre les parties comme établi de façon concluante aussi longtemps que le jugement demeure. [Je souligne.]

Le juge Laskin (plus tard Juge en chef) a souscrit à cet énoncé dans ses motifs de dissidence dans l'arrêt *Angle*, précité, p. 267-268. Cette description des aspects visés par la préclusion (« [I]es droits, questions ou faits distinctement mis en cause et directement réglés ») est plus exigeante que celle utilisée dans certaines décisions plus anciennes à l'égard de la préclusion fondée sur la cause d'action (par exemple [TRADUCTION] « toute question ayant été débattue ou qui aurait pu à bon droit l'être », *Farwell*, précité, p. 558). S'exprimant au nom de la majorité dans l'arrêt *Angle*, précité, p. 255, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a également fait sienne la définition plus exigeante de l'objet de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. « Il ne suffira pas », a-t-il dit, « que la question ait été soulevée de façon annexe ou incidente dans l'affaire antérieure ou qu'elle doive être inférée du jugement par raisonnement. » La question qui est censée donner naissance à la préclusion doit avoir été « fondamentale à la décision à laquelle on est arrivé » dans l'affaire antérieure. En d'autres termes, comme il est expliqué plus loin, la préclusion vise les faits substantiels, les conclusions de droit ou les conclusions mixtes de fait et de droit (« les questions ») à l'égard desquels on a nécessairement statué (même si on ne

were necessarily (even if not explicitly) determined in the earlier proceedings.

The preconditions to the operation of issue estoppel were set out by Dickson J. in *Angle*, *supra*, at p. 254:

- (1) that the same question has been decided;
- (2) that the judicial decision which is said to create the estoppel was final; and,
- (3) that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their privies.

The appellant's argument is that even though the ESA officer was required to make a decision in a judicial manner, she failed to do so. Although she had jurisdiction under the ESA to deal with the claim, the ESA officer lost jurisdiction when she failed to disclose to the appellant the case the appellant had to meet and to give the appellant the opportunity to be heard in answer to the case put against her. The ESA officer therefore never made a "judicial decision" as required. The appellant also says that her own failure to exercise her right to seek internal administrative review of the decision should not be given the conclusive effect adopted by the Ontario Court of Appeal. Even if the conditions precedent to issue estoppel were present, she says, the court had a discretion to relieve against the harsh effects of estoppel *per rem judicatem* in the circumstances of this case, and erred in failing to do so.

A. *The Statutory Scheme*

1. The Employment Standards Officer

The ESA applies to "every contract of employment, oral or written, express or implied" in Ontario (s. 2(2)) subject to certain exceptions under the regulations, and establishes a number of minimum

l'a pas fait de façon explicite) dans le cadre de l'instance antérieure.

Les conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ont été énoncées par le juge Dickson dans l'arrêt *Angle*, précité, p. 254 :

- (1) que la même question ait été décidée;
- (2) que la décision judiciaire invoquée comme créant la [préclusion] soit finale; et
- (3) que les parties dans la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes que les parties engagées dans l'affaire où la [préclusion] est soulevée, ou leurs ayants droit.

L'appelante soutient que l'agente des normes d'emploi n'a pas — bien quelle ait été tenue de le faire — pris sa décision de manière judiciaire. L'agente disposait, en vertu de la LNE, de la compétence nécessaire pour connaître de la réclamation, mais elle a perdu cette compétence en omettant de communiquer à l'appelante les prétentions de l'employeur et de lui donner la possibilité de les réfuter. L'agente n'a donc jamais rendu une « décision judiciaire » comme elle était tenue de le faire. L'appelante soutient en outre que sa propre omission d'exercer son droit de demander la révision administrative interne de la décision de l'agente ne devrait pas se voir accorder l'effet déterminant que lui a attribué la Cour d'appel de l'Ontario. Selon elle, même si les conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée étaient réunies, la cour avait, dans les circonstances de l'espèce, le pouvoir discrétionnaire de la soustraire aux effets draconiens de la préclusion *per rem judicatem*, et elle a commis une erreur en s'abstenant de le faire.

A. *Le cadre législatif*

1. L'agent des normes d'emploi

La LNE s'applique à « tout contrat de travail, verbal ou écrit, exprès ou implicite » en Ontario (par. 2(2)), sous réserve de certaines exceptions prévues par règlement, et elle établit un certain

25

26

27

employment standards for the protection of employees. These include hours of work, minimum wages, overtime pay, benefit plans, public holidays and vacation with pay. More specifically, the Act provides a summary procedure under which aggrieved employees can seek redress with respect to an employer's alleged failure to comply with these standards. The objective is to make redress available, where it is appropriate at all, expeditiously and cheaply. In the first instance, the dispute is referred to an employment standards officer. ESA officers are public servants in the Ministry of Labour. They are generally not legally trained, but have some experience in labour relations. The statute does not set out any particular procedure that must be followed in disposing of claims. ESA officers are given wide powers to enter premises, inspect and remove documents and make other relevant inquiries. If liability is found, ESA officers have broad powers of enforcement (s. 65).

nombre de normes d'emploi minimales en vue de protéger les employés. Ces normes portent notamment sur les heures de travail, le salaire minimum, le salaire pour les heures supplémentaires, les régimes d'avantages sociaux, les jours fériés et les congés payés. Plus particulièrement, la Loi établit une procédure sommaire permettant aux employés qui s'estiment lésés parce que leur employeur aurait omis de se conformer à ces normes de demander réparation à cet égard. L'objectif est d'offrir, dans les cas appropriés, un recours rapide et peu coûteux. Au premier palier, l'examen du différend est confié à un agent des normes d'emploi. Fonctionnaires du ministère du Travail, ces personnes n'ont généralement pas de formation juridique, mais elles possèdent une certaine expérience en matière de relations de travail. La Loi ne prescrit pas la procédure à suivre pour statuer sur les demandes. L'agent des normes d'emploi dispose de pouvoirs étendus qui l'autorisent notamment à pénétrer dans des locaux, à effectuer des inspections, à emporter des documents avec lui et à interroger toute personne à l'égard de questions pertinentes. S'il constate l'inobservation de la loi, l'agent dispose de larges pouvoirs afin de la faire respecter (art. 65).

28

On receipt of an employee demand, generally speaking, the ESA officer contacts the employer to ascertain whether in fact wages are unpaid and if so for what reason. Although in this case there was a one-hour meeting between the ESA officer and the appellant, there is no requirement for such a face-to-face meeting, and clearly there is no contemplation of any sort of oral hearing in which both parties are present. It is a rough-and-ready procedure that is wholly inappropriate, one might think, to the definitive resolution of a contractual claim of some legal and factual complexity.

En règle générale, sur réception de la demande d'un employé, l'agent des normes d'emploi communique avec l'employeur pour vérifier si le salaire est effectivement impayé et, dans l'affirmative, pour connaître la raison du non-paiement. Bien que, dans la présente affaire, l'agente des normes d'emploi se soit entretenue avec l'appellante pendant une heure, rien n'exige la tenue d'une telle rencontre et, manifestement, aucune audience à laquelle participeraient les deux parties n'est envisagée. D'aucuns estimeraient qu'il s'agit d'une procédure expéditive tout à fait inappropriée pour trancher de façon définitive des prétentions contractuelles présentant une certaine complexité sur les plans juridique et factuel.

29

There are many advantages to the employee in such a forum. The services of the ESA officer are supplied free of charge. Legal representation is unnecessary. The process moves more rapidly than could realistically be expected in the courts. There

Ce mécanisme présente de nombreux avantages pour les employés. Les services de l'agent des normes d'emploi sont gratuits. La représentation par avocat n'est pas nécessaire. L'instance se déroule plus rapidement que ce à quoi on pourrait

are corresponding disadvantages. The ESA officer is likely not to have legal training and has neither the time nor the resources to deal with a contract claim in a manner comparable to the courtroom setting. At the time of these proceedings a double standard was applied to an appeal (or, as it is called, a "review"). The employer was entitled as of right to a review (s. 68) but, as discussed below, the employee could ask for one but the request could be refused by the Director (s. 67(3)). At the time, as well, there was no monetary limit on the ESA officer's jurisdiction. The Act has since been amended to provide an upper limit on claims of \$10,000 (S.O. 1996, c. 23, s. 19(1)). Had the ESA officer's determination gone the other way, the employer could have been saddled with a \$300,000 liability arising out of a deeply flawed decision unless reversed on an administrative review or quashed by a supervising court.

2. The Review Process

The employee, as stated, has no appeal as of right. Section 67(2) of the Act provides that an employee dissatisfied with the decision at first instance may apply to the Director for an administrative review in writing within 15 days of the date of the mailing of the employment standards officer's decision. Under s. 67(3), "the Director may appoint an adjudicator who shall hold a hearing" (emphasis added). The word "may" grants the Director a discretion to hold or not to hold a hearing. The Ontario Court of Appeal noted this point, but said the parties had attached little importance to it.

It seems clear the legislature did not intend to confer an appeal as of right. Where the Director

vraisemblablement s'attendre devant les tribunaux judiciaires. À ces avantages correspondent toutefois des désavantages. Il est probable que l'agent n'a pas de formation juridique et qu'il n'a ni le temps ni les ressources nécessaires pour examiner une demande de nature contractuelle comme cela se passerait dans la salle d'audience d'une cour de justice. Au moment où ces procédures se sont déroulées, des règles inégales s'appliquaient en matière d'appel (ou de « révision » selon les termes de la Loi). En effet, l'employeur pouvait demander de plein droit la révision de la décision (art. 68). Toutefois, comme nous le verrons plus loin, l'employé pouvait lui aussi présenter une demande de révision, mais le directeur pouvait refuser d'y donner suite (par. 67(3)). De même, au cours de la période pertinente le montant des demandes à l'égard desquelles l'agent des normes d'emploi avait compétence n'était pas plafonné. La Loi a depuis été modifiée et seules les réclamations d'au plus 10 000 \$ sont maintenant visées (L.O. 1996, ch. 23, par. 19(1)). Si, en l'espèce, l'agente avait statué en faveur de l'employée, l'employeur aurait pu devoir supporter une obligation de 300 000 \$ découlant d'une décision présentant de profondes lacunes, à moins d'avoir gain de cause à la suite d'une révision administrative ou d'un contrôle judiciaire.

2. La procédure de révision

Comme nous l'avons indiqué, les employés ne peuvent pas interjeter appel de plein droit. En vertu du par. 67(2) de la Loi, l'employé insatisfait de la décision rendue au premier palier peut, dans les 15 jours qui suivent la mise à la poste de la décision, demander par écrit au directeur de réviser cette décision. Aux termes du par. 67(3), « le directeur peut nommer un arbitre de griefs pour tenir une audience » (je souligne). L'emploi du mot « peut » confère au directeur le pouvoir discrétionnaire de décider s'il y aura ou non une audience. La Cour d'appel de l'Ontario a souligné ce point, mais a affirmé que les parties y avaient attaché peu d'importance.

Il paraît clair que le législateur n'a pas voulu créer un appel de plein droit. Lorsque le directeur

does appoint an adjudicator a hearing is mandated by the Act. Further delay and expense to the Ministry and the parties would follow as a matter of course. The juxtaposition in s. 67(3) of “may” and “shall” (and in the French text, the instruction that the Director “*peut nommer un arbitre de griefs pour tenir une audience*” (emphasis added)) puts the matter beyond doubt. The Ontario legislature intended the Director to have a discretion to decline to refer a matter to an adjudicator which, in his or her opinion, is simply not justified. Even the adjudicators hearing a review under s. 67(3) of the Act are not by statute required to be legally trained. It was likely considered undesirable by the Ontario legislature to give each and every dissatisfied employee a review as of right, particularly where the amounts in issue are often relatively modest. The discretion must be exercised according to proper principles, of course, but a discretion it remains.

nomme un arbitre de griefs, la Loi exige la tenue d’une audience. Il en résulte évidemment des délais et des dépenses supplémentaires pour le ministère et les parties. La juxtaposition des auxiliaires « *may* » et « *shall* » dans la version anglaise du par. 67(3) (et, dans la version française, l’indication que le directeur « *peut nommer un arbitre de griefs pour tenir une audience* » (je souligne)) écarte tout doute à cet égard. Le législateur ontarien entendait que le directeur dispose du pouvoir discrétionnaire de refuser de saisir un arbitre de griefs d’une demande qui, à son avis, n’est tout simplement pas justifiée. Même les arbitres chargés de la révision prévue au par. 67(3) de la LNE ne sont pas tenus par la loi de posséder une formation juridique. Le législateur ontarien a probablement jugé qu’il n’était pas souhaitable que tout employé insatisfait d’une décision puisse obtenir de plein droit la révision de celle-ci, compte tenu particulièrement du fait que la somme en jeu est souvent relativement modeste. Il va de soi que ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé en conformité avec les principes pertinents, mais il n’en demeure pas moins un pouvoir discrétionnaire.

32

If an internal review were ordered, an adjudicator would then have looked at the appellant’s claim *de novo* and would undoubtedly have shared the employer documents with the appellant and given her every opportunity to respond and comment. I agree that under the scheme of the Act procedural defects at the ESA officer level, including a failure to provide proper notice and an opportunity to be heard in response to the opposing case, can be rectified on review. The respondent says the appellant, having elected to proceed under the Act, was required to seek an internal review if she was dissatisfied with the initial outcome. Not having done so, she is estopped from pursuing her \$300,000 claim. The appellant says that the ESA procedure was so deeply flawed that she was entitled to walk away from it.

Si une révision interne avait été ordonnée, un arbitre aurait alors examiné *de novo* la demande de l’appelante et aurait sans aucun doute permis à cette dernière de prendre connaissance des documents de l’employeur et lui aurait donné la possibilité d’y répondre et de les commenter. Je reconnais que, sous le régime de la Loi, les vices procéduraux qui surviennent à l’étape de la décision initiale, y compris l’omission de donner aux intéressés un préavis suffisant et la possibilité de se faire entendre pour réfuter la thèse de la partie adverse, peuvent être corrigés à l’étape de la révision. L’intimée soutient que, du fait que l’appelante a choisi de se prévaloir de la Loi, elle devait recourir au mécanisme de révision prévue pour celle-ci si elle était insatisfaite de la décision rendue au premier palier. Comme elle ne l’a pas fait, elle est précluse de continuer de réclamer la somme de 300 000 \$. L’appelante réplique que la procédure prévue par la LNE souffrait de lacunes si profondes qu’il lui était loisible de renoncer à y recourir.

B. *The Applicability of Issue Estoppel*

1. Issue Estoppel: A Two-Step Analysis

The rules governing issue estoppel should not be mechanically applied. The underlying purpose is to balance the public interest in the finality of litigation with the public interest in ensuring that justice is done on the facts of a particular case. (There are corresponding private interests.) The first step is to determine whether the moving party (in this case the respondent) has established the preconditions to the operation of issue estoppel set out by Dickson J. in *Angle, supra*. If successful, the court must still determine whether, as a matter of discretion, issue estoppel *ought* to be applied: *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), at para. 32; *Schweneke v. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), at paras. 38-39; *Braithwaite v. Nova Scotia Public Service Long Term Disability Plan Trust Fund* (1999), 176 N.S.R. (2d) 173 (C.A.), at para. 56.

The appellant was quite entitled, in the first instance, to invoke the jurisdiction of the Ontario superior court to deal with her various monetary claims. The respondent was not entitled as of right to the imposition of an estoppel. It was up to the court to decide whether, in the exercise of its discretion, it would decline to hear aspects of the claims that were previously the subject of ESA administrative proceedings.

2. The Judicial Nature of the Decision

A common element of the preconditions to issue estoppel set out by Dickson J. in *Angle, supra*, is the fundamental requirement that the decision in the prior proceeding be a judicial decision. According to the authorities (see e.g., G. Spencer Bower, A. K. Turner and K. R. Handley, *The Doc-*

B. *L'applicabilité de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée*

1. Préclusion découlant d'une question déjà tranchée : analyse à deux volets

Les règles régissant la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne doivent pas être appliquées machinalement. L'objectif fondamental est d'établir l'équilibre entre l'intérêt public qui consiste à assurer le caractère définitif des litiges et l'autre intérêt public qui est d'assurer que, dans une affaire donnée, justice soit rendue. (Il existe des intérêts privés correspondants.) Il s'agit, au cours de la première étape, de déterminer si le requérant (en l'occurrence l'intimée) a établi l'existence des conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée énoncées par le juge Dickson dans l'arrêt *Angle*, précité. Dans l'affirmative, la cour doit ensuite se demander, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, si cette forme de préclusion *devrait* être appliquée : *British Columbia (Minister of Forests) c. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), par. 32; *Schweneke c. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), par. 38-39; *Braithwaite c. Nova Scotia Public Service Long Term Disability Plan Trust Fund* (1999), 176 N.S.R. (2d) 173 (C.A.), par. 56.

L'appelante avait parfaitement le droit, en première instance, de saisir la Cour supérieure de l'Ontario de ses diverses réclamations financières. L'intimée ne pouvait se voir accorder de plein droit l'application de la préclusion. Il appartenait à la cour de décider, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, s'il convenait qu'elle refuse de connaître ou non de certains aspects de la demande ayant déjà fait l'objet de la procédure administrative engagée sous le régime de la LNE.

2. La nature judiciaire de la décision

L'exigence fondamentale selon laquelle la décision antérieure doit être une décision judiciaire est un élément qui est commun aux conditions préalables à l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée énoncées par le juge Dickson dans l'arrêt *Angle*, précité. Selon la doc-

33

34

35

trine of Res Judicata (3rd ed. 1996), at paras. 18-20), there are three elements that may be taken into account. First is to examine the nature of the administrative authority issuing the decision. Is it an institution that is capable of receiving and exercising adjudicative authority? Secondly, as a matter of law, is the particular decision one that was required to be made in a judicial manner? Thirdly, as a mixed question of law and fact, was the decision made in a judicial manner? These are distinct requirements:

It is of no avail to prove that the alleged *res judicata* was a decision, or that it was pronounced according to judicial principles, unless it emanated from such a tribunal in the exercise of its adjudicative functions; nor is it sufficient that it was pronounced by such a tribunal unless it was a judicial decision on the merits. It is important, therefore, at the outset to have a proper understanding of what constitutes a judicial tribunal and a judicial decision for present purposes.

(Spencer Bower, Turner and Handley, *supra*, para. 20)

36

As to the third aspect, whether or not the particular decision in question was actually made in accordance with judicial requirements, I note the recent *ex curia* statement of Handley J. (the current editor of *The Doctrine of Res Judicata*) that:

The prior decision judicial, arbitral, or administrative, must have been made within jurisdiction before it can give rise to *res judicata* estoppels.

(“Res Judicata: General Principles and Recent Developments” (1999), 18 *Aust. Bar Rev.* 214, at p. 215)

37

The main controversy in this case is directed to this third aspect, i.e., is a decision taken without regard to requirements of notice and an opportunity to be heard *capable* of supporting an issue

trine (voir, par exemple, G. Spencer Bower, A. K. Turner et K. R. Handley, *The Doctrine of Res Judicata* (3^e éd. 1996), par. 18-20), trois éléments peuvent être pris en considération. Premièrement, il faut se pencher sur la nature du décideur administratif ayant rendu la décision. S’agit-il d’un organe pouvant être investi d’un pouvoir juridictionnel et capable d’exercer ce pouvoir? Deuxièmement, sur le plan juridique, la décision litigieuse devait-elle être prise judiciairement? Troisièmement — question mixte de fait et de droit — la décision *a-t-elle* été rendue de manière judiciaire? Il s’agit d’exigences distinctes :

[TRADUCTION] Il ne sert à rien de prouver que la prétendue chose jugée était une décision ou qu’elle a été prononcée conformément aux principes applicables aux tribunaux judiciaires à moins qu’elle ait été rendue par un tel tribunal dans l’exercice de son pouvoir juridictionnel; il ne suffit pas non plus qu’elle ait été prononcée par un tel tribunal, sauf s’il s’agit d’une décision judiciaire sur le fond. Par conséquent, il importe de bien saisir dès le départ ce qu’est un tribunal judiciaire et ce qu’est une décision judiciaire pour les fins qui nous occupent.

(Spencer Bower, Turner et Handley, *op. cit.*, par. 20)

En ce qui concerne le troisième élément, soit la question de savoir si la décision en cause a effectivement été rendue conformément aux exigences applicables aux décisions judiciaires, je souligne l’affirmation suivante, faite récemment par le juge Handley (éditeur actuel de l’ouvrage *The Doctrine of Res Judicata*) en dehors du cadre de ses fonctions de juge :

[TRADUCTION] La décision antérieure — qu’elle soit judiciaire, arbitrale ou administrative — doit avoir été rendue dans les limites de la compétence du décideur pour que puisse être plaidée la préclusion découlant d’une question déjà tranchée.

(« Res Judicata : General Principles and Recent Developments » (1999), 18 *Aust. Bar Rev.* 214, p. 215)

En l’espèce, le désaccord porte principalement sur ce troisième élément : une décision prise sans avoir respecté les exigences en matière de préavis et sans avoir donné à l’intéressé la possibilité de se

estoppel? In my opinion, the answer to this question is yes.

(a) *The Institutional Framework*

The decision relied on by Rosenberg J.A. in this respect relates to the generic role and function of the ESA officer: *Re Downing and Graydon, supra*, per Blair J.A., at p. 305:

In the present case, the employment standards officers have the power to adjudicate as well as to investigate. Their investigation is made for the purpose of providing them with information on which to base the decision they must make. The duties of the employment standards officers embrace all the important *indicia* of the exercise of a judicial power including the ascertainment of facts, the application of the law to those facts and the making of a decision which is binding upon the parties.

The parties did not dispute that ESA officials could properly be given adjudicative responsibilities to be discharged in a judicial manner. An earlier legislative limit of \$4,000 on unpaid wages (excluding severance pay and benefits payable under pregnancy and parental provisions) was eliminated in 1991 by S.O. 1991, c. 16, s. 9(1), but subsequent to the ESA decision in the present case a new limit of \$10,000 was imposed. This is the same limit as is imposed on the Small Claims Court by the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 23(1), and O. Reg. 626/00, s. 1(1).

(b) *The Nature of ESA Decisions Under Section 65(1)*

An administrative tribunal may have judicial as well as administrative or ministerial functions. So may an administrative officer.

One distinction between administrative and judicial decisions lies in differentiating adjudica-

taire entendre est-elle capable de fonder l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée? À mon avis, la réponse à cette question est oui.

a) *Le cadre institutionnel*

La décision sur laquelle s'est appuyé le juge Rosenberg de la Cour d'appel de l'Ontario à cet égard a trait à la fonction et au rôle génériques de l'agent des normes d'emploi : *Re Downing and Graydon*, précité, le juge Blair, p. 305 :

[TRADUCTION] En l'espèce, l'agent des normes d'emploi a le pouvoir de décider ainsi que celui d'enquête. Il fait enquête afin de recueillir les renseignements qui fonderont la décision qu'il doit rendre. Ses fonctions comportent tous les indices importants de l'exercice d'un pouvoir judiciaire, notamment la détermination des faits, l'application du droit à ces faits et la prise d'une décision liant les parties.

Les parties ne contestent pas le fait que les fonctionnaires chargés de l'application de la LNE pouvaient à bon droit être investis de fonctions judiciaires devant être exercées de manière judiciaire. Le plafond de 4 000 \$ que prévoyait la Loi à l'égard des réclamations pour salaire impayé (à l'exclusion de l'indemnité de cessation d'emploi et des prestations payables au titre des dispositions relatives au congé de maternité et au congé parental) a été aboli en 1991 par L.O. 1991, ch. 16, par. 9(1), mais après la décision rendue en application de la LNE dans la présente affaire, un nouveau plafond de 10 000 \$ a été fixé. Il s'agit du même plafond auquel est assujettie la Cour des petites créances par la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, par. 23(1), et le Règl. de l'Ont. 626/00, par. 1(1).

b) *La nature des décisions rendues en application du par. 65(1)*

Un tribunal administratif peut exercer des fonctions judiciaires ainsi que des fonctions administratives ou ministérielles. Il en est de même d'un fonctionnaire.

Une des caractéristiques qui distinguent les décisions administratives des décisions judiciaires est

38

39

40

tive from investigative functions. In the latter mode the ESA officer is taking the initiative to gather information. The ESA officer acts as a self-starting investigator who is not confined within the limits of the adversarial process. The distinction between investigative and adjudicative powers is discussed in *Guay v. Lafleur*, [1965] S.C.R. 12, at pp. 17-18. The inapplicability of issue estoppel to investigations is noted by Diplock L.J. in *Thoday v. Thoday*, [1964] P. 181 (Eng. C.A.), at p. 197.

la différence qui existe entre des fonctions juridictionnelles et des fonctions d'enquête. Dans l'exercice des secondes, l'agent des normes d'emploi prend l'initiative de recueillir des éléments d'information. Il agit en tant qu'enquêteur autonome et n'est pas assujéti aux contraintes de la procédure contradictoire. La distinction entre les pouvoirs d'enquête et les pouvoirs juridictionnels a été examinée dans l'arrêt *Guay c. Lafleur*, [1965] R.C.S. 12, p. 17-18. L'inapplicabilité de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée aux enquêtes administratives a été mentionnée par le lord juge Diplock dans *Thoday c. Thoday*, [1964] P. 181 (C.A. Angl.), p. 197.

41 Although ESA officers may have non-adjudicative functions, they must exercise their adjudicative functions in a judicial manner. While they utilize procedures more flexible than those that apply in the courts, their decisions must be based on findings of fact and the application of an objective legal standard to those facts. This is characteristic of a judicial function: D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (1998), vol. 2, § 7:1310, p. 7-7.

Quoique les agents des normes d'emploi puissent avoir des fonctions non juridictionnelles, lorsqu'ils accomplissent des fonctions juridictionnelles ils sont tenus de le faire de manière judiciaire. Bien qu'ils aient recours à des procédures plus souples que celles des cours de justice, leurs décisions doivent s'appuyer sur des conclusions de fait et sur l'application à ces faits d'une norme juridique objective. Il s'agit là d'une caractéristique de fonctions judiciaires : D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (1998), vol. 2, par. 7:1310, p. 7-7.

42 The adjudication of the claim, once the relevant information had been gathered, is of a judicial nature.

La décision qui statue sur une plainte après l'obtention de l'information pertinente est une décision de nature judiciaire.

(c) *Particulars of the Decision in Question*

c) *Le détail de la décision en cause*

43 The Ontario Court of Appeal concluded that the decision of the ESA officer in this case was in fact reached contrary to the principles of natural justice. The appellant had neither notice of the employer's case nor an opportunity to respond.

La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la décision de l'agente des normes d'emploi avait de fait été rendue au mépris des principes de justice naturelle. L'appelante n'a pas été informée des prétentions de l'employeur et n'a pas eu la possibilité de les réfuter.

44 The appellant contends that it is not enough to say the decision *ought* to have been reached in a judicial manner. The question is: Was it decided in a judicial manner in this case? There is some support for this view in *Rasanen, supra, per Abella J.A.*, at p. 280:

L'appelante soutient qu'il ne suffit pas de dire que la décision *aurait dû* être prise de manière judiciaire, mais qu'il faut plutôt se demander : La décision a-t-elle été prise de manière judiciaire en l'espèce? Cet argument trouve un certain appui dans l'arrêt *Rasanen*, précité, où madame le juge Abella de la Cour d'appel de l'Ontario a dit ceci, à la p. 280 :

As long as the hearing process in the tribunal provides parties with an opportunity to know and meet the case against them, and so long as the decision is within the tribunal's jurisdiction, then regardless of how closely the process mirrors a trial or its procedural antecedents, I can see no principled basis for exempting issues adjudicated by tribunals from the operation of issue estoppel in a subsequent action. [Emphasis added.]

Trial level decisions in Ontario subsequently adopted this approach: *Machado v. Pratt & Whitney Canada Inc.* (1995), 12 C.C.E.L. (2d) 132 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Randhawa v. Everest & Jennings Canadian Ltd.* (1996), 22 C.C.E.L. (2d) 19 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Heynen v. Frito-Lay Canada Ltd.* (1997), 32 C.C.E.L. (2d) 183 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Perez v. GE Capital Technology Management Services Canada Inc.* (1999), 47 C.C.E.L. (2d) 145 (Ont. S.C.J.). The statement of Métivier J. in *Munyal v. Sears Canada Inc.* (1997), 29 C.C.E.L. (2d) 58 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 60, reflects that position:

The plaintiff relies on [*Rasanen*] and other similar decisions to assert that the principle of issue estoppel should apply to administrative decisions. This is true only where the decision is the result of a fair, unbiased adjudicative process where “the hearing process provides parties with an opportunity to know and meet the case against them”.

In *Wong, supra*, the Alberta Court of Appeal rejected an attack on the decision of an employment standards review officer and held that the ESA decision was adequate to create an estoppel as long as “the appellant knew of the case against him and was given an opportunity to state his position” (para. 20). See also *Alderman v. North Shore Studio Management Ltd.*, [1997] 5 W.W.R. 535 (B.C.S.C.).

[TRADUCTION] Pour autant que la procédure d'instruction du tribunal administratif donne à chacune des parties la possibilité de connaître les prétentions de l'autre et de les réfuter et que la décision rendue relève de la compétence du tribunal, peu importe alors à quel point la procédure s'apparente à un procès ou aux procédures préalables à celui-ci, je ne vois aucune raison fondée sur des principes qui justifierait, dans le cadre d'une action subséquente, de soustraire les questions décidées par un tribunal administratif à l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. [Je souligne.]

Cette approche a subséquentement été retenue par des tribunaux de première instance en Ontario : *Machado c. Pratt & Whitney Canada Inc.* (1995), 12 C.C.E.L. (2d) 132 (C. Ont. (Div. gén.)); *Randhawa c. Everest & Jennings Canadian Ltd.* (1996), 22 C.C.E.L. (2d) 19 (C. Ont. (Div. gén.)); *Heynen c. Frito-Lay Canada Ltd.* (1997), 32 C.C.E.L. (2d) 183 (C. Ont. (Div. gén.)); *Perez c. GE Capital Technology Management Services Canada Inc.* (1999), 47 C.C.E.L. (2d) 145 (C.S.J.). Les propos suivants du juge Métivier dans l'affaire *Munyal c. Sears Canada Inc.* (1997), 29 C.C.E.L. (2d) 58 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 60, reflètent ce point de vue :

[TRADUCTION] La partie demanderesse s'appuie sur [l'arrêt *Rasanen*] et sur d'autres décisions au même effet pour affirmer que le principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée devrait s'appliquer aux décisions administratives. Ce n'est le cas que lorsque la décision est le fruit d'un processus décisionnel équitable et impartial « comportant une audience dans le cadre de laquelle chacune des parties a la possibilité de prendre connaissance des prétentions de l'autre et de les réfuter ».

Dans l'arrêt *Wong*, précité, la Cour d'appel de l'Alberta a rejeté une contestation visant la décision d'un agent de révision en matière de normes d'emploi et a conclu qu'il était possible de plaider la préclusion à l'égard de cette décision dans la mesure où [TRADUCTION] « l'appelant connaissait les prétentions formulées contre lui et avait eu la possibilité de faire valoir son point de vue » (par. 20). Voir également *Alderman c. North Shore Studio Management Ltd.*, [1997] 5 W.W.R. 535 (C.S.C.-B.).

47

In my view, with respect, the theory that a denial of natural justice deprives the ESA decision of its character as a “judicial” decision rests on a misconception. Flawed the decision may be, but “judicial” (as distinguished from administrative or legislative) it remains. Once it is determined that the decision maker was capable of receiving and exercising adjudicative authority and that the particular decision was one that was required to be made in a judicial manner, the decision does not cease to have that character (“judicial”) because the decision maker erred in carrying out his or her functions. As early as *R. v. Nat Bell Liquors Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128 (H.L.), it was held that a conviction entered by an Alberta magistrate could not be quashed for lack of jurisdiction on the grounds that the depositions showed that there was no evidence to support the conviction or that the magistrate misdirected himself in considering the evidence. The jurisdiction to try the charges was distinguished from alleged errors in “the observance of the law in the course of its exercise” (p. 156). If the conditions precedent to the exercise of a judicial jurisdiction are satisfied (as here), subsequent errors in its exercise, including violations of natural justice, render the decision voidable, not void: *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at pp. 584-85. The decision remains a “judicial decision”, although seriously flawed by the want of proper notice and the denial of the opportunity to be heard.

48

I mentioned at the outset that estoppel *per rem judicatem* is closely linked to the rule against collateral attack, and indeed to the principles of judicial review. If the appellant had gone to court to seek judicial review of the ESA officer’s decision without first following the internal administrative review route, she would have been confronted with the decision of this Court in *Harelkin, supra*. In that case a university student failed in his judicial review application to quash the decision of a

En toute déférence, j’estime que la thèse voulant que l’inobservation des principes de justice naturelle ait pour effet d’enlever tout caractère « judiciaire » à la décision fondée sur la LNE repose sur une idée fautive. Il se peut que la décision présente des failles, mais elle demeure « judiciaire » (plutôt qu’administrative ou législative). Une fois qu’il est établi que l’auteur de la décision pouvait être investi d’un pouvoir juridictionnel, qu’il pouvait exercer ce pouvoir et que la décision litigieuse devait être rendue de manière judiciaire, celle-ci ne perd pas son caractère « judiciaire » parce que son auteur a commis une erreur dans l’accomplissement de ses fonctions. Dans un vieil arrêt, *R. c. Nat Bell Liquors Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128 (H.L.), il a été jugé que la déclaration de culpabilité inscrite par un magistrat albertain ne pouvait être annulée pour cause d’absence de compétence sur le fondement que les témoignages ne révélaient aucune preuve étayant la déclaration de culpabilité ou parce que le magistrat s’était donné des directives erronées dans l’examen de la preuve. Une distinction a été établie entre le pouvoir de juger les accusations et les erreurs qui auraient été commises en matière d’[TRADUCTION] « observation de la loi dans l’exercice de ce pouvoir » (p. 156). Si les conditions préalables à l’exercice d’une compétence de nature judiciaire sont réunies (comme c’est le cas en l’espèce), toute erreur subséquente dans l’exercice de cette compétence, y compris les manquements aux règles de la justice naturelle, ne rend pas la décision nulle mais annulable : *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, p. 584-585. La décision reste une décision « judiciaire », quoiqu’elle souffre de sérieuses lacunes du fait de l’absence de préavis suffisant et du défaut d’accorder la possibilité de se faire entendre.

Comme je l’ai mentionné plus tôt, la préclusion *per rem judicatem* est étroitement liée à la règle prohibant les contestations indirectes et, de fait, aux principes régissant le contrôle judiciaire. Si l’appelante s’était adressée à une cour de justice pour demander le contrôle judiciaire de la décision de l’agente des normes d’emploi sans se prévaloir au préalable du mécanisme de révision administrative interne, on lui aurait opposé l’arrêt *Harelkin*, précité, de notre Cour. Dans cette affaire, la

faculty committee of the University of Regina which found his academic performance to be unsatisfactory. The faculty committee was required to act in a judicial manner but failed, as here, to give proper notice and an opportunity to be heard. It was held that the failure did not deprive the faculty committee of its adjudicative jurisdiction. Its decision was subject to judicial review, but this was refused in the exercise of the Court's discretion. Adoption of the appellant's theory in this case would create an anomalous result. If she is correct that the ESA officer stepped outside her judicial role and lost jurisdiction for all purposes, including issue estoppel, the *Harelkin* barrier to judicial review would be neatly sidestepped. She would have no need to seek judicial review to set aside the ESA decision. She would be, on her theory, entitled as of right to have it ignored in her civil action.

The appellant's position would also create an anomalous situation under the rule against collateral attack. As noted by the respondent, the rejection of issue estoppel in this case would constitute, in a sense, a successful collateral attack on the ESA decision, which has been impeached neither by administrative review nor judicial review. On the appellant's theory, an excess of jurisdiction in the course of the ESA proceeding would prevent issue estoppel, even though *Maybrun, supra*, says that an act in excess of a jurisdiction which the decision maker initially possessed does not necessarily open the decision to collateral attack. It depends, according to *Maybrun*, on which forum

demande de contrôle judiciaire qu'avait présentée un étudiant de l'université de Regina en vue d'obtenir l'annulation de la décision rendue par un comité d'une faculté de cet établissement et portant que ses notes étaient insatisfaisantes a été rejetée. Ce comité était tenu d'agir judiciairement, mais, tout comme en l'espèce, il avait omis de donner à l'étudiant un préavis suffisant et la possibilité de se faire entendre. Il a été jugé que cette omission n'avait pas fait perdre au comité sa compétence juridictionnelle. La décision du comité était susceptible de contrôle judiciaire, mais notre Cour, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, a refusé de faire droit à ce recours. Retenir la thèse de l'appelante en l'espèce entraînerait un résultat anormal. Si elle a raison de prétendre que l'agente des normes d'emploi a cessé d'agir judiciairement et a perdu compétence, à tout point de vue, y compris pour l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, l'obstacle au contrôle judiciaire que constitue l'arrêt *Harelkin* serait habilement contourné. Elle n'aurait en effet pas besoin de demander le contrôle judiciaire de la décision de l'agente pour la faire annuler puisque, selon ce qu'elle soutient, elle a d'office droit à ce qu'on n'en tienne pas compte dans le cadre de son action au civil.

La thèse avancée par l'appelante créerait également une situation anormale pour ce qui concerne la règle prohibant les contestations indirectes. Comme l'a souligné l'intimée, le refus d'appliquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en l'espèce équivaldrait, en un sens, à faire droit à une contestation indirecte de la décision de l'agente des normes d'emploi, décision qui n'a été contestée ni par voie de révision administrative ni par voie de contrôle judiciaire. Suivant la thèse de l'appelante, un excès de compétence pendant le déroulement de la procédure administrative prévue par la LNE empêche l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, bien que dans l'arrêt *Maybrun*, précité, notre Cour ait dit qu'une mesure outrepassant la compétence que possédait initialement le décideur ne donne pas nécessairement ouverture aux contestations indirectes de cette décision. Suivant cet arrêt, tout dépend du forum devant lequel le législateur a

the legislature intended the jurisdictional attack to be made in, the administrative review forum or the court (para. 49).

voulu que soit présentée la contestation d'ordre juridictionnel, savoir le tribunal administratif chargé de la révision ou une cour de justice (par. 49).

50

It seems to me that the unsuccessful litigant in administrative proceedings should be encouraged to pursue whatever administrative remedy is available. Here, it is worth repeating, she elected the ESA forum. Employers and employees should be able to rely on ESA determinations unless steps are taken promptly to set them aside. One major legislative objective of the ESA scheme is to facilitate a quick resolution of termination benefits so that both employee and employer can get on to other things. Where, as here, the ESA issues are determined within a year, a contract claim could nevertheless still be commenced thereafter in Ontario within six years of the alleged breach, producing a lingering five years of uncertainty. This is to be discouraged.

À mon sens, il faut inciter le plaideur qui n'a pas gain de cause dans le cadre d'une instance administrative à se prévaloir de tous les recours administratifs qui lui sont ouverts. Il convient de rappeler que, en l'espèce, l'appelante a opté pour le recours prévu par la LNE. Tant les employeurs que les employés doivent être en mesure de s'en remettre aux décisions rendues sous le régime de la LNE à moins qu'une mesure ne soit prise rapidement pour en obtenir l'annulation. Un objectif important du régime établi par le législateur dans la LNE est de faciliter le règlement rapide des différends portant sur les indemnités de licenciement, de sorte que l'employé et l'employeur puissent tourner la page. Dans les cas où, comme en l'espèce, les questions touchant à l'application de la LNE sont tranchées dans un délai d'un an ou moins, il est néanmoins possible, en Ontario, d'intenter une action contractuelle dans les six ans qui suivent le manquement allégué, ce qui peut donner lieu à cinq années d'incertitude. De telles situations doivent être évitées.

51

In summary, it is clear that an administrative decision which is made without jurisdiction from the outset cannot form the basis of an estoppel. The conditions precedent to the adjudicative jurisdiction must be satisfied. Where arguments can be made that an administrative officer or tribunal initially possessed the jurisdiction to make a decision in a judicial manner but erred in the exercise of that jurisdiction, the resulting decision is nevertheless capable of forming the basis of an estoppel. Alleged errors in carrying out the mandate are matters to be considered by the court in the exercise of its discretion. This result makes the principle governing estoppel consistent with the law

En résumé, il est clair qu'une décision administrative qui a au départ été prise sans la compétence requise ne peut fonder l'application de la préclusion. Les conditions préalables à l'exercice de la compétence juridictionnelle doivent être réunies. Lorsqu'il est possible d'affirmer que le décideur administratif — fonctionnaire ou tribunal — avait initialement compétence pour rendre une décision de manière judiciaire, mais qu'il a commis une erreur dans l'exercice de cette compétence, la décision rendue est néanmoins susceptible de fonder l'application de la préclusion. Les erreurs qui auraient été commises dans l'accomplissement du mandat doivent être prises en considération par la cour de justice dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Cela a pour effet d'assurer la conformité du principe régissant la préclusion avec les règles de droit relatives au contrôle judiciaire énoncées dans l'arrêt *Harelkin*, précité, et celles

governing judicial review in *Harelkin, supra*, and collateral attack in *Maybrun, supra*.

Where I differ from the Ontario Court of Appeal in this case is in its conclusion that the failure of the appellant to seek such an administrative review of the ESA officer's flawed decision was fatal to her position. In my view, with respect, the refusal of the ESA officer to afford the appellant proper notice and the opportunity to be heard are matters of great importance in the exercise of the court's discretion, as will be seen.

I turn now to the three preconditions to issue estoppel set out by Dickson J. in *Angle, supra*, at p. 254.

3. Issue Estoppel: Applying the Tests

(a) *That the Same Question Has Been Decided*

A cause of action has traditionally been defined as comprising every fact which it would be necessary for the plaintiff to prove, if disputed, in order to support his or her right to the judgment of the court: *Poucher v. Wilkins* (1915), 33 O.L.R. 125 (C.A.). Establishing each such fact (sometimes referred to as material facts) constitutes a precondition to success. It is apparent that different causes of action may have one or more material facts in common. In this case, for example, the existence of an employment contract is a material fact common to both the ESA proceeding and to the appellant's wrongful dismissal claim in court. Issue estoppel simply means that once a material fact such as a valid employment contract is found to exist (or not to exist) by a court or tribunal of competent jurisdiction, whether on the basis of evidence or admissions, the same issue cannot be relitigated in subsequent proceedings between the same parties. The estoppel, in other words, extends to the issues of fact, law, and mixed fact and law

relatives aux contestations indirectes énoncées dans l'arrêt *Maybrun*, précité.

Là où je diverge d'opinion avec la Cour d'appel de l'Ontario, c'est relativement à sa conclusion que le fait pour l'appelante de ne pas avoir demandé la révision administrative de la décision lacunaire de l'agent(e) porte un coup fatal à la thèse de l'appelante. En toute déférence, je suis d'avis que le refus de l'agent(e) des normes d'emploi de donner à l'appelante un préavis suffisant et la possibilité de se faire entendre est un facteur très important dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour, comme nous le verrons plus loin.

Je vais maintenant examiner les trois conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée énoncées par le juge Dickson dans l'arrêt *Angle*, précité, p. 254.

3. La préclusion découlant d'une question déjà tranchée : application des conditions

a) *La condition requérant que la même question ait déjà été tranchée*

Traditionnellement, on définit la cause d'action comme étant tous les faits que le demandeur doit prouver, s'ils sont contestés, pour étayer son droit d'obtenir jugement de la cour en sa faveur: *Poucher c. Wilkins* (1915), 33 O.L.R. 125 (C.A.). Pour que le demandeur ait gain de cause, chacun de ces faits (souvent qualifiés de faits substantiels) doit donc être établi. Il est évident que des causes d'action différentes peuvent avoir en commun un ou plusieurs faits substantiels. En l'espèce, par exemple, l'existence d'un contrat de travail est un fait substantiel commun au recours administratif et à l'action pour congédiement injustifié intentée au civil par l'appelante. L'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée signifie simplement que, dans le cas où le tribunal judiciaire ou administratif compétent a conclu, sur le fondement d'éléments de preuve ou d'admissions, à l'existence (ou à l'inexistence) d'un fait pertinent — par exemple un contrat de travail valable —, cette même question ne peut être débattue à nouveau dans le cadre d'une instance ultérieure opposant les mêmes parties. En d'autres termes, la pré-

52

53

54

that are necessarily bound up with the determination of that "issue" in the prior proceeding.

55

The parties are agreed here that the "same issue" requirement is satisfied. In the appellant's wrongful dismissal action, she is claiming \$300,000 in unpaid commissions. This puts in issue the same entitlement as was refused her in the ESA proceeding. One or more of the factual or legal issues essential to this entitlement were necessarily determined against her in the earlier ESA proceeding. If issue estoppel applies, it prevents her from asserting that these adverse findings ought now to be found in her favour.

(b) *That the Judicial Decision Which Is Said to Create the Estoppel Was Final*

56

As already discussed, the requirement that the prior decision be "judicial" (as opposed to administrative or legislative) is satisfied in this case.

57

Further, I agree with the Ontario Court of Appeal that the employee not having taken advantage of the internal review procedure, the decision of the ESA officer was final for the purposes of the Act and therefore capable in the normal course of events of giving rise to an estoppel.

58

I have already noted that in this case, unlike *Harelkin*, *supra*, the appellant had no right of appeal. She could merely make a request to the ESA Director for a review by an ESA adjudicator. While this may be a factor in the exercise of the discretion to deny issue estoppel, it does not affect the finality of the ESA decision. The appellant could fairly argue on a judicial review application that unlike *Harelkin* she had no "adequate alternative remedy" available to her as of right. The ESA

clusion vise les questions de fait, les questions de droit ainsi que les questions mixtes de fait et de droit qui sont nécessairement liées à la résolution de cette « question » dans l'instance antérieure.

En l'espèce, les parties conviennent que la condition relative à l'existence d'une « même question » est remplie. Dans son action pour congédiement injustifié, l'appelante réclame 300 000 \$ à titre de commissions impayées. Cela met en jeu le droit même qui lui a été refusé dans le cadre de l'instance fondée sur la LNE. Une ou plusieurs des questions de fait ou de droit essentielles à la reconnaissance de ce droit ont nécessairement été tranchées en faveur de l'employeur dans le cadre de la procédure administrative. Si la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique, cela a pour effet d'empêcher l'appelante de soutenir que ces questions devraient maintenant être tranchées en sa faveur.

b) *La condition requérant que la décision judiciaire qui entraînerait l'application de la préclusion ait un caractère définitif*

Comme il a été indiqué plus tôt, la condition requérant que la décision antérieure soit une décision « judiciaire » (plutôt qu'administrative ou législative) est satisfaite en l'espèce.

En outre, je souscris à l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario selon laquelle, en raison du fait que l'employée ne s'est pas prévalu du mécanisme de révision interne, la décision de l'agente des normes d'emploi avait un caractère définitif pour l'application de la Loi et était donc susceptible, dans le cours normal des choses, de faire naître la préclusion.

J'ai déjà souligné que, en l'espèce, contrairement à l'affaire *Harelkin*, précitée, l'appelante ne disposait d'aucun droit d'appel. Elle pouvait uniquement demander au directeur de faire réviser par un arbitre la décision de l'agente des normes d'emploi. Bien qu'il puisse s'agir d'un facteur à prendre en considération dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de refuser l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, il n'a aucun effet sur le caractère définitif de la décision.

decision must nevertheless be treated as final for present purposes.

(c) *That the Parties to the Judicial Decision or Their Privies Were the Same Persons as the Parties to the Proceedings in Which the Estoppel Is Raised or Their Privies*

This requirement assures mutuality. If the limitation did not exist, a stranger to the earlier proceeding could insist that a party thereto be bound in subsequent litigation by the findings in the earlier litigation even though the stranger, who became a party only to the subsequent litigation, would not be: *Machin, supra*; *Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321 (C.A.), *per* Laskin J.A., at pp. 339-40. The mutuality requirement was subject to some critical comment by McEachern C.J.B.C. when sitting as a trial judge in *Saskatoon Credit Union Ltd. v. Central Park Ent. Ltd.* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 89 (S.C.), at p. 96, and has been substantially modified in many jurisdictions in the United States: see *Holmsted and Watson, supra*, at 21§24, and G. D. Watson, "Duplicative Litigation: Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 623.

The concept of "privity" of course is somewhat elastic. The learned editors of J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant in *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 1088 say, somewhat pessimistically, that "[i]t is impossible to be categorical about the degree of interest which will create privity" and that determinations must be made on a case-by-case basis. In this case, the parties are identical and the outer limits of "mutuality" and of the "same parties" requirement need not be further addressed.

L'appelante pourrait à juste titre prétendre, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, que contrairement à M. Harelkin elle ne disposait pas, de plein droit, d'un autre « recours approprié ». Néanmoins, la décision de l'agente des normes d'emploi doit être tenue pour définitive pour les fins du présent pourvoi.

c) *La condition requérant que les parties à la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes que les parties aux procédures au cours desquelles la préclusion est plaidée, ou leurs ayants droit*

Cette condition garantit la réciprocité. Si elle ne s'appliquait pas, un tiers aux procédures antérieures pourrait exiger qu'une partie à celles-ci soit considérée comme liée, dans le cadre d'une instance ultérieure, par les conclusions tirées au cours des premières procédures, alors que ce tiers, qui ne serait partie qu'à la seconde instance, ne serait pas lié par ces conclusions : *Machin, précité*; *Minott c. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321 (C.A.), le juge Laskin, p. 339-340. Cette condition de réciprocité a fait l'objet de certaines critiques par le juge McEachern (plus tard Juge en chef de la Colombie-Britannique), pendant qu'il siégeait en première instance, dans l'affaire *Saskatoon Credit Union Ltd. c. Central Park Ent. Ltd.* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 89 (C.S.), p. 96, et elle a été modifiée de façon substantielle dans bon nombre d'États américains : voir *Holmsted et Watson, op. cit.*, 21§24, et G. D. Watson, « Duplicative Litigation : Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality » (1990), 69 *R. du B. can.* 623.

Évidemment, la notion de « lien de droit » est assez élastique. J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, les éminents éditeurs de l'ouvrage *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), affirment avec un certain pessimisme, à la p. 1088, qu'[TRADUCTION] « [i]l est impossible d'être catégorique quant à l'étendue de l'intérêt qui crée un lien de droit » et qu'il faut trancher au cas par cas. En l'espèce, les parties sont les mêmes et il n'y a pas lieu d'explorer davantage les confins des notions de « réciprocité » et d'« identité des parties ».

61 I conclude that the preconditions to issue estoppel are met in this case.

4. The Exercise of the Discretion

62 The appellant submitted that the Court should nevertheless refuse to apply estoppel as a matter of discretion. There is no doubt that such a discretion exists. In *General Motors of Canada Ltd. v. Naken*, [1983] 1 S.C.R. 72, Estey J. noted, at p. 101, that in the context of court proceedings “such a discretion must be very limited in application”. In my view the discretion is necessarily broader in relation to the prior decisions of administrative tribunals because of the enormous range and diversity of the structures, mandates and procedures of administrative decision makers.

63 In *Bugbusters, supra*, Finch J.A. (now C.J.B.C.) observed, at para. 32:

It must always be remembered that although the three requirements for issue estoppel must be satisfied before it can apply, the fact that they may be satisfied does not automatically give rise to its application. Issue estoppel is an equitable doctrine, and as can be seen from the cases, is closely related to abuse of process. The doctrine of issue estoppel is designed as an implement of justice, and a protection against injustice. It inevitably calls upon the exercise of a judicial discretion to achieve fairness according to the circumstances of each case.

Apart from noting parenthetically that estoppel *per rem judicatem* is generally considered a common law doctrine (unlike promissory estoppel which is clearly equitable in origin), I think this is a correct statement of the law. Finch J.A.’s *dictum* was adopted and applied by the Ontario Court of Appeal in *Schweneke, supra*, at paras. 38 and 43:

J’arrive à la conclusion que les conditions d’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée sont réunies en l’espèce.

4. L’exercice du pouvoir discrétionnaire

L’appelante fait valoir que la Cour doit néanmoins exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser l’application de la préclusion. Il ne fait aucun doute que ce pouvoir discrétionnaire existe. Dans l’arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. Naken*, [1983] 1 R.C.S. 72, le juge Estey a souligné, à la p. 101, que dans le contexte d’une instance judiciaire « ce pouvoir discrétionnaire est très limité dans son application ». À mon avis, le pouvoir discrétionnaire est nécessairement plus étendu à l’égard des décisions des tribunaux administratifs, étant donné la diversité considérable des structures, missions et procédures des décideurs administratifs.

Dans l’arrêt *Bugbusters*, précité, le juge Finch de la Cour d’appel (maintenant Juge en chef de la Colombie-Britannique) a fait les observations suivantes, au par 32 :

[TRADUCTION] Il faut toujours se rappeler que, bien que les trois conditions d’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée doivent être réunies pour que celle-ci puisse être invoquée, le fait que ces conditions soient présentes n’emporte pas nécessairement l’application de la préclusion. Il s’agit d’une doctrine issue de l’*equity* et, comme l’indique la jurisprudence, elle présente des liens étroits avec l’abus de procédure. Elle se veut un moyen de rendre justice et de protéger contre l’injustice. Elle implique inévitablement l’exercice par la cour de son pouvoir discrétionnaire pour assurer le respect de l’équité selon les circonstances propres à chaque espèce.

Mis à part, entre parenthèses, le fait que la préclusion *per rem judicatem* soit généralement considérée comme une doctrine de common law (contrairement à la préclusion fondée sur une promesse, qui tire clairement son origine de l’*equity*), j’estime qu’il s’agit d’un énoncé fidèle du droit applicable. Cette remarque incidente du juge Finch a été retenue et appliquée par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’affaire *Schweneke*, précitée, par. 38 et 43 :

The discretion to refuse to give effect to issue estoppel becomes relevant only where the three prerequisites to the operation of the doctrine exist. . . . The exercise of the discretion is necessarily case specific and depends on the entirety of the circumstances. In exercising the discretion the court must ask — is there something in the circumstances of this case such that the usual operation of the doctrine of issue estoppel would work an injustice?

. . . The discretion must respond to the realities of each case and not to abstract concerns that arise in virtually every case where the finding relied on to support the doctrine was made by a tribunal and not a court.

See also *Braithwaite, supra*, at para. 56.

Courts elsewhere in the Commonwealth apply similar principles. In *Arnold v. National Westminster Bank plc*, [1991] 3 All E.R. 41, the House of Lords exercised its discretion against the application of issue estoppel arising out of an earlier arbitration, *per* Lord Keith of Kinkel, at p. 50:

One of the purposes of estoppel being to work justice between the parties, it is open to courts to recognise that in special circumstances inflexible application of it may have the opposite result. . . .

In the present case Rosenberg J.A. noted in passing at pp. 248-49 the possible existence of a potential discretion but, with respect, he gave it short shrift. There was no discussion or analysis of the merits of its exercise. He simply concluded, at p. 256:

In summary, Ms. Burke did not accord this appellant natural justice. The appellant's recourse was to seek review of Ms. Burke's decision. She failed to do so. That decision is binding upon her and her employer.

In my view it was an error of principle not to address the factors for and against the exercise of

[TRADUCTION] Le pouvoir discrétionnaire de refuser de donner effet à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne naît que lorsque les trois conditions d'application de la doctrine sont réunies. [. . .] Ce pouvoir discrétionnaire est nécessairement exercé au cas par cas et son application dépend de l'ensemble des circonstances. Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, la cour doit se poser la question suivante : existe-t-il, en l'espèce, une circonstance qui ferait en sorte que l'application normale de la doctrine créerait une injustice?

. . . L'exercice du pouvoir discrétionnaire doit tenir compte des réalités propres à chaque affaire et non de préoccupations abstraites, qui sont présentes dans pratiquement tous les cas où la décision invoquée au soutien de la demande d'application a été rendue par un tribunal administratif et non par un tribunal judiciaire.

Voir également *Braithwaite*, précité, par. 56.

Les cours de justice d'autres pays du Commonwealth appliquent des principes analogues. Dans l'arrêt *Arnold c. National Westminster Bank plc*, [1991] 3 All E.R. 41, la Chambre des lords a exercé son pouvoir discrétionnaire et refusé d'appliquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée à l'égard d'une sentence arbitrale. Voici ce qu'a dit lord Keith of Kinkel, à la p. 50 :

[TRADUCTION] L'une des raisons d'être de la préclusion étant de rendre justice aux parties, il est loisible aux cours de justice de reconnaître que, dans certaines circonstances, son application rigide produirait l'effet contraire. . .

Dans la présente affaire, le juge Rosenberg a mentionné, aux p. 248-249, l'existence possible d'un pouvoir discrétionnaire potentiel mais, en toute déférence, il ne s'y est pas attardé. Il n'a ni examiné ni analysé le bien-fondé de l'exercice de ce pouvoir. Il a simplement conclu ainsi, à la p. 256 :

[TRADUCTION] En résumé, M^{me} Burke n'a pas accordé à l'appellante le bénéfice des règles de justice naturelle. Le recours qui s'offrait à cette dernière était de demander la révision de la décision de l'agente. Elle ne l'a pas fait. Elle et son employeur sont liés par cette décision.

Je suis d'avis que la Cour d'appel a commis une erreur de principe en omettant de soupeser les fac-

64

65

66

the discretion which the court clearly possessed. This is not a situation where this Court is being asked by an appellant to substitute its opinion for that of the motions judge or the Court of Appeal. The appellant is entitled at some stage to appropriate consideration of the discretionary factors and to date this has not happened.

teurs favorables et défavorables à l'exercice du pouvoir discrétionnaire dont elle était clairement investie. Il ne s'agit pas d'un cas où notre Cour est invitée par la partie appelante à substituer son opinion à celle du juge des requêtes ou de la Cour d'appel. L'appelante a droit à ce que, à un certain point dans le processus, on examine de façon appropriée les facteurs pertinents à l'exercice du pouvoir discrétionnaire, et jusqu'à maintenant on ne l'a pas fait.

67 The list of factors is open. They include many of the same factors listed in *Maybrun* in connection with the rule against collateral attack. A similarly helpful list was proposed by Laskin J.A. in *Minott*, *supra*. The objective is to ensure that the operation of issue estoppel promotes the orderly administration of justice but not at the cost of real injustice in the particular case. Seven factors, discussed below, are relevant in this case.

La liste de ces facteurs n'est pas exhaustive. Elle comporte bon nombre de ceux qui ont été mentionnés dans l'arrêt *Maybrun* en rapport avec la règle prohibant les contestations indirectes. Le juge Laskin a lui aussi proposé une liste fort utile dans l'affaire *Minott*, précitée. L'objectif est de faire en sorte que l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée favorise l'administration ordonnée de la justice, mais pas au prix d'une injustice concrète dans une affaire donnée. Sept facteurs, mentionnés ci-après, sont pertinents dans la présente affaire.

(a) *The Wording of the Statute from which the Power to Issue the Administrative Order Derives*

a) *Le libellé du texte de loi accordant le pouvoir de rendre l'ordonnance administrative*

68 In this case the ESA includes s. 6(1) which provides that:

En l'espèce, la LNE comporte le par. 6(1), qui prévoit ce qui suit :

No civil remedy of an employee against his or her employer is suspended or affected by this Act. [Emphasis added.]

La présente loi ne suspend pas les recours civils dont dispose un employé contre son employeur ni n'y porte atteinte. [Je souligne.]

69 This provision suggests that at the time the Ontario legislature did not intend ESA proceedings to become an exclusive forum. (Recent amendments to the Act now require an employee to elect either the ESA procedure or the court. Even prior to the new amendments, however, a court could properly conclude that relitigation of an issue would be an abuse: *Rasanen*, *supra*, per Morden A.C.J.O., at p. 293, Carthy J.A., at p. 288.)

Cette disposition tend à indiquer que, à l'époque pertinente, le législateur ontarien n'entendait pas que le forum prévu par la LNE ait pour effet d'exclure tous les autres. (De récentes modifications apportées à la Loi obligent désormais l'employé à choisir entre la procédure prévue par la LNE ou le recours aux tribunaux judiciaires. Cependant, même avant ces modifications, les cours de justice pouvaient à bon droit conclure que l'engagement de nouvelles procédures à l'égard d'une question constituait un abus : *Rasanen*, précité, le juge en chef adjoint Morden de la Cour d'appel de l'Ontario, p. 293, le juge Carthy, p. 288.)

While it is generally reasonable for defendants to expect to be able to move on with their lives once one set of proceedings — including any available appeals — has ended in a rejection of liability, here, the appellant commenced her civil action against the respondents before the ESA officer reached a decision (as was clearly authorized by the statute at that time). Thus, the respondents were well aware, in law and in fact, that they were expected to respond to parallel and to some extent overlapping proceedings.

(b) *The Purpose of the Legislation*

The focus of an earlier administrative proceeding might be entirely different from that of the subsequent litigation, even though one or more of the same issues might be implicated. In *Bugbusters*, *supra*, a forestry company was compulsorily recruited to help fight a forest fire in British Columbia. It subsequently sought reimbursement for its expenses under the B.C. *Forest Act*, R.S.B.C. 1979, c. 140. The expense claim was allowed *despite* an allegation that the fire had been started by a Bugbusters employee who carelessly discarded his cigarette. (This, if proved, would have disentitled Bugbusters to reimbursement.) The Crown later started a \$5 million negligence claim against Bugbusters, for losses occasioned by the forest fire. Bugbusters invoked issue estoppel. The court, in the exercise of its discretion, denied relief. One reason, *per* Finch J.A., at para. 30, was that

a final decision on the Crown's right to recover its losses was not within the reasonable expectation of either party at the time of those [reimbursement] proceedings [under the *Forest Act*].

A similar point was made in *Rasanen*, *supra*, by Carthy J.A., at p. 290:

It would be unfair to an employee who sought out immediate and limited relief of \$4,000, forsaking dis-

Bien qu'il soit généralement raisonnable pour un défendeur d'escompter pouvoir tourner la page après des procédures — y compris tout appel possible — au terme desquelles sa responsabilité n'a pas été retenue, en l'espèce l'appelante a intenté son action civile contre les intimés avant que l'agente des normes d'emploi n'ait rendu sa décision (comme l'y autorisait clairement la loi pertinente à l'époque). En conséquence, les intimés savaient parfaitement, en droit et en fait, qu'ils devaient se défendre dans des procédures parallèles se chevauchant dans une certaine mesure.

b) *L'objet de la loi*

Il est fort possible que le nœud d'une instance administrative soit totalement différent de celui d'un litige subséquent, même si une ou plusieurs des questions litigieuses sont les mêmes. Dans l'affaire *Bugbusters*, précitée, une entreprise forestière a été conscrite afin d'aller combattre un incendie de forêt en Colombie-Britannique. Elle a par la suite demandé le remboursement de ses dépenses en vertu de la *Forest Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 140, de cette province. On a fait droit à sa demande *malgré* des allégations selon lesquelles l'incendie avait été causé par un de ses employés qui aurait négligemment jeté une cigarette. (Si l'allégation avait été prouvée, Bugbusters n'aurait pas eu droit au remboursement.) Sa Majesté a par la suite intenté une action en négligence de 5 000 000 \$ contre Bugbusters pour être indemnisée des pertes occasionnées par le feu de forêt. Cette dernière a plaidé la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Exerçant son pouvoir discrétionnaire, la Cour d'appel a refusé d'appliquer la doctrine, notamment pour le motif suivant, exposé par le juge Finch, au par. 30 :

[TRADUCTION] . . . pendant l'instance [en remboursement fondée sur la *Forest Act*], aucune des parties ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'il soit statué définitivement sur le droit de Sa Majesté d'être indemnisée de ses pertes.

Une remarque au même effet a été formulée par le juge Carthy dans l'affaire *Rasanen*, précitée, p. 290 :

[TRADUCTION] Il serait injuste vis-à-vis d'un employé qui a demandé sans délai une indemnité limitée de

covery and representation in doing so, to then say that he is bound to the result as it affects a claim for ten times that amount.

A similar qualification is made in the American *Restatement of the Law, Second: Judgments 2d* (1982), vol. 2 § 83(2)(e), which refers to

procedural elements as may be necessary to constitute the proceeding a sufficient means of conclusively determining the matter in question, having regard for the magnitude and complexity of the matter in question, the urgency with which the matter must be resolved, and the opportunity of the parties to obtain evidence and formulate legal contentions.

72 I am mindful, of course, that here the appellant chose the ESA forum. Counsel for the respondent justly observed, with some exasperation:

As the record makes clear, Danyluk was represented by legal counsel prior to, at the time of, and subsequent to the cessation of her employment. Danyluk and her counsel were well aware of the fact that Danyluk had an initial choice of forums with respect to her claim for unpaid commissions and wages. . . .

73 Nevertheless, the purpose of the ESA is to provide a relatively quick and cheap means of resolving employment disputes. Putting excessive weight on the ESA decision in terms of issue estoppel would likely compel the parties in such cases to mount a full-scale trial-type offence and defence, thus tending to defeat the expeditious operation of the ESA scheme as a whole. This would undermine fulfilment of the purpose of the legislation.

(c) *The Availability of an Appeal*

74 This factor corresponds to the “adequate alternative remedy” issue in judicial review: *Harelkin*, *supra*, at p. 592. Here the employee had no right of appeal, but the existence of a potential administrative review and her failure to take advantage of it

4 000 \$, renonçant de ce fait à la communication de la preuve et au droit d’être représenté par avocat, de lui opposer ensuite qu’il est lié par le résultat de ce recours et par son effet sur la réclamation d’une somme dix fois plus élevée.

Une réserve semblable est formulée dans l’ouvrage américain *Restatement of the Law, Second: Judgments 2d* (1982), vol. 2, § 83(2)(e), où l’on fait état

[TRADUCTION] . . . des éléments procéduraux requis pour que l’instance permette de régler décisivement le différend, compte tenu de l’ampleur et de la complexité de celui-ci, de l’urgence avec laquelle il faut le trancher et de la possibilité pour les parties de recueillir de la preuve et de formuler des arguments juridiques.

Je suis bien sûr conscient du fait que, en l’espèce, l’appelante a choisi la procédure prévue par la LNE. L’avocat de l’intimée a fait remarquer à juste titre, non sans une certaine exaspération :

[TRADUCTION] Comme l’indique clairement le dossier, Mme Danyluk était représentée par avocat avant la cessation d’emploi, au moment de celle-ci et par la suite. Son avocat et elle savaient fort bien qu’elle avait au départ le choix du forum devant lequel présenter sa réclamation pour salaire et commissions impayés. . .

Néanmoins, l’objet de la LNE est d’offrir un moyen relativement rapide et peu coûteux de régler les différends entre employés et employeurs. Accorder un poids excessif aux décisions prises en vertu de la LNE, dans le contexte de l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, obligerait vraisemblablement les parties, en pareils cas, à préparer une demande et une défense équivalentes à celles préparées dans le cadre d’un véritable procès et tendrait ainsi à enlever à l’ensemble du régime établi par la LNE son caractère expéditif. Cette situation compromettrait l’objectif visé par la loi.

c) *L’existence d’un droit d’appel*

Ce facteur correspond à celui de l’autre « recours approprié » applicable en matière de contrôle judiciaire : *Harelkin*, précité, p. 592. Dans la présente affaire, l’employée ne disposait d’aucun droit d’appel, mais la possibilité d’une révision

must be counted against her: *Susan Shoe Industries Ltd. v. Ricciardi* (1994), 18 O.R. (3d) 660 (C.A.), at p. 662.

(d) *The Safeguards Available to the Parties in the Administrative Procedure*

As already mentioned, quick and expeditious procedures suitable to accomplish the objectives of the ESA scheme may simply be inadequate to deal with complex issues of fact or law. Administrative bodies, being masters of their own procedures, may exclude evidence the court thinks probative, or act on evidence the court considers less than reliable. If it has done so, this may be a factor in the exercise of the court's discretion. Here the breach of natural justice is a key factor in the appellant's favour.

Morden A.C.J.O. pointed out in his concurring judgment in *Rasanen, supra*, at p. 295: "I do not exclude the possibility that deficiencies in the procedure relating to the first decision could properly be a factor in deciding whether or not to apply issue estoppel." Laskin J.A. made a similar point in *Minott, supra*, at pp. 341-42.

(e) *The Expertise of the Administrative Decision Maker*

In this case the ESA officer was a non-legally trained individual asked to decide a potentially complex issue of contract law. The rough-and-ready approach suitable to getting things done in the vast majority of ESA claims is not the expertise required here. A similar factor operates with respect to the rule against collateral attack (*Maybrun, supra*, at para. 50):

administrative et l'omission de s'en prévaloir doivent être retenues contre elle : *Susan Shoe Industries Ltd. c. Ricciardi* (1994), 18 O.R. (3d) 660, (C.A.), p. 662.

d) *Les garanties offertes aux parties dans le cadre de l'instance administrative*

Comme il a été mentionné précédemment, la procédure expéditive propre à permettre la réalisation des objectifs de la LNE peut tout simplement ne pas convenir pour l'examen de complexes questions de fait ou de droit. Étant maîtres de leur procédure, les organismes administratifs peuvent écarter des éléments de preuve que les cours de justice estiment probants ou encore agir sur le fondement d'éléments que ces dernières ne jugent pas fiables. Si cela s'est produit, il peut s'agir d'un facteur à prendre en compte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour. En l'espèce, le manquement aux règles de justice naturelle est un facteur clé en faveur de l'appelante.

Dans l'affaire *Rasanen*, précitée, p. 295, le juge en chef adjoint Morden a souligné le point suivant, dans ses motifs de jugement concourants : [TRA-DUCTION] « Je n'exclus pas la possibilité que des lacunes dans la procédure ayant conduit à la première décision puissent à juste titre constituer un facteur dans la décision d'appliquer ou non la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. » Le juge Laskin de la Cour d'appel de l'Ontario a tenu des propos analogues dans l'affaire *Minott*, précitée, p. 341-342.

e) *L'expertise du décideur administratif*

Dans la présente affaire, l'agente des normes d'emploi, qui n'avait aucune formation juridique, était appelée à trancher une question potentiellement complexe en matière de droit des contrats. L'approche expéditive qui convient pour la grande majorité des demandes fondées sur la LNE n'est pas le genre d'expertise requise en l'espèce. Un facteur similaire s'applique à l'égard de la règle prohibant les contestations indirectes (*Maybrun*, précité, para. 50) :

75

76

77

... where an attack on an order is based on considerations which are foreign to an administrative appeal tribunal's expertise or *raison d'être*, this suggests, although it is not conclusive in itself, that the legislature did not intend to reserve the exclusive authority to rule on the validity of the order to that tribunal.

(f) *The Circumstances Giving Rise to the Prior Administrative Proceedings*

78

In the appellant's favour, it may be said that she invoked the ESA procedure at a time of personal vulnerability with her dismissal looming. It is unlikely the legislature intended a summary procedure for smallish claims to become a barrier to closer consideration of more substantial claims. (The legislature's subsequent reduction of the monetary limit of an ESA claim to \$10,000 is consistent with this view.) As Laskin J.A. pointed out in *Minott, supra*, at pp. 341-42:

... employees apply for benefits when they are most vulnerable, immediately after losing their job. The urgency with which they must invariably seek relief compromised their ability to adequately put forward their case for benefits or to respond to the case against them

79

On the other hand, in this particular case it must be said that the appellant with or without legal advice, included in her ESA claim the \$300,000 commissions, and she must shoulder at least part of the responsibility for her resulting difficulties.

(g) *The Potential Injustice*

80

As a final and most important factor, the Court should stand back and, taking into account the entirety of the circumstances, consider whether application of issue estoppel in the particular case would work an injustice. Rosenberg J.A. concluded that the appellant had received neither notice of the respondent's allegation nor an opportunity to respond. He was thus confronted with the

... le fait que la contestation de l'ordonnance repose sur des considérations étrangères à l'expertise ou à la raison d'être d'une instance administrative d'appel suggère, sans toutefois être déterminant en lui-même, que le législateur n'a pas voulu réserver à cette instance le pouvoir exclusif de se prononcer sur la validité de l'ordonnance.

f) *Les circonstances ayant donné naissance à l'instance administrative initiale*

Un argument qui peut être avancé en faveur de l'appelante est qu'elle s'est prévalu du recours fondé sur la LNE à un moment où l'imminence de son congédiement faisait d'elle une personne vulnérable. Il est peu probable que le législateur ait voulu qu'une procédure sommaire applicable à la réclamation de petites sommes fasse obstacle à l'examen approfondi de réclamations plus considérables. (La décision ultérieure du législateur de plafonner à 10 000 \$ les réclamations pouvant être présentées en vertu de la LNE concorde avec cette interprétation.) Comme l'a fait observer le juge Laskin dans l'arrêt *Minott*, précité, p. 341-342 :

[TRADUCTION] ... les employés présentent une demande au moment où ils sont le plus vulnérables, soit immédiatement après la perte de leur emploi. Le fait qu'ils doivent invariablement agir rapidement pour demander réparation compromet leur aptitude à présenter adéquatement leur point de vue ou à réfuter la thèse de la partie adverse. . .

Par contre, il convient de rappeler que dans la présente affaire l'appelante, agissant alors de son propre chef ou sur les conseils de son avocat, a inclus dans sa demande fondée sur la LNE les 300 000 \$ réclamés à titre de commissions et elle doit assumer la responsabilité d'au moins une partie des difficultés résultant de cette décision.

g) *Le risque d'injustice*

Suivant ce dernier facteur, qui est aussi le plus important, notre Cour doit prendre un certain recul et, eu égard à l'ensemble des circonstances, se demander si, dans l'affaire dont elle est saisie, l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée entraînerait une injustice. Le juge Rosenberg de la Cour d'appel a conclu que l'appelante n'avait pas été informée des allégations

problem identified by Jackson J.A., dissenting, in *Iron v. Saskatchewan (Minister of the Environment & Public Safety)*, [1993] 6 W.W.R. 1 (Sask. C.A.), at p. 21:

The doctrine of res judicata, being a means of doing justice between the parties in the context of the adversarial system, carries within its tenets the seeds of injustice, particularly in relation to issues of allowing parties to be heard.

Whatever the appellant's various procedural mistakes in this case, the stubborn fact remains that her claim to commissions worth \$300,000 has simply never been properly considered and adjudicated.

On considering the cumulative effect of the foregoing factors it is my view that the Court in its discretion should refuse to apply issue estoppel in this case.

V. Disposition

I would therefore allow the appeal with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Lang Michener, Toronto.

Solicitors for the respondents: Heenan Blaikie, Toronto.

de l'intimée et n'avait pas eu la possibilité d'y répondre. Le juge Rosenberg était donc aux prises avec le problème signalé par le juge Jackson, dans ses motifs dissidents dans l'arrêt *Iron c. Saskatchewan (Minister of the Environment & Public Safety)*, [1993] 6 W.W.R. 1 (C.A. Sask.), p. 21 :

[TRADUCTION] Constituant un moyen de rendre justice aux parties dans le contexte d'une procédure contradictoire, la doctrine de l'autorité de la chose jugée porte en elle-même le germe de l'injustice, spécialement lorsque le droit des parties de se faire entendre est en jeu.

Indépendamment des diverses erreurs de nature procédurale commises par l'appelante en l'espèce, il n'en demeure pas moins que sa réclamation visant des commissions totalisant 300 000 \$ n'a tout simplement jamais été examinée et tranchée adéquatement.

Vu l'effet cumulatif des facteurs susmentionnés, je suis d'avis que notre Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d'appliquer en l'espèce la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

81

V. Le dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

82

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Lang Michener, Toronto.

Procureurs des intimés: Heenan Blaikie, Toronto.

TAB C

Canadian Union of Public Employees,
Local 79 *Appellant*

v.

City of Toronto and Douglas C.
Stanley *Respondents*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: TORONTO (CITY) v. C.U.P.E., LOCAL 79

Neutral citation: 2003 SCC 63.

File No.: 28840.

2003: February 13; 2003: November 6.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Labour law — Arbitration — Dismissal without just cause — Evidence — Recreation instructor dismissed after being convicted of sexual assault — Conviction upheld on appeal — Arbitrator ruling that instructor had been dismissed without just cause — Whether union entitled to relitigate issue decided against employee in criminal proceedings — Evidence Act, R.S.O. 1990, c. E.23, s. 22.1 — Labour Relations Act, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 48.

Judicial review — Standard of review — Labour arbitration — Recreation instructor dismissed after being convicted of sexual assault — Arbitrator ruling that instructor had been dismissed without just cause — Whether arbitrator entitled to revisit conviction — Whether correctness is appropriate standard of review — Evidence Act, R.S.O. 1990, c. E.23, s. 22.1 — Labour Relations Act, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 48.

O worked as a recreation instructor for the respondent City. He was charged with sexually assaulting a boy under his supervision. He pleaded not guilty. At trial before a judge alone, he testified and was cross-

Syndicat canadien de la fonction publique,
section locale 79 *Appelant*

c.

Ville de Toronto et Douglas C.
Stanley *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : TORONTO (VILLE) c. S.C.F.P.,
SECTION LOCALE 79

Référence neutre : 2003 CSC 63.

N° du greffe : 28840.

2003 : 13 février; 2003 : 6 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

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

Droit du travail — Arbitrage — Congédiement sans motif valable — Preuve — Instructeur en loisirs congédié après avoir été déclaré coupable d'agression sexuelle — Déclaration de culpabilité confirmée en appel — Arbitre ayant statué que l'instructeur avait été congédié sans motif valable — Le syndicat est-il habilité à remettre en cause une question tranchée à l'encontre de l'employé dans une instance criminelle? — Loi sur la preuve, L.R.O. 1990, ch. E.23, art. 22.1 — Loi sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 48.

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Arbitrage en relations du travail — Instructeur en loisirs congédié après avoir été déclaré coupable d'agression sexuelle — Arbitre ayant statué que l'instructeur avait été congédié sans motif valable — L'arbitre est-il habilité à revenir sur la déclaration de culpabilité? — La norme de contrôle appropriée est-elle celle de la décision correcte? — Loi sur la preuve, L.R.O. 1990, ch. E.23, art. 22.1 — Loi sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 48.

O travaillait comme instructeur en loisirs pour la Ville intimée. Il a été accusé d'agression sexuelle contre un garçon confié à sa surveillance. Il a plaidé non coupable. Lors de son procès devant un juge seul, il a témoigné

examined. The trial judge found that the complainant was credible and that O was not. He entered a conviction, which was affirmed on appeal. The City fired O a few days after his conviction. O grieved the dismissal. At the arbitration hearing, the City submitted the complainant's testimony from the criminal trial and the notes of O's supervisor, who had spoken to the complainant at the time. The complainant was not called to testify. O testified, claiming that he had never sexually assaulted the boy. The arbitrator ruled that the criminal conviction was admissible evidence, but that it was not conclusive as to whether O had sexually assaulted the boy. No fresh evidence was introduced. The arbitrator held that the presumption raised by the criminal conviction had been rebutted, and that O had been dismissed without just cause. The Divisional Court quashed the arbitrator's ruling. The Court of Appeal upheld that decision.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.: When asked to decide whether a criminal conviction, *prima facie* admissible in a proceeding under s. 22.1 of the Ontario *Evidence Act*, ought to be rebutted or taken as conclusive, courts will turn to the doctrine of abuse of process to ascertain whether relitigation would be detrimental to the adjudicative process. The doctrine engages the inherent power of the court to prevent the misuse of its procedure, in a way that would bring the administration of justice into disrepute. It has been applied to preclude relitigation in circumstances where the strict requirements of issue estoppel are not met, but where allowing litigation to proceed would nonetheless violate such principles as judicial economy, consistency, finality and the integrity of the administration of justice. The motive of the party who seeks to relitigate, and the capacity in which he or she does so, cannot be decisive factors in the application of the bar against relitigation. What is improper is to attempt to impeach a judicial finding by the impermissible route of relitigation in a different forum. A proper focus on the process, rather than on the interests of a party, will reveal why relitigation should not be permitted. From the system's point of view, relitigation carries serious detrimental effects and should be avoided unless the circumstances dictate that relitigation is necessary to enhance the credibility and the effectiveness of the adjudicative process as a whole. Casting doubt over the validity of a criminal conviction is a very serious matter. Collateral attacks and relitigation are not appropriate methods of redress since they inordinately tax the adjudicative process while doing nothing to ensure a more trustworthy

et a subi un contre-interrogatoire. Le juge du procès a conclu que le plaignant était crédible, contrairement à O. Il a rendu un verdict de culpabilité, qui a par la suite été confirmé en appel. La Ville a congédié O quelques jours après le prononcé du verdict. O a déposé un grief contestant son congédiement. À l'audition du grief, la Ville a déposé en preuve le témoignage que le plaignant avait donné lors du procès criminel ainsi que les notes du superviseur de O, lequel avait rencontré le plaignant à l'époque. Le plaignant n'a pas été cité comme témoin. O a témoigné, affirmant qu'il n'avait jamais agressé sexuellement le garçon. L'arbitre a statué que la déclaration de culpabilité était recevable en preuve, mais qu'elle ne constituait pas une preuve concluante que O s'était livré à une agression sexuelle sur le garçon. Aucune nouvelle preuve n'a été présentée. L'arbitre a conclu que la présomption née de la déclaration de culpabilité avait été repoussée, et que O avait été congédié sans motif valable. La Cour divisionnaire a annulé la décision de l'arbitre. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour : Lorsqu'ils doivent décider si une déclaration de culpabilité, recevable *prima facie* en vertu de l'art. 22.1 de la *Loi sur la preuve* de l'Ontario, devrait être réfutée ou considérée comme concluante, les tribunaux font appel à la doctrine de l'abus de procédure pour déterminer si la remise en cause porterait atteinte au processus décisionnel judiciaire. La doctrine de l'abus de procédure fait intervenir le pouvoir inhérent du tribunal d'empêcher que sa procédure soit utilisée abusivement d'une manière qui aurait pour effet de discréditer l'administration de la justice. Elle a été appliquée pour empêcher la réouverture de litiges dans des circonstances où les exigences strictes de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée n'étaient pas remplies, mais où la réouverture aurait néanmoins porté atteinte aux principes d'économie, de cohérence, de caractère définitif des instances et d'intégrité de l'administration de la justice. La raison pour laquelle la partie cherche à rouvrir le débat, et le titre auquel elle le fait, ne sauraient constituer des facteurs décisifs pour l'application de la règle interdisant la remise en question. Ce qui n'est pas permis, c'est d'attaquer un jugement en tentant de soulever de nouveau la question devant un autre forum. C'est l'accent correctement mis sur le processus plutôt que sur l'intérêt des parties qui révèle pourquoi il ne devrait pas y avoir remise en cause. D'un point de vue systémique, la remise en cause s'accompagne de graves effets préjudiciables et il faut s'en garder à moins que des circonstances n'établissent qu'elle est, dans les faits, nécessaire à la crédibilité et à l'efficacité du processus juridictionnel dans son ensemble. Mettre en

result. The common law doctrines of issue estoppel, collateral attack and abuse of process adequately capture the concerns that arise when finality in litigation must be balanced against fairness to a particular litigant. There is no need to endorse a self-standing and independent "principle of finality" as either a separate doctrine or as an independent test to preclude relitigation.

The appellant union was not entitled, either at common law or under statute, to relitigate the issue decided against the grievor in the criminal proceedings. The facts in this appeal point to the blatant abuse of process that results when relitigation of this sort is permitted. O was convicted in a criminal court and he exhausted all his avenues of appeal. In law, his conviction must stand, with all its consequent legal effects. There is nothing in this case that militates against the application of the doctrine of abuse of process to bar the relitigation of O's criminal conviction. The arbitrator was required as a matter of law to give full effect to the conviction. As a result of that error of law, the arbitrator reached a patently unreasonable conclusion. Properly understood in the light of correct legal principles, the evidence before the arbitrator could only lead him to conclude that the respondent City had established just cause for O's dismissal.

Issue estoppel has no application in this case since the requirement of mutuality of parties has not been met. With respect to the collateral attack doctrine, the appellant does not seek to overturn the sexual abuse conviction itself, but rather contest, for the purposes of a different claim with different legal consequences, whether the conviction was correct.

Per LeBel and Deschamps JJ.: As found by the majority, this case is appropriately decided on the basis of the doctrine of abuse of process, rather than the narrower and more technical doctrines of either collateral attack or issue estoppel. There was also agreement that the appropriate standard of review for the question of whether a criminal conviction may be relitigated in a grievance proceeding is correctness. This is a question of law involving the interpretation of the arbitrator's constituent statute,

doute la validité d'une déclaration de culpabilité est une action très grave. La contestation indirecte et la remise en cause ne constituent pas des moyens appropriés car elles imposent au processus juridictionnel des contraintes excessives et ne font rien pour garantir un résultat plus fiable. Les doctrines de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, de la contestation indirecte et de l'abus de procédure, reconnues en common law, répondent adéquatement aux préoccupations qui surgissent lorsqu'il faut pondérer le principe de l'irrévocabilité des jugements et celui de l'équité envers un justiciable particulier. Il n'est nul besoin d'ériger le principe de l'irrévocabilité en doctrine distincte ou critère indépendant pour interdire la remise en cause.

Le syndicat appelant n'était pas, en vertu de la common law ou d'une disposition législative, habilité à remettre en cause la question tranchée à l'encontre de l'employé dans l'instance criminelle. Les faits du présent pourvoi illustrent l'abus flagrant de procédure qui résulte de l'autorisation de ce type de remise en cause. O avait été déclaré coupable par un tribunal criminel et il avait épuisé toutes les voies d'appel. La déclaration de culpabilité était valide en droit, avec tous les effets juridiques en découlant. Il n'y a rien en l'espèce qui milite contre l'application de la doctrine de l'abus de procédure pour interdire la remise en cause de la déclaration de culpabilité de O. L'arbitre était juridiquement tenu de donner plein effet à la déclaration de culpabilité. L'erreur de droit qu'il a commise lui a fait tirer une conclusion manifestement déraisonnable. S'il avait bien compris la preuve et tenu compte des principes juridiques applicables, il n'aurait pu faire autrement que de conclure que la Ville intimée avait démontré l'existence d'un motif valable pour le congédiement de O.

La préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne s'applique pas en l'espèce étant donné que l'exigence de réciprocité n'a pas été remplie. En ce qui concerne la doctrine de la contestation indirecte, l'appelant ne cherche pas à faire infirmer la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle, mais conteste simplement, dans le cadre d'une demande différente comportant des conséquences juridiques différentes, le bien-fondé de cette déclaration.

Les juges LeBel et Deschamps : Comme le concluent les juges majoritaires, il convient de régler ce pourvoi en fonction de la doctrine de l'abus de procédure, et non des doctrines plus restreintes et plus techniques de la contestation indirecte ou de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (*issue estoppel*). Il y a également accord avec l'opinion majoritaire selon laquelle, lorsqu'une déclaration de culpabilité est remise en cause dans le cadre d'une procédure de grief, la norme

an external statute, and a complex body of common law rules and conflicting jurisprudence dealing with relitigation, an issue at the heart of the administration of justice. The arbitrator's determination in this case that O's criminal conviction could indeed be relitigated during the grievance proceeding was incorrect. As a matter of law, the arbitrator was required to give full effect to O's conviction. His failure to do so was sufficient to render his ultimate decision that O had been dismissed without just cause — a decision squarely within the arbitrator's area of specialized expertise and thus reviewable on a deferential standard — patently unreasonable, according to the jurisprudence of the Court.

Because of growing concerns with the ways in which the standards of review currently available within the pragmatic and functional approach are conceived of and applied, the administrative law aspects of this case require further discussion. The patent unreasonableness standard does not currently provide sufficiently clear parameters for reviewing courts to apply in assessing the decisions of administrative adjudicators. Certain fundamental legal questions — for instance constitutional and human rights questions and those involving civil liberties, as well as other questions that are of central importance to the legal system as a whole, such as the issue of relitigation — typically fall to be decided on the correctness standard. Not all questions of law, however, must be reviewed under a standard of correctness. Resolving general legal questions may be an important component of the work of some administrative adjudicators. In many instances, the appropriate standard of review in respect of the application of general common or civil law rules by specialized adjudicators should not be one of correctness, but rather of reasonableness. If the general question of law is closely connected to the adjudicator's core area of expertise, the decision will typically be entitled to deference.

In reviewing a decision under the existing standard of patent unreasonableness, the court's role is not to identify the correct result. To pass a review for patent unreasonableness, a decision must be one that can be rationally supported. It would be wrong for a reviewing court to intervene in decisions that are incorrect, rather than limiting its intervention to those decisions that lack a rational foundation. If this occurs, the line between correctness on the one hand, and patent unreasonableness, on the other, becomes blurred. The boundaries between

de contrôle applicable est celle de la décision correcte. Cette question de droit exigeait l'interprétation de la loi constitutive de l'arbitre, d'une loi non constitutive ainsi que d'un ensemble complexe de règles de common law et d'une jurisprudence contradictoire ayant trait à la remise en cause, question qui est au cœur de l'administration de la justice. La décision de l'arbitre qui permettrait de remettre la déclaration de culpabilité de O en cause pendant l'examen du grief n'était pas correcte. Légalement, l'arbitre devait donner pleinement effet à la déclaration de culpabilité de O. L'omission de le faire a suffi pour rendre la décision ultime portant que O avait été congédié sans motif valable — décision ressortissant entièrement au domaine d'expertise de l'arbitre et donc révisable selon une norme commandant la déférence — manifestement déraisonnable suivant la jurisprudence de la Cour.

En raison des préoccupations croissantes liées à la manière dont sont conçues et appliquées les normes de contrôle qu'offre actuellement l'analyse pragmatique et fonctionnelle, il est opportun d'approfondir l'analyse des aspects du pourvoi relevant du droit administratif. À l'heure actuelle, la norme de la décision manifestement déraisonnable n'offre pas aux cours de justice des paramètres suffisamment clairs pour contrôler les décisions des tribunaux administratifs. Certaines questions de droit fondamentales — notamment en ce qui concerne la Constitution et les droits de la personne, de même que les libertés civiles, ainsi que d'autres questions revêtant une importance centrale pour le système juridique dans son ensemble, comme celle de la remise en cause — commandent généralement l'application de la norme de la décision correcte. Toute décision sur une question de droit, cependant, n'est pas assujettie à la norme de la décision correcte. Le règlement de questions de droit générales peut constituer un aspect important de la tâche dévolue à certains tribunaux administratifs. Dans bien des cas, la norme de contrôle appropriée à l'application des règles générales de la common law ou du droit civil par un tribunal spécialisé ne devrait pas être la norme de la décision correcte mais plutôt celle de la décision raisonnable. Si la question de droit générale est étroitement liée au domaine d'expertise fondamentale du décideur, sa décision fera généralement l'objet de déférence.

La cour appelée à contrôler une décision selon la norme actuelle du manifestement déraisonnable n'a pas à déterminer la décision correcte. Pour résister à l'analyse selon la norme du manifestement déraisonnable, la décision doit avoir un fondement rationnel. La cour de révision aurait tort de modifier une décision incorrecte, et non seulement une décision sans fondement rationnel. Si cela se produit, la ligne de démarcation entre la norme de la décision correcte, d'une part, et la norme de la décision manifestement déraisonnable, d'autre part, s'obscurcit.

patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* are even less clear and approaches to sustain a workable distinction between them raise their own problems. In the end, the essential question remains the same under both standards: was the decision of the adjudicator taken in accordance with reason? In summary, the current framework exhibits several drawbacks. These include the conceptual and practical difficulties that flow from the overlap between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, and the difficulty caused at times by the interplay between patent unreasonableness and correctness.

The role of a court in determining the standard of review is to be faithful to the intent of the legislature that empowered the administrative adjudicator to make the decision, as well as to the animating principle that, in a society governed by the rule of law, power is not to be exercised arbitrarily or capriciously. Judicial review on substantive grounds ensures that the decisions of administrative adjudicators are capable of rational justification; review on procedural grounds ensures that they are fair.

Administrative law has developed considerably over the last 25 years. This evolution, which reflects a strong sense of deference to administrative decision makers and an acknowledgment of the importance of their role, has given rise to some problems or concerns. It remains to be seen, in an appropriate case, what should be the solution to these difficulties. Should courts move to a two standard system of judicial review, correctness and a revised unified standard of reasonableness? Should we attempt to more clearly define the nature and scope of each standard or rethink their relationship and application? This is perhaps some of the work which lies ahead for courts, building on the developments of recent years as well as on the legal tradition which created the framework of the present law of judicial review.

Cases Cited

By Arbour J.

Referred to: *Ontario v. O.P.S.E.U.*, [2003] 3 S.C.R. 149, 2003 SCC 64; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC

La frontière entre le caractère manifestement déraisonnable et le caractère raisonnable *simpliciter* est encore moins claire, et les tentatives pour établir une distinction valable entre elles comportent leurs propres difficultés. En fin de compte, la question essentielle demeure la même pour les deux normes : la décision du tribunal était-elle conforme à la raison? En résumé, le cadre actuel présente plusieurs inconvénients, dont les difficultés conceptuelles et pratiques découlant du chevauchement entre la norme du manifestement déraisonnable et celle du raisonnable *simpliciter*, de même que la difficulté résultant parfois de l'interaction entre la norme du manifestement déraisonnable et celle de la décision correcte.

La cour appelée à déterminer la norme de contrôle doit rester fidèle à la volonté du législateur d'investir le tribunal administratif du pouvoir de rendre la décision. Elle doit en outre respecter le principe fondamental selon lequel, dans une société où prime le droit, le pouvoir ne doit pas être exercé de manière arbitraire. Le contrôle judiciaire axé sur le fond vise à déterminer si la décision du tribunal administratif peut se justifier rationnellement, et celui axé sur la procédure, si elle est équitable.

Le droit administratif a connu un développement considérable au cours des 25 dernières années. Cette évolution, qui témoigne d'une grande déférence envers les décideurs administratifs et reconnaît l'importance de leur rôle, a soulevé certaines difficultés ou préoccupations. Il restera à examiner, dans une affaire qui s'y prête, la solution qu'il conviendrait d'apporter à ces difficultés. Les tribunaux devraient-ils passer à un système de contrôle judiciaire comportant deux normes, celle de la décision correcte et une norme révisée et unifiée de raisonabilité? Devrions-nous tenter de définir plus clairement la nature et la portée de chaque norme ou repenser leur relation et leur application? Voilà peut-être une partie de la tâche qui attend les cours de justice : construire à partir de l'évolution récente tout en s'appuyant sur la tradition juridique qui a façonné le cadre des règles actuelles de droit en matière de contrôle judiciaire.

Jurisprudence

Citée par la juge Arbour

Arrêts mentionnés : *Ontario c. S.E.E.F.P.O.*, [2003] 3 R.C.S. 149, 2003 CSC 64; *Dr Q c. Collège of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O.*,

42; *Demeter v. British Pacific Life Insurance Co.* (1983), 150 D.L.R. (3d) 249, aff'd (1984), 48 O.R. (2d) 266; *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands Police*, [1982] A.C. 529, aff'g *McIlkenny v. Chief Constable of the West Midlands*, [1980] 1 Q.B. 283; *Re Del Core and Ontario College of Pharmacists* (1985), 51 O.R. (2d) 1; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460, 2001 SCC 44; *Parklane Hosiery Co. v. Shore*, 439 U.S. 322 (1979); *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12; *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232; *R. v. Banks*, [1916] 2 K.B. 621; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223; *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *United States of America v. Shulman*, [2001] 1 S.C.R. 616, 2001 SCC 21; *Canam Enterprises Inc. v. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481, rev'd [2002] 3 S.C.R. 307, 2002 SCC 63; *Franco v. White* (2001), 53 O.R. (3d) 391; *Bomac Construction Ltd. v. Stevenson*, [1986] 5 W.W.R. 21; *Bjarnarson v. Government of Manitoba* (1987), 38 D.L.R. (4th) 32, aff'd (1987), 21 C.P.C. (2d) 302; *R. v. McIlkenny* (1991), 93 Cr. App. R. 287; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7; *R. v. Bromley* (2001), 151 C.C.C. (3d) 480; *Q. v. Minto Management Ltd.* (1984), 46 O.R. (2d) 756; *Nigro v. Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd.* (1977), 18 O.R. (2d) 215, aff'd (1978), 18 O.R. (2d) 714; *Germescheid v. Valois* (1989), 68 O.R. (2d) 670; *Simpson v. Geswein* (1995), 25 C.C.L.T. (2d) 49; *Roenisch v. Roenisch* (1991), 85 D.L.R. (4th) 540; *Saskatoon Credit Union, Ltd. v. Central Park Enterprises Ltd.* (1988), 47 D.L.R. (4th) 431; *Canadian Tire Corp. v. Summers* (1995), 23 O.R. (3d) 106.

By LeBel J.

Referred to: *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 S.C.R. 710, 2002 SCC 86; *Ontario v. O.P.S.E.U.*, [2003] 3 S.C.R. 149, 2003 SCC 64; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Miller v. Workers' Compensation Commission (Nfld.)* (1997), 154 Nfld. & P.E.I.R. 52; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *Ivanhoe inc. v. UFCW, Local 500*, [2001] 2 S.C.R. 565, 2001 SCC 47; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,

section locale 324, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42; *Demeter c. British Pacific Life Insurance Co.* (1983), 150 D.L.R. (3d) 249, conf. par (1984), 48 O.R. (2d) 266; *Hunter c. Chief Constable of the West Midlands Police*, [1982] A.C. 529, conf. *McIlkenny c. Chief Constable of the West Midlands*, [1980] 1 Q.B. 283; *Re Del Core and Ontario College of Pharmacists* (1985), 51 O.R. (2d) 1; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460, 2001 CSC 44; *Parklane Hosiery Co. c. Shore*, 439 U.S. 322 (1979); *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12; *Lemay c. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232; *R. c. Banks*, [1916] 2 K.B. 621; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223; *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, [2001] 1 R.C.S. 616, 2001 CSC 21; *Canam Enterprises Inc. c. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481, inf. par [2002] 3 R.C.S. 307, 2002 CSC 63; *Franco c. White* (2001), 53 O.R. (3d) 391; *Bomac Construction Ltd. c. Stevenson*, [1986] 5 W.W.R. 21; *Bjarnarson c. Government of Manitoba* (1987), 38 D.L.R. (4th) 32, conf. par (1987), 21 C.P.C. (2d) 302; *R. c. McIlkenny* (1991), 93 Cr. App. R. 287; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7; *R. c. Bromley* (2001), 151 C.C.C. (3d) 480; *Q. c. Minto Management Ltd.* (1984), 46 O.R. (2d) 756; *Nigro c. Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd.* (1977), 18 O.R. (2d) 215, conf. par (1978), 18 O.R. (2d) 714; *Germescheid c. Valois* (1989), 68 O.R. (2d) 670; *Simpson c. Geswein* (1995), 25 C.C.L.T. (2d) 49; *Roenisch c. Roenisch* (1991), 85 D.L.R. (4th) 540; *Saskatoon Credit Union, Ltd. c. Central Park Enterprises Ltd.* (1988), 47 D.L.R. (4th) 431; *Canadian Tire Corp. c. Summers* (1995), 23 O.R. (3d) 106.

Citée par le juge LeBel

Arrêts mentionnés : *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710, 2002 CSC 86; *Ontario c. S.E.E.F.P.O.*, [2003] 3 R.C.S. 149, 2003 CSC 64; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Miller c. Workers' Compensation Commission (Nfld.)* (1997), 154 Nfld. & P.E.I.R. 52; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E. .E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 565, 2001 CSC 47; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Pushpanathan*

[1998] 1 S.C.R. 982; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; *Macdonell v. Quebec (Commission d'accès à l'information)*, [2002] 3 S.C.R. 661, 2002 SCC 71; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382; *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147; *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Hao v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2000)*, 184 F.T.R. 246; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Evidence Act, R.S.O. 1990, c. E.23, s. 22.1 [ad. 1995, c. 6, s. 6(3)].
Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 48(1).

Authors Cited

Allars, Margaret. "On Deference to Tribunals, With Deference to Dworkin" (1994), 20 *Queen's L.J.* 163.
 Comtois, Suzanne. *Vers la primauté de l'approche pragmatique et fonctionnelle: Précis du contrôle judiciaire des décisions de fond rendues par les organismes administratifs*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.

c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] 1 R.C.S. 982; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *Macdonell c. Québec (Commission d'accès à l'information)*, [2002] 3 R.C.S. 661, 2002 CSC 71; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382; *Anisminic Ltd. c. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147; *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Hao c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 296 (QL); *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 48(1).
Loi sur la preuve, L.R.O. 1990, ch. E.23, art. 22.1 [aj. 1995, ch. 6, art. 6(3)].

Doctrine citée

Allars, Margaret. « On Deference to Tribunals, With Deference to Dworkin » (1994), 20 *Queen's L.J.* 163.
 Barreau du Haut-Canada. *Code de déontologie*. Toronto : Barreau du Haut-Canada, 2000.

- Cowan, Jeff G. "The Standard of Review: The Common Sense Evolution?", paper presented to the Administrative Law Section Meeting, Ontario Bar Association, January 21, 2003.
- Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.
- Elliott, David W. "Suresh and the Common Borders of Administrative Law: Time for the Tailor?" (2002), 65 *Sask. L. Rev.* 469.
- Evans, J. M., et al. *Administrative Law: Cases, Text, and Materials*, 3rd ed. Toronto: Emond Montgomery, 1989.
- Falzon, Frank A. V. "Standard of Review on Judicial Review or Appeal", in *Administrative Justice Review Background Papers: Background Papers prepared by Administrative Justice Project for the Attorney General of British Columbia*, June 2002.
- Garant, Patrice. *Droit administratif*, vol. 2, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1996.
- Holloway, Ian. "'A Sacred Right': Judicial Review of Administrative Action as a Cultural Phenomenon" (1993), 22 *Man. L.J.* 28.
- Howard, M. N., Peter Crane and Daniel A. Hochberg. *Phipson on Evidence*, 14th ed. London: Sweet & Maxwell, 1990.
- Jones, David Phillip. "Notes on *Dr. Q* and *Ryan*: Two More Decisions by the Supreme Court of Canada on the Standard of Review in Administrative Law", paper presented at the Canadian Institute for the Administration of Justice, Western Roundtable, Edmonton, April 25, 2003.
- Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*. Markham, Ont.: Butterworths, 2000.
- Law Society of Upper Canada. *Rules of Professional Conduct*. Toronto: Law Society of Upper Canada, 2000.
- Lovett, Deborah K. "That Curious Curial Deference Just Gets Curiouser and Curiouser — *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*" (1997), 55 *Advocate (B.C.)* 541.
- MacLauchlan, H. Wade. "Transforming Administrative Law: The Didactic Role of the Supreme Court of Canada" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 281.
- McLachlin, Beverley. "The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law" (1998-1999), 12 *C.J.A.L.P.* 171.
- Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.
- Mullan, David J. "Of Chaff Midst the Corn: American Farm Bureau Federation v. Canada (Canadian Import Comtois, Suzanne. *Vers la primauté de l'approche pragmatique et fonctionnelle : Précis du contrôle judiciaire des décisions de fond rendues par les organismes administratifs*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.
- Cowan, Jeff G. « The Standard of Review : The Common Sense Evolution? », paper presented to the Administrative Law Section Meeting, Ontario Bar Association, 21 janvier, 2003.
- Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford : Hart Publishing, 1997, 279.
- Elliott, David W. « Suresh and the Common Borders of Administrative Law : Time for the Tailor? » (2002), 65 *Sask. L. Rev.* 469.
- Evans, J. M., et al. *Administrative Law : Cases, Text, and Materials*, 3rd ed. Toronto : Emond Montgomery, 1989.
- Falzon, Frank A. V. « Standard of Review on Judicial Review or Appeal », in *Administrative Justice Review Background Papers : Background Papers prepared by Administrative Justice Project for the Attorney General of British Columbia*, June 2002.
- Garant, Patrice. *Droit administratif*, vol. 2, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1996.
- Holloway, Ian. « "A Sacred Right" : Judicial Review of Administrative Action as a Cultural Phenomenon » (1993), 22 *R.D. Man.* 28.
- Howard, M. N., Peter Crane and Daniel A. Hochberg. *Phipson on Evidence*, 14th ed. London : Sweet & Maxwell, 1990.
- Jones, David Phillip. « Notes on *Dr. Q* and *Ryan* : Two More Decisions by the Supreme Court of Canada on the Standard of Review in Administrative Law », paper presented at the Canadian Institute for the Administration of Justice, Western Roundtable, Edmonton, April 25, 2003.
- Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*. Markham, Ont. : Butterworths, 2000.
- Lovett, Deborah K. « That Curious Curial Deference Just Gets Curiouser and Curiouser — *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.* » (1997), 55 *Advocate (B.C.)* 541.
- MacLauchlan, H. Wade. « Transforming Administrative Law : The Didactic Role of the Supreme Court of Canada » (2001), 80 *R. du B. can.* 281.
- McLachlin, Beverley. « The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law » (1998-1999), 12 *C.J.A.L.P.* 171.
- Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

- Tribunal) and Patent Unreasonableness Review” (1991), 45 Admin. L.R. 264.
- Mullan, David J. “Recent Developments in Standard of Review”, in *Taking the Tribunal to Court: A Practical Guide for Administrative Law Practitioners*. Canadian Bar Association (Ontario), October 20, 2000.
- Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2002.
- Perell, Paul M. “Res Judicata and Abuse of Process” (2001), 24 *Advocates’ Q.* 189.
- Perrault, Gabrielle. *Le contrôle judiciaire des décisions de l’administration: De l’erreur juridictionnelle à la norme de contrôle*. Montréal: Wilson & Lafleur, 2002.
- Sossin, Lorne. “Developments in Administrative Law: The 1997-98 and 1998-99 Terms” (2000), 11 *S.C.L.R.* (2d) 37.
- Sprague, James L. H. “Another View of Baker” (1999), 7 *Reid’s Administrative Law* 163.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.
- Teplitsky, Martin. “Prior Criminal Convictions: Are They Conclusive Proof? An Arbitrator’s Perspective”, in K. Whitaker et al., eds., *Labour Arbitration Yearbook 2001-2002*, vol. I. Toronto: Lancaster House, 2002, 279.
- Watson, Garry D. “Duplicative Litigation: Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality” (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 623.
- Mullan, David J. « Of Chaff Midst the Corn : American Farm Bureau Federation v. Canada (Canadian Import Tribunal) and Patent Unreasonableness Review » (1991), 45 Admin. L.R. 264.
- Mullan, David J. « Recent Developments in Standard of Review », in *Taking the Tribunal to Court : A Practical Guide for Administrative Law Practitioners*. Association du Barreau canadien (Ontario), 20 octobre 2000.
- Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 3rd ed. Toronto : Irwin Law, 2002.
- Perell Paul M. « Res Judicata and Abuse of Process » (2001), 24 *Advocates’ Q.* 189.
- Perrault, Gabrielle. *Le contrôle judiciaire des décisions de l’administration : De l’erreur juridictionnelle à la norme de contrôle*. Montréal : Wilson & Lafleur, 2002.
- Sossin, Lorne. « Developments in Administrative Law : The 1997-98 and 1998-99 Terms » (2000) 11 *S.C.L.R.* (2d) 37.
- Sprague, James L. H. « Another View of Baker » (1999), 7 *Reid’s Administrative Law* 163.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.
- Teplitsky, Martin. “Prior Criminal Convictions : Are They Conclusive Proof? An Arbitrator’s Perspective”, in K. Whitaker et al., eds., *Labour Arbitration Yearbook 2001-2002*, vol. I. Toronto : Lancaster House, 2002, 279.
- Watson, Garry D. « Duplicative Litigation : Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality » (1990), 69 *R. du B. can.* 623.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 55 O.R. (3d) 541, 205 D.L.R. (4th) 280, 149 O.A.C. 213, 45 C.R. (5th) 354, 37 Admin. L.R. (3d) 40, 2002 CLLC ¶220-014, [2001] O.J. No. 3239 (QL), affirming a judgment of the Divisional Court (2000), 187 D.L.R. (4th) 323, 134 O.A.C. 48, 23 Admin. L.R. (3d) 72, 2000 CLLC ¶220-038, [2000] O.J. No. 1570 (QL). Appeal dismissed.

Douglas J. Wray and Harold F. Caley, for the appellant.

Jason Hanson, Mahmud Jamal and Kari M. Abrams, for the respondent the City of Toronto.

No one appeared for the respondent Douglas C. Stanley.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (2001), 55 O.R. (3d) 541, 205 D.L.R. (4th) 280, 149 O.A.C. 213, 45 C.R. (5th) 354, 37 Admin. L.R. (3d) 40, 2002 CLLC ¶220-014, [2001] O.J. No. 3239 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour divisionnaire (2000), 187 D.L.R. (4th) 323, 134 O.A.C. 48, 23 Admin. L.R. (3d) 72, 2000 CLLC ¶220-038, [2000] O.J. No. 1570 (QL). Pourvoi rejeté.

Douglas J. Wray et Harold F. Caley, pour l’appelant.

Jason Hanson, Mahmud Jamal et Kari M. Abrams, pour l’intimée la Ville de Toronto.

Personne n’a comparu pour l’intimé Douglas C. Stanley.

Sean Kearney, Mary Gersht and Meredith Brown,
for the intervener.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour J.J. was delivered by

ARBOUR J. —

I. Introduction

1 Can a person convicted of sexual assault, and dismissed from his employment as a result, be reinstated by a labour arbitrator who concludes, on the evidence before him, that the sexual assault did not take place? This is essentially the issue raised in this appeal.

2 Like the Court of Appeal for Ontario and, the Divisional Court, I have come to the conclusion that the arbitrator may not revisit the criminal conviction. Although my reasons differ somewhat from those of the courts below, I would dismiss the appeal.

II. Facts

3 Glenn Oliver worked as a recreation instructor for the respondent City of Toronto. He was charged with sexually assaulting a boy under his supervision. He pleaded not guilty. At trial before a judge alone, he testified and was cross-examined. He called several defence witnesses, including character witnesses. The trial judge found that the complainant was credible and that Oliver was not. He entered a conviction, which was later affirmed on appeal. He sentenced Oliver to 15 months in jail, followed by one year of probation.

4 The respondent City of Toronto fired Oliver a few days after his conviction, and Oliver grieved his dismissal. At the hearing, the City of Toronto submitted the boy's testimony from the criminal trial and the notes of Oliver's supervisor, who had spoken to the boy at the time. The City did not call the boy to

Sean Kearney, Mary Gersht et Meredith Brown,
pour l'intervenant.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour rendu par

LA JUGE ARBOUR —

I. Introduction

Une personne déclarée coupable d'agression sexuelle et congédiée par son employeur pour cette raison peut-elle être réintégrée dans ses fonctions par un arbitre qui conclut, eu égard à la preuve dont il dispose, qu'il n'y a pas eu d'agression sexuelle? C'est essentiellement la question que pose le présent pourvoi.

Comme la Cour d'appel de l'Ontario et la Cour divisionnaire, je conclus qu'un arbitre ne peut réexaminer une déclaration de culpabilité. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi, bien que pour des motifs qui diffèrent quelque peu de ceux des juridictions inférieures.

II. Les faits

Glenn Oliver travaillait comme instructeur en loisirs pour la Ville de Toronto, intimée en l'instance. Il a été accusé d'agression sexuelle contre un jeune garçon confié à sa surveillance, et il a plaidé non coupable. Lors de son procès devant un juge seul, il a témoigné et a subi un contre-interrogatoire. Il a cité plusieurs témoins en défense, dont des témoins de moralité. Le juge du procès a conclu que le plaignant était crédible mais non Oliver. Il a rendu un verdict de culpabilité, qui a par la suite été confirmé en appel. Il a condamné Oliver à une peine d'emprisonnement de 15 mois et à un an de probation.

La Ville de Toronto intimée a congédié Oliver quelques jours après le prononcé du verdict, et Oliver a déposé un grief contestant son congédiement. À l'audition du grief, la Ville a déposé en preuve le témoignage que le jeune garçon avait donné lors du procès criminel ainsi que les notes du

testify. Oliver again testified on his own behalf and claimed that he had never sexually assaulted the boy.

The arbitrator ruled that the criminal conviction was admissible as *prima facie* but not conclusive evidence that Oliver had sexually assaulted the boy. No evidence of fraud nor any fresh evidence unavailable at trial was introduced in the arbitration. The arbitrator held that the presumption raised by the criminal conviction had been rebutted, and that Oliver had been dismissed without just cause.

III. Procedural History

A. *Superior Court of Justice (Divisional Court)* (2000), 187 D.L.R. (4th) 323

At Divisional Court the application for judicial review was granted and the decision of the arbitrator was quashed. The Divisional Court heard this case and *Ontario v. O.P.S.E.U.* at the same time. (*Ontario v. O.P.S.E.U.*, [2003] 3 S.C.R. 149, 2003 SCC 64, is being released concurrently by this Court.) O'Driscoll J. found that while s. 22.1 of the *Evidence Act*, R.S.O. 1990, c. E.23, applied to all the arbitrations, relitigation of the cases was barred by the doctrines of collateral attack, issue estoppel and abuse of process. The court noted that criminal convictions are valid judgments that cannot be collaterally attacked at a later arbitration (paras. 74-79). With respect to issue estoppel, under which an issue decided against a party is protected from collateral attack barring decisive new evidence or a showing of fraud, the court found that relitigation was also prevented, rejecting the appellant's argument that there had been no privity because the union, and not the grievor, had filed the grievance. The court also held that the doctrine of abuse of process, which denies a collateral attack upon a final decision of another court where the party had "a full opportunity of contesting the decision", applied (paras. 81 and 90). Finally, O'Driscoll J. found that whether the standard of review was correctness or patent unreasonableness in each

superviseur d'Oliver, lequel avait rencontré le jeune garçon à l'époque, mais elle n'a pas cité le garçon comme témoin. Encore une fois, Oliver a témoigné et a affirmé qu'il n'avait pas commis d'agression sexuelle contre le jeune garçon.

L'arbitre a déterminé que la déclaration de culpabilité était recevable à titre de preuve *prima facie* mais qu'elle ne constituait pas une preuve concluante qu'Oliver s'était livré à une agression sexuelle sur le garçon. On n'a présenté à l'audition aucune preuve de fraude ni aucun nouvel élément de preuve non disponible au procès. L'arbitre a conclu que la présomption née de la déclaration de culpabilité avait été repoussée et qu'Oliver avait été congédié sans motif valable.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure de justice (Cour divisionnaire)* (2000), 187 D.L.R. (4th) 323

La Cour divisionnaire a accueilli la demande de contrôle judiciaire et annulé la décision de l'arbitre. Elle a entendu cette affaire en même temps que l'affaire *Ontario c. S.E.E.F.P.O. (Ontario c. S.E.E.F.P.O.)*, [2003] 3 R.C.S. 149, 2003 CSC 64, dont jugement est rendu simultanément par la Cour.) Le juge O'Driscoll a déterminé que bien que l'art. 22.1 de la *Loi sur la preuve*, L.R.O. 1990, ch. E.23, s'appliquât à tous les arbitrages, la remise en cause était interdite par les doctrines de la contestation indirecte, de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (*issue estoppel*) et de l'abus de procédure. Il a fait observer que les déclarations de culpabilité constituent des jugements valides qui ne peuvent faire l'objet de contestation indirecte dans le cadre d'un arbitrage subséquent (par. 74-79). Relativement à la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, en vertu de laquelle la décision rendue contre une partie est à l'abri des contestations indirectes à moins que de nouveaux éléments de preuve déterminants soient présentés ou que la fraude soit établie, le juge a statué qu'elle interdisait elle aussi la remise en cause, et il a rejeté l'argument de l'appelant selon lequel il n'y avait pas de connexité d'intérêts parce que le syndicat, non l'employé, avait déposé le grief. Le juge a également statué que la doctrine de l'abus

case, the standard for judicial review had been met (para. 86).

B. *Court of Appeal for Ontario* (2001), 55 O.R. (3d) 541

7

Doherty J.A. for the court held that because the crux of the issue was whether the Canadian Union of Public Employees (CUPE or the union) was permitted to relitigate the issue decided in the criminal trial, and because this analysis “turned on [the arbitrator’s] understanding of the common law rules and principles governing the relitigation of issues finally decided in a previous judicial proceeding”, the appropriate standard of review was correctness (paras. 22 and 38).

8

Doherty J.A. concluded that issue estoppel did not apply. Even if the union was the employee’s privy, the respondent City of Toronto had played no role in the criminal proceeding and had no relationship to the Crown. He also found that describing the appellant union’s attempt to relitigate the employee’s culpability as a collateral attack on the order of the court did not assist in determining whether relitigation could be permitted. Commenting that the phrase “abuse of process” was perhaps best limited to describe those cases where the plaintiff has instigated litigation for some improper purpose, Doherty J.A. went on to consider what he called “the finality principle” in considerable depth.

9

Doherty J.A. dismissed the appeal on the basis of this principle. He held that the *res judicata* jurisprudence required a court to balance the importance of finality, which reduces uncertainty and inconsistency in results, and which serves to conserve the

de procédure, laquelle empêche la contestation indirecte de la décision d’un autre tribunal par une partie qui [TRADUCTION] « a eu l’entière possibilité de contester la décision », s’appliquait en l’espèce (par. 81 et 90). Enfin, le juge O’Driscoll a conclu que dans chaque cas il avait été satisfait à la norme de contrôle, qu’il s’agisse de la norme de la décision correcte ou de celle de la décision manifestement déraisonnable (par. 86).

B. *Cour d’appel de l’Ontario* (2001), 55 O.R. (3d) 541

Rendant jugement pour la cour, le juge Doherty a statué que, comme il s’agissait essentiellement de déterminer si le Syndicat canadien de la fonction publique (SCFP ou le syndicat) pouvait remettre en cause la question tranchée dans le procès criminel et que cette analyse [TRADUCTION] « reposait sur l’interprétation [par l’arbitre] des règles et principes de la common law relatifs à la remise en cause de questions ayant donné lieu à une décision définitive dans une instance antérieure », la norme de contrôle applicable était la norme de la décision correcte (par. 22 et 38).

Le juge Doherty a conclu que la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée ne s’appliquait pas. Même s’il existait un lien de droit entre le syndicat et l’employé, la Ville de Toronto intimée n’avait joué aucun rôle dans le procès criminel et n’avait aucun lien avec le ministère public. Il a également conclu que pour déterminer si la remise en cause était permise, il n’était guère utile d’assimiler la tentative du syndicat appelant de débattre à nouveau de la culpabilité de l’employé à une contestation indirecte de l’ordonnance du tribunal. Puis, affirmant qu’il valait peut-être mieux limiter l’emploi des mots « abus de procédure » aux cas où les demandeurs engagent des poursuites judiciaires pour des motifs illégitimes, il a entrepris l’examen approfondi de ce qu’il a appelé [TRADUCTION] « le principe de l’irrévocabilité ».

Le juge Doherty a rejeté l’appel en se fondant sur ce principe. Il a statué que suivant la jurisprudence sur l’autorité de la chose jugée, les tribunaux devaient mettre en balance l’importance de l’irrévocabilité — qui réduit l’incertitude et les résultats

resources of both the parties and the judiciary, with the “search for justice in each individual case” (para. 94). Doherty J.A. held that the following approach should be taken when weighing finality claims against an individual litigant’s claim to access to justice (at para. 100):

- Does the *res judicata* doctrine apply?
- If the doctrine applies, can the party against whom it applies demonstrate that the justice of the individual case should trump finality concerns?
- If the doctrine does not apply, can the party seeking to preclude relitigation demonstrate that finality concerns should be given paramountcy over the claim that justice requires relitigation?

Ultimately, Doherty J.A. dismissed the appeal, concluding that “finality concerns must be given paramountcy over CUPE’s claim to an entitlement to relitigate Oliver’s culpability” (para. 102). He so concluded because there was no suggestion of fraud at the criminal trial, because the underlying charges were serious enough that the employee was likely to have litigated them to the fullest, and because there was no new evidence presented at arbitration (paras. 103-108).

IV. Relevant Statutory Provisions

Evidence Act, R.S.O. 1990, c. E.23

22.1 (1) Proof that a person has been convicted or discharged anywhere in Canada of a crime is proof, in the absence of evidence to the contrary, that the crime was committed by the person, if,

- (a) no appeal of the conviction or discharge was taken and the time for an appeal has expired; or
- (b) an appeal of the conviction or discharge was taken but was dismissed or abandoned and no further appeal is available.

contradictoires tout en permettant d’économiser les ressources des parties et de l’appareil judiciaire — et [TRADUCTION] « la recherche de la justice dans chaque affaire » (par. 94). Il a exposé les questions auxquelles il fallait répondre lorsqu’il s’agit de pondérer la prétention à l’irrévocabilité et l’accès d’un justiciable particulier à la justice (au par. 100) :

[TRADUCTION]

- La doctrine de la chose jugée s’applique-t-elle?
- Si la doctrine s’applique, la partie contre qui elle s’applique peut-elle démontrer que la recherche de la justice devrait l’emporter sur le principe de l’irrévocabilité?
- Si la doctrine ne s’applique pas, la partie qui cherche à empêcher la remise en cause peut-elle démontrer que le principe de l’irrévocabilité devrait l’emporter sur la prétention voulant que la justice exige la remise en cause?

En fin de compte, le juge Doherty a rejeté l’appel, concluant que [TRADUCTION] « les considérations relatives à l’irrévocabilité doivent l’emporter sur le droit allégué du SCFP de remettre en cause la culpabilité d’Oliver » (par. 102). Il a tiré cette conclusion parce qu’il n’y avait pas eu d’allégation que le procès criminel était entaché de fraude, parce que les accusations en cause étant graves, il était probable que l’employé leur avait opposé la meilleure défense possible, et parce qu’aucun nouvel élément de preuve n’avait été présenté lors de l’arbitrage (par. 103-108).

IV. Les dispositions législatives applicables

Loi sur la preuve, L.R.O. 1990, ch. E.23

22.1 (1) La preuve qu’une personne a été déclarée coupable ou libérée au Canada à l’égard d’un acte criminel constitue la preuve, en l’absence de preuve contraire, que l’acte criminel a été commis par la personne si, selon le cas :

- a) il n’a pas été interjeté appel de la déclaration de culpabilité ou de la libération et le délai d’appel est expiré;
- b) il a été interjeté appel de la déclaration de culpabilité ou de la libération, mais l’appel a été rejeté ou a fait l’objet d’un désistement et aucun autre appel n’est prévu.

(2) Subsection (1) applies whether or not the convicted or discharged person is a party to the proceeding.

(3) For the purposes of subsection (1), a certificate containing the substance and effect only, omitting the formal part, of the charge and of the conviction or discharge, purporting to be signed by the officer having the custody of the records of the court at which the offender was convicted or discharged, or by the deputy of the officer, is, on proof of the identity of the person named as convicted or discharged person in the certificate, sufficient evidence of the conviction or discharge of that person, without proof of the signature or of the official character of the person appearing to have signed the certificate.

Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A

48. (1) Every collective agreement shall provide for the final and binding settlement by arbitration, without stoppage of work, of all differences between the parties arising from the interpretation, application, administration or alleged violation of the agreement, including any question as to whether a matter is arbitrable.

V. Analysis

A. *Standard of Review*

12 My colleague LeBel J. discusses at length our jurisprudence on standards of review. He reviews concerns and criticisms about the three standard system of judicial review. Given that these issues were not argued before us in this case, and without the benefit of a full adversarial debate, I would not wish to comment on the desirability of a departure from our recently affirmed framework for standards of review analysis. (See this Court's unanimous decisions of *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, and *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20.)

13 The Court of Appeal properly applied the functional and pragmatic approach, as delineated in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982 (see also

(2) Le paragraphe (1) s'applique que la personne déclarée coupable ou libérée soit une partie à l'instance ou non.

(3) Pour l'application du paragraphe (1), un certificat énonçant seulement la substance et l'effet de l'accusation et de la déclaration de culpabilité ou de la libération, et omettant la partie de forme, qui se présente comme étant signé par l'officier ayant la garde des archives du tribunal qui a déclaré le contrevenant coupable ou qui l'a libéré, ou par son adjoint, constitue une preuve suffisante de la déclaration de culpabilité ou de la libération de la personne, une fois prouvé que la personne est bien celle désignée sur le certificat comme ayant été déclarée coupable ou libérée, sans qu'il soit nécessaire d'établir l'authenticité de la signature ni la qualité officielle de la personne qui paraît être le signataire.

Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A

48. (1) Chaque convention collective contient une disposition sur le règlement, par voie de décision arbitrale définitive et sans interruption du travail, de tous les différends entre les parties que soulèvent l'interprétation, l'application, l'administration ou une prétendue violation de la convention collective, y compris la question de savoir s'il y a matière à arbitrage.

V. Analyse

A. *La norme de contrôle*

Mon collègue le juge LeBel examine en détail la jurisprudence de notre Cour concernant les normes de contrôle. Il passe en revue les préoccupations et critiques que soulève le système de contrôle judiciaire à triple norme. Ces questions n'ayant pas été débattues devant nous en l'espèce et, sans l'éclairage qu'apporterait un véritable débat contradictoire sur ce point, je ne souhaite pas formuler de commentaires sur l'opportunité de s'écarter du cadre d'analyse des normes de contrôle que nous avons récemment réitéré. (Voir les arrêts unanimes de notre Cour *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, et *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20.)

La Cour d'appel a bien appliqué les principes de l'analyse pragmatique et fonctionnelle énoncés dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S.

Dr. Q, supra), to determine the extent to which the legislature intended that courts should review the tribunals' decisions.

Doherty J.A. was correct to acknowledge patent unreasonableness as the general standard of review of an arbitrator's decision as to whether just cause has been established in the discharge of an employee. However, and as he noted, the same standard of review does not necessarily apply to every ruling made by the arbitrator in the course of the arbitration. This follows the distinction drawn by Cory J. for the majority in *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, where he said, at para. 39:

It has been held on several occasions that the expert skill and knowledge which an arbitration board exercises in interpreting a collective agreement does not usually extend to the interpretation of "outside" legislation. The findings of a board pertaining to the interpretation of a statute or the common law are generally reviewable on a correctness standard. . . . An exception to this rule may occur where the external statute is intimately connected with the mandate of the tribunal and is encountered frequently as a result. [Emphasis added.]

In this case, the reasonableness of the arbitrator's decision to reinstate the grievor is predicated on the correctness of his assumption that he was not bound by the criminal conviction. That assumption rested on his analysis of complex common law rules and of conflicting jurisprudence. The body of law dealing with the relitigation of issues finally decided in previous judicial proceedings is not only complex; it is also at the heart of the administration of justice. Properly understood and applied, the doctrines of *res judicata* and abuse of process govern the interplay between different judicial decision makers. These rules and principles call for a judicial balance between finality, fairness, efficiency and authority of judicial decisions. The application of these rules, doctrines and principles is clearly outside the sphere of expertise of a labour arbitrator who may be called to have recourse to them. In such a case, he or she

982 (voir aussi *Dr Q, précité*), pour déterminer l'intention du législateur quant à l'étendue du contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs.

Le juge Doherty a correctement déterminé que la norme de la décision manifestement déraisonnable est la norme générale de contrôle applicable à la décision d'un arbitre sur la question de savoir si l'existence d'un motif valable de congédiement a été établie. Comme il l'a signalé, toutefois, les décisions que les arbitres ont à rendre au cours d'un arbitrage n'appellent pas nécessairement toutes la même norme de contrôle. Cette remarque va dans le sens de la distinction établie par le juge Cory, s'exprimant au nom des juges majoritaires, dans l'arrêt *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, où il a dit, au par. 39 :

Il a été statué à plusieurs reprises que les connaissances et l'expertise que possède un conseil d'arbitrage en matière d'interprétation d'une convention collective ne s'étendent habituellement pas à l'interprétation de mesures législatives extrinsèques. Les conclusions d'un conseil sur l'interprétation d'une loi ou de la common law peuvent généralement faire l'objet d'un examen selon la norme de la décision correcte. [. . .] Il peut y avoir dérogation à cette règle dans des cas où la loi est intimement liée au mandat du tribunal et où celui-ci est souvent appelé à l'examiner. [Je souligne.]

En l'espèce, le caractère raisonnable de la décision de l'arbitre de réintégrer l'employé dans ses fonctions dépend du bien-fondé de sa prémisse selon laquelle il n'était pas lié par la déclaration de culpabilité, prémisse qui reposait sur son analyse de règles complexes de common law et de décisions contradictoires. Le droit en matière de remise en cause de questions ayant fait l'objet de décisions judiciaires définitives antérieures n'est pas seulement complexe; il joue également un rôle central dans l'administration de la justice. Bien interprétées et bien appliquées, les doctrines de l'autorité de la chose jugée et de l'abus de procédure règlent les interactions entre les différents décideurs judiciaires. Ces règles et principes exigent des décideurs qu'ils réalisent un équilibre entre l'irrévocabilité, l'équité, l'efficacité et l'autorité des décisions judiciaires. L'application de ces règles, doctrines et principes

14

15

must correctly answer the question of law raised. An incorrect approach may be sufficient to lead to a patently unreasonable outcome. This was reiterated recently by Iacobucci J. in *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42, at para. 21.

16 Therefore I agree with the Court of Appeal that the arbitrator had to decide correctly whether CUPE was entitled, either at common law or under a statute, to relitigate the issue decided against the grievor in the criminal proceedings.

B. *Section 22.1 of Ontario's Evidence Act*

17 Section 22.1 of the Ontario *Evidence Act* is of limited assistance to the disposition of this appeal. It provides that proof that a person has been convicted of a crime is proof, "in the absence of evidence to the contrary", that the crime was committed by that person.

18 As Doherty J.A. correctly pointed out, at para. 42, s. 22.1 contemplates that the validity of a conviction may be challenged in a subsequent proceeding, but the section says nothing about the circumstances in which such challenge is or is not permissible. That issue is determined by the application of such common law doctrines as *res judicata*, issue estoppel, collateral attack and abuse of process. Section 22.1 speaks of the admissibility of the fact of the conviction as proof of the truth of its content, and speaks of its conclusive effect if unchallenged. As a rule of evidence, the section addresses in part the hearsay rule, by making the conviction — the finding of another court — admissible for the truth of its content, as an exception to the inadmissibility of hearsay (D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (3rd ed. 2002), at p. 120; *Phipson on Evidence* (14th ed. 1990), at paras. 33-94 and 33-95).

échappe clairement au domaine d'expertise des arbitres du travail qui peuvent devoir y faire appel. Lorsque cela se produit, les arbitres doivent trancher correctement la question de droit posée. Une analyse incorrecte peut suffire à entraîner un résultat manifestement déraisonnable. Ces observations ont récemment été réitérées par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42, par. 21.

La Cour d'appel avait donc raison, selon moi, de statuer que l'arbitre devait décider correctement si le SCFP était, en vertu de la common law ou d'une disposition législative, habilité à remettre en cause la question tranchée à l'encontre de l'employé dans l'instance criminelle.

B. *L'article 22.1 de la Loi sur la preuve de l'Ontario*

L'article 22.1 de la *Loi sur la preuve* de l'Ontario n'est pas d'un grand secours pour trancher le présent pourvoi. Il énonce que la preuve qu'une personne a été déclarée coupable d'un acte criminel fait preuve, « en l'absence de preuve contraire », que l'acte criminel a été commis par cette personne.

Comme le juge Doherty le souligne avec raison (au par. 42), l'art. 22.1 prévoit que la validité d'une déclaration de culpabilité peut être contestée dans une instance subséquente, mais il est muet sur les circonstances susceptibles de permettre ou non une telle contestation. Ce sont les doctrines de common law relatives à l'autorité de la chose jugée, à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, à la contestation indirecte et à l'abus de procédure qui règlent cette question. L'article 22.1 pose le principe de la recevabilité de la déclaration de culpabilité comme preuve de son contenu et établit son caractère probant en l'absence de réfutation. En tant que règle de preuve, cette disposition touche en partie au ouï-dire, en ce qu'elle établit la recevabilité de la déclaration de culpabilité — la conclusion d'un autre tribunal — comme preuve de son contenu, par dérogation à la règle interdisant le ouï-dire (D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (3^e éd. 2002), p. 120; *Phipson on Evidence* (14^e éd. 1990), par. 33-94 et 33-95).

Here, however, the admissibility of the conviction is not in issue. Section 22.1 renders the proof of the conviction admissible. The question is whether it can be rebutted by "evidence to the contrary". There are circumstances in which evidence will be admissible to rebut the presumption that the person convicted committed the crime, in particular where the conviction in issue is that of a non-party. There are also circumstances in which no such evidence may be tendered. If either issue estoppel or abuse of process bars the relitigation of the facts essential to the conviction, then no "evidence to the contrary" may be tendered to displace the effect of the conviction. In such a case, the conviction is conclusive that the person convicted committed the crime.

This interpretation is consistent with the rule of interpretation that legislation is presumed not to depart from general principles of law without an express indication to that effect. This presumption was reviewed and applied by Iacobucci J. in *Parry Sound*, *supra*, at para 39. Section 22.1 reflected the law established in the leading Canadian case of *Demeter v. British Pacific Life Insurance Co.* (1983), 150 D.L.R. (3d) 249 (Ont. H.C.), at p. 264, *aff'd* (1984), 48 O.R. (2d) 266 (C.A.), wherein after a thorough review of Canadian and English jurisprudence, Osler J. held that a criminal conviction is admissible in subsequent civil litigation as *prima facie* proof that the convicted individual committed the alleged act, "subject to rebuttal by the plaintiff on the merits". However, the common law also recognized that the presumption of guilt established by a conviction is rebuttable only where the rebuttal does not constitute an abuse of the process of the court (*Demeter* (H.C.), *supra*, at p. 265; *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands Police*, [1982] A.C. 529 (H.L.), at p. 541; see also *Re Del Core and Ontario College of Pharmacists* (1985), 51 O.R. (2d) 1 (C.A.), at p. 22, *per* Blair J.A.). Section 22.1 does not change this; the legislature has not explicitly displaced the common law

19
En l'espèce, toutefois, la recevabilité de la déclaration de culpabilité n'est pas en cause : la déclaration de culpabilité est recevable en preuve en vertu de l'art. 22.1. Il faut cependant déterminer si elle peut être réfutée par une « preuve contraire ». Il y a des circonstances où des éléments de preuve visant à réfuter la présomption que la personne déclarée coupable a commis le crime sont recevables, en particulier lorsque la déclaration concerne une personne autre qu'une partie, mais il y a également des circonstances où la présentation de tels éléments de preuve n'est pas permise. Si la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ou encore celle de l'abus de procédure interdisent la remise en cause des faits essentiels de la déclaration de culpabilité, aucune « preuve contraire » ne pourra en écarter l'effet. La déclaration de culpabilité constitue alors une preuve concluante que la personne qui y est visée a commis le crime.

20
Cette interprétation est conforme à la règle d'interprétation posant qu'en l'absence d'indication expresse au contraire la loi est présumée ne pas s'écarter des principes généraux de droit. Dans *Parry Sound*, précité, par. 39, le juge Iacobucci a analysé et appliqué cette présomption. L'article 22.1 codifie le principe établi dans la décision canadienne clé *Demeter c. British Pacific Life Insurance Co.* (1983), 150 D.L.R. (3d) 249 (H.C. Ont.), p. 264, *conf. par* (1984), 48 O.R. (2d) 266 (C.A.), où après un examen approfondi de la jurisprudence canadienne et anglaise, le juge Osler a statué qu'une déclaration de culpabilité est recevable dans une instance civile subséquente comme preuve *prima facie* que la personne qui y est mentionnée a commis l'acte allégué, [TRADUCTION] « sous réserve de réfutation au fond ». Toutefois, la common law reconnaît également que la présomption de culpabilité établie par une déclaration de culpabilité ne peut être repoussée que lorsque la réfutation ne constitue pas un abus de procédure (*Demeter* (H.C.), précité, p. 265; *Hunter c. Chief Constable of the West Midlands Police*, [1982] A.C. 529 (H.L.), p. 541; voir aussi *Re Del Core and Ontario College of Pharmacists* (1985), 51 O.R. (2d) 1 (C.A.), p. 22, le juge Blair). L'article 22.1 ne change rien à cette situation; le législateur n'a pas explicitement écarté

doctrines and the rebuttal is consequently subject to them.

21 The question therefore is whether any doctrine precludes in this case the relitigation of the facts upon which the conviction rests.

C. *The Common Law Doctrines*

22 Much consideration was given in the decisions below to the three related common law doctrines of issue estoppel, abuse of process and collateral attack. Each of these doctrines was considered as a possible means of preventing the union from relitigating the criminal conviction of the grievor before the arbitrator. Although both the Divisional Court and the Court of Appeal concluded that the union could not relitigate the guilt of the grievor as reflected in his criminal conviction, they took different views of the applicability of the different doctrines advanced in support of that conclusion. While the Divisional Court concluded that relitigation was barred by the collateral attack rule, issue estoppel and abuse of process, the Court of Appeal was of the view that none of these doctrines as they presently stand applied to bar the rebuttal. Rather, it relied on a self-standing "finality principle". I think it is useful to disentangle these various rules and doctrines before turning to the applicable one here. I stress at the outset that these common law doctrines are interrelated and in many cases more than one doctrine may support a particular outcome. Even though both issue estoppel and collateral attacks may properly be viewed as particular applications of a broader doctrine of abuse of process, the three are not always entirely interchangeable.

(1) Issue Estoppel

23 Issue estoppel is a branch of *res judicata* (the other branch being cause of action estoppel), which precludes the relitigation of issues previously decided

les doctrines de common law et, par conséquent, la réfutation y est assujettie.

Il faut donc examiner si l'application d'une de ces doctrines interdit en l'espèce la remise en cause des faits qui fondent la déclaration de culpabilité.

C. *Les doctrines de common law*

Les décisions des juridictions inférieures, en l'espèce, ont traité abondamment des trois doctrines de common law connexes que sont la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, l'abus de procédure et la contestation indirecte. On a vu dans chacune de ces doctrines un moyen possible d'empêcher le syndicat de remettre en cause devant l'arbitre la déclaration de culpabilité de l'employé. Bien que la Cour divisionnaire et la Cour d'appel aient toutes deux conclu que le syndicat ne pouvait débattre à nouveau de la culpabilité attestée par la condamnation, elles ont exprimé des vues divergentes sur l'applicabilité des différentes doctrines invoquées à l'appui de cette conclusion. La Cour divisionnaire s'est dite d'avis que la remise en cause était interdite par les doctrines de la contestation indirecte, de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et de l'abus de procédure, tandis que la Cour d'appel, estimant qu'aucune de ces doctrines ne pouvaient, dans l'état où elles se trouvent, avoir pour effet d'empêcher la réfutation, s'est plutôt appuyée sur le principe autonome de « l'irrévocabilité ». Je crois utile de démêler ces diverses règles et doctrines avant d'examiner celle qui s'applique en l'espèce. Je souligne d'entrée de jeu que ces doctrines de common law sont interreliées et que souvent plus d'une doctrine permettra d'arriver à un résultat particulier. Même si la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et la contestation indirecte peuvent être toutes deux considérées comme des applications particulières de la doctrine plus large de l'abus de procédure, les trois ne sont pas toujours entièrement interchangeables.

(1) La préclusion découlant d'une question déjà tranchée

La préclusion découlant d'une question déjà tranchée est un volet du principe de l'autorité de la chose jugée (l'autre étant la préclusion fondée

in court in another proceeding. For issue estoppel to be successfully invoked, three preconditions must be met: (1) the issue must be the same as the one decided in the prior decision; (2) the prior judicial decision must have been final; and (3) the parties to both proceedings must be the same, or their privies (*Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460, 2001 SCC 44, at para. 25, *per* Binnie J.). The final requirement, known as “mutuality”, has been largely abandoned in the United States and has been the subject of much academic and judicial debate there as well as in the United Kingdom and, to some extent, in this country. (See G. D. Watson, “Duplicative Litigation: Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality” (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 623, at pp. 648-51.) In light of the different conclusions reached by the courts below on the applicability of issue estoppel, I think it is useful to examine that debate more closely.

The first two requirements of issue estoppel are met in this case. The final requirement of mutuality of parties has not been met. In the original criminal case, the *lis* was between Her Majesty the Queen in right of Canada and Glenn Oliver. In the arbitration, the parties were CUPE and the City of Toronto, Oliver’s employer. It is unnecessary to decide whether Oliver and CUPE should reasonably be viewed as privies for the purpose of the application of the mutuality requirement since it is clear that the Crown, acting as prosecutor in the criminal case, is not privy with the City of Toronto, nor would it be with a provincial, rather than a municipal, employer (as in the *Ontario v. O.P.S.E.U.* case, released concurrently).

There has been much academic criticism of the mutuality requirement of the doctrine of issue estoppel. In his article, Professor Watson, *supra*, argues that explicitly abolishing the mutuality requirement,

sur la cause d’action), qui interdit de soumettre à nouveau aux tribunaux des questions déjà tranchées dans une instance antérieure. Pour que le tribunal puisse accueillir la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, trois conditions préalables doivent être réunies : (1) la question doit être la même que celle qui a été tranchée dans la décision antérieure; (2) la décision judiciaire antérieure doit avoir été une décision finale; (3) les parties dans les deux instances doivent être les mêmes ou leurs ayants droit (*Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460, 2001 CSC 44, par. 25 (le juge Binnie)). La dernière exigence, à laquelle on a donné le nom de « réciprocité », a été largement abandonnée aux États-Unis et, dans ce pays ainsi qu’au Royaume-Uni, elle a suscité un ample débat en doctrine et en jurisprudence, comme elle l’a fait dans une certaine mesure ici (voir G. D. Watson, « Duplicative Litigation : Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality » (1990), 69 *R. du B. can.* 623, p. 648-651). Compte tenu des conclusions différentes tirées par les tribunaux inférieurs sur l’applicabilité de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, je crois utile d’examiner ce débat d’un peu plus près.

Les deux premières exigences de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée sont remplies en l’espèce. La dernière, celle de la réciprocité, ne l’est pas. Dans la poursuite criminelle initiale, le litige opposait Sa Majesté la Reine du chef du Canada et Glenn Oliver. Dans l’arbitrage, les parties étaient le SCFP et la Ville de Toronto, l’employeur d’Oliver. Il n’est pas nécessaire, pour l’application de l’exigence de la réciprocité, de décider si l’on peut raisonnablement conclure à l’existence d’un rapport d’auteur à ayant droit entre Oliver et le SCFP, puisqu’il est clair qu’il n’en n’existe pas entre la Couronne, en sa qualité de poursuivant dans l’instance criminelle, et la Ville de Toronto, et qu’il n’y en aurait pas non plus s’il s’agissait d’un employeur provincial plutôt que municipal (comme dans le pourvoi connexe *Ontario c. S.E.E.F.P.O.*).

De nombreux auteurs ont critiqué l’exigence de la réciprocité en matière de préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Dans son article, le professeur Watson, *loc. cit.*, soutient que l’abolition

as has been done in the United States, would both reduce confusion in the law and remove the possibility that a strict application of issue estoppel may work an injustice. The arguments made by him and others (see also D. J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (2000)), urging Canadian courts to abandon the mutuality requirement have been helpful in articulating a principled approach to the bar against relitigation. In my view, however, appropriate guidance is available in our law without the modification to the mutuality requirement that this case would necessitate.

26

In his very useful review of the abandonment of the mutuality requirement in the United States, Professor Watson, at p. 631, points out that mutuality was first relaxed when issue estoppel was used defensively:

The defensive use of non-mutual issue estoppel is straight forward. If P, having litigated an issue with D1 and lost, subsequently sues D2 raising the same issue, D2 can rely defensively on the issue estoppel arising from the former action, unless the first action did not provide a full and fair opportunity to litigate or other factors make it unfair or unwise to permit preclusion. The rationale is that P should not be allowed to relitigate an issue already lost by simply changing defendants

27

Professor Watson then exposes the additional difficulties that arise if the mutuality requirement is removed when issue estoppel is raised offensively, as was done by the United States Supreme Court in *Parklane Hosiery Co. v. Shore*, 439 U.S. 322 (1979). He describes the offensive use of non mutual issue estoppel as follows (at p. 631):

The power of this offensive non-mutual issue estoppel doctrine is illustrated by single event disaster cases, such as an airline crash. Assume P1 sues Airline for negligence in the operation of the aircraft and in that action Airline is found to have been negligent. Offensive non-mutual issue estoppel permits P2 through P20, *etc.*, now to sue Airline and successfully plead issue estoppel on the question of the airline's negligence. The rationale is that if Airline fully and fairly litigated the issue of its negligence in action #1 it has had its day in court; it has had due

explicit de cette condition, comme aux États-Unis, réduirait la confusion juridique et supprimerait la possibilité que l'application stricte de la doctrine conduise à une injustice. Les arguments que cet auteur et d'autres (voir aussi D. J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (2000)) ont mis de l'avant pour exhorter les tribunaux canadiens à abandonner l'exigence de la réciprocité ont contribué à l'élaboration des principes fondant l'interdiction de la remise en cause. Je suis toutefois d'avis que notre droit comporte les outils appropriés et qu'il n'y a pas lieu de modifier l'exigence de la réciprocité, comme le nécessiterait la présente affaire.

Dans l'étude très éclairante qu'il a consacrée à l'abandon de l'exigence de la réciprocité aux États-Unis, le professeur Watson signale, à la p. 631, que la condition a d'abord cessé d'être exigée lorsque la préclusion était invoquée en défense :

[TRADUCTION] L'utilisation défensive de la préclusion lorsqu'il n'y a pas réciprocité est simple. Si P, n'ayant pas eu gain de cause dans une poursuite l'ayant opposé à D1, poursuit ensuite D2 pour la même question, D2 peut invoquer en défense la préclusion découlant de la précédente poursuite, à moins que l'instance n'ait pas offert l'entière possibilité de débattre équitablement de la question ou qu'en raison d'autres facteurs il soit injuste ou déraisonnable de permettre la préclusion. Le raisonnement est que P ne devrait pas être autorisé à intenter de nouveau un procès qu'il a déjà perdu simplement en changeant de défendeur

Le professeur Watson expose ensuite les difficultés qui surgissent si l'on abandonne l'exigence de la réciprocité lorsque la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est invoquée en demande, comme l'a fait la Cour suprême des États-Unis dans *Parklane Hosiery Co. c. Shore*, 439 U.S. 322 (1979). Il décrit ainsi l'utilisation offensive de la préclusion (à la p. 631) :

[TRADUCTION] La force de cette doctrine offensive de la préclusion sans exigence de réciprocité est illustrée par les instances afférentes à des désastres résultant d'une cause unique, comme un écrasement d'avion. Supposons que P1 poursuit le transporteur aérien pour négligence dans l'exploitation de l'appareil et que le tribunal lui donne raison. La préclusion offensive sans réciprocité permet alors à une succession de P de poursuivre le transporteur et de plaider que la question de la négligence a déjà été tranchée. Cela, parce que si le transporteur aérien

process and it should not be permitted to re-litigate the negligence issue. However, the court in *Parklane* realized that in order to ensure fairness in the operation of offensive non-mutual issue estoppel the doctrine has to be subject to qualifications.

Properly understood, our case could be viewed as falling under this second category — what would be described in U.S. law as “non-mutual offensive preclusion”. Although technically speaking the City of Toronto is not the “plaintiff” in the arbitration proceedings, the City wishes to take advantage of the conviction obtained by the Crown against Oliver in a different, prior proceeding to which the City was not a party. It wishes to preclude Oliver from relitigating an issue that he fought and lost in the criminal forum. U.S. law acknowledges the peculiar difficulties with offensive use of non-mutual estoppel. Professor Watson explains, at pp. 632-33:

First, the court acknowledged that the effects of non-mutuality differ depending on whether issue estoppel is used offensively or defensively. While defensive preclusion helps to reduce litigation offensive preclusion, by contrast, encourages potential plaintiffs not to join in the first action. “Since a plaintiff will be able to rely on a previous judgment against a defendant but will not be bound by that judgment if the defendant wins, the plaintiff has every incentive to adopt a ‘wait and see’ attitude, in the hope that the first action by another plaintiff will result in a favorable judgment”. Thus, without some limit, non-mutual offensive preclusion would increase rather than decrease the total amount of litigation. To meet this problem the *Parklane* court held that preclusion should be denied in action #2 “where a plaintiff could easily have joined in the earlier action”.

Second, the court recognized that in some circumstances to permit non-mutual preclusion “would be unfair to the defendant” and the court referred to specific situations of unfairness: (a) the defendant may have had little incentive to defend vigorously the first action, that

a équitablement pu opposer une défense entière à l’allegation de négligence dans la poursuite n° 1, il a eu la possibilité d’être entendu, il a bénéficié de l’application régulière de la loi et ne devrait pas être autorisé à remettre en cause la question de la négligence. Dans *Parklane*, la cour s’est toutefois rendu compte que pour statuer en toute équité sur l’utilisation offensive de la préclusion sans exigence de réciprocité, il fallait apporter des réserves à la doctrine.

Ainsi comprise, la présente espèce pourrait être classée dans la seconde catégorie — ce qu’en droit américain on appellerait la [TRADUCTION] « préclusion offensive sans exigence de réciprocité ». En effet, bien que strictement parlant la Ville de Toronto ne soit pas « en demande » dans l’arbitrage, elle cherche à bénéficier de la déclaration de culpabilité que le ministère public a obtenue contre Oliver dans une poursuite distincte antérieure à laquelle la Ville n’était pas partie. Elle souhaite empêcher Oliver de débattre à nouveau d’une question qu’il a contestée au cours de la poursuite criminelle et sur laquelle il n’a pas eu gain de cause. Le droit américain reconnaît les difficultés particulières que pose cette catégorie. Le professeur Watson explique ce qui suit aux p. 632-633 :

[TRADUCTION] Premièrement, la cour a reconnu que la disparition de l’exigence de la réciprocité entraînait des effets différents selon que la préclusion découlant d’une question déjà tranchée était invoquée en demande ou en défense. Lorsque le moyen est invoqué en défense, il contribue à limiter les litiges, mais invoqué en demande, il encourage plutôt les demandeurs potentiels à ne pas prendre part à la première action. « Puisqu’un demandeur peut invoquer un jugement antérieur prononcé contre un défendeur, mais qu’il n’est pas lié par un jugement antérieur donnant gain de cause au défendeur, il sera plus enclin à opter pour l’attentisme dans l’espoir que la première action intentée par un autre demandeur produira un jugement favorable. » Si le moyen n’est pas assorti de limites, la préclusion offensive sans exigence de réciprocité risque donc d’accroître et non de réduire le nombre de litiges. Pour résoudre ce problème, la cour a statué, dans *Parklane*, qu’il conviendrait de rejeter la préclusion dans l’action n° 2 « lorsqu’un demandeur aurait aisément pu se joindre à l’action antérieure ».

Deuxièmement, la cour a reconnu que dans certaines circonstances, « il serait injuste pour le défendeur » de recevoir la préclusion sans exigence de réciprocité, et elle a donné des exemples de situations inéquitables : a) il est possible que la partie défenderesse n’ait pas été très

is, if she was sued for small or nominal damages, particularly if future suits were not foreseeable; (b) offensive preclusion may be unfair if the judgment relied upon as a basis for estoppel is itself inconsistent with one or more previous judgments in favour of the defendant; or (c) the second action affords to the defendant procedural opportunities unavailable in the first action that could readily result in a different outcome, that is, where the defendant in the first action was forced to defend in an inconvenient forum and was unable to call witnesses, or where in the first action much more limited discovery was available to the defendant than in the second action.

In the final analysis the court declared that the general rule should be that in cases where a plaintiff could easily have joined in the earlier action or where, either for the reasons discussed or for other reasons, the application of offensive estoppel would be unfair to the defendant, a trial judge should not allow the use of offensive collateral estoppel.

29

It is clear from the above that American non-mutual issue estoppel is not a mechanical, self-applying rule as evidenced by the discretionary elements which may militate against granting the estoppel. What emerges from the American experience with the abandonment of mutuality is a twofold concern: (1) the application of the estoppel must be sufficiently principled and predictable to promote efficiency; and (2) it must contain sufficient flexibility to prevent unfairness. In my view, this is what the doctrine of abuse of process offers, particularly, as here, where the issue involves a conviction in a criminal court for a serious crime. In a case such as this one, the true concerns are not primarily related to mutuality. The true concerns, well reflected in the reasons of the Court of Appeal, are with the integrity and the coherence of the administration of justice. This will often be the case when the estoppel originates from a finding made in a criminal case where many of the traditional concerns related to mutuality lose their significance.

30

For example, there is little relevance to the concern about the “wait and see” plaintiff, the “free

motivée à présenter une défense vigoureuse à la première action si, par exemple, le montant de dommages-intérêts réclamé était minime ou symbolique, en particulier s’il était peu prévisible que des actions subséquentes soient intentées, b) la préclusion en demande peut être injuste si le jugement invoqué est lui-même incompatible avec un ou plusieurs jugements antérieurs rendus en faveur de la partie défenderesse, c) la deuxième action offre à la partie défenderesse des moyens procéduraux dont elle ne disposait pas dans la première et qui pourraient facilement entraîner un résultat différent, par exemple lorsque la partie défenderesse a dû présenter sa défense devant un forum peu propice où elle ne pouvait citer de témoins ou lorsqu’elle jouissait de possibilités beaucoup moindres de communication de la preuve dans la première action.

En définitive, la cour a statué qu’en règle générale les affaires où un demandeur aurait facilement pu se porter codemandeur à la première action ou lorsque, pour les raisons susmentionnées ou pour d’autres, l’application du moyen en demande serait injuste pour la partie défenderesse, le juge de première instance ne devrait pas autoriser le recours à la préclusion offensive.

Il ressort clairement du passage précédent que la doctrine américaine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, sans exigence de réciprocité, n’est pas d’application automatique, comme le démontrent les éléments discrétionnaires susceptibles d’entraîner le rejet de ce moyen. L’expérience américaine indique que l’abandon de l’exigence de la réciprocité suscite une double préoccupation : (1) l’application de la préclusion doit être suffisamment encadrée et prévisible pour assurer l’efficacité, et (2) elle doit comporter assez de souplesse pour empêcher les injustices. Selon moi, c’est ce qu’offre la doctrine de l’abus de procédure, en particulier dans des affaires mettant en cause une déclaration de culpabilité relative à un acte criminel grave, comme la présente espèce. Dans de tels cas, les véritables préoccupations, que la Cour d’appel a exposées avec justesse dans ses motifs, ne se rattachent pas tant à la réciprocité qu’à l’intégrité et à la cohérence de l’administration de la justice. Ce sera souvent le cas lorsque la préclusion reposera sur une conclusion prononcée en matière criminelle où beaucoup des préoccupations traditionnelles relatives à la réciprocité perdent de leur importance.

Par exemple, la notion du demandeur « attentiste » et « opportuniste » qui évite délibérément

“rider” who will deliberately avoid the risk of joining the original litigation, but will later come forward to reap the benefits of the victory obtained by the party who should have been his co-plaintiff. No such concern can ever arise when the original action is in a criminal prosecution. Victims cannot, even if they wanted to, “join in” the prosecution so as to have their civil claim against the accused disposed of in a single trial. Nor can employers “join in” the criminal prosecution to have their employee dismissed for cause.

On the other hand, even though no one can join the prosecution, the prosecutor as a party represents the public interest. He or she represents a collective interest in the just and correct outcome of the case. The prosecutor is said to be a minister of justice who has nothing to win or lose from the outcome of the case but who must ensure that a just and true verdict is rendered. (See Law Society of Upper Canada, *Rules of Professional Conduct* (2000), Commentary Rule 4.01(3), at p. 61; *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12; *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232, at pp. 256-57, *per* Cartwright J.; and *R. v. Banks*, [1916] 2 K.B. 621 (C.C.A.), at p. 623.) The mutuality requirement of the doctrine of issue estoppel, which insists that only the Crown and its privies be precluded from relitigating the guilt of the accused, is hardly reflective of the true role of the prosecutor.

As the present case illustrates, the primary concerns here are about the integrity of the criminal process and the increased authority of a criminal verdict, rather than some of the more traditional issue estoppel concerns that focus on the interests of the parties, such as costs and multiple “vexation”. For these reasons, I see no need to reverse or relax the long-standing application of the mutuality requirement in this case and I would conclude that issue estoppel has no application. I now turn to the question of whether the decision of the

de prendre le risque de se joindre à la poursuite initiale mais qui cherche plus tard à profiter de la victoire obtenue par la partie qui aurait dû être sa codemanderesse, a peu de pertinence. Il n’y a pas lieu de craindre que cela se produise lorsque la première instance est une poursuite criminelle. Même si elles le voulaient, les victimes ne pourraient se porter partie à la poursuite criminelle de façon à ce que leur action civile contre l’accusé soit jugée dans un même procès. Les employeurs ne sont pas admis non plus à participer à la poursuite criminelle pour que leur employé soit par la même occasion congédié pour motif valable.

Par contre, malgré le fait que personne ne peut se joindre à la poursuite criminelle, le poursuivant, en tant que partie, représente l’intérêt public. Il représente un intérêt collectif dans le règlement juste et régulier de la poursuite. On le considère comme un ministre de la justice qui n’a rien à gagner ni à perdre dans l’issue des procès mais qui doit veiller à ce que les tribunaux rendent des verdicts justes et bien fondés. (Voir Barreau du Haut-Canada, *Code de déontologie* (2000), règle 4.01(3) et le commentaire afférent, p. 62; *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12; *Lemay c. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232, p. 256-257, le juge Cartwright; et *R. c. Banks*, [1916] 2 K.B. 621 (C.C.A.), p. 623.) L’exigence de réciprocité de la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, qui veut que seul le ministère public et ses ayants droit soient irrecevables à remettre en cause la culpabilité de l’accusé, ne rend guère compte du vrai rôle du poursuivant.

Comme l’illustre la présente espèce, ce sont l’intégrité du système de justice criminel et l’autorité accrue du verdict de culpabilité qui sont les considérations primordiales, et non certaines des préoccupations plus traditionnelles de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée où l’accent est mis sur les intérêts des parties, comme les dépens et les « incidents vexatoires » multiples. Pour ces motifs, il n’y a à mon sens aucune nécessité en l’espèce de supprimer ou d’assouplir l’exigence de la réciprocité, établie depuis longtemps, et je conclurais que

arbitrator amounted to a collateral attack on the verdict of the criminal court.

(2) Collateral Attack

33

The rule against collateral attack bars actions to overturn convictions when those actions take place in the wrong forum. As stated in *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, at p. 599, the rule against collateral attack

has long been a fundamental rule that a court order, made by a court having jurisdiction to make it, stands and is binding and conclusive unless it is set aside on appeal or lawfully quashed. It is also well settled in the authorities that such an order may not be attacked collaterally — and a collateral attack may be described as an attack made in proceedings other than those whose specific object is the reversal, variation, or nullification of the order or judgment.

Thus, in *Wilson, supra*, the Court held that an inferior court judge was without jurisdiction to pass on the validity of a wiretap authorized by a superior court. Other cases that form the basis for this rule similarly involve attempts to overturn decisions in other fora, and not simply to relitigate their facts. In *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223, at para. 35, this Court held that a prisoner's *habeas corpus* attack on a conviction under a law later declared unconstitutional must fail under the rule against collateral attack because the prisoner was no longer "in the system" and because he was "in custody pursuant to the judgment of a court of competent jurisdiction". Similarly, in *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706, this Court held that a mine owner who had chosen to ignore an administrative appeals process for a pollution fine was barred from contesting the validity of that fine in court because the legislation directed appeals to an appellate administrative body, not to the courts. Binnie J. described the rule against collateral attack in *Danyluk, supra*, at para. 20, as follows: "that a judicial order pronounced by a court of competent jurisdiction should not be brought into question in

la préclusion découlant d'une question déjà tranchée n'est pas applicable. Se pose maintenant la question de savoir si la décision de l'arbitre équivalait à une contestation indirecte du verdict du tribunal criminel.

(2) La contestation indirecte

La règle interdisant les contestations indirectes rend irrecevables les actions visant l'infirmité de déclarations de culpabilité par des tribunaux n'ayant pas compétence en cette matière. Comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, p. 599, cette règle est

un principe fondamental établi depuis longtemps [selon lequel] une ordonnance rendue par une cour compétente est valide, concluante et a force exécutoire, à moins d'être infirmée en appel ou légalement annulée. De plus, la jurisprudence établit très clairement qu'une telle ordonnance ne peut faire l'objet d'une attaque indirecte; l'attaque indirecte peut être décrite comme une attaque dans le cadre de procédures autres que celles visant précisément à obtenir l'infirmité, la modification ou l'annulation de l'ordonnance ou du jugement.

Ainsi, la Cour a jugé, dans *Wilson*, précité, qu'un juge d'une juridiction inférieure n'avait pas compétence pour examiner la validité d'une autorisation d'écoute électronique délivrée par une cour supérieure. D'autres décisions jurisprudentielles constituant l'assise de cette règle avaient aussi pour contexte des tentatives de faire infirmer des décisions d'autres tribunaux et non une simple remise en cause des faits de l'espèce. Dans *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223, par. 35, notre Cour a statué qu'en raison de la règle interdisant les contestations indirectes, le recours en *habeas corpus* par lequel un détenu contestait une déclaration de culpabilité fondée sur une disposition législative subséquentement jugée inconstitutionnelle ne pouvait être accueilli parce que l'affaire du détenu n'était plus « en cours » et que celui-ci « était détenu conformément au jugement d'un tribunal compétent ». De la même façon, la Cour a jugé, dans l'arrêt *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706, que le propriétaire d'une mine qui avait décidé de ne pas suivre le processus administratif d'appel applicable relativement à une amende pour pollution n'était pas admis à contester la validité de la

subsequent proceedings except those provided by law for the express purpose of attacking it" (emphasis added).

Each of these cases concerns the appropriate forum for collateral attacks upon the judgment itself. However, in the case at bar, the union does not seek to overturn the sexual abuse conviction itself, but simply contest, for the purposes of a different claim with different legal consequences, whether the conviction was correct. It is an implicit attack on the correctness of the factual basis of the decision, not a contest about whether that decision has legal force, as clearly it does. Prohibited "collateral attacks" are abuses of the court's process. However, in light of the focus of the collateral attack rule on attacking the order itself and its legal effect, I believe that the better approach here is to go directly to the doctrine of abuse of process.

(3) Abuse of Process

Judges have an inherent and residual discretion to prevent an abuse of the court's process. This concept of abuse of process was described at common law as proceedings "unfair to the point that they are contrary to the interest of justice" (*R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 616), and as "oppressive treatment" (*R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667). McLachlin J. (as she then was) expressed it this way in *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at p. 1007:

... abuse of process may be established where: (1) the proceedings are oppressive or vexatious; and, (2) violate the fundamental principles of justice underlying the community's sense of fair play and decency. The concepts of

pénalité devant un tribunal judiciaire parce que la loi prévoyait que les appels étaient entendus par un tribunal administratif. Dans l'arrêt *Danyluk*, précité, par. 20, le juge Binnie a défini la règle prohibant les contestations indirectes comme « la règle selon laquelle l'ordonnance rendue par un tribunal compétent ne doit pas être remise en cause dans des procédures subséquentes, sauf celles prévues par la loi dans le but exprès de contester l'ordonnance » (je souligne).

Chacune des affaires susmentionnées soulève la question du tribunal compétent pour connaître de contestations relatives au jugement lui-même. En l'espèce, toutefois, le syndicat ne cherche pas à faire infirmer la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle, mais conteste simplement, dans le cadre d'une demande différente comportant des conséquences juridiques différentes, le bien-fondé de cette déclaration. Il s'agit d'une attaque implicite du bien-fondé factuel de la décision, non pas de la contestation de la validité juridique de celle-ci, puisqu'elle est manifestement valide. Les « contestations indirectes » prohibées constituent un abus du processus judiciaire. Or, comme la règle qui prohibe les contestations indirectes met l'accent sur la contestation de l'ordonnance elle-même et de ses effets juridiques, la meilleure façon d'aborder la question en l'espèce me paraît être de recourir directement à la doctrine de l'abus de procédure.

(3) L'abus de procédure

Les juges disposent, pour empêcher les abus de procédure, d'un pouvoir discrétionnaire résiduel inhérent. L'abus de procédure a été décrit, en common law, comme consistant en des procédures « injustes au point qu'elles sont contraires à l'intérêt de la justice » (*R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 616) et en un traitement « oppressif » (*R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, p. 1667). La juge McLachlin (plus tard Juge en chef) l'a défini de la façon suivante dans l'arrêt *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, p. 1007 :

... l'abus de procédure peut avoir lieu si : (1) les procédures sont oppressives ou vexatoires; et (2) elles violent les principes fondamentaux de justice sous-jacents au sens de l'équité et de la décence de la société. La première

oppressiveness and vexatiousness underline the interest of the accused in a fair trial. But the doctrine evokes as well the public interest in a fair and just trial process and the proper administration of justice.

36

The doctrine of abuse of process is used in a variety of legal contexts. The unfair or oppressive treatment of an accused may disentitle the Crown to carry on with the prosecution of a charge: *Conway*, *supra*, at p. 1667. In *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, this Court held that unreasonable delay causing serious prejudice could amount to an abuse of process. When the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* applies, the common law doctrine of abuse of process is subsumed into the principles of the *Charter* such that there is often overlap between abuse of process and constitutional remedies (*R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411). The doctrine nonetheless continues to have application as a non-*Charter* remedy: *United States of America v. Shulman*, [2001] 1 S.C.R. 616, 2001 SCC 21, at para. 33.

37

In the context that interests us here, the doctrine of abuse of process engages “the inherent power of the court to prevent the misuse of its procedure, in a way that would . . . bring the administration of justice into disrepute” (*Canam Enterprises Inc. v. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481 (C.A.), at para. 55, *per* Goudge J.A., dissenting (approved [2002] 3 S.C.R. 307, 2002 SCC 63)). Goudge J.A. expanded on that concept in the following terms at paras. 55-56:

The doctrine of abuse of process engages the inherent power of the court to prevent the misuse of its procedure, in a way that would be manifestly unfair to a party to the litigation before it or would in some other way bring the administration of justice into disrepute. It is a flexible doctrine unencumbered by the specific requirements of concepts such as issue estoppel. See *House of Spring Gardens Ltd. v. Waite*, [1990] 3 W.L.R. 347 at p. 358, [1990] 2 All E.R. 990 (C.A.).

condition, à savoir que les poursuites sont oppressives ou vexatoires, se rapporte au droit de l'accusé d'avoir un procès équitable. Cependant, la notion fait aussi appel à l'intérêt du public à un régime de procès justes et équitables et à la bonne administration de la justice.

La doctrine de l'abus de procédure s'applique dans des contextes juridiques divers. Le traitement injuste ou oppressif d'un accusé peut priver le ministère public du droit de continuer les poursuites relatives à une accusation : *Conway*, précité, p. 1667. Dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, notre Cour a statué qu'un délai déraisonnable causant un préjudice grave peut constituer un abus de procédure. Lorsque la *Charte canadienne des droits et libertés* est invoquée, la doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law est subsumée sous les principes de la *Charte* de telle sorte que les principes de l'abus de procédure et les recours constitutionnels empiètent souvent les uns sur les autres (*R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411). La doctrine continue néanmoins de trouver application comme réparation non fondée sur la *Charte* : *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, [2001] 1 R.C.S. 616, 2001 CSC 21, par. 33.

Dans le contexte qui nous intéresse, la doctrine de l'abus de procédure fait intervenir [TRADUCTION] « le pouvoir inhérent du tribunal d'empêcher que ses procédures soient utilisées abusivement, d'une manière [. . .] qui aurait [. . .] pour effet de discréditer l'administration de la justice » (*Canam Enterprises Inc. c. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481 (C.A.), par. 55, le juge Goudge, dissident, approuvé par [2002] 3 R.C.S. 307, 2002 CSC 63). Le juge Goudge a développé la notion de la façon suivante aux par. 55 et 56 :

[TRADUCTION] La doctrine de l'abus de procédure engage le pouvoir inhérent du tribunal d'empêcher que ses procédures soient utilisées abusivement, d'une manière qui serait manifestement injuste envers une partie au litige, ou qui aurait autrement pour effet de discréditer l'administration de la justice. C'est une doctrine souple qui ne s'encombre pas d'exigences particulières telles que la notion d'irrecevabilité (voir *House of Spring Gardens Ltd. c. Waite*, [1990] 3 W.L.R. 347, p. 358, [1990] 2 All E.R. 990 (C.A.)).

One circumstance in which abuse of process has been applied is where the litigation before the court is found to be in essence an attempt to relitigate a claim which the court has already determined. [Emphasis added.]

As Goudge J.A.'s comments indicate, Canadian courts have applied the doctrine of abuse of process to preclude relitigation in circumstances where the strict requirements of issue estoppel (typically the privity/mutuality requirements) are not met, but where allowing the litigation to proceed would nonetheless violate such principles as judicial economy, consistency, finality and the integrity of the administration of justice. (See, for example, *Franco v. White* (2001), 53 O.R. (3d) 391 (C.A.); *Bomac Construction Ltd. v. Stevenson*, [1986] 5 W.W.R. 21 (Sask. C.A.); and *Bjarnarson v. Government of Manitoba* (1987), 38 D.L.R. (4th) 32 (Man. Q.B.), aff'd (1987), 21 C.P.C. (2d) 302 (Man. C.A.).) This has resulted in some criticism, on the ground that the doctrine of abuse of process by relitigation is in effect non-mutual issue estoppel by another name without the important qualifications recognized by the American courts as part and parcel of the general doctrine of non-mutual issue estoppel (Watson, *supra*, at pp. 624-25).

It is true that the doctrine of abuse of process has been extended beyond the strict parameters of *res judicata* while borrowing much of its rationales and some of its constraints. It is said to be more of an adjunct doctrine, defined in reaction to the settled rules of issue estoppel and cause of action estoppel, than an independent one (Lange, *supra*, at p. 344). The policy grounds supporting abuse of process by relitigation are the same as the essential policy grounds supporting issue estoppel (Lange, *supra*, at pp. 347-48):

The two policy grounds, namely, that there be an end to litigation and that no one should be twice vexed by the same cause, have been cited as policies in the application

Un cas d'application de l'abus de procédure est lorsque le tribunal est convaincu que le litige a essentiellement pour but de rouvrir une question qu'il a déjà tranchée. [Je souligne.]

Ainsi qu'il ressort du commentaire du juge Goudge, les tribunaux canadiens ont appliqué la doctrine de l'abus de procédure pour empêcher la réouverture de litiges dans des circonstances où les exigences strictes de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (généralement les exigences de lien de droit et de réciprocité) n'étaient pas remplies, mais où la réouverture aurait néanmoins porté atteinte aux principes d'économie, de cohérence, de caractère définitif des instances et d'intégrité de l'administration de la justice. (Voir par exemple *Franco c. White* (2001), 53 O.R. (3d) 391 (C.A.); *Bomac Construction Ltd. c. Stevenson*, [1986] 5 W.W.R. 21 (C.A. Sask.); et *Bjarnarson c. Government of Manitoba* (1987), 38 D.L.R. (4th) 32 (B.R. Man.), conf. par (1987), 21 C.P.C. (2d) 302 (C.A. Man.).) Cette application a suscité des critiques, certains disant que la doctrine de l'abus de procédure pour remise en cause n'est ni plus ni moins que la doctrine générale de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, sans exigence de réciprocité, à laquelle il manque les importantes conditions que les tribunaux américains ont reconnues comme parties intégrantes de la doctrine (Watson, *loc. cit.*, p. 624-625).

Certes, la doctrine de l'abus de procédure a débordé des stricts paramètres du principe de l'autorité de la chose jugée tout en lui empruntant beaucoup de ses fondements et quelques-unes de ses restrictions. D'aucuns la voient davantage comme une doctrine auxiliaire, élaborée en réaction aux règles établies de la préclusion (découlant d'une question déjà tranchée ou fondée sur la cause d'action); que comme une doctrine indépendante (Lange, *op. cit.*, p. 344). Les raisons de principes étayant la doctrine de l'abus de procédure pour remise en cause sont identiques à celles de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (Lange, *op. cit.*, p. 347-348) :

[TRADUCTION] Les deux raisons de principe, savoir qu'un litige puisse avoir une fin et que personne ne puisse être tracassé deux fois par la même cause d'action, ont

of abuse of process by relitigation. Other policy grounds have also been cited, namely, to preserve the courts' and the litigants' resources, to uphold the integrity of the legal system in order to avoid inconsistent results, and to protect the principle of finality so crucial to the proper administration of justice.

été invoquées comme principes fondant l'application de la doctrine de l'abus de procédure pour remise en cause. D'autres principes ont également été invoqués : la préservation des ressources des tribunaux et des parties, le maintien de l'intégrité du système judiciaire afin d'éviter les résultats contradictoires et la protection du principe du caractère définitif des instances si important pour la bonne administration de la justice.

39

The *locus classicus* for the modern doctrine of abuse of process and its relationship to *res judicata* is *Hunter, supra*, aff'g *McIlkenny v. Chief Constable of the West Midlands*, [1980] Q.B. 283 (C.A.). The case involved an action for damages for personal injuries brought by the six men convicted of bombing two pubs in Birmingham. They claimed that they had been beaten by the police during their interrogation. The plaintiffs had raised the same issue at their criminal trial, where it was found by both the judge and jury that the confessions were voluntary and that the police had not used violence. At the Court of Appeal, Lord Denning, M.R., endorsed non-mutual issue estoppel and held that the question of whether any beatings had taken place was estopped by the earlier determination, although it was raised here against a different opponent. He noted that in analogous cases, courts had sometimes refused to allow a party to raise an issue for a second time because it was an "abuse of the process of the court", but held that the proper characterization of the matter was through non-mutual issue estoppel.

L'énoncé classique de la doctrine moderne de l'abus de procédure et de ses liens avec l'autorité de la chose jugée se trouve dans la décision *Hunter*, précitée, confirmant *McIlkenny c. Chief Constable of the West Midlands*, [1980] Q.B. 283 (C.A.). Il s'agissait d'une poursuite en dommages-intérêts pour préjudice corporel intentée par les six hommes reconnus coupables de l'explosion de deux pubs de Birmingham. Ils prétendaient avoir été battus par la police pendant leur interrogatoire. Les demandeurs avaient soulevé le même grief lors du procès criminel, mais le juge et le jury avaient conclu que les confessions avaient été volontaires et que la police n'avait pas eu recours à la violence. Lord Denning, M.R., de la Cour d'appel, a appliqué la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, sans exigence de réciprocité, et a statué que le jugement antérieur empêchait l'examen de la question de savoir si la police avait usé de violence, même si cette question était invoquée contre un nouvel adversaire. Signalant que dans des affaires analogues, les tribunaux avaient parfois refusé d'autoriser une partie à soulever de nouveau une question parce qu'il s'agissait d'un abus de procédure, lord Denning a estimé que le principe applicable était plutôt celui de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, sans exigence de réciprocité.

40

On appeal to the House of Lords, Lord Denning's attempt to reform the law of issue estoppel was overruled, but the higher court reached the same result via the doctrine of abuse of process. Lord Diplock stated, at p. 541:

La Chambre des lords, statuant en appel, n'a pas endossé la tentative de lord Denning de modifier le principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, mais elle est parvenue à une conclusion identique en appliquant la doctrine de l'abus de procédure. Lord Diplock s'est exprimé en ces termes, à la p. 541 :

The abuse of process which the instant case exemplifies is the initiation of proceedings in a court of justice for the purpose of mounting a collateral attack upon a final decision against the intending plaintiff which has been made by another court of competent jurisdiction in

[TRADUCTION] L'abus de procédure illustré en l'espèce est l'introduction d'une instance devant un tribunal judiciaire dans le but d'attaquer indirectement une décision définitive rendue contre le demandeur par un autre tribunal compétent dans une instance antérieure, où le

previous proceedings in which the intending plaintiff had a full opportunity of contesting the decision in the court by which it was made.

It is important to note that a public inquiry after the civil action of the six accused in *Hunter, supra*, resulted in the finding that the confessions of the Birmingham six had been extracted through police brutality (see *R. v. McIlkenny* (1991), 93 Cr. App. R. 287 (C.A.), at pp. 304 *et seq.*). In my view, this does not support a relaxation of the existing procedural mechanisms designed to ensure finality in criminal proceedings. The danger of wrongful convictions has been acknowledged by this Court and other courts (see *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7, at para. 1; and *R. v. Bromley* (2001), 151 C.C.C. (3d) 480 (Nfld. C.A.), at pp. 517-18). Although safeguards must be put in place for the protection of the innocent, and, more generally, to ensure the trustworthiness of court findings, continuous re-litigation is not a guarantee of factual accuracy.

The attraction of the doctrine of abuse of process is that it is unencumbered by the specific requirements of *res judicata* while offering the discretion to prevent relitigation, essentially for the purpose of preserving the integrity of the court's process. (See Doherty J.A.'s reasons, at para. 65; see also *Demeter* (H.C.), *supra*, at p. 264, and *Hunter, supra*, at p. 536.)

Critics of that approach have argued that when abuse of process is used as a proxy for issue estoppel, it obscures the true question while adding nothing but a vague sense of discretion. I disagree. At least in the context before us, namely, an attempt to relitigate a criminal conviction, I believe that abuse of process is a doctrine much more responsive to the real concerns at play. In all of its applications, the primary focus of the doctrine of abuse of process is the integrity of the adjudicative functions of courts. Whether it serves to disentitle the Crown from proceeding because of undue delays (see *Blencoe, supra*), or whether it prevents a civil party from using the courts for an improper purpose (see *Hunter, supra*, and *Demeter, supra*), the focus is less

demandeur a eu l'entière possibilité de contester la décision devant le tribunal qui l'a rendue.

Il importe de signaler qu'une enquête publique instituée après la poursuite civile intentée par les six accusés dans l'affaire *Hunter*, précitée, a donné lieu à la conclusion que les aveux des accusés de Birmingham avaient été obtenus par suite de brutalités policières (voir *R. c. McIlkenny* (1991), 93 Cr. App. R. 287 (C.A.), p. 304 et suiv.). À mon avis, cela ne saurait justifier d'alléger les mécanismes procéduraux mis en place pour assurer le caractère définitif des instances en matière criminelle. Notre Cour et d'autres tribunaux ont reconnu l'existence du risque d'erreur judiciaire (voir *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7, par. 1; et *R. c. Bromley* (2001), 151 C.C.C. (3d) 480 (C.A.T.-N.), p. 517-518). Bien qu'il faille prévoir des garanties pour protéger les innocents et, de façon plus générale, pour inspirer confiance dans les décisions judiciaires, la remise en cause perpétuelle n'est pas pour autant garante de l'exactitude factuelle.

L'attrait de la doctrine de l'abus de procédure provient de ce qu'elle n'est pas alourdie par les exigences précises du principe de l'autorité de la chose jugée tout en ménageant le pouvoir discrétionnaire d'empêcher la remise en cause de litiges et ce, essentiellement dans le but de préserver l'intégrité du processus judiciaire. (Voir les motifs du juge Doherty, par. 65; voir également *Demeter* (H.C.), précité, p. 264, et *Hunter*, précité, p. 536.)

Ceux qui critiquent cette doctrine font valoir que l'utilisation de l'abus de procédure à la place de la préclusion brouille la vraie question sans rien ajouter d'autre qu'une vague impression de pouvoir discrétionnaire. Je ne partage pas cette vue. À tout le moins dans des circonstances comme celles de la présente espèce, c'est-à-dire une tentative de remettre en cause une déclaration de culpabilité, j'estime que cette doctrine répond beaucoup mieux aux véritables enjeux. Dans tous ses cas d'application, la doctrine de l'abus de procédure vise essentiellement à préserver l'intégrité de la fonction judiciaire. Qu'elle ait pour effet de priver le ministère public du droit de continuer la poursuite à cause de délais inacceptables (voir *Blencoe*, précité), ou d'empêcher

on the interest of parties and more on the integrity of judicial decision making as a branch of the administration of justice. In a case such as the present one, it is that concern that compels a bar against relitigation, more than any sense of unfairness to a party being called twice to put its case forward, for example. When that is understood, the parameters of the doctrine become easier to define, and the exercise of discretion is better anchored in principle.

44 The adjudicative process, and the importance of preserving its integrity, were well described by Doherty J.A. He said, at para. 74:

The adjudicative process in its various manifestations strives to do justice. By the adjudicative process, I mean the various courts and tribunals to which individuals must resort to settle legal disputes. Where the same issues arise in various forums, the quality of justice delivered by the adjudicative process is measured not by reference to the isolated result in each forum, but by the end result produced by the various processes that address the issue. By justice, I refer to procedural fairness, the achieving of the correct result in individual cases and the broader perception that the process as a whole achieves results which are consistent, fair and accurate.

45 When asked to decide whether a criminal conviction, *prima facie* admissible in a proceeding under s. 22.1 of the Ontario *Evidence Act*, ought to be rebutted or taken as conclusive, courts will turn to the doctrine of abuse of process to ascertain whether relitigation would be detrimental to the adjudicative process as defined above. When the focus is thus properly on the integrity of the adjudicative process, the motive of the party who seeks to relitigate, or whether he or she wishes to do so as a defendant rather than as a plaintiff, cannot be decisive factors in the application of the bar against relitigation.

46 Thus, in the case at bar, it matters little whether Oliver's motive for relitigation was primarily to

une partie civile de faire appel aux tribunaux à mauvais escient (voir *Hunter*, précité, et *Demeter*, précité), l'accent est mis davantage sur l'intégrité du processus décisionnel judiciaire comme fonction de l'administration de la justice que sur l'intérêt des parties. Dans une affaire comme la présente espèce, c'est cette préoccupation qui commande d'interdire la remise en cause, plus que toute perception d'injustice envers une partie qui serait de nouveau appelée à faire la preuve de ses prétentions, par exemple. Cela compris, il est plus facile d'établir les paramètres de la doctrine et de définir les principes applicables à l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

Le processus décisionnel judiciaire, et l'importance d'en préserver l'intégrité, ont été bien décrits par le juge Doherty. Voici ce qu'on peut lire au par. 74 de ses motifs :

[TRADUCTION] Dans ses diverses manifestations, le processus décisionnel judiciaire vise à rendre justice. Par processus décisionnel judiciaire, j'entends les divers tribunaux judiciaires ou administratifs auxquels il faut s'adresser pour le règlement des litiges. Lorsque la même question est soulevée devant divers tribunaux, la qualité des décisions rendues au terme du processus judiciaire se mesure non par rapport au résultat particulier obtenu de chaque forum, mais par le résultat final découlant des divers processus. Par justice, j'entends l'équité procédurale, l'obtention du résultat approprié dans chaque affaire et la perception plus générale que l'ensemble du processus donne des résultats cohérents, équitables et exacts.

Lorsqu'ils doivent décider si une déclaration de culpabilité, recevable *prima facie* en vertu de l'art. 22.1 de la *Loi sur la preuve* de l'Ontario, devrait être réfutée ou considérée comme concluante, les tribunaux font appel à la doctrine de l'abus de procédure pour déterminer si la remise en cause porterait atteinte au processus décisionnel judiciaire défini précédemment. Lorsque l'accent est correctement mis sur l'intégrité du processus, la raison pour laquelle la partie cherche à rouvrir le débat ou sa qualité de défendeur plutôt que de demandeur dans le nouveau litige ne sauraient constituer des facteurs décisifs pour l'application de la règle interdisant la remise en question.

En l'espèce, il importe donc peu qu'Oliver veuille principalement rouvrir le débat pour être réengagé et

secure re-employment, rather than to challenge his criminal conviction in an attempt to undermine its validity. Reliance on *Hunter, supra*, and on *Demeter* (H.C.), *supra*, for the purpose of enhancing the importance of motive is misplaced. It is true that in both cases the parties wishing to relitigate had made it clear that they were seeking to impeach their earlier convictions. But this is of little significance in the application of the doctrine of abuse of process. A desire to attack a judicial finding is not in itself an improper purpose. The law permits that objective to be pursued through various reviewing mechanisms such as appeals or judicial review. Indeed reviewability is an important aspect of finality. A decision is final and binding on the parties only when all available reviews have been exhausted or abandoned. What is improper is to attempt to impeach a judicial finding by the impermissible route of relitigation in a different forum. Therefore, motive is of little or no import.

There is also no reason to constrain the doctrine of abuse of process only to those cases where the plaintiff has initiated the relitigation. The designation of the parties to the second litigation may mask the reality of the situation. In the present case, for instance, aside from the technical mechanism of the grievance procedures, who should be viewed as the initiator of the employment litigation between the grievor, Oliver, and his union on the one hand, and the City of Toronto on the other? Technically, the union is the "plaintiff" in the arbitration procedure. But the City of Toronto used Oliver's criminal conviction as a basis for his dismissal. I cannot see what difference it makes, again from the point of view of the integrity of the adjudicative process, whether Oliver is labelled a plaintiff or a defendant when it comes to relitigating his criminal conviction.

The appellant relies on *Re Del Core, supra*, to suggest that the abuse of process doctrine only applies to plaintiffs. *Re Del Core*, however, provided no majority opinion as to whether and when public policy would preclude relitigation of issues

non pour contester sa déclaration de culpabilité afin d'en attaquer la validité. Il n'y a pas lieu ici d'invoquer les arrêts *Hunter* et *Demeter* (H.C.), précités, pour souligner l'importance de la raison de la remise en cause. Il était certes évident, dans les deux affaires, que les parties cherchant à rouvrir le débat voulaient faire casser leur déclaration de culpabilité, mais cela a peu d'importance dans l'application de la doctrine de l'abus de procédure. Il n'est pas illégitime en soi de vouloir attaquer un jugement; la loi permet de poursuivre cet objectif par divers mécanismes de révision comme l'appel ou le contrôle judiciaire. De fait, la possibilité de faire réviser un jugement constitue un aspect important du principe de l'irrévocabilité des décisions. Une décision est irrévocable ou définitive et elle lie les parties seulement lorsque tous les recours possibles en révision sont épuisés ou ont été abandonnés. Ce qui n'est pas permis, c'est d'attaquer un jugement en tentant de soulever de nouveau la question devant un autre forum. Par conséquent, les raisons animant la partie ont peu ou pas d'importance.

Il n'y a pas de raison non plus de restreindre l'application de la doctrine de l'abus de procédure aux seuls cas où la remise en cause est le fait du demandeur. La désignation des parties au second litige peut masquer la situation réelle. En l'espèce, par exemple, indépendamment des formalités de la procédure de grief, qui d'Oliver et de son syndicat ou de la Ville de Toronto faudrait-il considérer comme à l'origine du différend en matière de travail? D'un point de vue formaliste, c'est le syndicat qui est la partie demanderesse dans la procédure d'arbitrage, mais c'est la Ville qui a invoqué la déclaration de culpabilité d'Oliver comme motif de congédiement. Du point de vue de l'intégrité du processus judiciaire, toutefois, je ne vois pas quelle différence il y a entre caractériser Oliver comme demandeur ou le caractériser comme défendeur relativement à la remise en cause de sa déclaration de culpabilité.

L'appellant invoque *Re Del Core*, précité, à l'appui de sa prétention que la doctrine de l'abus de procédure ne s'applique qu'aux demandeurs. Dans cet arrêt, toutefois, les juges majoritaires ne se sont pas prononcés sur la question de savoir dans quelles

determined in a criminal proceeding. For one, Blair J.A. did not limit the circumstances in which relitigation would amount to an abuse of process to those cases in which a person convicted sought to relitigate the validity of his conviction in subsequent proceedings which he himself had instituted (at p. 22):

The right to challenge a conviction is subject to an important qualification. A convicted person cannot attempt to prove that the conviction was wrong in circumstances where it would constitute an abuse of process to do so. . . . Courts have rejected attempts to relitigate the very issues dealt with at a criminal trial where the civil proceedings were perceived to be a collateral attack on the criminal conviction. The ambit of this qualification remains to be determined [Emphasis added.]

49

While the authorities most often cited in support of a court's power to prevent relitigation of decided issues in circumstances where issue estoppel does not apply are cases where a convicted person commenced a civil proceeding for the purpose of attacking a finding made in a criminal proceeding against that person (namely *Demeter* (H.C.), *supra*, and *Hunter, supra*; see also *Q. v. Minto Management Ltd.* (1984), 46 O.R. (2d) 756 (H.C.), *Franco, supra*, at paras. 29-31), there is no reason in principle why these rules should be limited to such specific circumstances. Several cases have applied the doctrine of abuse of process to preclude defendants from relitigating issues decided against them in a prior proceeding. See for example *Nigro v. Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd.* (1977), 18 O.R. (2d) 215 (H.C.), at p. 218, aff'd without reference to this point (1978), 18 O.R. (2d) 714 (C.A.); *Bomac, supra*, at pp. 26-27; *Bjarnarson, supra*, at p. 39; *Germescheid v. Valois* (1989), 68 O.R. (2d) 670 (H.C.); *Simpson v. Geswein* (1995), 25 C.C.L.T. (2d) 49 (Man. Q.B.), at p. 61; *Roenisch v. Roenisch* (1991), 85 D.L.R. (4th) 540 (Alta. Q.B.), at p. 546; *Saskatoon Credit Union, Ltd. v. Central Park Enterprises Ltd.* (1988), 47 D.L.R. (4th) 431 (B.C.S.C.), at p. 438; *Canadian Tire Corp. v. Summers* (1995), 23 O.R. (3d) 106 (Gen. Div.), at p. 115; see also

circumstances, le cas échéant, l'intérêt public peut empêcher la remise en question de conclusions formulées dans une instance criminelle. Le juge Blair, notamment, n'a pas limité les circonstances permettant de conclure à l'abus de procédure aux seules affaires où une personne déclarée coupable cherche à remettre en question la validité de cette déclaration dans une instance subséquente qu'elle-même a engagée (à la p. 22) :

[TRADUCTION] Le droit de contester une déclaration de culpabilité est assorti d'une importante réserve. Une personne visée par une déclaration de culpabilité ne peut tenter de prouver que la déclaration était erronée lorsque dans les circonstances cela constituerait un abus de procédure. [. . .] Les tribunaux ont rejeté les tentatives de remettre en cause les questions mêmes qui avaient été examinées au procès criminel, dans les cas où ils estimaient que l'instance civile constituait une contestation indirecte de la déclaration de culpabilité. La portée de cette réserve reste à déterminer . . . [Je souligne.]

S'il est vrai que la jurisprudence la plus souvent citée à l'appui du pouvoir des tribunaux d'empêcher la remise en cause de questions sur lesquelles il a déjà été statué, lorsque la préclusion découlant d'une question déjà tranchée n'est pas applicable, se rapporte à des affaires où une personne déclarée coupable a intenté une action civile dans le but d'attaquer une conclusion formulée dans l'instance criminelle (savoir *Demeter* (H.C.), précité, et *Hunter*, précité; voir aussi *Q. c. Minto Management Ltd.* (1984), 46 O.R. (2d) 756 (H.C.), et *Franco*, précité, par. 29-31), il n'existe aucune raison de principe pour que ce droit ne s'exerce que dans ces circonstances. Les tribunaux ont appliqué la doctrine de l'abus de procédure à plusieurs reprises pour empêcher un défendeur de remettre en cause des conclusions formulées contre lui dans une instance antérieure. Voir notamment *Nigro c. Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd.* (1977), 18 O.R. (2d) 215 (H.C.), p. 218, conf. sans mention de ce point par (1978), 18 O.R. (2d) 714 (C.A.); *Bomac*, précité, p. 26-27; *Bjarnarson*, précité, p. 39; *Germescheid c. Valois* (1989), 68 O.R. (2d) 670 (H.C.); *Simpson c. Geswein* (1995), 25 C.C.L.T. (2d) 49 (B.R. Man.), p. 61; *Roenisch c. Roenisch* (1991), 85 D.L.R. (4th) 540 (B.R. Alb.), p. 546; *Saskatoon Credit Union, Ltd. c. Central Park Enterprises Ltd.* (1988), 47 D.L.R. (4th) 431 (C.S.C.-B.), p. 438; *Canadian Tire*

P. M. Perell, "Res Judicata and Abuse of Process" (2001), 24 *Advocates' Q.* 189, at pp. 196-97; and Watson, *supra*, at pp. 648-51.

It has been argued that it is difficult to see how mounting a defence can be an abuse of process (see M. Teplitsky, "Prior Criminal Convictions: Are They Conclusive Proof? An Arbitrator's Perspective", in K. Whitaker et al., eds., *Labour Arbitration Yearbook 2001-2002* (2002), vol. I, 279). A common justification for the doctrine of *res judicata* is that a party should not be twice vexed in the same cause, that is, the party should not be burdened with having to relitigate the same issue (Watson, *supra*, at p. 633). Of course, a defendant may be quite pleased to have another opportunity to litigate an issue originally decided against him. A proper focus on the process, rather than on the interests of a party, will reveal why relitigation should not be permitted in such a case.

Rather than focus on the motive or status of the parties, the doctrine of abuse of process concentrates on the integrity of the adjudicative process. Three preliminary observations are useful in that respect. First, there can be no assumption that relitigation will yield a more accurate result than the original proceeding. Second, if the same result is reached in the subsequent proceeding, the relitigation will prove to have been a waste of judicial resources as well as an unnecessary expense for the parties and possibly an additional hardship for some witnesses. Finally, if the result in the subsequent proceeding is different from the conclusion reached in the first on the very same issue, the inconsistency, in and of itself, will undermine the credibility of the entire judicial process, thereby diminishing its authority, its credibility and its aim of finality.

In contrast, proper review by way of appeal increases confidence in the ultimate result and affirms both the authority of the process as well as the finality of the result. It is therefore apparent that

Corp. c. Summers (1995), 23 O.R. (3d) 106 (Div. gén.), p. 115; voir aussi P. M. Perell, « Res Judicata and Abuse of Process » (2001), 24 *Advocates' Q.* 189, p. 196-197; et Watson, *loc. cit.*, p. 648-651.

Des auteurs ont soutenu qu'il est difficile de concevoir comment le fait de se défendre peut constituer un abus de procédure (voir M. Teplitsky, « Prior Criminal Convictions : Are They Conclusive Proof? An Arbitrator's Perspective », dans K. Whitaker et autres, dir., *Labour Arbitration Yearbook 2001-2002* (2002), vol. I, 279). On donne souvent comme raison d'être du principe de l'autorité de la chose jugée qu'une partie ne devrait pas être tracassée deux fois pour la même cause d'action, c'est-à-dire qu'on ne devrait pas lui imposer le fardeau de débattre une autre fois de la même question (Watson, *loc. cit.*, p. 633). Bien sûr, un défendeur peut se réjouir d'avoir une autre occasion de mettre en cause une question tranchée contre lui. C'est l'accent correctement mis sur le processus plutôt que sur l'intérêt des parties qui révèle pourquoi il ne devrait pas y avoir remise en cause dans un tel cas.

La doctrine de l'abus de procédure s'articule autour de l'intégrité du processus juridictionnel et non autour des motivations ou de la qualité des parties. Il convient de faire trois observations préliminaires à cet égard. Premièrement, on ne peut présumer que la remise en cause produira un résultat plus exact que l'instance originale. Deuxièmement, si l'instance subséquente donne lieu à une conclusion similaire, la remise en cause aura été un gaspillage de ressources judiciaires et une source de dépenses inutiles pour les parties sans compter les difficultés supplémentaires qu'elle aura pu occasionner à certains témoins. Troisièmement, si le résultat de la seconde instance diffère de la conclusion formulée à l'égard de la même question dans la première, l'incohérence, en soi, ébranlera la crédibilité de tout le processus judiciaire et en affaiblira ainsi l'autorité, la crédibilité et la vocation à l'irrévocabilité.

La révision de jugements par la voie normale de l'appel, en revanche, accroît la confiance dans le résultat final et confirme l'autorité du processus ainsi que l'irrévocabilité de son résultat. D'un

from the system's point of view, relitigation carries serious detrimental effects and should be avoided unless the circumstances dictate that relitigation is in fact necessary to enhance the credibility and the effectiveness of the adjudicative process as a whole. There may be instances where relitigation will enhance, rather than impeach, the integrity of the judicial system, for example: (1) when the first proceeding is tainted by fraud or dishonesty; (2) when fresh, new evidence, previously unavailable, conclusively impeaches the original results; or (3) when fairness dictates that the original result should not be binding in the new context. This was stated unequivocally by this Court in *Danyluk, supra*, at para. 80.

53

The discretionary factors that apply to prevent the doctrine of issue estoppel from operating in an unjust or unfair way are equally available to prevent the doctrine of abuse of process from achieving a similar undesirable result. There are many circumstances in which the bar against relitigation, either through the doctrine of *res judicata* or that of abuse of process, would create unfairness. If, for instance, the stakes in the original proceeding were too minor to generate a full and robust response, while the subsequent stakes were considerable, fairness would dictate that the administration of justice would be better served by permitting the second proceeding to go forward than by insisting that finality should prevail. An inadequate incentive to defend, the discovery of new evidence in appropriate circumstances, or a tainted original process may all overcome the interest in maintaining the finality of the original decision (*Danyluk, supra*, at para. 51; *Franco, supra*, at para. 55).

54

These considerations are particularly apposite when the attempt is to relitigate a criminal conviction. Casting doubt over the validity of a criminal conviction is a very serious matter. Inevitably in a case such as this one, the conclusion of the arbitrator has precisely that effect, whether this was intended

point de vue systémique, il est donc évident que la remise en cause s'accompagne de graves effets préjudiciables et qu'il faut s'en garder à moins que des circonstances n'établissent qu'elle est, dans les faits, nécessaire à la crédibilité et à l'efficacité du processus juridictionnel dans son ensemble. Il peut en effet y avoir des cas où la remise en cause pourra servir l'intégrité du système judiciaire plutôt que lui porter préjudice, par exemple : (1) lorsque la première instance est entachée de fraude ou de malhonnêteté, (2) lorsque de nouveaux éléments de preuve, qui n'avaient pu être présentés auparavant, jettent de façon probante un doute sur le résultat initial, (3) lorsque l'équité exige que le résultat initial n'ait pas force obligatoire dans le nouveau contexte. C'est ce que notre Cour a dit sans équivoque dans l'arrêt *Danyluk*, précité, par. 80.

Les facteurs discrétionnaires qui visent à empêcher que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne produise des effets injustes, jouent également en matière d'abus de procédure pour éviter de pareils résultats indésirables. Il existe de nombreuses circonstances où l'interdiction de la remise en cause, qu'elle découle de l'autorité de la chose jugée ou de la doctrine de l'abus de procédure, serait source d'inéquité. Par exemple, lorsque les enjeux de l'instance initiale ne sont pas assez importants pour susciter une réaction vigoureuse et complète alors que ceux de l'instance subséquente sont considérables, l'équité commande de conclure que l'autorisation de poursuivre la deuxième instance servirait davantage l'administration de la justice que le maintien à tout prix du principe de l'irrévocabilité. Une incitation insuffisante à opposer une défense, la découverte de nouveaux éléments de preuve dans des circonstances appropriées, ou la présence d'irrégularités dans le processus initial, tous ces facteurs peuvent l'emporter sur l'intérêt qu'il y a à maintenir l'irrévocabilité de la décision initiale (*Danyluk*, précité, par. 51; *Franco*, précité, par. 55).

Ces considérations revêtent une pertinence particulière s'agissant de la tentative de remettre en cause une déclaration de culpabilité. Mettre en doute la validité d'une déclaration de culpabilité est une action très grave et, dans un cas comme celui qui nous intéresse, il est inévitable que la conclusion de

or not. The administration of justice must equip itself with all legitimate means to prevent wrongful convictions and to address any real possibility of such an occurrence after the fact. Collateral attacks and relitigation, however, are not in my view appropriate methods of redress since they inordinately tax the adjudicative process while doing nothing to ensure a more trustworthy result.

In light of the above, it is apparent that the common law doctrines of issue estoppel, collateral attack and abuse of process adequately capture the concerns that arise when finality in litigation must be balanced against fairness to a particular litigant. There is therefore no need to endorse, as the Court of Appeal did, a self-standing and independent “finality principle” either as a separate doctrine or as an independent test to preclude relitigation.

D. *Application of Abuse of Process to Facts of the Appeal*

I am of the view that the facts in this appeal point to the blatant abuse of process that results when relitigation of this sort is permitted. The grievor was convicted in a criminal court and he exhausted all his avenues of appeal. In law, his conviction must stand, with all its consequent legal effects. Yet as pointed out by Doherty J.A. (at para. 84):

Despite the arbitrator's insistence that he was not passing on the correctness of the decision made by Ferguson J., that is exactly what he did. One cannot read the arbitrator's reasons without coming to the conclusion that he was convinced that the criminal proceedings were badly flawed and that Oliver was wrongly convicted. This conclusion, reached in proceedings to which the prosecution was not even a party, could only undermine the integrity of the criminal justice system. The reasonable observer would wonder how Oliver could be found guilty beyond a reasonable doubt in one proceeding and after the Court of Appeal had affirmed that finding, be found in a separate proceeding not to have committed the very same assault. That reasonable observer would also not understand how Oliver could be found to be properly convicted of

l'arbitre ait précisément cet effet, qu'il ait été voulu ou non. L'administration de la justice doit disposer de tous les moyens légitimes propres à prévenir les déclarations de culpabilité injustifiées et à y remédier s'il s'en présente. La contestation indirecte et la remise en cause, toutefois, ne constituent pas des moyens appropriés, selon moi, car elles imposent au processus juridictionnel des contraintes excessives et ne font rien pour garantir un résultat plus fiable.

Compte tenu de ce qui précède, il est clair que les doctrines de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, de la contestation indirecte et de l'abus de procédure, reconnues en common law, répondent adéquatement aux préoccupations qui surgissent lorsqu'il faut pondérer le principe de l'irrévocabilité des jugements et celui de l'équité envers un justiciable particulier. Il n'est donc nul besoin, comme l'a fait la Cour d'appel, d'ériger le principe de l'irrévocabilité en doctrine distincte ou critère indépendant pour interdire la remise en cause.

D. *L'application de la doctrine de l'abus de procédure en l'espèce*

À mon avis, les faits de la présente espèce illustrent l'abus flagrant de procédure qui résulte de l'autorisation de ce type de remise en cause. L'employé avait été déclaré coupable par un tribunal criminel et il avait épuisé toutes les voies d'appel. La déclaration de culpabilité était valide en droit, avec tous les effets juridiques en découlant. Pourtant, comme l'a signalé le juge Doherty (au par. 84) :

[TRADUCTION] Même si l'arbitre s'est défendu d'avoir examiné le bien-fondé de la décision du juge Ferguson, c'est exactement ce qu'il a fait. Il est impossible de ne pas conclure, à la lecture des motifs de l'arbitre, qu'il avait la conviction que l'instance criminelle était entachée de graves erreurs et qu'Oliver avait été condamné à tort. Cette conclusion tirée à l'occasion d'une instance à laquelle la poursuite n'était pas même partie ne peut que porter atteinte à l'intégrité du système de justice criminel. Tout observateur sensé se demanderait comment il se peut qu'un tribunal ait conclu hors de tout doute raisonnable qu'Oliver était coupable, et qu'après confirmation du verdict par la Cour d'appel, il soit déterminé, dans une autre instance, qu'il n'a pas commis cette même agression. Cet observateur ne comprendrait pas non plus qu'Oliver

sexually assaulting the complainant and deserving of 15 months in jail and yet also be found in a separate proceeding not to have committed that sexual assault and to be deserving of reinstatement in a job which would place young persons like the complainant under his charge.

57 As a result of the conflicting decisions, the City of Toronto would find itself in the inevitable position of having a convicted sex offender reinstated to an employment position where he would work with the very vulnerable young people he was convicted of assaulting. An educated and reasonable public would presumably have to assess the likely correctness of one or the other of the adjudicative findings regarding the guilt of the convicted grievor. The authority and finality of judicial decisions are designed precisely to eliminate the need for such an exercise.

58 In addition, the arbitrator is considerably less well equipped than a judge presiding over a criminal court — or the jury —, guided by rules of evidence that are sensitive to a fair search for the truth, an exacting standard of proof and expertise with the very questions in issue, to come to a correct disposition of the matter. Yet the arbitrator's conclusions, if challenged, may give rise to a less searching standard of review than that of the criminal court judge. In short, there is nothing in a case like the present one that militates against the application of the doctrine of abuse of process to bar the relitigation of the grievor's criminal conviction. The arbitrator was required as a matter of law to give full effect to the conviction. As a result of that error of law, the arbitrator reached a patently unreasonable conclusion. Properly understood in the light of correct legal principles, the evidence before the arbitrator could only lead him to conclude that the City of Toronto had established just cause for Oliver's dismissal.

VI. Disposition

59 For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

ait pu à bon droit être reconnu coupable d'agression sexuelle contre le plaignant et condamné à quinze mois d'emprisonnement, mais qu'une autre instance donne lieu à la conclusion qu'il n'a pas commis l'agression sexuelle et qu'il doit être réintégré dans des fonctions où des jeunes comme le plaignant seraient placés sous sa surveillance.

Ces décisions contradictoires mettraient inévitablement la Ville de Toronto dans une situation où une personne condamnée pour agression sexuelle est rétablie dans un emploi qui la met en contact avec des jeunes très vulnérables comme la victime de l'agression dont elle a été déclarée coupable. On peut supposer que cela induirait le public informé et sensé à évaluer le bien-fondé de l'un ou l'autre des jugements relatifs à la culpabilité de l'employé. L'autorité et l'irrévocabilité des décisions de justice visent précisément à éliminer la nécessité d'un tel exercice.

De plus, l'arbitre est beaucoup moins en mesure de rendre une décision correcte sur la culpabilité que le juge président une instance criminelle — ou que le jury —, qui dispose pour le guider de règles de preuve axées sur la recherche équitable de la vérité ainsi que d'une norme de preuve exigeante, et qui a l'expérience des questions en cause. Qui plus est, la norme de contrôle applicable aux conclusions de l'arbitre, en cas de contestation, est moins exigeante que celle qui s'applique aux décisions des juges de cours criminelles. Bref, il n'y a rien, dans une affaire comme la présente espèce, qui milite contre l'application de la doctrine de l'abus de procédure pour interdire la remise en cause de la déclaration de culpabilité de l'employé. L'arbitre était juridiquement tenu de donner plein effet à la déclaration de culpabilité. L'erreur de droit qu'il a commise lui a fait tirer une conclusion manifestement déraisonnable. S'il avait bien compris la preuve et tenu compte des principes juridiques applicables, il n'aurait pu faire autrement que de conclure que la Ville de Toronto avait démontré l'existence d'un motif valable pour le congédiement d'Oliver.

VI. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

The reasons of LeBel and Deschamps JJ. were delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

I have had the benefit of reading Arbour J.'s reasons and I concur with her disposition of the case. I agree that this case is appropriately decided on the basis of the doctrine of abuse of process, rather than the narrower and more technical doctrines of either collateral attack or issue estoppel. I also agree that the appropriate standard of review for the question of whether a criminal conviction may be relitigated in a grievance proceeding is correctness. This is a question of law requiring an arbitrator to interpret not only the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, but also the *Evidence Act*, R.S.O. 1990, c. E.23, as well as to rule on the applicability of a number of common law doctrines dealing with relitigation, an issue that is, as Arbour J. notes, at the heart of the administration of justice. Finally, I agree that the arbitrator's determination in this case that Glenn Oliver's criminal conviction could indeed be relitigated during the grievance proceeding was incorrect. As a matter of law, the arbitrator was required to give full effect to Oliver's conviction. His failure to do so was sufficient to render his ultimate decision that Oliver had been dismissed without just cause — a decision squarely within the arbitrator's area of specialized expertise and thus reviewable on a deferential standard — patently unreasonable, according to the jurisprudence of our Court.

While I agree with Arbour J.'s disposition of the appeal, I am of the view that the administrative law aspects of this case require further discussion. In my concurring reasons in *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 S.C.R.

Version française des motifs des juges LeBel et Deschamps rendus par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

J'ai pris connaissance des motifs de la juge Arbour et je souscris au dispositif qu'elle propose dans le présent pourvoi. Je conviens que le sort de ce pourvoi doit être réglé en fonction de l'abus de procédure, et non des principes plus restreints et plus techniques de la contestation indirecte ou de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (*issue estoppel*). Je conviens également que la norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte, à l'égard de la question de la remise en cause d'une déclaration de culpabilité dans le cadre d'une procédure de grief. La nature de cette question de droit demandait de l'arbitre qu'il interprète non seulement la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, mais aussi la *Loi sur la preuve*, L.R.O. 1990, ch. E.23, et qu'il statue sur l'applicabilité d'un certain nombre de principes de common law portant sur la remise en cause de questions déjà décidées dans le cadre d'un litige antérieur. Comme le fait remarquer la juge Arbour, ce problème se situe au cœur de l'administration de la justice. Enfin, je conviens que la décision de l'arbitre qui permettait de remettre la déclaration de culpabilité de Glenn Oliver en cause pendant l'examen du grief n'était pas correcte. Légalement, l'arbitre devait donner pleinement effet à cette déclaration de culpabilité. L'omission de le faire a suffi pour rendre manifestement déraisonnable, suivant la jurisprudence de notre Cour, la décision finale selon laquelle Oliver avait été congédié sans motif valable — une décision qui ressortissait entièrement au domaine d'expertise de l'arbitre et devait donc faire l'objet d'un contrôle selon une norme commandant la déférence.

Même si je suis d'accord avec la conclusion de la juge Arbour en l'espèce, j'estime opportun d'approfondir l'examen des aspects du pourvoi relevant du droit administratif. Dans mes motifs concourants dans *Chamberlain c. Surrey School*

710, 2002 SCC 86, I raised concerns about the appropriateness of treating the pragmatic and functional methodology as an overarching analytical framework for substantive judicial review that must be applied, without variation, in all administrative law contexts, including those involving non-adjudicative decision makers. In certain circumstances, such as those at issue in *Chamberlain* itself, applying this methodological approach in order to determine the appropriate standard of review may in fact obscure the real issue before the reviewing court.

62

In the instant appeal and the appeal in *Ontario v. O.P.S.E.U.*, [2003] 3 S.C.R. 149, 2003 SCC 64, released concurrently, both of which involve judicial review of adjudicative decision makers, my concern is not with the applicability of the pragmatic and functional approach itself. Having said this, I would note that in a case such as this one, where the question at issue is so clearly a question of law that is both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's specialized area of expertise, it is unnecessary for the reviewing court to perform a detailed pragmatic and functional analysis in order to reach a standard of review of correctness. Indeed, in such circumstances reviewing courts should avoid adopting a mechanistic approach to the determination of the appropriate standard of review, which risks reducing the pragmatic and functional analysis from a contextual, flexible framework to little more than a *pro forma* application of a checklist of factors (see *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29, at para. 149; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, at para. 26; *Chamberlain*, *supra*, at para. 195, *per* LeBel J.).

63

The more particular concern that emerges out of this case and *Ontario v. O.P.S.E.U.* relates to what in my view is growing criticism with the ways in which the standards of review currently available within the

District No. 36, [2002] 4 R.C.S. 710, 2002 CSC 86, j'ai soulevé quelques inquiétudes quant au caractère approprié d'une approche qui traiterait la méthode pragmatique et fonctionnelle comme cadre d'analyse fondamental destiné à s'appliquer sans flexibilité lors du contrôle judiciaire sur le fond dans toutes les affaires de droit administratif, y compris celles relatives à la décision d'une instance non juridictionnelle. Dans certaines circonstances, comme celles de *Chamberlain*, le recours à ce cadre d'analyse pour circonscrire la norme de contrôle appropriée risque d'occulter la véritable question que doit trancher la cour de justice chargée du contrôle.

Dans le présent pourvoi et *Ontario c. S.E.E.F.P.O.*, [2003] 3 R.C.S. 149, 2003 CSC 64, sur lesquels statue simultanément notre Cour et qui portent tous deux sur le contrôle judiciaire de la décision d'une instance juridictionnelle, je ne suis pas préoccupé par l'applicabilité de l'analyse pragmatique et fonctionnelle proprement dite. Cependant, lorsque, comme en l'espèce, la question en litige constitue si clairement une question de droit, à la fois, d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre, il devient inutile qu'une cour se livre à une analyse pragmatique et fonctionnelle détaillée pour identifier une norme de contrôle fondée sur la décision correcte. En pareilles circonstances, pour déterminer la norme de contrôle applicable, la cour doit en fait éviter d'adopter une démarche rigide. En effet, celle-ci risquerait de réduire l'analyse pragmatique et fonctionnelle et le cadre souple et contextuel qu'elle offre à la vérification et à l'application pure et simple d'une liste de facteurs prédéterminés (voir *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29, par. 149; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 26; *Chamberlain*, précité, par. 195, le juge LeBel).

La présente espèce et le pourvoi connexe *Ontario c. S.E.E.F.P.O.* soulèvent une question plus particulière, celle des préoccupations croissantes liées à la manière dont sont conçues et appliquées les normes

pragmatic and functional framework are conceived of and applied. Academic commentators and practitioners have raised some serious questions as to whether the conceptual basis for each of the existing standards has been delineated with sufficient clarity by this Court, with much of the criticism directed at what has been described as “epistemological” confusion over the relationship between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* (see, for example, D. J. Mullan, “Recent Developments in Standard of Review”, in Canadian Bar Association (Ontario), *Taking the Tribunal to Court: A Practical Guide for Administrative Law Practitioners* (2000), at p. 26; J. G. Cowan, “The Standard of Review: The Common Sense Evolution?”, paper presented to the Administrative Law Section Meeting, Ontario Bar Association, January 21, 2003, at p. 28; F. A. V. Falzon, “Standard of Review on Judicial Review or Appeal”, in *Administrative Justice Review Background Papers: Background Papers prepared by Administrative Justice Project for the Attorney General of British Columbia* (2002), at pp. 32-33). Reviewing courts too, have occasionally expressed frustration over a perceived lack of clarity in this area, as the comments of Barry J. in *Miller v. Workers’ Compensation Commission (Nfld.)* (1997), 154 Nfld. & P.E.I.R. 52 (Nfld. S.C.T.D.), at para. 27, illustrate:

In attempting to follow the court’s distinctions between “patently unreasonable”, “reasonable” and “correct”, one feels at times as though one is watching a juggler juggle three transparent objects. Depending on the way the light falls, sometimes one thinks one can see the objects. Other times one cannot and, indeed, wonders whether there are really three distinct objects there at all.

The Court cannot remain unresponsive to sustained concerns or criticism coming from the legal community in relation to the state of Canadian jurisprudence in this important part of the law. It is true that the parties to this appeal made no submissions putting into question the standards of review jurisprudence. Nevertheless, at times, an in-depth discussion or review of the state of the law may become necessary despite the absence of particular

de contrôle qu’offre actuellement l’analyse pragmatique et fonctionnelle. Des auteurs et avocats ont affirmé douter sérieusement que notre Cour ait exposé de manière suffisamment claire le fondement théorique de chacune des normes existantes. Une bonne partie de leurs critiques vise ce qu’ils ont qualifié de confusion « épistémologique » qui entourerait la relation entre le manifestement déraisonnable et le raisonnable *simpliciter* (voir, par exemple, D. J. Mullan, « Recent Developments in Standard of Review », dans l’Association du Barreau canadien (Ontario), *Taking the Tribunal to Court : A Practical Guide for Administrative Law Practitioners* (2000), p. 26; J. G. Cowan, « The Standard of Review : The Common Sense Evolution? », exposé présenté initialement à la rencontre de la section du droit administratif, Association du Barreau de l’Ontario, 21 janvier 2003, p. 28; F. A. V. Falzon, « Standard of Review on Judicial Review or Appeal », dans *Administrative Justice Review Background Papers : Background Papers prepared by Administrative Justice Project for the Attorney General of British Columbia* (2002), p. 32-33). Les cours de justice chargées de contrôles ont parfois également exprimé de la frustration à l’égard de ce qu’elles perçoivent comme un manque apparent de clarté dans ce domaine, comme l’illustrent les propos du juge Barry dans *Miller c. Workers’ Compensation Commission (Nfld.)* (1997), 154 Nfld. & P.E.I.R. 52 (C.S.T.-N. (1^{re} inst.)), par. 27 :

[TRADUCTION] Tenter de comprendre les distinctions établies par la cour entre la décision « manifestement déraisonnable », « raisonnable » ou « correcte » s’apparente parfois à observer un jongleur maniant trois objets transparents. Selon l’éclairage, à certains moments l’on croit apercevoir les objets. Mais à d’autres, l’on ne voit rien et l’on se demande en fait s’il y a vraiment trois objets distincts.

La Cour ne peut rester insensible aux préoccupations ou critiques constantes de la communauté juridique concernant l’état de la jurisprudence canadienne dans une partie importante du droit. Il est vrai que les parties au présent pourvoi n’ont pas présenté d’observations qui remettaient en cause la jurisprudence en matière de normes de contrôle. Il n’en reste pas moins qu’à l’occasion une analyse ou un examen en profondeur de l’état du droit

representations in a specific case. Given its broad application, the law governing the standards of review must be predictable, workable and coherent. Parties to litigation often have no personal stake in assuring the coherence of our standards of review jurisprudence as a whole and the consistency of their application. Their purpose, understandably, is to show how the positions they advance conform with the law as it stands, rather than to suggest improvements of that law for the benefit of the common good. The task of maintaining a predictable, workable and coherent jurisprudence falls primarily on the judiciary, preferably with, but exceptionally without, the benefit of counsel. I would add that, although the parties made no submissions on the analysis that I propose to undertake in these reasons, they will not be prejudiced by it.

65

In this context, this case provides an opportunity to reevaluate the contours of the various standards of review, a process that in my view is particularly important with respect to patent unreasonableness. To this end, I review below:

- the interplay between correctness and patent unreasonableness both in the instant case and, more broadly, in the context of judicial review of adjudicative decision makers generally, with a view to elucidating the conflicted relationship between these two standards; and,
- the distinction between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, which, despite a number of attempts at clarification, remains a nebulous one.

66

As the analysis that follows indicates, the patent unreasonableness standard does not currently provide sufficiently clear parameters for reviewing courts to apply in assessing the decisions of administrative adjudicators. From the beginning, patent unreasonableness at times shaded uncomfortably into what should presumably be its antithesis, the correctness review. Moreover, it is increasingly difficult to distinguish from what is ostensibly its less

peut s'avérer nécessaire malgré l'absence d'observations particulières dans une espèce donnée. Étant donné leur vaste domaine d'application, les règles de droit qui régissent les normes de contrôle doivent être prévisibles, pratiques et cohérentes. Les parties à un litige n'ont souvent aucun intérêt personnel à assurer la cohérence globale de notre jurisprudence en matière de normes de contrôle et l'uniformité de son application. Leur objectif, bien compréhensible, consiste à démontrer en quoi les positions qu'elles avancent sont conformes aux règles de droit telles qu'elles existent, et non de suggérer des améliorations à ces règles pour le bénéfice du bien commun. La tâche d'assurer le caractère prévisible, pratique et cohérent de la jurisprudence incombe en premier lieu aux juges, tâche qu'ils accomplissent de préférence avec, mais exceptionnellement sans le concours des avocats. J'ajouterais que, même si les parties n'ont pas présenté d'observations sur l'analyse que je me propose d'entreprendre dans les présents motifs, elles n'en subiront aucun préjudice.

Dans ce contexte, le présent pourvoi nous offre l'occasion de réévaluer les contours des différentes normes de contrôle, ce qui s'impose particulièrement, selon moi, à l'égard de la norme du manifestement déraisonnable. J'examinerai donc :

- l'interaction entre la décision correcte et la décision manifestement déraisonnable, tant en l'espèce que dans le contexte du contrôle judiciaire de la décision d'une instance juridictionnelle en général, afin de clarifier la relation conflictuelle entre ces deux normes;
- la distinction entre le manifestement déraisonnable et le raisonnable *simpliciter*, qui demeure nébuleuse malgré bien des tentatives d'explication.

Comme le confirme l'analyse qui suit, à l'heure actuelle, la norme de la décision manifestement déraisonnable n'offre pas aux cours de justice des paramètres suffisamment clairs pour contrôler les décisions des tribunaux administratifs. Dès le début, la norme du manifestement déraisonnable a parfois été confondue, de manière préoccupante, avec ce qui devrait être son antithèse, la norme de la décision correcte. En outre, il devient de plus en plus

deferential counterpart, reasonableness *simpliciter*. It remains to be seen how these difficulties can be addressed.

II. Analysis

A. *The Two Standards of Review Applicable in This Case*

Two standards of review are at issue in this case, and the use of correctness here requires some preliminary discussion. As I noted in brief above, certain fundamental legal questions — for instance, constitutional and human rights questions and those involving civil liberties, as well as other questions that are of central importance to the legal system as a whole, such as the issue of relitigation — typically fall to be decided on a correctness standard. Indeed, in my view, it will rarely be necessary for reviewing courts to embark on a comprehensive application of the pragmatic and functional approach in order to reach this conclusion. I would not, however, want either my comments in this regard or the majority reasons in this case to be taken as authority for the proposition that correctness is the appropriate standard whenever arbitrators or other specialized administrative adjudicators are required to interpret and apply general common law or civil law rules. Such an approach would constitute a broad expansion of judicial review under a standard of correctness and would significantly impede the ability of administrative adjudicators, particularly in complex and highly specialized fields such as labour law, to develop original solutions to legal problems, uniquely suited to the context in which they operate. In my opinion, in many instances the appropriate standard of review in respect of the application of general common or civil law rules by specialized adjudicators should not be one of correctness, but rather of reasonableness. I now turn to a brief discussion of the rationale behind this view.

difficile de distinguer la norme de ce qui est réputé représenter sa contrepartie, commandant une moins grande déférence, la norme de la décision raisonnable *simpliciter*. Il reste à voir comment il est possible de résoudre ces difficultés.

II. Analyse

A. *Les deux normes de contrôle applicables en l'espèce*

Deux normes de contrôle entrent en jeu en l'espèce, et certaines précisions s'imposent au préalable sur l'application de la norme de la décision correcte. Comme je l'ai déjà signalé brièvement, certaines questions de droit fondamentales — notamment en ce qui concerne la Constitution et les droits de la personne, de même que les libertés civiles, ainsi que d'autres questions revêtant une importance centrale pour le système juridique dans son ensemble, comme celle de la remise en cause — commandent généralement l'application de la norme de la décision correcte. À mon avis, la cour de justice chargée du contrôle devra rarement se livrer à l'analyse pragmatique et fonctionnelle de manière exhaustive pour conclure en ce sens. Je ne voudrais pas, cependant, que l'on déduise de mes propos à ce sujet ou des motifs des juges majoritaires en l'espèce qu'il faut appliquer la norme de la décision correcte chaque fois qu'un arbitre ou une autre instance administrative spécialisée est appelé à interpréter et à appliquer les règles générales de la common law ou du droit civil. S'il en allait ainsi, le contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte verrait sa portée s'accroître sensiblement. Une telle approche rendrait les tribunaux administratifs moins aptes, spécialement dans des domaines complexes et très spécialisés comme le droit du travail, à apporter à un problème juridique une solution originale particulièrement adaptée au contexte. À mon sens, dans bien des cas, la norme de contrôle appropriée à l'application des règles générales de la common law et du droit civil par un tribunal spécialisé ne devrait pas être la norme de la décision correcte mais plutôt celle de la décision raisonnable. De brèves explications s'imposent.

(1) The Correctness Standard of Review

68

This Court has repeatedly stressed the importance of judicial deference in the context of labour law. Labour relations statutes typically bestow broad powers on arbitrators and labour boards to resolve the wide range of problems that may arise in this field and protect the decisions of these adjudicators by privative clauses. Such legislative choices reflect the fact that, as Cory J. noted in *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 35, the field of labour relations is “sensitive and volatile” and “[i]t is essential that there be a means of providing speedy decisions by experts in the field who are sensitive to the situation, and which can be considered by both sides to be final and binding” (see also *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941 (“PSAC”), at pp. 960-61; and *Ivanhoe inc. v. UFCW, Local 500*, [2001] 2 S.C.R. 565, 2001 SCC 47, at para. 32). The application of a standard of review of correctness in the context of judicial review of labour adjudication is thus rare.

69

While in this case and in *Ontario v. O.P.S.E.U.* I agree that correctness is the appropriate standard of review for the arbitrator’s decision on the relitigation question, I think it necessary to sound a number of notes of caution in this regard. It is important to stress, first, that while the arbitrator was required to be correct on this question of law, this did not open his decision as a whole to review on a correctness standard (see *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at para. 48). The arbitrator was entitled to deference in the determination of whether Oliver was dismissed without just cause. To say that, in the circumstances of this case, the arbitrator’s incorrect decision on the question of law affected the overall reasonableness of his decision, is very different from saying that the arbitrator’s finding on the ultimate

(1) La norme de la décision correcte

Notre Cour a à maintes reprises souligné l’importance de la déférence judiciaire dans le domaine du droit du travail. En général, les lois régissant les relations de travail confèrent aux arbitres et aux commissions ou conseils des relations de travail de larges pouvoirs pour le règlement de la vaste gamme de problèmes susceptibles de se poser dans ce domaine et elles font bénéficier les décisions de ces instances de la protection d’une clause privative. Si le législateur en a décidé ainsi c’est que, comme l’a signalé le juge Cory dans *Conseil de l’éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 35, le domaine des relations de travail est « délicat et explosif » et « [i] est essentiel de disposer d’un moyen de pourvoir à la prise de décisions rapides, par des experts du domaine sensibles à la situation, décisions qui peuvent être considérées définitives par les deux parties » (voir également *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941 (« AFPC »), p. 960-961; *Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 565, 2001 CSC 47, par. 32). Il est donc rare qu’une cour de justice appelée à contrôler une décision en matière de relations de travail applique la norme de la décision correcte.

En l’espèce et dans *Ontario c. S.E.E.F.P.O.*, je conviens qu’il y a lieu d’appliquer la norme de la décision correcte à la décision de l’arbitre relative à la remise en cause de la déclaration de la culpabilité, mais un certain nombre de mises en garde me paraissent indispensables. Tout d’abord, même si l’arbitre était tenu de rendre une décision correcte relativement à cette question de droit, ceci n’entraînait pas pour autant l’application d’un contrôle fondé sur la norme de la décision correcte à l’ensemble de sa décision (voir *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, par. 48). La déférence s’imposait à l’égard de la décision de l’arbitre sur l’existence d’un motif de congédiement valable dans le cas d’Oliver. Dire que, compte tenu des faits de l’espèce, la décision incorrecte de l’arbitre concernant la question de

question of just cause had to be correct. To fail to make this distinction would be to risk “substantially expand[ing] the scope of reviewability of administrative decisions, and unjustifiably so” (see *Canadian Broadcasting Corp.*, *supra*, at para. 48).

Second, it bears repeating that the application of correctness here is very much a product of the nature of this particular legal question: determining whether relitigating an employee’s criminal conviction is permissible in an arbitration proceeding is a question of law involving the interpretation of the arbitrator’s constitutive statute, an external statute, and a complex body of common law rules and conflicting jurisprudence. More than this, it is a question of fundamental importance and broad applicability, with serious implications for the administration of justice as a whole. It is, in other words, a question that engages the expertise and essential role of the courts. It is not a question on which arbitrators may be said to enjoy any degree of relative institutional competence or expertise. As a result, it is a question on which the arbitrator must be correct.

This Court has been very careful to note, however, that not all questions of law must be reviewed under a standard of correctness. As a prefatory matter, as the Court has observed, in many cases it will be difficult to draw a clear line between questions of fact, mixed fact and law, and law; in reality, such questions are often, inextricably intertwined (see *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 37; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 37). More to the point, as Bastarache J. stated in *Pushpanathan*, *supra*, “even pure questions of law may be granted a wide degree of deference where other factors of the pragmatic and functional analysis suggest that such deference is the legislative intention”

droit a eu une incidence sur le caractère raisonnable de l’ensemble de sa décision diffère sensiblement de l’affirmation selon laquelle la décision de l’arbitre sur la question ultime du congédiement injustifié devait être correcte. L’absence d’une telle distinction risque de provoquer un « élargissement considérable et injustifié des possibilités de contrôler les décisions administratives » (voir *Société Radio-Canada*, précité, par. 48).

Deuxièmement, il importe de rappeler que, en l’espèce, l’application de la norme de la décision correcte est intimement liée à la nature de cette question de droit en particulier : la déclaration de culpabilité d’un employé peut-elle être remise en cause dans le cadre d’un arbitrage? Cette question de droit exigeait l’interprétation de la loi constitutive de l’instance administrative, une mesure législative extrinsèque, ainsi que d’un ensemble complexe de règles de common law et d’une jurisprudence contradictoire. Qui plus est, il s’agit d’une question d’une importance fondamentale, de grande portée et susceptible d’avoir de graves répercussions sur l’administration de la justice dans son ensemble. En d’autres termes, cette question mettait en jeu l’expertise et le rôle essentiel des cours de justice. L’on ne saurait prétendre que le décideur jouit à son égard d’une quelconque compétence ou expertise institutionnelle relative. Par conséquent, sa décision doit être correcte sur ce point.

Cependant, notre Cour s’est montrée très prudente en signalant que toute décision sur une question de droit n’était pas assujettie à la norme de la décision correcte. Tout d’abord, comme notre Cour l’a fait observer, dans bien des cas il est difficile d’établir une ligne de démarcation claire entre une question de fait, une question mixte de fait et de droit et une question de droit; en fait, ces questions sont souvent inextricablement liées (voir *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 37; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 37). De manière encore plus précise, comme l’a écrit le juge Bastarache dans *Pushpanathan*, précité, « il peut convenir de faire preuve d’un degré élevé de retenue même à l’égard de pures questions de

(para. 37). The critical factor in this respect is expertise.

72

As Bastarache J. noted in *Pushpanathan*, *supra*, at para. 34, once a “broad relative expertise has been established”, this Court has been prepared to show “considerable deference even in cases of highly generalized statutory interpretation where the instrument being interpreted is the tribunal’s constituent legislation”: see, for example, *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, and *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324. This Court has also held that, while administrative adjudicators’ interpretations of external statutes “are generally reviewable on a correctness standard”, an exception to this general rule may occur, and deference may be appropriate, where “the external statute is intimately connected with the mandate of the tribunal and is encountered frequently as a result”: see *Toronto (City) Board of Education*, *supra*, at para. 39; *Canadian Broadcasting Corp.*, *supra*, at para. 48. And, perhaps most importantly in light of the issues raised by this case, the Court has held that deference may be warranted where an administrative adjudicator has acquired expertise through its experience in the application of a general common or civil law rule in its specialized statutory context: see *Ivanhoe*, *supra*, at para. 26; L’Heureux-Dubé J. (dissenting) in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at pp. 599-600, endorsed in *Pushpanathan*, *supra*, at para. 37.

73

In the field of labour relations, general common and civil law questions are often closely intertwined with the more specific questions of labour law. Resolving general legal questions may thus be an important component of the work of some administrative adjudicators in this field. To subject all such decisions to correctness review would be to expand the scope of judicial review considerably beyond what the legislature intended, fundamentally undermining the ability of labour adjudicators to develop

droit, si d’autres facteurs de l’analyse pragmatique et fonctionnelle semblent indiquer que cela correspond à l’intention du législateur » (par. 37). Le facteur crucial à cet égard demeure l’expertise.

Comme le juge Bastarache l’a signalé dans *Pushpanathan*, précité, par. 34, « une fois établie l’expertise relative », notre Cour s’est montrée disposée à faire preuve « de beaucoup de retenue même dans des cas faisant jouer des questions très générales d’interprétation de la loi, si le texte en cause est la loi constitutive du tribunal » : voir par exemple *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, et *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324. Notre Cour a par ailleurs statué que même si les interprétations de mesures législatives intrinsèques par les tribunaux administratifs « peuvent généralement faire l’objet d’un examen selon la norme de la décision correcte », des exceptions peuvent exister à cette règle générale et la déférence peut s’imposer lorsque « la loi est intimement liée au mandat du tribunal et [que] celui-ci est souvent appelé à l’examiner » : voir *Conseil de l’éducation de Toronto (Cité)*, précité, par. 39; *Société Radio-Canada*, précité, par. 48. Et, ce qui importe peut-être davantage à la lumière des questions que soulève le présent pourvoi, notre Cour a décidé que la déférence peut s’imposer lorsque, avec le temps, le tribunal administratif a acquis une expertise dans l’application d’une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé : voir *Ivanhoe*, précité, par. 26; la juge L’Heureux-Dubé (dissidente), dans *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, p. 599-600, motifs approuvés dans *Pushpanathan*, précité, par. 37.

Dans le domaine des relations de travail, les questions générales relevant de la common law et du droit civil se trouvent souvent étroitement imbriquées avec celles qui relèvent plus particulièrement du droit du travail. Le règlement de questions de droit générales peut donc constituer un aspect important de la tâche dévolue à certains tribunaux administratifs dans ce domaine. L’assujettissement de toutes ces décisions à la norme de décision correcte donnerait au contrôle judiciaire une portée

a body of jurisprudence that is tailored to the specialized context in which they operate.

Where an administrative adjudicator must decide a general question of law in the course of exercising its statutory mandate, that determination will typically be entitled to deference (particularly if the adjudicator's decisions are protected by a privative clause), inasmuch as the general question of law is closely connected to the adjudicator's core area of expertise. This was essentially the holding of this Court in *Ivanhoe, supra*. In *Ivanhoe*, after noting the presence of a privative clause, Arbour J. held that, while the question at issue involved both civil and labour law, the labour commissioners and the Labour Court were entitled to deference because "they have developed special expertise in this regard which is adapted to the specific context of labour relations and which is not shared by the courts" (para. 26; see also *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890). This appeal does not represent a departure from this general principle.

The final note of caution that I think must be sounded here relates to the application of two standards of review in this case. This Court has recognized on a number of occasions that it may, in certain circumstances, be appropriate to apply different standards of deference to different decisions taken by an administrative adjudicator in a single case (see *Pushpanathan, supra*, at para. 49; *Macdonell v. Quebec (Commission d'accès à l'information)*, [2002] 3 S.C.R. 661, 2002 SCC 71, at para. 58, *per* Bastarache and LeBel JJ., dissenting). This case provides an example of one type of situation where this may be the proper approach. It involves a fundamental legal question falling outside the arbitrator's area of expertise. This legal question, though foundational to the decision as a whole, is easily differentiated from a second question on which the arbitrator was entitled to deference: the determination of whether there was just cause for Oliver's dismissal.

However, as I have noted above, the fact that the question adjudicated by the arbitrator in this case can

beaucoup plus grande que celle voulue par le législateur, ce qui affaiblirait fondamentalement la capacité des tribunaux du travail à développer une jurisprudence adaptée à ce domaine spécialisé.

Lorsqu'un tribunal administratif doit trancher une question de droit générale dans l'accomplissement de son mandat légal, sa décision fera généralement l'objet de déférence (surtout en présence d'une clause privative), pour autant que la question soit étroitement liée au domaine d'expertise fondamentale du tribunal. C'est ce qu'a essentiellement conclu notre Cour dans *Ivanhoe*, précité, où, après avoir relevé l'existence d'une clause privative, la juge Arbour a ajouté que, même si la question en litige relevait tant du droit civil que du droit du travail, les commissaires du travail et le tribunal du travail avaient droit à la déférence judiciaire parce qu'ils « ont développé [...] une expertise particulière en la matière, adaptée au contexte spécifique des relations de travail, qui n'est pas partagée par les cours de justice » (par. 26; voir également *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890). Dans le présent pourvoi, notre Cour ne déroge pas à ce principe général.

La dernière mise en garde qui s'impose selon moi a trait à l'application de deux normes de contrôle en l'espèce. Notre Cour a reconnu à un certain nombre d'occasions que les différentes décisions d'un tribunal administratif dans une affaire donnée peuvent commander différents degrés de déférence, selon les circonstances (voir *Pushpanathan*, précité, par. 49; *Macdonell c. Québec (Commission d'accès à l'information)*, [2002] 3 R.C.S. 661, 2002 CSC 71, par. 58, les juges Bastarache et LeBel, dissidents). Ce pourrait être le cas dans la présente affaire où l'arbitre a statué sur une question de droit fondamentale échappant à son domaine d'expertise. Cette question de droit, malgré son caractère fondamental pour l'appréciation de la décision dans son ensemble, se distingue aisément d'une deuxième question pour laquelle la décision de l'arbitre appelait la déférence : Oliver a-t-il été congédié pour un motif valable?

Toutefois, je le répète, même si la question tranchée par l'arbitre en l'espèce peut se scinder en

74

75

76

be separated into two distinct issues, one of which is reviewable on a correctness standard, should not be taken to mean that this will often be the case. Such cases are rare; the various strands that go into a decision are more likely to be inextricably intertwined, particularly in a complex field such as labour relations, such that the reviewing court should view the adjudicator's decision as an integrated whole.

(2) The Patent Unreasonableness Standard of Review

77

In these reasons, I explore the way in which patent unreasonableness is currently functioning, having regard to the relationships between this standard and both correctness and reasonableness *simpliciter*. My comments in this respect are intended to have application in the context of judicial review of adjudicative administrative decision making.

(a) *The Definitions of Patent Unreasonableness*

78

This Court has set out a number of definitions of "patent unreasonableness", each of which is intended to indicate the high degree of deference inherent in this standard of review. There is some overlap between the definitions and they are often used in combination. I would characterize the two main definitional strands as, first, those that emphasize the magnitude of the defect necessary to render a decision patently unreasonable and, second, those that focus on the "immediacy or obviousness" of the defect, and thus the relative invasiveness of the review necessary to find it.

79

In considering the leading definitions, I would place in the first category Dickson J.'s (as he then was) statement in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 ("CUPE"), that a decision will only be patently unreasonable if it "cannot be rationally supported by the relevant legislation" (p. 237). Cory J.'s characterization in *PSAC, supra*, of patent unreasonableness as a "very strict test",

deux questions distinctes dont l'une peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire fondé sur la norme de la décision correcte, cela n'arrive que rarement. Les divers éléments qui sous-tendent une décision ont plus de chance d'être inextricablement liés les uns aux autres, en particulier dans un domaine complexe comme celui des relations de travail, de sorte que la cour de justice chargée du contrôle doit considérer que la décision du tribunal forme un tout.

(2) La norme de la décision manifestement déraisonnable

Dans les présents motifs, je me penche sur la manière dont le critère de la décision manifestement déraisonnable s'applique à l'heure actuelle, compte tenu des liens existant entre cette norme et celles de la décision correcte et de la décision raisonnable *simpliciter*. Mes observations à cet égard valent dans le contexte du contrôle judiciaire de la décision d'une instance administrative de nature juridictionnelle.

a) *Les définitions du caractère manifestement déraisonnable*

Notre Cour a donné un certain nombre de définitions du « caractère manifestement déraisonnable », chacune d'elles devant indiquer le degré élevé de déférence inhérent à cette norme de contrôle. L'on observe un chevauchement entre les définitions, qui sont souvent combinées les unes aux autres. Elles appartiennent à deux catégories principales. La première met l'accent sur l'importance du défaut requis pour qu'une décision soit manifestement déraisonnable. La deuxième insiste sur le caractère « flagrant ou évident » du défaut et, par conséquent, sur le caractère plus ou moins envahissant du contrôle nécessaire à sa mise au jour.

Pour analyser les principales définitions, je mettrais dans la première catégorie celle du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 (« SCFP ») : une décision n'est manifestement déraisonnable que si elle est « déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente »

which will only be met where a decision is “clearly irrational, that is to say evidently not in accordance with reason” (pp. 963-64), would also fit into this category (though it could, depending on how it is read, be placed in the second category as well).

In the second category, I would place Iacobucci J.’s description in *Southam, supra*, of a patently unreasonable decision as one marred by a defect that is characterized by its “immediacy or obviousness”: “If the defect is apparent on the face of the tribunal’s reasons, then the tribunal’s decision is patently unreasonable. But if it takes some significant searching or testing to find the defect, then the decision is unreasonable but not patently unreasonable” (para. 57).

More recently, in *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, Iacobucci J. characterized a patently unreasonable decision as one that is “so flawed that no amount of curial deference can justify letting it stand”, drawing on both of the definitional strands that I have identified in formulating this definition. He wrote, at para. 52:

In *Southam, supra*, at para. 57, the Court described the difference between an unreasonable decision and a patently unreasonable one as rooted “in the immediacy or obviousness of the defect”. Another way to say this is that a patently unreasonable defect, once identified, can be explained simply and easily, leaving no real possibility of doubting that the decision is defective. A patently unreasonable decision has been described as “clearly irrational” or “evidently not in accordance with reason” (*Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941, at pp. 963-64, per Cory J.; *Centre communautaire juridique de l’Estrie v. Sherbrooke (City)*, [1996] 3 S.C.R. 84, at paras. 9-12, per Gonthier J.). A decision that is patently unreasonable is so flawed that no amount of curial deference can justify letting it stand.

(p. 237). Dans *AFPC*, précité, le juge Cory qualifie la norme de la décision manifestement déraisonnable de « critère très strict », qui n’est respecté que lorsqu’une décision est « clairement irrationnelle, c’est-à-dire, de toute évidence non conforme à la raison » (p. 963-964). Cette définition appartient également à la première catégorie (bien qu’elle puisse également faire partie de la seconde, selon l’interprétation qu’on en fait).

Figure dans la seconde catégorie la définition proposée par le juge Iacobucci dans *Southam*, précité, savoir une décision entachée, de manière « flagrante ou évidente » d’un défaut : « Si le défaut est manifeste au vu des motifs du tribunal, la décision de celui-ci est alors manifestement déraisonnable. Cependant, s’il faut procéder à un examen ou à une analyse en profondeur pour déceler le défaut, la décision est alors déraisonnable mais non manifestement déraisonnable » (par. 57).

Plus récemment, dans *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, le juge Iacobucci a qualifié de manifestement déraisonnable la décision qui est « à ce point viciée qu’aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de la maintenir », en faisant appel aux deux catégories susmentionnées pour concevoir cette définition. Voici ses commentaires à ce propos (au par. 52) :

Dans *Southam*, précité, par. 57, la Cour explique que la différence entre une décision déraisonnable et une décision manifestement déraisonnable réside « dans le caractère flagrant ou évident du défaut ». Autrement dit, dès qu’un défaut manifestement déraisonnable a été relevé, il peut être expliqué simplement et facilement, de façon à écarter toute possibilité réelle de douter que la décision est viciée. La décision manifestement déraisonnable a été décrite comme étant « clairement irrationnelle » ou « de toute évidence non conforme à la raison » (*Canada (procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, p. 963-964, le juge Cory; *Centre communautaire juridique de l’Estrie c. Sherbrooke (Ville)*, [1996] 3 R.C.S. 84, par. 9-12, le juge Gonthier). Une décision qui est manifestement déraisonnable est à ce point viciée qu’aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de la maintenir.

82

Similarly, in *C.U.P.E. v. Ontario, supra*, Binnie J. yoked together the two definitional strands, describing a patently unreasonable decision as “one whose defect is ‘immedia[te] and obviou[s]’ (*Southam, supra*, at para. 57), and so flawed in terms of implementing the legislative intent that no amount of curial deference can properly justify letting it stand (*Ryan, supra*, at para. 52)” (para. 165 (emphasis added)).

De même, dans *S.C.F.P. c. Ontario*, précité, le juge Binnie a lié les deux catégories en qualifiant de décision manifestement déraisonnable « celle qui comporte un défaut “flagrant et évident” (*Southam*, précité, par. 57) et qui est à ce point viciée, pour ce qui est de mettre à exécution l’intention du législateur, qu’aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier logiquement de la maintenir (*Ryan*, précité, par. 52) » (par. 165 (je souligne)).

83

It has been suggested that the Court’s various formulations of the test for patent unreasonableness are “not independent, alternative tests. They are simply ways of getting at the single question: What makes something “patently unreasonable?” (*C.U.P.E. v. Ontario, supra*, at para. 20, per Bastarache J., dissenting). While this may indeed be the case, I nonetheless think it important to recognize that, because of what are in some ways subtle but nonetheless quite significant differences between the Court’s various answers to this question, the parameters of “patent unreasonableness” are not as clear as they could be. This has contributed to the growing difficulties in the application of this standard that I discuss below.

L’on a suggéré à propos des différentes formulations du critère par notre Cour qu’« [i]l s’[agissait] non pas de critères indépendants ou de rechange, mais simplement de façons d’exprimer la seule question qui se pose : qu’est-ce qui fait qu’une chose est manifestement déraisonnable? » (*S.C.F.P. c. Ontario*, précité, par. 20, le juge Bastarache, dissident). Bien que ce puisse être effectivement le cas, il me paraît néanmoins important de reconnaître que, en raison de ce qui constitue, sous certains rapports, des différences subtiles, mais quand même assez importantes entre les diverses réponses de notre Cour à cette question, les paramètres du « manifestement déraisonnable » ne sont pas aussi clairs qu’ils pourraient l’être. Ce qui a contribué à rendre de plus en plus difficile l’application de cette norme, ce sur quoi je me penche ci-après.

(b) *The Interplay Between the Patent Unreasonableness and Correctness Standards*

b) *L’interaction entre la norme du manifestement déraisonnable et celle de la décision correcte*

84

As I observed in *Chamberlain, supra*, the difference between review on a standard of correctness and review on a standard of patent unreasonableness is “intuitive and relatively easy to observe” (*Chamberlain, supra*, at para. 204, per LeBel J.). These standards fall on opposite sides of the existing spectrum of curial deference, with correctness entailing an exacting review and patent unreasonableness leaving the issue in question to the near exclusive determination of the decision maker (see *Dr. Q, supra*, at para. 22). Despite the clear conceptual boundary between these two standards, however, the distinction between them is not always as readily discernable in practice as one would expect.

Comme je l’ai fait remarquer dans *Chamberlain*, précité, la différence entre le contrôle selon la norme de la décision correcte et le contrôle selon la norme de la décision manifestement déraisonnable est « intuitive et relativement facile à constater » (*Chamberlain*, précité, par. 204, le juge LeBel). Ces normes se situent aux deux extrémités de l’échelle de la déférence judiciaire, un contrôle judiciaire serré s’imposant dans le cas de la première et la question étant laissée à l’appréciation quasi exclusive du décideur dans le cas de la seconde (voir *Dr Q*, précité, par. 22). Malgré la frontière conceptuelle qui sépare clairement ces deux normes, en pratique, il n’est pas toujours aussi facile que l’on pourrait le croire de les distinguer.

(i) Patent Unreasonableness and Correctness in Theory

In terms of understanding the interplay between patent unreasonableness and correctness, it is of interest that, from the beginning, there seems to have been at least some conceptual uncertainty as to the proper breadth of patent unreasonableness review. In *CUPE, supra*, Dickson J. offered two characterizations of patent unreasonableness that tend to pull in opposite directions (see D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), at p. 69; see also H. W. MacLauchlan, "Transforming Administrative Law: The Didactic Role of the Supreme Court of Canada" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 281, at pp. 285-86).

Professor Mullan explains that, on the one hand, Dickson J. rooted review for patent unreasonableness in the recognition that statutory provisions are often ambiguous and thus may allow for multiple interpretations; the question for the reviewing court is whether the adjudicator's interpretation is one that can be "rationally supported by the relevant legislation" (*CUPE, supra*, at p. 237). On the other hand, Dickson J. also invoked an idea of patent unreasonableness as a threshold defined by certain nullifying errors, such as those he had previously enumerated in *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382 ("*Nipawin*"), at p. 389, and in *CUPE, supra*, at p. 237:

... acting in bad faith, basing the decision on extraneous matters, failing to take relevant factors into account, breaching the provisions of natural justice or misinterpreting provisions of the Act so as to embark on an inquiry or answer a question not remitted to it.

Curiously, as Mullan notes, this list "repeats the list of 'nullifying' errors that Lord Reid laid out in the landmark House of Lords' judgment" in *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969]

(i) La norme de la décision manifestement déraisonnable et celle de la décision correcte, en théorie

Pour comprendre l'interaction entre la norme du manifestement déraisonnable et celle de la décision correcte, il vaut la peine de signaler que, dès le début, il semble avoir existé, à tout le moins, un certain degré d'incertitude conceptuelle quant à la juste portée du contrôle selon la norme de la décision manifestement déraisonnable. Dans *SCFP*, précité, le juge Dickson a défini le caractère manifestement déraisonnable de deux manières, qui tenaient à orienter la mise en application de ce critère dans des directions opposées (voir D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), p. 69; voir également H. W. MacLauchlan, « Transforming Administrative Law : The Didactic Role of the Supreme Court of Canada » (2001), 80 *R. du B. can.* 281, p. 285-286).

Le professeur Mullan explique que, d'une part, le juge Dickson a justifié le contrôle visant à faire ressortir le caractère manifestement déraisonnable par le fait que les dispositions législatives sont souvent ambiguës et peuvent donc se prêter à de multiples interprétations; la question que doit poser la cour est de savoir si l'interprétation du tribunal peut « rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente » (*SCFP*, précité, p. 237). D'autre part, le juge Dickson a également assimilé la décision manifestement déraisonnable à une décision entachée de certaines erreurs emportant annulation, comme celles qu'il avait auparavant énumérées dans *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382 (« *Nipawin* »), p. 389, et *SCFP*, précité, p. 237 :

... le fait d'agir de mauvaise foi, de fonder la décision sur des données étrangères à la question, d'omettre de tenir compte de facteurs pertinents, d'enfreindre les règles de la justice naturelle ou d'interpréter erronément les dispositions du texte législatif de façon à entreprendre une enquête ou répondre à une question dont il n'est pas saisi.

Curieusement, comme le fait observer Mullan, cette énumération [TRADUCTION] « reprend la liste des erreurs emportant annulation que lord Reid a dressée dans l'arrêt de principe de la

2 A.C. 147. *Anisminic* “is usually treated as the foundation case in establishing in English law the reviewability of all issues of law on a correctness basis” (emphasis added), and, indeed, the Court “had cited with approval this portion of Lord Reid’s judgment and deployed it to justify judicial intervention in a case described as the ‘high water mark of activist’ review in Canada: *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*”, [1970] S.C.R. 425 (see Mullan, *Administrative Law, supra*, at pp. 69-70; see also *National Corn Growers, supra*, at p. 1335, *per Wilson J.*).

Chambre des lords » *Anisminic Ltd. c. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147. Cet arrêt [TRADUCTION] « est habituellement considéré comme fondamental, en droit anglais, pour ce qui est de l’assujettissement de toutes les décisions relatives à une question de droit au contrôle selon la norme de la décision correcte. » (je souligne). En fait, notre Cour [TRADUCTION] « a cité en l’approuvant cet extrait des motifs de lord Reid et l’a invoqué pour justifier l’intervention judiciaire dans une affaire qualifiée de “point culminant” du contrôle “activiste” au Canada : *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796* », [1970] R.C.S. 425 (voir Mullan, *Administrative Law, op. cit.*, p. 69-70; voir également *National Corn Growers*, précité, p. 1335, la juge Wilson).

88 In characterizing patent unreasonableness in *CUPE*, then, Dickson J. simultaneously invoked a highly deferential standard (choice among a range of reasonable alternatives) and a historically interventionist one (based on the presence of nullifying errors). For this reason, as Mullan acknowledges, “it is easy to see why Dickson J.’s use of [the quotation from *Anisminic*] is problematic” (Mullan, *Administrative Law, supra*, at p. 70).

Dans *SCFP*, pour caractériser la norme du manifestement déraisonnable, le juge Dickson a ensuite invoqué simultanément un degré élevé de déférence (choix parmi un ensemble de solutions raisonnables possibles) et une attitude historiquement interventionniste (fondée sur l’existence d’erreurs emportant annulation). C’est pourquoi, pour citer Mullan, [TRADUCTION] « il est facile de comprendre que le renvoi à *Anisminic* soit problématique » (Mullan, *Administrative Law, op. cit.*, p. 70).

89 If Dickson J.’s reference to *Anisminic* in *CUPE, supra*, suggests some ambiguity as to the intended scope of “patent unreasonableness” review, later judgments also evidence a somewhat unclear relationship between patent unreasonableness and correctness in terms of establishing and, particularly, applying the methodology for review under the patent unreasonableness standard. The tension in this respect is rooted, in part, in differing views of the premise from which patent unreasonableness review should begin. A useful example is provided by *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983 (“*Paccar*”).

Si, dans *SCFP*, précité, le renvoi du juge Dickson à *Anisminic* suggère la présence d’une certaine ambiguïté quant à la portée prévue du contrôle selon la norme du manifestement déraisonnable, des jugements ultérieurs ont également fait ressortir l’existence d’un rapport quelque peu problématique entre cette norme et celle de la décision correcte pour ce qui est de l’établissement et, surtout, de l’application de la démarche que commande la norme du manifestement déraisonnable. La tension à cet égard tient en partie à des désaccords sur l’hypothèse de départ du contrôle selon la norme du manifestement déraisonnable. *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983 (« *Paccar* »), en est un bon exemple.

90 In *Paccar*, Sopinka J. (Lamer J. (as he then was) concurring) described the proper approach under the patent unreasonableness standard as

Dans *Paccar*, le juge Sopinka (motifs concourants du juge Lamer (plus tard Juge en chef)) a dit que, dans le cadre de la démarche appropriée

one in which the reviewing court first queries whether the administrative adjudicator's decision is correct: "curial deference does not enter the picture until the court finds itself in disagreement with the tribunal. Only then is it necessary to consider whether the error (so found) is within or outside the boundaries of reasonableness" (p. 1018). As Mullan has observed, this approach to patent unreasonableness raises concerns in that it not only conflicts "with the whole notion espoused by Dickson J. in [*CUPE, supra*] of there often being no single correct answer to statutory interpretation problems but it also assumes the primacy of the reviewing court over the agency or tribunal in the delineation of the meaning of the relevant statute" (Mullan, "Recent Developments in Standard of Review", *supra*, at p. 20).

In my view, this approach presents additional problems as well. Reviewing courts may have difficulty ruling that "an error has been committed but . . . then do[ing] nothing to correct that error on the basis that it was not as big an error as it could or might have been" (see Mullan, "Recent Developments in Standard of Review", *supra*, at p. 20; see also D. J. Mullan, "Of Chaff Midst the Corn: American Farm Bureau Federation v. Canada (Canadian Import Tribunal) and Patent Unreasonableness Review" (1991), 45 Admin. L.R. 264, at pp. 269-70). Furthermore, starting from a finding that the adjudicator's decision is incorrect may colour the reviewing court's subsequent assessment of the reasonableness of competing interpretations (see M. Allars, "On Deference to Tribunals, With Deference to Dworkin" (1994), 20 *Queen's L.J.* 163, at p. 187). The result is that the critical distinction between that which is, in the court's eyes, "incorrect" and that which is "not rationally supportable" is undermined.

The alternative approach is to leave the "correctness" of the adjudicator's decision undecided (see Allars, *supra*, at p. 197). This is essentially the approach that La Forest J. (Dickson C.J.

pour l'application de la norme du manifestement déraisonnable, la cour de justice se demande tout d'abord si la décision du tribunal administratif est correcte : « la retenue judiciaire n'entre en jeu que si la cour de justice est en désaccord avec le tribunal administratif. Ce n'est qu'à ce moment-là qu'il est nécessaire de se demander si l'erreur (ainsi découverte) est raisonnable ou déraisonnable » (p. 1018). Comme Mullan le fait observer, cette démarche soulève des inquiétudes en ce que non seulement elle est entièrement incompatible [TRADUCTION] « avec la position du juge Dickson dans [*SCFP, précité*], savoir qu'il arrive souvent qu'un problème d'interprétation législative n'appelle pas qu'une seule solution, mais elle suppose également la prépondérance de la cour de justice sur l'organisme ou le tribunal administratif lorsqu'il s'agit de circonscrire la portée des dispositions en cause » (Mullan, « Recent Developments in Standard of Review », *loc. cit.*, p. 20).

À mon avis, cette démarche comporte des difficultés supplémentaires. Il peut être difficile pour une cour de justice de conclure qu'[TRADUCTION] « une erreur a été commise [. . .] et de s'abstenir de la corriger au motif qu'elle n'est pas aussi importante qu'elle aurait pu l'être » (voir Mullan, « Recent Developments in Standard of Review », *loc. cit.*, p. 20; voir également D. J. Mullan, « Of Chaff Midst the Corn : American Farm Bureau Federation v. Canada (Canadian Import Tribunal) and Patent Unreasonableness Review » (1991), 45 Admin. L.R. 264, p. 269-270). De plus, conclure tout d'abord que la décision du tribunal est incorrecte peut orienter l'analyse subséquente visant à déterminer si d'autres interprétations sont raisonnables (voir M. Allars, « On Deference to Tribunals, With Deference to Dworkin » (1994), 20 *Queen's L.J.* 163, p. 187). La distinction cruciale entre ce qui, de l'avis de la cour de justice, est « incorrect » et ce qui « n'est pas rationnellement défendable » est alors compromise.

L'autre solution veut que la cour de justice s'abstienne de décider si la décision du tribunal administratif est « correcte » (voir Allars, *loc. cit.*, p. 197). Il s'agit essentiellement de la

concurring) took to patent unreasonableness in *Paccar, supra*. He wrote, at pp. 1004 and 1005:

The courts must be careful to focus their inquiry on the existence of a rational basis for the decision of the tribunal, and not on their agreement with it.

I do not find it necessary to conclusively determine whether the decision of the Labour Relations Board is "correct" in the sense that it is the decision I would have reached had the proceedings been before this Court on their merits. It is sufficient to say that the result arrived at by the Board is not patently unreasonable.

93

It is this theoretical view that has, at least for the most part, prevailed. As L'Heureux-Dubé J. observed in *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793 ("*CUPE, Local 301*"), "this Court has stated repeatedly, in assessing whether administrative action is patently unreasonable, the goal is not to review the decision or action on its merits but rather to determine whether it is patently unreasonable, given the statutory provisions governing the particular body and the evidence before it" (para. 53). Patent unreasonableness review, in other words, should not "become an avenue for the court's substitution of its own view" (*CUPE, Local 301, supra*, at para. 59; see also *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, at pp. 771 and 774-75).

94

This view was recently forcefully rearticulated in *Ryan, supra*. Iacobucci J. wrote, at paras. 50-51:

[W]hen deciding whether an administrative action was unreasonable, a court should not at any point ask itself what the correct decision would have been. . . . The standard of reasonableness does not imply that a decision maker is merely afforded a "margin of error" around what the court believes is the correct result.

démarche préconisée par le juge La Forest (motifs concourants du juge en chef Dickson) dans *Paccar*, précité. Il a dit aux p. 1004 et 1005 :

Les cours de justice doivent prendre soin de vérifier si la décision du tribunal a un fondement rationnel plutôt que de se demander si elles sont d'accord avec celle-ci.

J'estime qu'il n'est pas nécessaire de déterminer de façon concluante si la décision de la Commission est « juste » en ce sens que c'est la décision à laquelle je serais parvenu si la cause avait été entendue quant au fond par notre Cour. Il suffit de dire que le résultat auquel la Commission est arrivée n'est pas manifestement déraisonnable.

Cette thèse, du moins pour l'essentiel, l'a emporté. Comme l'a fait remarquer le juge L'Heureux-Dubé dans *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793 (« *SCFP, section locale 301* »), « notre Cour l'a mentionné à plusieurs reprises, lorsqu'on évalue si une action de nature administrative est manifestement déraisonnable, l'objectif n'est pas de réviser la décision ou l'action quant au fond mais plutôt de déterminer si elle est manifestement déraisonnable, étant donné les dispositions législatives régissant ce conseil en particulier et la preuve présentée devant lui » (par. 53). En d'autres termes, l'application de la norme du manifestement déraisonnable ne doit pas « devenir un moyen pour permettre à une cour de justice de substituer sa propre opinion » (*SCFP, section locale 301*, précité, par. 59; voir également *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, p. 771 et 774-775).

Récemment, notre Cour a reformulé ce point de vue avec fermeté dans *Ryan*, précité, par la voix du juge Iacobucci (aux par. 50-51) :

[L]orsqu'elle décide si une mesure administrative est déraisonnable, la cour ne doit à aucun moment se demander ce qu'aurait été la décision correcte. [. . .] La norme de la décision raisonnable n'implique pas que l'instance décisionnelle dispose simplement d'une « marge d'erreur » par rapport à ce que la cour estime être la solution correcte.

... Unlike a review for correctness, there will often be no single right answer to the questions that are under review against the standard of reasonableness. ... Even if there could be, notionally, a single best answer, it is not the court's role to seek this out when deciding if the decision was unreasonable.

Though Iacobucci J.'s comments here were made in relation to reasonableness *simpliciter*, they are also applicable to the more deferential standard of patent unreasonableness.

I think it important to emphasize that neither the case at bar, nor the companion case of *Ontario v. O.P.S.E.U.*, should be misinterpreted as a retreat from the position that in reviewing a decision under the existing standard of patent unreasonableness, the court's role is not to identify the "correct" result. In each of these cases, there were two standards of review in play: there was a fundamental legal question on which the adjudicators were subject to a standard of correctness — whether the employees' criminal convictions could be relitigated — and there was a question at the core of the adjudicators' expertise on which they were subject to a standard of patent unreasonableness — whether the employees had been dismissed for just cause. As Arbour J. has outlined, the adjudicators' failure to decide the fundamental relitigation question correctly was sufficient to lead to a patently unreasonable outcome. Indeed, in circumstances such as those at issue in the case at bar, this cannot but be the case: the adjudicators' incorrect decisions on the fundamental legal question provided the entire foundation on which their legal analyses, and their conclusions as to whether the employees were dismissed with just cause, were based. To pass a review for patent unreasonableness, a decision must be one that can be "rationally supported"; this standard cannot be met where, as here, what supports the adjudicator's decision — indeed, what that decision is wholly premised on — is a legal determination that the adjudicator was required, but failed, to decide correctly. To say, however, that in such circumstances a decision will be patently unreasonable — a conclusion that flows from the applicability of two separate standards of review — is very different from suggesting

... À la différence d'un examen selon la norme de la décision correcte, il y a souvent plus d'une seule bonne réponse aux questions examinées selon la norme de la décision raisonnable. [...] Même dans l'hypothèse où il y aurait une réponse meilleure que les autres, le rôle de la cour n'est pas de tenter de la découvrir lorsqu'elle doit décider si la décision est déraisonnable.

Même si le juge Iacobucci a tenu ces propos en liaison avec la norme de la décision raisonnable *simpliciter*, ils s'appliquent également à la norme de la décision manifestement déraisonnable, qui commande une plus grande déférence.

Il me paraît important de préciser que ni les présents motifs ni ceux de l'arrêt connexe *Ontario c. S.E.E.F.P.O.* n'entendent déroger au principe voulant que la cour appelée à contrôler une décision selon la norme actuelle du manifestement déraisonnable n'ait pas à déterminer la décision « correcte ». Dans chacun de ces pourvois, deux normes de contrôle étaient en cause : la norme de la décision correcte s'appliquait à une question de droit fondamentale — les déclarations de culpabilité des employés pouvaient-elles être remises en cause — et celle de la décision manifestement déraisonnable s'appliquait à une question relevant de l'expertise même du tribunal — les employés avaient-ils été congédiés pour un motif valable. Comme l'a estimé le juge Arbour, l'omission des arbitres de trancher correctement la question fondamentale de la remise en cause était suffisante pour conclure au caractère manifestement déraisonnable de leurs décisions. En effet, dans des circonstances comme celles de la présente espèce, il ne peut en être qu'ainsi : les décisions incorrectes que les arbitres ont rendues relativement à la question de droit fondamentale ont entièrement fondé leurs analyses juridiques, de même que leurs conclusions quant à savoir si les employés avaient été congédiés pour un motif valable. Pour résister à l'analyse selon la norme du manifestement déraisonnable, la décision doit avoir un fondement rationnel; ce critère ne peut être respecté lorsque, comme en l'espèce, ce qui fonde la décision du décideur — et la sous-tend de fait en entier — est une conclusion de droit qui aurait dû être tirée correctement, ce qui n'a pas été le cas. Cependant, l'affirmation qu'en pareils cas une décision sera manifestement déraisonnable — une conclusion qui découle

that a reviewing court, before applying the standard of patent unreasonableness, must first determine whether the adjudicator's decision is (in)correct or that in applying patent unreasonableness the court should ask itself at any point in the analysis what the correct decision would be. In other words, the application of patent unreasonableness itself is not, and should not be, understood to be predicated on a finding of incorrectness, for the reasons that I discussed above.

(ii) Patent Unreasonableness and Correctness in Practice

96

While the Court now tends toward the view that La Forest J. articulated in *Paccar*, at p. 1004 — “courts must be careful [under a standard of patent unreasonableness] to focus their inquiry on the existence of a rational basis for the decision of the tribunal, and not on their agreement with it” — the tension between patent unreasonableness and correctness has not been completely resolved. Slippage between the two standards is still evident at times in the way in which patent unreasonableness is applied.

97

In analyzing a number of recent cases, commentators have pointed to both the intensity and the underlying character of the review in questioning whether the Court is applying patent unreasonableness in a manner that is in fact deferential. In this regard, the comments of Professor Lorne Sossin on the application of patent unreasonableness in *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079, are illustrative:

Having established that deference was owed to the statutory interpretation of the Board, the Court proceeded to dissect its interpretation. The majority was of the view that the Board had misconstrued the term “constructive lay-off” and had failed to place sufficient emphasis on the terms of the collective agreement. The majority reasons convey clearly why the Court would adopt a different approach to the Board. They are less clear as to why the Board's approach lacked a rational foundation. Indeed,

de l'applicabilité de deux normes de contrôle distinctes — diffère sensiblement de la proposition que, avant d'appliquer la norme du manifestement déraisonnable, la cour doit décider si la décision du tribunal est correcte ou non ou que, pour appliquer cette norme, la cour doit chercher, au cours de son analyse, à déterminer la décision correcte. En d'autres mots, pour les motifs exposés précédemment, l'application de la norme du manifestement déraisonnable ne saurait reposer sur la conclusion que la décision est incorrecte.

(ii) La norme de la décision manifestement déraisonnable et celle de la décision correcte, en pratique

Bien que notre Cour incline désormais à partager l'avis du juge La Forest dans *Paccar*, p. 1004 — « [l]es cours de justice doivent prendre soin [pour l'application de la norme du manifestement déraisonnable] de vérifier si la décision du tribunal a un fondement rationnel plutôt que de se demander si elles sont d'accord avec celle-ci » —, le problème de la tension entre la norme du manifestement déraisonnable et celle de la décision correcte n'a pas été entièrement résolu. Le glissement de l'une à l'autre ressort encore parfois de la manière dont est appliquée la norme de la décision manifestement déraisonnable.

Après avoir analysé un certain nombre de décisions récentes, les observateurs ont signalé l'intensité et le caractère fondamental du contrôle en se demandant si notre Cour appliquait la norme de la décision manifestement déraisonnable en faisant preuve, dans les faits, de déférence. Je cite, à titre d'exemple, les observations du professeur Lorne Sossin sur l'application de ce critère dans *Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079 :

[TRADUCTION] Après avoir établi que la déférence s'imposait à l'égard de l'interprétation des dispositions législatives par le Conseil, la Cour a procédé à l'analyse approfondie de cette interprétation. Les juges majoritaires ont estimé que le Conseil avait mal interprété l'expression « mise à pied déguisée » et avait omis d'accorder suffisamment d'importance aux dispositions de la convention collective. Leurs motifs expliquent clairement la préférence d'une autre interprétation que celle

there is very little evidence of the Court according deference to the Board's interpretation of its own statute, or to its choice as to how much weight to place on the terms of the collective agreement. *Canada Safeway* raises the familiar question of how a court should demonstrate its deference, particularly in the labour relations context.

(L. Sossin, "Developments in Administrative Law: The 1997-98 and 1998-99 Terms" (2000), 11 *S.C.L.R.* (2d) 37, at p. 49)

Professor Ian Holloway makes a similar observation with regard to *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644:

In her judgment, [McLachlin J. (as she then was)] quoted from the familiar passages of *CUPE*, yet she . . . reached her decision on the basis of a review of the case law. She did not ask whether, despite the fact that it differed from holdings in other jurisdictions, the conclusion of the Newfoundland Labour Relations Board could be "rationally supported" on the basis of the wording of the successorship provisions of the *Labour Relations Act*. Instead, she looked at whether the Board had reached the correct legal interpretation of the Act in the same manner that a court of appeal would determine whether a trial judge had made a correct interpretation of the law. In other words, she effectively *equated patent unreasonableness with correctness at law*.

(I. Holloway, "A Sacred Right: Judicial Review of Administrative Action as a Cultural Phenomenon" (1993), 22 *Man. L.J.* 28, at pp. 64-65 (emphasis in original); see also Allars, *supra*, at p. 178.)

At times the Court's application of the standard of patent unreasonableness may leave it vulnerable to criticism that it may in fact be doing implicitly what it has rejected explicitly: intervening in decisions that are, in its view, incorrect, rather than limiting any intervention to those decisions that lack a rational foundation. In the process, what should be an indelible line between correctness, on the one hand, and patent unreasonableness, on the other, becomes blurred. It may very well be that review

retenue par le Conseil. Ils sont moins explicites quant à l'absence de fondement rationnel de cette dernière. En fait, la Cour ne fait guère preuve de déférence vis-à-vis de l'interprétation, par le Conseil, de sa propre loi constitutive ou de sa détermination du poids à accorder aux dispositions de la convention collective. *Canada Safeway* soulève la question habituelle : comment une cour de justice doit-elle manifester sa déférence, en particulier dans le domaine des relations de travail?

(L. Sossin, « Developments in Administrative Law : The 1997-98 and 1998-99 Terms » (2000), 11 *S.C.L.R.* (2d) 37, p. 49)

Le professeur Ian Holloway formule des observations semblables relativement à *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644 :

[TRADUCTION] Dans ses motifs, [la juge McLachlin (maintenant Juge en chef)] a cité les extraits familiers de *SCFP*, mais elle a fondé sa décision sur la jurisprudence. Elle ne s'est pas demandé si, malgré le fait qu'elle différerait des décisions rendues dans d'autres ressorts, la conclusion de la Commission des relations de travail de Terre-Neuve pouvait « rationnellement » s'appuyer sur les dispositions de la *Labour Relations Act* relatives à l'obligation du successeur. Elle s'est plutôt demandé si la Commission avait correctement interprété la loi, tout comme l'aurait fait une cour d'appel pour la décision d'un juge de première instance. En d'autres termes, elle a effectivement *établi une équivalence entre la norme du manifestement déraisonnable et celle de la décision fondée en droit*.

(I. Holloway, « "A Sacred Right" : Judicial Review of Administrative Action as a Cultural Phenomenon » (1993) 22 *R.D. Man.* 28, p. 64-65 (en italique dans l'original); voir également Allars, *loc. cit.*, p. 178.)

Dans certains cas, lorsqu'elle applique la norme de la décision manifestement déraisonnable, l'on peut reprocher à notre Cour de faire implicitement ce qu'elle rejette explicitement, soit modifier une décision qu'elle juge incorrecte, et non seulement une décision sans fondement rationnel. Dès lors, la ligne de démarcation entre la norme de la décision correcte, d'une part, et la norme de la décision manifestement déraisonnable, d'autre part, s'obscurcit. Il est fort possible qu'un tel risque soit inhérent au

under any standard of reasonableness, given the nature of the intellectual process it involves, entails such a risk. Nevertheless, the existence of two standards of reasonableness appears to have magnified the underlying tension between the two standards of reasonableness and correctness.

(c) *The Relationship Between the Patent Unreasonableness and Reasonableness Simpliciter Standards*

100 While the conceptual difference between review on a correctness standard and review on a patent unreasonableness standard may be intuitive and relatively easy to observe (though in practice elements of correctness at times encroach uncomfortably into patent unreasonableness review), the boundaries between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* are far less clear, even at the theoretical level.

(i) The Theoretical Foundation for Patent Unreasonableness and Reasonableness *Simpliciter*

101 The lack of sufficiently clear boundaries between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* has its origins in the fact that patent unreasonableness was developed prior to the birth of the pragmatic and functional approach (see *C.U.P.E. v. Ontario, supra*, at para. 161) and, more particularly, prior to (rather than in conjunction with) the formulation of reasonableness *simpliciter* in *Southam, supra*. Because patent unreasonableness, as a posture of curial deference, was conceived in opposition only to a correctness standard of review, it was sufficient for the Court to emphasize in defining its scope the principle that there will often be no one interpretation that can be said to be correct in interpreting a statute or otherwise resolving a legal dispute, and that specialized administrative adjudicators may, in many circumstances, be better equipped than courts to choose between the possible interpretations. Where this is the case, provided that the adjudicator's decision is one that can be "rationally supported on a construction which the relevant legislation may reasonably be considered to bear",

contrôle selon une norme de raisonabilité, quelle qu'elle soit, étant donné la nature du processus intellectuel que ce contrôle suppose. Néanmoins, l'existence de deux normes de raisonabilité paraît avoir accentué la tension sous-jacente entre ces deux normes et la norme de la décision correcte.

c) *L'interaction entre la norme du manifestement déraisonnable et celle de la décision raisonnable simpliciter*

La différence conceptuelle entre le contrôle selon la norme de la décision correcte et le contrôle selon la norme du manifestement déraisonnable peut être intuitive et relativement facile à constater (bien que, en pratique, des éléments du premier empiètent parfois de manière inquiétante sur le second), toutefois la frontière entre le caractère manifestement déraisonnable et le caractère raisonnable *simpliciter* est encore moins claire, même sur le plan théorique.

(i) Le fondement théorique de la norme du manifestement déraisonnable et de la norme du raisonnable *simpliciter*

L'absence d'une frontière suffisamment claire entre ces deux normes est attribuable au fait que celle du manifestement déraisonnable est apparue avant l'adoption de l'analyse pragmatique et fonctionnelle (voir *S.C.F.P. c. Ontario*, précité, par. 161) et, plus particulièrement, avant (et non en même temps que) la formulation de la norme de la décision raisonnable *simpliciter* dans *Southam*, précité. Puisque la norme de la décision manifestement déraisonnable, qui traduit une attitude de déférence judiciaire, avait été conçue par opposition uniquement à la norme de la décision correcte, il suffisait, pour en circonscrire la portée, que notre Cour mette l'accent sur l'idée que l'interprétation d'une loi ou le règlement d'un litige appelle souvent plus d'une interprétation correcte et que, dans certains cas, un tribunal administratif spécialisé peut être plus à même qu'une cour de justice de choisir entre les interprétations possibles. Le cas échéant, à condition que la décision puisse « rationnellement s'appuyer sur une interprétation qu'on peut raisonnablement considérer comme étayée par la législation

the reviewing court should not intervene (*Nipawin, supra*, at p. 389).

Upon the advent of reasonableness *simpliciter*, however, the validity of multiple interpretations became the underlying premise for this new variant of reasonableness review as well. Consider, for instance, the discussion of reasonableness *simpliciter* in *Ryan*, that I cited above:

Unlike a review for correctness, there will often be no single right answer to the questions that are under review against the standard of reasonableness. . . . Even if there could be, notionally, a single best answer, it is not the court's role to seek this out when deciding if the decision was unreasonable.

(*Ryan, supra*, at para. 51; see also para. 55.)

It is difficult to distinguish this language from that used to describe patent unreasonableness not only in the foundational judgments establishing that standard, such as *Nipawin, supra*, and *CUPE, supra*, but also in this Court's more contemporary jurisprudence applying it. In *Ivanhoe, supra*, for instance, Arbour J. stated that "the recognition by the legislature and the courts that there are many potential solutions to a dispute is the very essence of the patent unreasonableness standard of review, which would be meaningless if it was found that there is only one acceptable solution" (para. 116).

Because patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* are both rooted in this guiding principle, it has been difficult to frame the standards as analytically, rather than merely semantically, distinct. The efforts to sustain a workable distinction between them have taken, in the main, two forms, which mirror the two definitional strands of patent unreasonableness that I identified above. One of these forms distinguishes between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* on the basis of the relative magnitude of the defect. The other looks to the "immediacy or obviousness" of the defect, and thus the relative invasiveness of the review necessary to

pertinente », la cour doit s'abstenir de la modifier (*Nipawin, précité*, p. 389).

L'adoption de la norme du raisonnable *simpliciter* a cependant changé la donne, la validité d'interprétations multiples constituant également la prémisses de cette nouvelle variante du contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Considérons par exemple l'extrait suivant de *Ryan*, cité précédemment, sur la norme de la décision raisonnable *simpliciter* :

À la différence d'un examen selon la norme de la décision correcte, il y a souvent plus d'une seule bonne réponse aux questions examinées selon la norme de la décision raisonnable. [. . .] Même dans l'hypothèse où il y aurait une réponse meilleure que les autres, le rôle de la cour n'est pas de tenter de la découvrir lorsqu'elle doit décider si la décision est déraisonnable.

(*Ryan, précité*, par. 51; voir également par. 55.)

Il est difficile de distinguer ces propos de ceux tenus pour décrire la norme du manifestement déraisonnable, non seulement dans les arrêts ayant établi cette norme, comme *Nipawin* et *SCFP*, précités, mais aussi dans les arrêts plus récents où notre Cour l'a appliquée. Par exemple, dans *Ivanhoe*, précité, la juge Arbour fait observer que « la reconnaissance par le législateur et les tribunaux de la multiplicité de solutions qui peuvent être apportées à un différend constitue l'essence même de la norme de contrôle du manifestement déraisonnable, qui perdrait tout son sens si l'on devait juger qu'une seule solution est acceptable » (par. 116).

Comme la norme du manifestement déraisonnable et celle du raisonnable *simpliciter* se fondent toutes deux sur ce principe directeur, il a été difficile de concevoir qu'elles étaient distinctes du point de vue analytique, et non sur le seul plan sémantique. Les tentatives pour établir une distinction valable entre les deux normes ont principalement revêtu deux formes reflétant les deux catégories de définitions du caractère manifestement déraisonnable. L'une d'elles distingue entre manifestement déraisonnable et raisonnable *simpliciter* en fonction de l'importance relative du défaut. L'autre met l'accent sur le caractère « flagrant ou évident » du défaut et, partant sur le caractère plus ou moins envahissant

find it. Both approaches raise their own problems.

(ii) The Magnitude of the Defect

In *PSAC*, *supra*, at pp. 963-64, Cory J. described a patently unreasonable decision in these terms:

In the Shorter Oxford English Dictionary “patently”, an adverb, is defined as “openly, evidently, clearly”. “Unreasonable” is defined as “[n]ot having the faculty of reason; irrational. . . . Not acting in accordance with reason or good sense”. Thus, based on the dictionary definition of the words “patently unreasonable”, it is apparent that if the decision the Board reached, acting within its jurisdiction, is not clearly irrational, that is to say evidently not in accordance with reason, then it cannot be said that there was a loss of jurisdiction.

While this definition may not be inherently problematic, it has become so with the emergence of reasonableness *simpliciter*, in part because of what commentators have described as the “tautological difficulty of distinguishing standards of rationality on the basis of the term ‘clearly’” (see Cowan, *supra*, at pp. 27-28; see also G. Perrault, *Le contrôle judiciaire des décisions de l’administration: De l’erreur juridictionnelle à la norme de contrôle* (2002), at p. 116; S. Comtois, *Vers la primauté de l’approche pragmatique et fonctionnelle: Précis du contrôle judiciaire des décisions de fond rendues par les organismes administratifs* (2003), at pp. 34-35; P. Garant, *Droit administratif* (4th ed. 1996), vol. 2, at p. 193).

Mullan alludes to both the practical and the theoretical difficulties of maintaining a distinction based on the magnitude of the defect, i.e., the degree of irrationality, that characterizes a decision:

. . . admittedly in his judgment in *PSAC*, Cory J. did attach the epithet “clearly” to the word “irrational” in delineating a particular species of patent unreasonableness. However, I would be most surprised if, in so doing, he was using the term “clearly” for other than rhetorical effect. Indeed, I want to suggest . . . that to maintain a position that it is only the “clearly irrational” that will cross the threshold of patent unreasonableness while irrationality *simpliciter* will not is to make a nonsense

du processus d’analyse nécessaire à sa mise au jour. Chacune comporte ses propres difficultés.

(ii) L’importance du défaut

Dans *AFPC*, précité, p. 963-964, le juge Cory a décrit comme suit la décision manifestement déraisonnable :

Dans le Grand Larousse de la langue française, l’adjectif manifeste est ainsi défini : « Se dit d’une chose que l’on ne peut contester, qui est tout à fait évidente ». On y trouve pour le terme déraisonnable la définition suivante : « Qui n’est pas conforme à la raison; qui est contraire au bon sens ». Eu égard donc à ces définitions des mots « manifeste » et « déraisonnable », il appert que si la décision qu’a rendue la Commission, agissant dans le cadre de sa compétence, n’est pas clairement irrationnelle, c’est-à-dire, de toute évidence non conforme à la raison, on ne saurait prétendre qu’il y a eu perte de compétence.

Cette définition n’était peut-être pas problématique en soi, mais elle l’est devenue lorsque la norme de la décision raisonnable *simpliciter* a vu le jour, en partie à cause de ce que les observateurs ont appelé la [TRADUCTION] « difficulté tautologique de distinguer des normes de rationalité à partir du terme “clairement” » (voir Cowan, *op. cit.*, p. 27-28; voir également G. Perrault, *Le contrôle judiciaire des décisions de l’administration: De l’erreur juridictionnelle à la norme de contrôle* (2002), p. 116; S. Comtois, *Vers la primauté de l’approche pragmatique et fonctionnelle: Précis du contrôle judiciaire des décisions de fond rendues par les organismes administratifs* (2003), p. 34-35; P. Garant, *Droit administratif* (4^e éd. 1996), vol. 2, p. 193).

Mullan fait allusion aux difficultés tant pratiques que théoriques du maintien d’une distinction fondée sur l’importance du défaut, c’est-à-dire sur le degré d’irrationalité d’une décision :

[TRADUCTION] . . . il est vrai que dans *AFPC*, le juge Cory a accolé l’épithète « clairement » au mot « irrationnelle » en faisant état d’un cas particulier de décision manifestement déraisonnable. Cependant, je serais fort étonné qu’il ait employé l’adverbe « clairement » pour autre chose qu’un effet de rhétorique. En fait, soutenir que seule la décision « clairement irrationnelle » est manifestement déraisonnable, à l’exclusion de celle qui est irrationnelle *simpliciter*, vide de sens la règle de droit.

104

105

of the law. Attaching the adjective “clearly” to irrational is surely a tautology. Like “uniqueness”, irrationality either exists or it does not. There cannot be shades of irrationality. In other words, I defy any judge or lawyer to provide a concrete example of the difference between the merely irrational and the clearly irrational! In any event, there have to be concerns with a regime of judicial review which would allow any irrational decision to escape rebuke even under the most deferential standard of scrutiny.

(Mullan, “Recent Developments in Standard of Review”, *supra*, at pp. 24-25)

Also relevant in this respect are the comments of Reed J. in *Hao v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 184 F.T.R. 246, at para. 9:

I note that I have never been convinced that “patently unreasonable” differs in a significant way from “unreasonable”. The word “patently” means clearly or obviously. If the unreasonableness of a decision is not clear or obvious, I do not see how that decision can be said to be unreasonable.

Even a brief review of this Court’s descriptions of the defining characteristics of patently unreasonable and unreasonable decisions demonstrates that it is difficult to sustain a meaningful distinction between two forms of reasonableness on the basis of the magnitude of the defect, and the extent of the decision’s resulting deviation from the realm of the reasonable. Under both standards, the reviewing court’s inquiry is focussed on “the existence of a rational basis for the [adjudicator’s] decision” (see, for example, *Paccar, supra*, at p. 1004, *per La Forest J.*; *Ryan, supra*, at paras. 55-56). A patently unreasonable decision has been described as one that “cannot be sustained on any reasonable interpretation of the facts or of the law” (*National Corn Growers, supra*, at pp. 1369-70, *per Gonthier J.*), or “rationally supported on a construction which the relevant legislation may reasonably be considered to bear” (*Nipawin, supra*, at p. 389). An unreasonable decision has been described as one for which there are “no lines of reasoning supporting the decision which could reasonably lead

Rattacher l’adverbe « clairement » à l’adjectif « irrationnelle » est certes une tautologie. Tout comme l’« unicité », l’irrationalité est ou n’est pas. Une décision ne peut être un peu irrationnelle. En d’autres termes, je mets au défi tout juge ou avocat d’illustrer concrètement la différence entre une décision simplement irrationnelle et une décision clairement irrationnelle! Quoi qu’il en soit, il y a lieu de s’inquiéter d’un régime de contrôle judiciaire qui permet le maintien d’une décision irrationnelle, même lorsque s’applique la norme commandant le degré le plus élevé de déférence.

(Mullan, « Recent Developments in Standard of Review », *loc. cit.*, p. 24-25)

Sont également pertinentes à ce propos ces observations de la juge Reed dans *Hao c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 296 (QL) (1^{re} inst.), par. 9 :

Je fais remarquer que je n’ai jamais été convaincue que la norme de la « décision manifestement déraisonnable » différerait sensiblement de celle de la « décision déraisonnable ». Le mot « manifestement » veut dire clairement ou de toute évidence. Si le caractère déraisonnable d’une décision n’est ni clair, ni évident, je ne vois pas comment cette décision peut être considérée comme déraisonnable.

Même un bref examen des caractéristiques que notre Cour a attribuées aux décisions manifestement déraisonnables et aux décisions déraisonnables fait ressortir qu’il est extrêmement difficile, sinon impossible, de maintenir entre ces deux formes du critère de la décision raisonnable une distinction véritable fondée sur la gravité du défaut et l’importance de l’écart entre la décision et une décision raisonnable. Pour l’application de l’une et l’autre des normes, la cour doit prendre soin de vérifier « si la décision du tribunal a un fondement rationnel » (voir par exemple *Paccar*, précité, p. 1004, le juge La Forest; *Ryan*, précité, par. 55-56). L’on a affirmé de la décision manifestement déraisonnable qu’elle « ne saurait être maintenue selon une interprétation raisonnable des faits ou du droit » (*National Corn Growers*, précité, p. 1369, le juge Gonthier) ni « rationnellement s’appuyer sur une interprétation qu’on peut raisonnablement considérer comme étayée par la législation pertinente » (*Nipawin*, précité, p. 389). Notre Cour a ajouté par ailleurs de la décision déraisonnable qu’« aucun des raisonnements

that tribunal to reach the decision it did" (*Ryan, supra*, at para. 53).

107

Under both patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, mere disagreement with the adjudicator's decision is insufficient to warrant intervention (see, for example, *Paccar, supra*, at pp. 1003-4, *per La Forest J.*, and *Chamberlain, supra*, at para. 15, *per McLachlin C.J.*). Applying the patent unreasonableness standard, "the court will defer even if the interpretation given by the tribunal . . . is not the 'right' interpretation in the court's view nor even the 'best' of two possible interpretations, so long as it is an interpretation reasonably attributable to the words of the agreement" (*United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at p. 341). In the case of reasonableness *simpliciter*, "a decision may satisfy the . . . standard if it is supported by a tenable explanation even if this explanation is not one that the reviewing court finds compelling" (*Ryan, supra*, at para. 55). There seems to me to be no qualitative basis on which to differentiate effectively between these various characterizations of a rationality analysis; how, for instance, would a decision that is not "tenably supported" (and is thus "merely" unreasonable) differ from a decision that is not "rationally supported" (and is thus patently unreasonable)?

108

In the end, the essential question remains the same under both standards: was the decision of the adjudicator taken in accordance with reason? Where the answer is no, for instance because the legislation in question cannot rationally support the adjudicator's interpretation, the error will invalidate the decision, regardless of whether the standard applied is reasonableness *simpliciter* or patent unreasonableness (see D. K. Lovett, "That Curious Curial Deference Just Gets Curiouser and Curiouser — *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*" (1997), 55 *Advocate (B.C.)* 541, at p. 545). Because the two variants of reasonableness

avancés pour étayer la décision ne pouvait raisonnablement amener le tribunal à rendre la décision prononcée » (*Ryan, précité*, par. 53).

Suivant les normes actuelles du manifestement déraisonnable et du raisonnable *simpliciter*, le seul désaccord avec la décision du tribunal ne suffit pas pour justifier l'intervention de la cour (voir par exemple *Paccar, précité*, p. 1003-1004, le juge La Forest, et *Chamberlain, précité*, par. 15, le juge en chef McLachlin). Lorsqu'elle appliquera la norme de la décision manifestement déraisonnable, « la cour de justice fera preuve de retenue même si, à son avis, l'interprétation qu'a donnée le tribunal [. . .] n'est pas la "bonne" ni même la "meilleure" de deux interprétations possibles, pourvu qu'il s'agisse d'une interprétation que peut raisonnablement souffrir le texte de la convention » (*Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, p. 341). Au regard de la norme de la décision raisonnable *simpliciter*, « une décision peut satisfaire à la norme du raisonnable si elle est fondée sur une explication défendable, même si elle n'est pas convaincante aux yeux de la cour de révision » (*Ryan, précité*, par. 55). Il me paraît n'y avoir aucune différence qualitative réelle entre ces définitions d'une analyse axée sur la recherche d'un fondement rationnel; comment, par exemple, une décision non « fondée sur une explication raisonnable » (et donc « simplement » déraisonnable) se distingue-t-elle d'une décision qui ne peut « raisonnablement s'appuyer » sur la législation pertinente (et qui est donc manifestement déraisonnable)?

En fin de compte, la question essentielle demeure la même pour les deux normes : la décision du tribunal est-elle conforme à la raison? Si la réponse est négative du fait que, par exemple, les dispositions en cause ne peuvent rationnellement appuyer l'interprétation du tribunal, l'erreur entraîne l'invalidation de la décision, que la norme appliquée soit celle du raisonnable *simpliciter* ou du manifestement déraisonnable (voir D. K. Lovett, « That Curious Curial Deference Just Gets Curiouser and Curiouser — *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.* » (1997), 55 *Advocate (B.C.)* 541, p. 545). Puisque les deux variantes de la norme de

are united at their theoretical source, the imperative for the reviewing court to intervene will turn on the conclusion that the adjudicator's decision deviates from what falls within the ambit of the reasonable, not on "fine distinctions" between the test for patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* (see Falzon, *supra*, at p. 33).

The existence of these two variants of reasonableness review forces reviewing courts to continue to grapple with the significant practical problems inherent in distinguishing meaningfully between the two standards. To the extent that a distinction is advanced on the basis of the relative severity of the defect, this poses not only practical difficulties but also difficulties in principle, as this approach implies that patent unreasonableness, in requiring "clear" rather than "mere" irrationality, allows for a margin of appreciation for decisions that are not in accordance with reason. In this respect, I would echo Mullan's comments that there would "have to be concerns with a regime of judicial review which would allow any irrational decision to escape rebuke even under the most deferential standard of scrutiny" (Mullan, "Recent Developments in Standard of Review", *supra*, at p. 25).

(iii) The "Immediacy or Obviousness" of the Defect

There is a second approach to distinguishing between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* that requires discussion. *Southam*, *supra*, at para. 57, emphasized the "immediacy or obviousness" of the defect:

The difference between "unreasonable" and "patently unreasonable" lies in the immediacy or obviousness of the defect. If the defect is apparent on the face of the tribunal's reasons, then the tribunal's decision is patently unreasonable. But if it takes some significant searching or testing to find the defect, then the decision is unreasonable but not patently unreasonable.

In my view, two lines of difficulty have emerged from emphasizing the "immediacy or obvious-

la décision raisonnable possèdent le même fondement théorique, l'intervention de la cour de justice s'appuiera sur sa conclusion selon laquelle la décision du tribunal déborde des limites du raisonnable, et non sur de « subtiles nuances » entre le critère du manifestement déraisonnable et celui du raisonnable *simpliciter* (voir Falzon, *loc. cit.*, p. 33).

L'existence de ces deux variantes de la norme de la décision raisonnable contraint la cour chargée du contrôle à continuer à affronter les grandes difficultés d'ordre pratique que comporte en soi l'établissement d'une distinction réelle entre les deux normes. Une distinction proposée sur le fondement de la gravité relative du défaut comporte non seulement des difficultés d'ordre pratique, mais soulève également des questions de principe, en ce qu'elle suppose que la norme du manifestement déraisonnable, en exigeant que la décision soit « clairement », et non « simplement », irrationnelle, offre une marge de manœuvre dans l'appréciation des décisions qui ne sont pas conformes à la raison. À cet égard, je me permets de rappeler les propos de Mullan selon lesquels [TRADUCTION] « il y a lieu de s'inquiéter d'un régime de contrôle judiciaire qui permet le maintien d'une décision irrationnelle, même lorsque s'applique la norme commandant le degré le plus élevé de déférence » (Mullan, « Recent Developments in Standard of Review », *loc. cit.*, p. 25).

(iii) Le caractère flagrant ou évident du défaut

Il convient d'examiner un autre critère appliqué pour distinguer entre le manifestement déraisonnable et le raisonnable *simpliciter*. Dans *Southam*, précité, par. 57, notre Cour a mis l'accent sur le caractère « flagrant ou évident » du défaut :

La différence entre « déraisonnable » et « manifestement déraisonnable » réside dans le caractère flagrant ou évident du défaut. Si le défaut est manifeste au vu des motifs du tribunal, la décision de celui-ci est alors manifestement déraisonnable. Cependant, s'il faut procéder à un examen ou à une analyse en profondeur pour déceler le défaut, la décision est alors déraisonnable mais non manifestement déraisonnable.

À mon avis, l'insistance sur le caractère « flagrant ou évident » du défaut et, partant, sur la nature

109

110

111

ness” of the defect, and thus the relative invasiveness of the review necessary to find it, as a means of distinguishing between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*. The first is the difficulty of determining how invasive a review is invasive enough, but not too invasive, in each case. The second is the difficulty that flows from ambiguity as to the intended meaning of “immediacy or obviousness” in this context: is it the obviousness of the defect in the sense of its transparency on the face of the decision that is the defining characteristic of patent unreasonableness review (see J. L. H. Sprague, “Another View of *Baker*” (1999), 7 *Reid’s Administrative Law* 163, at pp. 163 and 165, note 5), or is it rather the obviousness of the defect in terms of the ease with which, once found, it can be identified as severe? The latter interpretation may bring with it difficulties of the sort I referred to above — i.e., attempting to qualify degrees of irrationality. The former interpretation, it seems to me, presents problems of its own, which I discuss below.

112 Turning first to the difficulty of actually applying a distinction based on the “immediacy or obviousness” of the defect, we are confronted with the criticism that the “somewhat probing examination” criterion (see *Southam, supra*, at para. 56) is not clear enough (see D. W. Elliott, “*Suresh* and the Common Borders of Administrative Law: Time for the Tailor?” (2002), 65 *Sask. L. Rev.* 469, at pp. 486-87). As Elliott notes: “[t]he distinction between a ‘somewhat probing examination’ and those which are simply probing, or are less than probing, is a fine one. It is too fine to permit courts to differentiate clearly among the three standards.”

113 This Court has itself experienced some difficulty in consistently performing patent unreasonableness review in a way that is less probing than the “somewhat probing” analysis that is the hallmark of reasonableness *simpliciter*. Despite the fact that a less invasive review has been described as a defining characteristic of the standard of patent unreasonableness, in a number of the Court’s recent decisions, including *Toronto (City) Board of Education, supra*,

plus ou moins envahissante de l’examen nécessaire à sa découverte, pour distinguer entre le manifestement déraisonnable et le raisonnable *simpliciter*, a fait naître deux difficultés. La première est de circonscrire dans chacun des cas l’examen qui est assez envahissant sans l’être trop. La deuxième se retrouve dans l’ambiguïté de la définition du caractère « flagrant ou évident » dans ce contexte : est-ce le caractère évident du défaut, le fait qu’il ressorte à première vue de la décision, qui définit fondamentalement le contrôle selon la norme du manifestement déraisonnable (voir J. L. H. Sprague, « Another View of *Baker* » (1999), 7 *Reid’s Administrative Law* 163, p. 163 et 165, note 5) ou s’agit-il plutôt du caractère évident du défaut, compte tenu de la facilité avec laquelle il peut être qualifié de grave après sa découverte? Cette dernière interprétation peut poser des problèmes semblables à ceux mentionnés précédemment — l’établissement d’une échelle de l’irrationalité. La première interprétation me paraît comporter ses propres difficultés, dont je fais état ci-après.

En ce qui concerne tout d’abord la difficulté d’appliquer *de facto* une distinction fondée sur le caractère « flagrant ou évident » du défaut, d’aucuns ont déploré que le critère de l’« examen assez poussé » (voir *Southam*, précité, par. 56) ne soit pas suffisamment clair (voir D. W. Elliott, « *Suresh* and the Common Borders of Administrative Law : Time for the Tailor? » (2002), 65 *Sask. L. Rev.* 469, p. 486-487). Comme le fait observer Elliott : [TRADUCTION] « [I]a nuance entre un “examen assez poussé” et un examen simplement poussé ou moins poussé, est subtile. Elle est trop subtile pour permettre aux cours de justice de différencier clairement les trois normes. »

Notre Cour a elle-même eu du mal à effectuer, dans tous les cas d’application de la norme du manifestement déraisonnable, un examen moins poussé par rapport à l’examen « assez poussé » qui caractérise la norme du raisonnable *simpliciter*. Même si l’on a affirmé qu’un examen moins envahissant constituait la caractéristique fondamentale de la norme du manifestement déraisonnable, dans un certain nombre d’arrêts récents, y compris *Conseil*

and *Ivanhoe*, *supra*, one could fairly characterize the Court's analysis under this standard as at least "somewhat" probing in nature.

Even prior to *Southam* and the development of reasonableness *simpliciter*, there was some uncertainty as to how intensely patent unreasonableness review is to be performed. This is particularly evident in *National Corn Growers*, *supra* (see generally Mullan, "Of Chaff Midst the Corn", *supra*; Mullan, *Administrative Law*, *supra*, at pp. 72-73). In that case, while Wilson J. counselled restraint on the basis of her reading of *CUPE*, *supra*, Gonthier J., for the majority, performed quite a searching review of the decision of the Canadian Import Tribunal. He reasoned, at p. 1370, that "[i]n some cases, the unreasonableness of a decision may be apparent without detailed examination of the record. In others, it may be no less unreasonable but this can only be understood upon an in-depth analysis."

Southam itself did not definitively resolve the question of how invasively review for patent unreasonableness should be performed. An intense review would seem to be precluded by the statement that, "if it takes some significant searching or testing to find the defect, then the decision is unreasonable but not patently unreasonable" (para. 57). The possibility that, in certain circumstances, quite a thorough review for patent unreasonableness will be appropriate, however, is left open: "[i]f the decision under review is sufficiently difficult, then perhaps a great deal of reading and thinking will be required before the judge will be able to grasp the dimensions of the problem" (para. 57).

This brings me to the second problem: in what sense is the defect immediate or obvious? *Southam* left some ambiguity on this point. As I have outlined, on the one hand, a patently unreasonable decision is understood as one that is

de l'éducation de Toronto (Cité) et Ivanhoe, précitées, l'on peut qualifier d'« assez » poussée, à tout le moins, l'analyse que notre Cour a effectuée en fonction de cette norme.

Même avant *Southam* et l'élaboration de la norme du raisonnable *simpliciter*, un degré d'incertitude régnait quant au caractère plus ou moins approfondi que devait revêtir le contrôle en fonction de la norme du manifestement déraisonnable. Cela ressort particulièrement de *National Corn Growers*, précité (voir généralement Mullan, « Of Chaff Midst the Corn », *loc. cit.*; Mullan, *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 72-73). Dans cette affaire, alors que, se fondant sur son interprétation de *SCFP*, précité, la juge Wilson préconise la retenue, le juge Gonthier, au nom des juges majoritaires, se livre à un examen plutôt approfondi de la décision du Tribunal canadien des importations. Selon lui, « [d]ans certains cas, le caractère déraisonnable d'une décision peut ressortir sans qu'il soit nécessaire d'examiner en détail le dossier. Dans d'autres cas, il se peut qu'elle ne soit pas moins déraisonnable mais que cela ne puisse être constaté qu'après une analyse en profondeur » (p. 1370).

À lui seul, *Southam* n'a pas réglé définitivement la question de l'examen plus ou moins envahissant que commande la norme du manifestement déraisonnable. L'énoncé « s'il faut procéder à un examen ou à une analyse en profondeur pour déceler le défaut, la décision est alors déraisonnable mais non manifestement déraisonnable » (par. 57) paraît militer contre un examen en profondeur. Cependant, l'énoncé suivant laisse planer la possibilité que, dans certains cas, la norme de la décision manifestement déraisonnable commande un examen assez approfondi : « Si la décision contrôlée par un juge est assez complexe, il est possible qu'il lui faille faire beaucoup de lecture et de réflexion avant d'être en mesure de saisir toutes les dimensions du problème » (par. 57).

Ces réflexions nous amènent à l'examen de la deuxième difficulté : qu'entend-on par défaut flagrant ou évident? L'arrêt *Southam* reste ambigu sur ce point. Comme je l'ai exposé, d'une part, l'on entend par décision manifestement déraison-

114

115

116

flawed by a defect that is evident on the face of the decision, while an unreasonable decision is one that is marred by a defect that it takes significant searching or testing to find. In other places, however, *Southam* suggests that the “immediacy or obviousness” of a patently unreasonable defect refers not to the ease of its detection, but rather to the ease with which, once detected, it can be identified as severe. Particularly relevant in this respect is the statement that “once the lines of the problem have come into focus, if the decision is patently unreasonable, then the unreasonableness will be evident” (para. 57). It is the (admittedly sometimes only tacit) recognition that what must in fact be evident — i.e., clear, obvious, or immediate — is the defect’s magnitude upon detection that allows for the possibility that in certain circumstances “it will simply not be possible to understand and respond to a patent unreasonableness argument without a thorough examination and appreciation of the tribunal’s record and reasoning process” (see Mullan, *Administrative Law*, *supra*, at p. 72; see also *Ivanhoe*, *supra*, at para. 34).

117

Our recent decision in *Ryan* has brought more clarity to *Southam*, but still reflects a degree of ambiguity on this issue. In *Ryan*, at para. 52, the Court held:

In *Southam*, *supra*, at para. 57, the Court described the difference between an unreasonable decision and a patently unreasonable one as rooted “in the immediacy or obviousness of the defect”. Another way to say this is that a patently unreasonable defect, once identified, can be explained simply and easily, leaving no real possibility of doubting that the decision is defective. A patently unreasonable decision has been described as “clearly irrational” or “evidently not in accordance with reason” (*Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941, at pp. 963-64, *per Cory J.*; *Centre communautaire juridique de l’Estrie v. Sherbrooke (City)*, [1996] 3 S.C.R. 84, at paras. 9-12, *per Gonthier J.*). A decision that is patently unreasonable is so flawed that no amount of curial deference can justify letting it stand. [Emphasis added.]

nable la décision qui, à première vue, est entachée d’un défaut, alors que la décision déraisonnable est celle qui est affectée d’un défaut dont la découverte exige maintes recherches ou vérifications. Toutefois, dans *Southam*, notre Cour laisse entendre par ailleurs que le caractère « flagrant ou évident » d’un défaut manifestement déraisonnable ne tient pas à la facilité de sa détection mais bien à celle de sa qualification de grave une fois qu’il a été découvert. Revêt alors une importance particulière à cet égard l’énoncé selon lequel « une fois que les contours du problème sont devenus apparents, si la décision est manifestement déraisonnable, son caractère déraisonnable ressortira » (par. 57). On reconnaît ainsi (parfois seulement tacitement, il est vrai) que ce qui doit en fait ressortir — c’est-à-dire être clair, manifeste ou flagrant — c’est l’importance du défaut lors de sa mise au jour et admettre que, dans certains cas, [TRADUCTION] « il ne sera tout simplement pas possible de comprendre l’argumentation relative au caractère manifestement déraisonnable et d’y répondre sans procéder à une analyse et à une évaluation approfondies du dossier du tribunal et de son raisonnement » (voir Mullan, *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 72; voir également *Ivanhoe*, précité, par. 34).

Dans le récent arrêt *Ryan*, par. 52, notre Cour a apporté plus de clarté à l’arrêt *Southam*, malgré la persistance d’une part d’ambiguïté :

Dans *Southam*, précité, par. 57, la Cour explique que la différence entre une décision déraisonnable et une décision manifestement déraisonnable réside « dans le caractère flagrant ou évident du défaut ». Autrement dit, dès qu’un défaut manifestement déraisonnable a été relevé, il peut être expliqué simplement et facilement, de façon à écarter toute possibilité réelle de douter que la décision est viciée. La décision manifestement déraisonnable a été décrite comme étant « clairement irrationnelle » ou « de toute évidence non conforme à la raison » (*Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, p. 963-964, le juge Cory; *Centre communautaire juridique de l’Estrie c. Sherbrooke (Ville)*, [1996] 3 R.C.S. 84, par. 9-12, le juge Gonthier). Une décision qui est manifestement déraisonnable est à ce point viciée qu’aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de la maintenir. [Je souligne.]

This passage moves the focus away from the obviousness of the defect in the sense of its transparency “on the face of the decision”, to the obviousness of its magnitude once it has been identified. At other points, however, the relative invasiveness of the review required to identify the defect is emphasized as the means of distinguishing between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*:

A decision may be unreasonable without being patently unreasonable when the defect in the decision is less obvious and might only be discovered after “significant searching or testing” (*Southam, supra*, at para. 57). Explaining the defect may require a detailed exposition to show that there are no lines of reasoning supporting the decision which could reasonably lead that tribunal to reach the decision it did.

(*Ryan, supra*, at para. 53)

Such ambiguity led commentators such as David Phillip Jones to continue to question in light of *Ryan* whether

whatever it is that makes the decision “patently unreasonable” [must] appear on the face of the record . . . Or can one go beyond the record to demonstrate — “identify” — why the decision is patently unreasonable? Is it the “immediacy and obviousness of the defect” which makes it patently unreasonable, or does patently unreasonable require outrageousness so that the decision is so flawed that no amount of curial deference can justify letting it stand?

(D. P. Jones, “Notes on *Dr. Q* and *Ryan*: Two More Decisions by the Supreme Court of Canada on the Standard of Review in Administrative Law”, paper originally presented at the Canadian Institute for the Administration of Justice, Western Roundtable, Edmonton, April 25, 2003, at p. 10.)

As we have seen, the answers to such questions are far from self-evident, even at the level of theoretical abstraction. How much more difficult must they be for reviewing courts and counsel struggling to apply not only patent unreasonableness, but also reasonableness *simpliciter*? (See, in this regard, the comments of Mullan in “Recent Developments in Standard of Review”, *supra*, at p. 4.)

Cet extrait met l’accent non plus sur le caractère évident du défaut en ce qu’il ressort à première vue de la décision, mais sur celui de l’importance du défaut une fois qu’il est découvert. Un autre passage, cependant, insiste plutôt sur le caractère plus ou moins envahissant de l’examen qui s’impose pour découvrir le défaut comme critère de distinction entre le manifestement déraisonnable et le raisonnable *simpliciter* :

Une décision peut être déraisonnable sans être manifestement déraisonnable lorsque le défaut dans la décision est moins évident et qu’il ne peut être décelé qu’après « un examen ou [. . .] une analyse en profondeur » (*Southam*, précité, par. 57). L’explication du défaut peut exiger une explication détaillée pour démontrer qu’aucun des raisonnements avancés pour étayer la décision ne pouvait raisonnablement amener le tribunal à rendre la décision prononcée.

(*Ryan*, précité, p. 53)

Cette ambiguïté a incité des observateurs comme David Phillip Jones à se demander encore, à la lumière de *Ryan*, si

[TRADUCTION] ce qui rend la décision « manifestement déraisonnable » doit ressortir à première vue du dossier [. . .] Ou peut-on tenir compte d’autres facteurs que le dossier pour établir en quoi la décision est manifestement déraisonnable? Est-ce le caractère « flagrant ou évident du défaut » qui la rend manifestement déraisonnable ou cette norme exige-t-elle une extravagance viciant à tel point la décision qu’aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier son maintien?

(D. P. Jones, « Notes on *Dr. Q* and *Ryan* : Two More Decisions by the Supreme Court of Canada on the Standard of Review in Administrative Law », exposé initialement présenté à l’Institut canadien d’administration de la justice, table ronde de l’Ouest, Edmonton, 25 avril 2003, p. 10.)

Comme nous l’avons vu, les réponses à ces questions sont loin d’aller de soi, même sur le plan théorique. Quand jugera-t-on excessif le mal que doivent se donner pour y répondre les cours de justice et les avocats s’efforçant d’appliquer non seulement la norme du manifestement déraisonnable, mais aussi celle du raisonnable *simpliciter*? (Voir à cet égard les observations de Mullan dans « Recent Developments in Standard of Review », *loc. cit.*, p. 4.)

120

Absent reform in this area or a further clarification of the standards, the “epistemological” confusion over the relationship between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* will continue. As a result, both the types of errors that the two variants of reasonableness are likely to catch — i.e., interpretations that fall outside the range of those that can be “reasonably”, “rationally” or “tenably” supported by the statutory language — and the way in which the two standards are applied will in practice, if not necessarily in theory, be much the same.

121

There is no easy way out of this conundrum. Whatever attempts are made to clarify the contours of, or the relationship between, the existing definitional strands of patent unreasonableness, this standard and reasonableness *simpliciter* will continue to be rooted in a shared rationale: statutory language is often ambiguous and “admits of more than one possible meaning”; provided that the expert administrative adjudicator’s interpretation “does not move outside the bounds of reasonably permissible visions of the appropriate interpretation, there is no justification for court intervention” (Mullan, “Recent Developments in Standard of Review”, *supra*, at p. 18). It will thus remain difficult to keep these standards conceptually distinct, and I query whether, in the end, the theoretical efforts necessary to do so are productive. Obviously any decision that fails the test of patent unreasonableness must also fall on a standard of reasonableness *simpliciter*, but it seems hard to imagine situations where the converse is not also true: if a decision is not supported by a tenable explanation (and is thus unreasonable) (Ryan, *supra*, at para. 55), how likely is it that it could be sustained on “any reasonable interpretation of the facts or of the law” (and thus not be patently unreasonable) (*National Corn Growers*, *supra*, at pp. 1369-70, *per* Gonthier J.)?

122

Thus, both patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* require that reviewing courts pay “respectful attention” to the reasons of adjudicators

À défaut d’une réforme en la matière ou d’une clarification des normes, la confusion « épistémologique » entourant la relation entre le manifestement déraisonnable et le raisonnable *simpliciter* persistera. Ainsi, tant les types d’erreurs que les deux variantes de la norme de la décision raisonnable permettent de déceler — soit les interprétations qui ne peuvent être tenues pour « raisonnables », « rationnelles » ou « défendables » compte tenu des dispositions en cause — que la manière dont les deux normes sont appliquées seront en pratique, si ce n’est nécessairement en théorie, essentiellement les mêmes.

Il n’existe pas de solution facile à ce problème délicat. En dépit des mesures prises pour préciser le contenu des catégories actuelles de décisions manifestement déraisonnables ou la relation existant entre elles, cette norme et celle de la décision raisonnable *simpliciter* continueront d’avoir une raison d’être commune : il arrive souvent que le législateur s’exprime de manière équivoque et qu’une disposition [TRADUCTION] « se prête à plus d’une interprétation »; tant que l’interprétation du tribunal administratif spécialisé [TRADUCTION] « ne dépasse pas les limites d’une conception raisonnable de l’interprétation qui s’impose, rien ne justifie la cour d’intervenir » (Mullan, « Recent Developments in Standard of Review », *loc. cit.*, p. 18). Il demeurera donc difficile d’assurer l’étanchéité conceptuelle de ces normes et je m’interroge sur l’utilité, au bout du compte, des efforts théoriques que cet exercice exige. De toute évidence, la décision qui ne satisfait pas à la norme du manifestement déraisonnable ne répond pas non plus à celle du raisonnable *simpliciter*, mais il paraît difficile de concevoir un cas où l’inverse n’est pas également vrai : lorsqu’une décision n’est pas fondée sur une explication défendable (et est de ce fait déraisonnable) (Ryan, précité, par. 55), quelle est la possibilité de sa confirmation « selon une interprétation raisonnable des faits ou du droit » (sans qu’elle soit tenue pour manifestement déraisonnable) (*National Corn Growers*, précité, le juge Gonthier, p. 1369)?

Ainsi, la norme du manifestement déraisonnable et celle du raisonnable *simpliciter* exigent des cours de justice qu’elles accordent une « attention

in assessing the rationality of administrative decisions (see *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 65, per L'Heureux-Dubé J., citing D. Dyzenhaus, "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286, and Ryan, *supra*, at para. 49).

Attempting to differentiate between these two variants of curial deference by classifying one as "somewhat more probing" in its attentiveness than the other is unlikely to prove any more successful in practice than it has proven in the past. Basing the distinction on the relative ease with which a defect may be detected also raises a more theoretical quandary: the difficulty of articulating why a defect that is obvious on the face of a decision should present more of an imperative for court intervention than a latent defect. While a defect may be readily apparent because it is severe, a severe defect will not necessarily be readily apparent; by the same token, a flaw in a decision may be immediately evident, or obvious, but relatively inconsequential in nature.

On the other hand, the effect of clarifying that the language of "immediacy or obviousness" goes not to ease of detection, but rather to the ease with which, once detected (on either a superficial or a probing review), a defect may be identified as severe might well be to increase the regularity with which reviewing courts subject decisions to as intense a review on a standard of patent unreasonableness as on a standard of reasonableness *simpliciter*, thereby further eliding any difference between the two.

An additional effect of clarifying that the "immediacy or obviousness" of the defect refers not to its transparency on the face of the decision but rather to its magnitude upon detection is to suggest that it is feasible and appropriate for reviewing courts to attempt to qualify degrees of irrationality in assessing the decisions of administrative adjudicators: i.e., this decision is irrational enough to be unreasonable, but not so irrational as to be

respectueuse » aux motifs des tribunaux administratifs en se prononçant sur la rationalité de leurs décisions (voir *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 65, la juge L'Heureux-Dubé, citant D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 286, et Ryan, précité, par. 49).

Il est peu probable que, en pratique, les efforts visant à distinguer ces deux variantes de la déférence judiciaire en qualifiant l'examen que commande l'une d'elles d'« un peu plus poussé » se révèlent plus fructueux que par le passé. Fonder la distinction sur l'aisance relative avec laquelle peut être découvert le défaut crée par ailleurs un dilemme plus théorique : pourquoi un défaut ressortant à première vue de la décision justifierait-il davantage la cour d'intervenir qu'un défaut caché? Même si un défaut peut être aisément décelé en raison de sa gravité, un défaut grave ne sera pas nécessairement facile à découvrir; par ailleurs, une erreur peut être d'emblée évidente ou manifeste, mais sans avoir d'effet sérieux.

Par contre, préciser que le caractère « flagrant ou évident » ne tient pas à la facilité de la détection du défaut, mais bien à la facilité avec laquelle, une fois mis au jour (à l'issue d'un examen superficiel ou poussé), le défaut peut être qualifié de grave pourrait bien amener les cours de justice à soumettre plus fréquemment les décisions qu'elles contrôlent en fonction de la norme du manifestement déraisonnable à un examen aussi approfondi que celui effectué au regard de la norme du raisonnable *simpliciter*, gommant ainsi davantage la différence, s'il en est, entre les deux.

Préciser que le caractère « flagrant ou évident » du défaut ne renvoie pas au fait qu'il ressort à première vue de la décision, mais plutôt à son importance, une fois découvert, donne également à penser qu'il est possible et opportun qu'une cour de justice tente de recourir à une échelle de l'irrationalité lorsqu'elle évalue la décision d'un tribunal administratif. Par exemple, telle décision est suffisamment irrationnelle pour être déraisonnable, mais elle ne

122

12

12

overturned on a standard of patent unreasonableness. Such an outcome raises questions as to whether the legislative intent could ever be to let irrational decisions stand. In any event, such an approach would seem difficult to reconcile with the rule of law.

126

I acknowledge that there are certain advantages to the framework to which this Court has adhered since its adoption in *Southam, supra*, of a third standard of review. The inclusion of an intermediate standard does appear to provide reviewing courts with an enhanced ability to tailor the degree of deference to the particular situation. In my view, however, the lesson to be drawn from our experience since then is that those advantages appear to be outweighed by the current framework's drawbacks, which include the conceptual and practical difficulties that flow from the overlap between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, and the difficulty caused at times by the interplay between patent unreasonableness and correctness.

127

In particular, the inability to sustain a viable analytical distinction between the two variants of reasonableness has impeded their application in practice in a way that fulfils the theoretical promise of a more precise reflection of the legislature's intent. In the end, attempting to distinguish between the unreasonable and the patently unreasonable may be as unproductive as attempting to differentiate between the "illegible" and the "patently illegible". While it may be possible to posit, in the abstract, some kind of conceptual distinction, the functional reality is that once a text is illegible — whether its illegibility is evident on a cursory glance or only after a close examination — the result is the same. There is little to be gained from debating as to whether the text is illegible *simpliciter* or patently illegible; in either case it cannot be read.

128

It is also necessary to keep in mind the theoretical foundations for judicial review and its ultimate purpose. The purpose of judicial review is to uphold the normative legal order by ensuring that the

l'est pas assez pour être infirmée suivant la norme du manifestement déraisonnable. Un tel résultat conduit à se demander si le législateur a pu vouloir qu'une décision irrationnelle soit maintenue. Quoiqu'il en soit, une telle interprétation paraît difficile à concilier avec les exigences d'un régime juridique fondé sur la règle de droit.

Je reconnais que le cadre établi par notre Cour depuis l'adoption, dans *Southam*, précité, d'une troisième norme de contrôle, comporte certains avantages, du moins en théorie. L'existence d'une norme intermédiaire paraît permettre aux cours de justice de mieux adapter le degré de déférence à la situation considérée. Toutefois, j'estime qu'une leçon doit être tirée de notre expérience : les inconvénients du cadre actuel, y compris les difficultés conceptuelles et pratiques découlant du chevauchement entre la norme du manifestement déraisonnable et celle du raisonnable *simpliciter*, de même que la difficulté résultant de l'interaction paradoxale entre la norme du manifestement déraisonnable et celle de la décision correcte, paraissent l'emporter sur ces avantages.

Plus particulièrement, l'impossibilité de maintenir une distinction analytique viable entre les deux variantes de la norme de la décision raisonnable a fait obstacle, en pratique, à une application présument plus fidèle à l'intention du législateur. En fin de compte, tenter d'établir une distinction entre une décision déraisonnable et une décision manifestement déraisonnable peut être aussi stérile que d'essayer de distinguer ce qui est « illisible » de ce qui est « manifestement illisible ». Même s'il est possible d'établir, dans l'abstrait, une distinction conceptuelle, la réalité fonctionnelle veut que, une fois le texte jugé illisible — que cette illisibilité ressorte d'un examen sommaire ou uniquement d'une analyse en profondeur —, le résultat demeure le même. Il serait vain de chercher à savoir si le texte est illisible *simpliciter* ou manifestement illisible; dans l'un et l'autre des cas, il ne peut être lu.

Il ne faut pas non plus perdre de vue les fondements théoriques et l'objectif ultime du contrôle judiciaire. Le contrôle judiciaire vise à maintenir l'ordre juridique normatif en s'assurant que les

decisions of administrative decision makers are both procedurally sound and substantively defensible. As McLachlin C.J. explained in *Dr. Q*, *supra*, at para. 21, the two touchstones of judicial review are legislative intent and the rule of law:

[In *Pushpanathan*,] Bastarache J. affirmed that “[t]he central inquiry in determining the standard of review exercisable by a court of law is the legislative intent of the statute creating the tribunal whose decision is being reviewed” (para. 26). However, this approach also gives due regard to “the consequences that flow from a grant of powers” (*Bibeault*, *supra*, at p. 1089) and, while safeguarding “[t]he role of the superior courts in maintaining the rule of law” (p. 1090), reinforces that this reviewing power should not be employed unnecessarily. In this way, the pragmatic and functional approach inquires into legislative intent, but does so against the backdrop of the courts’ constitutional duty to protect the rule of law.

In short, the role of a court in determining the standard of review is to be faithful to the intent of the legislature that empowered the administrative adjudicator to make the decision, as well as to the animating principle that, in a society governed by the rule of law, power is not to be exercised arbitrarily or capriciously.

As this Court has observed, the rule of law is a “highly textured expression, importing many things which are beyond the need of these reasons to explore but conveying, for example, a sense of orderliness, of subjection to known legal rules and of executive accountability to legal authority” (*Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at pp. 805-6). As the Court elaborated in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 71:

In the *Manitoba Language Rights Reference*, *supra*, at pp. 747-52, this Court outlined the elements of the rule of law. We emphasized, first, that the rule of law provides that the law is supreme over the acts of both government and private persons. There is, in short, one law for all. Second, we explained, at p. 749, that “the rule of law requires the creation and maintenance of an actual order of positive laws which preserves and embodies the more general principle of normative order”. . . . A third aspect of the rule of law is . . . that “the exercise of all public

décisions des tribunaux administratifs soient rendues conformément à la procédure établie et soient défendables quant au fond. Comme l’a expliqué le juge en chef McLachlin dans *Dr Q*, précité, par. 21, les deux fondements du contrôle judiciaire sont l’intention du législateur et la primauté du droit :

[Dans *Pushpanathan*,] [l]e juge Bastarache affirme que « [l]a détermination de la norme de contrôle que la cour de justice doit appliquer est centrée sur l’intention du législateur qui a créé le tribunal dont la décision est en cause » (par. 26). Cependant, cette méthode tient aussi dûment compte des « conséquences qui découlent d’un octroi de pouvoir » (*Bibeault*, p. 1089) et, tout en sauvegardant « [l]e rôle des cours supérieures dans le maintien de la légalité » (p. 1090), renforce le principe selon lequel il ne faut pas recourir sans nécessité à ce pouvoir de surveillance. La méthode pragmatique et fonctionnelle implique ainsi l’examen de l’intention du législateur, mais sur l’arrière-plan de l’obligation constitutionnelle des tribunaux de protéger la légalité.

En somme, la cour appelée à déterminer la norme de contrôle applicable doit rester fidèle à la volonté du législateur d’investir le tribunal administratif du pouvoir de rendre la décision. Elle doit en outre respecter le principe fondamental selon lequel, dans une société où prime le droit, le pouvoir ne doit pas être exercé de manière arbitraire.

Comme notre Cour l’a signalé, « la règle de droit » est une « expression haute en couleur qui, sans qu’il soit nécessaire d’en examiner ici les nombreuses implications, communique par exemple un sens de l’ordre, de la sujétion aux règles juridiques connues et de la responsabilité de l’exécutif devant l’autorité légale » (*Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 805-806). Notre Cour a développé sa pensée sur le sujet dans *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 71 :

Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, aux pp. 747 à 752, notre Cour a défini les éléments de la primauté du droit. Nous avons souligné en premier lieu la suprématie du droit sur les actes du gouvernement et des particuliers. En bref, il y a une seule loi pour tous. Deuxièmement, nous expliquons, à la p. 749, que « la primauté du droit exige la création et le maintien d’un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l’ordre normatif ». [. . .] Un troisième aspect de la primauté du droit

power must find its ultimate source in a legal rule". Put another way, the relationship between the state and the individual must be regulated by law. Taken together, these three considerations make up a principle of profound constitutional and political significance.

"At its most basic level", as the Court affirmed, at para. 70, "the rule of law vouchsafes to the citizens and residents of the country a stable, predictable and ordered society in which to conduct their affairs. It provides a shield for individuals from arbitrary state action."

130 Because arbitrary state action is not permissible, the exercise of power must be justifiable. As the Chief Justice has noted,

. . . societies governed by the Rule of Law are marked by a certain *ethos of justification*. In a democratic society, this may well be the general characteristic of the Rule of Law within which the more specific ideals . . . are subsumed. Where a society is marked by a culture of justification, an exercise of public power is only appropriate where it can be justified to citizens in terms of *rationality and fairness*.

(See the Honourable Madam Justice B. McLachlin, "The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law" (1998-1999), 12 *C.J.A.L.P.* 171, at p. 174 (emphasis in original); see also MacLauchlan, *supra*, at pp. 289-91.)

Judicial review on substantive grounds ensures that the decisions of administrative adjudicators are capable of rational justification; review on procedural grounds (i.e., does the decision meet the requirements of procedural fairness?) ensures that they are fair.

131 In recent years, this Court has recognized that both courts and administrative adjudicators have an important role to play in upholding and applying the rule of law. As Wilson J. outlined in *National Corn Growers*, *supra*, courts have come to accept that "statutory provisions often do not yield a single, uniquely correct interpretation" and that an expert administrative adjudicator may be "better equipped than a reviewing court to resolve the ambiguities and fill the voids in the statutory language" in a

[. . .] tient à ce que l'« exercice de tout pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d'une règle de droit ». En d'autres termes, les rapports entre l'État et les individus doivent être régis par le droit. Pris ensemble, ces trois volets forment un principe d'une profonde importance constitutionnelle et politique.

« À son niveau le plus élémentaire », notre Cour a-t-elle, ajouté, au par. 70, « le principe de la primauté du droit assure aux citoyens et résidents une société stable, prévisible et ordonnée où mener leurs activités. Elle fournit aux personnes un rempart contre l'arbitraire de l'État. »

Parce que l'État ne peut agir arbitrairement, l'exercice du pouvoir doit être justifiable. Comme la Juge en chef l'a fait observer :

[TRADUCTION] . . . les sociétés où prime le droit se caractérisent par une certaine *obligation de justification*. Dans une société démocratique, ce pourrait bien être la caractéristique générale de la primauté du droit dans laquelle sont subsumés les idéaux plus spécifiques. Dans une société caractérisée par une culture de la justification, l'exercice d'un pouvoir public n'est opportun que s'il peut être justifié aux yeux des citoyens sur les plans de la *rationalité et de l'équité*.

(Voir madame la juge B. McLachlin, « The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law » (1998-1999), 12 *C.J.A.L.P.* 171, p. 174 (en italique dans l'original); voir également MacLauchlan, *loc. cit.*, p. 289-291.)

Le contrôle judiciaire axé sur le fond vise à déterminer si la décision du tribunal administratif peut se justifier rationnellement, et celui axé sur la procédure (la décision satisfait-elle aux exigences de l'équité procédurale?), si elle est équitable.

Au cours des dernières années, notre Cour a reconnu que tant les cours de justice que les tribunaux administratifs ont un rôle important à jouer dans le maintien et l'application de la primauté du droit. Comme l'a souligné la juge Wilson dans *National Corn Growers*, précité, les cours de justice ont conclu que « souvent, les dispositions législatives ne se prêtent pas à une seule interprétation qui soit particulièrement juste » et qu'un tribunal administratif peut être « mieux en mesure que la cour

way that makes sense in the specialized context in which that adjudicator operates (p. 1336, citing J. M. Evans et al., *Administrative Law* (3rd ed. 1989), at p. 414). The interpretation and application of the law is thus no longer seen as exclusively the province of the courts. Administrative adjudicators play a vital and increasing role. As McLachlin J. helpfully put it in a recent speech on the roles of courts and administrative tribunals in maintaining the rule of law: "A culture of justification shifts the analysis from the institutions themselves to, more subtly, what those institutions are capable of doing for the rational advancement of civil society. The Rule of Law, in short, can speak in several voices so long as the resulting chorus echoes its underlying values of fairness and rationality" (McLachlin, *supra*, at p. 175).

In affirming the place for administrative adjudicators in the interpretation and application of the law, however, there is an important distinction that must be maintained: to say that the administrative state is a legitimate player in resolving legal disputes is properly to say that administrative adjudicators are capable (and perhaps more capable) of choosing among reasonable decisions. It is not to say that unreasonable decision making is a legitimate presence in the legal system. Is this not the effect of a standard of patent unreasonableness informed by an intermediate standard of reasonableness *simpliciter*?

On the assumption that we can distinguish effectively between an unreasonable and a patently unreasonable decision, there are situations where an unreasonable (i.e., irrational) decision must be allowed to stand. This would be the case where the standard of review is patent unreasonableness and the decision under review is unreasonable, but not patently so. As I have noted, I doubt that such an outcome could be reconciled with the intent of the legislature which, in theory, the pragmatic and functional analysis aims to reflect as faithfully as possible. As a matter of statutory interpretation, courts

chargée du contrôle de dissiper les ambiguïtés dans le texte d'une loi et d'en combler les lacunes » d'une manière judicieuse dans son domaine spécialisé (p. 1336, citant J. M. Evans et autres, *Administrative Law* (3^e éd. 1989), p. 414). L'interprétation et l'application du droit ne ressortissent donc plus uniquement aux cours de justice. Les tribunaux administratifs jouent un rôle vital, un rôle de plus en plus important. Comme la juge McLachlin l'a dit fort à-propos dans une récente allocution sur le rôle des cours de justice et des tribunaux administratifs dans le maintien de la primauté du droit : [TRADUCTION] « Une culture de la justification fait en sorte que l'analyse ne porte plus sur les institutions elles-mêmes, mais, plus subtilement, sur ce qu'elles sont en mesure de faire pour le progrès rationnel de la société civile. Bref, la primauté du droit peut s'exprimer par plusieurs voix, à condition que l'harmonie qui en résulte se fasse l'écho des valeurs d'équité et de rationalité qui la sous-tendent » (McLachlin, *loc. cit.*, p. 175).

En confirmant le rôle des tribunaux administratifs dans l'interprétation et l'application du droit, il convient cependant de rappeler une distinction importante : dire que l'Administration a un rôle légitime à jouer dans le règlement des litiges équivaut à affirmer que les tribunaux administratifs sont aptes (et peut-être plus aptes) à choisir entre plusieurs décisions raisonnables. Ce n'est pas conclure que le prononcé de décisions déraisonnables a place dans le système de justice. N'est-ce pas là l'effet de l'application d'une norme de la décision manifestement déraisonnable eu égard à une norme intermédiaire de la décision raisonnable *simpliciter*?

À supposer que l'on puisse effectivement distinguer entre une décision déraisonnable et une décision manifestement déraisonnable, il arrivera qu'une décision déraisonnable (c'est-à-dire irrationnelle) doive être maintenue. Ceci se produira si la norme de contrôle est celle du manifestement déraisonnable lorsque la décision contestée est déraisonnable, sans l'être manifestement. Je le répète, je doute qu'un tel résultat puisse être concilié avec l'intention du législateur, l'analyse pragmatique et fonctionnelle devant, en théorie, refléter le plus fidèlement possible cette volonté législative. En matière

132

13

should always be very hesitant to impute to the legislature any intent to let irrational administrative acts stand, absent the most unequivocal statement of such an intent (see *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at pp. 367-68). As a matter of theory, the constitutional principle of the primacy of the rule of law, which is an ever-present background principle of interpretation in this context, reinforces the point: if a court concludes that the legislature intended that there be no recourse from an irrational decision, it seems highly likely that the court has misconstrued the intent of the legislature.

134

Administrative law has developed considerably over the last 25 years since *CUPE*. This evolution, which reflects a strong sense of deference to administrative decision makers and an acknowledgment of the importance of their role, has given rise to some problems or concerns. It remains to be seen, in an appropriate case, what should be the solution to these difficulties. Should courts move to a two standard system of judicial review, correctness and a revised unified standard of reasonableness? Should we attempt to more clearly define the nature and scope of each standard or rethink their relationship and application? This is perhaps some of the work which lies ahead for courts, building on the developments of recent years as well as on the legal tradition which created the framework of the present law of judicial review.

III. Disposition

135

Subject to my comments in these reasons, I concur with Arbour J.'s disposition of the appeal.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Caley & Wray, Toronto.

Solicitors for the respondent the City of Toronto: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitor for the intervener: Attorney General of Ontario, Toronto.

d'interprétation législative, une cour de justice doit toujours être très réticente à imputer au législateur l'intention de laisser l'Administration accomplir un acte irrationnel, à moins que cette intention ne soit formulée sans aucune équivoque (voir *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), p. 367-368). Sur le plan théorique, le principe constitutionnel de la primauté du droit, un principe fondamental d'interprétation toujours applicable dans ce contexte, le confirme : lorsqu'une cour de justice conclut que le législateur a voulu qu'il n'existe aucun recours contre une décision irrational, il paraît très probable qu'elle a mal interprété l'intention du législateur.

Le droit administratif a connu un développement considérable au cours des 25 dernières années, soit depuis l'arrêt *SCFP*. Cette évolution, qui témoigne d'une grande déférence envers les décideurs administratifs et reflète l'importance de leur rôle, a soulevé certaines difficultés ou préoccupations. Il restera à examiner, dans une affaire qui s'y prête, la solution qu'il conviendrait d'apporter à ces difficultés. Les tribunaux devraient-ils passer à un système de contrôle judiciaire comportant deux normes, celle de la décision correcte et une norme révisée et unifiée de raisonnabilité? Devrions-nous tenter de définir plus clairement la nature et la portée de chaque norme ou repenser leur relation et leur application? Voilà peut-être une partie de la tâche qui attend les cours de justice : construire à partir de l'évolution récente tout en s'appuyant sur la tradition juridique qui a façonné le cadre des règles actuelles de droit en matière de contrôle judiciaire.

III. Dispositif

Sous réserve des observations formulées dans les présents motifs, je souscris au dispositif que la juge Arbour propose dans le présent pourvoi.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant : Caley & Wray, Toronto.

Procureurs de l'intimée la Ville de Toronto : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureur de l'intervenant : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

TAB D

Case Name:
EnerNorth Industries Inc. (Re)

IN THE MATTER OF EnerNorth Industries Inc.

[2009] O.J. No. 2815

2009 ONCA 536

254 O.A.C. 235

55 C.B.R. (5th) 1

96 O.R. (3d) 1

2009 CarswellOnt 3886

179 A.C.W.S. (3d) 44

Dockets: C49062, C49072

Ontario Court of Appeal
Toronto, Ontario

J.M. Simmons, R.A. Blair and R.G. Juriansz JJ.A.

Heard: January 28, 2009.

Judgment: July 3, 2009.

(77 paras.)

Bankruptcy and insolvency law -- Creditors and claims -- Claims -- Valuation -- Deductions or set-off -- Appeal by creditors of the bankrupt EnerNorth Industries from decision dismissing their motion to challenge the validity of proof of claim filed by Oakwell Engineering dismissed -- Oakwell's claim pertained to its Singapore judgment obtained against bankrupt prior to bankruptcy for monies owing under a settlement agreement -- Appellants argued they had an unqualified right to challenge Oakwell's proof of claim -- No unqualified right under s. 135(5) of Bankruptcy and Insolvency Act to challenge validity of a judgment debt that was based on a decision of a court of competent jurisdiction -- Bankruptcy and Insolvency Act, s. 135(5).

Civil litigation -- Civil proceedings -- Estoppel -- Estoppel by record (res judicata) -- Issue estoppel -- Appeal by creditors of the bankrupt EnerNorth Industries from decision dismissing their motion to challenge the validity of proof of claim filed by Oakwell Engineering dismissed -- Oakwell's claim pertained to a Singapore judgment obtained against bankrupt prior to bankruptcy for monies owing under a settlement agreement -- Appellants argued Oakwell obtained same payments allegedly owing under settlement agreement under a subsequent licence agreement between Oakwell and a third party -- Issues raised by appellants had been determined in Singapore judgment and were res judicata.

Appeal by creditors of the bankrupt EnerNorth Industries from a decision dismissing their motion for an order entitling them to challenge and determine the validity of the proof of claim filed by Oakwell Engineering. The motion was dismissed on the basis of res judicata and issue estoppel. The motions judge held that the issues raised by the appellants had already been determined in a Singapore judgment rendered prior to EnerNorth's bankruptcy. EnerNorth and Oakwell were parties to a joint venture agreement concerning the construction of two power plants in India. Various disputes arose between the parties. Pursuant to a settlement agreement, EnerNorth agreed to buy out Oakwell's interest in the Project Company. EnerNorth failed to fulfill its financial obligations under the settlement agreement. It had sold the Project Company to the VCB Group. Oakwell then entered into a licence agreement with VCB pursuant to which the Project Company was to pay Oakwell technical fees in acknowledgement of the technical services and know-how provided by Oakwell and for the granting of a certain licences. Oakwell sued EnerNorth in Singapore to recover the outstanding amounts under the settlement agreement. EnerNorth defended the suit arguing that the licence agreement was a sham and that payments made under it were simply camouflaged substitutions for the very payments Oakwell was alleging EnerNorth owed it under the settlement agreement. Oakwell succeeded in the Singapore proceedings. The appeal from the judgment was dismissed. Oakwell's claim in the bankruptcy was based entirely upon the Singapore judgment. The appellants argued that they had an unqualified right to challenge Oakwell's proof of claim. They argued that Oakwell's proof of claim represented an attempt to double collect sums it had received under the licence agreement.

HELD: Appeal dismissed. There was no basis for holding that an applicant pursuant to s. 135(5) of the Bankruptcy and Insolvency Act should have an unqualified right to challenge the validity of a judgment debt that was based on a decision of a court of competent jurisdiction on the merits of the claim, or that res judicata should not apply in such circumstances. In the absence of fraud, collusion, or some legitimate concern that there had been a genuine miscarriage of justice, a judgment of a court of competent jurisdiction should almost invariably satisfy a trustee or a court regarding the legitimacy of a claim under s. 135 if, in awarding the judgment, the court had considered the merits of the claim. Res judicata applied to preclude the appellants from asserting in the bankruptcy proceedings that monies received by Oakwell under the licence agreement, post-Singapore judgment, were to be set-off against monies owing by EnerNorth to Oakwell on the judgment for breach of the settlement agreement. The appellants were all privies of EnerNorth for the purposes of the s. 135 hearing analysis. They were identified with EnerNorth for purposes of the comparison between the Singapore proceedings and the proposed s. 135(5) hearing, and there was a community or privity of interest between them in this regard. As creditors, they had a sufficient degree of identification with EnerNorth's claim in the Singapore proceedings to make it just to hold that the decision to which

one was a party should be binding in proceedings to which the other was a party. The mitigation/set-off issue was determined in the Singapore proceedings.

Statutes, Regulations and Rules Cited:

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 135(1), s. 135(2), s. 135(3), s. 135(4), s. 135(5), s. 193

Appeal From:

On appeal from the order of Justice Colin L. Campbell of the Superior Court of Justice dated June 25, 2008 with reasons reported at 92 O.R. (3d) 392, [2008] O.J. No. 3137.

Counsel:

Douglas G. Garbig, for the appellants, Fieldstone Traders Limited, Milton Klyman, Hagen Gocht, 1420041 Ontario Inc., Trigél Energy Inc., Reid Hill Enterprises Ltd., Richard Barrer, Hurricane Management Ltd., and Les's Mechanical Service Ltd.

Paul D. Guy, for the appellants, Sandra J. Hall and James C. Cassina.

Matthew I. Milne-Smith and Shelby Z. Austin, for the respondent, Oakwell Engineering Limited.

The judgment of the Court was delivered by

R.A. BLAIR J.A.:--

I. OVERVIEW

1 EnerNorth Industries Inc. is bankrupt. Its various creditors are squabbling amongst themselves over the amount owing to one of them, Oakwell Engineering Limited. To sort this out, the appellant creditors sought to obtain an order under s. 135(5) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (the "*BIA*"), entitling them to challenge and determine the validity of the proof of claim filed by Oakwell. That proof of claim is founded upon a judgment rendered in Singapore prior to EnerNorth's assignment in bankruptcy.

2 Justice Colin Campbell dismissed the creditors' motion on *res judicata* and issue estoppel grounds, holding that the very issue they wished to have determined had already been decided in the proceedings before the courts in Singapore. In my view, he was correct in arriving at this conclusion, and I would dismiss the appeal for the reasons that follow.

II. FACTS

The Genesis of the Problem

3 EnerNorth and Oakwell were parties to a joint venture agreement concerning the construction and operation of two power plants in the State of Andhra Pradesh in India. They incorporated a company (the "Project Company") to finance, construct and operate the Project. EnerNorth held an 87.5% interest, and Oakwell a 12.5% interest, in the Project Company.

4 The Project did not develop according to plan and various disputes arose between the parties. The disputes were ultimately resolved in December 1998, by way of a Settlement Agreement in which EnerNorth agreed to buy out Oakwell's interest in the Project Company. In exchange, EnerNorth was to pay Oakwell:

- (1) 1.85 million EnerNorth shares, in lieu of payment of approximately US\$3 million;
- (2) US\$2.79 million, payable within 30 days after successful financing of the Project ("Financial Closure"); and
- (3) a royalty equivalent to 6.25% of the actual cash flow of the Project Company for the first five years of its commercial operation, according to a formula set out in the Settlement Agreement.

5 Under the Settlement Agreement, both parties agreed to do all things necessary to give effect to the agreement. They also agreed that any disputes would be governed by Singapore law and subject to the non-exclusive jurisdiction of the Singapore courts.

6 EnerNorth did not achieve Financial Closure. Although it transferred the 1.85 million shares to Oakwell, it never paid Oakwell either the \$2.79 million or the 6.25% annual royalty.

7 EnerNorth's inability to realize Financial Closure and to make the payments under the Settlement Agreement was attributable to the fact that EnerNorth - perhaps in recognition of its inability to complete the Project - sold *its* interest in the Project Company (including the newly-acquired Oakwell portion) to another group of companies known as The VBC Group, in August 2000. I will refer to the August 2000 Agreement between EnerNorth and the VBC Group as "the VBC Agreement". Although Oakwell had been aware of VBC's interest in the Project, it was initially unaware of the VBC Agreement. When it discovered what had occurred, it protested to VBC and entered into negotiations with VBC directly, arguing that EnerNorth and VBC were not entitled to exclude it completely from the Project under Indian law because of its position as Original Promoter of the Project.

8 These negotiations led to a series of agreements between Oakwell and the VBC Group (including the Project Company) on July 4, 2001. Principal amongst these was a Technology Transfer, Collaboration and Licence Agreement ("the Licence Agreement") pursuant to which the Project Company was to pay Oakwell "technical fees" totalling US\$6 million "in acknowledgement of the technical services and know-how provided and to be provided by [Oakwell] since 1995" and for the granting of a certain licence. Of the \$6 million, \$2 million was to become payable on registration of the Licence Agreement with the Reserve Bank of India. The other \$4 million was payable in respect of technical services in the event they were required after signing the Licence Agreement.

9 It is the payments made, or to be made, under this Licence Agreement, and how they were treated before the Singapore courts, that provide the grist for the dispute on this appeal.

10 In August 2002, Oakwell sued EnerNorth in Singapore to recover the outstanding amounts under the Settlement Agreement, and other damages for the breach of the Settlement Agreement. EnerNorth defended the suit arguing, in part, that the Licence Agreement was a sham and that payments made under it were simply camouflaged substitutions for the very payments Oakwell was alleging EnerNorth owed it under the Settlement Agreement. They submitted, for example, that the \$2 million payment paralleled the \$2.79 million called for on Financial Closure under the Settle-

ment Agreement, less credit for a payment of US\$790,000 made by EnerNorth to the order of Oakwell in July 1999 to discharge certain debts owing by Oakwell to various third parties in India. The remaining \$4 million was to satisfy the royalty obligation under the Settlement Agreement.

11 Before this Court, Oakwell insists that any payments received, or to be received, by it under the Licence Agreement are separate and apart from its claim against EnerNorth arising out of the Settlement Agreement and that this issue has already been determined in its favour in the Singapore proceedings. The appellants - EnerNorth's creditors - argue here that the Singapore proceedings are not dispositive. As EnerNorth did in the Singapore proceedings, they assert that any payments received by Oakwell as a result of the Licence Agreement are, in effect, a substitute for the Settlement Agreement payments, and must therefore be deducted from any amounts owing by EnerNorth to Oakwell in relation to the Settlement Agreement; in the result, there would be more money to be distributed amongst the appellant creditors.

12 Before returning to this debate, I turn briefly to a history of the legal proceedings between EnerNorth and Oakwell, and a history of the bankruptcy proceedings involving the appellant creditors.

The Singapore Action

13 Oakwell succeeded in the Singapore proceedings. On October 16, 2003, the Singapore High Court rendered judgment in its favour and dismissed EnerNorth's counterclaim.

The Trial Proceedings

14 In the Singapore proceedings, Oakwell alleged that EnerNorth had (i) breached its obligation under the Settlement Agreement to achieve Financial Closure, and (ii) repudiated the Settlement Agreement by entering into the VBC Agreement. It claimed damages of US\$2.79 million, representing the sum due on Financial Closure (less credit for two offset amounts discussed below), and damages for loss of the 6.25% annual royalty fees. These issues were all determined in Oakwell's favour: *Oakwell Engineering Limited v. Energy Power Systems Limited*, [2003] SGHC 241.

15 EnerNorth's defence - as set out in its pleadings and in its opening and closing submissions at trial - was to argue:

- (a) that the Settlement Agreement had been frustrated as a result of a reduction in tariffs imposed by the Indian Government and reducing the amounts payable to the Project Company, thus rendering Financial Closure impossible and the performance of the Project economically non-viable;
- (b) if the Settlement Agreement had not been frustrated, that EnerNorth had not breached or repudiated it; and that,
- (c) even if EnerNorth had breached or repudiated the Settlement Agreement, Oakwell had suffered no damages because Oakwell had mitigated its losses by entering into the Licence Agreement with VBC - any past or future payments received from VBC under the Licence Agreement would have to be set-off against any payments payable by EnerNorth under the Settlement Agreement (the "mitigation/set-off issue").

16 In addition, EnerNorth counterclaimed that Oakwell had breached the Settlement Agreement by entering into the Licence Agreement with VBC, in effect selling the same interest in the Project

to VBC that was to be relinquished to EnerNorth as part of the Settlement Agreement. Accordingly, EnerNorth sought an order requiring Oakwell to disgorge any and all "shares, monies or other benefits" received, or to be received in the future, under the Licence Agreement.

17 With the exception of two voluntary credits offered by Oakwell, the Singapore trial judge rejected EnerNorth's defences in their entirety and dismissed its counterclaim. The first voluntary reduction consisted of the US\$790,000 payment referred to above. The second - which takes on some significance for the purposes of this appeal - was a payment of US\$350,000 made by VBC to Oakwell under the Licence Agreement prior to the commencement of the Singapore action. Oakwell conceded that both of these amounts should be credited to EnerNorth in the proceedings.

18 The trial judge ordered that EnerNorth pay to Oakwell:

- (1) US\$2.79 million (less the sums of US\$790,000 and US\$350,000) in relation to the failure to achieve Financial Closure; and
- (2) US\$2,560,210 in damages in respect of the 6.25% annual royalty under the Settlement Agreement.

19 He also ordered that EnerNorth's counterclaim be dismissed.

The Singapore Appeal

20 EnerNorth unsuccessfully argued the same issues in its appeal before the Singapore Court of Appeal, including the mitigation/set-off issue. In its written appeal case brief, it contended that, "If [EnerNorth] did repudiate the Settlement Agreement on or before 10 August 2000, Oakwell mitigated its losses." The appeal case argued:

One of [the] ways that Oakwell agreed to receive the Royalty under ... the Settlement Agreement was by entering into an agreement directly with the Project Company [i.e., the Licence Agreement with VBC] whereby the company would pay Oakwell "as technical or consultancy fees" an amount equal to the Royalty. One of the agreements Oakwell entered into on 4 July 2001 was an agreement with the Project Company whereby Oakwell would receive a lump sum as a "Technical Fee". *Accordingly, Oakwell contracted directly with the Project Company for the very thing it had agreed to accept from the Project Company under the Settlement Agreement.*

Therefore, even if [EnerNorth] had breached the Settlement Agreement on 10 August 2000, in respect of the Royalty, Oakwell had *fully mitigated its losses by directly entering into the very contract with the Project Company that under the Settlement Agreement it had agreed to accept as payment for the Royalty.*

...

Oakwell, in other words, had a duty to mitigate its (claimed) losses arising out of [EnerNorth's] repudiation of the Settlement Agreement (if indeed that is what [EnerNorth] did) and Oakwell did in fact mitigate its losses by conveying the interests it had relinquished to [EnerNorth] under the Settlement Agreement to VBC for valuable consideration. *Therefore, the Court erred by awarding dam-*

ages to Oakwell in these circumstances and in effect gave Oakwell double recovery.

[Emphasis added.]

21 The appeal was dismissed, without reasons: *Oakwell Engineering Limited v. Energy Power Systems Limited* (27 April 2004), CA129/2003/Y (Sing. C.A.).

The Ontario Enforcement Proceedings

22 EnerNorth did not pay the Singapore judgment, and as a result, Oakwell commenced enforcement proceedings in Ontario. EnerNorth opposed enforcement principally on the basis that the Singapore proceedings were biased and unfair.

23 One of the bases advanced in support of this argument was that the judgment permitted double recovery since Oakwell was allowed to retain the remaining US\$1,650,000 of the \$2 million to be paid to it by VBC under the Licence Agreement (after credit of \$350,000) without having to deduct that amount from the damages awarded. As Mr. Cassina - the then Chairman of EnerNorth - said in an affidavit, "Oakwell, in effect, got to have its cake and eat it too" at the expense of EnerNorth.

24 Justice Day rejected EnerNorth's arguments and ordered that the Singapore judgment be enforced in full: *Oakwell Engineering Ltd. v. Enernorth Industries Inc.* (2005), 76 O.R. (3d) 528 (S.C.). His decision was upheld in this Court: (2006), 81 O.R. (3d) 288. Leave to appeal to the Supreme Court of Canada was sought but denied on January 18, 2007.

25 On March 20, 2007, EnerNorth filed an assignment in bankruptcy. RSM Richter Inc. ("Richter") was appointed trustee in bankruptcy the following day.

The Bankruptcy Proceedings

26 Oakwell's claim in the bankruptcy is for CDN\$6,807,130.43. It is based entirely upon the Singapore judgment, plus interest and costs.

27 The appellants, Ms. Hall and Mr. Cassina, are minor creditors of EnerNorth. They are its former President and Chairman, respectively. Ms. Hall has filed a proof of claim in the amount of \$20,142.38, for outstanding salary, vacation pay and directors' fees. Mr. Cassina's claim is for \$73,222.06 for outstanding consulting and directors' fees.

28 At the first meeting of creditors, Ms. Hall raised the issue of whether Oakwell's claim should be reduced by a further US\$1,650,000 allegedly received from VBC under the Licence Agreement following the date of the Singapore judgment. The other unsecured creditors - whom I shall call the appellant group of creditors - took up the cause along with her. While Oakwell does not specifically concede that it has received the additional funds, it accepts that these proceedings should be decided on the basis that it has.

29 Richter made enquiries about these allegations, and concluded that it had not been provided with any confirmable information that would warrant reducing Oakwell's proof of claim. Accordingly, it proposed to admit Oakwell's proof of claim in full.

30 Ms. Hall and Mr. Cassina moved before the Bankruptcy Court for an order pursuant to s. 135(5) of the *BIA* challenging the proof of claim filed by Oakwell. They were supported by a companion motion filed on behalf of the appellant group of creditors. Oakwell brought a cross-motion

to dismiss these motions on the ground that the issue of whether the Licence Agreement payments had to be set-off against any payments made to Oakwell under the Settlement Agreement had already been finally determined in the Singapore proceedings.

31 Justice Campbell granted the cross-motion, and dismissed the appellants' motion. The appeal is from that order.

III. ANALYSIS

The Motion to Quash

32 Oakwell moved to quash the appeals on the ground that leave to appeal is required under s. 193 of the BIA and leave had not been sought.

33 Section 193 states:

Unless otherwise expressly provided, an appeal lies to the Court of Appeal from any order or decision of a judge of the court in the following cases:

- a) if the point at issue involves future rights;
- b) if the order or decision is likely to affect other cases of a similar nature in the bankruptcy proceedings;
- c) if the property involved in the appeal exceeds in value ten thousand dollars;
- d) from the grant of or refusal to grant a discharge if the aggregate unpaid claims exceed five hundred dollars; and
- e) in any other case by leave of a judge of the Court of Appeal.

34 We dismissed the motion to quash after argument of the motion. Given the reach of the appellants' position that s. 135(5) applicants have an "unqualified right" to attack the validity of any judgment issued by a court of competent jurisdiction in a hearing under that section, the implications of the appeal are widespread and the order or decision is likely to affect other cases of a similar nature in the bankruptcy proceedings: s. 193(b). Even if that were not the case, however, we were satisfied that the property involved in the appeal exceeds \$10,000 in value. The test for the value of property involved in the appeal is the amount of the loss or gain which the granting or refusal of the claimed right would entail: *Orpen v. Roberts*, [1925] S.C.R. 364, at p. 367; *Fallis v. United Fuel Investments Limited*, [1962] S.C.R. 771, at p. 774. Here, the loss or gain to Oakwell or to the creditors, in terms of the quantum of Oakwell's claim in the bankruptcy, is in the millions of dollars.

The Issues on the Appeal

35 The appellants raise three issues on the appeal:

- (1) Do the appellants, as creditors, have "an unqualified right" under s. 135(5) of the BIA to challenge Oakwell's proof of claim?
- (2) Does the existence of a judgment granted against a bankrupt prior to bankruptcy displace the ability of creditors under s. 135(5) to challenge a proof of claim filed on the basis of that judgment?

- (3) If a s. 135(5) hearing could be denied on the basis of the doctrine of *res judicata*, does *res judicata* or issue estoppel apply in the circumstances of this case?

Issues 1 & 2: The Right to Challenge a Proof of Claim and Go Behind a Valid Judgment under s. 135(5) of the BIA is Not "Unqualified"

36 I shall deal with the first and second issues together.

37 Section 135 of the *BIA* deals with a trustee's examination, acceptance or disallowance of proofs of claim filed by creditors in bankruptcy proceedings. Subsection 135(1) provides that the trustee is to examine proofs of claim or of security and the grounds therefore and "may require further evidence in support of the claim or security." Subsection 135(2) deals with the right of the trustee to disallow a claim, and subsections 135(3) and (4) provide for notice of that determination and for finality and conclusiveness of that decision subject to an appeal from the trustee's decision. Subsection 135(5) states:

Expunge or reduce a proof

135(5) The court may expunge or reduce a proof of claim or a proof of security on the application of a creditor or of the debtor if the trustee declines to interfere in the matter.

38 The appellants' argument that they have "an unqualified right" to challenge Oakwell's proof of claim under s. 135(5) is based on the unsupported theory that the *only* precondition to a creditor being entitled to a hearing under s. 135(5) is that the trustee must have declined to interfere in the matter. I do not read the provision in such a restricted manner. Their premise that the Singapore judgment cannot "displace" their "unqualified" right, is founded on quite old English authority which - if it ever stood for the proposition advanced - should no longer be followed, in my view.

39 In the first of these decisions, *Re Fraser; Ex parte Central Bank of London*, [1892] 2 Q.B. 633 (C.A.), at pp. 635-637, Lord Esher M.R. said:

As a matter of law the judgment, therefore, stands as a good judgment against John Fraser, and it cannot be questioned by him in any Court, except the Court of Bankruptcy. ... The mere fact that there is a judgment for the debt does not prevent the registrar from saying that there is no good petitioning creditor's debt. The Court of Bankruptcy can go behind the judgment, and can inquire whether, notwithstanding the judgment, there was a good debt. In so doing, the Court of Bankruptcy does not set aside the judgment. If I may use the expression, the Court goes round the judgment, and inquires into the subject-matter. ... The existence of the judgment is no doubt *prima facie* evidence of a debt; but still the Court of Bankruptcy is entitled to inquire whether there really is a debt due to the petitioning creditor.

40 Lord Justice Kay concurred, at pp. 637-638, saying:

It is old law in bankruptcy that, neither upon an attempt to prove a debt, nor upon a petition for an adjudication of bankruptcy or a receiving order against a debtor,

is a judgment against him for the debt conclusive. ... Can this judgment be treated as conclusive in bankruptcy because the debtor has unsuccessfully attempted to set it aside? I think not, and I cannot see how the matter is any more *res judicata* because there has been an unsuccessful appeal to this Court. I agree in all that the Master of the Rolls has said on this point.

41 Later, in *Re Van Laun; Ex parte Chatterton*, [1907] 2 K.B. 23 (C.A.), Cozens-Hardy M.R. adopted a similar approach. At p. 29, he said:

[I]f a judgment had been obtained upon the covenant, it is competent and it is the duty of the Court of Bankruptcy to go behind the judgment, to open the judgment and to say, "That is the judgment, but the creditor can only prove for the amount which is justly and truly due upon it."

42 In language adopted by the Master of the Rolls, the trial judge in *Re Van Laun* had said, at [1907] 1 K.B. 155, at pp. 162-163:

The trustee's right and duty when examining a proof for the purpose of admitting or rejecting it is to require some satisfactory evidence that the debt on which the proof is founded is a real debt. No judgment recovered against the bankrupt, no covenant given by or account stated with him, can deprive the trustee of this right. He is entitled to go behind such forms to get at the truth, and the estoppel to which the bankrupt may have subjected himself will not prevail against him.

43 While I accept the first statement of Cozens-Hardy M.R. cited above, with respect to those eminent jurists, I disagree with the balance of their sweeping statements. They cast the net of the trustee's ability to assess a proof of claim based upon the judgment of a court of competent jurisdiction, and the court's ability to expunge or reduce such a proof, too broadly.

44 Lord Esher M.R., himself, suggested as much in an earlier decision, *Re Flateau; Ex parte Scotch Whisky Distillers, Limited*, [1888] 22 Q.B. 83 (C.A.), at p. 85. In that case, the bankruptcy was based upon a judgment debt which was under appeal. The registrar in bankruptcy refused to adjourn the bankruptcy petition pending the outcome of the appeal. His decision was affirmed by the Court of Appeal. On the issue of the right to re-try the issues in Bankruptcy Court, Lord Esher M.R. said, on that occasion (at p. 85):

It is not necessary now to repeat that, when an issue has been determined in any other court, if evidence is brought before the Court of Bankruptcy of circumstances tending to shew that there has been fraud, or collusion, or miscarriage of justice, the Court of Bankruptcy has power to go behind the judgment and to inquire into the validity of the debt. *But that the Court of Bankruptcy is bound in every case as a matter of course to go behind a judgment is a preposterous proposition.* [Emphasis added.]

45 In the same decision, Lopes L.J. was equally succinct, at p. 87:

It has been argued that the registrar was bound to hear evidence upon issues *which had been already tried* by a judge and jury, and that he had no discretion in the matter. In my opinion such a contention cannot be for a moment main-

tained. Proceedings in bankruptcy are already scandalously long; if this contention were well founded they would be almost interminable. [Emphasis added.]

46 In other decisions, English authorities have distinguished *Re Fraser* and its progeny on the basis that it involved a default judgment where there had been no determination of the claim on the merits: see e.g. *Re a Debtor* (1915), 113 Law Times 704 (K.B.), at p. 705. I note as well, that *Re Van Laun* involved a default judgment.

47 In *Re Canada Asian Centre Developments Inc.* (2003), 39 C.B.R. (4th) 35 (B.C.S.C.), at para. 26, Burnyeat J. drew the same distinction, noting that the comments of Cozens-Hardy M.R. in *Re Van Laun* were obiter. Lord Justice Fry made the point in *Re Flateau*, at p. 86, as well:

It is true that in some cases the Court of Bankruptcy has gone behind a judgment, when it has been obtained by fraud, collusion, or mistake. But this power has never, so far as I am aware, been extended to cases in which a judgment has been obtained after issues have been tried out before a Court.

48 I see no basis for holding that an applicant pursuant to s. 135(5) of the *BIA* should have "an unqualified" right to challenge the validity of a judgment debt that is based on a decision of a court of competent jurisdiction on the merits of the claim or that *res judicata* should not apply, where appropriate, in such circumstances. Take, for example, the case of a debtor with \$10 million in assets and judgment debts spread amongst five creditors of \$5 million each. Suppose that each \$5 million judgment debt resulted from lengthy and costly litigation from trial, through intermediate appeal to the Supreme Court of Canada and that the debtor has failed at each stage. As EnerNorth did here, the debtor makes an assignment in bankruptcy following its last loss in the highest court. It surely contravenes every imaginable principle of judicial economy, finality and fairness to say that the Bankruptcy Court can now, indiscriminately, re-open each hotly contested dispute in order to satisfy itself, in its own mind, that "there really is a debt due to the ... creditor" (*Re Fraser*) or that "the debt on which the proof is founded is a real debt" (*Van Laun*). I do not accept such a proposition.

49 I agree that the trustee's power to allow or disallow a proof of claim, and the court's power to expunge or reduce it on an application under s. 135(5) of the *BIA* is wide. However, to say that the attacking creditor or debtor has an "unqualified" right to challenge the proof of claim where the claim is based upon a valid and enforceable judgment that is no longer subject to appeal is going too far. The appellant's submission goes beyond the proposition that a judgment creditor is precluded from making a "double recovery", that is, that the Bankruptcy Court may examine whether the amount claimed in the proof of claim is the true amount remaining to be paid under the judgment. The Bankruptcy Court may make such an enquiry. But, in the absence of fraud, collusion or some legitimate concern that there has been a genuine miscarriage of justice, a judgment of a court of competent jurisdiction should almost invariably satisfy a trustee or a court regarding the legitimacy of a claim under s. 135 if, in awarding the judgment, the court has considered the merits of the claim: see *Re Canada Asian Centre Developments Inc.*, as cited in Lloyd W. Houlden, Geoffrey B. Morawetz and Janis P. Sarra, *The 2009 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act* (Toronto: Thomson Carswell, 2008), at Gs.67.1.

Issue 3: The Doctrine of *Res Judicata* Applies in This Case

50 The central issue on this appeal is whether Ms. Hall, Mr. Cassina, and the appellant group of creditors are precluded by the doctrine of *res judicata* from advancing their contention that Oak-

well's proof of claim must be expunged or reduced by reason of the mitigation/set-off issue. Like the application judge, I have concluded that they are.

51 As the application judge noted, the appellants' essential submission is that Oakwell's proof of claim, based on the Singapore judgment, represents an attempt by Oakwell to "double collect" to the extent of sums it has received under the Licence Agreement. Regardless of the validity of the judgment, double recovery is not permitted. However, that very issue has already been determined against the interests of EnerNorth in the Singapore proceedings, in my view.

The Standard of Review

52 Whether *res judicata* applies is a question of law. What is determined in a legal proceeding and whether *res judicata* applies in the circumstances are essentially legal decisions, attracting little, if any, deference. The standard of review on this issue is therefore correctness.

The Doctrine of Res Judicata & its Application in Bankruptcy Proceedings

53 The doctrine of *res judicata* is a common law doctrine that prevents the re-litigation of issues already decided. It is founded on two central policy concerns: finality (it is in the interest of the public that an end be put to litigation); and fairness (no one should be twice vexed by the same cause). The doctrine is part of the general law of estoppel and is said to have two central branches, namely, "cause of action estoppel" and "issue estoppel."

54 Cause of action estoppel refers to the determination of the cause or causes of action before the court. The applicable form of *res judicata* in this case, however, is issue estoppel. Issue estoppel prevents a litigant from re-litigating an issue that has been clearly decided by a court of competent jurisdiction in a previous proceeding between the same parties or their privies even if the new litigation involves a different cause of action. As the Supreme Court of Canada observed in *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460, at para. 18:

An issue, once decided, should not generally be re-litigated to the benefit of the losing party and the harassment of the winner. A person should only be vexed once in the same cause. Duplicative litigation, potential inconsistent results, undue costs, and inconclusive proceedings are to be avoided.

55 Canadian authorities confirm that *res judicata* may apply in bankruptcy proceedings, including those involving the establishment of a proof of claim. In *Chaban v. Chaban (Trustee of)* (1999), 172 D.L.R. (4th) 312, the Saskatchewan Court of Appeal held that a trustee in bankruptcy was not permitted to resort to its power under s. 135(2) to disallow a claim (by the debtor's father/mortgagee) that had already been determined in the father's favour in previous proceedings. Speaking for the Court, Chief Justice Bayda said, at para. 31:

Section 135(2) is an empowering provision. *But the power vested in the trustee is not absolute.* ... In my respectful view, the power cannot be invoked where to do so results in the reliance upon a procedure that conflicts with the procedure prescribed by a subsisting order of a superior court. *Parliament did not intend s. 135(2) to be used by a trustee in those cases where to do so would amount to a collateral attack upon a subsisting order of a superior court or where it would amount to something akin to an abuse of process.*

[Emphasis added.]

56 A Bankruptcy Court, acting under s. 135(5), is in no different a position than a trustee in bankruptcy in such circumstances.

57 Other Canadian decisions have also held that *res judicata* applies in bankruptcy proceedings. In *Re Arngo Business Services Ltd.* (1983), 38 C.P.C. 226 (Ont. H.C.J.), for example, judgment creditors petitioned for a receiving order and the debtor defended on the basis that the judgment underlying the claim that he was bankrupt should be set aside. Gray J. refused, holding (amongst other things) that "the principle of *res judicata* can be raised as a bar to a subsequent bankruptcy proceeding" (p. 235). If *res judicata* may be raised as a bar to the bankruptcy proceeding itself, it can be raised - where appropriate - in answer to a plea that a proof of claim should be disallowed, expunged, or reduced: see also *Gibson Mining Co. v. Hartin*, [1940] 2 D.L.R. 605 (B.C.C.A.); *Re Grossman* (1998), 222 A.R. 139 (Q.B.).

The Mitigation/Set-Off Issue is *Res Judicata*

58 Here, the question is whether *res judicata* applies to preclude the appellants from asserting in the bankruptcy proceedings that monies received by Oakwell under the Licence Agreement, post-Singapore judgment, are to be set-off against monies owing by EnerNorth to Oakwell on the judgment awarding damages for breach of the Settlement Agreement, thus reducing or eliminating the Oakwell proof of claim in the bankruptcy. For that to be the case, the same issue must have been decided by a court of competent jurisdiction in a prior proceeding involving the same parties or their privies. The decision must have been final, fundamental in the sense that it was not collateral to the first proceeding, and made on the merits: see *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] A.C. 853 (H.L.), at p. 935; *Angle v. Canada (Minister of National Revenue)*, [1975] 2 S.C.R. 248, at pp. 254-255; *Banque Nationale de Paris (Canada) v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2001), 52 O.R. (3d) 161 (C.A.), at para. 16.

59 Two of these requirements call for consideration. First, did the Singapore proceedings involve the same parties (*or their privies*) as the proposed s. 135 proceedings? Secondly, was the mitigation/set-off issue determined in those earlier proceedings? The other criteria are not at issue on this appeal.

(i) *Whether the Singapore proceedings involved the same parties or their privies*

60 For *res judicata* or issue estoppel to apply, the previous proceedings must have involved the same parties or their privies. Although Ms. Hall and Mr. Cassina were the President and Chairman of EnerNorth, respectively, at the time of the Singapore proceedings - indeed, Mr. Cassina was a witness for EnerNorth in the proceedings - the appellant group of creditors argues that its members were in no way involved, nor could they have been. One of the criteria for the application of *res judicata* has accordingly not been met, they say.

61 I do not accept this argument. While there is little authority directly on point, I am satisfied that Ms. Hall, Mr. Cassina, and the appellant group of creditors are all "privies" of EnerNorth for the purposes of the s. 135 hearing analysis. As officers of EnerNorth, Ms. Hall and Mr. Cassina

were clearly aligned with its interests in the Singapore proceedings, and in the present context continue to be so. It is clear that directors and officers may be considered the privies of their companies: see, for example, Donald J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 2d ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada Inc., 2001), at p. 79, citing *Bank of Montreal v. Maple City Ford Sales (1986) Ltd.* (2001), 51 O.R. (3d) 523 (S.C.). In the latter case, Gillese J. (as she then was) noted that to the extent that the former directors and a creditor of the bankrupt "come to this court to advance the claims of [the bankrupt] they are a privy" (p. 525).

62 Gillese J. went on to observe, at p. 526, that:

Privies within the context of the doctrine of *res judicata* means a situation where there is a sufficient degree of identification between two persons to make it just to hold that the decision to which one was a party should be binding in the proceedings to which the other is a party.¹

63 The appellant creditors as a class fall within this description. For purposes of the bankruptcy proceedings, the Trustee stands in the shoes of EnerNorth, and for purposes of the proposed s. 135(5) hearing, the creditors in effect stand in the shoes of the Trustee, because they seek to have the court do what the Trustee has declined to do. They are "identified" with EnerNorth for purposes of the comparison between the Singapore proceedings and the proposed s. 135(5) hearing, and there is a "community or privity of interest" between them in this regard: see George Spencer-Bower and Alexander Kingcome Turner, *The Doctrine of Res Judicata*, 2d ed. (London: Butterworths, 1969), at p. 209. The appellants are only entitled to argue that Oakwell's proof of claim should be expunged or reduced if EnerNorth is entitled to make the mitigation/set-off claim. As creditors, therefore, they have "a sufficient degree of identification" with EnerNorth's claim in the Singapore proceedings "to make it just to hold that the decision to which one was a party should be binding in proceedings to which the other is a party": *Bank of Montreal v. Maple City Ford Sales (1986) Ltd.*

64 I conclude, therefore, that Ms. Hall, Mr. Cassina, and the appellant group of creditors are all "privies" of EnerNorth for purposes of the *res judicata* analysis in the s. 135(5) context.

(ii) *Whether the mitigation/set-off issue was determined in the Singapore proceedings*

65 The application judge concluded, at para. 22, that the appellants "seek to litigate precisely the issue that was before the Singapore Court, namely the entitlement of Oakwell to receive funds from VBC and at the same time pursue its entitlement under the Settlement Agreement against EnerNorth." In his view, "[t]he fact that the precise amount was not dealt with in the Singapore trial, apart from the concession in respect of \$350,000, [did] not invalidate Oakwell's entitlement under the judgment against EnerNorth." To permit the s. 135 challenge to proceed would therefore violate the principles of *res judicata*.

66 I agree.

67 The appellants submit that the mitigation/set-off issue was not determined in the Singapore proceedings and, indeed, that the trial judge specifically indicated that the issue was "not a matter before [him]". Alternatively, to the extent the issue may have been determined they say it was de-

terminated in EnerNorth's favour because the trial judge in fact deducted the \$350,000 that had been received by Oakwell from VBC to that point. A review of the trial judge's reasons in their entirety does not bear out this analysis, however.

68 There is no doubt the mitigation/set-off issue was squarely before the trial judge. It was raised in both the defence and counterclaim. It was the subject of evidence. It was argued in EnerNorth's written submissions at the opening and the close of trial. But was it decided? That question is somewhat more difficult to answer.

69 It is true that the Singapore trial judge gave little direct consideration to the question of whether monies received by Oakwell from VBC under the Licence Agreement had to be deducted from monies received by Oakwell from EnerNorth under the Settlement Agreement, except simply to deduct the amount conceded by Oakwell. He made no specific finding one way or the other on that point. However, the appellants' submission that he said the mitigation/set-off issue was not before him is not accurate. What he said was that Oakwell's claim that VBC had breached the Licence Agreement by failing to pay the remaining amount of \$1,650,000 under that Agreement was "not a matter before [him]." That issue is quite different than the mitigation/set-off issue as between EnerNorth and Oakwell.

70 Read as a whole, the trial judge's reasons - and, more importantly, the judgment he rendered - reveal that he rejected the mitigation/set-off argument. The judgment rendered does not make sense unless premised on the rejection of EnerNorth's arguments by way of defence and counterclaim, in their entirety.

71 For example, at para. 69, the trial judge stated that "[Oakwell's] claim against the VBC Group was to be settled by the payment of the sum of US\$2 million *in respect of past technical services and any ongoing technical services and advice*, if required, which [Oakwell] rendered for the benefit of the Project Company since 1995". It necessarily follows that he accepted Oakwell's position that the Licence Agreement and the Settlement Agreement dealt with different matters - that is to say, Oakwell had not mitigated its losses by entering into the Licence Agreement with VBC. This conclusion is reinforced by the trial judge's rejection of EnerNorth's counterclaim that any monies or benefits received by Oakwell from VBC under the Licence Agreement had to be disgorged to EnerNorth.

72 Moreover, I cannot accept the appellants' contention, based on the \$350,000 reduction in damages, that the mitigation/set-off argument was decided in their favour. If EnerNorth's mitigation/set-off argument had actually been accepted, the judgment would not have required EnerNorth to pay - as it does - damages "less the sums of US\$790,000 and US\$350,000". The judgment would have provided for payment of damages *less any monies or benefits received or to be received by Oakwell under the Licence Agreement*. It did not. Viewed in this way, the judgment rendered is consistent only with the trial judge having rejected EnerNorth's submissions on the mitigation/set-off issue that were clearly put before him.

73 I realize that the \$350,000 deduction is at odds with the rejection of EnerNorth's position. However, I do not view it as either an acceptance of EnerNorth's mitigation/set-off position (for the reasons outlined above) or an indication that he was only dealing with payments already received by Oakwell from VBC and leaving the issue of what was to be done with future payments to a future determination.

74 As I read the judgment, the trial judge simply reduced the amount of the award by the two conceded amounts because Oakwell had voluntarily agreed to those reductions. The trial judge made no finding that Oakwell was obliged to make the deduction or that any amounts received under the Licence Agreement should be set-off and, as I have explained, his judgment as a whole is incompatible with such a conclusion. His judgment is very full and thorough. In my view, it makes no sense for him to have rejected EnerNorth's defence and dismissed its counterclaim - both of which he did - without also rejecting the mitigation/set-off argument. I am not convinced that he left open to future proceedings the resolution of whether the bulk of the monies that were the subject of the debate (the US\$1,650,000 and US\$4 million) were to be set-off against the Settlement Agreement damages and/or disgorged.

75 In the end, I am satisfied that the mitigation/set-off issue was both fully argued and determined in the Singapore proceedings. EnerNorth's creditors are barred from re-litigating that very issue in their efforts under s. 135(5) of the *BIA* to accomplish what EnerNorth failed to do in the Singapore courts and the Ontario courts.

IV. DISPOSITION

76 For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal.

77 Oakwell is entitled to its costs of the appeal, payable jointly and severally by all appellants, and fixed in the amount of \$13,500.00 inclusive of fees, disbursements and GST.

R.A. BLAIR J.A.

J.M. SIMMONS J.A.:-- I agree.

R.G. JURIAN SZ J.A.:-- I agree.

cp/e/qlaim/qlpxm/qlaxw/qlhcs/qlaxr/qlced/qlcal

1 This statement, as she indicated, is adopted from *Las Vegas Strip Ltd. v. Toronto (City)* (1996), 30 O.R. (3d) 286 (Sharpe J.), aff'd (1997), 32 O.R. (3d) 651 (C.A.).

TAB E

separately from the main cause of action, falls within this court's jurisdiction.

a Upon reviewing the evidence presented before me, I am persuaded that the defendant, Maple Lodge Farms Inc., filed a third party notice only to be indemnified against damages that might be awarded against it by the plaintiffs. Since indemnity is the main issue behind the joinder, this matter is strictly civil in nature and, therefore, not within the jurisdiction of this court.

b I am satisfied that the Federal Court of Canada lacks jurisdiction with respect to the third party proceedings in this matter. The motion brought by the intended third party, Beehive Machinery Inc., is allowed with costs.

c *Motion granted.*

Dableh v. Ontario Hydro et al.

d [Indexed as: Dableh v. Ontario Hydro]

Court File No. 3852/87

Ontario Court (General Division), MacKenzie J. November 17, 1994.

e **Courts—Stay of proceedings—Appeal pending in Federal Court action—Elements of issue estoppel—Fundamental question in earlier proceeding—Effect of appeal on finality of action—Abuse of process—Discretion—Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rule 21.01.**

Motions were brought by the defendants for an order dismissing and staying the plaintiff's action or striking out its statement of claim on the grounds that it discloses no reasonable cause of action and another proceeding is pending between the same parties in relation to the same subject-matter.

f The plaintiff commenced the present action in 1987, claiming damages and other relief for breach of confidence and fiduciary obligations relating to the ownership of certain technology respecting the Candu reactor, referred to as the LIM method. In May, 1990, the plaintiff commenced an action in the Federal Court of Canada alleging the LIM method infringed claims in a patent issued to the plaintiff. Judgment was issued in the Federal Court action holding there was no infringement of the plaintiff's patent. The plaintiff appealed this judgment.

g **Held,** (1) The application to strike out the statement of claim is dismissed. The cause of action disclosed is on its face a reasonable cause of action. (2) This action is stayed pending the disposition of the appeal in the Federal Court action.

h The moving parties have established the three prerequisite elements of issue estoppel. The fundamental question in the earlier proceeding and in the present action is who invented the LIM method and resulting apparatus. The pending appeal does not prevent the Federal Court action from being regarded as final and conclusive for purposes of issue estoppel. This action is an attempt to relitigate issues that have already been determined and is an abuse of process. It is not open to the plaintiff to argue that the court in its discretion should not order a stay of proceedings on the basis of unfairness.

Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd. (1994), 112 D.L.R. (4th) 683, 1 C.C.E.L. (2d) 161, 94 C.L.L.C. ¶14,024, 17 O.R. (3d) 267, 68 O.A.C. 284, 45 A.C.W.S. (3d) 666 [leave to appeal to S.C.C. refused 115 D.L.R. (4th) vii]; *Four Embarcadero Center Venture v. Mr. Greenjeans Corp.* (1988), 26 C.P.C. (2d) 248, 64 O.R. (2d) 746, 9 A.C.W.S. (3d) 348, **apld**

Other cases referred to

Dableh v. Ontario Hydro (1993), 50 C.P.R. (3d) 290, 67 F.T.R. 241, 42 A.C.W.S. (3d) 1065; *Central Trust Co. v. MacDonald* (1987), 80 N.S.R. (2d) 291, 6 A.C.W.S. (3d) 214

Statutes referred to

Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 106

Rules and regulations referred to

Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rule 21.01

APPLICATION to strike out a statement of claim is dismissed and an application to stay the action is granted.

S.K. Kenney, for plaintiff.

E.R. Finn, for defendant (moving party), Ontario Hydro.

Peter C. Wardle, for defendant (moving party), Matija Cenano-
vic.

MACKENZIE J.:—This is a ruling on two motions, one brought by the defendant Ontario Hydro (“Hydro”) and the second brought by the defendant Matija Cenanovic (“Cenanovic”). In the motion by Cenanovic, the relief sought is an order dismissing or staying the plaintiff’s action or striking out his statement of claim pursuant to rule 21.01 on the grounds that:

- (a) the statement of claim discloses no reasonable cause of action (rule 21.01(1)(b));
- (b) another proceeding is pending between the same parties in relation to the same subject-matter (rule 21.01(3)(c)), and
- (c) that the statement of claim is frivolous, vexatious or an abuse of the court’s process (rule 21.01(3)(d)).

The motion by Hydro is, in all material aspects, claiming the same relief as the defendant Cenanovic on the same grounds.

Factual background

The plaintiff Joseph H. Dableh (“Dableh”) commenced the present action in October, 1987. In this action, the plaintiff claims damages for breach of confidence and fiduciary obligations owed by the defendants to the plaintiff and for injunctive and declaratory relief in relation to the ownership of certain technology developed to deal with problems in the operation of the Candu nuclear reactor. Prior to the commencement of this action, Dableh had obtained on or about of July 21, 1987, a Canadian patent for “a

a method of repositioning annular spacers in calandria structures and apparatus therefor" ("the Dableh patent") and Cenanovic had on or about September 22, 1987, obtained the issuance of a Canadian patent for an "electromagnetic method and apparatus for positioning objects located behind a conductive wall" ("the Cenanovic patent").

b It should be noted that Dableh and Cenanovic were both employees of Hydro at the time the problems with the Candu nuclear reactor developed and during the period of time that the research and inventions in question to deal with such problems took place. The employment of Dableh with Hydro was terminated on or about November 12, 1987, and Dableh commenced an action c in this court (No. 4447/88) on February 17, 1988, seeking various heads of damages based on the claim of wrongful dismissal.

d In May, 1990, Dableh commenced an action in the Federal Court of Canada against Hydro, for the following relief: a declaration that the Dableh patent was valid and had been or would be infringed by Hydro; injunctive relief restraining Hydro from using the method described as the basis for the Cenanovic patent and thereby infringing the Dableh patent; and consequential relief by way of damages or accounting of profits. In the Federal Court action, the plaintiff alleged, among other things, that the method e used in the Cenanovic patent ("the LIM method") infringed certain of the claims in the Dableh patent. The defendant Ontario Hydro in the Federal Court action denied infringement, pleading that Cenanovic developed the LIM method independently and that although the invention in both the Dableh and Cenanovic f patents purport to deal with the same problem, they are based on different technologies and thus are distinct from each other.

The Federal Court action proceeded to trial in May, 1992, and consumed 25 days of hearings. Judgment in the Federal Court action was issued on September 17, 1993, holding that there was no infringement of the Dableh patent by Hydro and reasons for g judgment comprising 93 pages were issued on September 17, 1993. Dableh has appealed the judgment [*Dableh v. Ontario Hydro* (1993), 50 C.P.R. (3d) 290, 67 F.T.R. 241, 42 A.C.W.S. (3d) 1065] and such appeal is pending as at the present date.

h In this action, Dableh alleges that the fiduciary breach by Cenanovic vis-à-vis Dableh is that Cenanovic applied for a patent in his own name and represented the LIM method as his own method; the fiduciary breach by Hydro is that it is alleged to have supported the claims of Cenanovic to the LIM method and assisted Cenanovic in his patent application based on such method.

Issues

1. Whether the statement of claim in this action should be struck out on the basis that it discloses no reasonable cause of action: (rule 21.01(1)(b)). a
2. Whether this action should be stayed or dismissed on the ground:
 - (a) that another proceeding is pending between the same parties with respect to the same subject-matter: (rule 21.01(3)(c)); or b
 - (b) the action is frivolous or vexatious or is otherwise an abuse of process: (rule 21.01(3)(d)).

The law and analysis c

Whether the statement of claim discloses no reasonable cause of action

Rule 21.01(2)(b) is the initial step in dealing with this question. This clause provides as follows: d

21.01(2) No evidence is admissible on a motion,

(b) under clause (1)(b).

The effect of subrule (2) is that, in determining whether the motion to strike the pleading should succeed, the court shall have resort only to the pleading in question, that is, the statement of claim herein. I am satisfied that the cause of action disclosed in the allegations contained in the statement of claim is, on its face, a reasonable cause of action and accordingly, the remedy sought by the moving parties of an order striking out such statement of claim is not available to them. e

Whether this action should be stayed or dismissed on the basis of the same subject-matter

The governing law respecting the alternative relief sought by the moving parties under subrule (3)(c) of rule 21.01 raises the question of issue estoppel between the parties. The governing law with respect to the operation of the same is, in my view, correctly and succinctly set out in the factum of Hydro. The governing principles hereinafter stated are derived from such factum: g

The doctrine of issue estoppel is a form of *res judicata* which applies where the cause of action in the subsequent proceeding is different from that in the original action or proceeding but some point or issue of fact, common to both, has already been decided. *Angle v. Minister of National Revenue* (1974), 47 D.L.R. (3d) 544, at 555 (S.C.C.). h

In order for issue estoppel to operate to bar the redetermination of the point or issue of fact, the following elements are required:

- a** (a) that the same question has been decided;
 (b) that the judicial decision which is said to create the estoppel was final;
 (c) that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their privies.
- b** *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1966] 2 All E.R. 536, at 565 (H.L.).
Angle v. Minister of National Revenue, supra, at 555.
 Spencer, Bower and Turner, *The Doctrine of Res Judicata*, 2nd ed., Butterworths, 1969, at 9.
- c** In determining whether the same question was dealt with in the earlier proceedings, the question must be fundamental to the decision arrived at in the earlier proceedings.
Angle v. Minister of National Revenue, supra, at 555-556.
Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd. (1994) 17 O.R. (3d) 267 at 278 (O.C.A.)
- d** The question dealt with in the earlier proceedings can be "any right, question of fact distinctly put in issue and directly determined by a court of competent jurisdiction as a ground of recovery, or as an answer to a claim set up cannot be retried in a subsequent suit between the same parties or their privies though for a different cause of action. The right, question, or fact, once determined, must, as between them, be taken to be conclusively established so long as the judgment remains."
- e** *McIntosh v. Parent* (1924), 15 O.L.R. 552 at 555 (O.C.A.)

- f** A judicial decision is deemed final when it leaves nothing to be judicially determined or ascertained thereafter, in order to render it effective and capable of execution and is absolute, complete and certain and when it is not carefully subject to subsequent rescission, review or modification by the individual who pronounced it.
 Spencer, Bower and Turner, *op cit.* page 132;
Re PWA Corp. and Gemini Group Automated Distribution Systems et al. (1993), 107 D.L.R. (4th) 525 at 534 (O.C. Gen. Div.)
- g** The existence of a right of appeal has never been deemed to prevent a judgment from being regarded as final and conclusive.
Nowion v. Freeman et al. (1889), 15 App. Cas. 1, at p. 10 (H.L.).
Four Embarcadero Centre Venture et al. v. Mr. Greenjeans Corp. et al. (1988), 64 O.R. (2d) 746 at p. 760 (O.H.C.)
- h** The law governing the third element in the operation of issue estoppel, that is, the parties to the decision or their privies are to be the same, is succinctly set out in the factum of *Cenanovic* as follows:

Res judicata operates not only against the parties but also against persons in privity with the parties. Privity may arise out of a blood relationship, a coincidence of title or interest in the previous litigation or its subject matter: Spencer, Bower and Turner, *op cit.*, page 209.

Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2), *supra*.

In determining privity of interest, the Ontario Court of Appeal held that a non-party in the earlier proceeding was a privy in such proceeding, on the basis of the involvement of the non-party in the prior proceeding by way of his presence and his giving evidence. The court found that the non-party "... had a meaningful voice, through his own evidence and through the assistance of the [party in the original proceeding], in a proceeding which decided the very issue he sought to raise in a subsequent action": *Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 112 D.L.R. (4th) 683 at p. 708, 1 C.C.E.L. (2d) 161, 94 C.L.L.C. ¶14,024 (Ont. C.A.). See also *Central Trust Co. v. MacDonald* (1987), 80 N.S.R. (2d) 291 at p. 296, 6 A.C.W.S. (3d) 214 (S.C.T.D.).

I have reviewed the following documents comprising:

- (a) the pleadings in this action;
- (b) the pleadings the Federal Court action;
- (c) the judgment in the Federal Court action, and
- (d) the reasons for judgment in the Federal Court action.

I have also had the benefit of thorough and comprehensive submissions, both oral and in the factums of the parties.

In my view, the moving parties have established the three prerequisite elements of issue estoppel. I find on the material before me that Mr. Justice Muldoon of the Federal Court was required to hear evidence and to make factual findings as to the nature of the Dableh invention claimed in the patent therefor; the nature of the Cenanovic invention as claimed in the patent therefor, the nature of the LIM method on which the Cenanovic invention was based and whether Dableh had invented the apparatus using the LIM method. My review of the meticulously detailed reasons for judgment of Mr. Justice Muldoon leads to the conclusions that he found as facts that the methods lying at the base of each of the Dableh patent and the Cenanovic patent are different, that Dableh did not invent or discover the LIM method and resulting apparatus that is the basis of the Cenanovic patent, and that the Dableh patent was not infringed by the Cenanovic patent.

It is clear that ownership is one of the more complex concepts of law. It is, however, not necessary for the purposes of this case to enter into a form of legal vivisection of the body of law and equity

a dealing with this concept. Dableh in argument has submitted that the patents are only one facet or one stick from the "bundle of rights" of property, thereby construing the requirement of "same question" narrowly and against the submission of the moving parties. With respect, I am unable to agree with this argument. The case law cited above provides that the question must be fundamental to the decision in the earlier proceeding and that question can be any right, question or fact distinctly put in issue and directly determined by the court in the earlier proceeding. I am of the view that the fundamental question in the earlier proceeding and in the present action is, who invented the LIM method and resulting apparatus. Muldoon J. found that Cenanovic was the inventor. This finding was essential or fundamental for the disposition against his interest of Dableh's claim in the Federal Court action.

b I turn to the requirements of finality and privity. The weight of authority on the issue of whether the pending appeal in the Federal Court action prevents a judgment as being regarded as final and conclusive for purposes of issue estoppel is against the submission of Dableh. The decision in *Rasanen, supra*, dealing with the extent of privity, disposes of the submissions by Dableh as to the privity requirement not being met.

c *Whether this action should be stayed on the basis of abuse of process*

d The abuse of process doctrine, in an analogous fashion to the doctrine of *res judicata*, has as its purpose the prevention of relitigating issues that have previously been determined. In dealing with the court's inherent jurisdiction to dismiss or stay this action on the basis of the same being an abuse of process, I am of the view that Dableh, in seeking to proceed in the present action, is attempting to relitigate the fundamental question which has been determined in the Federal Court action. Accordingly, I conclude that this action should be stayed as an abuse of process.

e The question then remains as to the appropriate terms of such stay.

Disposition

f As previously stated, Dableh has appealed the adverse judgment he received in the Federal Court action. As all counsel have indicated, the court has authority under s. 106 of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, to stay any proceeding on such terms as are determined to be just. In *Four Embarcadero Center Venture v. Mr. Greenjeans Corp.* (1988), 26 C.P.C. (2d) 248, 64 O.R.

(2d) 746, 9 A.C.W.S. (3d) 348 (H.C.J.), Mr. Justice Henry was faced with a plaintiff seeking judgment in Ontario based upon a foreign final judgment which was under appeal by the defendant in both the foreign and Ontario actions. Henry J. concluded that there was no reason why the judgment, enforceable under the foreign governing law, should not be enforced in Ontario but acknowledged that there was a possibility of a successful appeal of the foreign judgment. Accordingly, to protect and safeguard the interests of the defendant, the court entered a stay of execution of the Ontario judgment based on the foreign judgment until the disposition of the appeal of the foreign judgment.

Dableh has submitted that to stay the present action under any terms would create great unfairness since it would require him to "await" the outcome of his appeal of the Federal Court action and that the relief being sought by him in this action and the basis for such relief is different in the Federal Court action, *i.e.*, the relationship between the plaintiff and the defendants. With respect, I do not accept this submission. The essential question for determination on this motion has been whether the fundamental question in the action was the same as the fundamental question in the Federal Court action. The relief sought in both actions is different, but this is not the determining factor. Having found that the moving parties have established the requirements of issue estoppel and having found that to proceed with this action would constitute an abuse of the court's process, it is not open to the plaintiff to argue that the court in its discretion should not order a stay of proceedings herein on the basis of unfairness. It must be remembered that the plaintiff commenced this action prior to the Federal Court action and, for whatever reasons, proceeded with the Federal Court action while this action lay fallow. Having lost its cause of action in the Federal Court (subject, of course, to a successful appeal) it is not open to the plaintiff to proceed with this action dealing with the same fundamental question determined in the Federal Court action. It is also not open to the plaintiff to suggest that the question of issue estoppel should be decided by the judge who presides over the trial of this present action so that he or she may have had the benefit of the evidence to be "fleshed out" by the plaintiff. This proposition, in my view, flies in the face of the rationale behind rule 21.01 and in the absence of any authority for such proposition, I reject the same. It should be noted that I have made no disposition of the plaintiff's companion action (No. 4447/88) representing his claim for wrongful dismissal. At the commencement of the hearing in the present motions, I indicated to counsel that I would be prepared to entertain

a

b

c

d

e

f

g

h

a submissions as to whether or not there should be some form of consolidation or hearing together of the present action and the plaintiff's wrongful dismissal action, having regard to the nature of the evidence to be adduced and other relevant considerations.

b In my capacity as case management judge, I invite written submissions from counsel in this regard, as well as to the costs of the present motion. If counsel feel it more appropriate to have a chambers meeting with respect to these matters, I may be contacted through my office staff.

Order

c In the result, there will be an order staying this action pending the disposition of the appeal of the plaintiff's judgment in the Federal Court action No. T-1422-90.

Judgment accordingly.

d **Merck Frosst Canada Inc. et al. v. Minister of National Health and Welfare et al.**

[Indexed as: Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)]

Court File No. T-1306-93

e *Federal Court, Trial Division, Richard J. November 17, 1994.*

Patents — Patented medicines — Notice of compliance — Application for prohibition — Amendment of application record — Rule 1606(2) does not prohibit other documents — Federal Court Rules, C.R.C. 1978, c. 663, Rule 1606(2).

f **Administrative law — Remedies — Prohibition — Procedure — Application record — Patented medicines — Notice of compliance — Amendment of application record — Rule 1606(2) does not prohibit other documents — Federal Court Rules, C.R.C. 1978, c. 663, Rule 1606(2).**

g Motions were brought in proceedings by originating motion for an order of prohibition:

- h
- (1) a motion by the respondent for an order directing certain documents to be struck and removed from the applicants' application record;
 - (2) a motion by the applicants for an order to include certain items in the applicants' application record, to retain certain paragraphs in their memorandum of fact and law, and to allow them to file and serve an amended application record and an amended memorandum of fact and law;
 - (3) a supplementary motion by the respondent for an order for additional relief to that requested in the first motion and an order that further items be struck from the applicants' application record.

Held: (1) The interlocutory orders of judges of this court, the notice of appeal and notice of change of solicitor which are part of the court record in this

separately from the main cause of action, falls within this court's jurisdiction.

a Upon reviewing the evidence presented before me, I am persuaded that the defendant, Maple Lodge Farms Inc., filed a third party notice only to be indemnified against damages that might be awarded against it by the plaintiffs. Since indemnity is the main issue behind the joinder, this matter is strictly civil in nature and, therefore, not within the jurisdiction of this court.

b I am satisfied that the Federal Court of Canada lacks jurisdiction with respect to the third party proceedings in this matter. The motion brought by the intended third party, Beehive Machinery Inc., is allowed with costs.

c *Motion granted.*

Dableh v. Ontario Hydro et al.

[Indexed as: Dableh v. Ontario Hydro]

Court File No. 3852/87

Ontario Court (General Division), MacKenzie J. November 17, 1994.

e **Courts—Stay of proceedings—Appeal pending in Federal Court action—Elements of issue estoppel—Fundamental question in earlier proceeding—Effect of appeal on finality of action—Abuse of process—Discretion—Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rule 21.01.**

Motions were brought by the defendants for an order dismissing and staying the plaintiff's action or striking out its statement of claim on the grounds that it discloses no reasonable cause of action and another proceeding is pending between the same parties in relation to the same subject-matter.

f The plaintiff commenced the present action in 1987, claiming damages and other relief for breach of confidence and fiduciary obligations relating to the ownership of certain technology respecting the Candu reactor, referred to as the LIM method. In May, 1990, the plaintiff commenced an action in the Federal Court of Canada alleging the LIM method infringed claims in a patent issued to the plaintiff. Judgment was issued in the Federal Court action holding there was no infringement of the plaintiff's patent. The plaintiff appealed this judgment.

g **Held,** (1) The application to strike out the statement of claim is dismissed. The cause of action disclosed is on its face a reasonable cause of action. (2) This action is stayed pending the disposition of the appeal in the Federal Court action.

h The moving parties have established the three prerequisite elements of issue estoppel. The fundamental question in the earlier proceeding and in the present action is who invented the LIM method and resulting apparatus. The pending appeal does not prevent the Federal Court action from being regarded as final and conclusive for purposes of issue estoppel. This action is an attempt to relitigate issues that have already been determined and is an abuse of process. It is not open to the plaintiff to argue that the court in its discretion should not order a stay of proceedings on the basis of unfairness.

Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd. (1994), 112 D.L.R. (4th) 683, 1 C.C.E.L. (2d) 161, 94 C.L.L.C. ¶14,024, 17 O.R. (3d) 267, 68 O.A.C. 284, 45 A.C.W.S. (3d) 666 [leave to appeal to S.C.C. refused 115 D.L.R. (4th) vii]; *Four Embarcadero Center Venture v. Mr. Greenjeans Corp.* (1988), 26 C.P.C. (2d) 248, 64 O.R. (2d) 746, 9 A.C.W.S. (3d) 348, **apld**

Other cases referred to

Dableh v. Ontario Hydro (1993), 50 C.P.R. (3d) 290, 67 F.T.R. 241, 42 A.C.W.S. (3d) 1065; *Central Trust Co. v. MacDonald* (1987), 80 N.S.R. (2d) 291, 6 A.C.W.S. (3d) 214

Statutes referred to

Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 106

Rules and regulations referred to

Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rule 21.01

APPLICATION to strike out a statement of claim is dismissed and an application to stay the action is granted.

S.K. Kenney, for plaintiff.

E.R. Finn, for defendant (moving party), Ontario Hydro.

Peter C. Wardle, for defendant (moving party), Matija Cenano-
vic.

MACKENZIE J.:—This is a ruling on two motions, one brought by the defendant Ontario Hydro (“Hydro”) and the second brought by the defendant Matija Cenanovic (“Cenanovic”). In the motion by Cenano-
vic, the relief sought is an order dismissing or staying the plaintiff’s action or striking out his statement of claim pursuant to rule 21.01 on the grounds that:

- (a) the statement of claim discloses no reasonable cause of action (rule 21.01(1)(b));
- (b) another proceeding is pending between the same parties in relation to the same subject-matter (rule 21.01(3)(c)), and
- (c) that the statement of claim is frivolous, vexatious or an abuse of the court’s process (rule 21.01(3)(d)).

The motion by Hydro is, in all material aspects, claiming the same relief as the defendant Cenano-
vic on the same grounds.

Factual background

The plaintiff Joseph H. Dableh (“Dableh”) commenced the present action in October, 1987. In this action, the plaintiff claims damages for breach of confidence and fiduciary obligations owed by the defendants to the plaintiff and for injunctive and declaratory relief in relation to the ownership of certain technology developed to deal with problems in the operation of the Candu nuclear reactor. Prior to the commencement of this action, Dableh had obtained on or about of July 21, 1987, a Canadian patent for “a

method of repositioning annular spacers in calandria structures and apparatus therefor" ("the Dableh patent") and Cenanovic had
a on or about September 22, 1987, obtained the issuance of a Canadian patent for an "electromagnetic method and apparatus for positioning objects located behind a conductive wall" ("the Cenanovic patent").

It should be noted that Dableh and Cenanovic were both
b employees of Hydro at the time the problems with the Candu nuclear reactor developed and during the period of time that the research and inventions in question to deal with such problems took place. The employment of Dableh with Hydro was terminated, on or about November 12, 1987, and Dableh commenced an action
c in this court (No. 4447/88) on February 17, 1988, seeking various heads of damages based on the claim of wrongful dismissal.

In May, 1990, Dableh commenced an action in the Federal Court of Canada against Hydro, for the following relief: a declaration that the Dableh patent was valid and had been or would be
d infringed by Hydro; injunctive relief restraining Hydro from using the method described as the basis for the Cenanovic patent and thereby infringing the Dableh patent; and consequential relief by way of damages or accounting of profits. In the Federal Court action, the plaintiff alleged, among other things, that the method
e used in the Cenanovic patent ("the LIM method") infringed certain of the claims in the Dableh patent. The defendant Ontario Hydro in the Federal Court action denied infringement, pleading that Cenanovic developed the LIM method independently and that although the invention in both the Dableh and Cenanovic
f patents purport to deal with the same problem, they are based on different technologies and thus are distinct from each other.

The Federal Court action proceeded to trial in May, 1992, and consumed 25 days of hearings. Judgment in the Federal Court action was issued on September 17, 1993, holding that there was
g no infringement of the Dableh patent by Hydro and reasons for judgment comprising 93 pages were issued on September 17, 1993. Dableh has appealed the judgment [*Dableh v. Ontario Hydro* (1993), 50 C.P.R. (3d) 290, 67 F.T.R. 241, 42 A.C.W.S. (3d) 1065] and such appeal is pending as at the present date.

In this action, Dableh alleges that the fiduciary breach by
h Cenanovic vis-à-vis Dableh is that Cenanovic applied for a patent in his own name and represented the LIM method as his own method; the fiduciary breach by Hydro is that it is alleged to have supported the claims of Cenanovic to the LIM method and assisted Cenanovic in his patent application based on such method.

Issues

1. Whether the statement of claim in this action should be struck out on the basis that it discloses no reasonable cause of action: (rule 21.01(1)(b)). a
2. Whether this action should be stayed or dismissed on the ground:
 - (a) that another proceeding is pending between the same parties with respect to the same subject-matter: (rule 21.01(3)(c)); or b
 - (b) the action is frivolous or vexatious or is otherwise an abuse of process: (rule 21.01(3)(d)).

The law and analysis c

Whether the statement of claim discloses no reasonable cause of action

Rule 21.01(2)(b) is the initial step in dealing with this question. This clause provides as follows:

21.01(2) No evidence is admissible on a motion,

(b) under clause (1)(b).

The effect of subrule (2) is that, in determining whether the motion to strike the pleading should succeed, the court shall have resort only to the pleading in question, that is, the statement of claim herein. I am satisfied that the cause of action disclosed in the allegations contained in the statement of claim is, on its face, a reasonable cause of action and accordingly, the remedy sought by the moving parties of an order striking out such statement of claim is not available to them. f

Whether this action should be stayed or dismissed on the basis of the same subject-matter

The governing law respecting the alternative relief sought by the moving parties under subrule (3)(c) of rule 21.01 raises the question of issue estoppel between the parties. The governing law with respect to the operation of the same is, in my view, correctly and succinctly set out in the factum of Hydro. The governing principles hereinafter stated are derived from such factum: g

The doctrine of issue estoppel is a form of *res judicata* which applies where the cause of action in the subsequent proceeding is different from that in the original action or proceeding but some point or issue of fact, common to both, has already been decided. *Angle v. Minister of National Revenue* (1974), 47 D.L.R. (3d) 544, at 555 (S.C.C.). h

In order for issue estoppel to operate to bar the redetermination of the point or issue of fact, the following elements are required:

- a**
- (a) that the same question has been decided;
 - (b) that the judicial decision which is said to create the estoppel was final;
 - (c) that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their privies.
- b**
- Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd.* (No. 2), [1966] 2 All E.R. 536, at 565 (H.L.).
- Angle v. Minister of National Revenue, supra*, at 555.
- Spencer, Bower and Turner, *The Doctrine of Res Judicata*, 2nd ed., Butterworths, 1969, at 9.
- c**
- In determining whether the same question was dealt with in the earlier proceedings, the question must be fundamental to the decision arrived at in the earlier proceedings.
- Angle v. Minister of National Revenue, supra*, at 555-556.
- Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (1994) 17 O.R. (3d) 267 at 278 (O.C.A.)
- d**
- The question dealt with in the earlier proceedings can be "any right, question of fact distinctly put in issue and directly determined by a court of competent jurisdiction as a ground of recovery, or as an answer to a claim set up cannot be retried in a subsequent suit between the same parties or their privies though for a different cause of action. The right, question, or fact, once determined, must, as between them, be taken to be conclusively established so long as the judgment remains."
- e**
- McIntosh v. Parent* (1924), 15 O.L.R. 552 at 555 (O.C.A.)
-
- f**
- A judicial decision is deemed final when it leaves nothing to be judicially determined or ascertained thereafter, in order to render it effective and capable of execution and is absolute, complete and certain and when it is not carefully subject to subsequent rescission, review or modification by the individual who pronounced it.
- Spencer, Bower and Turner, *op cit.* page 132;
- Re PWA Corp. and Gemini Group Automated Distribution Systems et al.* (1993), 107 D.L.R. (4th) 525 at 534 (O.C. Gen. Div.)
- g**
- The existence of a right of appeal has never been deemed to prevent a judgment from being regarded as final and conclusive.
- Nowion v. Freeman et al.* (1889), 15 App. Cas. 1, at p. 10 (H.L.).
- Four Embarcadero Centre Venture et al. v. Mr. Greenjeans Corp. et al.* (1988), 64 O.R. (2d) 746 at p. 760 (O.H.C.).
- h**
- The law governing the third element in the operation of issue estoppel, that is, the parties to the decision or their privies are to be the same, is succinctly set out in the factum of *Cenanovic* as follows:

Res judicata operates not only against the parties but also against persons in privity with the parties. Privity may arise out of a blood relationship, a coincidence of title or interest in the previous litigation or its subject matter: Spencer, Bower and Turner, *op cit.*, page 209.

Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2), *supra*.

In determining privity of interest, the Ontario Court of Appeal held that a non-party in the earlier proceeding was a privy in such proceeding, on the basis of the involvement of the non-party in the prior proceeding by way of his presence and his giving evidence. The court found that the non-party "... had a meaningful voice, through his own evidence and through the assistance of the [party in the original proceeding], in a proceeding which decided the very issue he sought to raise in a subsequent action": *Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 112 D.L.R. (4th) 683 at p. 708, 1 C.C.E.L. (2d) 161, 94 C.L.L.C. ¶14,024 (Ont. C.A.). See also *Central Trust Co. v. MacDonald* (1987), 80 N.S.R. (2d) 291 at p. 296, 6 A.C.W.S. (3d) 214 (S.C.T.D.).

I have reviewed the following documents comprising:

- (a) the pleadings in this action;
- (b) the pleadings the Federal Court action;
- (c) the judgment in the Federal Court action, and
- (d) the reasons for judgment in the Federal Court action.

I have also had the benefit of thorough and comprehensive submissions, both oral and in the factums of the parties.

In my view, the moving parties have established the three prerequisite elements of issue estoppel. I find on the material before me that Mr. Justice Muldoon of the Federal Court was required to hear evidence and to make factual findings as to the nature of the Dableh invention claimed in the patent therefor; the nature of the Cenanovic invention as claimed in the patent therefor, the nature of the LIM method on which the Cenanovic invention was based and whether Dableh had invented the apparatus using the LIM method. My review of the meticulously detailed reasons for judgment of Mr. Justice Muldoon leads to the conclusions that he found as facts that the methods lying at the base of each of the Dableh patent and the Cenanovic patent are different, that Dableh did not invent or discover the LIM method and resulting apparatus that is the basis of the Cenanovic patent, and that the Dableh patent was not infringed by the Cenanovic patent.

It is clear that ownership is one of the more complex concepts of law. It is, however, not necessary for the purposes of this case to enter into a form of legal vivisection of the body of law and equity

a dealing with this concept. Dableh in argument has submitted that the patents are only one facet or one stick from the "bundle of rights" of property, thereby construing the requirement of "same question" narrowly and against the submission of the moving parties. With respect, I am unable to agree with this argument. The case law cited above provides that the question must be fundamental to the decision in the earlier proceeding and that b question can be any right, question or fact distinctly put in issue and directly determined by the court in the earlier proceeding. I am of the view that the fundamental question in the earlier proceeding and in the present action is, who invented the LIM method and resulting apparatus. Muldoon J. found that Cenanovic c was the inventor. This finding was essential or fundamental for the disposition against his interest of Dableh's claim in the Federal Court action.

d I turn to the requirements of finality and privity. The weight of authority on the issue of whether the pending appeal in the Federal Court action prevents a judgment as being regarded as final and conclusive for purposes of issue estoppel is against the submission of Dableh. The decision in *Rasanen, supra*, dealing with the extent of privity, disposes of the submissions by Dableh as to the privity requirement not being met.

e *Whether this action should be stayed on the basis of abuse of process*

f The abuse of process doctrine, in an analogous fashion to the doctrine of *res judicata*, has as its purpose the prevention of relitigating issues that have previously been determined. In dealing with the court's inherent jurisdiction to dismiss or stay this action on the basis of the same being an abuse of process, I am of the view that Dableh, in seeking to proceed in the present action, is attempting to relitigate the fundamental question which has been determined in the Federal Court action. Accordingly, I g conclude that this action should be stayed as an abuse of process.

The question then remains as to the appropriate terms of such stay.

Disposition

h As previously stated, Dableh has appealed the adverse judgment he received in the Federal Court action. As all counsel have indicated, the court has authority under s. 106 of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, to stay any proceeding on such terms as are determined to be just. In *Four Embarcadero Center Venture v. Mr. Greenjeans Corp.* (1988), 26 C.P.C. (2d) 248, 64 O.R.

(2d) 746, 9 A.C.W.S. (3d) 348 (H.C.J.), Mr. Justice Henry was faced with a plaintiff seeking judgment in Ontario based upon a foreign final judgment which was under appeal by the defendant in both the foreign and Ontario actions. Henry J. concluded that there was no reason why the judgment, enforceable under the foreign governing law, should not be enforced in Ontario but acknowledged that there was a possibility of a successful appeal of the foreign judgment. Accordingly, to protect and safeguard the interests of the defendant, the court entered a stay of execution of the Ontario judgment based on the foreign judgment until the disposition of the appeal of the foreign judgment.

Dableh has submitted that to stay the present action under any terms would create great unfairness since it would require him to "await" the outcome of his appeal of the Federal Court action and that the relief being sought by him in this action and the basis for such relief is different in the Federal Court action, *i.e.*, the relationship between the plaintiff and the defendants. With respect, I do not accept this submission. The essential question for determination on this motion has been whether the fundamental question in the action was the same as the fundamental question in the Federal Court action. The relief sought in both actions is different, but this is not the determining factor. Having found that the moving parties have established the requirements of issue estoppel and having found that to proceed with this action would constitute an abuse of the court's process, it is not open to the plaintiff to argue that the court in its discretion should not order a stay of proceedings herein on the basis of unfairness. It must be remembered that the plaintiff commenced this action prior to the Federal Court action and, for whatever reasons, proceeded with the Federal Court action while this action lay fallow. Having lost its cause of action in the Federal Court (subject, of course, to a successful appeal) it is not open to the plaintiff to proceed with this action dealing with the same fundamental question determined in the Federal Court action. It is also not open to the plaintiff to suggest that the question of issue estoppel should be decided by the judge who presides over the trial of this present action so that he or she may have had the benefit of the evidence to be "fleshed out" by the plaintiff. This proposition, in my view, flies in the face of the rationale behind rule 21.01 and in the absence of any authority for such proposition, I reject the same. It should be noted that I have made no disposition of the plaintiff's companion action (No. 4447/88) representing his claim for wrongful dismissal. At the commencement of the hearing in the present motions, I indicated to counsel that I would be prepared to entertain

a

b

c

d

e

f

g

h

a submissions as to whether or not there should be some form of consolidation or hearing together of the present action and the plaintiff's wrongful dismissal action, having regard to the nature of the evidence to be adduced and other relevant considerations.

b In my capacity as case management judge, I invite written submissions from counsel in this regard, as well as to the costs of the present motion. If counsel feel it more appropriate to have a chambers meeting with respect to these matters, I may be contacted through my office staff.

Order

c In the result, there will be an order staying this action pending the disposition of the appeal of the plaintiff's judgment in the Federal Court action No. T-1422-90.

Judgment accordingly.

d **Merck Frosst Canada Inc. et al. v. Minister of National Health and Welfare et al.**

[Indexed as: Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)]

Court File No. T-1306-93

e *Federal Court, Trial Division, Richard J. November 17, 1994.*

Patents — Patented medicines — Notice of compliance — Application for prohibition — Amendment of application record — Rule 1606(2) does not prohibit other documents — Federal Court Rules, C.R.C. 1978, c. 663, Rule 1606(2).

f **Administrative law — Remedies — Prohibition — Procedure — Application record — Patented medicines — Notice of compliance — Amendment of application record — Rule 1606(2) does not prohibit other documents — Federal Court Rules, C.R.C. 1978, c. 663, Rule 1606(2).**

g Motions were brought in proceedings by originating motion for an order of prohibition:

- h
- (1) a motion by the respondent for an order directing certain documents to be struck and removed from the applicants' application record;
 - (2) a motion by the applicants for an order to include certain items in the applicants' application record, to retain certain paragraphs in their memorandum of fact and law, and to allow them to file and serve an amended application record and an amended memorandum of fact and law;
 - (3) a supplementary motion by the respondent for an order for additional relief to that requested in the first motion and an order that further items be struck from the applicants' application record.

Held: (1) The interlocutory orders of judges of this court, the notice of appeal and notice of change of solicitor which are part of the court record in this