

**Ellis-Don Limited** *Appellant*

v.

**The Ontario Labour Relations Board and the International Brotherhood of Electrical Workers, Local 894** *Respondents*

INDEXED AS: ELLIS-DON LTD. v. ONTARIO (LABOUR RELATIONS BOARD)

Neutral citation: 2001 SCC 4.

File No.: 26709.

2000: February 15; 2001: January 26.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Administrative law — Natural justice — Institutional consultations — Union filing grievance with labour relations board against contractor for violation of provincial collective agreement — First draft of panel's decision dismissing grievance — Full board meeting discussing draft decision — Panel's final decision upholding grievance — Whether rules of natural justice breached — Whether principles governing institutional consultations violated — Whether contractor's failure to ask for reconsideration of decision constitutes bar to judicial review — Nature of evidentiary burden on party applying for judicial review because of alleged breach of natural justice.*

*Administrative law — Judicial review — Audi alteram partem — Union filing grievance with labour relations board against contractor for violation of provincial collective agreement — First draft of panel's decision dismissing grievance — Full board meeting discussing draft decision — Panel's final decision upholding grievance — Contractor alleging breach of audi alteram partem rule — Whether apprehension of breach sufficient to trigger judicial review.*

**Ellis-Don Limited** *Appelante*

c.

**La Commission des relations de travail de l'Ontario et la Fraternité internationale des ouvriers en électricité, section locale 894** *Intimées*

RÉPERTORIÉ : ELLIS-DON LTD. c. ONTARIO (COMMISSION DES RELATIONS DE TRAVAIL)

Référence neutre : 2001 CSC 4.

N° du greffe : 26709.

2000 : 15 février; 2001 : 26 janvier.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

*Droit administratif — Justice naturelle — Consultations institutionnelles — Grief déposé par un syndicat auprès d'une commission des relations de travail pour violation d'une convention collective provinciale — Grief rejeté dans le projet de décision de la formation — Discussion du projet de décision en réunion plénière de la commission — Grief accueilli dans la décision définitive de la formation — Les règles de justice naturelle ont-elles été violées? — Les principes régissant les consultations institutionnelles ont-ils été violés? — L'omission de l'entrepreneur de demander un nouvel examen de la décision rend-elle irrecevable sa demande de contrôle judiciaire? — Nature du fardeau de présentation de la partie qui demande un contrôle judiciaire en raison d'une présumée violation des règles de justice naturelle.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Règle audi alteram partem — Grief déposé par un syndicat auprès d'une commission des relations de travail pour violation d'une convention collective provinciale — Grief rejeté dans le projet de décision de la formation — Discussion du projet de décision en réunion plénière de la commission — Grief accueilli dans la décision définitive de la formation — Allégation de violation de la règle audi alteram partem formulée par l'entrepreneur — Une crainte de violation suffit-elle pour donner lieu au contrôle judiciaire?*

In 1962, the appellant entered into a collective bargaining agreement to contract or subcontract only to individuals or companies whose employees were members of the affiliated unions of the Toronto Building and Construction Trades Council. In 1971, the Electrical Contractors Association of Toronto applied to the respondent Board to be certified as a bargaining agent for the electrical contractors of Toronto. In that accreditation process, the IBEW, Local 353 filed a required document listing all employers for which it claimed bargaining rights but it did not include the appellant's name. In 1978, when province-wide bargaining was introduced, the bargaining rights of Local 353 were extended to Local 894. In 1990, Local 894 filed a grievance with the Board alleging that the appellant had subcontracted electrical construction work to non-union subcontractors contrary to the provincial collective agreement. A three-member panel of the Board heard the grievance. The appellant argued that Local 353 had abandoned its bargaining rights in part because it omitted the appellant's name from the document filed in the 1971 accreditation proceedings and Local 894 offered no explanation for the omission. A first draft of the panel's decision would have dismissed the grievance based on the abandonment of bargaining rights. However, after a full Board meeting discussed the draft, a majority of the panel found that there had been no abandonment of bargaining rights and upheld the grievance. The appellant applied for judicial review. It alleged that the change between the draft and the final decision was of a factual nature as opposed to a legal or policy change, and claimed that there was a breach of natural justice and a violation of the rules governing institutional consultations. Prior to the hearing of the application for judicial review, the appellant obtained an order compelling the Chair of the Board, the Vice-Chair who presided over the panel, and the Registrar of the Board to give evidence with respect to the procedures implemented by the Board in arriving at its final decision. This order was reversed on appeal based upon a finding of statutory testimonial immunity. The Divisional Court later dismissed the application for judicial review and the Court of Appeal affirmed the decision.

En 1962, l'appelante a conclu une convention collective où elle s'engageait à n'accorder des contrats ou des contrats de sous-traitance qu'aux personnes et aux sociétés dont les employés étaient membres du Toronto Building and Construction Trades Council. En 1971, l'Electrical Contractors Association of Toronto a déposé auprès de la Commission intimée une demande d'accréditation en tant qu'agent négociateur pour les entrepreneurs électriciens de Toronto. Dans le cadre de ce processus d'accréditation, la section locale 353 de la FIOE a déposé un document requis énumérant les employeurs à l'égard desquels elle prétendait détenir des droits de négociation mais n'y a pas inscrit le nom de l'appelante. En 1978, lorsqu'un régime de négociation à l'échelle de la province a été introduit, les droits de négociation de la section locale 353 ont été accordés à la section locale 894. En 1990, la section locale 894 a déposé un grief auprès de la Commission, alléguant que l'appelante avait donné en sous-traitance des travaux de construction en électricité à des entrepreneurs dont les employés n'étaient pas syndiqués, contrevenant ainsi à la convention collective provinciale. Une formation de trois membres de la Commission a entendu le grief. L'appelante a prétendu que la section locale 353 avait renoncé à ses droits de négociation en partie parce qu'elle avait omis d'inscrire son nom dans le document déposé dans le cadre du processus d'accréditation en 1971, et la section locale 894 n'a fourni aucune explication pour l'omission. Un projet de décision de la formation proposait de rejeter le grief en raison d'une renonciation aux droits de négociation. Toutefois, après discussion du projet en réunion plénière de la Commission, les membres majoritaires de la formation ont conclu à l'absence de renonciation aux droits de négociation et ont accueilli le grief. L'appelante a présenté une demande de contrôle judiciaire. Elle a prétendu que la modification survenue entre le projet de décision et la décision définitive était de nature factuelle, par opposition à une modification de nature juridique ou de principe, et qu'il y avait eu violation des règles de justice naturelle et des règles régissant les consultations institutionnelles. Avant l'audition de la demande de contrôle judiciaire, l'appelante a obtenu une ordonnance obligeant le président de la Commission, la vice-présidente qui a présidé la formation et le registrateur de la Commission à témoigner relativement à la procédure mise en œuvre par la Commission pour en arriver à sa décision définitive. Cette ordonnance a été infirmée en appel sur le fondement de l'exonération de témoigner prévue par la loi. La Cour divisionnaire a par la suite rejeté la demande de contrôle judiciaire et la Cour d'appel a confirmé cette décision.

*Held* (Major and Binnie JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Arbour and LeBel JJ.: Institutional consultation ensures consistency in the decisions of an administrative body and does not create an apprehension of bias or lack of independence if the following rules are respected: (1) the consultation proceeding cannot be imposed by a superior level authority within the administrative hierarchy; (2) the consultation must be limited to questions of policy and law; and (3) even on questions of law and policy, the decision-makers must remain free to make their own decision. The mere fact that litigated issues are discussed by a full board does not amount to a breach of the *audi alteram partem* rule. Any risk of breaching this rule can be addressed by notifying the parties of any new issue addressed in the board meeting and allowing an opportunity to respond. If these rules are met, then adjudicators may modify a draft decision and a presumption of regularity applies such that a change between a draft and final reasons will not of itself create a presumption that something improper occurred during institutional consultations.

In this case, there is no direct evidence of improper tampering with the decision of the panel. The only information available is that discussions took place at the full Board meeting and that a change was made in the draft decision. The final decision discarded the idea that the failure to list the appellant created a rebuttable presumption of abandonment of bargaining rights and stated that the omission merely constituted a factor to be considered in deciding the issue of abandonment. The change consists in a different conclusion as to the legal consequences to be derived from the facts, which is a pure question of law. Moreover, it does not constitute the application of an entirely new policy since the change brought the final decision more in line with a number of cases decided by the Board that made it very difficult to establish an abandonment of bargaining rights. It would be speculative to argue that the change was prompted by a re-assessment of the particular facts. Furthermore, a change from a favourable to an unfavourable decision by itself does not demonstrate an apparent failure of natural justice sufficient to justify judicial review. In the case of an alleged violation of the *audi alteram partem* rule, the applicant must establish an actual breach; an apprehended breach is not sufficient to trigger judicial review. Here, the record does not indi-

*Arrêt* (les juges Major et Binnie sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*Le* juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Arbour et LeBel : La consultation institutionnelle assure la cohérence des décisions d'un organisme administratif et ne crée pas de crainte raisonnable de partialité ou de manque d'indépendance si les règles suivantes sont respectées : (1) la procédure de consultation ne peut pas être imposée par un niveau d'autorité supérieur dans la hiérarchie administrative; (2) la consultation doit se limiter aux questions de principe et de droit; (3) même relativement aux questions de droit et de principe, les arbitres doivent demeurer libres de prendre leur propre décision. Le simple fait que des questions ayant déjà été débattues soient discutées de nouveau au cours d'une réunion plénière ne constitue pas une violation de la règle *audi alteram partem*. Tout risque de violation de cette règle peut être éliminé si on avise les parties de toute nouvelle question soulevée pendant la réunion de la commission et qu'on leur donne la possibilité de répondre. Si ces règles sont respectées, les arbitres peuvent modifier un projet de décision et la présomption de régularité fait en sorte qu'une modification entre un projet de motifs et les motifs définitifs ne donne pas lieu en soi à la présomption que quelque chose d'inapproprié s'est produit pendant les consultations institutionnelles.

En l'espèce, il n'existe aucune preuve directe de manipulation de la décision de la formation. Les seuls renseignements disponibles sont que des discussions ont eu lieu à la réunion plénière et qu'une modification a été apportée dans le projet de décision. La décision définitive a écarté l'idée que l'omission d'inscrire l'appelante avait donné lieu à une présomption réfutable de renonciation aux droits de négociation et a indiqué que l'omission n'était qu'un des facteurs qui devaient être examinés pour trancher la question de la renonciation. La modification consiste en une conclusion différente quant aux effets juridiques découlant des faits, ce qui constitue une pure question de droit. De plus, elle ne constitue pas l'application d'un principe entièrement nouveau étant donné qu'elle a rendu la décision définitive plus compatible avec de nombreuses affaires tranchées par la Commission qui ont fait en sorte qu'il est devenu très difficile de faire la preuve de la renonciation à des droits de négociation. Il serait hypothétique de prétendre que la modification a été causée par une réévaluation des faits en cause. En outre, modifier une décision favorable en une décision défavorable n'établit pas en soi une apparence d'absence de justice naturelle suffisante pour justifier le contrôle judiciaire. Dans le cas d'une présumée violation de la règle *audi alteram*

cate an actual breach of the *audi alteram partem* rule. There is no indication of a change on the facts, of impropriety or of a violation of the principles governing institutional consultation. The change in the decision of the panel concerned a matter of law and policy.

This case reveals a tension between the fairness of the process and the principle of deliberative secrecy which plays an important role in safeguarding the independence of administrative adjudicators. Deliberative secrecy also favours administrative consistency by granting protection to a consultative process. Without such protection, there could be a chilling effect on institutional consultations, thereby depriving administrative tribunals of a critically important means of achieving consistency. Consistency and independence come at the price of a less open process and difficulty in building the evidentiary foundation to prove alleged breaches of natural justice. However, a court cannot reverse the presumption of regularity simply because of a change in reasons for a decision in the absence of any further evidence.

Although the appellant failed to ask for reconsideration, reconsideration did not constitute an absolute prerequisite to judicial review.

*Per* Major and Binnie JJ. (dissenting): This appeal tests the limits of the rule that panel members can consult a full board on matters of law or policy but not of fact. The concept of “policy” has been stretched beyond its breaking point in this appeal and the principle that “he who hears must decide” should be vindicated. *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, should not be interpreted to authorize a full board to micro-manage the output of particular panels to the extent evident in this case. Compliance with the rules of natural justice raises a legal issue and the standard of review is correctness.

The procedure in this case violated the requirement that a full board can only discuss policy and law. Although the issue of “abandonment”, when considered in the abstract, has a policy component, the change in

*partem*, le demandeur doit démontrer l’existence d’une violation réelle; une crainte de violation ne suffit pas pour donner lieu au contrôle judiciaire. En l’espèce, le dossier n’indique aucune violation réelle de la règle *audi alteram partem*. Il n’y a aucune indication d’une modification quant aux faits, d’une irrégularité ou d’une violation des principes régissant la consultation institutionnelle. La modification de la décision de la formation portait sur une question de droit et de principe.

La présente affaire révèle l’existence d’une tension entre le caractère équitable du processus et le principe du secret du délibéré, qui joue un rôle important dans la protection de l’indépendance des arbitres administratifs. Le secret du délibéré favorise également la cohérence administrative au moyen de la protection qu’il confère à un processus consultatif. Sans cette protection, il risque d’y avoir un effet paralysant sur les consultations institutionnelles, ce qui priverait les tribunaux administratifs d’un moyen essentiel d’assurer la cohérence. La cohérence et l’indépendance sont assorties du prix que constituent un processus moins ouvert et la difficulté de bâtir le fondement probatoire visant à démontrer les présumées violations des règles de justice naturelle. Toutefois, une cour ne peut pas écarter la présomption de régularité simplement en raison d’une modification dans les motifs de la décision en l’absence de toute preuve additionnelle.

Même si l’appelante a omis de demander un nouvel examen, une telle mesure ne constituait pas un préalable obligatoire au contrôle judiciaire.

*Les* juges Major et Binnie (dissidents) : Le présent pourvoi porte sur les limites de la règle selon laquelle les membres d’une formation peuvent consulter une commission dans son ensemble sur des questions de principe, par opposition à des questions de fait. La notion de « principe » a été démesurément étendue dans le présent pourvoi et le principe voulant que « celui qui entend doit trancher » doit être défendu. L’arrêt *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, ne doit pas être interprété comme permettant à une commission dans son ensemble de faire la microgestion des conclusions tirées par des formations particulières d’une façon aussi évidente que dans la présente affaire. La conformité aux règles de justice naturelle est une question de droit et la norme de contrôle est celle de la décision correcte.

La procédure adoptée dans la présente affaire a violé l’exigence qu’une commission dans son ensemble doit se limiter aux questions de principe et de droit. Même si, lorsqu’elle est examinée de façon abstraite, la ques-

the panel's reasons was a re-assessment of fact. The Board's jurisprudence has developed the legal and policy content of the concept of abandonment of bargaining rights in terms of active promotion of rights and it was for the panel to determine in the factual context of this particular case whether this standard was met. The panel made it clear that it considered abandonment to be an issue of fact. The Board's policy was never in doubt and was defined in the same language in the initial and final decisions.

The undisputed evidence is that the initial decision held as a fact that the union had abandoned its bargaining rights, the final decision held as a fact that it had not, and the intervening event was the full Board meeting. The reasonable inference is that factual matters were referred for discussion at the full Board meeting.

While the finding of testimonial immunity prevents determining the Board's decision-making process, it does not prevent the appellant from establishing a basis for judicial review. The Board cannot rely on legislation to deny all legitimate access to relevant information and then rely on the absence of the information as a conclusive answer to the complaint. The difficulties of proof presented in this case should be factored into the evidentiary burden of proof placed on the appellant.

The Ontario Court of Appeal considered the Board's proceedings to be protected by the "presumption of regularity". The strength of the evidence necessary to displace this presumption depends on the nature of the case and, having regard to the difficulties of obtaining evidence, the appellant should be held to have discharged its evidentiary onus. The Board has to live with the reasonable inference that the full Board meeting influenced a reversal of fact-driven issues. There is a public interest in the integrity of decision-making at stake and the appellant has made out a *prima facie* case for judicial review. As the Board's procedure violated the principles of natural justice, the resulting order was made without

tion de la « renonciation » comporte un aspect principe, la modification des motifs de la formation constituait une réévaluation des faits. La jurisprudence de la Commission a élaboré le contenu juridique et de principe de la notion de renonciation aux droits de négociation relativement à la promotion active des droits, et il incombait à la formation de déterminer dans le contexte factuel de la présente affaire si cette norme était respectée. La formation a indiqué clairement qu'elle considérait la renonciation comme une question de fait. La politique de la Commission n'a jamais été mise en doute et a été décrite dans les mêmes termes dans la décision définitive et dans la décision initiale.

La preuve non contestée révèle que, dans sa décision initiale, la formation a tiré la conclusion de fait que le syndicat avait renoncé à ses droits de négociation et que, dans sa décision définitive, elle a tiré la conclusion de fait que le syndicat n'avait pas renoncé à ses droits, et l'événement qui s'est produit entre ces deux décisions est la réunion plénière de la Commission. Cela mène à la conclusion raisonnable que des questions de fait ont été renvoyées pour fin de discussion à la réunion plénière de la Commission.

Même si la conclusion qu'il y a exonération de l'obligation de témoigner empêche que le processus décisionnel de la Commission soit déterminé, elle n'empêche pas l'appelante d'établir le fondement d'un contrôle judiciaire. La Commission ne peut pas, avec l'aide du législateur, priver une personne de tout accès légitime aux renseignements pertinents, pour ensuite invoquer l'absence de ces mêmes renseignements en tant que réponse déterminante à la plainte. Les difficultés en matière de preuve qui se présentent en l'espèce doivent être considérées comme faisant partie du fardeau de présentation de la preuve reposant sur l'appelante.

La Cour d'appel de l'Ontario a estimé que la procédure de la Commission était protégée par la « présomption de régularité ». La force de la preuve nécessaire pour réfuter cette présomption varie selon la nature de l'affaire et, compte tenu des difficultés qu'a éprouvées l'appelante à obtenir des éléments de preuve, elle doit être jugée s'être acquittée de sa charge de présentation. La Commission doit vivre avec la conclusion raisonnable que la réunion plénière a eu une influence sur le changement d'opinion relatif à des questions reposant sur les faits. Il y a un intérêt public dans l'intégrité du processus décisionnel en cause et l'appelante a établi une preuve *prima facie* pour les fins du contrôle judiciaire. Étant donné que la procédure suivie par la Commission contrevenait aux principes de justice naturelle, l'ordonnance en ayant découlé a été rendue en l'absence

jurisdiction and should be set aside despite the existence of privative clauses.

### Cases Cited

By LeBel J.

**Applied:** *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; **referred to:** *Khan v. College of Physicians & Surgeons of Ontario* (1992), 94 D.L.R. (4th) 193; *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15; *Lorne's Electric*, [1987] OLRB Rep. 1405; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105.

By Binnie J. (dissenting)

*IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; *R. v. Jolivet*, [2000] 1 S.C.R. 751, 2000 SCC 29; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Marvel Jewellery Ltd.*, [1975] OLRB Rep. 733; *Accomodex Franchise Management Inc.*, [1993] OLRB Rep. 281; *R. Reusse Co.*, [1988] OLRB Rep. 523; *Wieczorek v. Piersma* (1987), 36 D.L.R. (4th) 136; *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382; *Université du Québec à Trois-Rivières v. Laroque*, [1993] 1 S.C.R. 471; *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602.

### Statutes and Regulations Cited

*Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31.  
*Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, ss. 9(1), 17, 69, 76, 114(1), 116, 117.  
*Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2, ss. 108, 111 [am. 1992, c. 21, s. 45].

de compétence et doit être annulée malgré l'existence de clauses privatives.

### Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

**Arrêts appliqués :** *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; **arrêts mentionnés :** *Khan c. College of Physicians & Surgeons of Ontario* (1992), 94 D.L.R. (4th) 193; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15; *Lorne's Electric*, [1987] OLRB Rep. 1405; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105.

Citée par le juge Binnie (dissident)

*SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; *R. c. Jolivet*, [2000] 1 R.C.S. 751, 2000 CSC 29; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Marvel Jewellery Ltd.*, [1975] OLRB Rep. 733; *Accomodex Franchise Management Inc.*, [1993] OLRB Rep. 281; *R. Reusse Co.*, [1988] OLRB Rep. 523; *Wieczorek c. Piersma* (1987), 36 D.L.R. (4th) 136; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382; *Université du Québec à Trois-Rivières c. Laroque*, [1993] 1 R.C.S. 471; *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602.

### Lois et règlements cités

*Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, art. 9(1), 17, 69, 76, 114(1), 116, 117.  
*Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31.  
*Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1990, ch. L.2, art. 108, 111 [mod. 1992, ch. 21, art. 45].

**Authors Cited**

- Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book (loose-leaf updated May 2000, release 13).
- Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 2. Toronto: Canvasback (loose-leaf updated July 2000, release 2-2000).
- Hawkins, R. E. "Behind Closed Doors II: The Operational Problem — Deliberative Secrecy, Statutory Immunity and Testimonial Privilege" (1996), 10 *C.J.A.L.P.* 39.
- Janisch, H. N. "Consistency, Rulemaking and Consolidated-Bathurst" (1991), 16 *Queen's L.J.* 95.
- Lemieux, Denis. "L'équilibre nécessaire entre la cohérence institutionnelle et l'indépendance des membres d'un tribunal administratif: *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*" (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 734.
- Mullan, David J. "Policing the Consolidated-Bathurst Limits — Of Whistleblowers and Other Assorted Characters" (1993), 10 *Admin. L.R.* (2d) 241.
- Sack, Jeffrey, C. Michael Mitchell and Sandy Price. *Ontario Labour Relations Board Law and Practice*, vol. 1, 3rd ed. Markham, Ont.: Butterworths (loose-leaf updated August 2000, release 14).
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.
- Wade, William, Sir, and Christopher Forsyth. *Administrative Law*, 7th ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 38 O.R. (3d) 737, 108 O.A.C. 301, 6 Admin. L.R. (3d) 187, affirming a decision of the Divisional Court (1995), 89 O.A.C. 45, [1995] O.J. No. 3924 (QL), dismissing the appellant's application for judicial review. Appeal dismissed, Major and Binnie JJ. dissenting.

*Earl A. Cherniak, Q.C.*, and *Kirk F. Stevens*, for the appellant.

*Sheila R. Block* and *Andrew E. Bernstein*, for the respondent Ontario Labour Relations Board.

**Doctrine citée**

- Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book (loose-leaf updated May 2000, release 13).
- Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 2. Toronto : Canvasback (loose-leaf updated July 2000, release 2-2000).
- Hawkins, R. E. « Behind Closed Doors II : The Operational Problem — Deliberative Secrecy, Statutory Immunity and Testimonial Privilege » (1996), 10 *C.J.A.L.P.* 39.
- Janisch, H. N. « Consistency, Rulemaking and Consolidated-Bathurst » (1991), 16 *Queen's L.J.* 95.
- Lemieux, Denis. « L'équilibre nécessaire entre la cohérence institutionnelle et l'indépendance des membres d'un tribunal administratif : *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)* » (1992), 71 *R. du B. can.* 734.
- Mullan, David J. « Policing the Consolidated-Bathurst Limits — Of Whistleblowers and Other Assorted Characters » (1993), 10 *Admin. L.R.* (2d) 241.
- Sack, Jeffrey, C. Michael Mitchell and Sandy Price. *Ontario Labour Relations Board Law and Practice*, vol. 1, 3rd ed. Markham, Ont. : Butterworths (loose-leaf updated August 2000, release 14).
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.
- Wade, William, Sir, and Christopher Forsyth. *Administrative Law*, 7th ed. Oxford : Clarendon Press, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 38 O.R. (3d) 737, 108 O.A.C. 301, 6 Admin. L.R. (3d) 187, qui a confirmé une décision de la Cour divisionnaire de l'Ontario (1995), 89 O.A.C. 45, [1995] O.J. No. 3924 (QL), qui avait rejeté la requête en révision judiciaire de l'appelante. Pourvoi rejeté, les juges Major et Binnie sont dissidents.

*Earl A. Cherniak, c.r.*, et *Kirk F. Stevens*, pour l'appelante.

*Sheila R. Block* et *Andrew E. Bernstein*, pour l'intimée la Commission des relations de travail de l'Ontario.

*Alan M. Minsky, Q.C., and Susan Philpott, for the respondent International Brotherhood of Electrical Workers, Local 894.*

The judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

LEBEL J. —

### I. Introduction

<sup>1</sup> The main issue raised by this appeal is whether the rules of natural justice were breached by the Ontario Labour Relations Board (“OLRB” or “Board”) when a three-member panel of the Board upheld a grievance filed by the respondent International Brotherhood of Electrical Workers, Local 894 (“Union” or “IBEW, Local 894”) against the appellant Ellis-Don Limited. The question of the breach of the rules of natural justice arose when the appellant learned that a first draft of the decision would have dismissed the grievance and that a full Board meeting had been held during which this draft was discussed. The appellant suggests that the differences between the draft and the final decision that allowed the grievance are the result of a change in the assessment of the facts. Ellis-Don alleges that this constitutes sufficient evidence that factual matters were discussed at the full Board meeting, in violation of the rules established by this Court in *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282.

### II. The Facts

<sup>2</sup> This matter has a long history and is closely tied to the evolution of the labour relations system in the Ontario construction industry and to its move towards a more centralized collective bargaining system. In 1962, Ellis-Don was a very active general contractor, but was entering the Toronto market for the first time. A system of local collective bargaining prevailed in the construction industry at this time. Ellis-Don entered into a “Working Agreement” with the Toronto Building and Con-

*Alan M. Minsky, c.r., et Susan Philpott, pour l'intimée la Fraternité internationale des ouvriers en électricité, section locale 894.*

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE LEBEL —

### I. Introduction

La principale question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si la Commission des relations de travail de l'Ontario (la « CRTO » ou la « Commission ») a violé les règles de justice naturelle lorsqu'une formation de trois commissaires a accueilli un grief déposé contre l'appelante, Ellis-Don Limited, par l'intimée la Fraternité internationale des ouvriers en électricité, section locale 894 (le « syndicat » ou la « section locale 894 de la FIOE »). La question de la violation des règles de justice naturelle s'est posée lorsque l'appelante a appris que le grief aurait été rejeté dans un projet de décision initial et que ce projet avait été discuté au cours d'une réunion plénière de la Commission. L'appelante affirme que les différences entre le projet et la décision définitive qui a accueilli le grief découlent d'un changement dans l'évaluation des faits. Ellis-Don allègue qu'il s'agit là d'une preuve suffisante que des questions de fait ont été discutées à la réunion plénière de la Commission, ce qui contrevient aux règles établies par notre Cour dans l'arrêt *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282.

### II. Les faits

L'affaire remonte loin et elle est étroitement liée à l'évolution du système de relations du travail dans l'industrie de la construction en Ontario ainsi qu'à son orientation vers un système de négociation collective plus centralisé. En 1962, Ellis-Don était un entrepreneur général très actif, mais elle s'attaquait au marché de Toronto pour la première fois. À cette époque, il existait un système de négociations collectives locales dans l'industrie de la construction. Ellis-Don a conclu avec le Toronto



struction Trades Council (“Council”), in which Ellis-Don agreed to employ only members of the unions affiliated with the Council and to contract or subcontract only to individuals or companies whose employees were members in good standing in the unions affiliated with the Council. The Working Agreement provided for automatic renewals unless notice of termination was given (such notice was never given).

Local 353 of the International Brotherhood of Electrical Workers (“IBEW, Local 353”) was affiliated with the Council. It was and still is the IBEW local with jurisdiction in the Toronto area (the respondent Union, Local 894, was not yet a member of the Council in 1962).

In 1971, the Electrical Contractors Association of Toronto applied to the OLRB to be certified as a bargaining agent for the electrical contractors of Toronto. According to the regulations then in force, upon filing of that application by the employers’ association, the IBEW, Local 353 had to list the employers in respect of which they claimed to hold bargaining rights on a form known as Schedule F.

IBEW, Local 353 failed to list Ellis-Don as an employer in the form it filed in response to the application of the Electrical Contractors Association of Toronto.

In 1978, there was a move towards a province-wide bargaining scheme in the industry. The jurisdiction of the Council was extended to include Central Ontario in 1979. Local 894 of the IBEW became affiliated with the Council. By amending legislation, the bargaining rights of the IBEW, Local 353 in respect of Ellis-Don’s employees were to be extended to Local 894, provided those bargaining rights had not been abandoned by Local 353 prior to the introduction of the province-wide bargaining scheme.

Building and Construction Trades Council (le « Conseil ») une « convention de travail ». Elle s’y engageait à n’employer que les membres des syndicats affiliés au Conseil et à n’accorder des contrats ou des contrats de sous-traitance qu’aux personnes et aux sociétés dont les employés étaient membres en règle de ces syndicats. La convention de travail prévoyait son renouvellement automatique sauf avis de résiliation (cet avis n’a jamais été donné).

La section locale 353 de la Fraternité internationale des ouvriers en électricité (la « section locale 353 de la FIOE ») était affiliée au Conseil. Elle avait et a toujours compétence exclusive dans la région de Toronto (le syndicat intimé, section locale 894, n’était pas encore membre du conseil en 1962).

En 1971, l’Electrical Contractors Association of Toronto déposa auprès de la CRTO une demande d’accréditation en tant qu’agent négociateur pour les entrepreneurs électriciens de Toronto. Conformément à la réglementation alors en vigueur, à la suite du dépôt de cette demande par l’association d’employeurs, la section locale 353 de la FIOE devait fournir, sur un formulaire connu comme l’annexe F, une liste des employeurs à l’égard desquels elle prétendait détenir des droits de négociation.

La section locale 353 de la FIOE omit d’inscrire Ellis-Don en tant qu’employeur dans le formulaire qu’elle a déposé en réponse à la demande de l’Electrical Contractors Association of Toronto.

En 1978, le régime de négociation dans l’industrie a commencé à s’appliquer à l’échelle de la province. La compétence du Conseil s’est étendue au centre de l’Ontario en 1979. La section locale 894 de la FIOE est devenue affiliée au Conseil. Des modifications législatives ont fait en sorte que les droits de négociation de la section locale 353 de la FIOE relativement aux employés de Ellis-Don ont été accordés à la section locale 894, dans la mesure où la section locale 353 n’avait pas renoncé à ces droits avant la mise en œuvre du régime de négociation à l’échelle de la province.

3

4

5

6

7 On January 12, 1990, the Union filed a grievance with the Board, alleging that the appellant had subcontracted electrical construction work to non-union electrical subcontractors, contrary to the provisions of the provincial collective agreement between the Electrical Trade Bargaining Agency of the Electrical Contractors Association of Ontario, the IBEW, and the IBEW Construction Council of Ontario representing its affiliated local unions.

8 A three-member panel of the OLRB presided over by Vice-Chair Susan Tacon heard the grievance. The appellant did not dispute that it had subcontracted some work to non-union electrical contractors. However, it argued that it was not bound by the provincial agreement because the IBEW, Local 353 had abandoned its bargaining rights prior to the introduction of the province-wide bargaining scheme, when it failed to include the name of Ellis-Don in Schedule F of the accreditation proceedings of the Electrical Contractors Association of Toronto. According to Ellis-Don, this omission and the IBEW, Local 894's failure to call evidence to explain it, demonstrated either that the IBEW, Local 894 in fact recognized that it did not hold bargaining rights on behalf of the appellant's employees or that these bargaining rights had been abandoned.

9 After the hearing of the grievance, a draft decision was prepared by Vice-Chair Tacon. This draft proposed to dismiss the grievance on the ground that the IBEW, Local 353 had failed to list Ellis-Don on Schedule F at the time of the certification proceedings of the Electrical Contractors Association of Toronto and was thus deemed to have abandoned its bargaining rights with respect to the appellant:

Local [8]94, the applicant herein, called no evidence to explain the failure of Local 353 to include Ellis-Don on schedule F, as would be expected if the union in the accreditation application thought it possessed bargaining rights vis-à-vis Ellis-Don. Absent an explanation, the most reasonable inference is that the union in the

Le 12 janvier 1990, le syndicat déposa un grief auprès de la Commission, alléguant que l'appelante avait donné en sous-traitance des travaux de construction en électricité à des entrepreneurs dont les employés n'étaient pas syndiqués, contrevenant ainsi aux dispositions de la convention collective provinciale conclue entre l'Electrical Trade Bargaining Agency de l'Electrical Contractors Association of Ontario, la FIOE et le conseil de l'Ontario de la FIOE, représentant ses syndicats locaux affiliés.

Une formation de trois membres de la CRTO présidée par la vice-présidente Susan Tacon entendit le grief. L'appelante ne nia pas avoir accordé des contrats de sous-traitance à des entrepreneurs électriciens dont les employés n'étaient pas syndiqués. Elle prétendit toutefois ne pas être liée par la convention provinciale parce que la section locale 353 de la FIOE avait renoncé à ses droits de négociation avant la mise en œuvre du régime de négociation à l'échelle de la province lorsqu'elle avait omis d'inscrire son nom à l'annexe F de la demande d'accréditation de l'Electrical Contractors Association of Toronto. Selon Ellis-Don, cette omission et le fait que la section locale 894 de la FIOE n'avait pas présenté d'éléments de preuve pour l'expliquer démontrait que la section locale 894 de la FIOE reconnaissait dans les faits qu'elle ne possédait pas de droits de négociation au nom des employés de l'appelante ou qu'elle y avait renoncé.

Après l'audition du grief, la vice-présidente Tacon rédigea un projet de décision. Ce dernier proposait de rejeter le grief pour le motif que la section locale 353 de la FIOE avait omis d'inscrire le nom de Ellis-Don à l'annexe F au moment de la demande d'accréditation de l'Electrical Contractors Association of Toronto et qu'elle était donc réputée avoir renoncé à ses droits de négociation relativement à l'appelante :

[TRADUCTION] La section locale [8]94, la demanderesse en l'espèce, n'a présenté aucun élément de preuve pour expliquer l'omission de la section locale 353 d'inclure Ellis-Don à l'annexe F, ce à quoi on s'attendrait si le syndicat visé par la demande d'accréditation croyait avoir des droits de négociation vis-à-vis Ellis-Don.

accreditation application assumed it did not possess such bargaining rights in 1971, when the accreditation application was filed. In effect, the union was asserting it did not have bargaining rights for Ellis-Don. The respondent union in the accreditation application must be taken to have abandoned whatever bargaining rights it possessed as against Ellis-Don at the latest by that point. The mere use by Ellis-Don of union electrical subcontractors is not tantamount to granting voluntary recognition anew once the bargaining rights created by the working agreement were extinguished.

The consequences of the Board's finding that bargaining rights had been abandoned by Local 353 IBEW prior to 1978 is that that trade union cannot "plug into" the province-wide scheme so that the issue of abandonment post 1978 does not arise. Local [8]94, the applicant in the instant grievance referral, relies on that province-wide scheme to acquire the bargaining rights which it seeks to enforce against Ellis-Don. In the Board's view, no such rights were held by Local 353 in 1978 so that the legislation in 1978 and the subsequent amendments could not extend any bargaining rights to Local [8]94. [Emphasis added.]

The draft decision was circulated among all the members of the OLRB and Vice-Chair Tacon called a full Board meeting to discuss its implications. It appears that this meeting was held on January 27, 1992.

On February 28, 1992, the Board released its final decision, upholding the grievance (Board member Trim dissenting): [1992] OLRB Rep. 147. The majority found that there had been no abandonment of bargaining rights by the Union in spite of the omission of Ellis-Don from schedule F (at para. 54):

The absence of evidence to explain the omission of Ellis-Don from the schedule F filed by Local 353, IBEW in the accreditation application is of concern to the Board. The question for the Board is whether this omission, of itself, is sufficient, in the context of all the other circumstances, to cause the Board to conclude that Local 353 had abandoned the bargaining rights it had earlier obtained. The omission of Ellis-Don's name is

Faute d'explication, la conclusion la plus raisonnable à tirer est que le syndicat visé par la demande d'accréditation a tenu pour acquis qu'il n'avait pas de droits de négociation en 1971, au moment du dépôt de la demande d'accréditation. Dans les faits, le syndicat affirmait ne pas avoir de droits de négociation concernant Ellis-Don. Le syndicat intimé visé par la demande d'accréditation doit être considéré comme ayant renoncé à tout droit de négociation qu'il pouvait avoir relativement à Ellis-Don au plus tard à ce moment-là. Le simple recours par Ellis-Don à des sous-traitants dont les employés étaient syndiqués n'équivaut pas à une nouvelle reconnaissance volontaire une fois éteints les droits de négociation créés par la convention de travail.

La conclusion de la Commission que la section locale 353 de la FIOE avait renoncé aux droits de négociation avant 1978 a comme conséquence que le syndicat ne peut pas « s'intégrer » au régime provincial, de sorte que la question de la renonciation après 1978 ne se pose pas. La section locale [8]94, la demanderesse dans le cadre du présent grief, invoque ce régime provincial en vue d'acquiescer les droits de négociation qu'elle entend faire respecter par Ellis-Don. La Commission est d'avis que la section locale 353 n'avait aucun droit de négociation en 1978, de sorte que les dispositions législatives de 1978 et les modifications subséquentes n'ont pas pu conférer un tel droit à la section locale [8]94. [Je souligne.]

Le projet de décision fut transmis à tous les membres de la CRTO et la vice-présidente Tacon convoqua une réunion plénière de la Commission pour discuter de ses effets. Cette réunion aurait eu lieu le 27 janvier 1992.

Le 28 février 1992, la Commission rendit sa décision définitive, qui accueillait le grief (le membre Trim étant dissident) : [1992] OLRB Rep. 147. Les membres majoritaires conclurent, au par. 54, que le syndicat n'avait pas renoncé à ses droits de négociation malgré l'omission du nom de Ellis-Don à l'annexe F :

[TRADUCTION] L'absence de preuve expliquant l'omission du nom de Ellis-Don à l'annexe F déposée par la section locale 353 de la FIOE dans le cadre de la demande d'accréditation préoccupe la Commission, qui estime qu'il s'agit de savoir si cette omission est suffisante en soi, dans le contexte de l'ensemble des autres circonstances, pour lui permettre de conclure que la section locale 353 avait renoncé aux droits de négociation

10

11

not inconsistent with abandonment and, thus, may signify what respondent counsel asserts. However, that omission is also consistent with an assumption on the part of the Local that the accreditation application affected only specialty contractors or that schedule F speaks only to employers for whom the Local held bargaining rights but who had had employees in the past (albeit not within the previous year). It appears (and there is no cogent evidence to suggest otherwise) that the employer association represented specialty electrical contractors, not general contractors. In that context, the name of Ellis-Don may have been omitted, in the respondent union's reply, as apparently were the names of other general contractors who had signed the working agreement, to reflect the framing of the original application. The question is not what is the most reasonable or a reasonable inference from the omission of Ellis-Don's name but whether the omission signifies abandonment. In the Board's opinion, it is more probable than not that the omission of Ellis-Don's name from schedule F did not reflect an abandonment of bargaining rights. As well, the context of a consistent pattern of Ellis-Don's subletting electrical work to "union" contractors prior to the accreditation application, although not necessarily conclusive proof of the existence of bargaining rights (see paragraph 46 above), cannot be ignored. Given the Board's finding that the working agreement was duly executed by the parties and constituted a series of voluntary recognition agreements, including the voluntary recognition of Local 353, and given that the working agreement was never terminated but, rather, that at least with respect to the subcontracting of electrical work, Ellis-Don fully complied with that agreement for many years with Ellis-Don receiving the advantages of the working agreement during that period, the Board is not satisfied, as a matter of fact, that the bargaining rights of Local 353 were abandoned because of the omission of Ellis-Don's name from schedule F. In short, considering all the circumstances, the Board does not find that Local 353 abandoned its bargaining rights prior to the introduction of province-wide bargaining. [Emphasis added.]

qu'elle avait obtenus auparavant. L'omission du nom de Ellis-Don n'est pas incompatible avec une renonciation et peut donc signifier ce que l'avocat de l'intimée affirme. Cependant, cette omission est compatible également avec le fait que la section locale aurait tenu pour acquis que la demande d'accréditation ne touchait que les entrepreneurs spécialisés ou que l'annexe F ne s'appliquait qu'aux employeurs relativement auxquels la section locale avait des droits de négociation mais qui avaient eu des employés dans le passé (quoique pas dans l'année précédente). Il semble (et il n'y a aucune preuve convaincante du contraire) que l'association d'employeurs représentait les entrepreneurs électriciens spécialisés, et non pas les entrepreneurs généraux. Dans ce contexte, le nom de Ellis-Don peut avoir été omis dans la réponse du syndicat intimé, comme l'ont apparemment été les noms d'autres entrepreneurs généraux qui avaient signé la convention de travail, compte tenu du cadre de la demande initiale. La question n'est pas de savoir quelle est la conclusion la plus raisonnable ou quelle serait une conclusion raisonnable à tirer de l'omission du nom de Ellis-Don, mais bien de savoir si cette omission équivaut à une renonciation. La Commission est d'avis qu'il est plus probable que l'omission du nom de Ellis-Don à l'annexe F n'indiquait pas une renonciation aux droits de négociation. De même, bien qu'elle ne constitue pas nécessairement une preuve concluante de l'existence de droits de négociation (voir le paragraphe 46 ci-dessus), il ne faut pas faire abstraction de la pratique constante de Ellis-Don de donner en sous-traitance des travaux en électricité à des entrepreneurs dont les employés sont syndiqués. Étant donné la conclusion de la Commission que la convention de travail a été dûment signée par les parties et qu'elle constituait un ensemble d'ententes de reconnaissance volontaire, notamment la reconnaissance volontaire de la section locale 353, et étant donné que la convention de travail n'a jamais été résiliée, mais plutôt que, au moins en ce qui concerne la sous-traitance de travaux d'électricité, Ellis-Don s'est entièrement conformée pendant de nombreuses années à cette convention et qu'elle en a bénéficié pendant cette période, la Commission n'est pas convaincue que, en tant que question de fait, la section locale 353 a renoncé aux droits de négociation en raison de l'omission du nom de Ellis-Don à l'annexe F. En résumé, vu l'ensemble des circonstances, la Commission estime que la section locale 353 n'a pas renoncé à ses droits de négociation avant la mise en œuvre du régime de négociation à l'échelle de la province. [Je souligne.]

A few weeks later, in March 1992, a retired member of the OLRB handed over to Ellis-Don a copy of the draft that had been circulated to all members of the Board. From the same source, Ellis-Don also learned that a full Board meeting had been held at the request of Vice-Chair Tacon to consider the draft decision.

Ellis-Don claimed that there was a breach of natural justice and that jurisprudential rules governing institutional consultations had been violated. Without asking for reconsideration of the decision, it applied for judicial review. According to the appellant, the change between the draft decision and the arbitration award ultimately released by the Board was of a factual nature as opposed to a legal or policy change. This indicated that facts had been discussed at the full board meeting, contrary to the principles established by this Court in *Consolidated-Bathurst, supra*.

Prior to the hearing of the application for judicial review, the appellant sought an interlocutory order to stay the decision of the OLRB; it also requested that several members of the Board be summoned for examination before an official examiner and that certain documents be produced. In July 1992, Steele J., of the Ontario Divisional Court, granted an order compelling members of the Board to appear before an official examiner, but refused to stay the decision and to order the production of documents: (1992), 95 D.L.R. (4th) 56. In January 1994, a three-judge panel of the Divisional Court reversed the decision of Steele J. and decided that the members of the Board could not be compelled to appear before an official examiner: (1994), 16 O.R. (3d) 698. The Divisional Court based its decision on the common law rule respecting the compellability of administrative tribunal members and on s. 111 of the Ontario *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2 (now S.O. 1995, c. 1, s. 117). Leave to appeal this decision was denied by the Ontario Court of Appeal in

Quelques semaines plus tard, en mars 1992, un membre à la retraite de la CRTO remit à Ellis-Don une copie du projet qui avait été envoyé à tous les membres de la Commission. De la même source, Ellis-Don apprit également qu'une réunion plénière de la Commission avait été tenue à la demande de la vice-présidente Tacon pour examiner le projet de décision.

Ellis-Don prétendit qu'il y avait eu violation des règles de justice naturelle et que les règles jurisprudentielles régissant les consultations institutionnelles n'avaient pas été respectées. Sans solliciter un nouvel examen de la décision, elle présenta une demande de contrôle judiciaire. Selon l'appelante, la modification survenue entre le projet de décision et la décision arbitrale rendue par la suite par la Commission était de nature factuelle, par opposition à une modification de nature juridique ou de principe. Cela indiquait que les faits avaient été discutés à la réunion plénière de la Commission, en contravention des principes établis par notre Cour dans l'arrêt *Consolidated-Bathurst*, précité.

Avant l'audition de la demande de contrôle judiciaire, l'appelante demanda que soit rendue une ordonnance interlocutoire suspendant la décision de la CRTO; elle requit aussi l'assignation à comparaître pour fins d'interrogatoire de plusieurs membres de la Commission devant un auditeur officiel ainsi que la production de certains documents. En juillet 1992, le juge Steele, de la Cour divisionnaire de l'Ontario, ordonna aux membres de la Commission de comparaître devant un auditeur officiel mais refusa de suspendre la décision et d'ordonner la production des documents : (1992), 95 D.L.R. (4th) 56. En janvier 1994, une formation de trois juges de la Cour divisionnaire infirma la décision du juge Steele et affirma que les membres de la Commission ne pouvaient pas être contraints à comparaître devant un auditeur officiel : (1994), 16 O.R. (3d) 698. La Cour divisionnaire fonda sa décision sur la règle de common law relative à la contraignabilité des membres des tribunaux administratifs et sur l'art. 111 de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. L.2 (maintenant L.O. 1995, ch. 1, art. 117). L'autorisation d'interjeter appel de cette décision fut refusée

12

13

14

June 1994 and by the Supreme Court of Canada in January 1995, [1995] 1 S.C.R. vii.

par la Cour d'appel de l'Ontario en juin 1994 et par la Cour suprême du Canada en janvier 1995, [1995] 1 R.C.S. vii.

15 On December 20, 1995, the Divisional Court dismissed the appellant's application for judicial review. A unanimous Court of Appeal confirmed this judgment in April 1998

Le 20 décembre 1995, la Cour divisionnaire rejeta la demande de contrôle judiciaire de l'appelante. La Cour d'appel, à l'unanimité, confirma ce jugement en avril 1998.

### III. Relevant Statutory Provisions

### III. Les dispositions législatives pertinentes

16 *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1

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

**114.** (1) The Board has exclusive jurisdiction to exercise the powers conferred upon it by or under this Act and to determine all questions of fact or law that arise in any matter before it, and the action or decision of the Board thereon is final and conclusive for all purposes, but nevertheless the Board may at any time, if it considers it advisable to do so, reconsider any decision, order, direction, declaration or ruling made by it and vary or revoke any such decision, order, direction, declaration or ruling. [Previously s. 108 of the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2.]

**114.** (1) La Commission a compétence exclusive pour exercer les pouvoirs que lui confère la présente loi ou qui lui sont conférés en vertu de celle-ci et trancher toutes les questions de fait ou de droit soulevées à l'occasion d'une affaire qui lui est soumise. Ses décisions ont force de chose jugée. Toutefois, la Commission peut à l'occasion, si elle estime que la mesure est opportune, réviser, modifier ou annuler ses propres décisions, ordonnances, directives ou déclarations. [Auparavant l'art. 108 de la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1990, ch. L.2.]

**117.** Except with the consent of the Board, no member of the Board, nor its registrar, nor any of its other officers, nor any of its clerks or servants shall be required to give testimony in any civil proceeding or in any proceeding before the Board or in any proceeding before any other tribunal respecting information obtained in the discharge of their duties or while acting within the scope of their employment under this Act.

**117.** Sauf si la Commission y consent, ses membres, son registraire, et les autres membres de son personnel sont exemptés de l'obligation de témoigner dans une instance civile ou dans une instance devant la Commission ou devant toute autre commission, en ce qui concerne des renseignements obtenus dans le cadre de leurs fonctions ou en rapport avec celles-ci dans le cadre de la présente loi.

### IV. Judicial History

### IV. Historique des procédures judiciaires

A. *Divisional Court (Decision on the Application for Judicial Review)* (1995), 89 O.A.C. 45

A. *La Cour divisionnaire (Décision relative à la demande de contrôle judiciaire)* (1995), 89 O.A.C. 45

17 The court dismissed the application for judicial review. Adams J., writing for the panel, found that the difference between the draft and the final decisions reflected a change in the applicable policy or legal standard, but not a new determination of the facts. Adams J. noted that the fact that IBEW, Local 353 had omitted Ellis-Don's name from Schedule F of the accreditation proceedings of the Electrical Contractors Association of Toronto and the fact that this association represented specialty electrical contractors, not general contractors,

La cour rejeta la demande de contrôle judiciaire. Le juge Adams, s'exprimant au nom de la formation, conclut que la différence entre le projet et la décision définitive constituait une modification des principes ou de la norme juridique applicables, mais non pas une nouvelle détermination des faits. Il souligna que le fait que la section locale 353 de la FIOE avait omis d'inscrire le nom de Ellis-Don à l'annexe F de la demande d'accréditation de l'Electrical Contractors Association of Toronto et le fait que cette association représentait les entre-

remained unchanged between the draft decision and the final award. For Adams J., the Board simply had to decide whether the omission, in and of itself, dictated the conclusion of abandonment. He wrote (at p. 55):

This determination had a substantial and obvious policy component, notwithstanding the particular manner in which the panel expressed itself. In this sense, it involved a matter which could be addressed at a level of principle without offending the requirements of natural justice.

Adams J. listed several policy options open to the Board: (i) the omission could constitute *per se* evidence of abandonment; (ii) the omission could give rise to a rebuttable presumption of abandonment (thus requiring an explanation from the IBEW, Local 894); (iii) the omission could constitute a factor to be considered along with the rest of the evidence before the Board; or (iv) the omission could be irrelevant to the issue of abandonment. Adams J. concluded that the Board had determined that the omission was a factor to be considered, without being determinative in the circumstances, even in the absence of an explanation from the IBEW, Local 894.

Adams J. noted that the conclusion of the arbitration award was consistent with the unlikelihood that the Union intended to abandon its bargaining rights and with the case law and policy of the Board which required unequivocal evidence that a trade union has “slept on its rights” (p. 56). Accordingly, Adams J. found that there was no basis to infer that members of the Board who were not on the hearing panel might have participated in the panel’s fact-finding. Adams J. referred to the decision of the Ontario Court of Appeal in *Khan v. College of Physicians & Surgeons of Ontario* (1992), 94 D.L.R. (4th) 193, to support the idea that modern decision-making cannot be made in complete isolation. Adams J. explained that, if the appellant suspected that there had been a discussion of factual issues at the full Board meeting, it

preneurs électriciens spécialisés, et non pas les entrepreneurs généraux, n’avaient pas changé entre le projet de décision et la décision définitive. Selon le juge Adams, la Commission devait simplement déterminer si l’omission en soi menait nécessairement à la conclusion qu’il y avait eu renonciation. Il a écrit, à la p. 55 :

[TRADUCTION] Cette détermination comportait un élément de principe important et manifeste, malgré la manière particulière dont le la formation s’est exprimée. Dans ce sens, elle comportait une question qui pouvait être tranchée au niveau des principes sans contrevenir aux exigences de la justice naturelle.

Le juge Adams énuméra plusieurs choix de principe qui s’offraient à la Commission : (i) l’omission pouvait constituer en soi la preuve de la renonciation; (ii) l’omission pouvait donner lieu à une présomption réfutable de renonciation (ce qui aurait donc obligé la section locale 894 de la FIOE à fournir une explication); (iii) l’omission pouvait constituer un facteur à examiner au même titre que les autres éléments de preuve soumis à la Commission; ou (iv) l’omission pouvait n’avoir aucune pertinence quant à la question de la renonciation. Il conclut que la Commission avait décidé que l’omission était un facteur à prendre en considération, sans qu’elle ne soit déterminante dans les circonstances, même en l’absence d’explication de la part de la section locale 894 de la FIOE.

Le juge Adams fit remarquer que la conclusion de la décision arbitrale était compatible avec l’improbabilité d’une intention du syndicat de renoncer à ses droits de négociation ainsi qu’avec la jurisprudence et la politique de la Commission, qui exigeait la preuve sans équivoque qu’un syndicat avait [TRADUCTION] « négligé de faire valoir ses droits » (p. 56). Par conséquent, à son avis, rien ne permettait de déduire que les membres de la Commission qui ne faisaient pas partie de la formation ayant entendu l’affaire auraient peut-être participé à l’appréciation des faits. Il cita la décision rendue par la Cour d’appel de l’Ontario dans *Khan c. College of Physicians & Surgeons of Ontario* (1992), 94 D.L.R. (4th) 193, à l’appui de l’idée que, de nos jours, la prise de décision ne peut pas avoir lieu dans un isolement complet. Il expliqua que, si l’ap-

18

19

should, at least as a matter of courtesy, have given the Board an opportunity to explain itself by seeking reconsideration. Finally, in the opinion of Adams J., the decision of the Board was not patently unreasonable.

B. *Court of Appeal* (1998), 38 O.R. (3d) 737

20 A unanimous Court of Appeal dismissed the appeal. It held that the appellant had not established that the change in the panel's decision was the consequence of interference by the full Board in the panel's fact-finding process. A review of the record revealed that the possibility of interference by the full Board on factual matters amounted to little more than speculation. The court was satisfied that the change was the result of the application of a different legal standard to the facts introduced in evidence before the panel.

21 The court held, at p. 740, that the panel had not speculated on the intention of the IBEW, Local 353 in omitting the appellant's name from Schedule F:

The fact of the omission, that the employer association involved in the application represented special electrical contractors, not general contractors, that Ellis-Don is a general contractor who had signed the provincial working agreement, that other general contractors who had signed the agreement were also omitted from Schedule F, that Ellis-Don obtained the benefit of the agreement and that it had used only unionized electrical contractors until the grievance gave rise to this dispute, were all in evidence and were not speculation.

22 The Court of Appeal also found that the Divisional Court had correctly refused to draw an adverse inference from the Board's refusal to disclose the internal deliberations which took place at the full Board meeting. According to the Court of Appeal, a presumption of regularity applied, as there was no evidence that the procedure at the full

pelante estimait que des questions de fait avaient été discutées à la réunion plénière de la Commission, elle aurait dû, au moins par courtoisie, donner à la Commission la possibilité de s'expliquer en demandant un nouvel examen. Enfin, le juge Adams était d'avis que la décision de la Commission n'était pas manifestement déraisonnable.

B. *La Cour d'appel* (1998), 38 O.R. (3d) 737

La Cour d'appel rejeta l'appel à l'unanimité. Elle a considéré que l'appelante n'avait pas démontré que la modification de la décision de la formation avait été causée par l'ingérence de l'ensemble des membres de la Commission dans le processus d'appréciation des faits de la formation. L'examen du dossier avait révélé que la possibilité d'ingérence de la part de l'ensemble des membres de la Commission relativement aux questions de fait constituait tout au plus une hypothèse. La cour était convaincue que la modification découlait de l'application d'une norme juridique différente aux faits présentés en preuve devant la formation.

La cour conclut, à la p. 740, que la formation n'avait pas émis d'hypothèses sur les intentions de la section locale 353 de la FIOE, lorsqu'elle a omis d'inscrire le nom de l'appelante à l'annexe F :

[TRADUCTION] Les faits selon lesquels il y a eu omission, que l'association d'employeurs visée par la demande représentait des entrepreneurs électriciens spécialisés, et non pas des entrepreneurs généraux, que Ellis-Don est un entrepreneur général qui avait signé la convention de travail provinciale, que le nom d'autres entrepreneurs généraux ayant signé la convention a également été omis à l'annexe F, que Ellis-Don a bénéficié de la convention et qu'elle n'avait fait appel qu'à des entrepreneurs électriciens dont les employés étaient syndiqués jusqu'au grief ayant donné lieu au présent litige, ont tous été présentés en preuve et n'étaient pas des hypothèses.

La Cour d'appel décida également que la Cour divisionnaire avait refusé avec raison de tirer une conclusion défavorable du refus de la Commission de révéler le contenu des délibérations internes qui avaient eu lieu à sa réunion plénière. À son avis, une présomption de régularité s'appliquait puisqu'il n'y avait aucune preuve que la procédure sui-



Board meeting in question departed from its usual practice, whereby discussion was limited to the policy implications of a draft decision. The mere fact that the construction panel had changed its conclusion could not give rise to an inference that the Board had acted improperly during the consultation process.

#### V. The Issues

This appeal does not challenge the legality of an institutional consultation process within administrative bodies like the OLRB. Moreover, there has been no suggestion that the Court should revisit the rules established in *Consolidated-Bathurst, supra*, and *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952. At issue in this appeal is whether the Board complied with these rules when it held the full Board meeting and discussed the grievance against Ellis-Don. This requires us to discuss the nature of the evidentiary burden on a party applying for judicial review because of an alleged breach of natural justice.

The appellant submits several closely linked propositions. First, it asserts that the change in the final decision was of a factual nature and that this is sufficient to prove that factual matters were discussed at the full Board meeting. The appellant also contends that the Court should intervene as the change raises a reasonable apprehension of a breach of natural justice. It suggests that the refusal of the Board to offer evidence about its internal decision proceedings gave rise to the application of a presumption of irregularity that would permit courts to imply that there has been improper tampering with the evidence during the full Board conference.

The Court also has to decide whether the appellant's failure to ask for reconsideration of the Board's decision constitutes a bar to judicial review.

vie à la réunion plénière en question était différente de la pratique habituelle, en vertu de laquelle la discussion était limitée aux répercussions de principe d'un projet de décision. Le simple fait que la formation du secteur de la construction avait modifié sa conclusion ne pouvait pas entraîner la déduction que la Commission avait agi de façon inappropriée au cours du processus de consultation.

#### V. Les questions en litige

Le présent pourvoi ne conteste pas la légalité du processus de consultation institutionnelle des organismes administratifs comme la CRTO. De plus, on n'a pas prétendu que notre Cour devait réexaminer les règles établies dans les arrêts *Consolidated-Bathurst*, précité, et *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952. Est en litige dans le présent pourvoi la question de savoir si la Commission s'est conformée à ces règles lorsqu'elle a tenu sa réunion plénière pour discuter du grief déposé contre Ellis-Don. Nous devons donc examiner la nature du fardeau de présentation de la partie qui demande un contrôle judiciaire en raison d'une présumée violation des règles de justice naturelle.

L'appelante présente plusieurs arguments étroitement liés. Premièrement, elle affirme que la modification apportée dans la décision définitive était de nature factuelle et que cela suffit pour prouver que des questions de fait ont été abordées à la réunion plénière de la Commission. L'appelante soutient également que notre Cour doit intervenir puisque la modification soulève une crainte raisonnable de violation des règles de justice naturelle. Elle avance que le refus de la Commission de présenter des éléments de preuve relativement à son processus décisionnel interne entraîne l'application d'une présomption d'irrégularité qui permettrait aux tribunaux de déduire qu'il y a eu manipulation de la preuve au cours de la réunion plénière de la Commission.

Notre Cour doit également déterminer si l'omission de l'appelante de demander un nouvel examen de la décision de la Commission rend irrecevable sa demande de contrôle judiciaire.

23

24

25

VI. AnalysisA. *The Rules Concerning Institutional Consultation*

26 The problems relating to procedures of institutional consultation within administrative bodies have been thoroughly canvassed in the reasons of Gonthier J. in *Consolidated-Bathurst*, *supra*, and *Tremblay*, *supra*. A mere reminder of the principles set out in these decisions will suffice here to deal with the main legal issues presented by this case.

27 In the *Consolidated-Bathurst* case, the legality of institutional consultation procedures within administrative bodies had been put in doubt for two reasons. First, it was argued that these procedures created a reasonable apprehension of bias and lack of independence on the part of the adjudicators. The members of an administrative body hearing a case might be subject to undue pressure from other colleagues or from their hierarchical superiors. These pressures would come from persons who would not have heard the evidence nor the arguments of the parties, and would nevertheless be in a position to influence the final decision. Second, it was suggested that these consultations also breached the *audi alteram partem* rule, as new arguments might be raised during the full Board discussion without being communicated to the parties.

28 Writing for the majority, Gonthier J. recognized the legitimacy of institutional consultations to ensure consistency between decisions of different adjudicators or panels within an administrative body. Indeed, the critical nature of this procedure was underlined later by the judgment of this Court in *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756. Writing for a unanimous Court, L'Heureux-Dubé J. observed that ensuring the consistency of decisions of administrative bodies or tribunals was not a proper function of judicial review by superior courts. Inconsistencies or conflicts between different decisions of the same tribu-

VI. AnalyseA. *Les règles relatives à la consultation institutionnelle*

Les problèmes relatifs aux procédures de consultation institutionnelle des organismes administratifs ont été exposés de façon exhaustive dans les motifs du juge Gonthier dans les arrêts *Consolidated-Bathurst* et *Tremblay*, précités. Un simple rappel des principes établis dans ces décisions suffit pour les fins de l'examen des principales questions en litige soulevées par la présente affaire.

Dans l'affaire *Consolidated-Bathurst*, la légalité des procédures de consultation institutionnelle des organismes administratifs avait été mise en doute pour deux motifs. En premier lieu, on a prétendu que ces procédures créaient une crainte raisonnable de partialité et d'un manque d'indépendance de la part des arbitres. Les membres d'un organisme administratif qui entendent une affaire sont susceptibles de faire l'objet de pressions indues de la part de leurs collègues ou de leurs supérieurs hiérarchiques. Ces pressions proviendraient de personnes qui n'auraient pas entendu la preuve ni les arguments des parties et qui seraient néanmoins bien placées pour influencer la décision définitive. En second lieu, on a prétendu que ces consultations contrevenaient également à la règle *audi alteram partem*, puisque de nouveaux arguments pouvaient être soulevés pendant les discussions de la réunion plénière de la Commission sans être communiqués aux parties.

S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Gonthier a reconnu la légitimité des consultations institutionnelles en tant que moyen d'assurer la cohérence des décisions rendues par différents arbitres ou différentes formations au sein d'un organisme administratif. D'ailleurs, l'importance vitale de cette procédure a par la suite été soulignée par notre Cour dans l'arrêt *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756. S'exprimant au nom de notre Cour à l'unanimité, le juge L'Heureux-Dubé a fait remarquer qu'il n'appartient pas aux cours de juridiction supérieure d'assurer la cohérence des décisions des organismes et

nal would not be reason to intervene, provided the decisions themselves remained within the core jurisdiction of the administrative tribunals and within the bounds of rationality. It lay on the shoulders of the administrative bodies themselves to develop the procedures needed to ensure a modicum of consistency between its adjudicators or divisions (*Domtar, supra*, at p. 798).

1. Apprehension of Bias or Lack of Independence

In *Consolidated-Bathurst, supra*, Gonthier J. examined whether the existence of this kind of institutional consultation procedure in itself created an apprehension of bias or lack of independence as Sopinka J. feared in his dissent. According to Gonthier J., such a procedure would not of itself raise such an apprehension, provided it was designed to safeguard the ability of the decision-maker to decide independently both on facts and law in the matter. Gonthier J. laid down a set of basic principles to ensure compliance with the rules of natural justice. First, the consultation proceeding could not be imposed by a superior level of authority within the administrative hierarchy, but could be requested only by the adjudicators themselves. Second, the consultation had to be limited to questions of policy and law. The members of the organization who had not heard the evidence could not be allowed to re-assess it. The consultation had to proceed on the basis of the facts as stated by the members who had actually heard the evidence. Finally, even on questions of law and policy, the decision-makers had to remain free to take whatever decision they deemed right in their conscience and understanding of the facts and the law, and not be compelled to adopt the views expressed by other members of the administrative tribunal. Provided these rules were respected, insti-

des tribunaux administratifs dans le cadre de leur fonction de contrôle judiciaire. Des incohérences ou des contradictions entre les différentes décisions du même tribunal ne constitueraient pas un motif d'intervention, pourvu que les décisions elles-mêmes relèvent de la compétence fondamentale du tribunal administratif et qu'elles soient raisonnables. Il incombait aux organismes administratifs eux-mêmes d'élaborer les procédures requises pour assurer un minimum de cohérence entre ses arbitres ou ses divisions (*Domtar, précité*, p. 798).

1. Crainte de partialité ou de manque d'indépendance

Dans l'arrêt *Consolidated-Bathurst, précité*, le juge Gonthier a examiné la question de savoir si l'existence de ce genre de procédure de consultation institutionnelle créait en soi une crainte de partialité ou de manque d'indépendance, comme le redoutait le juge Sopinka dans sa dissidence. Selon le juge Gonthier, une telle procédure ne soulevait pas en soi cette crainte, pourvu qu'elle soit conçue de manière à protéger la capacité de l'arbitre de se prononcer de façon indépendante tant sur les faits que sur le droit dans l'affaire en cause. Il a formulé un ensemble de principes essentiels visant à assurer le respect des règles de justice naturelle. Premièrement, la procédure de consultation ne pouvait pas être imposée par un niveau d'autorité supérieur dans la hiérarchie administrative, mais ne pouvait être demandée que par les arbitres eux-mêmes. Deuxièmement, la consultation devait se limiter aux questions de principe et de droit. On ne pouvait pas permettre aux membres de l'organisation qui n'avaient pas entendu les témoignages de les réévaluer. La consultation devait reposer sur les faits énoncés par les membres qui avaient entendu les témoignages. Enfin, même relativement aux questions de droit et de principe, les arbitres devaient demeurer libres de prendre la décision qu'ils jugeaient juste selon leur conscience et selon leur compréhension des faits et du droit, et ne pas être forcés d'adopter les opinions exprimées par d'autres membres du tribunal administratif. Dans la mesure où ces règles étaient respectées, la consultation institutionnelle ne créait pas de crainte

tutional consultation would not create a reasonable apprehension of bias or lack of independence.

raisonnable de partialité ou de manque d'indépendance.

30 It is noteworthy that also at issue in the *Consolidated-Bathurst* case were the consultation proceedings followed within the OLRB. The majority decided that such procedures did not create a reasonable apprehension of bias or lack of independence.

Il importe de signaler que l'affaire *Consolidated-Bathurst* portait aussi sur la procédure de consultation suivie par la CTRO. Notre Cour a décidé à la majorité que les procédures de cette nature ne créaient pas de crainte raisonnable de partialité ou de manque d'indépendance.

31 The principles developed in *Consolidated-Bathurst* were also applied in the later case of *Tremblay, supra*. In the *Tremblay* case, the Supreme Court of Canada considered that the consultation procedures were imposed from above on the decision-makers and that they were so formalized that they became binding on the triers of facts, therefore compromising their independence.

Les principes élaborés dans *Consolidated-Bathurst* ont également été appliqués dans l'arrêt ultérieur *Tremblay*, précité. Dans *Tremblay*, notre Cour a jugé que les procédures de consultation étaient imposées aux décideurs par les autorités supérieures et qu'elles étaient si rigides qu'elles liaient les juges des faits et compromettaient donc leur indépendance.

## 2. *Audi Alteram Partem*

## 2. La règle *audi alteram partem*

32 The other issue in *Consolidated-Bathurst* concerned the impact of the consultation proceeding on the application of the *audi alteram partem* rule. The reasons of Gonthier J. conceded that there existed risks in that regard, but held that they could be addressed by ensuring that the parties be notified of any new issue raised during the discussion and allowed an opportunity to respond in an effective manner. The mere fact that issues already litigated between the parties were to be discussed again by the full Board would not amount to a breach of the *audi alteram partem* rule.

L'autre question en litige dans *Consolidated-Bathurst* portait sur l'effet de la procédure de consultation sur l'application de la règle *audi alteram partem*. Dans ses motifs, le juge Gonthier a admis qu'il existait des risques à cet égard, mais il était d'avis que ces risques pouvaient être éliminés si on veillait à ce que les parties soient avisées de toute nouvelle question soulevée pendant la discussion et qu'elles aient la possibilité de répondre de manière efficace. Le simple fait que des questions ayant déjà été débattues par les parties soient discutées de nouveau au cours d'une réunion plénière de la Commission ne constituait pas une violation de la règle *audi alteram partem*.

33 Provided these rules were complied with, the adjudicators retained the right to change their minds and to modify a first draft of a decision. Such changes would not create a presumption that something improper had occurred during the consultation process. In the absence of other evidence to the contrary, the presumption of regularity of administrative procedures would apply.

Dans la mesure où ces règles étaient respectées, les arbitres conservaient le droit de changer d'idée et de modifier un projet de décision initial. Une modification de cette nature ne donnait pas lieu à la présomption que quelque chose d'inapproprié s'était produit pendant le processus de consultation. En l'absence d'éléments de preuve contraires, la présomption de régularité des procédures administratives s'appliquait.

## B. Application to the Case at Hand

These principles, as set out in *Consolidated-Bathurst, supra*, and applied in *Tremblay, supra*, govern the present case. As the appellant bears the burden of establishing that the rules of natural justice have been breached, so it must demonstrate that there was inappropriate tampering with the assessment of evidence.

### 1. Evidentiary Problems

The appellant faced difficult evidentiary problems when it launched its application for judicial review. The only facts it knew were that a draft decision dismissing the grievance had been circulated, that a full meeting of the OLRB had been called at the request of Vice-Chair Susan Tacon, that such a meeting had indeed been held and that the final arbitration award upheld the grievance.

The final decision was silent as to what had happened during the full Board meeting. As stated above, there has been no request for reconsideration, and thus, perhaps, an opportunity was lost to obtain information on the consultation process within the OLRB. From these facts, there is no direct evidence of improper tampering with the decision of the panel. Ellis-Don sought to strengthen its case by obtaining evidence of what had happened during the consultation process. The appellant tried to get this evidence through an interlocutory motion to examine certain members and officers of the OLRB. After the dismissal of its motion by the Divisional Court, Ellis-Don found itself in an impasse, as it could not obtain evidence of the process followed in the particular case from the OLRB through the interrogation of its members or officers.

The appellant then tried a new tack during the hearing of its application for judicial review. The purpose of its argument remained the same: to establish an improper interference by the full Board in the decision of the panel. Thus, it sought to convince the courts that the change in the deci-

## B. Application à la présente affaire

Ces principes, énoncés dans *Consolidated-Bathurst*, précité, et appliqués dans *Tremblay*, précité, régissent la présente affaire. De la même manière que l'appelante a le fardeau de démontrer que les règles de justice naturelle n'ont pas été respectées, elle doit également démontrer que l'évaluation de la preuve a fait l'objet de manipulation.

### 1. Les problèmes de preuve

L'appelante faisait face à de difficiles problèmes de preuve lorsqu'elle a institué sa demande de contrôle judiciaire. Les seuls faits qu'elle connaissait étaient qu'un projet de décision rejetant le grief avait été diffusé, qu'une réunion plénière de la CRTO avait été convoquée à la demande de la vice-présidente Susan Tacon, que cette réunion avait effectivement eu lieu et que la décision arbitrale définitive avait confirmé le grief.

La décision définitive ne faisait pas état de ce qui s'était passé à la réunion plénière de la Commission. Comme je l'ai mentionné précédemment, aucune demande de nouvel examen n'a été présentée, de sorte que la possibilité d'obtenir des renseignements sur le processus de consultation de la CRTO a peut-être été perdue. À la lumière de ces faits, il n'existe aucune preuve directe de manipulation de la décision de la formation. Ellis-Don a tenté de renforcer sa preuve en obtenant des éléments de preuve sur ce qui s'était passé pendant le processus de consultation. Elle a cherché à obtenir ces éléments de preuve au moyen d'une requête interlocutoire pour interrogatoire de certains membres et de certains dirigeants de la CRTO. Sa requête ayant été rejetée par la Cour divisionnaire, Ellis-Don s'est trouvée dans une impasse, ne pouvant pas obtenir de la CRTO d'éléments de preuve sur le processus suivi dans son cas en interrogeant ses membres ou ses dirigeants.

L'appelante a alors emprunté une nouvelle avenue au cours de l'audition de sa demande de contrôle judiciaire. Le but de son argument est resté le même : démontrer l'ingérence inappropriée de l'ensemble des membres de la Commission dans la décision de la formation. Elle a donc cherché à

34

35

36

37

sion was of a factual nature and that it could properly be implied that a discussion of the facts had occurred at the full Board meeting. It also suggested that the threshold for judicial review in such a case was an apprehension of breach of natural justice and that there was no need to establish an actual breach of the *audi alteram partem* rule. It argued that such an apprehended breach of natural justice had been established through a displacement of the presumption of regularity of the administrative proceedings of the Board. According to the appellant, it fell to the respondents to establish that the proceedings had not been tainted by any breach of natural justice. Absent evidence to this effect, the Court should find that there was a breach of natural justice, that the Board had been biased and that the *audi alteram partem* rule had been violated. This un rebutted presumption would justify granting the application for judicial review and quashing the decision of the Board.

## 2. The Nature of the Change

38 The appeal rests on the argument that there was a change in the assessment of facts. It stressed that the only explanation for the change was the Board's acceptance of the factual theory advanced by the Union that had originally been rejected in the draft. Starting from that premise, Ellis-Don argued that in the circumstances, there were enough elements to reverse the presumption of regularity of the proceedings of the Board and to conclude that factual matters had been discussed at the full Board meeting. Thus, we first have to examine the nature of the change in question.

39 From the outset, it must be conceded that the distinction between mixed questions of fact and law as opposed to pure questions of law is difficult and that the lines between them are often blurred. Moreover, a consultation procedure will not take place in a purely abstract manner. Even if the factual background is accepted, it will be considered

convaincre les cours que la modification de la décision était de nature factuelle et qu'on pouvait à bon droit déduire que les faits avaient été abordés à la réunion plénière de la Commission. Elle a également avancé que le seuil permettant le contrôle judiciaire dans un tel cas était la crainte de violation des règles de justice naturelle et qu'il n'était pas nécessaire de démontrer l'existence de violation de la règle *audi alteram partem*. Elle a prétendu que cette crainte de violation des règles de justice naturelle avait été établie au moyen du déplacement de la présomption de régularité des procédures administratives de la Commission. Selon l'appelante, il incombait aux intimées de démontrer que les procédures n'avaient été viciées par aucune violation des règles de justice naturelle. Faute de preuve en ce sens, notre Cour devait statuer qu'il y avait eu violation des règles de justice naturelle, que la Commission avait fait preuve de partialité et que la règle *audi alteram partem* n'avait pas été respectée. Cette présomption non réfutée devait justifier l'accueil de la demande de contrôle judiciaire et l'annulation de la décision de la Commission.

## 2. La nature de la modification

Le pourvoi repose sur l'argument qu'une modification de l'évaluation des faits a eu lieu. L'appelante a soutenu que cette modification ne s'expliquait que par l'acceptation par la Commission de la théorie factuelle avancée par le syndicat, qui avait initialement été rejetée dans le projet. À partir de cette prémisse, Ellis-Don a fait valoir que, dans les circonstances, il se trouvait assez d'éléments pour écarter la présomption de régularité de la procédure suivie par la Commission et conclure que des questions de fait avaient été discutées à sa réunion plénière. Par conséquent, nous devons en premier lieu examiner la nature de la modification en question.

D'entrée de jeu, il faut admettre que la distinction entre les questions de fait et de droit et les questions de droit pur est difficile à faire et que la frontière entre elles est souvent floue. De plus, une procédure de consultation ne se déroule pas d'une manière purement abstraite. Même si les faits sont acceptés, ils sont examinés et la discussion porte

and the discussion will take place in relation to it. Sometimes intricate questions may arise. There may be discussions of the legal characterization of facts or of fact selection itself. These are especially likely when a critical part of the evidence has been disregarded and when this error might change the whole appreciation of the law applicable to the case.

In *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, an administrative law case, Iacobucci J. examined the difficulty of drawing distinctions between questions of law and fact and attempted to define them as follows (at paras. 35-37):

Briefly stated, questions of law are questions about what the correct legal test is; questions of fact are questions about what actually took place between the parties; and questions of mixed law and fact are questions about whether the facts satisfy the legal tests. A simple example will illustrate these concepts. In the law of tort, the question what “negligence” means is a question of law. The question whether the defendant did this or that is a question of fact. And, once it has been decided that the applicable standard is one of negligence, the question whether the defendant satisfied the appropriate standard of care is a question of mixed law and fact. I recognize, however, that the distinction between law on the one hand and mixed law and fact on the other is difficult. On occasion, what appears to be mixed law and fact turns out to be law, or *vice versa*.

For example, the majority of the British Columbia Court of Appeal in *Pezim, supra*, concluded that it was an error of law to regard newly acquired information on the value of assets as a “material change” in the affairs of a company. It was common ground in that case that the proper test was whether the information constituted a material change; the argument was about whether the acquisition of information of a certain kind qualified as such a change. To some extent, then, the question resembled one of mixed law and fact. But the question was one of law, in part because the words in question were present in a statutory provision and questions of statutory interpretation are generally questions of law, but also because the point in controversy was one that might potentially arise in many cases in the future: the argument was about kinds of information and not merely about the particular information that was at issue

sur ces faits. Des questions complexes peuvent parfois surgir. La qualification juridique des faits et le choix même des faits peuvent être abordés. Cela est particulièrement probable lorsqu’une partie essentielle de la preuve n’a pas été prise en considération et que cette erreur est susceptible de modifier toute l’appréciation du droit applicable à l’affaire.

Dans l’arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, une affaire de droit administratif, le juge Iacobucci a examiné la difficulté de distinguer entre les questions de droit et les questions de fait et il a tenté de les définir ainsi, aux par. 35-37 :

En résumé, les questions de droit concernent la détermination du critère juridique applicable; les questions de fait portent sur ce qui s’est réellement passé entre les parties; et, enfin, les questions de droit et de fait consistent à déterminer si les faits satisfont au critère juridique. Un exemple simple permettra d’illustrer ces concepts. En droit de la responsabilité civile délictuelle, la question de savoir en quoi consiste la «négligence» est une question de droit. Celle de savoir si le défendeur a fait ceci ou cela est une question de fait. Une fois qu’il a été décidé que la norme applicable est la négligence, la question de savoir si le défendeur a respecté la norme de diligence appropriée est une question de droit et de fait. Toutefois, je reconnais que la distinction entre les questions de droit, d’une part, et celles de droit et de fait, d’autre part, est difficile à faire. Parfois, ce qui semble être une question de droit et de fait se révèle une question de droit, ou vice versa.

Par exemple, dans *Pezim*, précité, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique à la majorité a conclu que constituait une erreur de droit le fait de considérer que de nouveaux renseignements sur la valeur d’éléments d’actif étaient un «changement important» dans les affaires d’une société. Tous étaient d’accord pour dire, dans cette affaire, que le critère approprié était de déterminer si les renseignements constituaient un changement important; le débat portait sur la question de savoir si l’obtention d’un certain type de renseignements pouvait être qualifiée de changement de cette nature. Dans une certaine mesure, donc, la question ressemblait à une question de droit et de fait. Il s’agissait cependant d’une question de droit, en partie parce que les mots en cause se trouvaient dans une disposition législative et que les questions d’interprétation des lois sont généralement des questions de droit, mais aussi parce que le point liti-

in that case. The rule on which the British Columbia Securities Commission seemed to rely — that newly acquired information about the value of assets can constitute a material change — was a matter of law, because it had the potential to apply widely to many cases.

By contrast, the matrices of facts at issue in some cases are so particular, indeed so unique, that decisions about whether they satisfy legal tests do not have any great precedential value. If a court were to decide that driving at a certain speed on a certain road under certain conditions was negligent, its decision would not have any great value as a precedent. In short, as the level of generality of the challenged proposition approaches utter particularity, the matter approaches pure application, and hence draws nigh to being an unqualified question of mixed law and fact. See R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), at pp. 103-108. Of course, it is not easy to say precisely where the line should be drawn; though in most cases it should be sufficiently clear whether the dispute is over a general proposition that might qualify as a principle of law or over a very particular set of circumstances that is not apt to be of much interest to judges and lawyers in the future. [Emphasis added.]

(See also, in a criminal law context, the remarks of Arbour J. in *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15, at paras. 21-22.)

gieux était susceptible de se présenter à nouveau dans bon nombre de cas dans le futur: le débat concernait les types de renseignements et non simplement les renseignements particuliers visés par l'instance. La règle sur laquelle la British Columbia Securities Commission semblait s'être appuyée — le fait que de nouveaux renseignements sur la valeur d'éléments d'actif peuvent constituer un changement important — était une question de droit, parce qu'elle était susceptible de s'appliquer à un grand nombre de cas.

À l'opposé, il arrive que les faits dans certaines affaires soient si particuliers, de fait qu'ils soient si uniques, que les décisions concernant la question de savoir s'ils satisfont aux critères juridiques n'ont pas une grande valeur comme précédents. Si une cour décidait que le fait d'avoir conduit à une certaine vitesse, sur une route donnée et dans des conditions particulières constituait de la négligence, sa décision aurait peu de valeur comme précédent. Bref, plus le niveau de généralité de la proposition contestée se rapproche de la particularité absolue, plus l'affaire prend le caractère d'une question d'application pure, et s'approche donc d'une question de droit et de fait parfaite. Voir R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), aux pp. 103 à 108. Il va de soi qu'il n'est pas facile de dire avec précision où doit être tracée la ligne de démarcation; quoique, dans la plupart des cas, la situation soit suffisamment claire pour permettre de déterminer si le litige porte sur une proposition générale qui peut être qualifiée de principe de droit ou sur un ensemble très particulier de circonstances qui n'est pas susceptible de présenter beaucoup d'intérêt pour les juges et les avocats dans l'avenir. [Je souligne.]

(Voir également, dans le contexte du droit criminel, les observations du juge Arbour dans l'arrêt *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15, par. 21-22.)

41 In the case at hand, it appears the change in the decision of the panel concerned a matter of law and policy. The general question in issue was the problem of abandonment of bargaining rights. The factual situation as such was well established. It was not disputed that when requested to list the employers for whose employees it held bargaining rights, the IBEW, Local 353 omitted the name of Ellis-Don. It was also conceded that the Union had

En l'espèce, il appert que la modification de la décision de la formation portait sur une question de droit et de principe. La question générale en litige était le problème de la renonciation aux droits de négociation. Les faits en soi étaient bien établis. Il n'était pas contesté que lorsqu'elle a dû énumérer les employeurs relativement auxquels elle avait des droits de négociation, la section locale 353 de la FIOE a omis d'inscrire le nom de Ellis-Don. Il était également admis que le syndicat n'avait présenté aucune preuve à l'audience devant



not offered any evidence at the hearing before the panel as to the reasons for this failure.

The position taken in the first draft was that the failure to list Ellis-Don in Schedule F created a rebuttable presumption of abandonment. The final decision discarded the idea that there was such a presumption and stated that the omission of Ellis-Don's name from the schedule merely constituted one of the factors to be considered in deciding the issue of abandonment. The change consists in a different conclusion as to the legal consequences to be derived from the facts, which is a pure question of law. Moreover, it does not constitute the application of an entirely new policy: the change in the final decision brought it more in line with a number of cases decided by the OLRB that made it very difficult to establish an abandonment of bargaining rights. (See, for example, *Lorne's Electric*, [1987] O.L.R.B. Rep. 1405, at pp. 1408-10.)

The appellant also argued that the change was prompted by a re-assessment of the particular facts and that it did not really concern a matter of policy and law. On the record before us, this amounts to little more than speculation.

### 3. The Standard for Judicial Review

The appellant relies heavily on the following statement of Gonthier J. in *Tremblay*, *supra*, at pp. 980-81:

A litigant who sees a "decision" favourable to him changed to an unfavourable one shall not think that there has been a normal consultation process. . . .

This comment is quoted out of context. It would be useful to quote at length the paragraph from which it was excerpted.

Finally, I would note that the procedure of early signature of draft decisions by members and assessors followed in the case at bar seems to me unadvisable. Although this procedure may be practical, it only adds to the appearance of bias when a decision maker decides to alter his opinion after free consultation with his col-

la formation du secteur de la construction relativement aux motifs de cette omission.

La position adoptée dans le projet initial était que l'omission d'inscrire Ellis-Don à l'annexe F avait donné naissance à une présomption réfutable de renonciation. La décision définitive a écarté l'idée d'une présomption de cette nature et a indiqué que l'absence du nom de Ellis-Don de l'annexe n'était qu'un des facteurs qui devaient être examinés pour trancher la question de la renonciation. La modification consiste en une conclusion différente quant aux effets juridiques découlant des faits, ce qui constitue une pure question de droit. De plus, elle ne constitue pas l'application d'un principe entièrement nouveau: la modification dans la décision définitive a rendu cette dernière plus compatible avec de nombreuses affaires tranchées par la CRTO qui ont fait en sorte qu'il est devenu très difficile de faire la preuve de la renonciation à des droits de négociation. (Voir, par exemple, *Lorne's Electric*, [1987] O.L.R.B. Rep. 1405, p. 1408 à 1410.)

L'appelante a également prétendu que la modification avait été causée par une réévaluation des faits en cause et qu'elle ne portait pas vraiment sur une question de principe et de droit. Le dossier dont nous sommes saisis indique que cet argument relève tout au plus d'une hypothèse.

### 3. La norme de contrôle judiciaire

L'appelante insiste beaucoup sur la déclaration suivante faite par le juge Gonthier dans l'arrêt *Tremblay*, précité, p. 980-981 :

Le justiciable qui voit une «décision» qui lui était favorable se changer en décision défavorable ne pensera pas qu'il s'agit du processus normal de consultation . . .

Comme ce commentaire est cité hors contexte, il serait bon de le replacer dans son contexte :

Je souligne finalement que la procédure de signature anticipée des projets de décisions par les membres et assessesurs suivie en l'espèce m'apparaît être à déconseiller. Même si cette procédure s'avère pratique, elle ne fait qu'ajouter à l'apparence de partialité lorsqu'un décideur décide de modifier son opinion après libre consul-

42

43

44

45

leagues. A litigant who sees a “decision” favourable to him changed to an unfavourable one will not think that there has been a normal consultation process; rather, he will have the impression that external pressure has definitely led persons who were initially favourable to his case to change their minds.

In this paragraph, it appears that Gonthier J. did not state a principle of law, but merely commented on the effect of an administrative practice that required the signature of draft reasons.

46 According to the appellant, a change from a favourable to an unfavourable result demonstrates an apparent failure of natural justice. The appellant asserts that its burden is limited to the demonstration of an apparent failure of natural justice and that this should suffice to justify the judicial review of the decision of the Board. The appellant would not have to establish an actual breach.

47 Such a test was never adopted by the law. Breaches of natural justice are grounds for judicial review, but this complex notion covers a number of very diverse situations, particularly bias and lack of independence of the adjudicator and the *audi alteram partem* rule in all its variations.

48 The appellant tries to extend to every case of breach of natural justice an approach limited to the problem of bias and lack of independence. The test of appearance of a breach was developed for the application of the concept of bias mainly in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394. This test was reaffirmed in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 689, which dealt with reasonable apprehension of lack of independence. In the case of bias, the courts faced the problem of establishing the state of mind of the decision-maker, evidence of which is often difficult to apprehend directly. Therefore, the test adopted had to be usually limited to the demonstration of a reasonable apprehension that the mind of the adjudicator might be biased. If a requirement to establish actual bias had been adopted as a general principle,

tation avec ses collègues. Le justiciable qui voit une «décision» qui lui était favorable se changer en décision défavorable ne pensera pas qu’il s’agit du processus normal de consultation; il aura plutôt l’impression qu’une pression extérieure a bel et bien fait changer d’avis les personnes d’abord favorables à sa cause.

Dans ce paragraphe, le juge Gonthier ne semble pas avoir énoncé un principe de droit, mais plutôt avoir simplement fait un commentaire sur l’effet d’une pratique administrative exigeant la signature d’un projet de motifs.

Selon l’appelante, modifier une décision favorable en une décision défavorable établit une apparence d’absence de justice naturelle. L’appelante affirme qu’elle ne doit démontrer que l’apparence d’absence de justice naturelle et que cela devrait suffire pour justifier le contrôle judiciaire de la décision de la Commission. Elle n’aurait pas à établir l’existence d’une violation réelle des règles de justice naturelle.

Le droit n’a jamais adopté ce critère. La violation des règles de justice naturelle constitue un motif de contrôle judiciaire, mais cette notion complexe s’applique à diverses situations très différentes, tout particulièrement la partialité et le manque d’indépendance de l’arbitre ainsi que la règle *audi alteram partem* sous toutes ses formes.

L’appelante tente de rendre applicable à tous les cas de violation des règles de justice naturelle une démarche limitée au problème de la partialité et du manque d’indépendance. Le critère de l’apparence de violation a été élaboré en vue de l’application du concept de la partialité principalement dans l’arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l’énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, p. 394. Ce critère a été confirmé de nouveau dans l’arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 689, qui portait sur la crainte raisonnable de manque d’indépendance. Dans le cas de la partialité, les tribunaux étaient placés devant le problème d’établir l’état d’esprit de l’arbitre, preuve souvent difficile à saisir directement. Par conséquent, le critère adopté devait généralement se limiter à la preuve d’une crainte raisonnable que l’esprit de l’arbitre était susceptible d’être biaisé. Si l’on avait adopté

judicial review for bias would have been a rare event indeed.

In the case of an alleged violation of the *audi alteram partem* rule, even if it can be difficult to obtain evidence to that effect in certain cases, the applicant for judicial review must establish an actual breach. There is no authority for the proposition put forward by the appellant that an “apprehended” breach is sufficient to trigger judicial review. In *Consolidated-Bathurst, supra*, the reasons of Gonthier J. clearly distinguished the two problems: bias and *audi alteram partem*. On the one hand, Gonthier J. examined whether the process of institutional consultation created an apprehension of bias. While reviewing the application of the *audi alteram partem* rule, he never indicated that an apprehension of breach was sufficient to justify intervention. Indeed, he found that the record before the Court revealed no evidence that any other issues or arguments had been discussed at the full Board meeting. Therefore, he held that the appellant had failed to prove a breach of the *audi alteram partem* rule: see *Consolidated-Bathurst*, at pp. 339-40. Thus, one has to look at the nature of the natural justice problem involved to determine the threshold for judicial review. *Consolidated-Bathurst* does not stand as authority for the assertion that the threshold for judicial review in every case of alleged breach of natural justice is merely an apprehended breach of natural justice.

In support of its argument, the appellant also invoked the ruling of this Court in *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105, where Dickson J. (as he then was) wrote at p. 1116:

We [i.e., the Court] are not concerned with proof of actual prejudice, but rather with the possibility or the likelihood of prejudice in the eyes of reasonable persons.

comme principe général l’obligation de prouver l’existence d’une partialité réelle, le contrôle judiciaire pour motif de partialité aurait vraiment été un événement rare.

Dans le cas d’une présumée violation de la règle *audi alteram partem*, même s’il peut s’avérer difficile de prouver ce fait dans certains cas, celui qui demande le contrôle judiciaire doit démontrer l’existence d’une violation réelle. Aucune décision n’appuie la proposition avancée par l’appelante, selon laquelle une « crainte » de violation suffit pour donner lieu au contrôle judiciaire. Dans *Consolidated-Bathurst*, précité, le juge Gonthier a fait une distinction claire entre les deux problèmes : la partialité et la règle *audi alteram partem*. D’une part, il a examiné la question de savoir si le processus de consultation institutionnelle avait donné lieu à une crainte de partialité. En étudiant l’application de la règle *audi alteram partem*, il n’a jamais indiqué qu’une crainte de violation suffisait pour justifier une intervention. En fait, il était d’avis que le dossier dont notre Cour était saisie ne révélait aucune preuve que d’autres questions ou arguments avaient été abordés à la réunion plénière de la Commission. Il a donc conclu que l’appellant n’avait pas réussi à démontrer l’existence d’une violation de la règle *audi alteram partem* : voir *Consolidated-Bathurst*, p. 339-340. Par conséquent, il faut examiner la nature du problème de justice naturelle en cause pour déterminer le seuil justifiant le contrôle judiciaire. L’arrêt *Consolidated-Bathurst* n’appuie pas l’affirmation que le seuil justifiant le contrôle judiciaire dans tous les cas de présumée violation des règles de justice naturelle est simplement la crainte de violation de ces règles.

À l’appui de son argument, l’appelante a également invoqué la décision rendue par notre Cour dans *Kane c. Conseil d’administration de l’Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105, où le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a écrit à la p. 1116 :

Nous [c.-à-d., notre Cour] ne sommes pas concernés ici par la preuve de l’existence d’un préjudice réel mais plutôt par la possibilité ou la probabilité qu’aux yeux des gens raisonnables, il existe un préjudice.

49

50

However, this excerpt does not have the meaning ascribed to it by the appellant. In *Kane*, the applicant had established an actual breach of the *audi alteram partem* rule: during the deliberations of the Board of Governors of UBC on a disciplinary matter, the President of the University had provided the decision-makers with supplementary facts in the absence of the parties. Dickson J., writing for the majority, simply said that once a breach of the *audi alteram partem* rule had been made out, it was not necessary to prove that this breach had caused an actual prejudice to the litigant, but only the likelihood of it.

Cet extrait n'a toutefois pas la signification que lui attribue l'appelante. Dans *Kane*, le demandeur avait démontré l'existence d'une violation réelle de la règle *audi alteram partem* : au cours des délibérations du Conseil d'administration de l'U.C.-B. dans une affaire disciplinaire, le président de l'université avait fait part aux arbitres de faits supplémentaires en l'absence des parties. S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Dickson a simplement affirmé qu'une fois la violation de la règle *audi alteram partem* établie, il n'était pas nécessaire de prouver que cette violation avait causé un préjudice réel au justiciable, mais seulement de démontrer la probabilité de préjudice.

51 In the present case, the Court must apply the normal standards of judicial review in matters involving the *audi alteram partem* rule. In support of its allegation of a breach of the *audi alteram partem* rule, Ellis-Don had to demonstrate an actual breach. As stated above, it could not get directly at the evidence after the dismissal of its interlocutory motion. The record as such does not indicate any breach of this nature. The only information available is that discussions took place at the full Board meeting and that a change was made on a question of law and policy in the draft decision. This is not sufficient to warrant judicial review.

Dans la présente affaire, notre Cour doit appliquer les normes de contrôle judiciaire habituelles dans les questions portant sur la règle *audi alteram partem*. Pour étayer son allégation de violation de la règle *audi alteram partem*, Ellis-Don devait démontrer l'existence d'une violation réelle. Comme je l'ai mentionné précédemment, elle n'a pas pu obtenir de preuve directe à la suite du rejet de sa requête interlocutoire. À sa face même, le dossier n'indique aucune violation de cette nature. Les seuls renseignements disponibles sont que des discussions ont eu lieu à la réunion plénière de la Commission et qu'une modification a été apportée relativement à une question de droit et de principe qui figurait dans le projet de décision. Cela n'est pas suffisant pour justifier un contrôle judiciaire.

52 The case reveals a tension between the fairness of the process and the principle of deliberative secrecy. The existence of this tension was conceded by Gonthier J. in *Tremblay, supra*, at pp. 965-66. Undoubtedly, the principle of deliberative secrecy creates serious difficulties for parties who fear that they may have been the victims of inappropriate tampering with the decision of the adjudicators who actually heard them. Even if this Court has refused to grant the same level of protection to the deliberations of administrative tribunals as to those of the civil and criminal courts, and would allow interrogation and discovery as to the process followed, Gonthier J. recognized that this principle of deliberative secrecy played an impor-

La présente affaire révèle l'existence d'une tension entre le caractère équitable du processus et le principe du secret du délibéré. L'existence de cette tension a été admise par le juge Gonthier dans *Tremblay*, précité, p. 965-966. Il ne fait aucun doute que le principe du secret du délibéré crée de graves difficultés aux parties qui craignent avoir été victimes de manipulation de la décision des arbitres qui les ont entendues. Bien que notre Cour ait refusé d'accorder le même niveau de protection aux délibérations des tribunaux administratifs qu'à celles des cours de justice civile et criminelle et qu'elle n'ait pas permis l'interrogatoire et l'interrogatoire préalable relativement au processus suivi, le juge Gonthier a reconnu que ce principe du

tant role in safeguarding the independence of administrative adjudicators.

Deliberative secrecy also favours administrative consistency by granting protection to a consultative process that involves interaction between the adjudicators who have heard the case and the members who have not, within the rules set down in *Consolidated-Bathurst*, *supra*. Without such protection, there could be a chilling effect on institutional consultations, thereby depriving administrative tribunals of a critically important means of achieving consistency.

Satisfying those requirements of consistency and independence comes undoubtedly at a price, this price being that the process becomes less open and that litigants face tough hurdles when attempting to build the evidentiary foundation for a successful challenge based on alleged breaches of natural justice (see, e.g., H. N. Janisch, “Consistency, Rulemaking and *Consolidated-Bathurst*” (1991), 16 *Queen’s L.J.* 95; D. Lemieux, “L’équilibre nécessaire entre la cohérence institutionnelle et l’indépendance des membres d’un tribunal administratif: *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*” (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 734). The present case provides an excellent example of those difficulties.

After the dismissal of its interlocutory motion, the appellant could not examine the officers of the Board on the process that had been followed. In the absence of any further evidence, this Court cannot reverse the presumption of regularity of the administrative process simply because of a change in the reasons for the decision, especially when the change is limited on its face to questions of law and policy, as discussed above. A contrary approach to the presumption would deprive administrative tribunals of the independence that the principle of deliberative secrecy assures them in their decision-making process. It could also jeopardize institutionalized consultation proceedings that have become more necessary than ever to

secret du délibéré jouait un rôle important dans la protection de l’indépendance des arbitres administratifs.

Le secret du délibéré favorise également la cohérence administrative au moyen de la protection qu’il confère à un processus consultatif qui comporte une interaction entre les arbitres qui ont entendu l’affaire et les membres qui ne l’ont pas entendue, dans le cadre des règles établies dans *Consolidated-Bathurst*, précité. Sans cette protection, il risque d’y avoir un effet paralysant sur les consultations institutionnelles, ce qui priverait les tribunaux administratifs d’un moyen essentiel d’assurer la cohérence.

Il ne fait aucun doute que le respect de ces exigences de cohérence et d’indépendance est assorti d’un prix, ce prix étant que le processus devient moins ouvert et que les justiciables font face à de grands obstacles lorsqu’ils tentent de bâtir le fondement probatoire permettant d’avoir gain de cause dans une contestation fondée sur de présumées violations des règles de justice naturelle (voir, p. ex., H. N. Janisch, « Consistency, Rulemaking and *Consolidated-Bathurst* » (1991), 16 *Queen’s L.J.* 95; D. Lemieux, « L’équilibre nécessaire entre la cohérence institutionnelle et l’indépendance des membres d’un tribunal administratif : *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)* » (1992), 71 *R. du B. can.* 734). La présente affaire fournit un excellent exemple de ces difficultés.

Après le rejet de sa requête interlocutoire, l’appelante n’a pu interroger les responsables de la Commission au sujet du processus suivi. En l’absence de toute preuve additionnelle, notre Cour ne peut pas écarter la présomption de régularité du processus administratif simplement en raison d’une modification dans les motifs de la décision, surtout lorsque la modification est limitée à sa face même à des questions de droit et de principe, comme je l’ai mentionné précédemment. Une méthode contraire relative à la présomption priverait les tribunaux administratifs de l’indépendance que le principe du secret du délibéré leur confère dans le cadre de leur processus décisionnel. Cela pourrait également compromettre des procédures

53

54

55

ensure the consistency and predictability of the decisions of administrative tribunals.

#### 4. Conclusion on the Grounds for Judicial Review

56 The record shows no indication of a change on the facts, of impropriety or of a violation of the principles governing institutional consultation. Any intervention would have to be based on mere speculation about what might have happened during the consultation with the full Board. The judicial review of a decision of an administrative body may not rest on speculative grounds. Thus, the Divisional Court and the Court of Appeal of Ontario correctly applied the rules governing judicial review when they dismissed the appellant's application.

#### 5. Failure to Ask for Reconsideration

57 There was also some discussion in this Court about the failure of the appellant to ask for reconsideration. However, even the Board conceded that in the circumstances, reconsideration did not constitute an absolute prerequisite to judicial review. In the present case, it might have been a good tactical move that would perhaps have elicited some information from the Board about its consultation process, but the principles of judicial review did not require the use or exhaustion of this particular remedy. Of course, in some cases, failure to seek reconsideration might be a factor to be weighed by superior courts when determining whether to grant a remedy in an application for judicial review.

### VII. Conclusion

58 For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

de consultation institutionnelle, devenues plus nécessaires que jamais pour assurer la cohérence et la prévisibilité des décisions des tribunaux administratifs.

#### 4. Conclusion relative aux motifs de contrôle judiciaire

Le dossier ne donne aucune indication d'une modification quant aux faits, d'une irrégularité ou d'une violation des principes régissant la consultation institutionnelle. Toute intervention serait nécessairement fondée sur de simples hypothèses au sujet de ce qui a pu se passer pendant la consultation à la réunion plénière de la Commission. Le contrôle judiciaire de la décision d'un organisme administratif ne peut pas reposer sur des motifs hypothétiques. Par conséquent, la Cour divisionnaire et la Cour d'appel de l'Ontario ont correctement appliqué les règles régissant le contrôle judiciaire lorsqu'elles ont rejeté la demande de l'appelante.

#### 5. L'omission de demander un nouvel examen

L'omission de l'appelante de demander un nouvel examen a également été abordée devant notre Cour. Toutefois, même la Commission a admis que, dans les circonstances, un nouvel examen ne constituait pas un préalable obligatoire au contrôle judiciaire. En l'espèce, cela aurait pu constituer une bonne tactique qui aurait peut-être permis de tirer des renseignements de la Commission au sujet de son processus de consultation, mais les principes applicables au contrôle judiciaire n'exigeaient pas l'usage ou l'épuisement de ce recours particulier. Il va sans dire que, dans certains cas, l'omission de demander un nouvel examen pourrait constituer un facteur qu'une cour de juridiction supérieure devrait prendre en considération pour déterminer s'il y a lieu d'accorder un redressement dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire.

### VII. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

The reasons of Major and Binnie JJ. were delivered by

BINNIE J. (dissenting) — It is occasionally observed that the most important person in the hearing room is the party that has just lost a case. Whatever may be the loser's bitterness or incredulity at the outcome, the overriding imperative is that the outcome was — and was seen to be — reached impartially under a fair procedure. That is the overriding issue in this appeal.

The appellant, a general contractor in the Ontario construction industry, claims that 30 years ago the respondent union abandoned whatever bargaining rights it held for the employees of the appellant and its subcontractors. It complains that a panel of the Ontario Labour Relations Board that had heard weeks of evidence and argument and which reached an initial decision in the appellant's favour, subsequently abdicated its adjudicative responsibilities in favour of a full Board meeting. The Chair of the Board, the Alternate Chair, the 20 Vice-Chairs and about 40 other members were invited to the meeting to discuss the decision before its release in the absence of the parties whose interests were directly at stake. The appellant was given no opportunity to address evidence or argument to this wider audience.

The appellant's complaint is thus that a decision in its favour, based on what the Board itself characterized as an issue of fact, was changed to one against it immediately following a full Board meeting called specifically to consider the reasons for decision in this specific case. It further complains that the Board resisted every legal avenue for the appellant to shed further light on how or why that change occurred. The appellant says it has been unfairly dealt with.

Version française des motifs des juges Major et Binnie rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) — On fait parfois remarquer que la personne la plus importante dans la salle d'audience est la partie qui vient tout juste de perdre une cause. Malgré l'amertume ou l'incredulité du perdant face à l'issue de l'affaire, l'exigence prédominante est que la conclusion ait été, et ait paru être, tirée de façon impartiale dans le cadre d'une procédure équitable. Il s'agit de la question prédominante dans le présent pourvoi.

L'appelante, un entrepreneur général œuvrant dans l'industrie de la construction en Ontario, prétend qu'il y a 30 ans le syndicat intimé a renoncé aux droits de négociation qu'il pouvait détenir relativement à ses employés et à ses sous-traitants. Elle se plaint qu'une formation de la Commission des relations de travail de l'Ontario, qui a examiné des éléments de preuve et entendu des arguments pendant des semaines et a rendu une décision initiale en faveur de l'appelante, a ensuite abandonné ses responsabilités décisionnelles en faveur de la Commission en réunion plénière. Le président de la Commission, le président suppléant, les 20 vice-présidents et quelque 40 autres membres ont été invités à la réunion, avant que la décision ne soit rendue publique, pour en discuter en l'absence des parties dont les intérêts étaient directement touchés. Aucune possibilité n'a été offerte à l'appelante de présenter des éléments de preuve ou des arguments à cet auditoire plus nombreux.

La plainte de l'appelante réside donc dans le fait qu'une décision avait été rendue en sa faveur, à la lumière de ce que la Commission elle-même qualifiait de question de fait, pour ensuite être modifiée à son désavantage suivant immédiatement une réunion plénière de la Commission convoquée précisément en vue de l'examen des motifs de la décision rendue dans cette affaire. L'appelante se plaint également du fait que la Commission a contesté tous les moyens légaux qui lui auraient permis d'en connaître davantage sur la façon dont ce changement s'est produit ou sur les raisons pour lesquelles il s'est produit. L'appelante dit avoir été traitée inéquitablement.

59

60

61

62 When this Court decided in *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, that panel members could consult with the full Board on matters of policy as opposed to issues of fact, it was feared in some quarters that the integrity of administrative decision-making could appear to be compromised without effective redress. This appeal tests the limits of the *Consolidated-Bathurst* rule. It also tests the availability of effective redress for non-observance of those limits.

Lorsque notre Cour a décidé dans l'arrêt *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, que les membres d'une formation pouvaient consulter la Commission dans son ensemble sur des questions de principe, par opposition à des questions de fait, certains craignaient que l'intégrité du processus de décision administrative puisse paraître compromise sans qu'il n'y ait de redressement efficace. Le présent pourvoi amène la Cour à se pencher sur les limites de la règle établie dans l'arrêt *Consolidated-Bathurst*. Il l'amène également à examiner la possibilité de redressement efficace en cas de non-respect de ces limites.

63 The Board has long treated abandonment of bargaining rights as a question of fact. In its initial decision prepared by the Vice-Chair, which the Board acknowledged to be authentic, the panel wrote that it “has found unequivocal evidence of abandonment by the applicant [union] of its bargaining rights prior to 1978” (para. 55), being the date when the Ontario construction industry went to province-wide bargaining. In its revised decision, the Vice-Chair wrote that “considering all the circumstances, the Board does not find that Local 353 abandoned its bargaining rights prior to the introduction of province-wide bargaining” ([1992] OLRB Rep. 147, at para. 54). The evidence discloses no explanation for the change other than the full Board meeting. In my view, *Consolidated-Bathurst* should not be interpreted to authorize the full Board to micro-manage the output of particular panels to the extent evident in this case. The concept of “policy” has been stretched beyond its breaking point. The principle that “he who hears must decide” should be vindicated. I would therefore allow the appeal and return the issue to be addressed by a different panel of the Board.

La Commission a longtemps considéré la renonciation aux droits de négociation comme une question de fait. Dans sa décision initiale préparée par la vice-présidente et dont la Commission a reconnu l'authenticité, la formation a écrit qu'elle [TRADUCTION] « a conclu à l'existence d'une preuve sans équivoque que la demanderesse [la FIOE] a renoncé à ses droits de négociation avant 1978 » (par. 55), soit la date à laquelle l'industrie de la construction en Ontario est passée à un régime de négociation à l'échelle de la province. Dans la décision révisée de la formation, la vice-présidente a écrit que [TRADUCTION] « vu l'ensemble des circonstances, la Commission estime que la section locale 353 n'a pas renoncé à ses droits de négociation avant la mise en œuvre du régime de négociation à l'échelle de la province » ([1992] OLRB Rep. 147, par. 54). Aucune explication pour le changement ne ressort de la preuve autre que la tenue de la réunion plénière de la Commission. Je suis d'avis que l'arrêt *Consolidated-Bathurst* ne doit pas être interprété comme permettant à la Commission dans son ensemble de faire la micro-gestion des conclusions tirées par des formations particulières d'une façon aussi évidente que dans la présente affaire. La notion de « principe » a été démesurément étendue. Le principe voulant que « celui qui entend doit trancher » doit être défendu. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer la question pour qu'elle soit examinée par une formation différente de la Commission.



I have had the benefit of reading the reasons of my colleague LeBel J. and will not duplicate his description of the events leading to the present controversy or his review of the leading authorities. I will elaborate only as may be necessary to identify my points of disagreement.

#### Standard of Review

The respondent union argues that the Board's decision should be set aside only if it is "patently unreasonable". This presupposes that the error was made within the Board's jurisdiction. The appellant contends that the panel of the Board lost jurisdiction when it called for a full Board meeting to discuss what it regards as a question of fact. Compliance with the rules of natural justice is a legal issue. The standard of review is correctness as noted in *D. J. M. Brown and J. M. Evans, Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), vol. 2, at para. 14:2300, pp. 14-14 and 14-15:

... whether the administrative decision-maker has breached the rules of natural justice or the duty of procedural fairness by failing to permit any, or adequate, participation by the person concerned will usually be assessed on the basis of "correctness." And the presence of a privative clause will be of no consequence in this regard.

I think this is a correct statement of the law.

#### He Who Hears Must Decide

Nothing is more fundamental to administrative law than the principle that he who hears must decide. *Consolidated-Bathurst, supra*, affirmed the vigour of this general rule while recognizing an exception for a full board meeting to give "quality and coherence" in matters of Board policy (p. 324). Policy issues were thought to be different from fact finding, and the latter was ruled off-

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge LeBel, et je ne reprendrai pas sa description des événements qui ont mené au présent litige ni son examen des précédents. J'apporterai des précisions seulement dans la mesure où cela m'est nécessaire pour indiquer les points sur lesquels je suis en désaccord.

#### La norme de contrôle

Le syndicat intimé prétend que la décision de la Commission ne doit être écartée que si elle est « manifestement déraisonnable ». Cela suppose que l'erreur a été commise dans le cadre de la compétence de la Commission. L'appelante soutient que la formation a perdu compétence lorsqu'elle a demandé la tenue d'une réunion plénière de la Commission pour discuter de ce qu'elle considère comme une question de fait. La conformité aux règles de justice naturelle est une question de droit. La norme de contrôle est celle de la décision correcte, comme l'ont souligné D. J. M. Brown et J. M. Evans dans *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), vol. 2, par. 14:2300, p. 14-14 et 14-15 :

[TRADUCTION] ... la question de savoir si le décideur administratif a contrevenu aux règles de justice naturelle ou à l'obligation d'équité procédurale en ne permettant pas à la personne concernée d'apporter sa participation ou une participation adéquate est généralement évaluée selon la norme de la « décision correcte ». Et la présence d'une clause privative n'a aucune conséquence à cet égard.

J'estime qu'il s'agit d'un énoncé correct du droit.

#### Celui qui entend doit trancher

Rien n'est plus fondamental en droit administratif que le principe voulant que celui qui entend doit décider. L'arrêt *Consolidated-Bathurst*, précité, a confirmé l'importance de cette règle générale tout en reconnaissant l'existence d'une exception s'appliquant aux réunions plénières de la Commission et visant à donner de la « qualité et de [la] cohérence » à ses politiques (p. 324). Les questions de principe ont été jugées différentes de l'appréciation des faits, qui, a-t-on estimé, ne pouvait même pas

64

65

66

limits even for discussion at the full Board meeting, *per* Gonthier J., at p. 335:

Full board meetings held on an *ex parte* basis do entail some disadvantages from the point of view of the *audi alteram partem* rule because the parties are not aware of what is said at those meetings and do not have an opportunity to reply to new arguments made by the persons present at the meeting. In addition, there is always the danger that the persons present at the meeting may discuss the evidence. [Emphasis added.]

At p. 339, Gonthier J. stressed that the *Consolidated-Bathurst* principle is limited to “legal or policy arguments *not* raising issues of fact” (emphasis added):

It is true that on factual matters the parties must be given a “fair opportunity . . . for correcting or contradicting any relevant statement prejudicial to their view”. . . . However, the rule with respect to legal or policy arguments not raising issues of fact is somewhat more lenient because the parties only have the right to state their case adequately and to answer contrary arguments. [Emphasis added.]

67

It appears more probable than not that at the full Board meeting in this case there was a discussion about factual matters which likely included “statement[s] prejudicial to [the appellant’s] view” because the panel subsequently reversed itself on the appropriateness of an adverse inference against the union for its failure to lead relevant evidence, reversed itself on the issue of abandonment, and thus reversed itself on the outcome of the hearing.

#### The Issue of Abandonment

68

The Ontario *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1 (“the Act”) does not speak of abandonment of bargaining rights. The concept was developed in the Board’s jurisprudence to allow termination of the bargaining rights of a union that fails to “actively promote those rights”. These principles were adopted by the panel, citing earlier cases,

être abordée à la réunion plénière de la Commission, le juge Gonthier, à la p. 335 :

Les réunions plénières de la Commission tenues *ex parte* comportent certains inconvénients sur le plan de la règle *audi alteram partem* parce que les parties ne savent pas ce qui a été dit à ces réunions et n’ont pas la possibilité de répliquer aux nouveaux arguments soumis par les personnes qui y ont assisté. De plus, il y a toujours le risque que les personnes présentes à la réunion discutent de la preuve. [Je souligne.]

À la p. 339, le juge Gonthier a souligné que le principe établi dans l’arrêt *Consolidated-Bathurst* se limitait aux « arguments juridiques ou de politique qui *ne* soulèvent *pas* de questions de fait » (italiques ajoutés) :

Il est vrai que relativement aux questions de fait, les parties doivent obtenir une [TRADUCTION] « possibilité raisonnable [. . .] de corriger ou de contredire tout énoncé pertinent qui nuit à leur point de vue » [. . .] Cependant, la règle relative aux arguments juridiques ou de politique qui ne soulèvent pas des questions de fait est un peu moins sévère puisque les parties n’ont que le droit de présenter leur cause adéquatement et de répondre aux arguments qui leur sont défavorables. [Je souligne.]

Il paraît plus probable que des questions factuelles comprenant vraisemblablement des « énoncé[s] [. . .] qui nui[sent au] point de vue [de l’appelante] » ont été abordées à la réunion plénière de la Commission en l’espèce, parce que la formation a par la suite renversé sa propre décision sur l’opportunité d’une conclusion défavorable au syndicat en raison de son omission de produire une preuve pertinente et qu’elle l’a renversée sur la question de la renonciation et quant à l’issue de l’audience.

#### La question de la renonciation

La *Loi de 1995 sur les relations de travail* de l’Ontario, L.O. 1995, ch. 1 (« la Loi ») ne traite pas de la renonciation aux droits de négociation. Cette notion a été élaborée dans la jurisprudence de la Commission en vue de permettre l’abolition des droits de négociation d’un syndicat qui fait défaut de faire la [TRADUCTION] « promotion active de ces droits ». Citant des décisions antérieures, la formation a adopté ces principes en utilisant des termes

in identical terms in para. 43 of its initial decision and para. 43 of its final decision:

Over the last 20 years the principle of abandonment has been deeply entrenched in the Board's jurisprudence. Once a union has obtained bargaining rights either through certification or voluntary recognition it is expected that it will actively promote those rights. If a union declines to pursue bargaining rights it may lose them through disuse. Whether a union has abandoned its bargaining rights is a matter which must be assessed on the facts of each individual case, but once the Board is satisfied that a union has failed to preserve its rights, the union may no longer rely on them to support the appointment of a Conciliation Officer under section 15 of the Act. . . . [Emphasis added.]

The issue for the panel, therefore, was whether the respondent union had "actively promote[d]" its bargaining rights with the appellant, or had lost them "through disuse".

#### The Initial Decision

I take the following events from the initial decision prepared for the panel dated December 1991. (It seems to be more than a draft. It appears from the "true copy" in the record that the original was signed by the presiding Vice-Chair.)

On January 12, 1990, IBEW Local 894 grieved the appellant's subcontract of electrical work to a non-union contractor. It claimed that the appellant was bound by the current province-wide agreement between the Electrical Contractors Association of Ontario and the IBEW Construction Council of Ontario. The appellant took the position that it was not party to that agreement. In response, the union reached back almost 30 years to a "working agreement" the IBEW, Local 353 had signed with the appellant in 1962. The appellant's position was that if there was voluntary recognition of IBEW bargaining rights at that time (which it denied), such bargaining rights had been abandoned no later than the early 1970s when the Electrical Contractors Association of Toronto sought accreditation as bargaining agent for employers with whom

identiques au par. 43 de sa décision initiale et au par. 43 de sa décision définitive :

[TRADUCTION] Au cours des 20 dernières années, le principe de la renonciation s'est profondément enraciné dans la jurisprudence de la Commission. Une fois qu'un syndicat a obtenu des droits de négociation par voie d'accréditation ou de reconnaissance volontaire, on s'attend à ce qu'il fasse la promotion active de ces droits. Si un syndicat néglige d'exercer des droits de négociation, il peut les perdre par inaction. La question de savoir si un syndicat a renoncé à ses droits de négociation doit être examinée à la lumière des faits de chaque affaire particulière, mais une fois que la Commission est convaincue qu'un syndicat a omis de préserver ses droits, le syndicat ne peut plus les invoquer pour demander la nomination du conciliateur prévu par l'article 15 de la Loi. . . [Je souligne.]

La question que devait donc trancher la formation était de savoir si le syndicat intimé avait fait la « promotion active » de ses droits de négociation envers l'appelante ou s'il les avait perdus « par inaction ».

#### La décision initiale

Je tire les événements suivants de la décision initiale préparée pour la formation et datée de décembre 1991. (Il semble s'agir de plus qu'une ébauche. Il ressort de la « copie certifiée conforme » figurant au dossier que l'original a été signé par la vice-présidente.)

Le 12 janvier 1990, la section locale 894 de la FIOE a déposé un grief visant le marché de sous-traitance de travaux d'électricité conclu par l'appelante avec un entrepreneur dont les employés n'étaient pas syndiqués. Elle a prétendu que l'appelante était liée par la convention en cours à l'échelle de la province entre l'Electrical Contractors Association of Ontario et le conseil des métiers de la construction de la FIOE pour l'Ontario. L'appelante a soutenu ne pas être partie à cette convention. En réponse, le syndicat a fait un recul de 30 ans environ dans le passé pour invoquer une [TRADUCTION] « convention de travail » que la section locale 353 de la FIOE avait signée avec l'appelante en 1962. L'appelante a avancé que s'il y avait eu reconnaissance volontaire des droits de négociation de la FIOE à cette époque (ce qu'elle a

69

70

the IBEW, Local 353 asserted bargaining rights. The statutory form (“schedule F”) and regulations required the union to list “all employers” in the unit with whom the respondent union “is entitled to bargain as a result of a collective agreement, a recognition agreement or a certificate of The Labour Relations Board that has not yet resulted in a collective agreement” but who had not directly employed electricians in the year prior to the application. The IBEW, Local 353 had filed such a list. It did not include the name of the appellant. The appellant argued that if any bargaining rights had been acquired under what the Board regarded as the 1962 “recognition agreement”, such rights had been abandoned by the time the union filed the accreditation documents in 1971. The accreditation exercise was subsequently extended to province-wide bargaining.

nié), ces droits avaient fait l’objet d’une renonciation au plus tard au début des années 70, lorsque l’Electrical Contractors Association of Toronto a sollicité l’accréditation en tant qu’agent de négociation envers les employeurs au sujet desquels la section locale 353 de la FIOE faisait valoir des droits de négociation. Le formulaire prévu par la loi (« l’annexe F ») ainsi que le règlement exigeaient que le syndicat dresse la liste de [TRADUCTION] « tous les employeurs » de l’unité avec laquelle le syndicat intimé [TRADUCTION] « a le droit de négocier en vertu d’une convention collective, d’une entente de reconnaissance ou d’un certificat de la Commission des relations de travail qui n’a pas encore donné lieu à une convention collective », mais qui n’avaient pas directement employé d’électriciens dans l’année précédant la demande. La section locale 353 de la FIOE avait déposé une telle liste. Le nom de l’appelante n’y figurait pas. L’appelante a prétendu que si des droits de négociation avaient été acquis en vertu de ce que la Commission considérait comme l’« entente de reconnaissance » de 1962, ces droits avaient fait l’objet d’une renonciation au moment où le syndicat avait déposé les documents d’accréditation en 1971. L’exercice d’accréditation a ensuite été étendu à la négociation à l’échelle de la province.

71 The initial decision included a description of the 1971 accreditation process:

What is important is that, as part of an accreditation application, the respondent trade union files with the Board a “schedule F” wherein the union lists those employers with whom it asserts it has bargaining rights but who did not have employees within one year prior to the accreditation application date. In reviewing Board File 1469-71-R, wherein an accreditation order was issued on January 9, 1975, it is apparent that Ellis-Don’s name does not appear on the final schedule F. Nor was Ellis-Don’s name struck off an initial schedule F as were other employers who challenged their inclusion on schedule F by the respondent trade union. Quite simply, it appears that Local 353 did not include Ellis-Don’s name on schedule F which the union filed with the Board.

La décision initiale comportait une description du processus d’accréditation de 1971 :

[TRADUCTION] Ce qui compte, c’est que dans le cadre de sa demande d’accréditation, le syndicat intimé dépose auprès de la Commission une « annexe F », dans laquelle il énumère les employeurs au sujet desquels il affirme avoir des droits de négociation mais qui n’avaient aucun employé dans l’année précédant la date de la demande d’accréditation. Il ressort du dossier 1469-71-R de la Commission, dans lequel une ordonnance d’accréditation a été rendue le 9 janvier 1975, que le nom de Ellis-Don ne figure pas à l’annexe F finale. Le nom de Ellis-Don n’avait pas non plus été radié d’une annexe F initiale comme l’avait été celui d’autres employeurs ayant contesté leur inclusion dans cette annexe par le syndicat intimé. Il semble tout simplement que la section locale 353 n’a pas inscrit le nom de Ellis-Don à l’annexe F que le syndicat a déposée auprès de la Commission.

An accreditation order was made on January 9, 1975. It is important to emphasize that the union's grievance in this case is based on its view that the appellant is bound by the subcontracting clause in the provincial agreement between the Electrical Contractors Association of Ontario and the IBEW Construction Council of Ontario, which is the present version of the agreement which grew out of the accreditation process in the 1970s, in which the union failed to assert bargaining rights against the appellant.

The appellant raised a variety of objections and arguments against the union's contention, most of which were rejected. In particular, in its initial decision the panel refused to draw any adverse inference from the failure of various unions (apart from the "civil trades") to attempt to enforce the province-wide agreements against the appellant prior to 1990, despite evidence of limited subcontracting of work to non-union firms over the years. The respondent union explained that if it did not appear to be "actively promot[ing]" its rights, it was because there was no need to. The appellant invariably gave work to electrical subcontractors who were unionized. The only point on which the panel concluded that union action may have been called for was the accreditation process which led to the predecessor agreement to the agreement it now sues upon:

Local [8]94, the applicant herein, called no evidence to explain the failure of Local 353 to include Ellis-Don on schedule F, as would be expected if the union in the accreditation application thought it possessed bargaining rights vis-a-vis Ellis-Don. Absent an explanation, the most reasonable inference is that the union in the accreditation application assumed it did not possess such bargaining rights in 1971, when the accreditation application was filed. [Emphasis added.]

Whether or not an adverse inference is warranted on particular facts is bound up inextricably with the adjudication of the facts. The union, though

Une ordonnance d'accréditation a été rendue le 9 janvier 1975. Il est important de souligner que le grief du syndicat en l'espèce est fondé sur son opinion que l'appelante est liée par la clause de sous-traitance figurant dans la convention provinciale conclue entre l'Electrical Contractors Association of Ontario et le conseil des métiers de la construction de la FIOE pour l'Ontario, la version actuelle de la convention qui a découlé du processus d'accréditation des années 70, où le syndicat a omis de faire valoir l'existence de droits de négociation à l'égard de l'appelante.

L'appelante a soulevé un éventail d'oppositions et d'arguments contre la prétention du syndicat, dont la plupart ont été rejetés. En particulier, dans sa décision initiale, la formation a refusé de tirer une conclusion défavorable du fait que différents syndicats (à l'exception de ceux des « métiers ») n'avaient pas tenté de faire appliquer les conventions provinciales à l'appelante avant 1990, malgré la preuve que, au fil des ans, quelques marchés de sous-traitance avaient été conclus avec des entreprises dont les employés n'étaient pas syndiqués. Le syndicat intimé a expliqué qu'il n'avait pas paru faire la « promotion active » de ses droits parce que cela n'était pas nécessaire. L'appelante confiait continuellement des travaux à des sous-traitants en électricité dont les employés étaient syndiqués. Le seul point sur lequel la formation a conclu que le syndicat aurait pu devoir agir était le processus d'accréditation qui a mené à la convention précédant celle sur laquelle il s'appuie maintenant pour poursuivre :

[TRADUCTION] La section locale [8]94, la demanderesse en l'espèce, n'a présenté aucun élément de preuve pour expliquer l'omission de la section locale 353 d'inclure Ellis-Don à l'annexe F, ce à quoi on s'attendrait si le syndicat visé par la demande d'accréditation croyait avoir des droits de négociation vis-à-vis Ellis-Don. Faute d'explication, la conclusion la plus raisonnable à tirer est que le syndicat visé par la demande d'accréditation a tenu pour acquis qu'il n'avait pas de droits de négociation en 1971, au moment du dépôt de la demande d'accréditation. [Je souligne.]

La question de savoir si une conclusion défavorable est justifiée ou non par les faits particuliers est inextricablement liée à la détermination des faits.

72

73

challenged to do so, declined to call any witness with knowledge of the events of 1971. “Such failure amounts to an implied admission that the evidence of the absent witness would be contrary to the party’s case, or at least would not support it”, J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 297; *R. v. Jolivet*, [2000] 1 S.C.R. 751, 2000 SCC 29, at para. 28.

Même si on l’a mis au défi de le faire, le syndicat n’a cité aucun témoin connaissant les événements de 1971. [TRADUCTION] « Une telle omission équivaut à l’aveu implicite que la déposition du témoin absent serait défavorable à la cause de la partie ou, du moins, qu’elle ne l’appuierait pas », J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1999), p. 297; *R. c. Jolivet*, [2000] 1 R.C.S. 751, 2000 CSC 29, par. 28.

74 In sum, the panel, in its initial decision, reasoned as follows:

En bref, la formation a suivi le raisonnement suivant dans sa décision initiale :

1. A union that was actively pursuing bargaining rights against the appellant under the predecessor agreement to the one now sued upon was required by the Act and Regulations to list the appellant on schedule F.

1. Un syndicat faisant activement valoir des droits de négociation contre l’appelante en vertu de la convention antérieure à celle qui fait maintenant l’objet de la poursuite était tenu par la Loi et le Règlement d’inscrire l’appelante à l’annexe F.

2. Unless explained away by the union, the failure afforded *some* evidence of abandonment.

2. Cette omission constituait une *certain*e preuve de renonciation, sauf si elle avait fait l’objet d’une explication de la part du syndicat.

3. The union called witnesses, but nobody who could speak to its failure to include the appellant in schedule “F”.

3. Le syndicat a fait entendre des témoins, mais aucun n’a pu expliquer son omission d’inscrire l’appelante à l’annexe F.

4. There was no other evidence of “active” assertion of bargaining rights by the union that could tilt the panel’s conclusion in the union’s favour.

4. Il n’y avait aucune autre preuve d’affirmation « active » de droits de négociation par le syndicat, qui pourrait faire pencher la conclusion de la formation en faveur du syndicat.

75 In the result, having regard to the union’s failure to “actively promote” its bargaining rights, the panel in its initial decision found “unequivocal evidence of abandonment by the applicant [IBEW] of its bargaining rights prior to 1978”.

Par conséquent, compte tenu de l’omission du syndicat de faire la « promotion active » de ses droits de négociation, la formation a conclu dans sa décision initiale à l’existence d’une [TRADUCTION] « preuve sans équivoque que la demanderesse [la FIOE] a renoncé à ses droits de négociation avant 1978 ».

76 My colleague LeBel J. concludes at para. 42 that this initial decision turns on a “rebuttable presumption” which was subsequently discarded, as a matter of policy, by the full Board. It is therefore necessary to examine in some detail what changes to the decision were made following the full Board meeting.

Mon collègue le juge LeBel conclut au par. 42 que cette décision initiale repose sur une « présomption réfutable » qui a ensuite été écartée pour des raisons de principe par l’ensemble des membres de la Commission. Il est donc nécessaire d’examiner plus en détail les modifications qui ont été apportées à la décision à la suite de la réunion plénière de la Commission.

The Full Board Meeting

For reasons which are not explained, the Vice-Chair requested a full Board meeting to discuss the panel's initial decision. The Vice-Chair did not formulate a policy issue or notify colleagues that there would be a general review of the policy implications of abandonment. The Vice-Chair just referenced this particular pending decision as the topic for full Board discussion.

*Consolidated-Bathurst* holds that convening a full board meeting while a particular case is pending is permissible so long as (i) the question for discussion is one of policy rather than fact, (ii) that in the end the panel is free to make its own decision, and (iii) that if the discussion at the full board raises matters not addressed by the parties, that the parties be put on notice and permitted to make representations before a decision is made.

In my view, the procedure adopted in the present case violates only the first of these limitations. There is no evidence that the second limitation was not observed, and as to the third limitation, the appellant had the opportunity to address the panel on every aspect of the abandonment issue. Its proper complaint is that the initial decision ought not to have been referred to the full Board meeting at all.

Fact versus Policy

I agree with my colleague LeBel J. that one of the conditions precedent to the validity of a full board meeting is that "the consultation had to be limited to questions of policy and law. The members of the organization who had not heard the evidence could not be allowed to re-assess it. The consultation had to proceed on the basis of the facts as stated by the members who had actually heard the evidence" (para. 29). This limitation is based on what was said by Gonthier J. for the majority in *Consolidated-Bathurst*, *supra*, at

La réunion plénière de la Commission

Pour des motifs qui ne sont pas expliqués, la vice-présidente a demandé la tenue d'une réunion plénière de la Commission pour discuter de la décision initiale de la formation. La vice-présidente n'a formulé aucune question de principe ni avisé ses collègues qu'il y aurait un examen général des conséquences de la renonciation sur le plan des principes. Elle s'est contentée d'indiquer que cette décision à venir serait le sujet de discussion de la réunion plénière.

L'arrêt *Consolidated-Bathurst* conclut qu'il est permis de convoquer une réunion plénière de la Commission pendant qu'une affaire particulière est en cours dans la mesure où (i) la question à discuter est une question de politique plutôt qu'une question de fait, (ii) la formation est libre en bout de ligne de rendre sa propre décision, et (iii) si la discussion ayant lieu à la réunion plénière soulève des questions non abordées par les parties, celles-ci sont avisées et peuvent faire des observations avant qu'une décision ne soit prise.

Je suis d'avis que la procédure adoptée dans la présente affaire ne viole que la première de ces restrictions. Il n'y a aucune preuve indiquant que la deuxième restriction n'a pas été respectée et, quant à la troisième, l'appelante a eu la possibilité de présenter ses arguments à la formation relativement à toutes les facettes de la question de la renonciation. L'appelante prétend à bon droit que la décision initiale n'aurait jamais dû être renvoyée à la réunion plénière de la Commission.

Les faits par opposition aux principes

Je conviens avec mon collègue le juge LeBel que l'une des conditions préalables à la validité d'une réunion plénière de la Commission veut que « la consultation devait se limiter aux questions de principe et de droit. On ne pouvait pas permettre aux membres de l'organisation qui n'avaient pas entendu les témoignages de les réévaluer. La consultation devait reposer sur les faits énoncés par les membres qui avaient entendu les témoignages » (par. 29). Cette restriction est fondée sur ce qu'a dit le juge Gonthier, au nom de la majorité, dans

77

78

79

80

pp. 335-36. In that case, the issue was the scope of the employer's duty to bargain in good faith imposed by what is now s. 17 of the Ontario *Labour Relations Act*. More specifically, the question was whether the duty to bargain in good faith included a duty of candour to disclose without being asked future plans of the employer that would have a significant impact on the economic lives of bargaining unit employees (*Consolidated-Bathurst, supra*, at p. 311). A discussion about the relationship between the obligation to bargain in good faith and a duty of candour raised an abstract policy issue that *could* be segregated from the facts of that case. Here, the Board's policy had been authoritatively established, i.e., the "active promotion" test. It was for the panel to determine in the factual context of this particular case whether or not this standard was met.

*Consolidated-Bathurst*, précité, p. 335-336. Dans cette affaire, la question était de savoir quelle était la portée de l'obligation de négocier de bonne foi imposée à l'employeur par ce qui est maintenant l'art. 17 de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario. Plus particulièrement, la question était de savoir si l'obligation de négocier de bonne foi comprenait l'obligation de franchise relativement à la divulgation des projets de l'employeur qui auraient des conséquences importantes sur la situation économique des employés de l'unité de négociation (*Consolidated-Bathurst*, précité, p. 311). Une analyse de la relation entre l'obligation de négocier de bonne foi et une obligation de franchise a soulevé une question de principe abstraite qui *pouvait* être dissociée des faits de cette affaire. En l'espèce, la politique de la Commission avait été établie par les précédents, c.-à-d., le critère de la [TRADUCTION] « promotion active ». Il incombe à la formation de déterminer dans le contexte factuel de la présente affaire si cette norme était respectée ou non.

81 I agree with my colleague LeBel J. that the issue of "abandonment", when considered in the abstract, has a policy component. As I will attempt to demonstrate, however, what happened following the full Board meeting was not a change in policy but a re-assessment of the facts.

Je conviens avec mon collègue le juge LeBel que, si elle est examinée de façon abstraite, la question de la « renonciation » comporte un aspect principe. Comme je tente de le démontrer, cependant, ce qui s'est produit à la suite de la réunion plénière de la Commission ne constituait pas un changement de principe, mais une réévaluation des faits.

#### Mixed Questions of Policy and Fact

#### Les questions de principe et de fait

82 Counsel for the Board argues that *primary* facts are those "observed by the witnesses and proved by testimony. Whether established primary facts satisfy some legal definition or requirement is a question of law, which is an entirely proper subject for a full board meeting". There is, of course, an intermediate category between "primary facts" and "law" which is that of mixed law (or policy) and fact. Within this intermediate category there are gradations from the factual end of the spectrum, where the legal content may be uncontroversial or minimal, to the legal end, where the facts may be of little consequence and, as the Board's counsel notes, a decision will have "an impact which goes beyond the resolution of the dispute between the

L'avocate de la Commission prétend que les faits *essentiels* sont ceux qui [TRADUCTION] « sont observés par les témoins et prouvés par les témoignages. La question de savoir si les faits essentiels établis satisfont à une définition ou à une exigence légales est une question de droit, qui peut parfaitement faire l'objet d'une réunion plénière de la Commission ». Il y a évidemment une catégorie intermédiaire entre les « faits essentiels » et le « droit », soit la catégorie des questions de droit (ou de principe) et de fait. Dans cette catégorie intermédiaire se trouvent des échelons qui partent de l'extrémité factuelle de l'échelle, où le contenu juridique est non contesté ou minimale, pour se rendre à l'extrémité juridique, où les faits ont peu



parties”. This spectrum was recognized by the Court in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, *per* Iacobucci J., at paras. 35-38. In the present case, the legal or policy content of “abandonment” was defined in a portion of the decision that was unchanged from the initial decision to the final rewrite, as mentioned above. The test was not whether the union intended to throw away rights (which, as the Divisional Court noted, is an unlikely scenario), but whether it *actively* promoted those rights in circumstances where it would reasonably be expected to do so.

In my view, the question here is not whether a policy issue can be teased out of the adjudicative facts. The question is whether, taking the law (or policy) as the Board has defined it, the reference to the full Board descends so far into the adjudicative process as to violate the principle that he who hears must decide and he who decides must hear. This depends, I think, on whether the policy issue can be *segregated* sufficiently from the facts of the particular dispute to avoid interfering with fact adjudication, as indeed Gonthier J. contemplated in *Consolidated-Bathurst* at p. 337:

These discussions can be segregated from the factual decisions which will determine the outcome of the case once a test is adopted by the panel. [Emphasis added.]

Where no such segregation can safely be made, the reference to the full Board of a decision before its release risks putting at risk the integrity of its decision-making process, as noted by Professor H. N. Janisch in his commentary, “Consistency, Rulemaking and *Consolidated Bathurst*” (1991), 16 *Queen’s L.J.* 95, at p. 104.

d’importance et, comme l’avocate de la Commission le souligne, où la décision a [TRADUCTION] « un effet allant au-delà du règlement du litige entre les parties ». Cette échelle a été reconnue par notre Cour dans l’arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, le juge Iacobucci, par. 35-38. Dans la présente affaire, l’aspect juridique ou de principe de la « renonciation » a été décrit dans une partie de la décision qui n’a fait l’objet d’aucune modification entre la décision initiale et la révision définitive, comme je l’ai mentionné précédemment. Le critère ne consistait pas à déterminer si le syndicat avait l’intention d’abandonner des droits (ce qui est un scénario improbable, comme la Cour divisionnaire l’a souligné), mais plutôt à savoir s’il avait fait la promotion *active* de ces droits dans des circonstances où on s’attendrait raisonnablement à ce qu’il le fasse.

J’estime que la question qui se pose en l’espèce n’est pas de savoir si l’on peut extirper une question de principe des faits en litige. Il s’agit de savoir si, à la lumière de l’interprétation par la Commission du droit (ou du principe), le renvoi à la Commission dans son ensemble s’insère dans le processus décisionnel au point de violer le principe voulant que celui qui entend doit trancher et que celui qui tranche doit entendre. J’estime que cela dépend de la question de savoir si la question de principe peut être suffisamment *dissociée* des faits du litige particulier pour qu’elle n’intervienne pas dans la décision sur les faits, comme l’envisageait d’ailleurs le juge Gonthier dans *Consolidated-Bathurst*, p. 337 :

Il est possible de dissocier ces discussions des décisions sur les faits qui déterminent l’issue du litige après que le banc a adopté un critère. [Je souligne.]

Lorsqu’il est impossible de faire cette dissociation avec certitude, le renvoi d’une décision à la Commission dans son ensemble avant qu’elle ne soit rendue risque de menacer l’intégrité du processus décisionnel, comme l’a fait remarquer le professeur H. N. Janisch dans son article intitulé « Consistency, Rulemaking and *Consolidated Bathurst* » (1991), 16 *Queen’s L.J.* 95, p. 104.

84

The implications of the Court's acceptance of what was done in this case are extensive. Under s. 9(1) of the Act, for example, the Board is required to determine an appropriate bargaining unit. Over the years, the Board has developed extensive policies on the topic which individual panels are expected to apply to the facts: see J. Sack, C. M. Mitchell and S. Price, *Ontario Labour Relations Board Law and Practice* (3rd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at p. 3.121. Frequently, the evidence on this issue is extensive. Generally speaking, I think it would be inappropriate for a panel to refer a particular case for *ad hoc* policy making by the full board in relation to the specific facts in the absence of the parties. Equally, s. 76 prohibits the use of "intimidation or coercion to compel any person" to belong or not to belong to collective bargaining organizations, etc. This requires a definition of "intimidation or coercion", but whether or not a particular situation meets the definition should be determined by the panel charged with the decision. Similarly, s. 69 regulates successor rights on the "sale of a business". One test of this is whether "the business continues to function": *Marvel Jewellery Ltd.*, [1975] OLRB Rep. 733, at p. 735, and this too is considered by the Board to be a question of fact: *Accomodex Franchise Management Inc.*, [1993] OLRB Rep. 281. It is evident that all of these determinations, and many others, are predicated on a legal or policy interpretation of a concept or statutory provision, as the case may be. *Consolidated-Bathurst* did not licence wholesale full board consultations on those fact-dependent adjudications. This is especially the case where the Board's jurisprudence on the policy point is already well established. In this case, as stated, the Board's policy on abandonment in terms of active promotion of rights was never in doubt and was defined in the same language in the final decision as it had been in the initial decision.

L'acceptation par notre Cour de ce qui a été fait dans la présente affaire a des conséquences importantes. En vertu du par. 9(1) de la Loi, par exemple, la Commission est tenue de déterminer l'unité de négociation appropriée. Au fil des ans, la Commission a élaboré des politiques détaillées sur le sujet pour que chaque formation les applique aux faits : voir J. Sack, C. M. Mitchell et S. Price, *Ontario Labour Relations Board Law and Practice* (3<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 3.121. Il arrive fréquemment que la preuve relative à cette question soit considérable. De façon générale, j'estime qu'il serait inapproprié de la part d'une formation de renvoyer une affaire à la Commission dans son ensemble pour que celle-ci prenne, en l'absence des parties, une décision *ad hoc* relativement aux faits en cause. En outre, l'art. 76 interdit l'usage de « la menace de contraindre quiconque » à appartenir ou à ne pas appartenir à des organisations de négociation collective, etc. Cela exige que l'on définisse la « menace », mais la question de savoir si une situation donnée est visée ou non par la définition doit être tranchée par la formation chargée de rendre la décision. De la même manière, l'art. 69 régit les droits de succession afférents à la vente d'une entreprise. L'un des critères applicables à cet égard consiste à savoir si [TRADUCTION] « l'entreprise continue de fonctionner » : *Marvel Jewellery Ltd.*, [1975] OLRB Rep. 733, p. 735, et il s'agit là également, selon la Commission, d'une question de fait : *Accomodex Franchise Management Inc.*, [1993] OLRB Rep. 281. Il est évident que toutes ces décisions ainsi que de nombreuses autres reposent sur une interprétation juridique ou de principe d'une notion ou d'une disposition législative, selon le cas. L'arrêt *Consolidated-Bathurst* n'a pas permis la tenue de consultations générales en réunion plénière relativement aux décisions reposant sur les faits. Cela est particulièrement vrai lorsque la jurisprudence de la Commission sur la politique en question est déjà bien établie. Dans la présente affaire, comme je l'ai mentionné précédemment, la politique de la Commission sur la renonciation, qui repose sur la promotion active des droits, n'a jamais été mise en doute et a été décrite dans les mêmes termes tant dans la décision définitive que dans la décision initiale.

Reversal of a Finding of Fact

The panel made it clear both in its initial decision and in the rewrite that it considered abandonment to be an issue of fact. It explained in both at para. 43:

Prior to the introduction of province-wide bargaining in the ICI sector, the Board has on several occasions determined, as a matter of fact, that a trade union has abandoned its bargaining rights through inaction. . . . A useful summary of the caselaw and the factors influencing the Board's assessment is found in *R. Reusse Co. Ltd.* . . . [Emphasis added.]

In the case cited, *R. Reusse Co.*, [1988] OLRB Rep. 523, the Board set out its policy as follows at paras. 13 and 15:

It was not disputed that the question of abandonment is a matter of fact to be resolved by the Board in the circumstances of each case. . . .

What is most striking about this application is that, having attained bargaining rights in 1965, Local 397 did *nothing* for almost 15 years (just to the advent of province-wide bargaining) to negotiate renewals of the collective agreement, administer those "existing" agreements or otherwise contact the respondent. Given such an extended passage of time, the Board must carefully scrutinize the reasons proffered by the union as explanation for its inactivity in order to avoid the reasonable inference that the union has abandoned its bargaining rights. [Emphasis in original.]

The Board's decision in the present case (both initial and final) simply repeated the language in *Reusse*, *supra*:

It was not disputed that the question of abandonment is a matter of fact to be resolved by the Board in the circumstances of each case: *J. S. Mechanical*, *supra*; *Inducon Construction (Northern) Inc.*, *supra*; *John Entwistle Construction Limited*, *supra*; *Re Carpenters' District Council of Lake Ontario and Hugh Murray (1974) et al.*, *Re Labourers' International Union of*

L'infirmité d'une conclusion de fait

La formation a indiqué clairement, tant dans sa décision initiale que dans sa version révisée, qu'elle considérerait la renonciation comme une question de fait. Elle a expliqué dans les deux décisions, au par. 43 :

[TRADUCTION] Avant l'introduction de la négociation à l'échelle de la province dans le secteur de la construction industrielle, commerciale et institutionnelle, la Commission avait conclu à plusieurs reprises que, dans les faits, un syndicat avait renoncé à ses droits de négociation par inaction. [. . .] Un résumé utile de la jurisprudence et des facteurs influençant l'évaluation de la Commission est fait dans *R. Reusse Co. Ltd.* . . . [Je souligne.]

Dans la décision citée *R. Reusse Co.*, [1988] OLRB Rep. 523, la Commission a énoncé ainsi sa politique, aux par. 13 et 15 :

[TRADUCTION] Il n'a pas été contesté que la question de la renonciation est une question de fait que la Commission doit résoudre selon les circonstances de chaque affaire . . .

Ce qui est le plus frappant au sujet de la présente demande, c'est que, ayant obtenu des droits de négociation en 1965, la section locale 397 n'a *rien* fait pendant presque 15 ans (jusqu'à l'arrivée de la négociation collective à l'échelle de la province) en vue de négocier des renouvellements de la convention collective, d'appliquer les conventions « existantes » ou de communiquer de quelque autre façon avec l'intimée. Étant donné l'écoulement d'une aussi longue période, la Commission doit examiner avec soin les raisons fournies par le syndicat à titre d'explication pour son inaction afin d'éviter la conclusion raisonnable que le syndicat a renoncé à ses droits de négociation. [Italiques dans l'original.]

La décision de la Commission en l'espèce (tant initiale que définitive) n'a fait que reprendre les termes utilisés dans *Reusse*, précité :

[TRADUCTION] Il n'a pas été contesté que la question de la renonciation est une question de fait que la Commission doit résoudre selon les circonstances de chaque affaire : *J. S. Mechanical*, précité; *Inducon Construction (Northern) Inc.*, précité; *John Entwistle Construction Limited*, précité; *Re Carpenters' District Council of Lake Ontario and Hugh Murray (1974) et al.*, *Re*

*North America, Local 527 et al. and John Entwistle Construction Ltd. et al., supra; Twin City Plumbing and Heating*, [1982] OLRB Rep. Apr. 631. [Emphasis added.]

and then continued (at para. 44):

It is in the above jurisprudential context that the Board must analyse the evidence in the instant case.

86 Indeed, the panel concluded in its final version of the decision in this case at para. 54 that “[it] is not satisfied, as a matter of fact, that the bargaining rights of Local 353 were abandoned because of the omission of Ellis-Don’s name from schedule F” (emphasis added). We are not bound by the characterization placed on its own decision by the panel, but in this respect I think the panel was correct.

The Controlling Issue Was Whether the Union had “Actively Promoted” its Bargaining Rights

87 The initial decision accepted the respondent union’s position that it could hardly be faulted for lack of “active promotion” when its intervention proved not to be necessary to ensure that electrical work was subcontracted to union subcontractors, albeit the Board also found that the appellant did not consider itself under any obligation to do so. The important exception was the panel’s expectation that a union that was “actively” promoting its bargaining rights would have included the appellant on schedule F in the accreditation process that led to the predecessor to the one now invoked by the union. The panel noted that the union might well have had a plausible explanation for its lack of “active” promotion in the accreditation process but had not put any such evidence forward. In its initial decision the panel was not prepared to act on the unsupported hypotheses offered up by counsel for the respondent union. In its final decision, however, the panel seemingly accepted the same

*Labourers’ International Union of North America, Local 527 et al. et John Entwistle Construction Ltd. et al.*, précité; *Twin City Plumbing and Heating*, [1982] OLRB Rep. Apr. 631. [Je souligne.]

Et elle a poursuivi au par. 44 :

[TRADUCTION] C’est dans le contexte jurisprudenciel ci-dessus que la Commission doit analyser la preuve en l’espèce.

D’ailleurs, la formation a conclu dans la version définitive de la décision en l’espèce, au par. 54, qu’elle [TRADUCTION] « n’est pas convaincue que, en tant que question de fait, la section locale 353 a renoncé aux droits de négociation en raison de l’omission du nom de Ellis-Don à l’annexe F » (je souligne). Nous ne sommes pas liés par la façon dont la formation a qualifié sa propre décision, mais j’estime qu’elle avait raison à cet égard.

La question dominante était de savoir si le syndicat avait fait la « promotion active » de ses droits de négociation

La décision initiale acceptait la position du syndicat intimé selon laquelle on pouvait difficilement le blâmer pour l’absence de « promotion active » alors qu’il s’était avéré non nécessaire qu’il intervienne pour veiller à ce que les travaux d’électricité soient confiés à des sous-traitants dont les employés sont syndiqués, quoique la Commission a également conclu que l’appelante ne considérait pas avoir l’obligation de le faire. L’exception importante était le fait que la formation s’attendait à ce qu’un syndicat qui faisait la promotion « active » de ses droits de négociation ait inscrit l’appelante à l’annexe F lors du processus d’accréditation qui a mené à la convention antérieure à celle maintenant invoquée par le syndicat. La formation a fait remarquer que le syndicat pouvait fort bien avoir une explication plausible pour son manque de promotion « active » dans le cadre du processus d’accréditation, mais qu’il n’en avait présentée aucune en preuve. Dans sa décision initiale, la formation n’était pas prête à agir en s’appuyant sur les hypothèses non étayées faites par l’avocat du syndicat intimé. Dans sa décision définitive, toutefois, la formation a semblé considérer les mêmes hypothèses non étayées comme l’expli-

unsupported speculation to be the adequate explanation that it had earlier found not to exist.

The panel initially concluded that in the particular circumstances of the case an adverse inference *should* be drawn against the union for its decision not to call the evidence. I do not say that the panel was obliged to draw an adverse inference. The fact is that following a lengthy hearing, it did so. The correctness of that determination was bound up with the evidence:

It is perfectly appropriate for a jury to infer, although they are not obliged to do so, that the failure to call material evidence which was particularly and uniquely available to the Vieczoreks was an indication that such evidence would not have been favourable to them. It is a common sense conclusion that may be reached by any trier of fact. There are no authorities which cast any doubt upon the proposition. [Emphasis added.]

(*Vieczorek v. Piersma* (1987), 36 D.L.R. (4th) 136 (Ont. C.A.), *per* Cory J.A., at pp. 140-41)

To the same effect is the statement found in Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 97:

A presumption of fact is a deduction of fact that may logically and reasonably be drawn from a fact or group of facts found or otherwise established. Put differently, it is a common sense logical inference that is drawn from proven facts. [Emphasis added.]

To characterise this “common sense conclusion . . . by [a] trier of fact” as a “rebuttable presumption” does not, in my view, transform this issue of factual adjudication into a question of law, as my colleague LeBel J. concludes at para. 42. In any event, with respect, a debate about labels should not detract us from the more fundamental inquiry about whether in this case the full board consultation intruded into adjudicative matters of fact the panel itself was required to decide.

cation adéquate qu'elle avait auparavant jugée inexistante.

La formation a initialement estimé qu'à la lumière des faits particuliers de l'affaire, une conclusion défavorable au syndicat *devrait* être tirée en raison de sa décision de ne présenter aucune preuve à cet égard. Je ne dis pas que la formation était obligée de tirer une conclusion défavorable. Il n'en demeure pas moins que c'est ce qu'elle a fait à la suite d'une longue audience. Le bien-fondé de cette décision était lié à la preuve :

[TRADUCTION] Il est parfaitement approprié qu'un jury déduise, même s'il n'est pas obligé de le faire, que l'omission de produire des éléments de preuve substantielle dont seuls les Vieczorek disposaient était une indication que ces éléments de preuve ne leur auraient pas été favorables. Il s'agit d'une conclusion fondée sur le bon sens qui peut être tirée par tout juge des faits. Aucune décision ne met en doute cette proposition. [Je souligne.]

(*Vieczorek c. Piersma* (1987), 36 D.L.R. (4th) 136 (C.A. Ont.), le juge Cory, p. 140 et 141)

Voir dans le même sens l'énoncé figurant dans Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, à la p. 97 :

[TRADUCTION] Une présomption de fait est une déduction de fait qui peut logiquement et raisonnablement être tirée à partir d'un fait ou d'un groupe de faits dont on a conclu à l'existence ou qui ont été autrement établis. Autrement dit, il s'agit d'une conclusion logique fondée sur le bon sens qui est tirée à partir de faits prouvés. [Je souligne.]

Qualifier cette « conclusion fondée sur le bon sens [. . .] tirée par [un] juge des faits » de « présomption réfutable » ne change pas selon moi cette question de conclusion factuelle en question de droit, comme mon collègue le juge LeBel le conclut au par. 42. Quoi qu'il en soit, j'estime, en toute déférence, que nous ne devrions pas laisser un débat terminologique nous écarter de l'examen plus fondamental de la question de savoir si, en l'espèce, la consultation de l'ensemble des membres de la Commission a empiété sur des faits sur lesquels la formation elle-même était tenue de se prononcer.

90

The Vice-Chair's reasons, rewritten after the full Board meeting, now said, at para. 54:

The absence of evidence to explain the omission of Ellis-Don from the schedule F filed by Local 353, IBEW in the accreditation application is of concern to the Board. The question for the Board is whether this omission, of itself, is sufficient, in the context of all the other circumstances, to cause the Board to conclude that Local 353 has abandoned the bargaining rights it had earlier obtained. The omission of Ellis-Don's name is not inconsistent with abandonment and, thus, may signify what respondent counsel asserts. However, that omission is also consistent with an assumption on the part of the Local that the accreditation application affected only specialty contractors or that schedule F speaks only to employers for whom the Local held bargaining rights but who had had employees in the past (albeit not within the previous year). It appears (and there is no cogent evidence to suggest otherwise) that the employer association represented specialty electrical contractors, not general contractors. In that context, the name of Ellis-Don may have been omitted, in the respondent union's reply, as apparently were the names of other general contractors who had signed the working agreement, to reflect the framing of the original application. The question is not what is the most reasonable or a reasonable inference from the omission of Ellis-Don's name but whether the omission signifies abandonment. In the Board's opinion, it is more probable than not that the omission of Ellis-Don's name from schedule F did not reflect an abandonment of bargaining rights. [Emphasis added.]

The test applied by the panel ("it is more probable than not that the omission . . . did not reflect an abandonment of bargaining rights") is typical for a finding of fact. The rewrite does not reflect any change in policy or legal principle governing the weight to be given to the evidence. It simply multiplies speculation about why the union might (or might not) have acted as it did. The Board thus chose to put less weight on the union's failure to list the appellant on schedule F and more weight on speculative factors. In other words, the evidence was reweighed or re-assessed, apparently as

Les motifs de la vice-présidente, réécrits après la réunion plénière de la Commission, se lisaient ainsi, au par. 54 :

[TRADUCTION] L'absence de preuve expliquant l'omission du nom de Ellis-Don à l'annexe F déposée par la section locale 353 de la FIOE dans le cadre de la demande d'accréditation préoccupe la Commission, qui estime qu'il s'agit de savoir si cette omission est suffisante en soi, dans le contexte de l'ensemble des autres circonstances, pour lui permettre de conclure que la section locale 353 avait renoncé aux droits de négociation qu'elle avait obtenus auparavant. L'omission du nom de Ellis-Don n'est pas incompatible avec une renonciation et peut donc signifier ce que l'avocat de l'intimée affirme. Cependant, cette omission est compatible également avec le fait que la section locale aurait tenu pour acquis que la demande d'accréditation ne touchait que les entrepreneurs spécialisés ou que l'annexe F ne s'appliquait qu'aux employeurs relativement auxquels la section locale avait des droits de négociation mais qui avaient eu des employés dans le passé (quoique pas dans l'année précédente). Il semble (et il n'y a aucune preuve convaincante du contraire) que l'association d'employeurs représentait les entrepreneurs électriciens spécialisés, et non pas les entrepreneurs généraux. Dans ce contexte, le nom de Ellis-Don peut avoir été omis dans la réponse du syndicat intimé, comme l'ont apparemment été les noms d'autres entrepreneurs généraux qui avaient signé la convention de travail, compte tenu du cadre de la demande initiale. La question n'est pas de savoir quelle est la conclusion la plus raisonnable ou quelle serait une conclusion raisonnable à tirer de l'omission du nom de Ellis-Don, mais bien de savoir si cette omission équivaut à une renonciation. La Commission est d'avis qu'il est plus probable que l'omission du nom de Ellis-Don à l'annexe F n'indiquait pas une renonciation aux droits de négociation. [Je souligne.]

Le critère appliqué par la formation (« il est plus probable que l'omission [. . .] n'indiquait pas une renonciation aux droits de négociation ») est typique d'une conclusion de fait. La révision ne révèle aucune modification de la question de principe ou du principe juridique régissant le poids à accorder à la preuve. Elle multiplie simplement les hypothèses au sujet des raisons pour lesquelles le syndicat aurait (ou n'aurait pas) agi comme il l'a fait. La Commission a donc choisi d'accorder moins d'importance à l'omission du syndicat d'inscrire l'appelante à l'annexe F et davantage

a result of the full Board meeting. This is contrary to *Consolidated-Bathurst*.

#### The Divisional Court's Rationalization of the Board's Decision

It was left to Adams J. in the Ontario Divisional Court ((1995), 89 O.A.C. 45) to offer a suggestion about how to rationalize the panel's initial decision with its ultimate decision, at para. 31:

The Board had several policy options open to it on the facts as found: (i) the absence of Ellis-Don on Schedule F constituted per se evidence of bargaining right abandonment; (ii) the omission gave rise to a rebuttable presumption of abandonment, thus requiring an explanation from Local 353; (iii) the omission was a factor to be considered along with all the other evidence before the Board; or, finally, (iv) the failure of Local 353 to place Ellis-Don's name on Schedule F was irrelevant, in the circumstances, to the issue of abandonment. Ultimately, the Board concluded the failure of Local 353 to include Ellis-Don on Schedule F was a factor to be considered and was not determinative in the circumstances.

The options are presented as a menu of policy choices, but the passage does no more than describe transition stages from a strong inference to a weak inference to no inference at all. The question of what weight should be attached to the union's conduct in light of all the evidence heard over several weeks seems to me, quintessentially, for the trier of fact. The appellant was not dealing with the Ministry of Labour, where departmental procedures are not expected to conform to a judicial or quasi-judicial method of making decisions. The Ontario *Labour Relations Act* holds out the promise of a quasi-judicial tribunal where union and management are eyeball-to-eyeball with the decision-makers. So long as the legislative promise

d'importance à des facteurs hypothétiques. En d'autres termes, la preuve a été réévaluée apparemment par suite de la réunion plénière de la Commission. Cela est contraire à l'arrêt *Consolidated-Bathurst*.

#### La justification de la décision de la Commission par la Cour divisionnaire

Il revenait au juge Adams, de la Cour divisionnaire de l'Ontario ((1995), 89 O.A.C. 45), de suggérer une manière de justifier la décision définitive de la formation par rapport à sa décision initiale, au par. 31 :

[TRADUCTION] Plusieurs choix de principe s'offraient à la Commission quant aux faits tenus pour avérés: (i) l'absence de Ellis-Don à l'annexe F constituait en soi la preuve de la renonciation aux droits de négociation; (ii) l'omission a donné lieu à une présomption réfutable de renonciation, ce qui obligeait la section locale 353 à fournir une explication; (iii) l'omission constituait un facteur à examiner au même titre que tous les autres éléments de preuve soumis à la Commission; ou enfin, (iv) l'omission de la section locale 353 d'inscrire le nom de Ellis-Don à l'annexe F n'avait aucune pertinence, dans les circonstances, quant à la question de la renonciation. En fin de compte, la Commission a déterminé que l'omission de la part de la section locale 353 d'inscrire Ellis-Don à l'annexe F constituait un facteur à prendre en considération et n'était pas déterminante dans les circonstances.

Les options sont présentées comme un menu de choix de principes, mais l'extrait ne fait rien de plus que décrire les étapes de transition, à partir d'une forte conclusion, en passant par une faible conclusion, jusqu'à l'absence de conclusion. La question de savoir quelle importance devrait être accordée à la conduite du syndicat à la lumière de l'ensemble de la preuve entendue pendant plusieurs semaines me semble, de par sa nature même, relever du juge des faits. L'appelante n'avait pas affaire au ministère du Travail, où l'on ne s'attend pas à ce que les procédures ministérielles soient conformes à une méthode judiciaire ou quasi judiciaire de prise de décisions. La *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario renferme la promesse d'un tribunal quasi judiciaire où syndicats et patrons font face aux décideurs. Tant que la promesse

91

92

is there the relevant constraints should be observed in factual adjudications.

législative existe, les contraintes pertinentes en matière de conclusions relatives aux faits doivent être respectées.

93 The panel's initial decision, as I read it, did not suggest that the absence of the appellant on schedule F *per se* constituted abandonment. The initial decision concluded that the union's decision not to include the appellant on schedule F "was a factor to be considered along with all the other evidence" but that in the absence of any explanation, or contrary evidence from the union that bargaining rights had in fact been actively asserted at some point between 1962 and 1971, there was nothing opposable to the common sense inference of abandonment.

La décision initiale de la formation, selon mon interprétation, ne donnait pas à entendre que l'absence de l'appelante à l'annexe F constituait en soi une renonciation. Il a été conclu dans la décision initiale que la décision du syndicat de ne pas inscrire l'appelante à l'annexe F [TRADUCTION] « constituait un facteur à examiner au même titre que tous les autres éléments de preuve », mais que, en l'absence d'explication ou de preuve contraire de la part du syndicat selon laquelle les droits de négociation avaient en fait été affirmés activement à un certain moment entre 1962 et 1971, rien ne pouvait être opposé à la conclusion fondée sur le bon sens selon laquelle il y avait eu renonciation.

94 The Divisional Court also faulted the appellant for its failure to seek a reconsideration by the Board under s. 114(1) of the Act. Apparently the court was not pleased with appellant counsel's somewhat triumphal rejoinder that the Board had been "caught . . . with [its] hand in the cookie jar" and he was not disposed to give it an opportunity to extricate itself. While a motion for reconsideration was an option, it was not equivalent to an internal appeal for purposes of an "exhaustion of administrative remedies" argument. The Board's position advanced with ingenuity and vigour in these proceedings no doubt reflects what the panel would have said on a reconsideration, namely the assertion that *Consolidated-Bathurst* sanctioned the procedure adopted in this case.

La Cour divisionnaire a également blâmé l'appelante d'avoir omis de demander un nouvel examen par la Commission aux termes du par. 114(1) de la Loi. Apparemment, la cour n'a pas aimé la réplique quelque peu triomphale de l'avocat de l'appelante selon laquelle la Commission avait été [TRADUCTION] « pris[e] la main dans le sac », ni le fait qu'il n'était pas prêt à lui donner la possibilité de se sortir de cet embarras. Même si la requête en nouvel examen constituait une option, elle n'équivalait pas à un appel interne pour les fins de l'argument fondé sur [TRADUCTION] « l'épuisement des recours administratifs ». La position que la Commission a fait valoir avec ingéniosité et insistance en l'espèce reflète sans aucun doute ce que la formation aurait dit lors d'un nouvel examen, à savoir l'affirmation que *Consolidated-Bathurst* a sanctionné la procédure adoptée dans la présente affaire.

#### Failure to Obtain Evidence from Board Witnesses

#### L'omission d'obtenir la déposition de témoins membres de la Commission

95 The appellant obtained an order from Steele J. of the Ontario Court (General Division) ((1992), 95 D.L.R. (4th) 56) compelling the attendance of the Chair of the Board, the Vice-Chair who presided over the panel, and the Registrar of the Board "to obtain information with respect to the procedures implemented by the O.L.R.B. in arriv-

L'appelante a obtenu une ordonnance du juge Steele, de la Cour de l'Ontario (Division générale) ((1992), 95 D.L.R. (4th) 56), qui obligeait le président de la Commission, la vice-présidente qui a présidé la formation, et le registraire de la Commission à comparaître [TRADUCTION] « afin d'obtenir des renseignements sur la procédure mise en



ing at its final decisions” (p. 58). The motions judge was reversed by the Ontario Divisional Court ((1994), 16 O.R. (3d) 698) on the basis of s. 111 of the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2 (now s. 117), which grants testimonial immunity in the following terms:

Except with the consent of the Board, no member of the Board, nor its registrar, nor any of its other officers, nor any of its clerks or servants shall be required to give testimony in any civil proceeding or in any proceeding before the Board or in any proceeding before any other tribunal respecting information obtained in the discharge of their duties or while acting within the scope of their employment under this Act.

The Ontario Court of Appeal and subsequently this Court ([1995] 1 S.C.R. vii), denied leave to appeal from this interlocutory decision.

The legislative grant of testimonial immunity in s. 111 may be justified on various policy grounds, as pointed out by my colleague LeBel J. at paras. 52-53. However, it creates the following problem in the present context:

Safeguards are of no use if they cannot be enforced. How can judicial review be used to police the safeguards built into the decision-making process if the operation of that process is veiled behind a cloak of deliberative secrecy? Just as at the substantive level, there exists a need for safeguards to reconcile natural justice with institutional decision-making; at an operational level some mechanism must be found to reconcile the need for judicial review with the privilege of deliberative secrecy.

(R. E. Hawkins, “Behind Closed Doors II: The Operational Problem — Deliberative Secrecy, Statutory Immunity and Testimonial Privilege” (1996), 10 *C.J.A.L.P.* 39, at p. 40)

This Court in *Consolidated-Bathurst* contemplated meaningful redress when full board meetings exceed their proper role. This was demonstrated in *Tremblay v. Quebec (Commission des*

œuvre par la CRTO pour en arriver à ses décisions définitives » (p. 58). La décision du juge des requêtes a été infirmée par la Cour divisionnaire de l’Ontario ((1994), 16 O.R. (3d) 698) sur le fondement de l’art. 111 de la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1990, ch. L.2 (maintenant l’art. 117), qui accorde l’exonération de l’obligation de témoigner dans les termes suivants :

Sauf si la Commission y consent, ses membres, son registrateur, et les autres membres de son personnel sont exemptés de l’obligation de témoigner dans une instance civile ou dans une instance devant la Commission ou devant toute autre commission, en ce qui concerne des renseignements obtenus dans le cadre de leurs fonctions ou en rapport avec celles-ci dans le cadre de la présente loi.

La Cour d’appel de l’Ontario et, par la suite, notre Cour ([1995] 1 R.C.S. vii) ont refusé la permission d’interjeter appel de cette décision interlocutoire.

Le fait que l’art. 111 accorde l’exonération de l’obligation de témoigner peut se justifier par différentes raisons de principe, comme l’a souligné mon collègue le juge LeBel aux par. 52-53. Cela crée toutefois le problème suivant dans le contexte actuel :

[TRADUCTION] Les mesures de protection ne sont d’aucune utilité si elles ne peuvent pas être appliquées. Comment peut-on utiliser le contrôle judiciaire pour vérifier les mesures de protection intégrées au processus décisionnel si le fonctionnement de ce processus se cache derrière le voile du secret du délibéré? Tout comme il y a au niveau du fond la nécessité de mesures de protection pour concilier la justice naturelle et la prise de décision institutionnelle, il faut trouver au niveau opérationnel un mécanisme conciliant la nécessité du contrôle judiciaire et le privilège du secret du délibéré.

(R. E. Hawkins, « Behind Closed Doors II : The Operational Problem — Deliberative Secrecy, Statutory Immunity and Testimonial Privilege » (1996), 10 *C.J.A.L.P.* 39, p. 40)

Dans l’arrêt *Consolidated-Bathurst* notre Cour a examiné la possibilité de redressement significatif lorsque les réunions plénières vont au-delà du rôle qui leur revient. Cela a été démontré dans l’arrêt

96

97

98

*affaires sociales*), [1992] 1 S.C.R. 952, in which Gonthier J. wrote, at p. 965:

The institutionalization of the decisions of administrative tribunals creates a tension between on one hand the traditional concept of deliberative secrecy and on the other the fundamental right of a party to know that the decision was made in accordance with the rules of natural justice . . . Paradoxically, it is the public nature of these rules which, while highly desirable, may open the door to an action in nullity or an evocation. It may be questioned whether justice is seen to be done. Accordingly, the very special way in which the practice of administrative tribunals has developed requires the Court to become involved in areas into which, if a judicial tribunal were in question, it would probably refuse to venture. . . . [Emphasis added.]

and at p. 966:

. . . by the very nature of the control exercised over their decisions administrative tribunals cannot rely on deliberative secrecy to the same extent as judicial tribunals.

99

Here the undisputed evidence is that the initial decision of the panel held as a fact that the union had abandoned its bargaining rights. The final decision held as a fact that it had not, and the intervening event was the full Board meeting. In *Tremblay*, Gonthier J. observed at p. 980:

. . . the procedure of early signature of draft decisions by members and assessors followed in the case at bar seems to me unadvisable. Although this procedure may be practical, it only adds to the appearance of bias when a decision maker decides to alter his opinion after free consultation with his colleagues.

(While, as stated, an original signed copy of the initial decision in the present case is not in the Court record, the “true copy” that was filed indicates that the original was signed.) Gonthier J. continued at pp. 980-81:

A litigant who sees a “decision” favourable to him changed to an unfavourable one will not think that there has been a normal consultation process; rather, he will have the impression that external pressure has definitely

*Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952, dans lequel le juge Gonthier a écrit, à la p. 965 :

L’institutionnalisation des décisions des tribunaux administratifs crée une tension entre, d’une part, le traditionnel concept du secret du délibéré et, d’autre part, le droit fondamental d’une partie de savoir que la décision a été rendue en conformité avec les principes de justice naturelle. [. . .] Le caractère public de ces règles, par ailleurs fort souhaitable, est paradoxalement ce qui peut donner prise à une action en nullité ou à une évocation. L’apparence de justice peut être mise en cause. L’évolution bien particulière de la pratique des tribunaux administratifs oblige donc la Cour à s’immiscer dans des domaines où, s’il s’agissait d’un tribunal judiciaire, elle refuserait probablement de s’aventurer . . . [Je souligne.]

et à la p. 966 :

. . . de par la nature du contrôle qui est exercé sur leurs décisions, les tribunaux administratifs ne [peuvent] invoquer le secret du délibéré au même degré que les tribunaux judiciaires.

En l’espèce, la preuve non contestée révèle que dans sa décision initiale, la formation a tiré la conclusion de fait que le syndicat avait renoncé à ses droits de négociation. Dans sa décision définitive, elle a tiré la conclusion de fait que le syndicat n’avait pas renoncé à ses droits, et l’événement qui s’est produit entre ces deux décisions est la réunion plénière de la Commission. Dans l’arrêt *Tremblay*, le juge Gonthier a fait remarquer à la p. 980 :

. . . la procédure de signature anticipée des projets de décisions par les membres et assesseurs suivie en l’espèce m’apparaît être à déconseiller. Même si cette procédure s’avère pratique, elle ne fait qu’ajouter à l’apparence de partialité lorsqu’un décideur décide de modifier son opinion après libre consultation avec ses collègues.

(Même si, comme je l’ai mentionné, le dossier de notre Cour ne contient aucun exemplaire original signé de la décision initiale en l’espèce, la « copie certifiée conforme » qui a été déposée indique que l’original a été signé.) Le juge Gonthier a poursuivi aux p. 980-981 :

Le justiciable qui voit une « décision » qui lui était favorable se changer en décision défavorable ne pensera pas qu’il s’agit du processus normal de consultation; il aura plutôt l’impression qu’une pression extérieure a bel et

led persons who were initially favourable to his case to change their minds.

The appellant does not need to establish “external pressure” in this case. It merely has to establish a basis for a reasonable inference that factual matters were referred for discussion at the full Board meeting that ought to have been left to the undisturbed deliberations of the panel.

Section 111 prevented the appellant from getting to the bottom of the Board’s decision-making process in this case. The result, in my view, is not that the appellant is thereby prevented from establishing a basis for judicial review. The Court ought not to be blind to the difficulties of proof in determining whether the appellant has made out its case. Otherwise the limitation imposed by *Consolidated-Bathurst* becomes a pious sentiment rather than an enforceable rule of law, which indeed is a question raised by Professor David J. Mullan in his case comment:

... it is possible to see the judgment as simply drawing the attention of members to their responsibilities without any real expectation that there will be consistent monitoring of behaviour.

(D. J. Mullan, “Policing the *Consolidated-Bathurst* Limits — Of Whistleblowers and Other Assorted Characters” (1993), 10 Admin. L.R. (2d) 241, at p. 242)

I think *Tremblay* showed that the Court *did* have a “real expectation” that the limits on the scope of full board meetings would be enforceable. In that case, the Court quashed the decision of the Quebec *Commission des affaires sociales* because its equivalent of the full board meeting procedure compromised the ability of individual panels to reach their own decision free of constraints imposed by colleagues.

The Board is responsible for maintaining its deliberative secrecy, and it will generally be assisted by the courts in that regard. However,

bien fait changer d’avis les personnes d’abord favorables à sa cause.

L’appelante n’a pas à établir l’existence d’une « pression extérieure » en l’espèce. Il suffit qu’elle établisse le fondement d’une conclusion raisonnable que des questions factuelles ont été renvoyées pour fins de discussions à la réunion plénière de la Commission et qu’il aurait fallu que ces questions soient laissées à la formation pour qu’elle délibère en toute quiétude à leur sujet.

Vu l’article 111 l’appelante n’a pu aller au fond du processus décisionnel de la Commission en l’espèce. J’estime que cela n’empêche pas l’appelante d’établir le fondement d’un contrôle judiciaire. Notre Cour ne devrait pas fermer les yeux sur la difficulté de déterminer si l’appelante a établi sa preuve. Autrement, la restriction imposée par l’arrêt *Consolidated-Bathurst* devient un vœu pieux plutôt qu’une règle de droit exécutoire, question que soulève d’ailleurs le professeur David J. Mullan dans son commentaire d’arrêt :

[TRADUCTION] ... il est possible de considérer que le jugement ne fait qu’attirer l’attention des membres sur leurs responsabilités sans qu’il n’y ait d’attente réelle que leur conduite fasse l’objet d’une surveillance continue.

(D. J. Mullan, « Policing the *Consolidated-Bathurst* Limits — Of Whistleblowers and Other Assorted Characters » (1993), 10 Admin. L.R. (2d) 241, p. 242)

J’estime que l’arrêt *Tremblay* a montré que notre Cour avait *effectivement* l’« attente réelle » que les limites imposées à la portée des réunions plénières soient exécutoires. Dans cette affaire, notre Cour a annulé la décision de la Commission des affaires sociales du Québec parce que son équivalent de la procédure de la réunion plénière compromettait la capacité de chaque formation de rendre sa propre décision à l’abri des contraintes imposées par des collègues.

La Commission est responsable du maintien du secret de ses délibérations et les tribunaux l’appuieront généralement à cet égard. Toutefois, lors-

100

101

102

103

where there is a breach of that secrecy from within the Board itself, whether by reason of a whistleblower or otherwise, the inconvenient information cannot be wished out of existence. The appellant is not to be faulted for coming into possession of information volunteered by a retired member of the Board.

qu'une violation de ce secret provient de la Commission elle-même, que ce soit en raison de la présence d'un dénonciateur ou pour d'autres raisons, les renseignements embarrassants ne peuvent pas disparaître comme par enchantement. On ne peut pas blâmer l'appelante d'avoir obtenu des renseignements qu'un membre retraité de la Commission a pris l'initiative de lui fournir.

104

The Board in its submissions cautions the Court against “lowering the bar” for judicial review, and worries that once “an allegation of wrongdoing was made, an administrative tribunal would have no choice but to reveal its deliberations so as to rebut the ‘reasonable apprehension’”. The Board construes “deliberations” broadly to include process as well as substance, and says that it embraces not only the decision makers (the panel) but all attendees at the full board meeting as well. However, it is in the nature of judicial review that the secrecy as to the process may have to be relaxed by the Board to dispel legitimate concerns about the integrity of its decision-making process. The alternative for the Board in a case where an applicant has met the threshold evidentiary onus (as here) is to allow the decision to be vacated as the price of preserving intact the secrecy surrounding its formation.

Dans ses arguments, la Commission met notre Cour en garde contre le fait [TRADUCTION] « [d']abaisser la barre » en matière de contrôle judiciaire et elle craint que dès [TRADUCTION] « qu'une allégation de faute serait faite, un tribunal administratif n'aurait pas d'autre choix que de révéler ses délibérations pour réfuter la “crainte raisonnable” ». La Commission interprète largement le mot « délibérations », qui comporte selon elle le processus de même que le fond, et elle dit que ce mot vise non seulement les décideurs (la formation), mais aussi tous ceux qui ont participé à la réunion plénière. Toutefois, la nature du contrôle judiciaire fait en sorte qu'il se peut que la Commission ait à lever le secret afin de dissiper des craintes légitimes au sujet de l'intégrité de son processus décisionnel. Dans un cas où le demandeur s'est acquitté de la charge initiale de présentation (comme en l'espèce), la solution de rechange pour la Commission consiste à permettre que la décision soit annulée pour que soit préservé le secret entourant son élaboration.

105

In my view, the Board cannot have it both ways. It cannot, with the assistance of the legislature, deny a person in the position of the appellant all legitimate access to relevant information, then rely on the absence of this same information as a conclusive answer to the appellant's complaint. We are not in the business of playing Catch 22. The record discloses a change of position by the panel on an issue of fact. This runs counter to *Consolidated-Bathurst* and has to be dealt with properly if confidence in the integrity of the Board's decision making is to be maintained. The exigencies of

À mon avis, la Commission ne peut pas jouer sur les deux plans. Elle ne peut pas, avec l'aide du législateur, priver une personne dans la position de l'appelante de tout accès légitime aux renseignements pertinents, pour ensuite invoquer l'absence de ces mêmes renseignements en tant que réponse déterminante à la plainte de l'appelante. Nous ne sommes pas ici devant une situation sans issue. Le dossier révèle que la formation a modifié sa position sur une question de fait. Cela va à l'encontre de l'arrêt *Consolidated-Bathurst* et il faut prendre les mesures appropriées pour que la confiance dans l'intégrité du processus décisionnel de la Commission soit préservée. Les exigences applicables en matière de contrôle judiciaire ont été expressément

judicial review were specifically affirmed by Gonthier J. in *Tremblay* at pp. 965-66:

... when there is no appeal from the decision of an administrative tribunal, as is the case with the Commission, that decision can only be reviewed in one way: as to legality by judicial review. It is of the very nature of judicial review to examine *inter alia* the decision maker's decision-making process. Some of the grounds on which a decision may be challenged even concern the internal aspect of that process: for example, was the decision made at the dictate of a third party? Is it the result of the blind application of a previously established directive or policy? All these events accompany the deliberations or are part of them.

Accordingly, it seems to me that by the very nature of the control exercised over their decisions administrative tribunals cannot rely on deliberative secrecy to the same extent as judicial tribunals. Of course, secrecy remains the rule, but it may nonetheless be lifted when the litigant can present valid reasons for believing that the process followed did not comply with the rules of natural justice. [Emphasis added.]

In *Tremblay*, of course, the Court was not confronted with a testimonial immunity provision comparable to s. 111 of the Ontario *Labour Relations Act*. Nevertheless, it could not have been intended by the Court to make a distinction between fact and policy, only to have its enforcement rendered impracticable. Where such difficulties of proof are presented, as here, they will have to be factored into the evidentiary burden of proof placed on the appellant.

#### The Presumption of Regularity

The Ontario Court of Appeal considered the Board's proceedings to be protected by the "presumption of regularity" ((1998), 38 O.R. (3d) 737, at p. 740). This presumption, like any rebuttable presumption, yields to contrary evidence. Here again the Board relies on its successful denial of access to relevant information to feed the presumption and defeat the appellant's complaint. Not only were subpoenas set aside, as mentioned, but attempts by the appellant to obtain relevant information through the provincial *Freedom of Infor-*

énoncées par le juge Gonthier dans *Tremblay*, p. 965-966 :

... lorsque les décisions d'un tribunal administratif sont sans appel, comme c'est le cas à la Commission, il n'existe qu'une seule façon de réviser celles-ci: le contrôle de la légalité. Or, il relève de la nature même du contrôle judiciaire d'examiner, entre autres, le processus décisionnel du décideur. Certains des motifs pour lesquels une décision peut être attaquée portent même sur l'aspect interne de ce processus décisionnel: par exemple, la décision a-t-elle été prise sous la dictée d'un tiers? Résulte-t-elle de l'application aveugle d'une directive ou d'une politique pré-établie? Tous ces événements sont concomitants au délibéré ou en font partie.

Il me semble donc que, de par la nature du contrôle qui est exercé sur leurs décisions, les tribunaux administratifs ne puissent invoquer le secret du délibéré au même degré que les tribunaux judiciaires. Le secret demeure bien sûr la règle, mais il pourra néanmoins être levé lorsque le justiciable peut faire état de raisons sérieuses de croire que le processus suivi n'a pas respecté les règles de justice naturelle. [Je souligne.]

Il est évident que dans *Tremblay* notre Cour ne faisait pas face à une disposition d'exonération de l'obligation de témoigner comparable à l'art. 111 de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario. Néanmoins, notre Cour n'a pas pu avoir l'intention de faire une distinction entre fait et principe, pour voir ensuite l'application de cette distinction rendue impossible. Lorsque de telles difficultés en matière de preuve se présentent, comme en l'espèce, elles doivent être considérées comme faisant partie du fardeau de présentation de la preuve reposant sur l'appelante.

#### La présomption de régularité

La Cour d'appel de l'Ontario a estimé que la procédure de la Commission était protégée par la « présomption de régularité » ((1998), 38 O.R. (3d) 737, p. 740). Comme toute présomption réfutable, cette présomption s'efface devant une preuve contraire. Encore une fois en l'espèce, la Commission s'appuie sur le fait qu'elle a réussi à interdire à l'appelante l'accès aux renseignements pertinents pour renforcer la présomption et faire rejeter la plainte de l'appelante. Non seulement des assignations de témoins ont été annulées, mais la Com-

106

107

*mation and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31, were successfully resisted. Building on this success, the Board relies upon the statement of Gonthier J. in *Consolidated-Bathurst* at p. 336:

The appellant does not claim that new evidence was adduced at the meeting and the record does not disclose any such breach of the *audi alteram partem* rule. The defined practice of the Board at full board meetings is to discuss policy issues on the basis of the facts as they were determined by the panel. The benefits to be derived from the proper use of this consultation process must not be denied because of the mere concern that this established practice might be disregarded, in the absence of any evidence that this has occurred. In this case, the record contains no evidence that factual issues were discussed by the Board at the September 23, 1983 meeting. [Emphasis added.]

108 Where, as here, a serious question is raised on material emanating from the Board itself as to whether the *Consolidated-Bathurst* limits were respected, I do not think it is for the Board to claim that the failure of the party to obtain the additional evidence that the Board itself has fought to withhold is a complete answer to the claim. The strength of the evidence necessary to displace the presumption of regularity depends on the nature of the case: W. Wade and C. Forsyth, *Administrative Law* (7th ed. 1994), at p. 334. Having regard to the difficulties put in the way of the appellant to obtain evidence to which at common law it would have been entitled (*Tremblay*, at pp. 965-66), I think the appellant discharged its evidentiary onus to displace the “presumption” of regularity.

109 The Board relies on the public interest in the effective operation of its docket, but that is not the only public interest at stake here. Public confidence in the integrity of decision making by courts and adjudicative tribunals is of the highest importance. Parties coming before the Board should not

mission a résisté avec succès aux tentatives de l’appelante d’obtenir des renseignements pertinents au moyen de la *Loi sur l’accès à l’information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31, de la province. Partant de ce succès, la Commission se fonde sur l’énoncé du juge Gonthier dans *Consolidated-Bathurst*, p. 336 :

L’appelante ne soutient pas que de nouveaux éléments de preuve ont été soumis à la réunion et le dossier ne révèle aucune violation de la règle *audi alteram partem* pour ce motif. La pratique définie par la Commission lors de ces réunions plénières consiste précisément à discuter des questions de politique en tenant pour avérés les faits établis par le banc. Il ne faut pas refuser les avantages que l’utilisation valable de ce processus de consultation peut procurer, uniquement à cause de la simple crainte que cette pratique établie ne soit pas respectée, en l’absence de toute preuve que la chose s’est produite. En l’espèce, le dossier ne contient aucune preuve que des questions de fait ont été discutées par la Commission lors de la réunion du 23 septembre 1983. [Je souligne.]

Lorsque, comme en l’espèce, une question sérieuse est soulevée à partir de documents émanant de la Commission même quant à savoir si les limites imposées par l’arrêt *Consolidated-Bathurst* ont été respectées, je ne crois pas que la Commission puisse prétendre que l’omission de la partie d’obtenir la preuve supplémentaire que la Commission elle-même a cherché à ne pas communiquer constitue une réponse complète à la plainte. La force de la preuve nécessaire pour réfuter la présomption de régularité varie selon la nature de l’affaire : W. Wade et C. Forsyth, *Administrative Law* (7<sup>e</sup> éd. 1994), p. 334. Quant aux difficultés qu’a éprouvées l’appelante à obtenir des éléments de preuve auxquels elle aurait eu droit en common law (*Tremblay*, p. 965-966), j’estime qu’elle s’est acquittée de sa charge de présentation consistant à déplacer la « présomption » de régularité.

La Commission se fonde sur l’intérêt public relatif à la gestion efficace de ses dossiers, mais il ne s’agit pas du seul intérêt public en jeu en l’espèce. La confiance du public dans l’intégrité du processus décisionnel des cours de justice et des tribunaux administratifs est de la plus haute impor-

come away with a *reasonable* apprehension that they were subject to a rogue process. Once it was determined here that the change between the initial decision and the final decision related to an issue that was almost entirely factual, and was nevertheless put up for discussion at a full Board meeting, I think the appellant has made out a *prima facie* basis for judicial review which in this case the Board chose not to rebut. To hold otherwise would suggest that the Court in *Consolidated-Bathurst* affirmed procedural limitations on full board meetings for breach of which there is no effective remedy.

I do not think it is necessary in this case to address the possibility of relief against an “apparent” breach of fair hearing rights. I note, however, that many of the justifications my colleague, LeBel J. lists, at para. 48, for resort to “appearances” in bias cases apply here, principally the difficulty of proof and the need to vindicate the integrity of the adjudicative process. In the normal case it will be apparent whether someone has received the sort of hearing to which he or she is entitled. Did he or she know the case to meet? Was there proper disclosure? Was there a hearing? Were reasons given? Were those reasons adequate? Generally, unlike cases of bias, a participant has enough information in the ordinary course to determine the content of procedural fairness in a particular case and to assess whether it was received. For the most part, it will be “seen” by all whether fair hearing rights have been respected. This type of case is different. The statute bars access to the information relevant to a determination whether the full Board meeting was contrary to natural justice. The problems of information and proof inherent in bias cases, which contributed to the creation of the “appearances” standard, are present here.

Les parties comparissant devant la Commission ne doivent pas repartir avec la crainte *raisonnable* d’avoir été soumise à un processus irrégulier. Une fois qu’il a été déterminé en l’espèce que le changement intervenu entre la décision initiale et la décision définitive portait sur une question qui était presque entièrement factuelle et qui a néanmoins été soulevée à une réunion plénière de la Commission, j’estime que l’appelante a établi à première vue un fondement pour le contrôle judiciaire, que la Commission a décidé de ne pas réfuter en l’espèce. Conclure autrement indiquerait que notre Cour a confirmé, dans *Consolidated-Bathurst*, l’existence de restrictions procédurales relatives aux réunions plénières sans qu’il n’y ait une réparation efficace pour la violation de ces restrictions.

Je ne pense pas qu’il soit nécessaire en l’espèce d’examiner la possibilité de réparation en matière de violation « apparente » du droit à une audience équitable. Je souligne toutefois que plusieurs des justifications que mon collègue le juge LeBel énumère, au par. 48, pour le recours aux « apparences » dans les affaires de partialité s’appliquent en l’espèce, tout particulièrement la difficulté de la preuve et la nécessité de défendre l’intégrité du processus décisionnel. Il sera généralement apparent qu’une personne a reçu ou non le genre d’audience à laquelle elle a droit. Connaissait-elle la preuve invoquée contre elle? Y a-t-il eu communication appropriée? Y a-t-il eu une audience? Des motifs ont-ils été fournis? Ces motifs étaient-ils adéquats? Généralement et contrairement aux affaires de partialité, un participant a suffisamment de renseignements pour déterminer le contenu de l’équité procédurale dans une affaire particulière et s’il en a bénéficié. En majeure partie, tous « verront » si le droit à une audience équitable a été respecté. Il s’agit en l’espèce d’une affaire différente. La loi interdit l’accès aux renseignements pertinents pour déterminer si la réunion plénière de la Commission était contraire à la justice naturelle. Les problèmes de renseignements et de preuve inhérents aux affaires de partialité, qui ont contribué à la création de la norme des « apparences », sont présents en l’espèce.

111 However, it is not necessary in this case to step into such controversial jurisprudential waters. The evidence shows a reference of the case to the full Board, and a change in the factual adjudication. This brings the appellant within the principle enunciated by Gonthier J. in *Consolidated-Bathurst* at pp. 335-36:

The determination and assessment of facts are delicate tasks which turn on the credibility of the witnesses and an overall evaluation of the relevancy of all the information presented as evidence. As a general rule, these tasks cannot be properly performed by persons who have not heard all the evidence and the rules of natural justice do not allow such persons to vote on the result. Their participation in discussions dealing with such factual issues is less problematic when there is no participation in the final decision. However, I am of the view that generally such discussions constitute a breach of the rules of natural justice because they allow persons other than the parties to make representations on factual issues when they have not heard the evidence. [Emphasis added.]

On this point, there seems to have been no disagreement between Gonthier J. and Sopinka J., dissenting in the result, who wrote at p. 296:

... in matters affecting the integrity of the decision-making process, it is sufficient if there is an appearance of injustice. The tribunal will not be heard to deny what appears as a plausible objective conclusion. [Emphasis added.]

Once the likelihood is established that the full Board meeting trespassed on adjudicative matters properly left to the panel, the further question of prejudice is properly dealt with in accordance with the observation of Dickson J. in *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105, at p. 1116: "We are not here concerned with proof of actual prejudice, but rather with the possibility or the likelihood of prejudice in the eyes of reasonable persons."

112 In my view, subject to the privative clause issue, the appellant is entitled to a new hearing before a different panel of the Board. This is not an easy

Il n'est cependant pas nécessaire en l'espèce de pénétrer sur ce territoire jurisprudentiel controversé. La preuve indique l'existence d'un renvoi de l'affaire à la réunion plénière et d'un changement de décision quant aux faits. Cela fait en sorte que l'appelante est visée par le principe énoncé par le juge Gonthier dans *Consolidated-Bathurst*, p. 335-336 :

La détermination et l'évaluation des faits sont des tâches délicates qui dépendent de la crédibilité des témoins et de l'évaluation globale de la pertinence de tous les renseignements présentés en preuve. En général, les personnes qui n'ont pas entendu toute la preuve ne sont pas à même de bien remplir cette tâche et les règles de justice naturelle ne permettent pas à ces personnes de voter sur l'issue du litige. Leur participation aux discussions portant sur ces questions de fait pose moins de problèmes quand elles ne participent pas à la décision définitive. Cependant, j'estime que ces discussions violent généralement les règles de justice naturelle parce qu'elles permettent à des personnes qui ne sont pas parties au litige de faire des observations sur des questions de fait alors qu'elles n'ont pas entendu la preuve. [Je souligne.]

Sur ce point, il ne semble y avoir eu aucun désaccord entre le juge Gonthier et le juge Sopinka, dissident quant à l'issue, qui a écrit à la p. 296 :

... en matière d'atteinte à l'intégrité du processus décisionnel, il suffit qu'il y ait apparence d'injustice. On ne peut accepter que le tribunal nie ce qui paraît être une conclusion objective plausible. [Je souligne.]

Dès que l'on démontre la probabilité que la réunion plénière de la Commission ait empiété sur des questions décisionnelles devant être laissées à la formation, la question suivante du préjudice doit être examinée conformément à l'observation faite par le juge Dickson dans l'arrêt *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105, p. 1116 : « Nous ne sommes pas concernés ici par la preuve de l'existence d'un préjudice réel mais plutôt par la possibilité ou la probabilité qu'aux yeux des gens raisonnables, il existe un préjudice. »

À mon avis, sous réserve de la question de la clause privative, l'appelante a droit à une nouvelle audience devant une formation différente de la



order to make given the fact that this case has been before the Board and the courts for many years. However, the courts in Ontario refused to stay the Board's original order upholding the respondent union's bargaining rights, and the union and its members have not on that account been prejudiced by the delay.

### The Privative Clauses

Decisions of the Board are protected by a considerable armoury of statutory provisions including a "finality clause" and a "privative clause":

**114.** (1) [Jurisdiction] The Board has exclusive jurisdiction to exercise the powers conferred upon it by or under this Act and to determine all questions of fact or law that arise in any matter before it, and the action or decision of the Board thereon is final and conclusive for all purposes, but nevertheless the Board may at any time, if it considers it advisable to do so, reconsider any decision, order, direction, declaration or ruling made by it and vary or revoke any such decision, order, direction, declaration or ruling.

**116.** [Board's orders not subject to review] No decision, order, direction, declaration or ruling of the Board shall be questioned or reviewed in any court, and no order shall be made or process entered, or proceedings taken in any court, whether by way of injunction, declaratory judgment, certiorari, mandamus, prohibition, quo warranto, or otherwise, to question, review, prohibit or restrain the Board or any of its proceedings.

The effect of such clauses was explained by Dickson J. (as he then was), speaking for the Court in *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382, at p. 389:

A tribunal may, on the one hand, have jurisdiction in the narrow sense of authority to enter upon an inquiry but, in the course of that inquiry, do something which takes the exercise of its powers outside the protection of the privative or preclusive clause. Examples of this type of error would include acting in bad faith, basing the decision on extraneous matters, failing to take relevant

Commission. Il ne s'agit pas d'une ordonnance facile à rendre compte tenu du fait que la présente affaire est devant la Commission et les tribunaux depuis de nombreuses années. Toutefois, les tribunaux ontariens ont refusé de suspendre l'ordonnance originale de la Commission confirmant les droits de négociation du syndicat intimé, de sorte que le délai n'a causé aucun préjudice au syndicat et à ses membres.

### Les clauses privatives

Les décisions de la Commission sont protégées par une armée de dispositions législatives qui comprennent une « clause d'irrévocabilité » et une « clause privative » :

**114.** (1) [Compétence exclusive] La Commission a compétence exclusive pour exercer les pouvoirs que lui confère la présente loi ou qui lui sont conférés en vertu de celle-ci et trancher toutes les questions de fait ou de droit soulevées à l'occasion d'une affaire qui lui est soumise. Ses décisions ont force de chose jugée. Toutefois, la Commission peut à l'occasion, si elle estime que la mesure est opportune, réviser, modifier ou annuler ses propres décisions, ordonnances, directives ou déclarations.

**116.** [La décision de la Commission n'est pas susceptible de révision] Sont irrecevables devant un tribunal les demandes en contestation ou en révision des décisions, ordonnances, directives ou déclarations de la Commission ou les instances visant la contestation, la révision, la limitation ou l'interdiction de ses activités, par voie notamment d'injonctions, de jugement déclaratoire, de brefs de *certiorari*, *mandamus*, prohibition ou *quo warranto*.

L'effet de ces dispositions a été expliqué par le juge Dickson (plus tard Juge en chef), s'exprimant au nom de notre Cour dans l'arrêt *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382, p. 389 :

Un tribunal peut, d'une part, avoir compétence dans le sens strict du pouvoir de procéder à une enquête mais, au cours de cette enquête, faire quelque chose qui retire l'exercice de ce pouvoir de la sauvegarde de la clause privative ou limitative de recours. Des exemples de ce genre d'erreur seraient le fait d'agir de mauvaise foi, de fonder la décision sur des données étrangères à la ques-

113

114

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. [Emphasis added.]

To the same effect see *Université du Québec à Trois-Rivières v. Laroque*, [1993] 1 S.C.R. 471, at pp. 491 and 494; *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425, at p. 435; Brown and Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, *supra*, at para. 13:5440, p. 13-78; G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at para. 4.100, p. 4-6. The Board lies at the judicial end of the spectrum of administrative tribunals discussed in *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, at pp. 628-29. Where, as here, the Board upholds a grievance and orders the payment of damages under a procedure that violated the principles of natural justice, the order is made without jurisdiction and will be set aside despite the private clause.

#### Disposition

115 I would allow the appeal with costs and remit the union's application to the Ontario Labour Relations Board for a rehearing before a different panel. The appellant should have its costs on a party and party basis here and in the courts below.

*Appeal dismissed with costs, MAJOR and BINNIE JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Lerner & Associates, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Ontario Labour Relations Board: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.*

*Solicitors for the respondent International Brotherhood of Electrical Workers, Local 894: Koskie Minsky, Toronto.*

tion, 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. [Je souligne.]

Dans le même sens, voir *Université du Québec à Trois-Rivières c. Laroque*, [1993] 1 R.C.S. 471, p. 491 et 494; *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425, p. 435; Brown et Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, *op. cit.*, par. 13:5440, p. 13-78; G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), par. 4.100, p. 4-6. La Commission se situe à l'extrémité judiciaire de l'échelle des tribunaux administratifs mentionnée dans l'arrêt *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, p. 628-629. Lorsque, comme en l'espèce, la Commission accueille un grief et ordonne le versement de dommages-intérêts en vertu d'une procédure qui a contrevenu aux principes de justice naturelle, l'ordonnance est rendue en l'absence de compétence et sera annulée malgré la clause privative.

#### Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de renvoyer la demande du syndicat à la Commission des relations de travail de l'Ontario pour une nouvelle audience devant une formation différente. L'appelante a droit aux dépens sur une base de frais entre parties en notre Cour et dans les tribunaux d'instance inférieure.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges MAJOR et BINNIE sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante: Lerner & Associates, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée la Commission des relations de travail de l'Ontario: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée la Fraternité internationale des ouvriers en électricité, section locale 894: Koskie Minsky, Toronto.*