

# HEINONLINE

Citation: 2008 1 S.C.R. 190 2008



Content downloaded/printed from  
HeinOnline (<http://heinonline.org>)  
Fri Nov 15 15:12:30 2013

-- Your use of this HeinOnline PDF indicates your acceptance  
of HeinOnline's Terms and Conditions of the license  
agreement available at <http://heinonline.org/HOL/License>

-- The search text of this PDF is generated from  
uncorrected OCR text.

-- To obtain permission to use this article beyond the scope  
of your HeinOnline license, please use:

[https://www.copyright.com/cc/basicSearch.do?  
&operation=go&searchType=0  
&lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0045-4230](https://www.copyright.com/cc/basicSearch.do?&operation=go&searchType=0&lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0045-4230)

**David Dunsmuir** *Appellant*

v.

**Her Majesty the Queen in Right of the  
Province of New Brunswick as represented by  
Board of Management** *Respondent*

**INDEXED AS: DUNSMUIR v. NEW BRUNSWICK**

**Neutral citation: 2008 SCC 9.**

File No.: 31459.

2007: May 15; 2008: March 7.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEW BRUNSWICK

*Administrative law — Judicial review — Standard of review — Proper approach to judicial review of administrative decision makers — Whether judicial review should include only two standards: correctness and reasonableness.*

*Administrative law — Judicial review — Standard of review — Employee holding office “at pleasure” in provincial civil service dismissed without alleged cause with four months’ pay in lieu of notice — Adjudicator interpreting enabling statute as conferring jurisdiction to determine whether discharge was in fact for cause — Adjudicator holding employer breached duty of procedural fairness and ordering reinstatement — Whether standard of reasonableness applicable to adjudicator’s decision on statutory interpretation issue — Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, ss. 97(2.1), 100.1(5) — Civil Service Act, S.N.B. 1984, c. C-5.1, s. 20.*

*Administrative law — Natural justice — Procedural fairness — Dismissal of public office holders — Employee holding office “at pleasure” in provincial civil service dismissed without alleged cause with four months’ pay in lieu of notice — Employee not informed of reasons for termination or provided with opportunity to respond — Whether employee entitled to procedural fairness — Proper approach to dismissal of public employees.*

**David Dunsmuir** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de la province  
du Nouveau-Brunswick, représentée par le  
Conseil de gestion** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : DUNSMUIR c. NOUVEAU-BRUNSWICK**

**Référence neutre : 2008 CSC 9.**

N° du greffe : 31459.

2007 : 15 mai; 2008 : 7 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-  
BRUNSWICK

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Démarche appropriée pour le contrôle judiciaire d’une décision administrative — Le contrôle judiciaire devrait-il s’effectuer au regard de deux normes seulement : celle de la décision correcte et celle de la raisonnable?*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Fonctionnaire provincial amovible congédié sans motif avec indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis — Arbitre concluant que sa loi habilitante l’autorisait à déterminer si le congédiement constituait en fait un congédiement pour motif — Arbitre statuant que l’employeur avait manqué à son obligation d’équité procédurale et ordonnant la réintégration de l’employé — La norme de la décision raisonnable s’appliquait-elle à l’interprétation de la loi par l’arbitre? — Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, art. 97(2.1), 100.1(5) — Loi sur la Fonction publique, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, l’art. 20.*

*Droit administratif — Justice naturelle — Équité procédurale — Congédiement d’un titulaire de charge publique nommé à titre amovible — Congédiement sans motif avec indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis — Employeur n’ayant pas précisé les motifs du congédiement ni donné à l’employé la possibilité d’y répondre — L’employé avait-il droit à l’équité procédurale? — Démarche appropriée pour le congédiement d’un fonctionnaire.*

D was employed by the Department of Justice for the Province of New Brunswick. He held a position under the *Civil Service Act* and was an office holder "at pleasure". His probationary period was extended twice and the employer reprimanded him on three separate occasions during the course of his employment. On the third occasion, a formal letter of reprimand was sent to D warning him that his failure to improve his performance would result in further disciplinary action up to and including dismissal. While preparing for a meeting to discuss D's performance review the employer concluded that D was not right for the job. A formal letter of termination was delivered to D's lawyer the next day. Cause for the termination was explicitly not alleged and D was given four months' pay in lieu of notice.

D commenced the grievance process under s. 100.1 of the *Public Service Labour Relations Act* ("PSLRA"), alleging that the reasons for the employer's dissatisfaction were not made known, that he did not receive a reasonable opportunity to respond to the concerns, that the employer's actions in terminating him were without notice, due process or procedural fairness, and that the length of the notice period was inadequate. The grievance was denied and then referred to adjudication. A preliminary issue of statutory interpretation arose as to whether, where dismissal was with notice or pay in lieu thereof, the adjudicator was authorized to determine the reasons underlying the province's decision to terminate. The adjudicator held that the referential incorporation of s. 97(2.1) of the *PSLRA* into s. 100.1(5) of that Act meant that he could determine whether D had been discharged or otherwise disciplined for cause. Ultimately, the adjudicator made no finding as to whether the discharge was or was not for cause. In his decision on the merits, he found that the termination letter effected termination with pay in lieu of notice and that the termination was not disciplinary. As D's employment was hybrid in character, the adjudicator held that D was entitled to and did not receive procedural fairness in the employer's decision to terminate his employment. He declared that the termination was void *ab initio* and ordered D reinstated as of the date of dismissal, adding that in the event that his reinstatement order was quashed on judicial review, he would find the appropriate notice period to be eight months.

On judicial review, the Court of Queen's Bench applied the correctness standard and quashed the adjudicator's preliminary decision, concluding that the adjudicator did not have jurisdiction to inquire into the

D travaillait pour le ministère de la Justice du Nouveau-Brunswick. Il occupait un poste suivant la *Loi sur la Fonction publique* et était titulaire d'une charge à titre amovible. Sa période d'essai a été prolongée deux fois, et l'employeur l'a réprimandé à trois occasions distinctes en cours d'emploi. La troisième réprimande a pris la forme d'une lettre officielle l'informant que s'il n'améliorait pas son rendement, il s'exposait à de nouvelles mesures disciplinaires pouvant aller jusqu'au congédiement. Lors d'une rencontre préalable à l'évaluation du rendement de D, l'employeur a conclu que ce dernier ne répondait pas aux exigences du poste. Le lendemain, un avis de cessation d'emploi a été transmis à l'avocat de D. Nul motif de congédiement n'était expressément invoqué, et D avait droit à une indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis.

D a présenté un grief sur le fondement de l'art. 100.1 de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics* (« LRTSP »), alléguant que l'employeur n'avait pas précisé ses motifs d'insatisfaction, qu'il ne lui avait pas donné la possibilité raisonnable de répondre aux reproches, que les mesures pour mettre fin à l'emploi avaient été prises sans préavis, sans application régulière de la loi et au mépris de l'équité procédurale et que l'indemnité versée était insuffisante. Le grief a été rejeté, puis renvoyé à l'arbitrage. Une question préalable d'interprétation législative s'est alors posée : dans le cas d'un congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu, l'arbitre est-il autorisé à déterminer les raisons de la décision de la province de mettre fin à l'emploi? L'arbitre a estimé que l'incorporation par renvoi du par. 97(2.1) de la *LRTSP* au par. 100.1(5) de la même loi l'autorisait à déterminer si D avait été congédié ou avait autrement fait l'objet d'une mesure disciplinaire, pour motif. Finalement, il n'a pas conclu qu'il s'agissait ou non d'un congédiement pour motif. Dans sa décision au fond, il a statué que l'avis de cessation d'emploi opérait un congédiement avec indemnité tenant lieu de préavis et que la cessation d'emploi n'était pas de nature disciplinaire. Vu la nature hybride de l'emploi, il a conclu que D avait droit au respect de l'équité procédurale, mais que l'employeur ne s'était pas acquitté de son obligation à cet égard en mettant fin à l'emploi. Il a déclaré nulle *ab initio* la cessation d'emploi et ordonné la réintégration de D dans ses fonctions à compter de la date du congédiement et, pour le cas où son ordonnance de réintégration serait annulée à l'issue d'un contrôle judiciaire, il a ajouté qu'un préavis de huit mois lui paraissait indiqué.

Saisie d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour du Banc de la Reine a appliqué la norme de la décision correcte et annulé la décision sur la question préalable, arrivant à la conclusion que l'arbitre n'avait pas

reasons for the termination, and that his authority was limited to determining whether the notice period was reasonable. On the merits, the court found that D had received procedural fairness by virtue of the grievance hearing before the adjudicator. Concluding that the adjudicator's decision did not stand up to review on a reasonableness *simpliciter* standard, the court quashed the reinstatement order but upheld the adjudicator's provisional award of eight months' notice. The Court of Appeal held that the proper standard with respect to the interpretation of the adjudicator's authority under the *PSLRA* was reasonableness *simpliciter*, not correctness, and that the adjudicator's decision was unreasonable. It found that where the employer elects to dismiss with notice or pay in lieu of notice, s. 97(2.1) of the *PSLRA* does not apply and the employee may only grieve the length of the notice period. It agreed with the reviewing judge that D's right to procedural fairness had not been breached.

*Held*: The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel, Fish and Abella JJ.: Despite its clear, stable constitutional foundations, the system of judicial review in Canada has proven to be difficult to implement. It is necessary to reconsider both the number and definitions of the various standards of review, and the analytical process employed to determine which standard applies in a given situation. Notwithstanding the theoretical differences between the standards of patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, any actual difference between them in terms of their operation appears to be illusory. There ought to be only two standards of review: correctness and reasonableness. [32] [34] [41]

When applying the correctness standard in respect of jurisdictional and some other questions of law, a reviewing court will not show deference to the decision maker's reasoning process; it will rather undertake its own analysis of the question and decide whether it agrees with the determination of the decision maker; if not, the court will substitute its own view and provide the correct answer. A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable. Reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process and with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law. It is a deferential standard which requires respect for the legislative choices to leave some matters in the hands of administrative decision makers, for the processes and determinations

compétence pour s'enquérir des motifs de la cessation d'emploi et qu'il lui était seulement permis de déterminer si le préavis était raisonnable. Sur le fond, elle a statué que D avait bénéficié de l'équité procédurale du fait de l'audition de son grief par l'arbitre. Comme la décision de ce dernier ne satisfaisait pas à la norme de la raisonabilité *simpliciter*, elle a annulé l'ordonnance de réintégration, mais confirmé la décision subsidiaire portant le préavis à huit mois. La Cour d'appel a estimé que la norme de contrôle applicable à l'interprétation des pouvoirs conférés à l'arbitre par la *LRTSP* était celle de la raisonabilité *simpliciter*, et non celle de la décision correcte, et que la décision de l'arbitre était déraisonnable. Elle a conclu que lorsque l'employeur opte pour le congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu, le par. 97(2.1) de la *LRTSP* ne s'applique pas et le seul recours dont dispose l'employé réside dans la contestation du préavis par voie de grief. Elle a convenu avec la cour de révision qu'il n'y avait pas eu d'atteinte au droit de D à l'équité procédurale.

*Arrêt* : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, LeBel, Fish et Abella : Malgré ses assises constitutionnelles claires et stables, le mécanisme canadien de contrôle judiciaire se révèle difficile à appliquer. Il faut repenser tant le nombre que la teneur des normes de contrôle, ainsi que la démarche analytique qui préside à la détermination de la norme applicable dans un cas donné. Malgré ce qui distingue théoriquement la norme du manifestement déraisonnable et celle du raisonnable *simpliciter*, toute différence réelle d'application paraît illusoire. Il ne devrait y avoir que deux normes de contrôle, celle de la décision correcte et celle de la décision raisonnable. [32] [34] [41]

La cour de révision qui applique la norme de la décision correcte relativement à certaines questions de droit, y compris une question de compétence, n'acquiesce pas au raisonnement du décideur; elle entreprend plutôt sa propre analyse au terme de laquelle elle décide si elle est d'accord ou non avec la conclusion du décideur. En cas de désaccord, elle substitue sa propre conclusion et rend la décision qui s'impose. La cour de révision qui applique la norme de la décision raisonnable se demande si la décision contestée possède les attributs de la raisonabilité. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Empreinte de déférence, la norme de la raisonabilité commande le respect de la volonté du législateur de s'en remettre, pour certaines choses, à des décideurs

that draw on particular expertise and experiences, and for the different roles of the courts and administrative bodies within the Canadian constitutional system. [47-50]

An exhaustive analysis is not required in every case to determine the proper standard of review. Courts must first ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded to a decision maker with regard to a particular category of question. If the inquiry proves unfruitful, courts must analyze the factors making it possible to identify the proper standard of review. The existence of a privative clause is a strong indication of review pursuant to the reasonableness standard, since it is evidence of Parliament or a legislature's intent that an administrative decision maker be given greater deference and that interference by reviewing courts be minimized. It is not, however, determinative. Where the question is one of fact, discretion or policy, or where the legal issue is intertwined with and cannot be readily separated from the factual issue, deference will usually apply automatically. Deference will usually result where a decision maker is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity. While deference may also be warranted where an administrative decision maker has developed particular expertise in the application of a general common law or civil law rule in relation to a specific statutory context, a question of law that is of central importance to the legal system as a whole and outside the specialized area of expertise of the administrative decision maker will always attract a correctness standard. So will a true question of *vires*, a question regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals, and a constitutional question regarding the division of powers between Parliament and the provinces in the *Constitution Act, 1867*. [52-62]

The standard of reasonableness applied on the issue of statutory interpretation. While the question of whether the combined effect of ss. 97(2.1) and 100.1 of the *PSLRA* permits the adjudicator to inquire into the employer's reason for dismissing an employee with notice or pay in lieu of notice is a question of law, it is not one that is of central importance to the legal system and outside the specialized expertise of the adjudicator, who was in fact interpreting his enabling statute. Furthermore, s. 101(1) of the *PSLRA* includes a full privative clause, and the nature of the regime favours the standard of reasonableness. Here, the adjudicator's

administratifs, de même que le respect des raisonnements et des décisions fondés sur une expertise et une expérience dans un domaine particulier, ainsi que de la différence entre les fonctions d'une cour de justice et celles d'un organisme administratif dans le système constitutionnel canadien. [47-50]

Il n'est pas toujours nécessaire de se livrer à une analyse exhaustive pour arrêter la bonne norme de contrôle. Premièrement, la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l'analyse des éléments qui permettent d'arrêter la bonne norme de contrôle. L'existence d'une clause privative milite clairement en faveur d'un contrôle suivant la norme de la raisonabilité, car elle atteste la volonté du législateur que la décision du décideur administratif fasse l'objet de plus de déférence et que le contrôle judiciaire demeure minimal. Cependant, elle n'est pas déterminante. En présence d'une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, ou lorsque le droit et les faits s'entrelacent et ne peuvent aisément être dissociés, la retenue s'impose habituellement d'emblée. Lorsqu'un décideur interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise. Elle peut également s'imposer lorsque le décideur administratif a acquis une expertise dans l'application d'une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé, mais la question de droit qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui est étrangère au domaine d'expertise du décideur administratif appelle toujours la norme de la décision correcte. Il en va de même pour une question touchant véritablement à la compétence, une question liée à la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents et une question constitutionnelle touchant au partage des pouvoirs entre le Parlement et les provinces dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. [52-62]

La question de l'interprétation législative était assujettie à la norme de la raisonabilité. Bien que la question de savoir si, ensemble, le par. 97(2.1) et l'art. 100.1 de la *LRTSP* autorisent l'arbitre à s'enquérir des motifs d'un congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu constitue une question de droit, elle ne revêt pas une importance capitale pour le système juridique et elle n'est pas étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre, lequel a en fait interprété sa loi habilitante. En outre, le par. 101(1) de la *LRTSP* constitue une clause privative absolue et la nature du régime milite en faveur de la norme de la raisonabilité. En l'espèce, l'interprétation

interpretation of the law was unreasonable and his decision does not fall within the range of acceptable outcomes that are defensible in respect of the facts and the law. The employment relationship between the parties in this case was governed by private law. The combined effect of ss. 97(2.1) and 100.1 of the *PSLRA* cannot, on any reasonable interpretation, remove the employer's right, under the ordinary rules of contract, to discharge an employee with reasonable notice or pay in lieu thereof without asserting cause. By giving the *PSLRA* an interpretation that allowed him to inquire into the reasons for discharge, the adjudicator adopted a reasoning process that was fundamentally inconsistent with the employment contract and, thus, fatally flawed. [66-75]

On the merits, D was not entitled to procedural fairness. Where a public employee is employed under a contract of employment, regardless of his or her status as a public office holder, the applicable law governing his or her dismissal is the law of contract, not general principles arising out of public law. Where a dismissal decision is properly within the public authority's powers and is taken pursuant to a contract of employment, there is no compelling public law purpose for imposing a duty of fairness. The principles expressed in *Knight v. Indian Head School Division No. 19* in relation to the general duty of fairness owed by public authorities when making decisions that affect the rights, privileges or interests of individuals are valid and important. However, to the extent that *Knight* ignored the important effect of a contract of employment, it should not be followed. In the case at bar, D was a contractual employee in addition to being a public office holder. Section 20 of the *Civil Service Act* provided that as a civil servant he could only be dismissed in accordance with the ordinary rules of contract. To consider a public law duty of fairness issue where such a duty exists falls squarely within the adjudicator's task to resolve a grievance. Where, as here, the relationship is contractual, it was unnecessary to consider any public law duty of procedural fairness. By imposing procedural fairness requirements on the respondent over and above its contractual obligations and ordering the full "reinstatement" of D, the adjudicator erred and his decision was therefore correctly struck down. [76-78] [81] [84] [106] [114] [117]

*Per Binnie J.:* The majority reasons for setting aside the adjudicator ruling were generally agreed with, however the call of the majority to re-evaluate the pragmatic and functional test and to re-assess "the structure and characteristics of the system of judicial review as a whole" and to develop a principled framework that is

du droit par l'arbitre était déraisonnable et sa décision ne faisait pas partie des issues acceptables au regard des faits et du droit. Le lien d'emploi entre les parties ressortissait au droit privé. L'application concomitante du par. 97(2.1) et de l'art. 100.1 de la *LRTSP* ne saurait donc raisonnablement supprimer le droit de l'employeur, suivant les règles contractuelles ordinaires, de congédier un employé avec préavis raisonnable ou indemnitée en tenant lieu et sans invoquer de motif. En concluant que la *LRTSP* lui permettait de rechercher les motifs du congédiement, l'arbitre a tenu un raisonnement foncièrement incompatible avec le contrat d'emploi et, de ce fait, entaché d'un vice fatal. [66-75]

Sur le fond, D n'avait pas droit à l'équité procédurale. En présence d'un contrat d'emploi, le renvoi d'un fonctionnaire, que ce dernier soit ou non titulaire d'une charge publique, est régi par le droit contractuel, et non par les principes généraux du droit public. Lorsqu'un organisme public prend la décision de congédier une personne conformément à ses pouvoirs et à un contrat d'emploi, nulle considération supérieure du droit public ne justifie l'imposition d'une obligation d'équité. Les principes formulés dans l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19* relativement à l'obligation générale d'équité à laquelle est tenu l'organisme public dont la décision touche les droits, les privilèges ou les biens d'une personne demeurent valables et importants. Toutefois, dans la mesure où cet arrêt n'a pas tenu compte de l'effet déterminant d'un contrat d'emploi, il ne devrait pas être suivi. Dans la présente affaire, D était à la fois titulaire d'une charge publique et employé contractuel. L'article 20 de la *Loi sur la Fonction publique* prévoyait qu'à titre de fonctionnaire, il ne pouvait être congédié que suivant les règles contractuelles ordinaires. L'examen d'une question touchant à l'obligation d'équité en droit public, lorsqu'une telle obligation existe, ressortit clairement au mandat de l'arbitre chargé du règlement d'un grief. Lorsque, comme en l'espèce, le lien est contractuel, il n'est pas nécessaire de tenir compte de quelque obligation d'équité procédurale en droit public. En assujettissant l'intimé à l'obligation d'équité procédurale en sus de ses obligations contractuelles et en ordonnant la réintégration de D, l'arbitre a commis une erreur, et sa décision a été annulée à bon droit. [76-78] [81] [84] [106] [114] [117]

*Le juge Binnie :* Malgré l'accord général avec les motifs invoqués par les juges majoritaires pour annuler la décision de l'arbitre, l'invitation à réévaluer l'analyse pragmatique et fonctionnelle ainsi qu'à revoir « l'architecture et les caractéristiques du mécanisme de contrôle judiciaire dans son ensemble » et à « établir

“more coherent and workable” invites a broader reappraisal. Judicial review is an idea that has lately become unduly burdened with law office metaphysics. Litigants find the court’s attention focussed not on their complaints, or the government’s response, but on lengthy and arcane discussions of something they are told is the pragmatic and functional test. The Court should at least (i) establish some presumptive rules and (ii) get the parties away from arguing about the tests and back to arguing about the substantive merits of their case. [119-122] [133] [145]

The distinction between “patent unreasonableness” and reasonableness *simpliciter* is now to be abandoned. The repeated attempts to explain the difference between the two, was in hindsight, unproductive and distracting. However, a broad reappraisal of the system of judicial review should explicitly address not only administrative tribunals but issues related to other types of administrative bodies and statutory decision makers including mid-level bureaucrats and, for that matter, Ministers. If logic and language cannot capture the distinction in one context, it must equally be deficient elsewhere in the field of judicial review. [121-123] [134-135] [140]

It should be presumed that the standard of review of an administrative outcome on grounds of substance is reasonableness. In accordance with the ordinary rules of litigation, it should also be presumed that the decision under review is reasonable until the applicant shows otherwise. An applicant urging the non-deferential “correctness” standard should be required to demonstrate that the decision rests on an error in the determination of a legal issue not confided (or which constitutionally could not be confided) to the administrative decision maker to decide, whether in relation to jurisdiction or the general law. The logic of the constitutional limitation is obvious. If the limitation did not exist, the government could transfer the work of the courts to administrative bodies that are not independent of the executive and by statute immunize the decisions of these bodies from effective judicial review. Questions of law outside the administrative decision maker’s home statute and closely related rules or statutes which require his or her expertise should also be reviewable on a “correctness” standard whether or not it meets the majority’s additional requirement that it be “of central importance to the legal system as a whole”. The standard of correctness should also apply to the requirements of “procedural fairness”, which will vary with the type of decision maker and the type of decision under review. Nobody should have his or her rights,

un cadre d’analyse rationnel qui soit plus cohérent et fonctionnel » appelle un réexamen plus large. Ces dernières années, des débats métaphysico-juridiques ont indûment embrouillé la notion de contrôle judiciaire. La cour de révision ne met l’accent ni sur la prétention du justiciable ni la mesure prise par l’État, mais arbitre plutôt un long et mystérieux débat sur une méthode dite « pragmatique et fonctionnelle ». La Cour devrait à tout le moins (i) établir quelques présomptions et (ii) faire en sorte que les parties cessent de débattre des critères applicables et fassent plutôt valoir leurs prétentions sur le fond. [119-122] [133] [145]

La distinction entre le « manifestement déraisonnable » et le raisonnable *simpliciter* doit désormais être abandonnée. Avec le recul, les tentatives répétées d’expliquer la différence entre les deux étaient vaines et importunes. Cependant, la réévaluation globale du mécanisme de contrôle judiciaire devrait explicitement viser non seulement les tribunaux administratifs, mais aussi d’autres types d’organisme administratif et de décideur d’origine législative, y compris des fonctionnaires de rang moyen, voire des ministres. Lorsque ni la logique ni la langue ne peuvent saisir la distinction dans un contexte, elles ne peuvent non plus le faire par ailleurs dans le domaine du contrôle judiciaire. [121-123] [134-135] [140]

Il devrait être présumé que la norme de contrôle d’une décision administrative sur le fond est celle de la raisonabilité. Conformément aux règles qui régissent habituellement les litiges, on devrait aussi présumer que la décision visée par le contrôle est raisonnable, sauf preuve contraire du demandeur. Celui qui préconise l’application de la norme de la décision correcte — soit l’absence de déférence — devrait être tenu de prouver que la décision contestée résulte du règlement erroné d’une question juridique ne relevant pas (ou ne pouvant pas constitutionnellement relever) du décideur administratif, qu’elle ait trait à la compétence ou au droit en général. La raison d’être de l’obstacle constitutionnel est manifeste. S’il n’existait pas, l’État pourrait confier la tâche des tribunaux judiciaires à des organismes administratifs qui ne sont pas indépendants de l’exécutif et, par voie législative, soustraire les décisions de ces organismes à un véritable contrôle judiciaire. Les questions de droit ne relevant pas de la loi constitutive du décideur administratif ou de quelque règle ou loi très connexe faisant appel à son expertise devraient aussi être assujetties à la norme de la décision correcte, qu’elles satisfassent ou non à l’exigence de l’« importance capitale pour le système juridique dans son ensemble » formulée par les juges majoritaires. Cette norme devrait également s’appliquer à l’obligation d’« équité procédurale », qui varie selon la catégorie à laquelle appartient le décideur et la

interests or privileges adversely dealt with by an unjust process. [127-129] [146-147]

On the other hand when the application for judicial review challenges the substantive outcome of an administrative action, the judge is invited to cross the line into second-guessing matters that lie within the function of the administrator. This is controversial because it is not immediately obvious why a judge's view of the reasonableness of an administrative policy or the exercise of an administrative discretion should be preferred to that of the administrator to whom Parliament or a legislature has allocated the decision, unless there is a full statutory right of appeal to the courts, or it is otherwise indicated in the conferring legislation that a "correctness" standard is intended. [130]

Abandonment of the distinction between reasonableness *simpliciter* and patent unreasonableness has important implications. The two different standards addressed not merely "the magnitude or the immediacy of the defect" in the administrative decision but recognized that different administrative decisions command different degrees of deference, depending on who is deciding what. [135]

"Contextualizing" a single standard of "reasonableness" review will shift the courtroom debate from choosing between two standards of reasonableness that each represented a different level of deference to a debate within a single standard of reasonableness to determine the appropriate level of deference. [139]

Thus a single "reasonableness" standard will now necessarily incorporate both the degree of deference owed to the decision maker formerly reflected in the distinction between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, and an assessment of the range of options reasonably open to the decision maker in the circumstances. The judge's role is to identify the outer boundaries of reasonable outcomes within which the administrative decision maker is free to choose. [141] [149]

A single "reasonableness" standard is a big tent that will have to accommodate a lot of variables that inform and limit a court's review of the outcome of administrative decision making. "Contextualizing" the reasonableness standard will require a reviewing court to consider the precise nature and function of the decision maker including its expertise, the terms and objectives

nature de la décision en cause. Nul ne devrait voir ses droits, ses intérêts ou ses privilèges faire l'objet d'une décision défavorable à l'issue d'une procédure injuste. [127-129] [146-147]

Par contre, lorsque le demandeur conteste la mesure administrative quant au fond, la cour de révision est invitée à faire un pas de plus et à remettre en question une décision relevant du décideur administratif. Cela prête à controverse, car en ce qui concerne la raisonabilité d'une politique administrative ou de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire administratif, il n'y a pas de raison évidente de préférer l'appréciation judiciaire à celle du décideur administratif auquel le législateur a attribué le pouvoir de trancher, sauf lorsque la loi prévoit un droit d'appel devant une cour de justice ou que l'intention du législateur d'assujettir le décideur à la norme de la décision correcte ressort par ailleurs de la loi habilitante. [130]

L'abandon de la distinction entre la norme de la décision raisonnable *simpliciter* et celle de la décision manifestement déraisonnable a d'importantes répercussions. Les deux normes ne s'intéressaient pas seulement à « l'importance du défaut » entachant la décision administrative ou à son « caractère flagrant », mais reconnaissaient aussi le fait que différentes décisions administratives appellent différents degrés de déférence, selon l'identité du décideur et la nature de la décision. [135]

L'application d'une norme unique en fonction du contexte transforme le débat : il ne s'agit plus de choisir entre deux normes de raisonabilité correspondant chacune à un degré de déférence distinct, mais bien de déterminer le bon degré de déférence à l'intérieur d'une seule norme de raisonabilité. [139]

Ainsi, dorénavant, une norme de « raisonabilité » unique englobera nécessairement le degré de déférence auquel a droit le décideur et que traduisait auparavant la distinction entre le manifestement déraisonnable et le raisonnable *simpliciter*, et la prise en considération des décisions qui auraient pu raisonnablement être rendues dans les circonstances. Le rôle de la cour de révision est de délimiter les résultats raisonnables parmi lesquels le décideur administratif est libre de choisir. [141] [149]

La notion de « raisonabilité » est vaste et l'application d'une norme unique devra prendre en compte un grand nombre de variables qui délimitent le contrôle judiciaire d'une décision administrative. Appliquer la norme de la raisonabilité en fonction du contexte exige de la cour de révision qu'elle tienne compte de la nature et de la fonction précises du décideur, y compris



of the governing statute (or common law) conferring the power of decision including the existence of a privative clause and the nature of the issue being decided. Careful consideration of these matters will reveal the extent of the discretion conferred. In some cases the court will have to recognize that the decision maker was required to strike a proper balance (or achieve proportionality) between the adverse impact of a decision on the rights and interests of the applicant or others directly affected weighed against the public purpose which is sought to be advanced. In each case careful consideration will have to be given to the reasons given for the decision. This list of “contextual” considerations is non-exhaustive. A reviewing court ought to recognize throughout the exercise that fundamentally the “reasonableness” of the administrative outcome is an issue given to another forum to decide. [144] [151-155]

*Per Deschamps, Charron and Rothstein JJ.*: Any review starts with the identification of the questions at issue as questions of law, questions of fact or questions of mixed fact and law. In the adjudicative context, decisions on questions of fact, whether undergoing appellate review or administrative law review, always attract deference. When there is a privative clause, deference is owed to the administrative body that interprets the legal rules it was created to interpret and apply. If the body oversteps its delegated powers, if it is asked to interpret laws in respect of which it does not have expertise or if Parliament or a legislature has provided for a statutory right of review, deference is not owed to the decision maker. Finally, when considering a question of mixed fact and law, a reviewing court should show an adjudicator the same deference as an appeal court would show a lower court. [158-164]

Here, the employer’s common law right to dismiss without cause was the starting point of the analysis. Since the adjudicator does not have specific expertise in interpreting the common law, the reviewing court can proceed to its own interpretation of the applicable rules and determine whether the adjudicator could enquire into the cause of the dismissal. The applicable standard of review is correctness. The distinction between the common law rules of employment and the statutory rules applicable to a unionized employee is essential if s. 97(2.1) of the *PSLRA* is to be applied *mutatis mutandis* to the case of a non-unionized employee as required by s. 100.1(5) of the *PSLRA*. The adjudicator’s failure to inform himself of this crucial difference led him to look for a cause for the dismissal, which was not relevant. Even if deference had been owed to the adjudicator, his interpretation could not have stood. Employment security is so fundamental to an employment relationship

son expertise, du libellé et des objectifs de la loi (ou de la common law) conférant le pouvoir décisionnel, y compris la présence d’une clause privative, et de la nature de la question à trancher. L’examen attentif de ces éléments révélera l’étendue du pouvoir discrétionnaire. La cour de révision devra parfois reconnaître que le décideur devait établir un juste équilibre (ou une proportionnalité) entre, d’une part, les répercussions défavorables de la décision sur les droits et les intérêts du demandeur ou d’autres personnes directement touchées et, d’autre part, l’objectif public poursuivi. Elle devra toujours considérer attentivement les motifs de la décision. D’autres éléments « contextuels » pourront s’ajouter. Tout au long de la démarche, la cour de révision doit se rappeler que, fondamentalement, ce n’est pas à elle de juger de la « raisonabilité » de la décision administrative. [144] [151-155]

*Les juges Deschamps, Charron et Rothstein* : Lors de toute révision, il faut d’abord déterminer si la question en litige est une question de droit, de fait ou mixte de fait et de droit. Dans le contexte juridictionnel, qu’elle fasse l’objet d’un appel ou d’un contrôle judiciaire, la décision sur une question de fait commande toujours la déférence. En présence d’une clause privative, la déférence s’impose à l’égard de l’organisme administratif qui interprète les règles juridiques pour l’interprétation et l’application desquelles il a été créé. La déférence ne s’impose pas lorsque l’organisme administratif outre-passe ses pouvoirs délégués, qu’il interprète des dispositions législatives ne relevant pas de son expertise ou que la loi prévoit expressément un droit de révision. Enfin, la cour de révision qui se penche sur une question mixte de fait et de droit devrait manifester autant de déférence envers le décideur que le ferait une cour d’appel vis-à-vis d’une cour inférieure. [158-164]

En l’espèce, le droit que la common law confère à l’employeur de congédier un employé sans invoquer de motif était le point de départ de l’analyse. Comme l’arbitre ne possède aucune expertise particulière dans l’interprétation de la common law, la cour de révision peut s’en remettre à sa propre interprétation des règles applicables et déterminer si l’arbitre pouvait ou non s’enquérir du motif du congédiement. La norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. La distinction entre les règles de la common law régissant l’emploi et celles d’origine législative applicables à l’employé syndiqué est essentielle à l’application du par. 97(2.1) de la *LRTSP* à un employé non syndiqué, avec les adaptations nécessaires, conformément au par. 100.1(5) de la même loi. L’omission de tenir compte de cette différence cruciale a amené l’arbitre à rechercher un motif de congédiement, ce qui était hors de propos. Même si l’arbitre avait eu droit à la déférence, son interprétation

that it could not have been granted by the legislature by providing only that the PSLRA was to apply *mutatis mutandis* to non-unionized employees. [168-171]

### Cases Cited

By Bastarache and LeBel JJ.

**Referred to:** *Chalmers (Dr. Everett) Hospital v. Mills* (1989), 102 N.B.R. (2d) 1; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, [2004] 1 S.C.R. 727, 2004 SCC 28; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Executors of the Woodward Estate v. Minister of Finance*, [1973] S.C.R. 120; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29; *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 S.C.R. 710, 2002 SCC 86; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Council of Canadians with Disabilities v. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 650, 2007 SCC 15; *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609, 2004 SCC 23; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517; *Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 S.C.R. 672, 2004 SCC 26; *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 SCC 19; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14; *Quebec (Commission des*

n'aurait pu être retenue. La sécurité d'emploi est si fondamentale à la relation de travail que le législateur n'a pu l'accorder en prévoyant seulement l'application de la LRTSP aux employés non syndiqués, compte tenu des adaptations nécessaires. [168-171]

### Jurisprudence

Citée par les juges Bastarache et LeBel

**Arrêts mentionnés :** *Chalmers (Dr. Everett) Hospital c. Mills* (1989), 102 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, [2004] 1 R.C.S. 727, 2004 CSC 28; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Succession Woodward c. Ministre des Finances*, [1973] R.C.S. 120; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710, 2002 CSC 86; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650, 2007 CSC 15; *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, 2004 CSC 23; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; *Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 R.C.S. 672, 2004 CSC 26; *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 CSC 19; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police*

*droits de la personne et des droits de la jeunesse*) v. *Quebec (Attorney General)*, [2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39; *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Reglin v. Creston (Town)* (2004), 34 C.C.E.L. (3d) 123, 2004 BCSC 790; *Gismondi v. Toronto (City)* (2003), 64 O.R. (3d) 688; *Seshia v. Health Sciences Centre* (2001), 160 Man. R. (2d) 41, 2001 MBCA 151; *Rosen v. Saskatoon District Health Board* (2001), 202 D.L.R. (4th) 35, 2001 SKCA 83; *Hanis v. Teevan* (1998), 111 O.A.C. 91; *Gerrard v. Sackville (Town)* (1992), 124 N.B.R. (2d) 70; *Malloch v. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278; *Hughes v. Moncton (City)* (1990), 111 N.B.R. (2d) 184, aff'd (1991), 118 N.B.R. (2d) 306; *Rosen v. Saskatoon District Health Board*, [2000] 4 W.W.R. 606, 2000 SKQB 40; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *School District No. 5 (Southeast Kootenay) and B.C.T.F. (Yellowaga) (Re)* (2000), 94 L.A.C. (4th) 56; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701.

By Binnie J.

**Referred to:** *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Cooper v. Wandsworth Board of Works* (1863), 14 C.B. (N.S.) 180, 143 E.R. 414; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp.*, [1947] 2 All E.R. 680; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322; *Law Society of*

*Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39; *Canada Safeway Ltd. c. SGDMR, section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; *Ridge c. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Reglin c. Creston (Town)* (2004), 34 C.C.E.L. (3d) 123, 2004 BCSC 790; *Gismondi c. Toronto (City)* (2003), 64 O.R. (3d) 688; *Seshia c. Health Sciences Centre* (2001), 160 Man. R. (2d) 41, 2001 MBCA 151; *Rosen c. Saskatoon District Health Board* (2001), 202 D.L.R. (4th) 35, 2001 SKCA 83; *Hanis c. Teevan* (1998), 111 O.A.C. 91; *Gerrard c. Sackville (Ville)* (1992), 124 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 70; *Malloch c. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278; *Hughes c. Moncton (Ville)* (1990), 111 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 184, conf. (1991), 118 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 306; *Rosen c. Saskatoon District Health Board*, [2000] 4 W.W.R. 606, 2000 SKQB 40; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *School District No. 5 (Southeast Kootenay) and B.C.T.F. (Yellowaga) (Re)* (2000), 94 L.A.C. (4th) 56; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701.

Citée par le juge Binnie

**Arrêts mentionnés :** *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Cooper c. Wandsworth Board of Works* (1863), 14 C.B. (N.S.) 180, 143 E.R. 414; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Associated Provincial Picture Houses Ltd. c. Wednesbury Corp.*, [1947] 2 All E.R. 680; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Westcoast Energy Inc. c.*

*New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121.

By Deschamps J.

**Referred to:** *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63.

#### Statutes and Regulations Cited

*Civil Service Act*, S.N.B. 1984, c. C-5.1, s. 20.  
*Constitution Act, 1867*, ss. 96 to 101.  
*Employment Standards Act*, S.N.B. 1982, c. E-7.2.  
*Extradition Act*, R.S.C. 1985, c. E-23.  
*Human Rights Act*, R.S.N.B. 1973, c. H-11.  
*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 23(1).  
*Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-13, s. 20.  
*Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25, ss. 92(1), 97, 97(2.1) [ad. 1990, c. 30, s. 35], 100.1 [idem, s. 40], 101(1) [idem, s. 41], (2) [idem].

#### Authors Cited

*Black's Law Dictionary*, 8th ed. St. Paul, Minn.: West, 2004, "pleasure appointment".  
 Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2007).  
 Cromwell, Thomas A. "Appellate Review: Policy and Pragmatism". In *2006 Pitblado Lectures, Appellate Courts: Policy, Law and Practice*. Winnipeg: Fort Garry, 2006, V-1.  
 de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London: Sweet & Maxwell, 1995.  
 Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.  
 England, Geoff. *Employment Law in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005 (loose-leaf updated March 2007, release 10).  
 Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

*Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

Citée par la juge Deschamps

**Arrêts mentionnés :** *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63.

#### Lois et règlements cités

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 96 à 101.  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 23(1).  
*Loi d'interprétation*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-13, art. 20.  
*Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, art. 92(1), 97, 97(2.1) [aj. 1990, ch. 30, art. 35], 100.1 [idem, art. 40], 101(1) [idem, art. 41], (2) [idem].  
*Loi sur l'extradition*, L.R.C. 1985, ch. E-23.  
*Loi sur la Fonction publique*, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, art. 20.  
*Loi sur les droits de la personne*, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11.  
*Loi sur les normes d'emploi*, L.N.-B. 1982, ch. E-7.2.

#### Doctrine citée

*Black's Law Dictionary*, 8th ed. St. Paul, Minn.: West, 2004, « *pleasure appointment* ».  
 Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2007).  
 Cromwell, Thomas A. « Appellate Review: Policy and Pragmatism ». In *2006 Pitblado Lectures, Appellate Courts: Policy, Law and Practice*. Winnipeg: Fort Garry, 2006, V-1.  
 de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London: Sweet & Maxwell, 1995.  
 Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.  
 England, Geoff. *Employment Law in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005 (loose-leaf updated March 2007, release 10).  
 Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

Mullan, David J. "Recent Developments in Standard of Review", in *Taking the Tribunal to Court: A Practical Guide for Administrative Law Practitioners*. Canadian Bar Association (Ontario), October 20, 2000.

Mullan, David J. "Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?" (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59.

Sossin, Lorne, and Colleen M. Flood, "The Contextual Turn: Iacobucci's Legacy and the Standard of Review in Administrative Law" (2007), 57 *U.T.L.J.* 581.

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 8th ed. by Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York: Oxford University Press, 2000.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Turnbull, Daigle and Robertson J.J.A.) (2006), 297 N.B.R. (2d) 151, 265 D.L.R. (4th) 609, 44 Admin. L.R. (4th) 92, 48 C.C.E.L. (3d) 196, 2006 CLLC ¶220-030, [2006] N.B.J. No. 118 (QL), 2006 CarswellNB 155, 2006 NBCA 27, affirming a judgment of Rideout J. (2005), 293 N.B.R. (2d) 5, 43 C.C.E.L. (3d) 205, [2005] N.B.J. No. 327 (QL), 2005 CarswellNB 444, 2005 NBQB 270, quashing a preliminary ruling and quashing in part an award made by an adjudicator. Appeal dismissed.

*J. Gordon Petrie, Q.C.*, and *Clarence L. Bennett*, for the appellant.

*C. Clyde Spinney, Q.C.*, and *Keith P. Mullin*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel, Fish and Abella J.J. was delivered by

BASTARACHE AND LEBEL J.J. —

## I. Introduction

[1] This appeal calls on the Court to consider, once again, the troubling question of the approach to be taken in judicial review of decisions of administrative tribunals. The recent history of judicial review in Canada has been marked by ebbs and flows of deference, confounding tests and new words for old problems, but no solutions that provide real guidance for litigants, counsel, administrative decision

Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

Mullan, David J. « Recent Developments in Standard of Review », in *Taking the Tribunal to Court : A Practical Guide for Administrative Law Practitioners*. Canadian Bar Association (Ontario), October 20, 2000.

Mullan, David J. « Establishing the Standard of Review : The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59.

Sossin, Lorne, and Colleen M. Flood, « The Contextual Turn : Iacobucci's Legacy and the Standard of Review in Administrative Law » (2007), 57 *U.T.L.J.* 581.

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 8th ed. by Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York : Oxford University Press, 2000.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (les juges Turnbull, Daigle et Robertson) (2006), 297 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 151, 265 D.L.R. (4th) 609, 44 Admin. L.R. (4th) 92, 48 C.C.E.L. (3d) 196, 2006 CLLC ¶220-030, [2006] A.N.-B. n<sup>o</sup> 118 (QL), 2006 CarswellNB 156, 2006 NBCA 27, qui a confirmé la décision du juge Rideout (2005), 293 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 5, 43 C.C.E.L. (3d) 205, [2005] A.N.-B. n<sup>o</sup> 327 (QL), 2005 CarswellNB 444, 2005 NBBR 270, qui a annulé la décision de l'arbitre sur la question préalable et annulé en partie sa sentence. Pourvoi rejeté.

*J. Gordon Petrie, c.r.*, et *Clarence L. Bennett*, pour l'appellant.

*C. Clyde Spinney, c.r.*, et *Keith P. Mullin*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, LeBel, Fish et Abella rendu par

LES JUGES BASTARACHE ET LEBEL —

## I. Introduction

[1] Une fois de plus, la Cour est appelée à se pencher sur l'épineuse question de la démarche qu'il convient d'adopter pour le contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs. Au Canada, l'évolution récente du contrôle judiciaire a été marquée par une déférence variable, l'application de critères déroutants et la qualification nouvelle de vieux problèmes, sans qu'une solution n'offre de vérita-

makers or judicial review judges. The time has arrived for a reassessment of the question.

#### A. *Facts*

[2] The appellant, David Dunsmuir, was employed by the Department of Justice for the Province of New Brunswick. His employment began on February 25, 2002, as a Legal Officer in the Fredericton Court Services Branch. The appellant was placed on an initial six-month probationary term. On March 14, 2002, by Order-in-Council, he was appointed to the offices of Clerk of the Court of Queen's Bench, Trial Division, Administrator of the Court of Queen's Bench, Family Division, and Clerk of the Probate Court of New Brunswick, all for the Judicial District of Fredericton.

[3] The employment relationship was not perfect. The appellant's probationary period was extended twice, to the maximum 12 months. At the end of each probationary period, the appellant was given a performance review. The first such review, which occurred in August 2002, identified four specific areas for improvement. The second review, three months later, cited the same four areas for development, but noted improvements in two. At the end of the third probationary period, the Regional Director of Court Services noted that the appellant had met all expectations and his employment was continued on a permanent basis.

[4] The employer reprimanded the appellant on three separate occasions during the course of his employment. The first incident occurred in July 2002. The appellant had sent an email to the Chief Justice of the Court of Queen's Bench objecting to a request that had been made by the judge of the Fredericton Judicial District for the preparation of a practice directive. The Regional Director issued a reprimand letter to the appellant, explaining that the means he had used to raise his concerns were inappropriate and exhibited serious error in judgment. In the event that a similar concern arose in the future, he was directed to discuss the matter

bles repères aux parties, à leurs avocats, aux décideurs administratifs ou aux cours de justice saisies de demandes de contrôle judiciaire. Le temps est venu de réévaluer la question.

#### A. *Les faits*

[2] Le 25 février 2002, l'appellant, David Dunsmuir, est entré en fonction au ministère de la Justice du Nouveau-Brunswick à titre de conseiller juridique de la Division des services aux tribunaux. Il était à l'essai pour une période de six mois. Par décret daté du 14 mars 2002, il a été nommé, pour la circonscription judiciaire de Fredericton, greffier de la Division de première instance et administrateur de la Division de la famille de la Cour du Banc de la Reine, de même que greffier de la Cour des successions.

[3] La relation d'emploi entre l'appellant et son employeur n'a pas été sans heurts. La période d'essai de l'appellant a été prolongée deux fois, atteignant la durée maximale de douze mois. À la fin de chacune des périodes d'essai, le rendement de l'appellant a été évalué. Au mois d'août 2002, la première évaluation faisait état de quatre points à améliorer. Trois mois plus tard, la deuxième évaluation relevait les mêmes quatre points, mais signalait des améliorations à l'égard de deux d'entre eux. Au terme de la troisième période d'essai, la directrice régionale des services aux tribunaux indiquait que l'appellant avait répondu à toutes les attentes, et ce dernier a été titularisé.

[4] L'employeur a réprimandé l'appellant à trois occasions distinctes en cours d'emploi, la première fois en juillet 2002. L'appellant avait communiqué par courriel au Juge en chef de la Cour du Banc de la Reine son opposition à une demande formulée par les juges de la circonscription judiciaire de Fredericton pour la préparation d'une directive en matière de procédure. La directrice régionale lui avait fait parvenir une lettre de réprimande lui expliquant que le moyen employé pour exprimer ses préoccupations était inopportun et qu'il avait commis une grave erreur de jugement. Elle lui avait précisé qu'il devrait à l'avenir s'adresser d'abord au

first with the Registrar or the Regional Director. The letter warned that failure to comply would lead to additional disciplinary measures and, if necessary, to dismissal.

[5] A second disciplinary measure occurred when, in April 2004, it came to the attention of the Assistant Deputy Minister that the appellant was being advertised as a lecturer at legal seminars offered in the private sector. The appellant had inquired previously into the possibility of doing legal work outside his employment. In February 2004, the Assistant Deputy Minister had informed him that lawyers in the public service should not practise law in the private sector. A month later, the appellant wrote a letter to the Law Society of New Brunswick stating that his participation as a non-remunerated lecturer had been vetted by his employer, who had voiced no objection. On June 3, 2004, the Assistant Deputy Minister issued to the appellant written notice of a one-day suspension with pay regarding the incident. The letter also referred to issues regarding the appellant's work performance, including complaints from unnamed staff, lawyers and members of the public regarding his difficulties with timeliness and organization. This second letter concluded with the statement that "[f]uture occurrences of this nature and failure to develop more efficient organized work habits will result in disciplinary action up to and including dismissal."

[6] Third, on July 21, 2004, the Regional Director wrote a formal letter of reprimand to the appellant regarding three alleged incidents relating to his job performance. This letter, too, concluded with a warning that the appellant's failure to improve his organization and timeliness would result in further disciplinary action up to and including dismissal. The appellant responded to the letter by informing the Regional Director that he would be seeking legal advice and, until that time, would not meet with her to discuss the matter further.

[7] A review of the appellant's work performance had been due in April 2004 but did not take place. The appellant met with the Regional Director on a

registraire ou à elle, faute de quoi il s'exposerait à d'autres mesures disciplinaires, voire au congédiement.

[5] La deuxième mesure disciplinaire a été prise après que le sous-ministre adjoint eut pris connaissance, en avril 2004, de l'annonce de séminaires juridiques organisés par le secteur privé présentant l'appellant comme un conférencier invité. L'appellant s'était auparavant renseigné sur la possibilité d'exercer le droit après ses heures de travail. Au mois de février 2004, le sous-ministre adjoint lui avait fait savoir que les avocats de la fonction publique ne devaient pas exercer leur profession dans le secteur privé. Un mois plus tard, l'appellant avait écrit au Barreau du Nouveau-Brunswick qu'après s'être penché sur la question, son employeur ne s'opposait pas à sa participation à titre de conférencier non rémunéré. Le 3 juin 2004, le sous-ministre adjoint l'avait informé par écrit de sa suspension d'un jour avec traitement. La lettre faisait également état de problèmes liés à son rendement au travail, y compris de plaintes anonymes de collègues, d'avocats et de citoyens lui reprochant de ne pas respecter les délais et de manquer d'organisation. Le sous-ministre adjoint concluait : [TRADUCTION] « Si d'autres incidents de cette nature se produisent ou si vous ne faites pas preuve de plus d'efficacité et d'organisation dans votre travail, vous vous exposez à des mesures disciplinaires pouvant aller jusqu'au congédiement. »

[6] La troisième fois, le 21 juillet 2004, la directrice régionale a rédigé une lettre de réprimande officielle concernant trois incidents liés au rendement de l'appellant. Elle aussi concluait par une mise en garde — s'il n'organisait pas mieux son travail ni ne respectait pas davantage les délais, il s'exposait à de nouvelles mesures disciplinaires pouvant aller jusqu'au congédiement. L'appellant lui a répondu qu'il consulterait un avocat et que, dans l'intervalle, il s'abstiendrait de la rencontrer pour discuter plus avant de la question.

[7] L'évaluation du rendement de l'appellant n'a pas eu lieu en avril 2004 comme prévu. La directrice régionale a rencontré l'appellant à quelques reprises

couple of occasions to discuss backlogs and organizational problems. Complaints were relayed to her by staff but they were not documented and it is unknown how many complaints there had been. The Regional Director notified the appellant on August 11, 2004, that his performance review was overdue and would occur by August 20. A meeting had been arranged for August 19 between the appellant, the Regional Director, the Assistant Deputy Minister and counsel for the appellant and the employer. While preparing for that meeting, the Regional Director and the Assistant Deputy Minister concluded that the appellant was not right for the job. The scheduled meeting was cancelled and a termination notice was faxed to the appellant. A formal letter of termination from the Deputy Minister was delivered to the appellant's lawyer the next day. The letter terminated the appellant's employment with the Province of New Brunswick, effective December 31, 2004. It read, in relevant part:

I regret to advise you that I have come to the conclusion that your particular skill set does not meet the needs of your employer in your current position, and that it is advisable to terminate your employment on reasonable notice, pursuant to section 20 of the *Civil Service Act*. You are accordingly hereby advised that your employment with the Province of New Brunswick will terminate on December 31, 2004. Cause for termination is not alleged.

To aid in your search for other employment, you are not required to report to work during the notice period and your salary will be continued until the date indicated or for such shorter period as you require either to find a job with equivalent remuneration, or you commence self-employment.

In the circumstances, we would request that you avoid returning to the workplace until your departure has been announced to staff, and until you have returned your keys and government identification to your supervisor, Ms. Laundry as well as any other property of the employer still in your possession . . . .

[8] On February 3, 2005, the appellant was removed from his statutory offices by order of the Lieutenant-Governor in Council.

pour discuter de dossiers en retard et d'organisation. Des plaintes lui avaient été transmises par des employés, mais elles n'étaient pas étayées et leur nombre demeure inconnu. Le 11 août 2004, elle a informé l'appelant que son rendement serait évalué au plus tard le 20 août. Une rencontre était prévue le 19 août entre l'appelant, la directrice générale, le sous-ministre adjoint, l'avocat de l'appelant et celui de l'employeur. En s'y préparant, la directrice régionale et le sous-ministre adjoint sont arrivés à la conclusion que l'appelant ne répondait pas aux exigences du poste. La rencontre a été annulée et un avis de cessation d'emploi a été télécopié à l'appelant. Le lendemain, un avis de cessation d'emploi a été transmis par le sous-ministre à l'avocat de l'appelant. Il mettait fin à l'emploi de l'appelant par la province du Nouveau-Brunswick en date du 31 décembre 2004. En voici les passages pertinents :

[TRADUCTION] J'ai le regret de vous informer que je suis arrivé à la conclusion que vos compétences particulières ne correspondent pas aux exigences de votre poste actuel déterminées par l'employeur et qu'il convient de mettre fin à votre emploi moyennant un préavis raisonnable, conformément à l'article 20 de la *Loi sur la Fonction publique*. Vous êtes donc informé par la présente que votre emploi par la province du Nouveau-Brunswick prendra fin le 31 décembre 2004. Aucun motif de congédiement n'est invoqué.

Afin que vous puissiez trouver un nouvel emploi, vous n'aurez pas à vous présenter au travail pendant le délai de préavis. Vous toucherez votre traitement jusqu'à la date mentionnée ou celle, antérieure, à laquelle vous trouverez un emploi offrant une rémunération équivalente ou deviendrez travailleur autonome.

Dans les circonstances, nous vous demandons de bien vouloir vous abstenir de revenir sur le lieu de travail avant que votre départ n'ait été annoncé au personnel et que vous n'ayez remis à votre supérieure immédiate, M<sup>me</sup> Laundry, vos clés et votre carte d'identité ainsi que tout autre bien de l'employeur en votre possession . . . .

[8] Le 3 février 2005, un décret du lieutenant-gouverneur en conseil a destitué l'appelant de ses charges créées par la loi.



[9] The appellant commenced the grievance process under s. 100.1 of the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25 (“*PSLRA*”; see Appendix), by letter to the Deputy Minister on September 1, 2004. That provision grants non-unionized employees of the provincial public service the right to file a grievance with respect to a “discharge, suspension or a financial penalty” (s. 100.1(2)). The appellant asserted several grounds of complaint in his grievance letter, in particular, that the reasons for the employer’s dissatisfaction were not made known; that he did not receive a reasonable opportunity to respond to the employer’s concerns; that the employer’s actions in terminating him were without notice, due process or procedural fairness; and that the length of the notice period was inadequate. The grievance was denied. The appellant then gave notice that he would refer the grievance to adjudication under the *PSLRA*. The adjudicator was selected by agreement of the parties and appointed by the Labour and Employment Board.

[10] The adjudication hearing was convened and counsel for the appellant produced as evidence a volume of 169 documents. Counsel for the respondent objected to the inclusion of almost half of the documents. The objection was made on the ground that the documents were irrelevant since the appellant’s dismissal was not disciplinary but rather was a termination on reasonable notice. The preliminary issue therefore arose of whether, where dismissal was with notice or pay in lieu thereof, the adjudicator was authorized to assess the reasons underlying the province’s decision to terminate. Following his preliminary ruling on that issue, the adjudicator heard and decided the merits of the grievance.

#### B. *Decisions of the Adjudicator*

##### (1) Preliminary Ruling (January 10, 2005)

[11] The adjudicator began his preliminary ruling by considering s. 97(2.1) of the *PSLRA*. He reasoned that because the appellant was not included in a bargaining unit and there was no collective agreement or arbitral award, the section ought to be

[9] Dans une lettre au sous-ministre datée du 1<sup>er</sup> septembre 2004, l’appelant s’est prévalu de l’art. 100.1 de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25 («*LRTSP*»; voir l’annexe), qui confère à l’employé non syndiqué d’un service public provincial le droit de présenter un grief à l’égard « du congédiement, de la suspension ou d’une peine pécuniaire » (par. 100.1(2)). Il invoquait plusieurs raisons à l’appui, notamment que l’employeur n’avait pas précisé ses motifs d’insatisfaction, qu’il ne lui avait pas donné la possibilité raisonnable de répondre aux reproches, que les mesures pour mettre fin à l’emploi avaient été prises sans préavis, sans application régulière de la loi et au mépris de l’équité procédurale et que l’indemnité versée était insuffisante. Le grief a été rejeté. L’appelant a alors donné avis qu’il demandait le renvoi à l’arbitrage sous le régime de la *LRTSP*. L’arbitre a été choisi de concert par les parties, puis nommé par la Commission du travail et de l’emploi.

[10] À l’audience d’arbitrage, l’avocat de l’appelant a déposé en preuve un classeur renfermant 169 documents. L’avocat de l’intimée a contesté la mise en preuve de près de la moitié d’entre eux, soutenant qu’ils n’étaient pas pertinents puisqu’il n’y avait pas eu congédiement de nature disciplinaire, mais cessation d’emploi avec préavis raisonnable. S’est alors posé la question préalable de savoir si, dans le cas d’un congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu, l’arbitre était autorisé à déterminer les raisons de la décision de la province de mettre fin à l’emploi. Après avoir tranché la question, l’arbitre a entendu le grief et statué au fond.

#### B. *Les décisions de l’arbitre*

##### (1) La décision sur la question préalable (10 janvier 2005)

[11] L’arbitre a entrepris l’examen de la question préalable en se penchant sur le libellé du par. 97(2.1) de la *LRTSP*. Étant donné que l’appelant n’appartenait pas à une unité de négociation et n’était pas visé par une convention collective ou

interpreted to mean that where an adjudicator determines that an employee has been discharged for cause, the adjudicator may substitute another penalty for the discharge as seems just and reasonable in the circumstances. The adjudicator considered and relied on the decision of the New Brunswick Court of Appeal in *Chalmers (Dr. Everett) Hospital v. Mills* (1989), 102 N.B.R. (2d) 1.

[12] Turning to s. 100.1 of the *PSLRA*, he noted the referential incorporation of s. 97 in s. 100.1(5). He stated that such incorporation “necessarily means that an adjudicator has jurisdiction to make the determination described in s. 97(2.1), i.e. that an employee has been discharged or otherwise disciplined for cause” (p. 5). The adjudicator noted that an employee to whom s. 20 of the *Civil Service Act*, S.N.B. 1984, c. C-5.1 (see Appendix), applies may be discharged for cause, with reasonable notice or with pay in lieu of reasonable notice. He concluded by holding that an employer cannot avoid an inquiry into its real reasons for dismissing an employee by stating that cause is not alleged. Rather, a grieving employee is entitled to an adjudication as to whether a discharge purportedly with notice or pay in lieu thereof was in fact for cause. He therefore held that he had jurisdiction to make such a determination.

(2) Ruling on the Merits (February 16, 2005)

[13] In his decision on the merits, released shortly thereafter, the adjudicator found that the termination letter of August 19 effected termination with pay in lieu of notice. The employer did not allege cause. Inquiring into the reasons for dismissal the adjudicator was satisfied that, on his view of the evidence, the termination was not disciplinary. Rather, the decision to terminate was based on the employer’s concerns about the appellant’s work performance and his suitability for the positions he held.

[14] The adjudicator then considered the appellant’s claim that he was dismissed without procedural fairness in that the employer did not inform him of the reasons for its dissatisfaction and did not give him an opportunity to respond. The adjudicator

une sentence arbitrale, il a conclu que cette disposition devait être interprétée comme l’autorisant, s’il estimait que l’employé avait été congédié pour motif, à substituer au congédiement la peine qui lui paraissait juste et raisonnable dans les circonstances. Il s’est fondé sur l’arrêt *Chalmers (Dr. Everett) Hospital c. Mills* (1989), 102 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1, de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick.

[12] En ce qui concerne l’art. 100.1 de la *LRTSP*, comme le par. 100.1(5) incorporait l’art. 97 par renvoi, il a estimé [TRADUCTION] « que l’arbitre a nécessairement compétence pour décider, suivant le par. 97(2.1), qu’un employé a été congédié ou qu’une mesure disciplinaire a été autrement prise contre lui “pour motif” » (p. 5). Il a fait observer que l’employé visé à l’art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1 (voir l’annexe), pouvait être congédié pour motif avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu, pour conclure que l’employeur ne pouvait se soustraire à l’examen des véritables raisons du congédiement en s’abstenant d’invoquer un motif. L’employé qui présentait un grief avait droit selon lui à une décision quant à savoir si son congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu constituait en fait un congédiement pour motif. L’arbitre a donc conclu qu’il avait compétence pour rendre pareille décision.

(2) La décision au fond (16 février 2005)

[13] Dans la décision au fond rendue peu après, l’arbitre a statué que l’avis de cessation d’emploi du 19 août opérait un congédiement avec indemnité tenant lieu de préavis. L’employeur n’invoquait aucun motif. S’interrogeant sur les raisons du congédiement, l’arbitre s’est dit convaincu au vu de la preuve que la cessation d’emploi n’était pas de nature disciplinaire, mais découlait plutôt des préoccupations de l’employeur concernant le rendement de l’appelant et son aptitude à s’acquitter de ses fonctions.

[14] L’arbitre s’est ensuite penché sur l’allégation selon laquelle l’employeur avait manqué à son obligation d’équité procédurale en omettant de communiquer à l’appelant les raisons de son insatisfaction et de lui donner la possibilité d’y répondre. Il

placed some responsibility on the employer for cancelling the performance review scheduled for August 19. He also opined that the employer was not so much dissatisfied with the appellant's quality of work as with his lack of organization.

[15] The adjudicator's decision relied on *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, for the relevant legal principles regarding the right of "at pleasure" office holders to procedural fairness. As the appellant's employment was "hybrid in character" (para. 53) — he was both a Legal Officer under the *Civil Service Act* and, as Clerk, an office holder "at pleasure" — the adjudicator held that the appellant was entitled to procedural fairness in the employer's decision to terminate his employment. He declared that the termination was void *ab initio* and ordered the appellant reinstated as of August 19, 2004, the date of dismissal.

[16] The adjudicator added that in the event that his reinstatement order was quashed on judicial review, he would find the appropriate notice period to be eight months.

### C. *Judicial History*

- (1) Court of Queen's Bench of New Brunswick (2005), 293 N.B.R. (2d) 5, 2005 NBQB 270

[17] The Province of New Brunswick applied for judicial review of the adjudicator's decision on numerous grounds. In particular, it argued that the adjudicator had exceeded his jurisdiction in his preliminary ruling by holding that he was authorized to determine whether the termination was in fact for cause. The Province further argued that the adjudicator had acted incorrectly or unreasonably in deciding the procedural fairness issue. The application was heard by Rideout J.

[18] The reviewing judge applied a pragmatic and functional analysis, considering the presence of a full privative clause in the *PSLRA*, the

a attribué une certaine responsabilité à l'employeur pour l'annulation de l'évaluation du rendement censée avoir lieu le 19 août. Il a aussi estimé que ce n'était pas tant la qualité du travail de l'appelant que son manque d'organisation qui était à l'origine de l'insatisfaction de l'employeur.

[15] Pour ce qui est des principes juridiques permettant de statuer sur le droit à l'équité procédurale d'un titulaire de charge « à titre amovible », l'arbitre s'est reporté à l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653. Vu la nature [TRADUCTION] « hybride » de l'emploi (par. 53) — conseiller juridique soumis à la *Loi sur la Fonction publique* et greffier nommé à titre amovible —, il a conclu que la décision de l'employeur de mettre fin à l'emploi de l'appelant devait respecter l'équité procédurale. Il a déclaré nulle *ab initio* la cessation d'emploi et ordonné la réintégration de l'appelant dans ses fonctions à compter du 19 août 2004, date du congédiement.

[16] Pour le cas où son ordonnance de réintégration serait annulée à l'issue d'un contrôle judiciaire, il a ajouté qu'un préavis de huit mois lui paraissait indiqué.

### C. *Historique des procédures judiciaires*

- (1) Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick (2005), 293 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 5, 2005 NBBR 270

[17] La province du Nouveau-Brunswick a demandé le contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre. Elle a invoqué de nombreux motifs, dont le suivant : dans sa décision sur la question préalable, l'arbitre avait outrepassé sa compétence en s'estimant fondé à déterminer si le congédiement était en fait un congédiement pour motif. La province a également prétendu que l'arbitre avait adopté une démarche incorrecte ou déraisonnable pour statuer sur l'équité procédurale. Le juge Rideout a entendu la demande.

[18] Recourant à l'analyse pragmatique et fonctionnelle, le juge a pris en compte la clause privative absolue de la *LRTSP*, l'expertise relative de

relative expertise of adjudicators appointed under the *PSLRA*, the purposes of ss. 97(2.1) and 100.1 of the *PSLRA* as well as s. 20 of the *Civil Service Act*, and the nature of the question as one of statutory interpretation. He concluded that the correctness standard of review applied and that the court need not show curial deference to the decision of an adjudicator regarding the interpretation of those statutory provisions.

[19] Regarding the preliminary ruling, the reviewing judge noted that the appellant was employed “at pleasure” and fell under s. 20 of the *Civil Service Act*. In his view, the adjudicator had overlooked the effects of s. 20 and had mistakenly given ss. 97(2.1) and 100.1 of the *PSLRA* a substantive, rather than procedural, interpretation. Those sections are procedural in nature. They provide an employee with a right to grieve his or her dismissal and set out the steps that must be followed to pursue a grievance. The adjudicator is bound to apply the contractual provisions as they exist and has no authority to change those provisions. Thus, in cases in which s. 20 of the *Civil Service Act* applies, the adjudicator must apply the ordinary rules of contract. The reviewing judge held that the adjudicator had erred in removing the words “and the collective agreement or arbitral award does not contain a specific penalty for the infraction that resulted in the employee being discharged or otherwise disciplined” from s. 97(2.1). Those words limit s. 97(2.1) to employees who are not employed “at pleasure”. In the view of the reviewing judge, the adjudicator did not have jurisdiction to inquire into the reasons for the termination. His authority was limited to determining whether the notice period was reasonable. Having found that the adjudicator had exceeded his jurisdiction, the reviewing judge quashed his preliminary ruling.

[20] With respect to the adjudicator’s award on the merits, the reviewing judge commented that some aspects of the decision are factual in nature and should be reviewed on a patent unreasonableness standard, while other aspects involve questions

l’arbitre nommé sous son régime, l’objet de son par. 97(2.1) et de son art. 100.1 ainsi que de l’art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, et la nature de la question en litige — s’agissait-il d’interpréter une disposition législative? Il a conclu que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte et que l’interprétation de ces dispositions législatives par l’arbitre ne commandait pas la déférence judiciaire.

[19] Au sujet de la question préalable, le juge de révision a signalé que l’appelant avait occupé une charge « à titre amovible » et qu’il était régi par l’art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*. Selon lui, l’arbitre n’avait pas tenu compte de la portée de cette disposition et avait considéré à tort le par. 97(2.1) et l’art. 100.1 de la *LRTSP* comme des dispositions substantielles plutôt que procédurales. Ces dispositions confèrent à l’employé le droit de présenter un grief à l’égard de son congédiement et établissent les étapes à suivre pour le faire. L’arbitre a l’obligation d’appliquer une clause contractuelle telle qu’elle est stipulée et ne possède pas le pouvoir de la modifier. Par conséquent, dans une affaire relevant de l’art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, il doit appliquer les règles contractuelles ordinaires. Le juge de révision a estimé que l’arbitre avait eu tort de faire abstraction des mots « et que la convention collective ou la sentence arbitrale ne contient pas une peine spécifique pour l’infraction en raison de laquelle l’employé a été congédié ou s’est vu imposer autrement une mesure disciplinaire » employés au par. 97(2.1). Suivant ce libellé, la disposition ne s’applique qu’aux employés n’occupant pas une charge « à titre amovible ». Selon le juge de révision, l’arbitre n’avait pas compétence pour s’enquérir des motifs de la cessation d’emploi. Il pouvait seulement se prononcer sur le caractère raisonnable du préavis. Après avoir conclu que l’arbitre avait outrepassé sa compétence, le juge de révision a annulé sa décision sur la question préalable.

[20] En ce qui a trait à la sentence arbitrale sur le fond, le juge de révision a indiqué que certains de ses éléments touchaient aux faits et commandaient l’application de la norme de la décision manifestement déraisonnable, mais que d’autres portaient

of mixed fact and law which are subject to a reasonableness *simpliciter* standard. The reviewing judge agreed with the Province that the adjudicator's reasons do not stand up to a "somewhat probing examination" (para. 76). The reviewing judge held that the adjudicator's award of reinstatement could not stand as he was not empowered by the *PSLRA* to make Lieutenant-Governor in Council appointments. In addition, by concluding that the decision was void *ab initio* owing to a lack of procedural fairness, the adjudicator failed to consider the doctrine of adequate alternative remedy. The appellant received procedural fairness by virtue of the grievance hearing before the adjudicator. The adjudicator had provisionally increased the notice period to eight months — that provided an adequate alternative remedy. Concluding that the adjudicator's decision did not stand up to review on a reasonableness *simpliciter* standard, the reviewing judge quashed the reinstatement order but upheld the adjudicator's provisional award of eight months' notice.

(2) Court of Appeal of New Brunswick (2006), 297 N.B.R. (2d) 151, 2006 NBCA 27

[21] The appellant appealed the decision of the reviewing judge. The Court of Appeal, Robertson J.A. writing, held that the proper standard with respect to the interpretation of the adjudicator's authority under the *PSLRA* was reasonableness *simpliciter* and that the reviewing judge had erred in adopting the correctness standard. The court reached that conclusion by proceeding through a pragmatic and functional analysis, placing particular emphasis on the presence of a full privative clause in the *PSLRA* and the relative expertise of an adjudicator in the labour relations and employment context. The court also relied on the decision of this Court in *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, [2004] 1 S.C.R. 727, 2004 SCC 28. However, the court noted that the adjudicator's interpretation of the *Mills* decision warranted no deference and that "correctness is the proper review standard when it comes to the interpretation and application of caselaw" (para. 17).

à la fois sur les faits et le droit, de sorte qu'il fallait appliquer la norme de la décision raisonnable *simpliciter*. Il a convenu avec la province que les motifs de l'arbitre ne résistaient pas à « un examen assez poussé » (par. 76) et statué que l'arbitre ne pouvait ordonner la réintégration car la *LRTSP* ne l'autorisait pas à effectuer une nomination relevant du lieutenant-gouverneur en conseil. En outre, en concluant que le non-respect de l'équité procédurale rendait la décision nulle *ab initio*, l'arbitre avait omis de tenir compte de l'existence d'un autre recours approprié. L'appelant avait bénéficié de l'équité procédurale du fait de l'audition de son grief par l'arbitre, lequel avait subsidiairement porté le préavis à huit mois, d'où l'existence d'un autre recours approprié. Le juge de révision a conclu que la décision de l'arbitre ne satisfaisait pas à la norme de la raisonabilité *simpliciter*, de sorte qu'il a annulé l'ordonnance de réintégration, mais confirmé la décision subsidiaire portant à huit mois le préavis requis.

(2) Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (2006), 297 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 151, 2006 NBCA 27

[21] L'appelant a interjeté appel de la décision du juge de révision. Par la voix du juge Robertson, la Cour d'appel a statué que la norme applicable à l'interprétation des pouvoirs conférés à l'arbitre par la *LRTSP* était celle de la raisonabilité *simpliciter* et que le juge de révision avait eu tort d'appliquer celle de la décision correcte. Elle a conclu ainsi à l'issue d'une analyse pragmatique et fonctionnelle axée sur la clause privative absolue de la *LRTSP* et l'expertise relative de l'arbitre dans le domaine des relations de travail et de l'emploi. Elle s'est également appuyée sur notre arrêt *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, [2004] 1 R.C.S. 727, 2004 CSC 28. Toutefois, elle a indiqué que l'interprétation de l'arrêt *Mills* par l'arbitre n'appelait pas la déférence et que « la norme de la décision correcte est la norme de contrôle applicable lorsqu'il s'agit de l'interprétation et de l'application de la jurisprudence » (par. 17).

[22] Applying the reasonableness *simpliciter* standard, the court held that the adjudicator's decision was unreasonable. Robertson J.A. began by considering s. 20 of the *Civil Service Act* and noted that under the ordinary rules of contract, an employer holds the right to dismiss an employee with cause or with reasonable notice or with pay in lieu of notice. Section 20 of the *Civil Service Act* limits the Crown's common law right to dismiss its employees without cause or notice. Robertson J.A. reasoned that s. 97(2.1) of the *PSLRA* applies in principle to non-unionized employees, but that it is only where an employee has been discharged or disciplined *for cause* that an adjudicator may substitute such other penalty as seems just and reasonable in the circumstances. Where the employer elects to dismiss with notice or pay in lieu of notice, however, s. 97(2.1) does not apply. In such circumstances, the employee may only grieve the length of the notice period. The only exception is where the employee alleges that the decision to terminate was based on a prohibited ground of discrimination.

[23] On the issue of procedural fairness, the court found that the appellant exercised his right to grieve, and thus a finding that the duty of fairness had been breached was without legal foundation. The court dismissed the appeal.

## II. Issues

[24] At issue, firstly is the approach to be taken in the judicial review of a decision of a particular adjudicative tribunal which was seized of a grievance filed by the appellant after his employment was terminated. This appeal gives us the opportunity to re-examine the foundations of judicial review and the standards of review applicable in various situations.

[25] The second issue involves examining whether the appellant who held an office "at pleasure" in the civil service of New Brunswick, had the right to procedural fairness in the employer's decision to terminate him. On this occasion, we will reassess the rule that has found formal expression in *Knight*.

[22] La Cour d'appel a conclu au regard de la norme de la raisonabilité *simpliciter* que la décision de l'arbitre était déraisonnable. Le juge Robertson a d'abord examiné l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique* et relevé que suivant les règles contractuelles ordinaires, l'employeur pouvait congédier un employé soit pour motif, soit avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu. Cet article limite la faculté que le droit commun confère à l'État de congédier ses employés sans motif ni préavis. Le juge Robertson a estimé que le par. 97(2.1) de la *LRTSP* s'applique en principe aux employés non syndiqués, mais que l'arbitre ne peut substituer une autre peine lui semblant juste et raisonnable dans les circonstances que lorsque l'employé a été congédié ou a fait l'objet d'une mesure disciplinaire *pour motif*. Toutefois, lorsque l'employeur opte pour le congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu, le par. 97(2.1) ne s'applique pas. Le seul recours dont dispose alors l'employé consiste à contester le préavis par voie de grief, sauf — et c'est la seule exception — lorsqu'il allègue que le congédiement est fondé sur un motif de discrimination illicite.

[23] Au chapitre de l'équité procédurale, la Cour d'appel a jugé que l'appellant avait exercé son droit de présenter un grief et qu'il n'y avait donc pas eu manquement à l'obligation d'équité procédurale. L'appel a été rejeté.

## II. Les questions en litige

[24] La Cour doit d'abord déterminer quelle démarche s'imposait pour le contrôle judiciaire de la décision rendue par l'arbitre saisi du grief présenté par l'appellant après son licenciement. Le présent pourvoi lui donne l'occasion de revoir les fondements du contrôle judiciaire et les normes applicables dans différentes situations.

[25] Elle doit en second lieu se demander si l'appellant, qui était titulaire d'une charge à titre amovible dans la fonction publique du Nouveau-Brunswick, avait droit à ce que son employeur fasse preuve d'équité procédurale en prenant la décision de mettre fin à son emploi. À cet égard, nous réévaluerons la règle formulée dans l'arrêt *Knight*.

[26] The two types of judicial review, on the merits and on the process, are therefore engaged in this case. Our review of the system will therefore be comprehensive, which is preferable since a holistic approach is needed when considering fundamental principles.

### III. Issue 1: Review of the Adjudicator's Statutory Interpretation Determination

#### A. *Judicial Review*

[27] As a matter of constitutional law, judicial review is intimately connected with the preservation of the rule of law. It is essentially that constitutional foundation which explains the purpose of judicial review and guides its function and operation. Judicial review seeks to address an underlying tension between the rule of law and the foundational democratic principle, which finds an expression in the initiatives of Parliament and legislatures to create various administrative bodies and endow them with broad powers. Courts, while exercising their constitutional functions of judicial review, must be sensitive not only to the need to uphold the rule of law, but also to the necessity of avoiding undue interference with the discharge of administrative functions in respect of the matters delegated to administrative bodies by Parliament and legislatures.

[28] By virtue of the rule of law principle, all exercises of public authority must find their source in law. All decision-making powers have legal limits, derived from the enabling statute itself, the common or civil law or the Constitution. Judicial review is the means by which the courts supervise those who exercise statutory powers, to ensure that they do not overstep their legal authority. The function of judicial review is therefore to ensure the legality, the reasonableness and the fairness of the administrative process and its outcomes.

[29] Administrative powers are exercised by decision makers according to statutory regimes that are themselves confined. A decision maker may not exercise authority not specifically assigned to him or her. By acting in the absence of legal authority,

[26] Le présent pourvoi met donc en jeu les deux types de contrôle judiciaire, l'un sur le fond, l'autre sur le plan de la procédure. Notre révision portera donc sur le mécanisme dans son ensemble, ce qui est préférable, car l'examen de principes fondamentaux commande une démarche globale.

### III. Premier volet : Contrôle de l'interprétation de la loi par l'arbitre

#### A. *Le contrôle judiciaire*

[27] Sur le plan constitutionnel, le contrôle judiciaire est intimement lié au maintien de la primauté du droit. C'est essentiellement cette assise constitutionnelle qui explique sa raison d'être et oriente sa fonction et son application. Le contrôle judiciaire s'intéresse à la tension sous-jacente à la relation entre la primauté du droit et le principe démocratique fondamental, qui se traduit par la prise de mesures législatives pour créer divers organismes administratifs et les investir de larges pouvoirs. Lorsqu'elles s'acquittent de leurs fonctions constitutionnelles de contrôle judiciaire, les cours de justice doivent tenir compte de la nécessité non seulement de maintenir la primauté du droit, mais également d'éviter toute immixtion injustifiée dans l'exercice de fonctions administratives en certaines matières déterminées par le législateur.

[28] La primauté du droit veut que tout exercice de l'autorité publique procède de la loi. Tout pouvoir décisionnel est légalement circonscrit par la loi habilitante, la common law, le droit civil ou la Constitution. Le contrôle judiciaire permet aux cours de justice de s'assurer que les pouvoirs légaux sont exercés dans les limites fixées par le législateur. Il vise à assurer la légalité, la rationalité et l'équité du processus administratif et de la décision rendue.

[29] Les décideurs administratifs exercent leurs pouvoirs dans le cadre de régimes législatifs qui sont eux-mêmes délimités. Ils ne peuvent exercer de pouvoirs qui ne leur sont pas expressément conférés. S'ils agissent sans autorisation légale,

the decision maker transgresses the principle of the rule of law. Thus, when a reviewing court considers the scope of a decision-making power or the jurisdiction conferred by a statute, the standard of review analysis strives to determine what authority was intended to be given to the body in relation to the subject matter. This is done within the context of the courts' constitutional duty to ensure that public authorities do not overreach their lawful powers: *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220, at p. 234; also *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, at para. 21.

[30] In addition to the role judicial review plays in upholding the rule of law, it also performs an important constitutional function in maintaining legislative supremacy. As noted by Justice Thomas Cromwell, "the rule of law is affirmed by assuring that the courts have the final say on the jurisdictional limits of a tribunal's authority; second, legislative supremacy is affirmed by adopting the principle that the concept of jurisdiction should be narrowly circumscribed and defined according to the intent of the legislature in a contextual and purposeful way; third, legislative supremacy is affirmed and the court-centric conception of the rule of law is reined in by acknowledging that the courts do not have a monopoly on deciding all questions of law" ("Appellate Review: Policy and Pragmatism", in *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts: Policy, Law and Practice*, V-1, at p. V-12). In essence, the rule of law is maintained because the courts have the last word on jurisdiction, and legislative supremacy is assured because determining the applicable standard of review is accomplished by establishing legislative intent.

[31] The legislative branch of government cannot remove the judiciary's power to review actions and decisions of administrative bodies for compliance with the constitutional capacities of the government. Even a privative clause, which provides a strong indication of legislative intent, cannot be determinative in this respect (*Executors of the Woodward Estate v. Minister of Finance*, [1973] S.C.R. 120, at

ils portent atteinte au principe de la primauté du droit. C'est pourquoi lorsque la cour de révision se penche sur l'étendue d'un pouvoir décisionnel ou de la compétence accordée par la loi, l'analyse relative à la norme de contrôle vise à déterminer quel pouvoir le législateur a voulu donner à l'organisme en la matière. Elle le fait dans le contexte de son obligation constitutionnelle de veiller à la légalité de l'action administrative : *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, p. 234; également, *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 21.

[30] Non seulement le contrôle judiciaire contribue au respect de la primauté du droit, mais il joue un rôle constitutionnel important en assurant la suprématie législative. Comme l'a fait observer le juge Thomas Cromwell, [TRADUCTION] « la primauté du droit est consacrée par le pouvoir d'une cour de justice de statuer en dernier ressort sur l'étendue de la compétence d'un tribunal administratif, par l'application du principe selon lequel il convient de bien délimiter la compétence et de bien la définir, en fonction de l'intention du législateur, d'une manière à la fois contextuelle et téléologique, ainsi que par la reconnaissance du fait que les cours de justice n'ont pas le pouvoir exclusif de statuer sur toutes les questions de droit, ce qui tempère la conception judiciarisée de la primauté du droit » (« Appellate Review : Policy and Pragmatism », dans *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts : Policy, Law and Practice*, V-1, p. V-12). Essentiellement, la primauté du droit est assurée par le dernier mot qu'ont les cours de justice en matière de compétence, et la suprématie législative, par la détermination de la norme de contrôle applicable en fonction de l'intention du législateur.

[31] L'organe législatif du gouvernement ne peut supprimer le pouvoir judiciaire de s'assurer que les actes et les décisions d'un organisme administratif sont conformes aux pouvoirs constitutionnels du gouvernement. Même si elle est révélatrice de l'intention du législateur, la clause privative ne saurait être décisive à cet égard (*Succession Woodward c. Ministre des Finances*, [1973] R.C.S. 120, p. 127).



p. 127). The inherent power of superior courts to review administrative action and ensure that it does not exceed its jurisdiction stems from the judicature provisions in ss. 96 to 101 of the *Constitution Act, 1867: Crevier*. As noted by Beetz J. in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1090, “[t]he role of the superior courts in maintaining the rule of law is so important that it is given constitutional protection”. In short, judicial review is constitutionally guaranteed in Canada, particularly with regard to the definition and enforcement of jurisdictional limits. As Laskin C.J. explained in *Crevier*:

Where . . . questions of law have been specifically covered in a privative enactment, this Court, as in *Farrah*, has not hesitated to recognize this limitation on judicial review as serving the interests of an express legislative policy to protect decisions of adjudicative agencies from external correction. Thus, it has, in my opinion, balanced the competing interests of a provincial Legislature in its enactment of substantively valid legislation and of the courts as ultimate interpreters of the *British North America Act* and s. 96 thereof. The same considerations do not, however, apply to issues of jurisdiction which are not far removed from issues of constitutionality. It cannot be left to a provincial statutory tribunal, in the face of s. 96, to determine the limits of its own jurisdiction without appeal or review. [p. 237-38]

See also D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), at p. 50.

[32] Despite the clear, stable constitutional foundations of the system of judicial review, the operation of judicial review in Canada has been in a constant state of evolution over the years, as courts have attempted to devise approaches to judicial review that are both theoretically sound and effective in practice. Despite efforts to refine and clarify it, the present system has proven to be difficult to implement. The time has arrived to re-examine the Canadian approach to judicial review of administrative decisions and develop a principled framework that is more coherent and workable.

Le pouvoir inhérent d’une cour supérieure de contrôler les actes de l’Administration et de s’assurer que celle-ci n’outrepasse pas les limites de sa compétence tire sa source des art. 96 à 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* portant sur la magistrature : arrêt *Crevier*. Comme l’a dit le juge Beetz dans l’arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, p. 1090, « [l]e rôle des cours supérieures dans le maintien de la légalité est si important qu’il bénéficie d’une protection constitutionnelle ». En résumé, le contrôle judiciaire bénéficie de la protection constitutionnelle au Canada, surtout lorsqu’il s’agit de définir les limites de la compétence et de les faire respecter. Le juge en chef Laskin l’a expliqué dans l’arrêt *Crevier* :

[Q]uand la disposition privative englobe spécifiquement les questions de droit, cette Cour n’a pas hésité, comme dans l’arrêt *Farrah*, à reconnaître que cette limitation du contrôle judiciaire favorise une politique législative explicite qui veut protéger les décisions des organismes judiciaires contre la rectification externe. La Cour a ainsi, à mon avis, maintenu l’équilibre entre les objectifs contradictoires du législateur provincial de voir confirmer la validité quant au fond des lois qu’il a adoptées et ceux des tribunaux d’être les interprètes en dernier ressort de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique* et de son art. 96. Les mêmes considérations ne s’appliquent cependant pas aux questions de compétence qui ne sont pas très éloignées des questions de constitutionnalité. Il ne peut être accordé à un tribunal créé par une loi provinciale, à cause de l’art. 96, de définir les limites de sa propre compétence sans appel ni révision. [p. 237-238]

Voir aussi D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), p. 50.

[32] Ses assises constitutionnelles claires et stables n’ont pas empêché le contrôle judiciaire de connaître une évolution constante au Canada, les cours de justice s’efforçant au fil des ans de concevoir une démarche tout autant valable sur le plan théorique qu’efficace en pratique. Malgré les efforts pour l’améliorer et le clarifier, le mécanisme actuel s’est révélé difficile à appliquer. Le temps est venu de revoir le contrôle judiciaire des décisions administratives au Canada et d’établir un cadre d’analyse rationnel qui soit plus cohérent et fonctionnel.

[33] Although the instant appeal deals with the particular problem of judicial review of the decisions of an adjudicative tribunal, these reasons will address first and foremost the structure and characteristics of the system of judicial review as a whole. In the wake of *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41, and *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29, it has become apparent that the present system must be simplified. The comments of LeBel J. in *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 S.C.R. 710, 2002 SCC 86, at paras. 190 and 195, questioning the applicability of the “pragmatic and functional approach” to the decisions and actions of all kinds of administrative actors, illustrated the need for change.

#### B. *Reconsidering the Standards of Judicial Review*

[34] The current approach to judicial review involves three standards of review, which range from correctness, where no deference is shown, to patent unreasonableness, which is most deferential to the decision maker, the standard of reasonableness *simpliciter* lying, theoretically, in the middle. In our view, it is necessary to reconsider both the number and definitions of the various standards of review, and the analytical process employed to determine which standard applies in a given situation. We conclude that there ought to be two standards of review — correctness and reasonableness.

[35] The existing system of judicial review has its roots in several landmark decisions beginning in the late 1970s in which this Court developed the theory of substantive review to be applied to determinations of law, and determinations of fact and of mixed law and fact made by administrative tribunals. In *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979]

[33] Même si le présent pourvoi porte plus particulièrement sur le contrôle judiciaire d’une décision arbitrale, dans les présents motifs, la Cour se penche avant tout sur l’architecture et les caractéristiques du mécanisme de contrôle judiciaire dans son ensemble. À la suite des arrêts *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41, et *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29, il est devenu apparent que le mécanisme actuel devait être simplifié. Les observations du juge LeBel dans l’arrêt *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710, 2002 CSC 86, par. 190 et 195, mettant en doute l’applicabilité de l’« approche pragmatique et fonctionnelle » aux décisions et aux mesures de tous les genres d’organisme administratif, font ressortir la nécessité d’une réévaluation.

#### B. *Repenser les normes de contrôle judiciaire*

[34] À l’heure actuelle, le contrôle judiciaire s’effectue en fonction de trois normes : celle de la décision correcte, qui n’appelle aucune déférence, celle du caractère manifestement déraisonnable, qui commande la plus grande déférence, et celle du caractère raisonnable *simpliciter*, qui se situe théoriquement à mi-chemin entre les deux. Il s’impose, selon nous, de repenser tant le nombre que la teneur des normes de contrôle, ainsi que la démarche analytique qui préside à la détermination de la norme applicable. Nous sommes d’avis qu’il ne devrait y avoir que deux normes de contrôle, celle de la décision correcte et celle de la décision raisonnable.

[35] Le mécanisme actuel de contrôle judiciaire est issu d’arrêts de principe rendus à partir de la fin des années 1970. La Cour y a élaboré la théorie de l’examen approfondi des conclusions de droit, de fait ou mixtes de droit et de fait tirées par les tribunaux administratifs. Dans l’arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979]

2 S.C.R. 227 (“*CUPE*”), Dickson J. introduced the idea that, depending on the legal and administrative contexts, a specialized administrative tribunal with particular expertise, which has been given the protection of a privative clause, if acting within its jurisdiction, could provide an interpretation of its enabling legislation that would be allowed to stand unless “so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review” (p. 237). Prior to *CUPE*, judicial review followed the “preliminary question doctrine”, which inquired into whether a tribunal had erred in determining the scope of its jurisdiction. By simply branding an issue as “jurisdictional”, courts could replace a decision of the tribunal with one they preferred, often at the expense of a legislative intention that the matter lie in the hands of the administrative tribunal. *CUPE* marked a significant turning point in the approach of courts to judicial review, most notably in Dickson J.’s warning that courts “should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so” (p. 233). Dickson J.’s policy of judicial respect for administrative decision making marked the beginning of the modern era of Canadian administrative law.

[36] *CUPE* did not do away with correctness review altogether and in *Bibeault*, the Court affirmed that there are still questions on which a tribunal must be correct. As Beetz J. explained, “the jurisdiction conferred on administrative tribunals and other bodies created by statute is limited, and . . . such a tribunal cannot by a misinterpretation of an enactment assume a power not given to it by the legislator” (p. 1086). *Bibeault* introduced the concept of a “pragmatic and functional analysis” to determine the jurisdiction of a tribunal, abandoning the “preliminary question” theory. In arriving at the appropriate standard of review, courts were to consider a number of factors including the wording of the provision conferring jurisdiction on the tribunal, the purpose of the enabling statute, the reason for the existence of the tribunal, the expertise of its

2 R.C.S. 227 (« *SCFP* »), le juge Dickson a lancé l’idée que, selon les contextes juridiques et administratifs, le tribunal administratif spécialisé jouissant d’une expertise particulière et bénéficiant de la protection d’une clause privative pouvait, s’il n’outrepassait pas sa compétence, proposer une interprétation de sa loi habilitante qui serait jugée valable à moins qu’elle ne soit « déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s’appuyer sur la législation pertinente et d’exiger une intervention judiciaire » (p. 237). Avant cet arrêt, la « doctrine de la condition préalable » était appliquée en matière de contrôle judiciaire et s’attachait au bien-fondé de la décision du tribunal administratif concernant l’étendue de sa compétence. La cour de révision pouvait alors substituer à la décision de l’organisme celle qu’elle jugeait préférable, sous prétexte que la question soulevée avait trait à la « compétence », faisant souvent fi de l’intention du législateur de s’en remettre au tribunal administratif. L’arrêt *SCFP*, et surtout la mise en garde du juge Dickson invitant les tribunaux judiciaires à « éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l’assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu’il existe un doute à cet égard » (p. 233), a constitué un point tournant dans la conception du contrôle judiciaire. Le respect du processus décisionnel administratif préconisé par le juge Dickson a marqué le début de l’ère moderne du droit administratif canadien.

[36] Cependant, l’arrêt *SCFP* n’a pas totalement écarté l’examen suivant la norme de la décision correcte; dans l’arrêt *Bibeault*, la Cour a rappelé qu’il demeurerait des questions qu’un tribunal administratif devait trancher correctement. Comme l’a expliqué le juge Beetz, « la compétence conférée aux tribunaux administratifs et à d’autres organismes créés par la loi [est] limitée, et [. . .] un tel tribunal ne [peut], par une interprétation erronée d’une disposition de loi, s’arroger un pouvoir que le législateur ne lui a pas donné » (p. 1086). L’arrêt *Bibeault* a introduit la notion d’« analyse pragmatique et fonctionnelle » pour déterminer la compétence d’un tribunal administratif et marqué l’abandon de la théorie « de la condition préalable ». Pour arriver à la bonne norme de contrôle, les cours de justice devaient tenir compte de divers éléments,

members, and the nature of the problem (p. 1088). The new approach would put “renewed emphasis on the superintending and reforming function of the superior courts” (p. 1090). The “pragmatic and functional analysis”, as it came to be known, was later expanded to determine the appropriate degree of deference in respect of various forms of administrative decision making.

[37] In *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, a third standard of review was introduced into Canadian administrative law. The legislative context of that case, which provided a statutory right of appeal from the decision of a specialized tribunal, suggested that none of the existing standards was entirely satisfactory. As a result, the reasonableness *simpliciter* standard was introduced. It asks whether the tribunal’s decision was reasonable. If so, the decision should stand; if not, it must fall. In *Southam*, Iacobucci J. described an unreasonable decision as one that “is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination” (para. 56) and explained that the difference between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* is the “immediacy” or “obviousness” of the defect in the tribunal’s decision (para. 57). The defect will appear on the face of a patently unreasonable decision, but where the decision is merely unreasonable, it will take a searching review to find the defect.

[38] The three standards of review have since remained in Canadian administrative law, the approach to determining the appropriate standard of review having been refined in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982.

[39] The operation of three standards of review has not been without practical and theoretical difficulties, neither has it been free of criticism. One major problem lies in distinguishing between the

dont le libellé de la disposition conférant la compétence, l’objet de la loi habilitante, la raison d’être du tribunal administratif, l’expertise de ses membres et la nature du problème (p. 1088). La nouvelle approche mettait « de nouveau l’accent sur le rôle de contrôle et de surveillance joué par les cours supérieures » (p. 1090). L’« analyse pragmatique et fonctionnelle » a vu sa portée s’accroître ensuite pour englober la détermination du degré de déférence que commandaient les différents types de décision administrative.

[37] Dans l’arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, la Cour a introduit une troisième norme de contrôle dans le droit administratif canadien. Dans cette affaire, le contexte législatif — existence d’un droit d’appel de la décision d’un tribunal spécialisé —, donnait à penser qu’aucune des normes existantes ne convenait parfaitement. D’où l’adoption de la norme du caractère raisonnable *simpliciter*, qui consiste à déterminer si la décision est raisonnable. Dans l’affirmative, la décision demeure, dans la négative, elle est annulée. Dans l’arrêt *Southam*, le juge Iacobucci a écrit au sujet de la décision déraisonnable qu’elle « n’est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé » (par. 56). Il a expliqué que la différence entre la norme du manifestement déraisonnable et celle du raisonnable *simpliciter* réside dans le « caractère flagrant ou évident » du défaut entachant la décision du tribunal administratif (par. 57). Dans le cas d’une décision manifestement déraisonnable, le défaut est manifeste, alors que dans celui d’une décision seulement déraisonnable, il faut un examen approfondi pour le déceler.

[38] Les trois normes de contrôle font partie du droit administratif canadien depuis lors, et le mode de détermination de la norme applicable a été précisé dans l’arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982.

[39] L’application de trois normes de contrôle n’a pas manqué de poser des difficultés d’ordre pratique et théorique, et aucune n’a échappé à la critique. Il est particulièrement difficile de distinguer la

patent unreasonableness standard and the reasonableness *simpliciter* standard. The difficulty in distinguishing between those standards contributes to the problem of choosing the right standard of review. An even greater problem lies in the application of the patent unreasonableness standard, which at times seems to require parties to accept an unreasonable decision.

[40] The definitions of the patent unreasonableness standard that arise from the case law tend to focus on the magnitude of the defect and on the immediacy of the defect (see *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63, at para. 78, *per* LeBel J.). Those two hallmarks of review under the patent unreasonableness standard have been used consistently in the jurisprudence to distinguish it from review under the standard of reasonableness *simpliciter*. As it had become clear that, after *Southam*, lower courts were struggling with the conceptual distinction between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, Iacobucci J., writing for the Court in *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, attempted to bring some clarity to the issue. He explained the different operations of the two deferential standards as follows, at paras. 52-53:

[A] patently unreasonable defect, once identified, can be explained simply and easily, leaving no real possibility of doubting that the decision is defective. A patently unreasonable decision has been described as “clearly irrational” or “evidently not in accordance with reason” . . . . A decision that is patently unreasonable is so flawed that no amount of curial deference can justify letting it stand.

A decision may be unreasonable without being patently unreasonable when the defect in the decision is less obvious and might only be discovered after “significant searching or testing” (*Southam, supra*, at para. 57). Explaining the defect may require a detailed exposition to show that there are no lines of reasoning supporting the decision which could reasonably lead that tribunal to reach the decision it did.

[41] As discussed by LeBel J. at length in *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, notwithstanding the increased

norme de la décision manifestement déraisonnable de celle de la décision raisonnable *simpliciter*, ce qui ajoute au problème du choix de la bonne norme. L'application de la norme du caractère manifestement déraisonnable est encore plus problématique en ce qu'elle paraît parfois imposer aux parties une décision déraisonnable.

[40] La définition jurisprudentielle de la décision manifestement déraisonnable met généralement l'accent sur l'importance du défaut et sur son caractère flagrant (voir l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63, par. 78, le juge LeBel). Les cours de justice se sont toujours fondées sur ces deux caractéristiques pour la distinguer de la décision raisonnable *simpliciter*. Après l'arrêt *Southam*, il était apparu clairement que la distinction conceptuelle entre les deux normes n'allait pas de soi pour les juridictions inférieures. Dans l'arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, s'exprimant au nom de la Cour, le juge Iacobucci a donc tenté de clarifier la question en précisant le fonctionnement de chacune des deux normes commandant la déférence (par. 52-53) :

[D]ès qu'un défaut manifestement déraisonnable a été relevé, il peut être expliqué simplement et facilement, de façon à écarter toute possibilité réelle de douter que la décision est viciée. La décision manifestement déraisonnable a été décrite comme étant « clairement irrationnelle » ou « de toute évidence non conforme à la raison » [. . .] Une décision qui est manifestement déraisonnable est à ce point viciée qu'aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de la maintenir.

Une décision peut être déraisonnable sans être manifestement déraisonnable lorsque le défaut dans la décision est moins évident et qu'il ne peut être décelé qu'après « un examen ou . . . une analyse en profondeur » (*Southam*, précité, par. 57). L'explication du défaut peut exiger une explication détaillée pour démontrer qu'aucun des raisonnements avancés pour étayer la décision ne pouvait raisonnablement amener le tribunal à rendre la décision prononcée.

[41] Comme le juge LeBel en fait longuement état dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, malgré

clarity that *Ryan* brought to the issue and the theoretical differences between the standards of patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, a review of the cases reveals that any actual difference between them in terms of their operation appears to be illusory (see also the comments of Abella J. in *Council of Canadians with Disabilities v. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 650, 2007 SCC 15, at paras. 101-3). Indeed, even this Court divided when attempting to determine whether a particular decision was “patently unreasonable”, although this should have been self-evident under the existing test (see *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*). This result is explained by the fact that both standards are based on the idea that there might be multiple valid interpretations of a statutory provision or answers to a legal dispute and that courts ought not to interfere where the tribunal’s decision is rationally supported. Looking to either the magnitude or the immediacy of the defect in the tribunal’s decision provides no meaningful way in practice of distinguishing between a patently unreasonable and an unreasonable decision. As Mullan has explained:

[T]o maintain a position that it is only the “clearly irrational” that will cross the threshold of patent unreasonableness while irrationality *simpliciter* will not is to make a nonsense of the law. Attaching the adjective “clearly” to irrational is surely a tautology. Like “uniqueness”, irrationality either exists or it does not. There cannot be shades of irrationality.

See D. J. Mullan, “Recent Developments in Standard of Review”, in Canadian Bar Association (Ontario), *Taking the Tribunal to Court: A Practical Guide for Administrative Law Practitioners* (2000), at p. 25.

[42] Moreover, even if one could conceive of a situation in which a clearly or highly irrational decision were distinguishable from a merely irrational decision, it would be unpalatable to require parties to accept an irrational decision simply because, on a deferential standard, the irrationality of the decision is not clear *enough*. It is also inconsistent with the rule of law to retain an irrational decision. As

les éclaircissements de la Cour dans l’arrêt *Ryan*, notamment au chapitre des différences théoriques entre la norme du manifestement déraisonnable et celle de la décision raisonnable *simpliciter*, il appert de la jurisprudence que toute différence réelle sur le plan de l’application se révèle illusoire (voir également les remarques de la juge Abella dans l’arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650, 2007 CSC 15, par. 101-103). D’ailleurs, dans l’affaire *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, même les juges de la Cour ont été partagés quant à savoir si la décision en cause était « manifestement déraisonnable », alors que la réponse aurait dû être évidente suivant le test applicable. Le phénomène s’explique par le fait que les deux normes s’appuient sur l’idée qu’une disposition législative peut donner lieu à plus d’une interprétation valable, et un litige, à plus d’une solution, et que la cour de révision doit se garder d’intervenir lorsque la décision administrative a un fondement rationnel. Dans les faits, ni l’importance du défaut entachant la décision ni son caractère flagrant ne permettent vraiment de distinguer une décision manifestement déraisonnable d’une décision déraisonnable. Comme le précise Mullan :

[TRADUCTION] [S]outenir que seule la décision « clairement irrationnelle » est manifestement déraisonnable, à l’exclusion de celle qui est irrationnelle *simpliciter*, vide de sens la règle de droit. Rattacher l’adverbe « clairement » à l’adjectif « irrationnelle » est certes une tautologie. Tout comme l’« unicité », l’irrationalité est ou n’est pas. Une décision ne peut être un peu irrationnelle.

Voir D. J. Mullan, « Recent Developments in Standard of Review », dans l’Association du Barreau canadien (Ontario), *Taking the Tribunal to Court : A Practical Guide for Administrative Law Practitioners* (2000), p. 25.

[42] En outre, même si l’on pouvait concevoir le cas où une décision clairement ou particulièrement irrationnelle se distinguerait d’une décision simplement irrationnelle, il répugnerait à la justice que les parties doivent se soumettre à une décision irrationnelle pour la seule raison que l’irrationalité n’est pas *assez* évidente suivant une norme appelant la déférence. Le maintien d’une décision

LeBel J. explained in his concurring reasons in *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 108:

In the end, the essential question remains the same under both standards: was the decision of the adjudicator taken in accordance with reason? Where the answer is no, for instance because the legislation in question cannot rationally support the adjudicator's interpretation, the error will invalidate the decision, regardless of whether the standard applied is reasonableness *simpliciter* or patent unreasonableness . . . .

See also *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609, 2004 SCC 23, at paras. 40-41, *per* LeBel J.

### C. Two Standards of Review

[43] The Court has moved from a highly formalistic, artificial "jurisdiction" test that could easily be manipulated, to a highly contextual "functional" test that provides great flexibility but little real on-the-ground guidance, and offers too many standards of review. What is needed is a test that offers guidance, is not formalistic or artificial, and permits review where justice requires it, but not otherwise. A simpler test is needed.

#### (1) Defining the Concepts of Reasonableness and Correctness

[44] As explained above, the patent unreasonableness standard was developed many years prior to the introduction of the reasonableness *simpliciter* standard in *Southam*. The intermediate standard was developed to respond to what the Court viewed as problems in the operation of judicial review in Canada, particularly the perceived all-or-nothing approach to deference, and in order to create a more finely calibrated system of judicial review (see also L. Sossin and C. M. Flood, "The Contextual Turn: Iacobucci's Legacy and the Standard of Review in Administrative Law" (2007), 57 *U.T.L.J.* 581). However, the analytical problems that arise in trying to apply the different standards undercut any conceptual usefulness created by the inherently

irrationnelle va aussi à l'encontre de la primauté du droit. Comme l'a expliqué le juge LeBel dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, au par. 108 de ses motifs concordants :

En fin de compte, la question essentielle demeure la même pour les deux normes : la décision du tribunal est-elle conforme à la raison? Si la réponse est négative du fait que, par exemple, les dispositions en cause ne peuvent rationnellement appuyer l'interprétation du tribunal, l'erreur entraîne l'invalidation de la décision, que la norme appliquée soit celle du raisonnable *simpliciter* ou du manifestement déraisonnable . . . .

Voir également *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, 2004 CSC 23, par. 40-41, le juge LeBel.

### C. Deux normes de contrôle

[43] La Cour est passée d'un test d'emploi aisé axé sur la « compétence », à la fois artificiel et très formaliste, à un test fortement contextuel axé sur le caractère « fonctionnel », qui offre une grande souplesse, mais peu de repères concrets, et qui emporte l'application d'un trop grand nombre de normes de contrôle. Il nous faut un test qui oriente bien la démarche, qui ne soit ni formaliste ni artificiel, et qui ne permette le contrôle que lorsque la justice l'exige. La démarche doit être simplifiée.

#### (1) Définir les notions de décision raisonnable et de décision correcte

[44] Nous rappelons que la norme intermédiaire de la raisonabilité *simpliciter* a été formulée dans l'arrêt *Southam* de nombreuses années après celle du manifestement déraisonnable. Elle visait à remédier aux problèmes que voyait la Cour dans le fonctionnement du contrôle judiciaire au Canada, notamment le tout ou rien apparent en matière de déférence, et à moduler davantage le mécanisme de révision (voir également L. Sossin et C. M. Flood, « The Contextual Turn : Iacobucci's Legacy and the Standard of Review in Administrative Law » (2007), 57 *U.T.L.J.* 581). Toutefois, les difficultés analytiques soulevées par l'application des différentes normes réduisent à néant toute utilité conceptuelle découlant de la plus grande souplesse propre

greater flexibility of having multiple standards of review. Though we are of the view that the three-standard model is too difficult to apply to justify its retention, now, several years after *Southam*, we believe that it would be a step backwards to simply remove the reasonableness *simpliciter* standard and revert to pre-*Southam* law. As we see it, the problems that *Southam* attempted to remedy with the introduction of the intermediate standard are best addressed not by three standards of review, but by two standards, defined appropriately.

[45] We therefore conclude that the two variants of reasonableness review should be collapsed into a single form of “reasonableness” review. The result is a system of judicial review comprising two standards — correctness and reasonableness. But the revised system cannot be expected to be simpler and more workable unless the concepts it employs are clearly defined.

[46] What does this revised reasonableness standard mean? Reasonableness is one of the most widely used and yet most complex legal concepts. In any area of the law we turn our attention to, we find ourselves dealing with the reasonable, reasonableness or rationality. But what is a reasonable decision? How are reviewing courts to identify an unreasonable decision in the context of administrative law and, especially, of judicial review?

[47] Reasonableness is a deferential standard animated by the principle that underlies the development of the two previous standards of reasonableness: certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific, particular result. Instead, they may give rise to a number of possible, reasonable conclusions. Tribunals have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions. A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of

à l'existence de normes de contrôle multiples. Même si nous sommes d'avis que le modèle des trois normes est trop difficile à appliquer pour que son maintien soit justifié, nous estimons qu'aujourd'hui, plusieurs années après l'arrêt *Southam*, supprimer simplement la norme de la raisonabilité *simpliciter* et revenir à l'état antérieur à cet arrêt constituerait un recul. Selon nous, la solution aux problèmes que la Cour a tenté de résoudre dans l'arrêt *Southam* en introduisant la norme intermédiaire réside dans l'application non pas de trois, mais de deux normes, convenablement circonscrites.

[45] Nous concluons donc qu'il y a lieu de fondre en une seule les deux normes de raisonabilité. Il en résulte un mécanisme de contrôle judiciaire emportant l'application de deux normes — celle de la décision correcte et celle de la décision raisonnable. Or, la nouvelle approche ne sera plus simple et plus facile à appliquer que si les concepts auxquels elle fait appel sont bien définis.

[46] En quoi consiste cette nouvelle norme de la raisonabilité? Bien que la raisonabilité figure parmi les notions juridiques les plus usitées, elle est l'une des plus complexes. La question de ce qui est raisonnable, de la raisonabilité ou de la rationalité nous interpelle dans tous les domaines du droit. Mais qu'est-ce qu'une décision raisonnable? Comment la cour de révision reconnaît-elle une décision déraisonnable dans le contexte du droit administratif et, plus particulièrement, dans celui du contrôle judiciaire?

[47] La norme déferente du caractère raisonnable procède du principe à l'origine des deux normes antérieures de raisonabilité : certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n'appellent pas une seule solution précise, mais peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables. Il est loisible au tribunal administratif d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions rationnelles acceptables. La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonabilité. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à



justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.

[48] The move towards a single reasonableness standard does not pave the way for a more intrusive review by courts and does not represent a return to pre-*Southam* formalism. In this respect, the concept of deference, so central to judicial review in administrative law, has perhaps been insufficiently explored in the case law. What does deference mean in this context? Deference is both an attitude of the court and a requirement of the law of judicial review. It does not mean that courts are subservient to the determinations of decision makers, or that courts must show blind reverence to their interpretations, or that they may be content to pay lip service to the concept of reasonableness review while in fact imposing their own view. Rather, deference imports respect for the decision-making process of adjudicative bodies with regard to both the facts and the law. The notion of deference “is rooted in part in a respect for governmental decisions to create administrative bodies with delegated powers” (*Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 596, *per* L’Heureux-Dubé J., dissenting). We agree with David Dyzenhaus where he states that the concept of “deference as respect” requires of the courts “not submission but a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision”: “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286 (quoted with approval in *Baker*, at para. 65, *per* L’Heureux-Dubé J.; *Ryan*, at para. 49).

[49] Deference in the context of the reasonableness standard therefore implies that courts will give due consideration to the determinations of decision makers. As Mullan explains, a policy of deference “recognizes the reality that, in many instances, those working day to day in the implementation of frequently complex administrative schemes have or will develop a considerable degree

l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

[48] L’application d’une seule norme de raisonabilité n’ouvre pas la voie à une plus grande immixtion judiciaire ni ne constitue un retour au formalisme d’avant l’arrêt *Southam*. À cet égard, les décisions judiciaires n’ont peut-être pas exploré suffisamment la notion de déférence, si fondamentale au contrôle judiciaire en droit administratif. Que faut-il entendre par déférence dans ce contexte? C’est à la fois une attitude de la cour et une exigence du droit régissant le contrôle judiciaire. Il ne s’ensuit pas que les cours de justice doivent s’incliner devant les conclusions des décideurs ni qu’elles doivent respecter aveuglément leurs interprétations. Elles ne peuvent pas non plus invoquer la notion de raisonabilité pour imposer dans les faits leurs propres vues. La déférence suppose plutôt le respect du processus décisionnel au regard des faits et du droit. Elle « repose en partie sur le respect des décisions du gouvernement de constituer des organismes administratifs assortis de pouvoirs délégués » : *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, p. 596, la juge L’Heureux-Dubé, dissidente. Nous convenons avec David Dyzenhaus que la notion de [TRADUCTION] « retenue au sens de respect » n’exige pas de la cour de révision [TRADUCTION] « la soumission, mais une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision » : « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 286 (cité avec approbation par la juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Baker*, par. 65; *Ryan*, par. 49).

[49] La déférence inhérente à la norme de la raisonabilité implique donc que la cour de révision tienne dûment compte des conclusions du décideur. Comme l’explique Mullan, le principe de la déférence [TRADUCTION] « reconnaît que dans beaucoup de cas, les personnes qui se consacrent quotidiennement à l’application de régimes administratifs souvent complexes possèdent

of expertise or field sensitivity to the imperatives and nuances of the legislative regime”: D. J. Mullan, “Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?” (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, at p. 93. In short, deference requires respect for the legislative choices to leave some matters in the hands of administrative decision makers, for the processes and determinations that draw on particular expertise and experiences, and for the different roles of the courts and administrative bodies within the Canadian constitutional system.

[50] As important as it is that courts have a proper understanding of reasonableness review as a deferential standard, it is also without question that the standard of correctness must be maintained in respect of jurisdictional and some other questions of law. This promotes just decisions and avoids inconsistent and unauthorized application of law. When applying the correctness standard, a reviewing court will not show deference to the decision maker’s reasoning process; it will rather undertake its own analysis of the question. The analysis will bring the court to decide whether it agrees with the determination of the decision maker; if not, the court will substitute its own view and provide the correct answer. From the outset, the court must ask whether the tribunal’s decision was correct.

(2) Determining the Appropriate Standard of Review

[51] Having dealt with the nature of the standards of review, we now turn our attention to the method for selecting the appropriate standard in individual cases. As we will now demonstrate, questions of fact, discretion and policy as well as questions where the legal issues cannot be easily separated from the factual issues generally attract a standard of reasonableness while many legal issues attract a standard of correctness. Some legal issues, however, attract the more deferential standard of reasonableness.

ou acquièrent une grande connaissance ou sensibilité à l’égard des impératifs et des subtilités des régimes législatifs en cause » : D. J. Mullan, « Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, p. 93. La déférence commande en somme le respect de la volonté du législateur de s’en remettre, pour certaines choses, à des décideurs administratifs, de même que des raisonnements et des décisions fondés sur une expertise et une expérience dans un domaine particulier, ainsi que de la différence entre les fonctions d’une cour de justice et celles d’un organisme administratif dans le système constitutionnel canadien.

[50] S’il importe que les cours de justice voient dans la raisonabilité le fondement d’une norme empreinte de déférence, il ne fait par ailleurs aucun doute que la norme de la décision correcte doit continuer de s’appliquer aux questions de compétence et à certaines autres questions de droit. On favorise ainsi le prononcé de décisions justes tout en évitant l’application incohérente et irrégulière du droit. La cour de révision qui applique la norme de la décision correcte n’acquiesce pas au raisonnement du décideur; elle entreprend plutôt sa propre analyse au terme de laquelle elle décide si elle est d’accord ou non avec la conclusion du décideur. En cas de désaccord, elle substitue sa propre conclusion et rend la décision qui s’impose. La cour de révision doit se demander dès le départ si la décision du tribunal administratif était la bonne.

(2) Détermination de la bonne norme de contrôle

[51] Après avoir examiné la nature des normes de contrôle, nous nous penchons maintenant sur le mode de détermination de la norme applicable dans un cas donné. Nous verrons qu’en présence d’une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, et lorsque le droit et les faits ne peuvent être aisément dissociés, la norme de la raisonabilité s’applique généralement. De nombreuses questions de droit commandent l’application de la norme de la décision correcte, mais certaines d’entre elles sont assujetties à la norme plus déférente de la raisonabilité.

[52] The existence of a privative or preclusive clause gives rise to a strong indication of review pursuant to the reasonableness standard. This conclusion is appropriate because a privative clause is evidence of Parliament or a legislature's intent that an administrative decision maker be given greater deference and that interference by reviewing courts be minimized. This does not mean, however, that the presence of a privative clause is determinative. The rule of law requires that the constitutional role of superior courts be preserved and, as indicated above, neither Parliament nor any legislature can completely remove the courts' power to review the actions and decisions of administrative bodies. This power is constitutionally protected. Judicial review is necessary to ensure that the privative clause is read in its appropriate statutory context and that administrative bodies do not exceed their jurisdiction.

[53] Where the question is one of fact, discretion or policy, deference will usually apply automatically (*Mossop*, at pp. 599-600; *Dr. Q*, at para. 29; *Suresh*, at paras. 29-30). We believe that the same standard must apply to the review of questions where the legal and factual issues are intertwined with and cannot be readily separated.

[54] Guidance with regard to the questions that will be reviewed on a reasonableness standard can be found in the existing case law. Deference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity: *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at para. 48; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 39. Deference may also be warranted where an administrative tribunal has developed particular expertise in the application of a general common law or civil law rule in relation to a specific statutory context: *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 72. Adjudication in labour law remains a good example of the relevance of this approach. The case law has moved away considerably from the strict position evidenced in *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517, where it was held that an administrative decision

[52] L'existence d'une clause privative milite clairement en faveur d'un contrôle suivant la norme de la raisonabilité. En effet, elle atteste la volonté du législateur que les décisions du décideur administratif fassent l'objet de plus de déférence et que le contrôle judiciaire soit minimal. Cependant, elle n'est pas déterminante. La primauté du droit exige des cours supérieures qu'elles s'acquittent de leur rôle constitutionnel et, nous le rappelons, ni le Parlement ni une législature ne peuvent écarter totalement leur pouvoir de contrôler les actes et les décisions des organismes administratifs. Il s'agit d'un pouvoir protégé par la Constitution. Le contrôle judiciaire est nécessaire afin que la clause privative soit interprétée dans le bon contexte législatif et que les organismes administratifs respectent les limites de leurs attributions.

[53] En présence d'une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, la retenue s'impose habituellement d'emblée (*Mossop*, p. 599-600; *Dr Q*, par. 29; *Suresh*, par. 29-30). Nous sommes d'avis que la même norme de contrôle doit s'appliquer lorsque le droit et les faits s'entrelacent et ne peuvent aisément être dissociés.

[54] La jurisprudence actuelle peut être mise à contribution pour déterminer quelles questions emportent l'application de la norme de la raisonabilité. Lorsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise : *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, par. 48; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 39. Elle peut également s'imposer lorsque le tribunal administratif a acquis une expertise dans l'application d'une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé : *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, par. 72. L'arbitrage en droit du travail demeure un domaine où cette approche se révèle particulièrement indiquée. La jurisprudence a considérablement évolué depuis l'arrêt *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517, et la Cour

maker will always risk having its interpretation of an external statute set aside upon judicial review.

s'est dissociée de la position stricte qu'elle y avait adoptée. Dans cette affaire, la Cour avait statué que l'interprétation, par un décideur administratif, d'une autre loi que celle qui le constitue est toujours susceptible d'annulation par voie de contrôle judiciaire.

[55] A consideration of the following factors will lead to the conclusion that the decision maker should be given deference and a reasonableness test applied:

[55] Les éléments suivants permettent de conclure qu'il y a lieu de déférer à la décision et d'appliquer la norme de la raisonabilité :

- A privative clause: this is a statutory direction from Parliament or a legislature indicating the need for deference.
- A discrete and special administrative regime in which the decision maker has special expertise (labour relations for instance).
- The nature of the question of law. A question of law that is of "central importance to the legal system . . . and outside the . . . specialized area of expertise" of the administrative decision maker will always attract a correctness standard (*Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 62). On the other hand, a question of law that does not rise to this level may be compatible with a reasonableness standard where the two above factors so indicate.
- Une clause privative : elle traduit la volonté du législateur que la décision fasse l'objet de déférence.
- Un régime administratif distinct et particulier dans le cadre duquel le décideur possède une expertise spéciale (p. ex., les relations de travail).
- La nature de la question de droit. Celle qui revêt « une importance capitale pour le système juridique [et qui est] étrangère au domaine d'expertise » du décideur administratif appelle toujours la norme de la décision correcte (*Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, par. 62). Par contre, la question de droit qui n'a pas cette importance peut justifier l'application de la norme de la raisonabilité lorsque sont réunis les deux éléments précédents.

[56] If these factors, considered together, point to a standard of reasonableness, the decision maker's decision must be approached with deference in the sense of respect discussed earlier in these reasons. There is nothing unprincipled in the fact that some questions of law will be decided on the basis of reasonableness. It simply means giving the adjudicator's decision appropriate deference in deciding whether a decision should be upheld, bearing in mind the factors indicated.

[56] Dans le cas où, ensemble, ces facteurs militent en faveur de la norme de la raisonabilité, il convient de déférer à la décision en faisant preuve à son endroit du respect mentionné précédemment. Il n'y a rien d'incohérent dans le fait de trancher certaines questions de droit au regard du caractère raisonnable. Il s'agit simplement de confirmer ou non la décision en manifestant la déférence voulue à l'égard de l'arbitre, compte tenu des éléments indiqués.

[57] An exhaustive review is not required in every case to determine the proper standard of review. Here again, existing jurisprudence may be helpful in identifying some of the questions that generally fall to be determined according to the correctness

[57] Il n'est pas toujours nécessaire de se livrer à une analyse exhaustive pour arrêter la bonne norme de contrôle. Là encore, la jurisprudence peut permettre de cerner certaines des questions qui appellent généralement l'application de la norme de la

standard (*Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 S.C.R. 672, 2004 SCC 26). This simply means that the analysis required is already deemed to have been performed and need not be repeated.

[58] For example, correctness review has been found to apply to constitutional questions regarding the division of powers between Parliament and the provinces in the *Constitution Act, 1867: Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322. Such questions, as well as other constitutional issues, are necessarily subject to correctness review because of the unique role of s. 96 courts as interpreters of the Constitution: *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; Mullan, *Administrative Law*, at p. 60.

[59] Administrative bodies must also be correct in their determinations of true questions of jurisdiction or *vires*. We mention true questions of *vires* to distance ourselves from the extended definitions adopted before *CUPE*. It is important here to take a robust view of jurisdiction. We neither wish nor intend to return to the jurisdiction/preliminary question doctrine that plagued the jurisprudence in this area for many years. "Jurisdiction" is intended in the narrow sense of whether or not the tribunal had the authority to make the inquiry. In other words, true jurisdiction questions arise where the tribunal must explicitly determine whether its statutory grant of power gives it the authority to decide a particular matter. The tribunal must interpret the grant of authority correctly or its action will be found to be *ultra vires* or to constitute a wrongful decline of jurisdiction: D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at pp. 14-3 to 14-6. An example may be found in *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 SCC 19. In that case, the issue was whether the City of Calgary was authorized under the relevant municipal acts to enact bylaws limiting the number of taxi plate licences (para. 5, *per* Bastarache J.). That case involved the decision-making powers of a municipality

décision correcte (*Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 R.C.S. 672, 2004 CSC 26). En clair, l'analyse requise est réputée avoir déjà eu lieu et ne pas devoir être reprise.

[58] À titre d'exemple, il a été établi que la norme de contrôle applicable aux questions touchant au partage des compétences entre le Parlement et les provinces dans la *Loi constitutionnelle de 1867* est celle de la décision correcte : *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322. Il ne pouvait en aller autrement pour ces questions et celles touchant par ailleurs à la Constitution à cause du rôle unique des cours de justice visées à l'art. 96 en tant qu'interprètes de la Constitution (*Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; Mullan, *Administrative Law*, p. 60).

[59] Un organisme administratif doit également statuer correctement sur une question touchant véritablement à la compétence ou à la constitutionnalité. Nous mentionnons la question touchant véritablement à la constitutionnalité afin de nous distancier des définitions larges retenues avant l'arrêt *SCFP*. Il importe en l'espèce de considérer la compétence avec rigueur. Loin de nous l'idée de revenir à la théorie de la compétence ou de la condition préalable qui, dans ce domaine, a pesé sur la jurisprudence pendant de nombreuses années. La « compétence » s'entend au sens strict de la faculté du tribunal administratif de connaître de la question. Autrement dit, une véritable question de compétence se pose lorsque le tribunal administratif doit déterminer expressément si les pouvoirs dont le législateur l'a investi l'autorisent à trancher une question. L'interprétation de ces pouvoirs doit être juste, sinon les actes seront tenus pour *ultra vires* ou assimilés à un refus injustifié d'exercer sa compétence : D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), p. 14-3 et 14-6. L'affaire *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 R.C.S. 485, 2004 CSC 19, constitue un bon exemple. Il s'agissait de savoir si les dispositions municipales en cause autorisaient la ville de Calgary à limiter par règlement le

and exemplifies a true question of jurisdiction or *vires*. These questions will be narrow. We reiterate the caution of Dickson J. in *CUPE* that reviewing judges must not brand as jurisdictional issues that are doubtfully so.

[60] As mentioned earlier, courts must also continue to substitute their own view of the correct answer where the question at issue is one of general law “that is both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator’s specialized area of expertise” (*Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 62, *per LeBel J.*). Because of their impact on the administration of justice as a whole, such questions require uniform and consistent answers. Such was the case in *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, which dealt with complex common law rules and conflicting jurisprudence on the doctrines of *res judicata* and abuse of process — issues that are at the heart of the administration of justice (see para. 15, *per Arbour J.*).

[61] Questions regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals have also been subject to review on a correctness basis: *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, [2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39.

[62] In summary, the process of judicial review involves two steps. First, courts ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question. Second, where the first inquiry proves unfruitful, courts must proceed to an analysis of the factors making it possible to identify the proper standard of review.

nombre de permis de taxi délivrés (par. 5, le juge Bastarache). Cette affaire relative aux pouvoirs décisionnels d’une municipalité offre un exemple de véritable question de compétence ou de constitutionnalité. L’examen relatif à l’une et l’autre questions a une portée restreinte. Il convient de rappeler la mise en garde du juge Dickson selon laquelle, en cas de doute, il faut se garder de qualifier un point de question de compétence (*SCFP*).

[60] Rappelons que dans le cas d’une question de droit générale « à la fois, d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d’expertise de l’arbitre » (*Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, par. 62, le juge LeBel), la cour de révision doit également continuer de substituer à la décision rendue celle qu’elle estime constituer la bonne. Pareille question doit être tranchée de manière uniforme et cohérente étant donné ses répercussions sur l’administration de la justice dans son ensemble. C’est ce que la Cour a conclu dans l’affaire *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, où étaient en cause des règles de common law complexes ainsi qu’une jurisprudence contradictoire concernant les doctrines de la chose jugée et de l’abus de procédure, des questions qui jouent un rôle central dans l’administration de la justice (par. 15, la juge Arbour).

[61] La norme de la décision correcte s’est également appliquée à la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents : *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39.

[62] Bref, le processus de contrôle judiciaire se déroule en deux étapes. Premièrement, la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l’analyse des éléments qui permettent d’arrêter la bonne norme de contrôle.

[63] The existing approach to determining the appropriate standard of review has commonly been referred to as “pragmatic and functional”. That name is unimportant. Reviewing courts must not get fixated on the label at the expense of a proper understanding of what the inquiry actually entails. Because the phrase “pragmatic and functional approach” may have misguided courts in the past, we prefer to refer simply to the “standard of review analysis” in the future.

[64] The analysis must be contextual. As mentioned above, it is dependent on the application of a number of relevant factors, including: (1) the presence or absence of a privative clause; (2) the purpose of the tribunal as determined by interpretation of enabling legislation; (3) the nature of the question at issue, and; (4) the expertise of the tribunal. In many cases, it will not be necessary to consider all of the factors, as some of them may be determinative in the application of the reasonableness standard in a specific case.

#### D. Application

[65] Returning to the instant appeal and bearing in mind the foregoing discussion, we must determine the standard of review applicable to the adjudicator’s interpretation of the *PSLRA*, in particular ss. 97(2.1) and 100.1, and s. 20 of the *Civil Service Act*. That standard of review must then be applied to the adjudicator’s decision. In order to determine the applicable standard, we will now examine the factors relevant to the standard of review analysis.

##### (1) Proper Standard of Review on the Statutory Interpretation Issue

[66] The specific question on this front is whether the combined effect of s. 97(2.1) and s. 100.1 of the *PSLRA* permits the adjudicator to inquire into the employer’s reason for dismissing an employee with notice or pay in lieu of notice. This is a question of law. The question to be answered is therefore whether in light of the privative clause, the regime under which the adjudicator acted, and the nature of the question of law involved, a standard of correctness should apply.

[63] L’analyse qui préside actuellement à la détermination de la norme de contrôle applicable est généralement qualifiée de « pragmatique et fonctionnelle ». Cette appellation importe peu, et la cour de révision ne doit pas s’y attacher au détriment de ce qu’exige réellement la démarche. Il se peut qu’elle ait induit les cours de justice en erreur dans le passé. C’est pourquoi, à l’avenir, nous parlerons simplement d’« analyse relative à la norme de contrôle ».

[64] L’analyse doit être contextuelle. Nous rappelons que son issue dépend de l’application d’un certain nombre de facteurs pertinents, dont (1) l’existence ou l’inexistence d’une clause privative, (2) la raison d’être du tribunal administratif suivant l’interprétation de sa loi habilitante, (3) la nature de la question en cause et (4) l’expertise du tribunal administratif. Dans bien des cas, il n’est pas nécessaire de tenir compte de tous les facteurs, car certains d’entre eux peuvent, dans une affaire donnée, déterminer l’application de la norme de la décision raisonnable.

#### D. Application

[65] Forts de ces principes, il nous faut maintenant déterminer la norme de contrôle applicable à l’interprétation de la *LRTSP* par l’arbitre, en particulier le par. 97(2.1) et l’art. 100.1, ainsi que de l’art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, puis l’appliquer à la décision de l’arbitre. Pour arrêter cette norme, nous examinons ci-après les facteurs pertinents pour l’analyse relative à la norme de contrôle.

##### (1) La norme de contrôle applicable à l’interprétation législative

[66] La question précise soulevée sur ce point est celle de savoir si, ensemble, le par. 97(2.1) et l’art. 100.1 de la *LRTSP* autorisent l’arbitre à s’enquérir des motifs d’un congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu. Il s’agit d’une question de droit. Il nous faut donc déterminer si, à la lumière de la clause privative, du régime habilitant l’arbitre et de la nature de la question de droit en cause, il convient d’appliquer la norme de la décision correcte.

[67] The adjudicator was appointed and empowered under the *PSLRA*; s. 101(1) of that statute contains a full privative clause, stating in no uncertain terms that “every order, award, direction, decision, declaration or ruling of . . . an adjudicator is final and shall not be questioned or reviewed in any court”. Section 101(2) adds that “[n]o order shall be made or process entered, and no proceedings shall be taken in any court, whether by way of injunction, judicial review, or otherwise, to question, review, prohibit or restrain . . . an adjudicator in any of its or his proceedings.” The inclusion of a full privative clause in the *PSLRA* gives rise to a strong indication that the reasonableness standard of review will apply.

[68] The nature of the regime also favours the standard of reasonableness. This Court has often recognized the relative expertise of labour arbitrators in the interpretation of collective agreements, and counselled that the review of their decisions should be approached with deference: *CUPE*, at pp. 235-36; *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079, at para. 58; *Voice Construction*, at para. 22. The adjudicator in this case was, in fact, interpreting his enabling statute. Although the adjudicator was appointed on an *ad hoc* basis, he was selected by the mutual agreement of the parties and, at an institutional level, adjudicators acting under the *PSLRA* can be presumed to hold relative expertise in the interpretation of the legislation that gives them their mandate, as well as related legislation that they might often encounter in the course of their functions. See *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*. This factor also suggests a reasonableness standard of review.

[69] The legislative purpose confirms this view of the regime. The *PSLRA* establishes a time- and cost-effective method of resolving employment disputes. It provides an alternative to judicial determination. Section 100.1 of the *PSLRA* defines the adjudicator’s powers in deciding a dispute, but it also provides remedial protection for employees who are not unionized. The remedial nature of s. 100.1 and its provision for timely and binding

[67] L’arbitre a été nommé et investi de pouvoirs en vertu de la *LRTSP*, et le par. 101(1) de celle-ci constitue une clause privative absolue au libellé non équivoque : « toute ordonnance, sentence, directive, décision ou déclaration [. . .] d’un arbitre, est définitive et ne peut être contestée devant aucun tribunal ni révisée par aucun tribunal ». Le paragraphe 101(2) ajoute : « [a]ucune ordonnance ne peut être rendue, aucune action intentée et aucune procédure entamée devant un tribunal, par voie d’injonction, de recours en révision, ou autrement, pour contester, réviser, supprimer ou restreindre les pouvoirs [. . .] d’un arbitre dans l’une quelconque de [ses] procédures ». L’existence d’une clause privative absolue milite clairement en faveur d’un contrôle selon la norme de la raisonabilité.

[68] La nature du régime est également compatible avec l’application de cette norme. La Cour a maintes fois reconnu l’expertise relative de l’arbitre dans l’interprétation d’une convention collective et préconisé le respect de sa décision à cet égard : *SCFP*, p. 235-236; *Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079, par. 58; *Voice Construction*, par. 22. En l’espèce, l’arbitre a en fait interprété sa loi habilitante. Il a certes été nommé pour régler le différend, mais les parties l’ont choisi de concert. En outre, sur le plan institutionnel, on peut présumer que les arbitres nommés en vertu de la *LRTSP* possèdent une expertise relative dans l’interprétation de la loi dont ils tiennent leur mandat ainsi que des dispositions législatives connexes qu’ils sont souvent appelés à appliquer dans l’exercice de leurs fonctions. Voir l’arrêt *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*. Ce facteur milite aussi en faveur de la norme de la raisonabilité.

[69] L’objectif législatif confirme cette interprétation du régime. La *LRTSP* prévoit à l’égard des différends entre employeurs et employés un mode de règlement rapide et peu coûteux permettant d’éviter la voie judiciaire. Son article 100.1 définit les pouvoirs de l’arbitre appelé à régler un différend, mais il offre également une voie de recours à l’employé non syndiqué. L’accent mis sur la réparation et le règlement rapide et exécutoire des différends donne



settlements of disputes also imply that a reasonableness review is appropriate.

[70] Finally, the nature of the legal question at issue is not one that is of central importance to the legal system and outside the specialized expertise of the adjudicator. This also suggests that the standard of reasonableness should apply.

[71] Considering the privative clause, the nature of the regime, and the nature of the question of law here at issue, we conclude that the appropriate standard is reasonableness. We must now apply that standard to the issue considered by the adjudicator in his preliminary ruling.

(2) Was the Adjudicator's Interpretation Unreasonable?

[72] While we are required to give deference to the determination of the adjudicator, considering the decision in the preliminary ruling as a whole, we are unable to accept that it reaches the standard of reasonableness. The reasoning process of the adjudicator was deeply flawed. It relied on and led to a construction of the statute that fell outside the range of admissible statutory interpretations.

[73] The adjudicator considered the New Brunswick Court of Appeal decision in *Chalmers (Dr. Everett) Hospital v. Mills* as well as amendments made to the *PSLRA* in 1990 (S.N.B. 1990, c. 30). Under the former version of the Act, an employee could grieve "with respect to . . . disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty" (s. 92(1)). The amended legislation grants the right to grieve "with respect to discharge, suspension or a financial penalty" (*PSLRA*, s. 100.1(2)). The adjudicator reasoned that the referential incorporation of s. 97(2.1) in s. 100.1(5) "necessarily means that an adjudicator has jurisdiction to make the determination described in subsection 97(2.1), i.e. that an employee has been discharged or otherwise disciplined for cause" (p. 5). He further stated that an employer "cannot avoid an inquiry into its real reasons for a discharge, or exclude resort to subsection 97(2.1), by simply stating that cause is not alleged" (*ibid.* (emphasis added)). The

à penser qu'un contrôle au regard de la norme de la raisonabilité est indiqué.

[70] Enfin, de par sa nature, la question de droit en cause ne revêt pas une importance capitale pour le système juridique et n'est pas étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre, ce qui favorise encore le critère de la raisonabilité.

[71] Compte tenu de la clause privative, de la nature du régime et de celle de la question de droit soulevée, nous arrivons à la conclusion que la norme qui convient est celle de la raisonabilité. Il nous faut donc l'appliquer à la question préalable sur laquelle a statué l'arbitre.

(2) L'interprétation de l'arbitre était-elle déraisonnable?

[72] Même si la retenue s'impose en l'espèce, nous ne pouvons conclure que, considérée dans son ensemble, la décision relative à la question préalable était raisonnable. En effet, le raisonnement de l'arbitre était foncièrement défectueux; il s'appuyait et débouchait sur une interprétation de la loi qui ne faisait pas partie des lectures acceptables.

[73] L'arbitre a tenu compte de l'arrêt *Chalmers (Dr. Everett) Hospital c. Mills*, de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, ainsi que des modifications apportées à la *LRTSP* en 1990 (L.N.-B. 1990, ch. 30). Dans sa version antérieure, celle-ci prévoyait qu'un employé pouvait contester par voie de grief « une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une peine pécuniaire » (par. 92(1)). Dans sa version modifiée, elle confère le droit de présenter un grief « à l'égard du congédiement, de la suspension ou d'une peine pécuniaire » (*LRTSP*, par. 100.1(2)). L'arbitre a jugé que l'incorporation par renvoi du par. 97(2.1) au par. 100.1(5) [TRADUCTION] « confère nécessairement à l'arbitre le pouvoir de prendre la décision visée au paragraphe 97(2.1), c'est-à-dire que l'employé a été congédié ou qu'une mesure disciplinaire a été autrement prise contre lui "pour motif" » (p. 5). Il a indiqué en outre que l'employeur [TRADUCTION] « ne peut se soustraire à l'examen des véritables motifs du

adjudicator concluded that he could determine whether a discharge purportedly with notice or pay in lieu of notice was in reality for cause.

[74] The interpretation of the law is always contextual. The law does not operate in a vacuum. The adjudicator was required to take into account the legal context in which he was to apply the law. The employment relationship between the parties in this case was governed by private law. The contractual terms of employment could not reasonably be ignored. That is made clear by s. 20 of the *Civil Service Act*. Under the ordinary rules of contract, the employer is entitled to discharge an employee for cause, with notice or with pay in lieu of notice. Where the employer chooses to exercise its right to discharge with reasonable notice or pay in lieu thereof, the employer is not required to assert cause for discharge. The grievance process cannot have the effect of changing the terms of the contract of employment. The respondent chose to exercise its right to terminate without alleging cause in this case. By giving the *PSLRA* an interpretation that allowed him to inquire into the reasons for discharge where the employer had the right not to provide — or even have — such reasons, the adjudicator adopted a reasoning process that was fundamentally inconsistent with the employment contract and, thus, fatally flawed. For this reason, the decision does not fall within the range of acceptable outcomes that are defensible in respect of the facts and the law.

[75] The decision of the adjudicator treated the appellant, a non-unionized employee, as a unionized employee. His interpretation of the *PSLRA*, which permits an adjudicator to inquire into the reasons for discharge where notice is given and, under s. 97(2.1), substitute a penalty that he or she determines just and reasonable in the circumstances, creates a requirement that the employer show cause before dismissal. There can be no justification for this; no reasonable interpretation can lead to that result. Section 100.1(5) incorporates s. 97(2.1) by reference into the determination of grievances brought by non-unionized employees.

congédiement ni écarter l'application du paragraphe 97(2.1) en s'abstenant simplement d'invoquer un motif » (*ibid.* (nous soulignons)). Il a conclu qu'il pouvait déterminer si un congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu constituait en fait un congédiement pour motif.

[74] L'interprétation du droit est toujours contextuelle. Une disposition ne s'applique pas en vase clos. L'arbitre devait tenir compte du contexte juridique dans lequel il lui fallait appliquer les dispositions en cause. En l'espèce, le lien d'emploi entre les parties ressortissait au droit privé. Il ne pouvait raisonnablement être fait abstraction des clauses du contrat d'emploi. L'article 20 de la *Loi sur la Fonction publique* est clair à ce sujet. Suivant les règles contractuelles ordinaires, l'employeur peut congédier un employé pour motif, avec préavis ou indemnité en tenant lieu. S'il opte pour le congédiement avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu, il n'a pas à invoquer de motif. La procédure de grief ne saurait modifier le contenu du contrat d'emploi. En l'espèce, l'intimée a décidé d'exercer son droit de mettre fin à l'emploi sans invoquer de motif. En concluant que la *LRTSP* lui permettait de rechercher les motifs du congédiement, alors que l'employeur avait le droit de ne pas les préciser, et même, de ne pas en avoir, l'arbitre a tenu un raisonnement foncièrement incompatible avec le contrat d'emploi et, de ce fait, entaché d'un vice fatal. C'est pourquoi sa décision ne fait pas partie des issues acceptables au regard des faits et du droit.

[75] Dans sa décision, l'arbitre a considéré l'appelant comme un employé syndiqué alors qu'il n'en était pas un. L'interprétation de la *LRTSP* suivant laquelle l'arbitre peut s'enquérir des motifs d'un congédiement avec préavis et, en vertu du par. 97(2.1), substituer la peine qui lui paraît juste et raisonnable dans les circonstances, oblige l'employeur à justifier au préalable le congédiement. Or, rien ne justifie pareil résultat, et nulle interprétation raisonnable ne saurait y aboutir. Le paragraphe 100.1(5) incorpore le par. 97(2.1) à la procédure de grief dans le cas d'un employé non syndiqué. Les employés assujettis à la *LRTSP* sont généralement

The employees subject to the *PSLRA* are usually unionized and the terms of their employment are determined by collective agreement; s. 97(2.1) explicitly refers to the collective agreement context. Section 100.1(5) referentially incorporates s. 97(2.1) *mutatis mutandis* into the non-collective agreement context so that non-unionized employees who are discharged *for cause and without notice* have the right to grieve the discharge and have the adjudicator substitute another penalty as seems just and reasonable in the circumstances. Therefore, the combined effect of s. 97(2.1) and s. 100.1 cannot, on any reasonable interpretation, remove the employer's right under contract law to discharge an employee with reasonable notice or pay in lieu of notice.

[76] The interpretation of the adjudicator was simply unreasonable in the context of the legislative wording and the larger labour context in which it is embedded. It must be set aside. Nevertheless, it must be acknowledged that his interpretation of the *PSLRA* was ultimately inconsequential to the overall determination of the grievance, since the adjudicator made no finding as to whether the discharge was or was not, in fact, for cause. The decision on the merits, which resulted in an order that the appellant be reinstated, instead turned on the adjudicator's decision on a separate issue — whether the appellant was entitled to and, if so, received procedural fairness with regard to the employer's decision to terminate his employment. This issue is discrete and isolated from the statutory interpretation issue, and it raises very different considerations.

#### IV. Issue 2: Review of the Adjudicator's Procedural Fairness Determination

[77] Procedural fairness has many faces. It is at issue where an administrative body may have prescribed rules of procedure that have been breached. It is also concerned with general principles involving the right to answer and defence where one's rights are affected. In this case, the appellant raised in his grievance letter that the reasons for the employer's dissatisfaction were not specified and that he did not have a reasonable opportunity to respond to the employer's concerns. There was,

syndiqués et une convention collective établit leurs conditions d'emploi; le par. 97(2.1) renvoie expressément au contexte de l'application d'une convention collective. Le paragraphe 100.1(5) intègre le par. 97(2.1) par renvoi, avec les adaptations nécessaires, au contexte de la non-application d'une convention collective, de façon que l'employé non syndiqué qui est congédié *pour motif et sans préavis* puisse contester le congédiement par voie de grief et obtenir de l'arbitre qu'il substitue une autre peine, selon ce qui lui semble juste et raisonnable dans les circonstances. L'application concomitante du par. 97(2.1) et de l'art. 100.1 ne saurait donc raisonnablement supprimer le droit contractuel de l'employeur de congédier un employé avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu.

[76] L'interprétation de la *LRTSP* par l'arbitre était tout simplement déraisonnable eu égard au texte de la loi et au contexte plus large des relations de travail dans lequel elle s'insérait. Elle doit être écartée. Il faut toutefois reconnaître que cette interprétation n'a finalement pas influencé le règlement global du grief, car l'arbitre n'a pas conclu qu'il s'agissait ou non d'un congédiement pour motif. La décision sur le fond et, partant, l'ordonnance de réintégration découlent plutôt de la conclusion de l'arbitre sur un autre point : l'appellant avait-il droit à l'équité procédurale et si oui, l'employeur a-t-il respecté son obligation à cet égard en décidant de mettre fin à l'emploi? Il s'agit d'une question totalement distincte de celle de l'interprétation législative et qui fait intervenir des considérations très différentes.

#### IV. Second volet : Contrôle de la décision de l'arbitre concernant l'équité procédurale

[77] L'équité procédurale comporte de nombreuses facettes. Elle peut être mise en doute lorsque les règles de procédure établies par un organisme administratif n'ont pas été respectées. Elle sous-tend aussi les principes généraux permettant à une personne de répondre à une allégation et de se défendre lorsque ses droits sont atteints. Dans la présente affaire, l'appellant a fait valoir dans son grief que les motifs d'insatisfaction de l'employeur n'avaient pas été précisés et qu'il n'avait pas eu la

in his view, lack of due process and a breach of procedural fairness.

[78] The procedural fairness issue was dealt with only briefly by the Court of Appeal. Robertson J.A. mentioned at the end of his reasons that a duty of fairness did not arise in this case since the appellant had been terminated with notice and had exercised his right to grieve. Before this Court, however, the appellant argued that he was entitled to procedural fairness as a result of this Court's jurisprudence. Although ultimately we do not agree with the appellant, his contention raises important issues that need to be examined more fully.

#### A. *Duty of Fairness*

[79] Procedural fairness is a cornerstone of modern Canadian administrative law. Public decision makers are required to act fairly in coming to decisions that affect the rights, privileges or interests of an individual. Thus stated the principle is easy to grasp. It is not, however, always easy to apply. As has been noted many times, "the concept of procedural fairness is eminently variable and its content is to be decided in the specific context of each case" (*Knight*, at p. 682; *Baker*, at para. 21; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11, at paras. 74-75).

[80] This case raises the issue of the extent to which a duty of fairness applies to the dismissal of a public employee pursuant to a contract of employment. The grievance adjudicator concluded that the appellant had been denied procedural fairness because he had not been granted a hearing by the employer before being dismissed with four months' pay in lieu of notice. This conclusion was said to flow from this Court's decision in *Knight*, where it was held that the holder of an office "at pleasure" was entitled to be given the reasons for his or her dismissal and an opportunity to be heard before being dismissed (p. 683).

[81] We are of the view that the principles established in *Knight* relating to the applicability of a duty of fairness in the context of public employment

possibilité raisonnable d'y répondre. À son avis, il n'y avait eu ni application régulière de la loi ni équité procédurale.

[78] La Cour d'appel n'a fait qu'effleurer la question de l'équité procédurale. Le juge Robertson a mentionné à la fin de ses motifs qu'il n'y avait pas d'obligation d'équité en l'espèce car l'appelant avait été congédié avec préavis et avait exercé son droit de présenter un grief. L'appelant soutient toutefois devant nous que suivant la jurisprudence de la Cour, il avait droit à l'équité procédurale. Même si, en fin de compte, sa prétention doit être rejetée, elle soulève d'importantes questions qu'il importe d'examiner plus avant.

#### A. *L'obligation d'équité*

[79] L'équité procédurale est un fondement du droit administratif canadien moderne. Les décideurs publics sont tenus de faire preuve d'équité lorsqu'ils prennent des décisions touchant les droits, les privilèges ou les biens d'une personne. Le principe paraît simple, mais son application n'est pas toujours facile. Comme on l'a signalé maintes fois, « la notion d'équité procédurale est éminemment variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas » (*Knight*, p. 682; *Baker*, par. 21; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11, par. 74-75).

[80] Le présent pourvoi soulève la question de savoir dans quelle mesure l'obligation d'équité s'applique à l'employeur qui congédie un fonctionnaire conformément à un contrat d'emploi. L'arbitre a conclu que l'appelant n'avait pas bénéficié de l'équité procédurale parce qu'il n'avait pas été entendu par l'employeur avant d'être congédié sur versement d'une indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis. Il a dit se fonder sur l'arrêt *Knight* où la Cour a statué que le titulaire d'une charge à titre amovible a le droit de connaître les motifs de son renvoi et d'être entendu au préalable (p. 683).

[81] Nous sommes d'avis qu'il y a lieu de revenir sur les principes établis dans l'arrêt *Knight* à propos de l'obligation d'équité dans le contexte

merit reconsideration. While the majority opinion in *Knight* properly recognized the important place of a general duty of fairness in administrative law, in our opinion, it incorrectly analyzed the effects of a contract of employment on such a duty. The majority in *Knight* proceeded on the premise that a duty of fairness based on public law applied unless expressly excluded by the employment contract or the statute (p. 681), without consideration of the terms of the contract with regard to fairness issues. It also upheld the distinction between office holders and contractual employees for procedural fairness purposes (pp. 670-76). In our view, what matters is the nature of the employment relationship between the public employee and the public employer. Where a public employee is employed under a contract of employment, regardless of his or her status as a public office holder, the applicable law governing his or her dismissal is the law of contract, not general principles arising out of public law. What *Knight* truly stands for is the principle that there is always a recourse available where the employee is an office holder and the applicable law leaves him or her without any protection whatsoever when dismissed.

[82] This conclusion does not detract from the general duty of fairness owed by administrative decision makers. Rather it acknowledges that in the specific context of dismissal from public employment, disputes should be viewed through the lens of contract law rather than public law.

[83] In order to understand why a reconsideration of *Knight* is warranted, it is necessary to review the development of the duty of fairness in Canadian administrative law. As we shall see, its development in the public employment context was intimately related to the distinction between public office holders and contractual employees, a distinction which, in our view, has become increasingly difficult to maintain both in principle and in practice.

(1) The Preliminary Issue of Jurisdiction

[84] Before dealing with the scope of the duty of fairness in this case, a word should be said about the respondent's preliminary objection to the jurisdiction of the adjudicator under the *PSLRA*

de l'emploi dans la fonction publique. Bien que, dans cet arrêt, les juges majoritaires aient à juste titre reconnu l'importance d'une obligation générale d'équité en droit administratif, ils n'ont pas correctement analysé, selon nous, les effets d'un contrat d'emploi sur cette obligation. Ils sont partis du principe qu'il y a obligation d'équité fondée sur le droit public à moins que le contrat d'emploi ou la loi ne l'écarte expressément (p. 681), sans égard aux dispositions du contrat touchant à l'équité. Ils ont également confirmé la distinction entre le titulaire d'une charge et l'employé contractuel pour ce qui est du droit à l'équité procédurale (p. 670-676). Selon nous, la nature du lien d'emploi entre l'employé et l'employeur du secteur public est déterminante. En présence d'un contrat d'emploi, le renvoi de l'employé, que ce dernier soit ou non titulaire d'une charge publique, est régi par le droit contractuel, et non par les principes généraux du droit public. Le véritable principe qui se dégage de l'arrêt *Knight* est que le titulaire d'une charge auquel le droit applicable n'offre aucune protection en cas de renvoi dispose toujours d'un recours.

[82] Cette conclusion n'affaiblit pas l'obligation générale faite aux décideurs administratifs d'agir avec équité. Elle reconnaît plutôt que dans le contexte particulier du renvoi de la fonction publique, c'est le droit contractuel, et non le droit public, qui préside au règlement des différends.

[83] Pour comprendre la nécessité d'un réexamen de l'arrêt *Knight*, il faut retracer l'évolution de l'obligation d'équité en droit administratif canadien. Comme nous le verrons, dans le contexte de l'emploi dans la fonction publique, cette évolution est étroitement liée à la distinction entre titulaire de charge publique et employé contractuel, une distinction qui, à notre avis, soulève de plus en plus de difficultés en théorie et en pratique.

(1) La question préalable de la compétence

[84] Avant d'examiner l'étendue de l'obligation d'équité en l'espèce, nous nous penchons brièvement sur l'objection préliminaire de l'intimée selon laquelle l'arbitre n'a pas compétence, sous le

to consider procedural fairness. The respondent argues that allowing adjudicators to consider procedural fairness risks granting them the inherent powers of a court. We disagree. We can see nothing problematic with a grievance adjudicator considering a public law duty of fairness issue where such a duty exists. It falls squarely within the adjudicator's task to resolve a grievance. However, as will be explained below, the proper approach is to first identify the nature of the employment relationship and the applicable law. Where, as here, the relationship is contractual, a public law duty of fairness is not engaged and therefore should play no role in resolving the grievance.

(2) The Development of the Duty of Fairness in Canadian Public Law

[85] In Canada, the modern concept of procedural fairness in administrative law was inspired by the House of Lords' landmark decision in *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66, a case which involved the summary dismissal of the chief constable of Brighton. The House of Lords declared the chief constable's dismissal a nullity on the grounds that the administrative body which had dismissed him had failed to provide the reasons for his dismissal or to accord him an opportunity to be heard in violation of the rules of natural justice. Central to the reasoning in the case was Lord Reid's distinction between (i) master-servant relationships (i.e. contractual employment), (ii) offices held "at pleasure", and (iii) offices where there must be cause for dismissal, which included the chief constable's position. According to Lord Reid, only the last category of persons was entitled to procedural fairness in relation to their dismissal since both contractual employees and office holders employed "at pleasure" could be dismissed without reason (p. 72). As the authors Wade and Forsyth note that, after a period of retreat from imposing procedural fairness requirements on administrative decision makers, *Ridge v. Baldwin* "marked an important change of judicial policy, indicating that natural justice was restored to favour and would be applied on a wide basis" (W. Wade and C. Forsyth, *Administrative Law* (8th ed. 2000), at p. 438).

régime de la *LRTSP*, pour connaître de questions liées à l'équité procédurale. L'intimée soutient qu'autoriser l'arbitre à se prononcer sur l'équité procédurale pourrait revenir à lui conférer les pouvoirs inhérents d'une cour de justice. Nous ne sommes pas de cet avis. Rien ne s'oppose à ce que l'arbitre saisi d'un grief examine une question touchant à l'obligation d'équité en droit public lorsqu'une telle obligation existe. Cela ressortit clairement à son mandat de régler le grief. Toutefois, comme nous le verrons plus loin, il convient d'abord de définir la nature du lien d'emploi et le droit applicable. Lorsque, comme en l'espèce, le lien est contractuel, l'obligation d'équité en droit public ne saurait jouer dans le règlement du grief.

(2) L'évolution de l'obligation d'équité en droit public canadien

[85] En droit administratif canadien, la notion moderne d'équité procédurale tire son origine de l'arrêt de principe *Ridge c. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66, où la Chambre des lords a annulé le congédiement sommaire du chef de police de Brighton au motif que le décideur administratif n'avait pas motivé le renvoi ni donné à l'intéressé la possibilité de se faire entendre, contrevenant ainsi aux règles de justice naturelle. Lord Reid a axé son raisonnement sur la distinction entre (i) l'occupation d'un poste à titre d'employé (lien contractuel), (ii) l'occupation d'une charge à titre amovible et (iii) l'occupation d'un poste dont le titulaire ne peut être renvoyé que pour motif valable, tel celui du chef de police. Selon lui, seul ce dernier type de fonction conférait le droit à l'équité procédurale en cas de renvoi, car l'employé contractuel et le titulaire de charge à titre amovible pouvaient être renvoyés sans motif (p. 72). Comme le signalent Wade et Forsyth, après que l'assujettissement des décideurs administratifs à l'obligation d'équité procédurale eut connu un recul, l'arrêt *Ridge c. Baldwin* [TRADUCTION] « a substantiellement modifié la politique judiciaire en indiquant que la justice naturelle reprenait du service et s'appliquerait désormais largement » (W. Wade et C. Forsyth, *Administrative Law* (8<sup>e</sup> éd. 2000), p. 438).

[86] The principles established by *Ridge v. Baldwin* were followed by this Court in *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311. *Nicholson*, like its U.K. predecessor, marked the return to a less rigid approach to natural justice in Canada (see Brown and Evans, at pp. 7-5 to 7-9). *Nicholson* concerned the summary dismissal of a probationary police officer by a regional board of police commissioners. Laskin C.J., for the majority, at p. 328, declared the dismissal void on the ground that the officer fell into Lord Reid's third category and was therefore entitled to the same procedural protections as in *Ridge v. Baldwin*.

[87] Although *Ridge v. Baldwin* and *Nicholson* were concerned with procedural fairness in the context of the dismissal of public office holders, the concept of fairness was quickly extended to other types of administrative decisions (see e.g. *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735). In *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, Le Dain J. stated that the duty of fairness was a general principle of law applicable to all public authorities:

This Court has affirmed that there is, as a general common law principle, a duty of procedural fairness lying on every public authority making an administrative decision which is not of a legislative nature and which affects the rights, privileges or interests of an individual . . . [p. 653]

(See also *Baker*, at para. 20.)

[88] In *Knight*, the Court relied on the statement of Le Dain J. in *Cardinal v. Director of Kent Institution* that the existence of a general duty to act fairly will depend on "(i) the nature of the decision to be made by the administrative body; (ii) the relationship existing between that body and the

[86] Dans l'affaire *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, notre Cour a suivi les principes établis par l'arrêt *Ridge c. Baldwin*. Comme son prédécesseur britannique, l'arrêt *Nicholson* a marqué le retour au Canada d'une conception moins rigide de la justice naturelle (voir Brown et Evans, p. 7-5 à 7-9). Le litige portait sur le congédiement sommaire d'un policier stagiaire par un comité régional des services de police. Au nom des juges majoritaires, le juge en chef Laskin (p. 328) a annulé le congédiement, estimant que le policier appartenait à la troisième catégorie établie par lord Reid, de sorte qu'il avait droit à la garantie procédurale reconnue dans l'arrêt *Ridge c. Baldwin*.

[87] Dans les affaires *Ridge c. Baldwin* et *Nicholson*, les cours de justice ont appliqué l'équité procédurale à la décision de congédier le titulaire d'une charge publique, mais elles ont tôt fait d'y assujettir par la suite d'autres types de décision administrative (voir notamment *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735). Dans l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, au nom de la Cour, le juge Le Dain a vu dans l'obligation d'équité un principe de droit général applicable à tout organisme public :

[La] Cour a confirmé que, à titre de principe général de *common law*, une obligation de respecter l'équité dans la procédure incombe à tout organisme public qui rend des décisions administratives qui ne sont pas de nature législative et qui touchent les droits, privilèges ou biens d'une personne . . . [p. 653]

(Voir aussi l'arrêt *Baker*, par. 20.)

[88] Dans l'arrêt *Knight*, la Cour s'est appuyée sur les propos du juge Le Dain dans l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent* selon lesquels l'existence d'une obligation générale d'agir équitablement dépend de ce qui suit : « (i) la nature de la décision qui doit être rendue par l'organisme

individual; and (iii) the effect of that decision on the individual's rights" (*Knight*, at p. 669).

[89] The dispute in *Knight* centred on whether a board of education had failed to accord procedural fairness when it dismissed a director of education with three months' notice pursuant to his contract of employment. The main issue was whether the director's employment relationship with the school board was one that attracted a public law duty of fairness. L'Heureux-Dubé J., for the majority, held that it did attract such a duty on the ground that the director's position had a "strong 'statutory flavour'" and could thus be qualified as a public office (p. 672). In doing so, she specifically recognized that, contrary to Lord Reid's holding in *Ridge v. Baldwin*, holders of an office "at pleasure", were also entitled to procedural fairness before being dismissed (pp. 673-74). The fact that the director's written contract of employment specifically provided that he could be dismissed with three months' notice was held not to be enough to displace a public law duty to act fairly (p. 681).

[90] From these foundational cases, procedural fairness has grown to become a central principle of Canadian administrative law. Its overarching purpose is not difficult to discern: administrative decision makers, in the exercise of public powers, should act fairly in coming to decisions that affect the interests of individuals. In other words, "[t]he observance of fair procedures is central to the notion of the 'just' exercise of power" (Brown and Evans, at p. 7-3). What is less clear, however, is whether this purpose is served by imposing public law procedural fairness requirements on public bodies in the exercise of their contractual rights as employers.

### (3) Procedural Fairness in the Public Employment Context

[91] *Ridge v. Baldwin* and *Nicholson* established that a public employee's right to procedural fairness

administratif en question, (ii) la relation existant entre cet organisme et le particulier, et (iii) l'effet de cette décision sur les droits du particulier » (arrêt *Knight*, p. 669).

[89] L'affaire *Knight* soulevait la question de savoir si un conseil scolaire avait manqué à son obligation d'équité procédurale en congédiant un directeur de l'enseignement avec un préavis de trois mois conformément à son contrat d'emploi. La Cour devait principalement trancher si le lien d'emploi entre le directeur et le conseil scolaire faisait naître une obligation d'équité en droit public. Au nom des juges majoritaires, la juge L'Heureux-Dubé a conclu que tel était le cas, car le poste du directeur s'apparentait fortement à un poste d'origine législative et pouvait donc être assimilé à une charge publique (p. 672). Du coup, à l'opposé de lord Reid dans l'affaire *Ridge c. Baldwin*, elle a expressément reconnu que le titulaire d'une charge à titre amovible avait également droit au respect de l'équité procédurale en cas de congédiement (p. 673-674). La juge L'Heureux-Dubé a estimé que la clause du contrat d'emploi prévoyant que le directeur pouvait être congédié moyennant un préavis de trois mois n'était pas suffisante pour écarter l'obligation d'équité en droit public (p. 681).

[90] Ces arrêts fondateurs ont fait de l'équité procédurale un principe fondamental du droit administratif canadien dont l'objectif primordial se conçoit aisément : dans l'exercice de ses pouvoirs publics, le décideur administratif doit agir avec équité lorsqu'il rend une décision touchant les droits d'un administré. Autrement dit, [TRADUCTION] « [I]e respect de l'équité dans la procédure est essentiel à la notion d'exercice "équitable" du pouvoir » (Brown et Evans, p. 7-3). On peut toutefois se demander si l'obligation faite à un organisme public d'observer les exigences de l'équité procédurale dans l'exercice de ses droits contractuels en tant qu'employeur contribue à la réalisation de cet objectif.

### (3) L'équité procédurale dans la fonction publique

[91] Les arrêts *Ridge c. Baldwin* et *Nicholson* ont établi qu'un employé du secteur public a droit



depended on his or her status as an office holder. While *Knight* extended a duty of fairness to office holders during pleasure, it nevertheless upheld the distinction between office holders and contractual employees as an important criterion in establishing whether a duty of fairness was owed. Courts have continued to rely on this distinction, either extending or denying procedural protections depending on the characterization of the public employee's legal status as an office holder or contractual employee (see e.g. *Reglin v. Creston (Town)* (2004), 34 C.C.E.L. (3d) 123, 2004 BCSC 790; *Gismondi v. Toronto (City)* (2003), 64 O.R. (3d) 688 (C.A.); *Seshia v. Health Sciences Centre* (2001), 160 Man. R. (2d) 41, 2001 MBCA 151; *Rosen v. Saskatoon District Health Board* (2001), 202 D.L.R. (4th) 35, 2001 SKCA 83; *Hanis v. Teevan* (1998), 111 O.A.C. 91; *Gerrard v. Sackville (Town)* (1992), 124 N.B.R. (2d) 70 (C.A.)).

[92] In practice, a clear distinction between office holders and contractual employees has been difficult to maintain:

Although the law makes such a sharp distinction between office and service in theory, in practice it may be difficult to tell which is which. For tax purposes "office" has long been defined as a "subsisting, permanent substantive position which has an existence independent of the person who fills it", but for the purposes of natural justice the test may not be the same. Nor need an office necessarily be statutory, although nearly all public offices of importance in administrative law are statutory. A statutory public authority may have many employees who are in law merely its servants, and others of higher grades who are office-holders.

(Wade and Forsyth, at pp. 532-33)

[93] Lord Wilberforce noted that attempting to separate office holders from contractual employees

involves the risk of a compartmental approach which, although convenient as a solvent, may lead to narrower distinctions than are appropriate to the broader issues of administrative law. A comparative list of situations in which persons have been held entitled or not entitled to a hearing, or to observation of rules of natural

à l'équité procédurale s'il est titulaire d'une charge. Bien que l'arrêt *Knight* en ait fait également bénéficiaire le titulaire de charge à titre amovible, il a quand même retenu comme critère important à cet égard la distinction entre le titulaire de charge et l'employé contractuel. Les cours de justices ont continué d'appliquer cette distinction pour reconnaître ou non ce droit selon que le fonctionnaire est titulaire de charge ou employé contractuel (voir notamment *Reglin c. Creston (Town)* (2004), 34 C.C.E.L. (3d) 123, 2004 BCSC 790; *Gismondi c. Toronto (City)* (2003), 64 O.R. (3d) 688 (C.A.); *Seshia c. Health Sciences Centre* (2001), 160 Man. R. (2d) 41, 2001 MBCA 151; *Rosen c. Saskatoon District Health Board* (2001), 202 D.L.R. (4th) 35, 2001 SKCA 83; *Hanis c. Teevan* (1998), 111 O.A.C. 91; *Gerrard c. Sackville (Ville)* (1992), 124 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 70 (C.A.)).

[92] En pratique, toutefois, la distinction entre le titulaire d'une charge et l'employé contractuel s'est révélée difficile à appliquer :

[TRADUCTION] Même si, en théorie, le droit fait une nette distinction entre charge et emploi, en pratique, il peut être difficile de les différencier. En matière fiscale, la « charge » est depuis longtemps définie comme « un poste durable, permanent et important qui existe indépendamment de la personne qui l'occupe ». Mais pour les besoins de la justice naturelle, le critère peut différer. Il n'est pas nécessaire non plus que la charge soit établie par une loi, bien que ce soit le cas de presque toutes les charges publiques d'importance en droit administratif. Un organisme public créé par une loi peut compter à son service de nombreuses personnes qui, légalement, sont de simples employés et d'autres, plus élevées dans la hiérarchie, qui sont titulaires d'une charge.

(Wade et Forsyth, p. 532-533)

[93] Lord Wilberforce a signalé que la démarche consistant à établir une distinction entre le titulaire de charge et l'employé contractuel

[TRADUCTION] peut mener à une analyse compartimentée qui, malgré la solution qu'elle offre, peut donner lieu à des distinctions trop ténues pour le règlement des questions plus générales qui se posent en droit administratif. L'énumération comparative des situations dans lesquelles on a reconnu ou non le droit d'être entendu ou

justice, according to the master and servant test, looks illogical and even bizarre.

(*Malloch v. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278 (H.L.), at p. 1294)

[94] There is no reason to think that the distinction has been easier to apply in Canada. In *Knight*, as has been noted, the majority judgment relied on whether the public employee's position had a "strong 'statutory flavour'" (p. 672), but as Brown and Evans observe, "there is no simple test for determining whether there is a sufficiently strong 'statutory flavour' to a job for it to be classified as an 'office'" (p. 7-19). This has led to uncertainty as to whether procedural fairness attaches to particular positions. For instance, there are conflicting decisions on whether the position of a "middle manager" in a municipality is sufficiently important to attract a duty of fairness (compare *Gismondi*, at para. 53, and *Hughes v. Moncton (City)* (1990), 111 N.B.R. (2d) 184 (Q.B.), aff'd (1991), 118 N.B.R. (2d) 306 (C.A.)). Similarly, physicians working in the public health system may or may not be entitled to a duty of fairness (compare *Seshia* and *Rosen v. Saskatoon District Health Board*, [2000] 4 W.W.R. 606, 2000 SKQB 40).

[95] Further complicating the distinction is the fact that public employment is for the most part now viewed as a regular contractual employment relationship. The traditional position at common law was that public servants were literally "servants of the Crown" and could therefore be dismissed at will. However, it is now recognized that most public employees are employed on a contractual basis: *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199.

[96] *Wells* concerned the dismissal without compensation of a public office holder whose position had been abolished by statute. The Court held that, while *Wells'* position was created by statute, his employment relationship with the Crown was contractual and therefore he was entitled to be compensated for breach of contract according

le droit au respect de la justice naturelle, selon le lien de subordination, paraît illogique, voire bizarre.

(*Malloch c. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278 (H.L.), p. 1294)

[94] Il n'y a pas lieu de penser que la distinction a été plus aisée au Canada. Dans l'affaire *Knight*, on l'a vu, les juges majoritaires se sont demandé si le poste de l'employé du secteur public s'apparentait fortement à un poste d'origine législative (p. 672). Brown et Evans signalent toutefois [TRADUCTION] « qu'aucun critère simple ne permet de déterminer qu'un poste s'apparente assez fortement à un poste d'origine législative pour qu'il soit qualifié de "charge" » (p. 7-19), d'où l'incertitude quant à savoir si l'équité procédurale s'applique à certains postes. Des décisions contradictoires ont d'ailleurs été rendues sur la question de savoir si le poste de « cadre intermédiaire » d'un fonctionnaire municipal était assez important pour faire naître l'obligation d'équité (comparer *Gismondi*, par. 53, et *Hughes c. Moncton (Ville)* (1990), 111 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 184 (B.R.), conf. par (1991), 118 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 306 (C.A.)). De même, l'obligation d'équité peut s'appliquer ou non au médecin travaillant pour le régime de santé public (comparer *Seshia*, et *Rosen c. Saskatoon District Health Board*, [2000] 4 W.W.R. 606, 2000 SKQB 40).

[95] La distinction est d'autant plus difficile à établir que, de nos jours, un emploi dans la fonction publique est généralement assimilé à un emploi contractuel ordinaire. Auparavant, en common law, les fonctionnaires étaient considérés comme de véritables « employés personnels de la Couronne » et pouvaient donc être congédiés à volonté. Toutefois, il est désormais établi que la plupart des fonctionnaires ont un lien d'emploi contractuel : *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199.

[96] L'arrêt *Wells* porte sur le renvoi sans indemnité d'un titulaire de charge publique dont le poste avait été aboli par la loi. La Cour a statué que malgré l'origine législative de son poste, M. Wells avait un lien d'emploi contractuel avec l'État, de sorte qu'il avait droit à une indemnité pour rupture de contrat suivant les règles habituelles du droit privé. Cet

to ordinary private law principles. Indeed, *Wells* recognized that most civil servants and public officers are employed under contracts of employment, either as members of unions bound by collective agreements or as non-unionized employees under individual contracts of employment (paras. 20-21 and 29-32). Only certain officers, like ministers of the Crown and “others who fulfill constitutionally defined state roles”, do not have a contractual relationship with the Crown, since the terms of their positions cannot be modified by agreement (*Wells*, at paras. 29-32).

[97] The effect of *Wells*, as Professors Hogg and Monahan note, is that

[t]he government’s common law relationship with its employees will now be governed, for the most part, by the general law of contract, in the same way as private employment relationships. This does not mean that governments cannot provide for a right to terminate employment contracts at pleasure. However, if the government wishes to have such a right, it must either contract for it or make provision (expressly or by necessary implication) by way of statute.

(P. W. Hogg and P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3rd ed. 2000), at p. 240)

The important point for our purposes is that *Wells* confirmed that most public office holders have a contractual employment relationship. Of course, office holders’ positions will also often be governed by statute and regulations, but the essence of the employment relationship is still contractual. In this context, attempting to make a clear distinction between office holders and contractual employees for the purposes of procedural fairness becomes even more difficult.

[98] If the distinction has become difficult to maintain in practice, it is also increasingly hard to justify in principle. There would appear to be three main reasons for distinguishing between office holders and contractual employees and for extending procedural fairness protections only to the former, all of which, in our view, are problematic.

[99] First, historically, offices were viewed as a form of property, and thus could be recovered by

arrêt a en effet reconnu que l’emploi de la plupart des fonctionnaires et hauts fonctionnaires est régi par un contrat — une convention collective lorsque l’intéressé est membre d’un syndicat ou un contrat individuel de travail lorsqu’il ne l’est pas (par. 20-21 et 29-32). Seuls les titulaires de certains postes, tels les ministres de la Couronne et « d’autres personnes qui remplissent au sein de l’État des rôles définis constitutionnellement » n’ont pas de relations contractuelles avec l’État puisque leurs conditions d’emploi ne peuvent être modifiées de gré à gré (*Wells*, par. 29-32).

[97] Voici comment les professeurs Hogg et Monahan décrivent les retombées de l’arrêt *Wells* :

[TRADUCTION] En droit commun, la relation entre l’État et ses employés sera désormais régie, pour l’essentiel, par le droit général des contrats, tout comme la relation d’emploi entre parties privées. Cela n’empêchera pas l’État de prévoir le droit de mettre fin à un contrat d’emploi à son gré. Cependant, pour qu’il puisse s’en prévaloir, ce droit devra figurer dans le contrat ou être prévu (expressément ou par déduction nécessaire) dans la loi.

(P. W. Hogg et P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3<sup>e</sup> éd. 2000), p. 240)

Pour les besoins du présent pourvoi, l’arrêt *Wells* confirme surtout la nature contractuelle du lien d’emploi de la plupart des titulaires de charge publique. Évidemment, il arrive souvent qu’une charge soit par ailleurs assujettie à des dispositions législatives ou réglementaires, mais le lien d’emploi demeure essentiellement contractuel. Dans ce contexte, il est encore plus difficile d’établir une nette distinction entre le titulaire de charge et l’employé contractuel pour ce qui est du droit à l’équité procédurale.

[98] Si la distinction se révèle elle-même difficile en pratique, sa justification théorique l’est elle aussi de plus en plus. Trois raisons principales sont invoquées pour distinguer le titulaire de charge de l’employé contractuel et n’accorder le bénéfice de l’équité procédurale qu’au premier, mais à notre avis, elles posent toutes problème.

[99] La première raison réside dans le fait qu’autrefois, la charge était considérée comme un bien, de

the office holder who was removed contrary to the principles of natural justice. Employees who were dismissed in breach of their contract, however, could only sue for damages, since specific performance is not generally available for contracts for personal service (Wade and Forsyth, at pp. 531-32). This conception of public office has long since faded from our law: public offices are no longer treated as a form of private property.

[100] A second and more persuasive reason for the distinction is that dismissal from public office involves the exercise of delegated statutory power and should therefore be subject to public law controls like any other administrative decision (*Knight*, at p. 675; *Malloch*, at p. 1293, *per* Lord Wilberforce). In contrast, the dismissal of a contractual employee only implicates a public authority's private law rights as an employer.

[101] A third reason is that, unlike contractual employees, office holders did not typically benefit from contractual rights protecting them from summary discharge. This was true of the public office holders in *Ridge v. Baldwin* and *Nicholson*. Indeed, in both cases the statutory language purported to authorize dismissal without notice. The holders of an office "at pleasure" were in an even more tenuous position since by definition they could be dismissed without notice and without reason (*Nicholson*, at p. 323; *Black's Law Dictionary* (8th ed. 2004), at p. 1192 "pleasure appointment"). Because of this relative insecurity it was seen to be desirable to impose minimal procedural requirements in order to ensure that office holders were not deprived of their positions arbitrarily (*Nicholson*, at pp. 322-23; *Knight*, at pp. 674-75; Wade and Forsyth, at pp. 536-37).

[102] In our view, the existence of a contract of employment, not the public employee's status as an office holder, is the crucial consideration. Where a public office holder is employed under a contract of employment the justifications for imposing a public law duty of fairness with respect to his or her dismissal lose much of their force.

sorte qu'elle pouvait être recouvrée par le titulaire qui en avait été dépossédé au mépris des règles de justice naturelle. Or, l'employé démis de ses fonctions en violation de son contrat d'emploi ne pouvait qu'intenter une action en dommages-intérêts puisque le contrat relatif à des services personnels n'était généralement pas susceptible d'exécution en nature (Wade et Forsyth, p. 531-532). Cette conception est depuis longtemps révolue dans notre droit, car la charge publique n'est plus considérée comme un bien privé.

[100] Plus convaincante, la deuxième raison d'être de la distinction est que la décision de démettre un titulaire de charge publique suppose l'exercice d'un pouvoir légal délégué, de sorte que, à l'instar de toute décision administrative, elle doit être soumise aux mécanismes de contrôle du droit public (*Knight*, p. 675; *Malloch*, p. 1293, *per* Lord Wilberforce). À l'opposé, le renvoi d'un employé contractuel ne fait intervenir que les droits privés de l'organisme public en tant qu'employeur.

[101] Suivant la troisième raison avancée, contrairement à l'employé contractuel, le titulaire de charge ne bénéficiait généralement pas d'une clause contractuelle le protégeant contre le renvoi sommaire. Tel était le cas dans les affaires *Ridge c. Baldwin* et *Nicholson*, car le libellé de la loi autorisait la destitution sans préavis. La situation du titulaire de charge à titre amovible était encore plus précaire puisque, par définition, il pouvait être destitué sans préavis et sans motif : *Nicholson*, p. 323; *Black's Law Dictionary* (8<sup>e</sup> éd. 2004), p. 1192, « *pleasure appointment* » ([TRADUCTION] « nomination à titre amovible »). À cause de cette relative insécurité, il a paru souhaitable d'établir un minimum d'exigences procédurales afin que le titulaire de charge ne soit pas destitué arbitrairement (*Nicholson*, p. 322-323; *Knight*, p. 674-675; Wade et Forsyth, p. 536-537).

[102] À notre sens, c'est l'existence d'un contrat d'emploi, et non la qualité de titulaire de charge publique de l'employé, qui est déterminante. Lorsque le titulaire d'une charge publique est partie à un contrat d'emploi, l'imposition à l'employeur d'une obligation d'équité en droit public se justifie beaucoup moins.

[103] Where the employment relationship is contractual, it becomes difficult to see how a public employer is acting any differently in dismissing a public office holder and a contractual employee. In both cases, it would seem that the public employer is merely exercising its private law rights as an employer. For instance, in *Knight*, the director's position was terminated by a resolution passed by the board of education pursuant to statute, but it was done in accordance with the contract of employment, which provided for dismissal on three months' notice. Similarly, the appellant in this case was dismissed pursuant to s. 20 of the *New Brunswick Civil Service Act*, but that section provides that the ordinary rules of contract govern dismissal. He could therefore only be dismissed for just cause or on reasonable notice, and any failure to do so would give rise to a right to damages. In seeking to end the employment relationship with four months' pay in lieu of notice, the respondent was acting no differently than any other employer at common law. In *Wells*, Major J. noted that public employment had all of the features of a contractual relationship:

A common-sense view of what it means to work for the government suggests that these relationships have all the hallmarks of contract. There are negotiations leading to agreement and employment. This gives rise to enforceable obligations on both sides. The Crown is acting much as an ordinary citizen would, engaging in mutually beneficial commercial relations with individual and corporate actors. Although the Crown may have statutory guidelines, the result is still a contract of employment. [Emphasis added; para. 22.]

If the Crown is acting as any other private actor would in hiring its employees, then it follows that the dismissal of its employees should be viewed in the same way.

[104] Furthermore, while public law is rightly concerned with preventing the arbitrary exercise of delegated powers, the good faith exercise of the contractual rights of an employer, such as the right

[103] Du moment que le lien d'emploi est contractuel, il est difficile de concevoir qu'un employeur du secteur public agisse différemment selon qu'il congédie un titulaire de charge publique ou un employé contractuel. Dans les deux cas, il appert que l'employeur ne fait qu'exercer ses droits privés à titre d'employeur. Par exemple, dans l'affaire *Knight*, le conseil scolaire avait adopté, conformément à la loi, une résolution mettant fin à l'emploi du directeur, mais il avait respecté le contrat d'emploi qui prévoyait un préavis de trois mois. De même, en l'espèce, l'appelant a été congédié en application de l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique* du Nouveau-Brunswick. Or, cet article dispose que la cessation d'emploi est régie par les règles contractuelles ordinaires. En conséquence, l'appelant devait être congédié pour un motif valable ou avec un préavis raisonnable, sinon l'intimée pouvait être condamnée à lui verser des dommages-intérêts. En mettant fin à l'emploi par le versement d'une indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis, l'intimée n'a pas agi différemment de n'importe quel autre employeur assujéti à la common law. Dans l'arrêt *Wells*, le juge Major a signalé que l'emploi dans la fonction publique possédait toutes les caractéristiques d'une relation contractuelle :

Un examen fondé sur le bon sens de ce que signifie le fait de travailler pour le gouvernement tend à indiquer que ces relations portent toutes les marques d'un contrat. Des négociations donnent lieu à une entente et à un emploi et engendrent des obligations exécutoires pour les deux parties. La Couronne agit en grande partie comme un citoyen ordinaire le ferait, s'engageant dans des relations commerciales avantageuses pour les deux parties, tant avec des particuliers qu'avec des sociétés. Bien que la Couronne puisse être tenue de suivre des lignes directrices prévues par la loi, le résultat demeure quand même un contrat de travail. [Nous soulignons; par. 22.]

Si la Couronne se confond avec tout employeur du secteur privé lorsqu'elle engage ses employés, il devrait donc en être de même lorsqu'elle les congédie.

[104] En outre, le droit public se soucie à juste titre d'empêcher l'exercice arbitraire du pouvoir délégué, mais on ne saurait qualifier d'arbitraire l'exercice de bonne foi d'un droit contractuel

to end the employment relationship on reasonable notice, cannot be qualified as arbitrary. Where the terms of the employment contract were explicitly agreed to, it will be assumed that procedural fairness was dealt with by the parties (see, for example, in the context of collective agreements: *School District No. 5 (Southeast Kootenay) and B.C.T.F. (Yellowaga) (Re)* (2000), 94 L.A.C. (4th) 56). If, however, the contract of employment is silent, the fundamental terms will be supplied by the common law or the civil law, in which case dismissal may only be for just cause or on reasonable notice.

[105] In the context of this appeal, it must be emphasized that dismissal with reasonable notice is not unfair *per se*. An employer's right to terminate the employment relationship with due notice is simply the counterpart to the employee's right to quit with due notice (G. England, *Employment Law in Canada* (4th ed. (loose-leaf)), at para. 13.3). It is a well-established principle of the common law that, unless otherwise provided, both parties to an employment contract may end the relationship without alleging cause so long as they provide adequate notice. An employer's right to terminate on reasonable notice must be exercised within the framework of an employer's general obligations of good faith and fair dealing: *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at para. 95. But the good faith exercise of a common law contractual right to dismiss with notice does not give rise to concerns about the illegitimate exercise of public power. Moreover, as will be discussed below, where public employers do act in bad faith or engage in unfair dealing, the private law provides a more appropriate form of relief and there is no reason that they should be treated differently than private sector employers who engage in similar conduct.

[106] Of course, a public authority must abide by any statutory restrictions on the exercise of its discretion as an employer, regardless of the terms of an employment contract, and failure to do so may give rise to a public law remedy. A public authority cannot contract out of its statutory duties. But where a dismissal decision is properly within the public authority's powers and is taken pursuant to

de l'employeur, tel celui de mettre fin à la relation d'emploi moyennant un préavis raisonnable. Lorsque les parties ont expressément convenu des clauses du contrat d'emploi, il sera présumé qu'elles se sont également entendues sur l'équité procédurale (voir, p. ex., dans le cas d'une convention collective, *School District No. 5 (Southeast Kootenay) and B.C.T.F. (Yellowaga) (Re)* (2000), 94 L.A.C. (4th) 56). Si rien n'est prévu au contrat, la common law ou le droit civil dicte les conditions fondamentales et il ne peut alors y avoir congédiement que pour motif valable ou avec préavis raisonnable.

[105] Dans le contexte du présent pourvoi, il importe de souligner que le congédiement avec préavis raisonnable n'est pas intrinsèquement injuste. Le droit de l'employeur de mettre fin à l'emploi moyennant le préavis requis est la simple contrepartie du droit de l'employé de donner sa démission moyennant le préavis requis (G. England, *Employment Law in Canada* (4<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), par. 13.3). Un principe bien établi du droit commun veut que, sauf disposition contraire, les deux parties au contrat d'emploi peuvent mettre fin à la relation sans invoquer de motif à condition que le préavis soit suffisant. L'employeur est tenu d'exercer ce droit conformément à ses obligations générales de bonne foi et de traitement équitable : *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 95. Or, l'exercice de bonne foi du droit issu du droit commun des contrats de congédier l'employé avec préavis ne saurait mettre en doute la légitimité de l'exercice du pouvoir public. De plus — nous y reviendrons —, lorsque l'employeur du secteur public agit de mauvaise foi ou de manière inéquitable, le droit privé offre un type de recours plus approprié, et il n'y a pas lieu de le traiter différemment de l'employeur du secteur privé qui agit de même.

[106] Un organisme public doit évidemment respecter les limites légales fixées à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire à titre d'employeur, quelles que soient les conditions du contrat d'emploi, faute de quoi il s'expose à un recours en droit public. Il ne peut se soustraire par contrat à ses obligations légales. Cependant, lorsqu'il prend la décision de congédier une personne conformément à ses

a contract of employment, there is no compelling public law purpose for imposing a duty of fairness.

[107] Nor is the protection of office holders a justification for imposing a duty of fairness when the employee is protected from wrongful dismissal by contract. The appellant's situation provides a good illustration of why this is so. As an office holder, the appellant was employed "at pleasure", and could therefore be terminated without notice or reason (*Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-13, s. 20). However, he was also a civil servant and, pursuant to s. 20 of the *Civil Service Act*, his dismissal was governed by the ordinary rules of contract. If his employer had dismissed him without notice and without cause he would have been entitled to claim damages for breach of contract. Even if he was dismissed with notice, it was open to him to challenge the length of notice or amount of pay in lieu of notice given. On the facts, the respondent gave the appellant four months' worth of pay in lieu of notice, which he was successful in having increased to eight months before the grievance adjudicator.

[108] It is true that the remedy of reinstatement is not available for breach of contract at common law. In this regard, it might be argued that contractual remedies, on their own, offer insufficient protection to office holders (see *de Smith, Woolf & Jowell: Judicial Review of Administrative Action* (5th ed. 1995), at p. 187). However, it must be kept in mind that breach of a public law duty of fairness also does not lead to full reinstatement. The effect of a breach of procedural fairness is to render the dismissal decision void *ab initio* (*Ridge v. Baldwin*, at p. 81). Accordingly, the employment is deemed to have never ceased and the office holder is entitled to unpaid wages and benefits from the date of the dismissal to the date of judgment (see England, at para. 17.224). However, an employer is free to follow the correct procedure and dismiss the office holder again. A breach of the duty of fairness simply requires that the dismissal decision be retaken. It therefore is incorrect to equate it to reinstatement (see *Malloch*, at p. 1284).

pouvoirs et à un contrat d'emploi, nulle considération supérieure du droit public ne justifie l'imposition d'une obligation d'équité.

[107] La protection du titulaire de charge publique ne justifie pas non plus l'assujettissement à l'obligation d'équité lorsqu'un contrat protège l'intéressé contre le congédiement injuste. La situation de l'appelant le montre bien. En tant que titulaire d'une charge publique, l'appelant était employé à titre amovible, et l'employeur pouvait donc mettre fin à son emploi sans préavis et sans motif (*Loi d'interprétation*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-13, art. 20). Or, il était également fonctionnaire et, suivant l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, les règles contractuelles ordinaires régissaient son congédiement. Si son employeur l'avait congédié sans préavis et sans motif, il aurait pu réclamer des dommages-intérêts pour rupture de contrat. Même s'il a été congédié avec préavis, il pouvait contester la durée de celui-ci ou le montant de l'indemnité en tenant lieu. Il appert que l'intimée lui a versé une indemnité équivalant à quatre mois de salaire en lieu et place d'un préavis et que l'arbitre saisi de son grief a porté cette indemnité à huit mois de salaire.

[108] Il est vrai qu'en common law, la réintégration ne peut être ordonnée par suite d'une rupture de contrat. On peut à cet égard soutenir que le seul droit contractuel ne protège pas suffisamment le titulaire de charge (voir *de Smith, Woolf & Jowell: Judicial Review of Administrative Action* (5<sup>e</sup> éd. 1995), p. 187). Toutefois, il ne faut pas oublier que le recours pour manquement à l'obligation d'équité en droit public ne permet pas non plus la réintégration, mais bien l'annulation *ab initio* de la décision de congédier (*Ridge c. Baldwin*, p. 81). L'emploi est donc réputé n'avoir jamais pris fin, et le titulaire de charge a droit au salaire et aux avantages impayés entre la date du congédiement et celle du jugement (voir England, par. 17.224). Cependant, l'employeur peut toujours congédier la personne de nouveau en suivant alors la bonne procédure. L'employeur qui manque à l'obligation d'équité doit simplement reprendre le processus décisionnel. Il est donc erroné de penser qu'un tel manquement donne droit à la réintégration (voir *Malloch*, p. 1284).

[109] In addition, a public law remedy can lead to unfairness. The amount of unpaid wages and benefits an office holder is entitled to will be a function of the length of time the judicial process has taken to wend its way to a final resolution rather than criteria related to the employee's situation. Furthermore, in principle, there is no duty to mitigate since unpaid wages are not technically damages. As a result, an employee may recoup much more than he or she actually lost (see England, at para. 17.224).

[110] In contrast, the private law offers a more principled and fair remedy. The length of notice or amount of pay in lieu of notice an employee is entitled to depends on a number of factors including length of service, age, experience and the availability of alternative employment (see *Wallace*, at paras. 81 ff.). The notice period may be increased if it is established that the employer acted in bad faith or engaged in unfair dealing when acting to dismiss the employee (*Wallace*, at para. 95). These considerations aim at ensuring that dismissed employees are afforded some measure of protection while looking for new employment.

[111] It is important to note as well that the appellant, as a public employee employed under a contract of employment, also had access to all of the same statutory and common law protections that surround private sector employment. He was protected from dismissal on the basis of a prohibited ground of discrimination under the *Human Rights Act*, R.S.N.B. 1973, c. H-11. His employer was bound to respect the norms laid down by the *Employment Standards Act*, S.N.B. 1982, c. E-7.2. As has already been mentioned, if his dismissal had been in bad faith or he had been subject to unfair dealing, it would have been open to him to argue for an extension of the notice period pursuant to the principles laid down in *Wallace*. In short, the appellant was not without legal protections or remedies in the face of his dismissal.

(4) The Proper Approach to the Dismissal of Public Employees

[112] In our view, the distinction between office holder and contractual employee for the purposes

[109] En outre, le recours fondé sur le droit public peut avoir des effets inéquitables. Le montant du salaire et des avantages impayés auquel le titulaire d'une charge a droit dépend du temps écoulé avant qu'une cour de justice ne rende une décision définitive, et non de critères liés à sa situation. De plus, l'employé n'a pas en principe l'obligation de limiter le préjudice, le salaire impayé ne constituant pas à strictement parler des dommages-intérêts. Il s'ensuit que l'employé peut obtenir beaucoup plus que ce qu'il a réellement perdu (voir England, par. 17.224).

[110] À l'opposé, le droit privé offre un recours mieux fondé et plus juste. La durée du préavis ou le montant de l'indemnité en tenant lieu dépend de différentes variables, dont les états de service, l'âge, l'expérience et l'existence d'autres possibilités d'emploi (voir *Wallace*, par. 81 et suiv.). Le préavis peut être prolongé lorsqu'il est établi que l'employeur a fait preuve de mauvaise foi ou agi de manière inéquitable en congédiant l'employé (*Wallace*, par. 95). L'objectif est d'assurer à l'employé congédié une certaine protection jusqu'à ce qu'il trouve un nouvel emploi.

[111] Il importe de signaler qu'à titre d'employé du secteur public régi par un contrat d'emploi, l'appelant avait également droit aux mesures de protection prévues par la loi et le droit commun au bénéfice des employés du secteur privé. La *Loi sur les droits de la personne*, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, le protégeait contre le congédiement pour un motif de discrimination interdit, et son employeur était tenu de se conformer à la *Loi sur les normes d'emploi*, L.N.-B. 1982, ch. E-7.2. Rappelons que s'il avait été congédié de mauvaise foi ou de façon inéquitable, il aurait pu demander un préavis plus long selon les principes énoncés dans l'arrêt *Wallace*. Bref, l'appelant n'était pas privé de protections ou de recours légaux advenant son congédiement.

(4) La démarche qui s'impose à l'égard du congédiement d'un fonctionnaire

[112] La distinction entre titulaire de charge et employé contractuel aux fins de déterminer un droit



of a public law duty of fairness is problematic and should be done away with. The distinction is difficult to apply in practice and does not correspond with the justifications for imposing public law procedural fairness requirements. What is important in assessing the actions of a public employer in relation to its employees is the nature of the employment relationship. Where the relationship is contractual, it should be viewed as any other private law employment relationship regardless of an employee's status as an office holder.

[113] The starting point, therefore, in any analysis, should be to determine the nature of the employment relationship with the public authority. Following *Wells*, it is assumed that most public employment relationships are contractual. Where this is the case, disputes relating to dismissal should be resolved according to the express or implied terms of the contract of employment and any applicable statutes and regulations, without regard for whether the employee is an office holder. A public authority which dismisses an employee pursuant to a contract of employment should not be subject to any additional public law duty of fairness. Where the dismissal results in a breach of contract, the public employee will have access to ordinary contractual remedies.

[114] The principles expressed in *Knight* in relation to the general duty of fairness owed by public authorities when making decisions that affect the rights, privileges or interests of individuals are valid and important. However, to the extent that the majority decision in *Knight* ignored the important effect of a contract of employment, it should not be followed. Where a public employee is protected from wrongful dismissal by contract, his or her remedy should be in private law, not in public law.

[115] The dismissal of a public employee should therefore generally be viewed as a typical employment law dispute. However, there may be occasions where a public law duty of fairness will still apply. We can envision two such situations at present. The first occurs where a public employee is not, in fact,

à l'équité reconnu en droit public soulève des difficultés et devrait selon nous être abandonnée. Elle s'est révélée difficile dans les faits et sans corrélation avec la raison d'être de l'imposition de l'obligation d'équité procédurale. Ce qui importe dans l'évaluation des actes de l'employeur public à l'endroit de son employé, c'est la nature de la relation d'emploi : lorsqu'elle est contractuelle, elle doit être considérée comme toute autre relation d'emploi assujettie au droit privé, même lorsque l'employé est titulaire d'une charge.

[113] L'analyse doit donc s'attacher d'abord à la nature du lien d'emploi avec l'organisme public. Depuis l'arrêt *Wells*, la plupart des relations d'emploi dans la fonction publique sont tenues pour contractuelles. Lorsque le lien est contractuel, tout différend relatif au congédiement doit être réglé comme le prévoit expressément ou implicitement le contrat d'emploi et conformément aux dispositions législatives ou réglementaires applicables, que l'employé soit ou non titulaire de charge. L'organisme public qui renvoie un employé en application d'un contrat d'emploi ne devrait pas être assujéti en outre à une obligation d'équité reconnue en droit public. Lorsque le congédiement contrevient au contrat, le fonctionnaire dispose des recours habituels suivant le droit des contrats.

[114] Les principes formulés dans l'arrêt *Knight* relativement à l'obligation générale d'équité à laquelle est tenu l'organisme public dont la décision touche les droits, les privilèges ou les biens d'une personne demeurent valables et importants. Toutefois, dans la mesure où les juges majoritaires n'ont pas tenu compte de l'effet déterminant d'un contrat d'emploi, l'arrêt ne devrait pas être suivi. L'employé qu'un contrat protège contre le congédiement injuste devait pouvoir exercer un recours en droit privé, et non en droit public.

[115] Il convient donc généralement de considérer le congédiement d'un employé du secteur public comme un différend ordinaire en droit du travail. Il peut quand même arriver que l'obligation d'équité procédurale s'applique. Deux situations peuvent actuellement être envisagées. La

protected by a contract of employment. This will be the case with judges, ministers of the Crown and others who “fulfill constitutionally defined state roles” (*Wells*, at para. 31). It may also be that the terms of appointment of some public office holders expressly provide for summary dismissal or, at the very least, are silent on the matter, in which case the office holders may be deemed to hold office “at pleasure” (see e.g. *New Brunswick Interpretation Act*, s. 20; *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 23(1)). Because an employee in this situation is truly subject to the will of the Crown, procedural fairness is required to ensure that public power is not exercised capriciously.

[116] A second situation occurs when a duty of fairness flows by necessary implication from a statutory power governing the employment relationship. In *Malloch*, the applicable statute provided that dismissal of a teacher could only take place if the teacher was given three weeks’ notice of the motion to dismiss. The House of Lords found that this necessarily implied a right for the teacher to make representations at the meeting where the dismissal motion was being considered. Otherwise, there would have been little reason for Parliament to have provided for the notice procedure in the first place (p. 1282). Whether and what type of procedural requirements result from a particular statutory power will of course depend on the specific wording at issue and will vary with the context (*Knight*, at p. 682).

#### B. Conclusion

[117] In this case, the appellant was a contractual employee of the respondent in addition to being a public office holder. Section 20 of the *Civil Service Act* provided that, as a civil servant, he could only be dismissed in accordance with the ordinary rules of contract. In these circumstances it was unnecessary to consider any public law duty of procedural fairness. The respondent was fully within its rights

première est celle où l’employé du secteur public n’est pas protégé dans les faits par un contrat d’emploi, comme c’est le cas des ministres de la Couronne et d’autres personnes qui « remplissent au sein de l’État des rôles définis constitutionnellement » (*Wells*, par. 31). Il peut aussi arriver que la nomination autorise expressément le congédiement sommaire du titulaire de la charge publique ou, à tout le moins, qu’elle ne prévoit rien à ce sujet, auquel cas l’intéressé peut être réputé occuper son poste à titre amovible (voir notamment la *Loi d’interprétation* du Nouveau-Brunswick, art. 20, et la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, par. 23(1)). Étant donné que l’employé est alors véritablement soumis à la volonté de l’État, l’obligation d’équité procédurale doit être imposée afin que le pouvoir public ne soit pas exercé de façon irrégulière.

[116] Dans la deuxième situation possible, l’obligation d’équité découle, par déduction nécessaire, d’un pouvoir légal régissant la relation d’emploi. Dans l’affaire *Malloch*, la loi applicable prévoyait qu’un enseignant ne pouvait être congédié qu’après avoir été informé trois semaines à l’avance de la tenue de la réunion où son congédiement serait proposé. La Chambre des lords a estimé que l’enseignant avait nécessairement le droit d’être entendu à cette réunion, sinon l’avis exigé par le législateur n’aurait eu aucune raison d’être (p. 1282). Naturellement, l’existence d’exigences procédurales et leur nature dépendront du libellé de la disposition en cause et varieront selon le contexte (*Knight*, p. 682).

#### B. Conclusion

[117] En l’espèce, l’appelant était à la fois titulaire d’une charge publique et employé contractuel de l’intimée. L’article 20 de la *Loi sur la Fonction publique* prévoyait qu’à titre de fonctionnaire, il ne pouvait être congédié que suivant les règles contractuelles ordinaires. Il n’était donc pas nécessaire de tenir compte de quelque obligation d’équité procédurale en droit public. L’intimée

to dismiss the appellant with pay in lieu of notice without affording him a hearing. The respondent dismissed the appellant with four months' pay in lieu of notice. The appellant was successful in increasing this amount to eight months. The appellant was protected by contract and was able to obtain contractual remedies in relation to his dismissal. By imposing procedural fairness requirements on the respondent over and above its contractual obligations and ordering the full "reinstatement" of the appellant, the adjudicator erred in his application of the duty of fairness and his decision was therefore correctly struck down by the Court of Queen's Bench.

#### V. Disposition

[118] We would dismiss the appeal. There will be no order for costs in this Court as the respondent is not requesting them.

The following are the reasons delivered by

[119] BINNIE J. — I agree with my colleagues that the appellant's former employment relationship with the respondent is governed by contract. The respondent chose to exercise its right to terminate the employment without alleging cause. The adjudicator adopted an unreasonable interpretation of s. 20 of the *Civil Service Act*, S.N.B. 1984, c. C-5.1, and of ss. 97(2.1) and 100.1 of the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25. The appellant was a non-unionized employee whose job was terminated in accordance with contract law. Public law principles of procedural fairness were not applicable in the circumstances. These conclusions are enough to dispose of the appeal.

[120] However, my colleagues Bastarache and LeBel JJ. are embarked on a more ambitious mission, stating that:

Although the instant appeal deals with the particular problem of judicial review of the decisions of an

pouvait parfaitement congédier l'appelant en lui versant une indemnité tenant lieu de préavis, sans lui offrir la possibilité d'être entendu. Elle a versé à l'appelant quatre mois de salaire tenant lieu de préavis, et ce dernier a obtenu que cette indemnité soit portée à huit mois de salaire. Bénéficiant de la protection d'un contrat, l'appelant a pu obtenir des mesures de réparation de nature contractuelle en liaison avec son congédiement. En assujettissant l'intimée à l'obligation d'équité procédurale en sus de ses obligations contractuelles et en ordonnant la réintégration de l'appelant, l'arbitre a commis une erreur dans l'application de l'obligation d'équité, et la Cour du Banc de la Reine a annulé à bon droit sa décision.

#### V. Dispositif

[118] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi. Aucune demande n'ayant été présentée en ce sens par l'intimée, aucune ordonnance n'est rendue relativement aux dépens devant la Cour.

Version française des motifs rendus par

[119] LE JUGE BINNIE — Je conviens avec mes collègues que le lien d'emploi était régi par un contrat. L'intimée a exercé son droit de mettre fin à l'emploi de l'appelant sans invoquer de motif. L'arbitre a interprété l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, ainsi que le par. 97(2.1) et l'art. 100.1 de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, d'une manière déraisonnable. L'appelant était un employé non syndiqué, et l'intimée a mis fin à son emploi conformément au droit contractuel. Les principes du droit public relatifs à l'équité procédurale ne s'appliquaient pas dans les circonstances. Ces conclusions suffisent pour statuer sur le pourvoi.

[120] Cependant, mes collègues les juges Bastarache et LeBel s'attellent à une tâche plus ambitieuse et affirment ce qui suit :

Même si le présent pourvoi porte plus particulièrement sur le contrôle judiciaire d'une décision arbitrale,

adjudicative tribunal, these reasons will address first and foremost the structure and characteristics of the system of judicial review as a whole.

. . . The time has arrived to re-examine the Canadian approach to judicial review of administrative decisions and develop a principled framework that is more coherent and workable. [Emphasis added; paras. 33 and 32.]

[121] The need for such a re-examination is widely recognized, but in the end my colleagues' reasons for judgment do not deal with the "system as a whole". They focus on administrative tribunals. In that context, they reduce the applicable standards of review from three to two ("correctness" and "reasonableness"), but retain the pragmatic and functional analysis, although now it is to be called the "standard of review analysis" (para. 63). A broader reappraisal is called for. Changing the name of the old pragmatic and functional test represents a limited advance, but as the poet says:

What's in a name? that which we call a rose  
By any other name would smell as sweet;

(*Romeo and Juliet*, Act II, Scene ii)

[122] I am emboldened by my colleagues' insistence that "a holistic approach is needed when considering fundamental principles" (para. 26) to express the following views. Judicial review is an idea that has lately become unduly burdened with law office metaphysics. We are concerned with substance not nomenclature. The words themselves are unobjectionable. The dreaded reference to "functional" can simply be taken to mean that generally speaking courts have the last word on what *they* consider the correct decision on legal matters (because deciding legal issues is their "function"), while administrators should generally have the last word within *their* function, which is to decide administrative matters. The word "pragmatic" not only signals a distaste for formalism but recognizes that a conceptually tidy division of functions has to be tempered by

dans les présents motifs, la Cour se penche avant tout sur l'architecture et les caractéristiques du mécanisme de contrôle judiciaire dans son ensemble.

. . . Le temps est venu de revoir le contrôle judiciaire des décisions administratives au Canada et d'établir un cadre d'analyse rationnel qui soit plus cohérent et fonctionnel. [Nous soulignons; par. 33 et 32.]

[121] La nécessité d'un tel réexamen est largement reconnue, mais en fin de compte, mes collègues ne s'attaquent pas au « mécanisme dans son ensemble ». Leurs motifs visent les tribunaux administratifs. Dans ce contexte, ils ramènent le nombre de normes de contrôle applicables de trois à deux (la « décision correcte » et la « décision raisonnable »), mais conservent l'analyse pragmatique et fonctionnelle, qu'ils rebaptisent « analyse relative à la norme de contrôle » (par. 63). Une réévaluation plus vaste s'impose. Modifier l'appellation de l'ancienne analyse pragmatique et fonctionnelle constitue une modeste avancée, mais comme dit le poète :

Qu'y a-t-il dans un nom?  
Ce que nous appelons une rose embaumerait autant sous un autre nom.

(*Roméo et Juliette*, acte II, scène ii)

[122] Vu l'affirmation de mes collègues selon laquelle « l'examen de principes fondamentaux commande une démarche globale » (par. 26), j'ose exprimer mon point de vue sur le sujet. Ces dernières années, des débats métaphysico-juridiques ont indûment embrouillé la notion de contrôle judiciaire. Il s'agit de modifier le mécanisme lui-même, et non son appellation. En eux-mêmes, les termes employés n'ont rien de répréhensible. Le redoutable qualificatif « fonctionnel » peut simplement être interprété comme conférant généralement aux cours de justice le pouvoir de décider en fin de compte ce qui, à *leur* avis, constitue la bonne décision sur le plan juridique (leur « fonction » étant de statuer sur les questions de droit), alors que le décideur administratif devrait généralement avoir le dernier mot dans l'exercice de *sa* fonction, qui consiste à trancher en matière administrative. Non

practical considerations: for example, a labour board is better placed than the courts to interpret the intricacies of provisions in a labour statute governing replacement of union workers; see e.g. *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227.

[123] Parliament or a provincial legislature is often well advised to allocate an administrative decision to someone other than a judge. The judge is on the outside of the administration looking in. The legislators are entitled to put their trust in the viewpoint of the designated decision maker (particularly as to what constitutes a reasonable outcome), not only in the case of the administrative tribunals of principal concern to my colleagues but (taking a “holistic approach”) also in the case of a minister, a board, a public servant, a commission, an elected council or other administrative bodies and statutory decision makers. In the absence of a full statutory right of appeal, the court ought generally to respect the exercise of the administrative discretion, particularly in the face of a privative clause.

[124] On the other hand, a court is right to insist that *its* view of the correct opinion (i.e. the “correctness” standard of review) is accepted on questions concerning the Constitution, the common law, and the interpretation of a statute other than the administrator’s enabling statute (the “home statute”) or a rule or statute closely connected with it; see generally D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at para. 14:2210.

[125] Thus the law (or, more grandly, the “rule of law”) sets the boundaries of potential administrative action. It is sometimes said by judges that an administrator acting within his or her discretion

seulement l’adjectif « pragmatique » exprime une répugnance pour le formalisme, mais il reconnaît également la nécessité de tempérer la stricte division conceptuelle des fonctions par des considérations pratiques (p. ex., le fait qu’un conseil des relations de travail est plus à même qu’une cour de justice d’interpréter les subtilités de dispositions législatives sur le travail régissant le remplacement de travailleurs syndiqués : voir, entre autres, *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227).

[123] Souvent, le législateur fédéral ou provincial est bien inspiré de confier à un autre organisme qu’une cour de justice le soin de rendre une décision administrative. La cour de justice a sur l’Administration un point de vue extérieur à celle-ci. Il est loisible au législateur de s’en remettre au jugement d’un décideur qu’il désigne (en particulier quant à la raisonabilité du résultat) non seulement dans le cas des tribunaux administratifs auxquels s’intéressent principalement mes collègues, mais aussi (suivant une démarche globale) dans le cas d’un ministre, d’un organisme, d’un fonctionnaire, d’un corps élu ou d’un autre organisme administratif ou d’origine législative. En l’absence d’un droit d’appel inconditionnel prévu par la loi, la cour de révision doit généralement respecter l’exercice du pouvoir discrétionnaire, surtout en présence d’une clause privative.

[124] Par contre, elle peut légitimement soutenir que ce qu’elle estime constituer la bonne décision (la norme de la « décision correcte ») prévaut pour les questions relatives à la Constitution, au droit commun et à l’interprétation d’autres lois que la loi habilitante du décideur administratif (sa « loi constitutive ») ou une règle ou un texte législatif étroitement lié à celle-ci : voir généralement D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), par. 14 : 2210.

[125] Le droit ou, plus solennellement, la « règle de droit », délimite donc la portée de l’action administrative possible. Les juges disent parfois que dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, le

“has the right to be wrong”. This reflects an unduly court-centred view of the universe. A disagreement between the court and an administrator does not necessarily mean that the administrator is wrong.

#### A. *Limits on the Allocation of Decision Making*

[126] It should not be difficult in the course of judicial review to identify legal questions requiring disposition by a judge. There are three basic legal limits on the allocation of administrative discretion.

[127] Firstly, the Constitution restricts the legislator’s ability to allocate issues to administrative bodies which s. 96 of the *Constitution Act, 1867* has allocated to the courts. The logic of the constitutional limitation is obvious. If the limitation did not exist, the government could transfer the work of the courts to administrative bodies that are not independent of the executive and by statute immunize the decisions of these bodies from effective judicial review. The country would still possess an independent judiciary, but the courts would not be available to citizens whose rights or interests are trapped in the administration.

[128] Secondly, administrative action must be founded on statutory or prerogative (i.e. common law) powers. This too is a simple idea. No one can exercise a power they do not possess. Whether or not the power (or jurisdiction) exists is a question of law for the courts to determine, just as it is for the courts (not the administrators) to have the final word on questions of general law that may be relevant to the resolution of an administrative issue. The instances where this Court has deferred to an administrator’s conclusion of law *outside* his or her home statute, or a statute “intimately” connected thereto, are exceptional. We should say so. Instead, my colleagues say the court’s view of the law will prevail

décideur administratif « a le droit de se tromper », ce qui traduit, de la part des cours de justice, une conception de l’univers centrée sur elles-mêmes. Ce n’est pas parce que la cour est en désaccord avec le décideur administratif que ce dernier a nécessairement tort.

#### A. *Les limites imposées à l’attribution du pouvoir décisionnel*

[126] Lors du contrôle judiciaire, la détermination des questions de droit devant être tranchées par une cour de justice ne devrait pas être ardue. Trois éléments restreignent fondamentalement l’attribution du pouvoir discrétionnaire administratif.

[127] En premier lieu, la Constitution empêche le législateur de confier à un organisme administratif le règlement d’une question qui relève d’une cour de justice suivant l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et ce, pour une raison manifeste. Si ce n’était pas le cas, l’État pourrait confier la tâche des tribunaux judiciaires à des organismes administratifs qui ne sont pas indépendants de l’exécutif et, par voie législative, soustraire les décisions de ces organismes à un véritable contrôle judiciaire. Le pays conserverait un pouvoir judiciaire indépendant, mais les cours de justice seraient hors de portée des citoyens dont les droits sont piégés dans l’appareil administratif.

[128] En deuxième lieu, l’action administrative doit s’appuyer sur un pouvoir conféré par la loi ou découlant d’une prérogative (c.-à-d. de la common law). Là également, le principe est simple. Nul ne peut exercer un pouvoir dont il n’est pas investi. Il appartient à la cour de révision de statuer sur la question de droit que constitue l’existence ou l’inexistence d’un pouvoir (ou d’une compétence), tout comme il lui revient (et non au décideur administratif) de trancher en dernier ressort les questions de droit générales susceptibles de jouer dans le règlement d’une question administrative. Ce n’est qu’exceptionnellement que la Cour a déféré à une conclusion de droit tirée par un décideur administratif dans l’application d’autres dispositions que celles de sa loi constitutive ou d’une loi « intimement » liée à celle-ci. Disons-le. Au lieu de cela, mes collègues estiment que l’interprétation préconisée par la cour de révision l’emporte

where the question at issue is one of general law “that is both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator’s specialized area of expertise”. [para. 60]

It is, with respect, a distraction to unleash a debate in the reviewing judge’s courtroom about whether or not a particular question of law is “of central importance to the legal system as a whole”. It should be sufficient to frame a rule exempting from the correctness standard the provisions of the home statute and closely related statutes which require the expertise of the administrative decision maker (as in the labour board example). Apart from that exception, we should prefer clarity to needless complexity and hold that the last word on questions of general law should be left to judges.

[129] Thirdly, a fair procedure is said to be the handmaiden of justice. Accordingly, procedural limits are placed on administrative bodies by statute and the common law. These include the requirements of “procedural fairness”, which will vary with the type of decision maker and the type of decision under review. On such matters, as well, the courts have the final say. The need for such procedural safeguards is obvious. Nobody should have his or her rights, interests or privileges adversely dealt with by an unjust process. Nor is such an unjust intent to be attributed easily to legislators. Hansard is full of expressions of concern by Ministers and Members of Parliament regarding the fairness of proposed legislative provisions. There is a dated *hauteur* about judicial pronouncements such as that the “justice of the common law will supply the omission of the legislature” (*Cooper v. Wandsworth Board of Works* (1863), 14 C.B. (N.S.) 180, 143 E.R. 414 (C.P.), at p. 420). Generally speaking, legislators and judges in this country are working with a common set of basic legal and constitutional values. They share a belief in the rule of law. Constitutional considerations aside, however, statutory protections can nevertheless be repealed and common law protections can be modified by statute, as was demonstrated in *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor*

dans le cas d’une question de droit générale « à la fois, d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d’expertise de l’arbitre ». [par. 60]

Sauf le respect que je leur dois, tout débat quant à savoir si une question de droit donnée est « d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble » distrait la cour dans l’accomplissement de sa tâche. Il devrait suffire de soustraire à l’application de la norme de la décision correcte l’interprétation de la loi constitutive du décideur administratif ou de quelque loi très connexe faisant appel à l’expertise de ce dernier (en matière de relations de travail, par exemple). Cette exception mise à part, nous devrions préférer la clarté à la complexité superflue et statuer que la cour de révision a le dernier mot sur une question de droit générale.

[129] En troisième lieu, le caractère équitable de la procédure est censé être au service de la justice. C’est pourquoi le législateur et la common law imposent aux organismes administratifs des obligations en la matière — dont l’« équité procédurale » — qui varient selon la catégorie à laquelle appartient le décideur et la nature de la décision en cause. La cour de révision a le dernier mot à ce chapitre aussi. La nécessité de telles garanties procédurales est manifeste. Nul ne devrait voir ses droits, ses intérêts ou ses privilèges faire l’objet d’une décision défavorable à l’issue d’une procédure injuste. On ne saurait non plus prêter au législateur l’intention d’obtenir pareil résultat inique. Le Hansard regorge de préoccupations exprimées par des ministres et des députés concernant le caractère équitable des dispositions législatives proposées. Certaines affirmations, telle la [TRADUCTION] « justice de la common law suppléera aux lacunes du législateur » (*Cooper c. Wandsworth Board of Works* (1863), 14 C.B. (N.S.) 180, 143 E.R. 414 (C.P.), p. 420), traduisent une attitude hautaine dépassée à l’égard des décisions de justice. En règle générale, les législateurs et les juges de ce pays exercent leurs fonctions à partir d’un ensemble commun de valeurs juridiques et constitutionnelles. Ils partagent une même foi dans la primauté du droit. Toutefois, abstraction faite du respect de la Constitution, une

*Control and Licensing Branch*), [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52.

#### B. Reasonableness of Outcome

[130] At this point, judicial review shifts gears. When the applicant for judicial review challenges the substantive *outcome* of an administrative action, the judge is invited to cross the line into second-guessing matters that lie within the function of the administrator. This is controversial because it is not immediately obvious why a judge's view of the reasonableness of an administrative policy or the exercise of an administrative discretion should be preferred to that of the administrator to whom Parliament or a legislature has allocated the decision, unless there is a full statutory right of appeal to the courts, or it is otherwise indicated in the conferring legislation that a "correctness" standard is intended.

[131] In *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, Beetz J. adopted the view that "[t]o a large extent judicial review of administrative action is a specialized branch of statutory interpretation" (p. 1087 (emphasis deleted)). Judicial intervention in administrative decisions on grounds of substance (in the absence of a constitutional challenge) has been based on presumed legislative intent in a line of cases from *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp.*, [1947] 2 All E.R. 680 (C.A.) ("you may have something so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority" (p. 683)) to *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.* ("was the Board's interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation . . . ?" (p. 237)). More recent examples are *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (para. 53), and *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*,

garantie légale peut tout de même être abrogée et celle offerte par la common law, modifiée par la loi, comme cela avait été le cas dans l'affaire *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52.

#### B. La raisonabilité du résultat

[130] À cette étape, l'objet du contrôle judiciaire devient différent. Lorsque le demandeur conteste une mesure administrative quant au fond, la cour de révision est invitée à faire un pas de plus et à remettre en question une décision relevant du décideur administratif, ce qui prête à controverse. En effet, en ce qui concerne la raisonabilité d'une politique administrative ou de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire administratif, il n'y a pas de raison évidente de préférer l'appréciation judiciaire à celle du décideur administratif auquel le législateur a attribué le pouvoir de trancher, sauf lorsque la loi prévoit un droit d'appel inconditionnel devant une cour de justice ou que l'intention du législateur d'assujettir le décideur à la norme de la décision correcte ressort par ailleurs de la loi habilitante.

[131] Dans l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, le juge Beetz a estimé que « [d]ans une large mesure, l'examen judiciaire d'un acte administratif est une division spécialisée de l'interprétation des lois » (p. 1087 (soulignement omis)). Dans une série d'affaires allant d'*Associated Provincial Picture Houses Ltd. c. Wednesbury Corp.*, [1947] 2 All E.R. 680 (C.A.) (où il est dit à la p. 683 : [TRADUCTION] « on peut se trouver en présence de quelque chose de si absurde qu'il ne viendrait jamais à l'idée d'une personne sensée que cela relève des pouvoirs de l'autorité ») à *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963* (où la Cour se demande à la p. 237 : « l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente . . . ? »), le contrôle judiciaire de décisions administratives sur le fond (en l'absence d'une allégation d'inconstitutionnalité) s'est appuyé sur l'intention présumée du législateur. Au nombre des arrêts plus récents, mentionnons *Baker c. Canada (Ministre de la*



[2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41 (paras. 60-61). Judicial review proceeds on the justified presumption that legislators do not intend results that depart from *reasonable* standards.

C. *The Need to Reappraise the Approach to Judicial Review*

[132] The present difficulty, it seems, does not lie in the component parts of judicial review, most of which are well entrenched in decades of case law, but in the current methodology for putting those component parts into action. There is afoot in the legal profession a desire for clearer guidance than is provided by lists of principles, factors and spectrums. It must be recognized, of course, that complexity is inherent in all legal principles that must address the vast range of administrative decision making. The objection is that our present “pragmatic and functional” approach is more complicated than is required by the subject matter.

[133] People who feel victimized or unjustly dealt with by the apparatus of government, and who have no recourse to an administrative appeal, should have access to an independent judge through a procedure that is quick and relatively inexpensive. Like much litigation these days, however, judicial review is burdened with undue cost and delay. Litigants understandably hesitate to go to court to seek redress for a perceived administrative injustice if their lawyers cannot predict with confidence even what standard of review will be applied. The disposition of the case may well *turn* on the choice of standard of review. If litigants do take the plunge, they may find the court’s attention focussed not on their complaints, or the government’s response, but on lengthy and arcane discussions of something they are told is the pragmatic and functional test. Every hour of a lawyer’s preparation and court time devoted to unproductive “lawyer’s talk” poses a significant cost to the applicant. If the challenge is unsuccessful, the unhappy applicant may also

*Citoyenneté et de l’Immigration*), [1999] 2 R.C.S. 817 (par. 53), et *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41 (par. 60-61). Le contrôle judiciaire se fonde sur la présomption légitime que le législateur n’a pas voulu de résultats qui ne répondent pas à quelque norme de *raisonnabilité*.

C. *La réévaluation nécessaire du mécanisme de contrôle judiciaire*

[132] Il appert que la difficulté actuelle réside non pas dans les éléments constitutifs du contrôle judiciaire, dont la plupart sont bien ancrés dans des décennies de jurisprudence, mais bien dans la méthode couramment employée pour les mettre à l’œuvre. La profession juridique appelle de ses vœux l’établissement de repères plus clairs que ceux offerts par des énumérations de principes, de facteurs et d’échelles. Force est toutefois de reconnaître que la complexité est inhérente à tout principe juridique devant s’appliquer à une vaste gamme de décisions administratives. Ce que l’on reproche à l’actuelle analyse « pragmatique et fonctionnelle » c’est d’être plus compliquée qu’elle ne le devrait.

[133] La personne qui s’estime victime de l’appareil gouvernemental ou traitée injustement par celui-ci, et à qui l’Administration ne confère aucun droit d’appel, devrait avoir accès à un tribunal judiciaire indépendant au moyen d’une procédure rapide et relativement peu coûteuse. Or, comme bien des instances engagées de nos jours, le contrôle judiciaire est à la fois trop coûteux et trop long. On comprend le justiciable d’hésiter à s’adresser aux tribunaux pour obtenir réparation à l’égard de ce qu’il considère comme une injustice administrative lorsque son avocat ne peut même pas prévoir avec certitude quelle norme de contrôle s’appliquera. Pourtant, l’issue du recours peut bien *dépendre* de la norme de contrôle retenue. Le justiciable qui va de l’avant constate que la cour ne met pas l’accent sur sa prétention ou sur la mesure prise par l’État, mais qu’elle arbitre plutôt un long et mystérieux débat sur une méthode dite « pragmatique et fonctionnelle ». Chaque heure de préparation et de vacation que consacre l’avocat à un débat

face a substantial bill of costs from the successful government agency. A victory before the reviewing court may be overturned on appeal because the wrong “standard of review” was selected. A small business denied a licence or a professional person who wants to challenge disciplinary action should be able to seek judicial review without betting the store or the house on the outcome. Thus, in my view, the law of judicial review should be pruned of some of its unduly subtle, unproductive, or esoteric features.

#### D. *Standards of Review*

[134] My colleagues conclude that three standards of review should be reduced to two standards of review. I agree that this simplification will avoid some of the arcane debates about the point at which “unreasonableness” becomes “patent unreasonableness”. However, in my view the repercussions of their position go well beyond administrative tribunals. My colleagues conclude, and I agree:

Looking to either the magnitude or the immediacy of the defect in the tribunal’s decision provides no meaningful way in practice of distinguishing between a patently unreasonable and an unreasonable decision. [para. 41]

More broadly, they declare that “the analytical problems that arise in trying to apply the different standards undercut any conceptual usefulness created by the inherently greater flexibility of having multiple standards of review” (para. 44), and “any actual difference between them in terms of their operation appears to be illusory” (para. 41). A test which is incoherent when applied to administrative tribunals does not gain in coherence or logic when applied to other administrative decision makers such as mid-level bureaucrats or, for that matter, Ministers. If logic and language cannot capture the distinction in one context, it must equally be deficient elsewhere in the field of judicial review. I therefore proceed on the basis that the distinction between “patent unreasonableness” and “reasonableness *simpliciter*” has been declared by the Court

juridique improductif coûte cher au client. De plus, le demandeur débouté peut bien devoir verser des dépens substantiels au gouvernement. La décision favorable rendue par la cour de révision peut être infirmée en appel au motif que la bonne « norme de contrôle » n’a pas été appliquée. La petite entreprise à qui on refuse un permis ou le professionnel qui fait l’objet d’une mesure disciplinaire devrait pouvoir demander le contrôle judiciaire de la décision sans miser son commerce ou sa maison sur l’issue de l’instance. C’est pourquoi le droit applicable en la matière devrait à mon sens être débarrassé de certaines caractéristiques indûment subtiles, improductives ou ésotériques.

#### D. *Les normes de contrôle*

[134] Mes collègues concluent que les trois normes de contrôle devraient être ramenées à deux. Cette simplification permettra certes d’éviter certains échanges obscurs sur le moment auquel une décision « déraisonnable » devient « manifestement déraisonnable », mais selon moi, elle aura des répercussions sur bien d’autres décideurs. Je souscris à l’avis de mes collègues lorsqu’ils affirment :

Dans les faits, ni l’importance du défaut entachant la décision ni son caractère flagrant ne permettent vraiment de distinguer une décision manifestement déraisonnable d’une décision déraisonnable. [par. 41]

D’un point de vue général, ils ajoutent que « les difficultés analytiques soulevées par l’application des différentes normes réduisent à néant toute utilité conceptuelle découlant de la plus grande souplesse propre à l’existence de normes de contrôle multiples » (par. 44), puis « toute différence réelle sur le plan de l’application se révèle illusoire » (par. 41). Un test incohérent appliqué à un tribunal administratif ne gagne pas en cohérence ou en logique lorsqu’il s’applique à un autre décideur administratif, qu’il s’agisse d’un fonctionnaire de rang moyen, voire d’un ministre. Lorsque ni la logique ni la langue ne peuvent saisir la distinction dans un contexte, elles ne peuvent non plus le faire par ailleurs dans le domaine du contrôle judiciaire. Je suppose donc que la Cour abandonne la distinction entre le « manifestement déraisonnable » et le

to be abandoned. I propose at this point to examine what I see as some of the implications of this abandonment.

#### E. *Degrees of Deference*

[135] The distinction between reasonableness *simpliciter* and patent unreasonableness was not directed merely to “the magnitude or the immediacy of the defect” in the administrative decision (para. 41). The distinction also recognized that different administrative decisions command different degrees of deference, depending on who is deciding what.

[136] A minister making decisions under the *Extradition Act*, R.S.C. 1985, c. E-23, to surrender a fugitive, for example, is said to be “at the extreme legislative end of the *continuum* of administrative decision-making” (*Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, at p. 659). On the other hand, a ministerial delegate making a deportation decision according to ministerial guidelines was accorded considerably less deference in *Baker* (where the “reasonableness *simpliciter*” standard was applied). The difference does not lie only in the judge’s view of the perceived immediacy of the defect in the administrative decision. In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, a unanimous Court adopted the caution in the context of counter-terrorism measures that “[i]f the people are to accept the consequences of such decisions, they must be made by persons whom the people have elected and whom they can remove” (para. 33). Administrative decision makers generally command respect more for their expertise than for their prominence in the administrative food chain. Far more numerous are the lesser officials who reside in the bowels and recesses of government departments adjudicating pension benefits or the granting or withholding of licences, or municipal boards poring over budgets or allocating costs of local improvements. Then there are the Cabinet and Ministers of the Crown who make broad decisions of public policy such as testing cruise missiles, *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, or policy decisions

« raisonnable *simpliciter* ». Je me penche maintenant sur certaines des conséquences que me paraît avoir cet abandon.

#### E. *Les degrés de déférence*

[135] La distinction entre la norme de la décision raisonnable *simpliciter* et celle de la décision manifestement déraisonnable ne tenait pas seulement à « l’importance du défaut entachant la décision [administrative] ni [à] son caractère flagrant » (par. 41). Elle reconnaissait aussi le fait que différentes décisions administratives appellent différents degrés de déférence, selon l’identité du décideur et la nature de la décision.

[136] On dit par exemple de la décision du ministre d’extrader un fugitif en application de la *Loi sur l’extradition*, L.R.C. 1985, ch. E-23, qu’elle « se situe à l’extrême limite législative du processus décisionnel administratif » (*Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, p. 659). Par contre, la décision d’un représentant du ministre d’expulser une personne sur le fondement de lignes directrices ministérielles a fait l’objet d’une déférence bien moins grande dans l’affaire *Baker*, où la norme de la « décision raisonnable *simpliciter* » a été appliquée. La distinction ne tient pas seulement à l’opinion du juge quant au caractère flagrant du défaut entachant la décision administrative. Dans l’affaire *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, la Cour a fait sienne à l’unanimité la mise en garde suivante applicable dans le contexte de mesures contre le terrorisme : [TRADUCTION] « Pour que la population accepte les conséquences de ces décisions, elles doivent être prises par des personnes que la population a choisies et qu’elle peut écarter » (par. 33). En règle générale, le décideur administratif commande le respect davantage pour son expertise que pour son importance dans la hiérarchie de l’État. Les fonctionnaires de rang inférieur qui, dans le dédale des différents ministères, accordent prestations de retraite et autres ou délivrent (ou refusent) permis et licences, ou encore, les organismes municipaux qui planchent sur des budgets ou répartissent les coûts d’améliorations locales, sont de loin les décideurs les plus nombreux. Puis il y a le Cabinet et

arising out of decisions of major administrative tribunals, as in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, at p. 753, where the Court said: “The very nature of the body must be taken into account in assessing the technique of review which has been adopted by the Governor in Council.”

[137] Of course, the degree of deference also depends on the nature and content of the question. An adjudicative tribunal called on to approve pipelines based on “public convenience and necessity” (*Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322) or simply to take a decision in the “public interest” is necessarily accorded more room to manoeuvre than is a professional body, given the task of determining an appropriate sanction for a member’s misconduct (*Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20).

[138] In our recent jurisprudence, the “nature of the question” before the decision maker has been considered as one of a number of elements to be considered in choosing amongst the various standards of review. At this point, however, I believe it plays a more important role in terms of substantive review. It helps to define the range of reasonable outcomes within which the administrator is authorized to choose.

[139] The judicial sensitivity to different levels of respect (or deference) required in different situations is quite legitimate. “Contextualizing” a single standard of review will shift the debate (slightly) from choosing *between* two standards of reasonableness that each represent a different level of deference to a debate *within* a single standard of reasonableness to determine the appropriate level of deference. In practice, the result of today’s decision may be like the bold innovations of a traffic engineer that in the end do no more than shift rush hour congestion from one road intersection to another

les ministres qui prennent des décisions politiques de large portée comme celle de permettre l’essai de missiles de croisière (*Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441) ou des décisions politiques dans la foulée de tribunaux administratifs de premier plan, comme dans l’affaire *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, où la Cour a dit qu’« [i]l faut, dans l’évaluation de la technique de révision adoptée par le gouverneur en conseil, tenir compte de la nature même de ce corps constitué » (p. 753).

[137] Bien sûr, le degré de déférence tient aussi à la nature et à la teneur de la question à trancher. Le tribunal administratif appelé à approuver un pipeline sur le fondement de l’« utilité publique » (*Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l’énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322) ou simplement à rendre une décision « dans l’intérêt public » jouit nécessairement d’une plus grande marge de manoeuvre que l’organisme professionnel auquel il incombe de déterminer la sanction qu’il convient d’imposer à un membre pris en faute (*Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20).

[138] Dans la jurisprudence récente de la Cour, la « nature de la question » soumise au décideur est considérée comme l’un des éléments à prendre en compte pour arrêter la bonne norme de contrôle. Maintenant, je crois cependant qu’elle joue un rôle plus déterminant sur le fond. Elle contribue en effet à circonscrire les issues raisonnables qui s’offrent au décideur administratif.

[139] Il est parfaitement légitime que les cours se soucient des différents degrés de respect (ou de déférence) que commandent différentes situations. Appliquer en fonction du contexte une norme de contrôle unique transforme (quelque peu) le débat : il ne s’agit plus de choisir *entre* deux normes de raisonabilité correspondant chacune à un degré de déférence distinct, mais bien de déterminer le bon degré de déférence *à l’intérieur* d’une seule norme de raisonabilité. Le résultat du présent arrêt pourrait bien s’apparenter dans les faits à celui obtenu par un ingénieur de la circulation routière dont les

without any overall saving to motorists in time or expense.

[140] That said, I agree that the repeated attempts to define and explain the difference between reasonableness *simpliciter* and “patent” unreasonableness can be seen with the benefit of hindsight to be unproductive and distracting. Nevertheless, the underlying issue of degrees of deference (which the two standards were designed to address) remains.

[141] Historically, our law recognized “patent” unreasonableness before it recognized what became known as reasonableness *simpliciter*. The adjective “patent” initially underscored the level of respect that was due to the designated decision maker, and signalled the narrow authority of the courts to interfere with a particular administrative *outcome* on substantive grounds. The reasonableness *simpliciter* standard was added at a later date to recognize a reduced level of deference. Reducing three standards of review to two standards of review does not alter the reality that at the high end “patent” unreasonableness (in the sense of manifestly indefensible) was not a bad description of the hurdle an applicant had to get over to have an administrative decision quashed on a ground of substance. The danger of labelling the most “deferential” standard as “reasonableness” is that it may be taken (wrongly) as an invitation to reviewing judges not simply to identify the usual issues, such as whether irrelevant matters were taken into consideration, or relevant matters were not taken into consideration, but to reweigh the input that resulted in the administrator’s decision as if it were the judge’s view of “reasonableness” that counts. At this point, the judge’s role is to identify the outer boundaries of reasonable outcomes within which the administrative decision maker is free to choose.

#### F. *Multiple Aspects of Administrative Decisions*

[142] Mention should be made of a further feature that also reflects the complexity of the subject

mesures audacieuses visant à réduire la congestion à l’heure de pointe ne font en fin de compte que déplacer le problème d’une intersection à une autre sans économie globale de temps ou d’argent pour les automobilistes.

[140] Cela dit, je conviens qu’avec le recul, les tentatives répétées de définir et d’expliquer la différence entre la décision raisonnable *simpliciter* et la décision « manifestement » déraisonnable peuvent être tenues pour vaines et importunes. Néanmoins, la question sous-jacente du degré de déférence (que devait régler l’application des deux normes) demeure.

[141] Notre droit a reconnu la norme du « manifestement » déraisonnable avant celle de la décision raisonnable *simpliciter*. Au départ, l’adverbe « manifestement » soulignait l’importance du respect auquel avait droit le décideur administratif et la minceur du pouvoir de la cour de réviser sa décision sur le fond. La norme du raisonnable *simpliciter* s’est ajoutée subséquentement pour reconnaître un degré de déférence moindre. Malgré l’abaissement du nombre de normes de contrôle de trois à deux, il demeure qu’à la limite supérieure de l’échelle, l’expression « manifestement » déraisonnable (au sens de manifestement indéfendable) rendait assez bien la difficulté que devait surmonter le demandeur pour obtenir l’annulation d’une décision administrative sur le fond. Qualifier de « raisonnable » la décision qui justifie la plus grande déférence risque d’inciter (à tort) les cours de révision à ne pas seulement se poser les questions habituelles (p. ex., des éléments non pertinents ont-ils été pris en compte ou a-t-on fait abstraction d’éléments pertinents?), mais à soupeser à leur tour les données à partir desquelles le décideur administratif a tranché, comme si leur perception de ce qui est « raisonnable » l’emportait. Le rôle de la cour de révision est de délimiter les résultats raisonnables parmi lesquels le décideur administratif est libre de choisir.

#### F. *Les multiples facettes de la décision administrative*

[142] Il convient de faire état d’une autre caractéristique qui témoigne également de la complexité

matter of judicial review. An applicant may advance several grounds for quashing an administrative decision. He or she may contend that the decision maker has misinterpreted the general law. He or she may argue, in the alternative, that even if the decision maker got the general law straight (an issue on which the court's view of what is correct will prevail), the decision maker did not properly apply it to the facts (an issue on which the decision maker is entitled to deference). In a challenge under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to a surrender for extradition, for example, the minister will have to comply with the Court's view of *Charter* principles (the "correctness" standard), but if he or she correctly appreciates the applicable law, the court will properly recognize a wide discretion in the application of those principles to the particular facts. The same approach is taken to less exalted decision makers (*Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11). In the jargon of the judicial review bar, this is known as "segmentation".

#### G. *The Existence of a Privative Clause*

[143] The existence of a privative clause is currently subsumed within the "pragmatic and functional" test as one factor amongst others to be considered in determining the appropriate standard of review, where it supports the choice of the patent unreasonableness standard. A single standard of "reasonableness" cannot mean that the degree of deference is unaffected by the existence of a suitably worded privative clause. It is certainly a relevant contextual circumstance that helps to calibrate the intrusiveness of a court's review. It signals the level of respect that must be shown. Chief Justice Laskin during argument once memorably condemned the quashing of a labour board decision protected by a strong privative clause, by saying "what's wrong with these people [the judges], can't they read?" A system of judicial review based on the rule of law ought not to treat a privative clause as conclusive, but it is more than just another "factor" in the hopper of pragmatism and functionality. Its existence should presumptively foreclose judicial review on the basis of *outcome* on substantive grounds unless the applicant can show that the

du contrôle judiciaire. Plusieurs motifs d'annulation peuvent être invoqués à l'encontre d'une décision administrative, dont celui que son auteur a mal interprété le droit général. Subsidiairement, même si le décideur a bien interprété celui-ci (la norme de la décision correcte s'appliquant à cet égard), on peut lui reprocher de ne l'avoir pas correctement appliqué aux faits (le décideur ayant droit à la déférence sur ce point). Lorsque, par exemple, la décision d'extrader une personne est contestée sur le fondement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le ministre doit se conformer à l'interprétation judiciaire des principes constitutionnels (la norme de la « décision correcte »), mais lorsqu'il saisit bien le droit applicable, la cour lui reconnaît à juste titre un large pouvoir discrétionnaire dans l'application de ces principes aux faits de l'espèce. La même approche vaut pour les décideurs de rang inférieur (*Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11). Dans le jargon du contrôle judiciaire, on parle de « fractionnement ».

#### G. *L'existence d'une clause privative*

[143] L'existence d'une clause privative est actuellement prise en compte lors l'analyse « pragmatique et fonctionnelle » comme l'un des facteurs jouant dans la détermination de la bonne norme de contrôle et elle milite alors en faveur de la norme du manifestement déraisonnable. Même si une seule norme de « raisonabilité » s'applique, l'existence d'une clause privative convenablement libellée influence nécessairement le degré de déférence. Il s'agit sans aucun doute d'un élément contextuel pertinent qui permet à la cour de moduler son immixtion, et c'est un indice du respect qui s'impose. Lors de plaidoiries, le juge en chef Laskin a un jour vertement condamné l'annulation d'une décision administrative en droit du travail malgré l'application d'une clause privative non équivoque : [TRADUCTION] « Qu'est-ce qui ne va pas chez ces gens [les juges], ils ne savent pas lire? » Un mécanisme de contrôle judiciaire axé sur la primauté du droit ne doit pas tenir une clause privative pour décisive, mais celle-ci constitue davantage qu'un « facteur » parmi d'autres dans l'analyse pragmatique et fonctionnelle. Sa présence devrait *a priori*

clause, properly interpreted, permits it or there is some legal reason why it cannot be given effect.

#### H. A Broader Reappraisal

[144] “Reasonableness” is a big tent that will have to accommodate a lot of variables that inform and limit a court’s review of the outcome of administrative decision making.

[145] The theory of our recent case law has been that once the appropriate standard of review is selected, it is a fairly straightforward matter to apply it. In practice, the criteria for selection among “reasonableness” standards of review proved to be undefinable and their application unpredictable. The present incarnation of the “standard of review” analysis requires a threshold debate about the four factors (non-exhaustive) which critics say too often leads to unnecessary delay, uncertainty and costs as arguments rage before the court about balancing expertise against the “real” nature of the question before the administrator, or whether the existence of a privative clause trumps the larger statutory purpose, and so on. And this is all mere *preparation* for the argument about the actual substance of the case. While a measure of uncertainty is inherent in the subject matter and unavoidable in litigation (otherwise there wouldn’t be any), we should at least (i) establish some presumptive rules and (ii) get the parties away from arguing about the tests and back to arguing about the substantive merits of their case.

[146] The going-in presumption should be that the standard of review of any administrative outcome on grounds of substance is not correctness but reasonableness (“contextually” applied). The fact that the legislature designated someone other than the court as the decision maker calls for deference to (or judicial respect for) the outcome, absent a broad statutory right of appeal. Administrative decisions generally call for the exercise of discretion. Everybody recognizes in such cases that there is *no* single “correct” outcome. It should also be

faire obstacle au contrôle judiciaire de la *décision* sur le fond, sauf lorsque le demandeur peut établir que la clause, interprétée correctement, l’autorise ou que pour quelque motif juridique, il ne peut être donné effet à celle-ci.

#### H. Une réévaluation plus large

[144] La notion de « raisonabilité » est vaste et son application devra prendre en compte un grand nombre de variables qui délimitent le contrôle judiciaire d’une décision administrative.

[145] Suivant la jurisprudence récente de notre Cour, une fois arrêtée, la norme de contrôle est en principe relativement simple à appliquer. Or, dans les faits, les critères présidant au choix entre les normes fondées sur la « raisonabilité » se révèlent indéfinissables et leur application, imprévisible. La démarche actuelle commande l’examen préalable de quatre facteurs (non exhaustifs) qui, selon les détracteurs du mécanisme, prolongent indûment l’instance, accroissent l’incertitude et majoreront les coûts, des arguments étant alors présentés à la cour quant à l’adéquation de l’expertise du décideur administratif avec la nature « véritable » de la question à trancher ou quant à la préséance de la clause privative sur l’objet général de la loi, etc. Et tout cela n’est que le *prélude* à la plaidoirie sur la véritable question de fond. Le doute va jusqu’à un certain point de soi en la matière, comme dans tout litige (sinon il n’y en aurait pas), mais nous devrions à tout le moins (i) établir quelques présomptions et (ii) faire en sorte que les parties cessent de débattre des critères applicables et fassent plutôt valoir leurs prétentions sur le fond.

[146] Il devrait être présumé au départ que la norme de contrôle de toute décision administrative sur le fond est celle non pas de la décision correcte, mais bien de la raisonabilité (appliquée selon le contexte). Le fait que le législateur a conféré le pouvoir décisionnel à un autre organisme qu’une cour de justice appelle la déférence (ou le respect judiciaire), sauf droit d’appel général prévu par la loi. La décision administrative suppose normalement l’exercice du pouvoir discrétionnaire. Nul ne conteste qu’il *ne saurait* alors y avoir qu’une seule

presumed, in accordance with the ordinary rules of litigation, that the decision under review *is* reasonable until the applicant shows otherwise.

[147] An applicant urging the non-deferential “correctness” standard should be required to demonstrate that the decision under review rests on an error in the determination of a *legal* issue not confided (or which constitutionally *could* not be confided) to the administrative decision maker to decide, whether in relation to jurisdiction or the general law. Labour arbitrators, as in this case, command deference on legal matters within their enabling statute or on legal matters intimately connected thereto.

[148] When, then, should a decision be deemed “unreasonable”? My colleagues suggest a test of *irrationality* (para. 46), but the editors of *de Smith* point out that “many decisions which fall foul of [unreasonableness] have been coldly rational” (*de Smith, Woolf & Jowell: Judicial Review of Administrative Action* (5th ed. 1995), at para. 13-003). A decision meeting this description by this Court is *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29, where the Minister’s appointment of retired judges with little experience in labour matters to chair “interest” arbitrations (as opposed to “grievance” arbitrations) between hospitals and hospital workers was “coldly rational” in terms of the Minister’s own agenda, but was held by a majority of this Court to be patently unreasonable in terms of the history, object and purpose of the authorizing legislation. He had not used the appointment power for the purposes for which the legislature had conferred it.

[149] Reasonableness rather than rationality has been the traditional standard and, properly interpreted, it works. That said, a single “reasonableness” standard will now necessarily incorporate *both* the degree of deference formerly reflected in the distinction between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, and an assessment

décision correcte. Conformément aux règles qui régissent habituellement les litiges, on devrait aussi présumer que la décision visée par le contrôle *est* raisonnable, sauf preuve contraire du demandeur.

[147] Celui qui préconise l’application de la norme de la décision correcte — soit l’absence de déférence — devrait être tenu de prouver que la décision contestée résulte du règlement erroné d’une question *juridique* ne relevant pas (ou ne *pouvant* pas constitutionnellement relever) du décideur administratif, qu’elle ait trait à la compétence ou au droit en général. Un arbitre en droit du travail, comme celui visé en l’espèce, a droit à la déférence lorsque sa décision porte sur une question de droit relevant de sa loi habilitante ou sur une question de droit très connexe.

[148] Dans quels cas une décision devrait-elle alors être tenue pour « déraisonnable »? Mes collègues proposent le critère de l’*irrationalité* (par. 46). Or, l’introduction de *de Smith, Woolf & Jowell: Judicial Review of Administrative Action* (5<sup>e</sup> éd. 1995) signale que [TRADUCTION] « nombre de décisions qui heurtent [la raison] se révèlent froidement rationnelles » (par. 13-003). Dans l’affaire *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29, où le ministre responsable avait choisi des juges retraités peu familiarisés avec le domaine des relations de travail pour présider des conseils d’arbitrage appelés à statuer sur des différends (et non des griefs) opposant des hôpitaux à leurs employés, la décision du ministre était « froidement rationnelle » au regard des objectifs du ministre, mais les juges majoritaires de la Cour ont estimé qu’elle était manifestement déraisonnable eu égard à l’historique, à l’objet et à la raison d’être de la loi habilitante. Le ministre n’avait pas exercé son pouvoir de désignation aux fins prévues par le législateur.

[149] La norme traditionnelle est celle de la raisonnable, et non de la rationalité. Interprétée correctement, elle s’applique fort bien. Dorénavant, toutefois, une norme de « raisonnable » unique englobera nécessairement le degré de déférence que traduisait auparavant la distinction entre le manifestement déraisonnable et le raisonnable *simpliciter*,



of the range of options reasonably open to the decision maker in the circumstances, in light of the reasons given for the decision. Any reappraisal of our approach to judicial review should, I think, explicitly recognize these different dimensions to the “reasonableness” standard.

### I. *Judging “Reasonableness”*

[150] I agree with my colleagues that “reasonableness” depends on the context. It must be calibrated to fit the circumstances. A driving speed that is “reasonable” when motoring along a four-lane interprovincial highway is not “reasonable” when driving along an inner city street. The standard (“reasonableness”) stays the same, but the reasonableness assessment will vary with the relevant circumstances.

[151] This, of course, is the nub of the difficulty. My colleagues write:

In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law. [para. 47]

I agree with this summary but what is required, with respect, is a more easily applied framework into which the judicial review court and litigants can plug in the relevant context. No one doubts that in order to overturn an administrative outcome on grounds of substance (i.e. leaving aside errors of fairness or law which lie within the supervising “function” of the courts), the reviewing court must be satisfied that the outcome was outside the scope of reasonable responses open to the decision maker under its grant of authority, usually a statute. “[T]here is always a perspective”, observed Rand J., “within which a statute is intended [by the legislature] to operate”: *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140. How is that “perspective” to be ascertained? The reviewing judge will obviously want to consider the precise nature and function of the decision maker including its expertise, the terms and objectives of the governing statute (or common law) conferring the power of decision, including

et la prise en compte des décisions qui auraient pu raisonnablement être rendues dans les circonstances, compte tenu des motifs invoqués. Je suis d’avis que toute réforme du mécanisme de contrôle judiciaire doit reconnaître expressément ces différents aspects de la norme de la « raisonabilité ».

### I. *Statuer sur la « raisonabilité »*

[150] À l’instar de mes collègues, je crois que la « raisonabilité » d’une décision tient au contexte. La raisonabilité doit être adaptée aux circonstances. La limite de vitesse jugée « raisonnable » sur une autoroute interprovinciale à quatre voies ne l’est plus dans une rue du centre-ville. La norme (celle de la « raisonabilité ») demeure la même, mais l’appréciation du caractère raisonnable varie selon les faits en cause.

[151] Tel est évidemment le nœud du problème. Mes collègues affirment :

Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu’à l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. [par. 47]

Je suis d’accord, mais sauf le respect que je leur dois, il faut une grille d’analyse que la cour de révision et les parties puissent plus aisément appliquer aux faits en cause. Nul doute que pour infirmer une décision administrative sur le fond (abstraction faite des erreurs relatives à l’équité ou au droit, qui ressortissent à sa fonction de surveillance), la cour de révision doit être convaincue que la décision ne fait pas partie de celles que pouvait raisonnablement rendre le décideur dans l’exercice du pouvoir que lui confère généralement une disposition législative. Comme l’a fait observer le juge Rand, [TRADUCTION] « une loi est toujours censée [suivant l’intention du législateur] s’appliquer dans une certaine optique » : *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 140. Comment doit-on déterminer cette « optique »? La cour de révision tiendra assurément compte de la nature et de la fonction précises du décideur, y compris son expertise, du libellé et des objectifs de la loi (ou de la common

the existence of a privative clause and the nature of the issue being decided. Careful consideration of these matters will reveal the extent of the discretion conferred, for example, the extent to which the decision formulates or implements broad public policy. In such cases, the range of permissible considerations will obviously be much broader than where the decision to be made is more narrowly circumscribed, e.g., whether a particular claimant is entitled to a disability benefit under governmental social programs. In some cases, the court will have to recognize that the decision maker was required to strike a proper balance (or achieve proportionality) between the adverse impact of a decision on the rights and interests of the applicant or others directly affected weighed against the public purpose which is sought to be advanced. In each case, careful consideration will have to be given to the reasons given for the decision. To this list, of course, may be added as many “contextual” considerations as the court considers relevant and material.

[152] Some of these indicia were included from the outset in the pragmatic and functional test itself (see *Bibeault*, at p. 1088). The problem, however, is that under *Bibeault*, and the cases that followed it, these indicia were used to choose among the different standards of review, which were themselves considered more or less fixed. In *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, for example, the Court rejected the argument that “it is sometimes appropriate to apply the reasonableness standard more deferentially and sometimes less deferentially depending on the circumstances” (para. 43). It seems to me that collapsing everything beyond “correctness” into a single “reasonableness” standard will require a reviewing court to do exactly that.

[153] The Court’s adoption in this case of a single “reasonableness” standard that covers both the degree of deference assessment and the reviewing court’s evaluation, in light of the appropriate degree of deference, of whether the decision falls within a range of reasonable administrative choices will require a reviewing court to juggle a number of variables that are necessarily to be considered

law) conférant le pouvoir, y compris la présence d’une clause privative, et de la nature de la question à trancher. L’examen attentif de ces éléments révélera l’étendue du pouvoir discrétionnaire, comme la mesure dans laquelle la décision traduit ou met en œuvre une politique publique générale. Bien sûr, la gamme des éléments pouvant être considérés sera alors plus grande que lorsque la question à trancher est plus étroitement circonscrite (le demandeur a-t-il droit, p. ex., à une prestation d’invalidité en application d’un programme social public?). La cour devra parfois reconnaître que le décideur devait établir un juste équilibre (ou une proportionnalité) entre, d’une part, les répercussions défavorables de la décision sur les droits et les intérêts du demandeur ou d’autres personnes directement touchées et, d’autre part, l’objectif public poursuivi. Elle devra toujours considérer attentivement les motifs de la décision. Elle pourra évidemment prendre en compte tous les autres éléments « contextuels » qu’elle jugera pertinents et importants.

[152] Certains de ces éléments ont été intégrés dès le départ à l’analyse pragmatique et fonctionnelle elle-même (voir l’arrêt *Bibeault*, p. 1088). Or, dans cet arrêt comme dans ceux qui l’ont suivi, ces éléments ont présidé au choix entre les différentes normes de contrôle, lesquelles étaient considérées comme plus ou moins immuables. Dans l’arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, la Cour a rejeté l’argument qu’« il est parfois approprié d’appliquer la norme de la décision raisonnable avec plus de déférence et parfois avec moins de déférence, selon les circonstances » (par. 43). Assujettir tout ce qui n’est pas soumis à la norme de la « décision correcte » à une norme de « raisonnabilité » unique revient à exiger de la cour de révision qu’elle fasse exactement cela.

[153] Le fait que la Cour adopte en l’espèce une norme de « raisonnabilité » unique qui suppose à la fois que l’on arrête le degré de déférence approprié et, compte tenu de celui-ci, que l’on détermine si la décision administrative figure au nombre des choix qui s’offraient raisonnablement au décideur, oblige la cour de révision à soupeser un certain nombre de variables qui doivent nécessairement être

together. Asking courts to have regard to more than one variable is not asking too much, in my opinion. In other disciplines, data are routinely plotted simultaneously along both an *X* axis and a *Y* axis, without traumatizing the participants.

[154] It is not as though we lack guidance in the decided cases. Much has been written by various courts about deference and reasonableness in the particular contexts of different administrative situations. Leaving aside the “pragmatic and functional” test, we have ample precedents to show when it is (or is not) appropriate for a court to intervene in the outcome of an administrative decision. The problem is that courts have lately felt obliged to devote too much time to multi-part threshold tests instead of focussing on the who, what, why and wherefor of the litigant’s complaint on its merits.

[155] That having been said, a reviewing court ought to recognize throughout the exercise that fundamentally the “reasonableness” of the outcome is an issue given to others to decide. The exercise of discretion is an important part of administrative decision making. Adoption of a single “reasonableness” standard should not be seen by potential litigants as a lowering of the bar to judicial intervention.

#### J. *Application to This Case*

[156] Labour arbitrators often have to juggle different statutory provisions in disposing of a grievance. The courts have generally attached great importance to their expertise in keeping labour peace. In this case, the adjudicator was dealing with his “home statute” plus other statutes intimately linked to public sector relations in New Brunswick. He was working on his “home turf”, and the legislature has made clear in the privative clause that it intended the adjudicator to determine the outcome of the appellant’s grievance. In this field, quick and cheap justice (capped by finality) advances the achievement of the legislative scheme. Recourse to judicial review is discouraged. I would therefore apply a reasonableness standard to the adjudicator’s

considérées de pair. Selon moi, exiger des cours de justice qu’elles prennent en compte plus d’une variable à la fois n’est pas excessif. Dans d’autres domaines, il est courant que des données figurent sur l’axe des *X* et l’axe des *Y* sans que cela n’effare les participants.

[154] Ce n’est pas comme si la jurisprudence n’établissait aucun paramètre. Différentes cours de justice se sont prononcées abondamment sur la déférence et la raisonabilité eu égard à différentes situations administratives. Au-delà de l’analyse « pragmatique et fonctionnelle », un grand nombre de décisions judiciaires permettent de déterminer dans quels cas il convient ou non de réformer une décision administrative. Or, ces dernières années, les cours se sont senties obligées de consacrer un temps considérable à l’application de critères préalables comportant de multiples volets, et ce, au détriment des tenants et des aboutissants du litige.

[155] Cela dit, tout au long de la démarche, la cour de révision doit se rappeler que, fondamentalement, ce n’est pas à elle de juger de la « raisonabilité » d’une décision. Le pouvoir discrétionnaire joue un rôle important dans le processus décisionnel administratif. Il ne faudrait pas voir dans l’établissement d’une seule norme de « raisonabilité » un assouplissement des conditions auxquelles une cour de justice peut s’immiscer dans ce processus.

#### J. *L’application à la présente espèce*

[156] L’arbitre doit souvent appliquer différentes dispositions législatives pour statuer sur un grief. Les tribunaux ont généralement accordé une grande importance à son expertise pour le maintien de la paix sociale. Dans la présente affaire, l’arbitre a appliqué sa « loi constitutive » et d’autres dispositions législatives intimement liées aux relations de travail dans les services publics au Nouveau-Brunswick. Il évoluait sur son propre terrain, et la clause privative indiquait clairement la volonté du législateur de lui laisser le soin de statuer sur le grief de l’appelant. Dans ce domaine, le caractère rapide et peu coûteux de la procédure (le caractère définitif de la décision jouant à cet égard) favorise la mise en œuvre du régime législatif. Le contrôle

interpretation of his “home turf” statutory framework.

[157] Once under the flag of reasonableness, however, the salient question before the adjudicator in this case was essentially legal in nature, as reflected in the reasons he gave for his decision. He was not called on to implement public policy; nor was there a lot of discretion in dealing with a non-unionized employee. The basic facts were not in dispute. He was disposing of a *lis* which he believed to be governed by the legislation. He was right to be conscious of the impact of his decision on the appellant, but he stretched the law too far in coming to his rescue. I therefore join with my colleagues in dismissing the appeal.

The reasons of Deschamps, Charron and Rothstein JJ. were delivered by

[158] DESCHAMPS J. — The law of judicial review of administrative action not only requires repairs, it needs to be cleared of superfluous discussions and processes. This area of the law can be simplified by examining the *substance* of the work courts are called upon to do when reviewing any case, whether it be in the context of administrative or of appellate review. Any review starts with the identification of the questions at issue as questions of law, questions of fact or questions of mixed fact and law. Very little else needs to be done in order to determine whether deference needs to be shown to an administrative body.

[159] By virtue of the Constitution, superior courts are the only courts that possess inherent jurisdiction. They are responsible both for applying the laws enacted by Parliament and the legislatures and for insuring that statutory bodies respect their legal boundaries. Parliament and the legislatures cannot totally exclude judicial oversight without overstepping the division between legislative or executive powers and judicial powers. Superior courts are, in the end, the protectors of the integrity of the rule of law and the justice system.

judiciaire est déconseillé aux parties. C’est pourquoi j’appliquerais la norme de la raisonnable à l’interprétation de sa loi habilitante par l’arbitre.

[157] Dès lors, toutefois, la principale question que devait trancher l’arbitre revêtait essentiellement un caractère juridique, comme l’attestent ses motifs. Il n’avait pas à appliquer une politique publique et il ne jouissait pas d’un large pouvoir discrétionnaire pour trancher à l’égard d’un employé non syndiqué. Les faits fondamentaux n’étaient pas contestés. Il devait statuer sur un différend qui, selon lui, ressortissait à la loi. Il a eu raison de se soucier de l’incidence de sa décision sur l’appelant, mais il a exagéré la portée de la loi au bénéfice de ce dernier. Je me joins donc à mes collègues pour rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Deschamps, Charron et Rothstein rendus par

[158] LA JUGE DESCHAMPS — Les règles régissant le contrôle judiciaire de l’action gouvernementale ont besoin de plus que d’une simple réforme. Le droit, en ce domaine, doit être débarassé des grilles d’analyse et des débats inutiles. On peut simplifier ce domaine du droit en s’en remettant à la *substance* du travail qu’accomplit une cour de justice lorsqu’elle est appelée à réviser une décision, que ce soit lors d’un contrôle administratif ou d’un simple appel. Dans chaque cas, il faut d’abord déterminer si la question en litige est une question de droit, de fait ou mixte de fait et de droit. Cela fait, bien peu d’autres éléments doivent s’ajouter à l’analyse pour déterminer si la cour doit faire preuve de déférence à l’endroit de l’organisme administratif.

[159] En vertu de la Constitution, seules les cours supérieures sont dotées d’une compétence inhérente. Il leur revient d’appliquer les lois adoptées par le Parlement et les assemblées législatives et de veiller à ce que les organismes créés par les lois n’outrepassent pas leurs pouvoirs légaux. Un législateur ne peut écarter complètement leur rôle de surveillance sans enfreindre la règle de la séparation des pouvoirs législatif ou exécutif et du pouvoir judiciaire. Les cours supérieures assurent en définitive l’intégrité de la règle de droit et du système de

Judicial review of administrative action is rooted in these fundamental principles and its boundaries are largely informed by the roles of the respective branches of government.

[160] The judicial review of administrative action has, over the past 20 years, been viewed as involving a preliminary analysis of whether deference is owed to an administrative body based on four factors: (1) the nature of the question, (2) the presence or absence of a privative clause, (3) the expertise of the administrative decision maker and (4) the object of the statute. The process of answering this preliminary question has become more complex than the determination of the substantive questions the court is called upon to resolve. In my view, the analysis can be made plainer if the focus is placed on the issues the parties need to have adjudicated rather than on the nature of the judicial review process itself. By focusing first on “the nature of the question”, to use what has become familiar parlance, it will become apparent that all four factors need not be considered in every case and that the judicial review of administrative action is often not distinguishable from the appellate review of court decisions.

[161] Questions before the courts have consistently been identified as either questions of fact, questions of law or questions of mixed fact and law. Whether undergoing appellate review or administrative law review, decisions on questions of fact always attract deference. The use of different terminology — “palpable and overriding error” versus “unreasonable decision” — does not change the substance of the review. Indeed, in the context of appellate review of court decisions, this Court has recognized that these expressions as well as others all encapsulate the same principle of deference with respect to a trial judge’s findings of fact: *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25, at paras. 55-56. Therefore, when the issue is limited to questions of fact, there is no need to enquire into any other factor in order to determine that deference is owed to an administrative decision maker.

[162] Questions of law, by contrast, require more thorough scrutiny when deference is evaluated,

justice. Le contrôle judiciaire de l’action administrative s’appuie sur ces principes fondamentaux et il est en grande partie délimité par le rôle de chacun de ces organes du gouvernement.

[160] Depuis une vingtaine d’années, on considère que le contrôle judiciaire de l’action administrative exige que l’on détermine au préalable le degré de déférence applicable, et ce, en fonction de quatre facteurs : (1) la nature de la question en cause, (2) l’existence ou l’inexistence d’une clause privative, (3) l’expertise du décideur administratif et (4) l’objet de la loi. La démarche préalable se révèle plus complexe que le règlement des questions de fond en litige. À mon sens, l’analyse peut être simplifiée si une plus grande importance est accordée aux questions que les parties demandent à la cour de trancher qu’à la nature du processus de révision lui-même. En s’attachant d’abord à « la nature de la question », pour reprendre l’expression désormais consacrée, on constatera que les quatre facteurs ne doivent pas être pris en compte dans tous les cas et que, souvent, le contrôle judiciaire de l’action administrative fait appel aux mêmes notions que le contrôle en appel d’une décision judiciaire.

[161] De tout temps, une question en litige a été qualifiée de question de fait, de droit ou mixte de fait et de droit. Dans le cadre d’un appel ou d’un contrôle judiciaire, la décision relative à une question de fait commande toujours la déférence. Les nuances terminologiques — « erreur manifeste et dominante » ou « décision déraisonnable » — ne changent pas la teneur de l’examen. En effet, dans le contexte d’un appel visant une décision judiciaire, la Cour a reconnu que ces expressions ainsi que d’autres renvoient au même principe du respect des conclusions de fait tirées en première instance : *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25, par. 55-56. Partant, lorsque le litige ne porte que sur les faits, il n’est nécessaire de tenir compte d’aucun autre facteur pour déterminer si la déférence s’impose à l’endroit du décideur administratif.

[162] Par contre, dans le cas d’une question de droit, un examen plus approfondi est requis pour

and the particular context of administrative decision making can make judicial review different than appellate review. Although superior courts have a core expertise to interpret questions of law, Parliament or a legislature may have provided that the decision of an administrative body is protected from judicial review by a privative clause. When an administrative body is created to interpret and apply certain legal rules, it develops specific expertise in exercising its jurisdiction and has a more comprehensive view of those rules. Where there is a privative clause, Parliament or a legislature's intent to leave the final decision to that body cannot be doubted and deference is usually owed to the body.

[163] However, privative clauses cannot totally shield an administrative body from review. Parliament, or a legislature, cannot have intended that the body would be protected were it to overstep its delegated powers. Moreover, if such a body is asked to interpret laws in respect of which it does not have expertise, the constitutional responsibility of the superior courts as guardians of the rule of law compels them to insure that laws falling outside an administrative body's core expertise are interpreted correctly. This reduced deference insures that laws of general application, such as the Constitution, the common law and the *Civil Code*, are interpreted correctly and consistently. Consistency of the law is of prime societal importance. Finally, deference is not owed on questions of law where Parliament or a legislature has provided for a statutory right of review on such questions.

[164] The category of questions of mixed fact and law should be limited to cases in which the determination of a legal issue is inextricably intertwined with the determination of facts. Often, an administrative body will first identify the rule and then apply it. Identifying the contours and the content of a legal rule are questions of law. Applying the rule, however, is a question of mixed fact and law. When considering a question of mixed fact and law, a reviewing court should show an adjudicator the same deference as an appeal court would show a lower court.

évaluer le niveau de déférence, et dans le contexte particulier de l'action administrative, le contrôle judiciaire peut différer de l'appel. Les cours supérieures sont certes mieux placées pour interpréter le droit, mais le législateur peut, au moyen d'une clause privative, limiter le contrôle judiciaire d'une décision administrative. Lorsqu'un organisme administratif est constitué pour interpréter et appliquer certaines règles juridiques, il acquiert une expertise particulière dans l'exercice de sa compétence et a une compréhension plus complète de ces règles. En présence d'une clause privative, l'on ne saurait mettre en doute la volonté du législateur de laisser à l'organisme le soin de trancher en dernier ressort, de sorte que la déférence s'impose habituellement.

[163] Une clause privative ne peut toutefois faire totalement obstacle au contrôle judiciaire. Le législateur ne peut avoir voulu y soustraire l'organisme administratif qui outrepassé les pouvoirs qui lui sont délégués. De plus, en tant que gardiennes de la primauté du droit, les cours supérieures ont l'obligation constitutionnelle de veiller à ce qu'un organisme administratif interprète correctement les lois qui ne ressortissent pas à son domaine d'expertise propre. Cette atténuation de la déférence garantit une interprétation juste et cohérente des dispositions de portée générale comme celles de la Constitution, de la common law et du *Code civil*. La cohérence du droit revêt une importance primordiale dans notre société. Enfin, une cour n'a pas à montrer de déférence lorsqu'il s'agit d'une question de droit et que la loi prévoit expressément un droit de révision pour ce type de question.

[164] Il n'y a de question mixte de fait et de droit que lorsque la question de droit est inextricablement liée aux conclusions de fait. Dans bien des cas, l'organisme administratif détermine d'abord la règle applicable, puis l'applique. Circonscrire une règle de droit et en déterminer la teneur sont des questions de droit. Toutefois, l'application de la règle de droit aux faits est une question mixte de fait et de droit. La cour de révision qui se penche sur une question mixte de fait et de droit devrait manifester autant de déférence envers le décideur que le ferait une cour d'appel vis-à-vis d'une cour inférieure.

[165] In addition, Parliament or a legislature may confer a discretionary power on an administrative body. Since the case at bar does not concern a discretionary power, it will suffice for the purposes of these reasons to note that, in any analysis, deference is owed to an exercise of discretion unless the body has exceeded its mandate.

[166] In summary, in the adjudicative context, the same deference is owed in respect of questions of fact and questions of mixed fact and law on administrative review as on an appeal from a court decision. A decision on a question of law will also attract deference, provided it concerns the interpretation of the enabling statute and provided there is no right of review.

[167] I would be remiss were I to disregard the difficulty inherent in any exercise of deference. In *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63, LeBel J. explained why a distinction between the standards of patent unreasonableness and unreasonableness *simpliciter* is untenable. I agree. The problem with the definitions resides in attempts by the courts to enclose the concept of reasonableness in a formula fitting all cases. No matter how this Court defines this concept, any context considered by a reviewing court will, more often than not, look more like a rainbow than a black and white situation. One cannot change this reality. I use the word “deference” to define the contours of reasonableness because it describes the attitude adopted towards the decision maker. The word “reasonableness” concerns the decision. However, neither the concept of reasonableness nor that of deference is particular to the field of administrative law. These concepts are also found in the context of criminal and civil appellate review of court decisions. Yet, the exercise of the judicial supervisory role in those fields has not given rise to the complexities encountered in administrative law. The process of stepping back and taking an *ex post facto* look at the decision to determine whether there is an error justifying intervention should not be more

[165] De plus, le législateur peut investir un organisme administratif d'un pouvoir discrétionnaire. Comme un tel pouvoir n'est pas en cause dans la présente affaire, je me contente de faire observer que peu importe le cadre d'analyse, il y a lieu de faire preuve de déférence à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire, sauf lorsque le décideur outrepassé son mandat.

[166] En résumé, dans le contexte juridictionnel, la décision sur une question de fait ou une question mixte de fait et de droit commande le même respect qu'il s'agisse du contrôle d'une décision administrative ou de l'appel d'une décision judiciaire. La décision sur une question de droit justifie aussi la déférence, à condition qu'elle porte sur l'interprétation de la loi habilitante et qu'il n'y ait pas de droit de révision.

[167] Je ne saurais passer sous silence la difficulté inhérente à tout exercice de déférence. Dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63, le juge LeBel explique en quoi la distinction établie entre la norme de la décision manifestement déraisonnable et celle de la décision déraisonnable *simpliciter* n'est pas défendable. Je suis du même avis. Il est difficile de définir ces normes parce que les tribunaux tentent de ramener la notion de raisonabilité à une formule unique d'application universelle. Quelle que soit la manière dont la Cour définit le concept, le contexte soumis à l'examen de la cour de révision sera plus souvent nuancé que tranché. On ne peut changer cette réalité. J'emploie le terme « déférence » pour définir les contours de la raisonabilité parce qu'il renvoie à l'attitude adoptée vis-à-vis du décideur. Le terme « raisonabilité » se rattache, lui, à la décision. Cependant, ni la notion de raisonabilité ni celle de déférence ne sont spécifiques au droit administratif. On les retrouve également dans le contexte du contrôle en appel d'une décision judiciaire rendue au pénal ou au civil. Pourtant, dans ces domaines, le contrôle judiciaire ne soulève pas les difficultés rencontrées en droit administratif. La démarche qui consiste à prendre du recul et à faire un examen *ex post facto* pour déterminer si la décision est entachée d'une erreur justifiant sa révision ne devrait

complex in the administrative law context than in the criminal and civil law contexts.

[168] In the case at bar, the adjudicator was asked to adjudicate the grievance of a non-unionized employee. This meant that he had to identify the rules governing the contract. Identifying those rules is a question of law. Section 20 of the *Civil Service Act*, S.N.B. 1984, c. C-5.1, incorporates the rules of the common law, which accordingly become the starting point of the analysis. The adjudicator had to decide whether those rules had been ousted by the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25 (“*PSLRA*”), as applied, *mutatis mutandis*, to the case of a non-unionized employee (ss. 97(2.1), 100.1(2) and 100.1(5)). The common law rules relating to the dismissal of an employee differ completely from the ones provided for in the *PSLRA* that the adjudicator is regularly required to interpret. Since the common law, not the adjudicator’s enabling statute, is the starting point of the analysis, and since the adjudicator does not have specific expertise in interpreting the common law, the reviewing court does not have to defer to his decision on the basis of expertise. This leads me to conclude that the reviewing court can proceed to its own interpretation of the rules applicable to the non-unionized employee’s contract of employment and determine whether the adjudicator could enquire into the cause of the dismissal. The applicable standard of review is correctness.

[169] It is clear from the adjudicator’s reasoning that he did not even consider the common law rules. He said:

An employee to whom section 20 of the *Civil Service Act* and section 100.1 of the *PSLR Act* apply may be discharged for cause, with reasonable notice or with severance pay in lieu of reasonable notice. A discharge for cause may be for disciplinary or non-disciplinary reasons. [p. 5]

[170] The employer’s common law right to dismiss without cause is not alluded to in this key passage of the decision. Unlike a unionized employee, a non-unionized employee does not have employment security. His or her employment may be terminated without cause. The corollary of the

pas être plus complexe en matière administrative qu’en matière pénale ou civile.

[168] En l’espèce, l’arbitre était saisi du grief d’un employé non syndiqué. Il devait donc déterminer les règles applicables au contrat. La détermination de ces règles constitue une décision sur une question de droit. L’article 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, incorpore les règles de la common law, lesquelles constituent dès lors le point de départ de l’analyse. L’arbitre devait déterminer si ces règles étaient écartées par la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25 (« *LRTSP* »), appliquée avec les adaptations nécessaires à l’employé non syndiqué (par. 97(2.1), 100.1(2) et 100.1(5)). Les règles de la common law relatives au congédiement d’un employé diffèrent totalement de celles prévues dans la *LRTSP* que l’arbitre est régulièrement appelé à interpréter. La décision ne commande pas la retenue, car c’est la common law, et non la loi habilitante, qui est le point de départ de l’analyse; l’arbitre ne possède en ce domaine aucune expertise particulière. J’en conclus que la cour de révision peut s’en remettre à sa propre interprétation des règles applicables au contrat d’emploi de l’employé non syndiqué et déterminer si l’arbitre pouvait ou non s’enquérir des motifs du congédiement. La norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

[169] Il ressort du raisonnement de l’arbitre que l’application des règles de la common law n’a même pas été envisagée :

[TRADUCTION] L’employé visé à l’art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique* et à l’art. 100.1 de la *LRTSP* peut être congédié pour motif avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu. Un tel congédiement peut, selon le cas, se fonder sur des motifs disciplinaires ou autres. [p. 5]

[170] Dans ce passage clé, l’arbitre ne mentionne pas que la common law permet à l’employeur de congédier l’employé sans motif. Contrairement à l’employé syndiqué, l’employé non syndiqué ne bénéficie pas de la sécurité d’emploi. Il peut être mis fin à son emploi sans motif. Ce droit de l’employeur



employer's right to dismiss without cause is the employee's right to reasonable notice or to compensation in lieu of notice. The distinction between the common law rules of employment and the statutory rules applicable to a unionized employee is therefore essential if s. 97(2.1) is to be applied *mutatis mutandis* to the case of a non-unionized employee as required by s. 100.1(5). The adjudicator's failure to inform himself of this crucial difference led him to look for a cause, which was not relevant in the context of a dismissal without cause. In a case involving dismissal without cause, only the amount of the compensation or the length of the notice is relevant. In a case involving dismissal for cause, the employer takes the position that no compensation or notice is owed to the employee. This was not such a case. In the case at bar, the adjudicator's role was limited to evaluating the length of the notice. He erred in interpreting s. 97(2.1) in a vacuum. He overlooked the common law rules, misinterpreted s. 100.1(5) and applied s. 97(2.1) literally to the case of a non-unionized employee.

[171] This case is one where, even if deference had been owed to the adjudicator, his interpretation could not have stood. The legislature could not have intended to grant employment security to non-unionized employees while providing only that the *PSLRA* was to apply *mutatis mutandis*. This right is so fundamental to an employment relationship that it could not have been granted in so indirect and obscure a manner.

[172] In this case, the Court has been given both an opportunity and the responsibility to simplify and clarify the law of judicial review of administrative action. The judicial review of administrative action need not be a complex area of law in itself. Every day, reviewing courts decide cases raising multiple questions, some of fact, some of mixed fact and law and some purely of law; in various contexts, the first two of these types of questions tend to require deference, while the third often does not. Reviewing courts are already amply equipped to resolve such questions and do not need a specialized analytical toolbox in order to review administrative decisions.

a pour corollaire le droit de l'employé à un préavis raisonnable ou à une indemnité en tenant lieu. La distinction entre les règles de la common law régissant l'emploi et celles d'origine législative applicables à l'employé syndiqué est donc essentielle à l'application du par. 97(2.1) à un employé non syndiqué, avec les adaptations nécessaires, conformément au par. 100.1(5). L'omission de tenir compte de cette différence cruciale a amené l'arbitre à rechercher un motif de congédiement, ce qui était hors de propos dans le contexte d'un congédiement sans motif. En effet, dans le cas d'un tel congédiement, seul est en cause le montant de l'indemnité ou la durée du préavis. Lorsqu'il congédie un employé pour motif, l'employeur tient pour acquis qu'il n'a pas à lui verser d'indemnité ou à lui donner de préavis. Or, en l'espèce, il ne s'agit pas d'un congédiement pour motif. Le rôle de l'arbitre se limitait à l'examen de la durée du préavis. Il a eu tort d'interpréter le par. 97(2.1) en vase clos. Il a ignoré les règles de la common law, il a mal interprété le par. 100.1(5) et il a appliqué le par. 97(2.1) à la lettre à un employé non syndiqué.

[171] Dans la présente affaire, même si l'arbitre avait eu droit à déférence, son interprétation n'aurait pu être retenue. Le législateur n'a pu manifester son intention d'accorder la sécurité d'emploi aux employés non syndiqués en prévoyant seulement l'application de la *LRTSP* avec les adaptations nécessaires. En matière de relations de travail, ce droit revêt une importance telle qu'il ne saurait être reconnu de manière aussi indirecte et vague.

[172] Dans le présent pourvoi, la Cour a à la fois la possibilité et l'obligation de simplifier et de clarifier le droit relatif au contrôle judiciaire de l'action administrative, un domaine qui ne saurait être condamné à la complexité. Tous les jours, les cours de révision sont appelées à statuer sur des affaires soulevant de multiples questions, certaines de fait, d'autres de fait et de droit et d'autres encore, de droit seulement. Dans les divers contextes considérés, les deux premières catégories de questions commandent la déférence, mais pas toujours la troisième. Les cours de révision sont déjà tout à fait en mesure de trancher ces questions et elles n'ont pas besoin de nouveaux outils d'analyse spécialisés pour contrôler les décisions administratives.

[173] On the issue of natural justice, I agree with my colleagues. On the result, I agree that the appeal should be dismissed.

## APPENDIX

### Relevant Statutory Provisions

*Civil Service Act*, S.N.B. 1984, c. C-5.1

20 Subject to the provisions of this Act or any other Act, termination of the employment of a deputy head or an employee shall be governed by the ordinary rules of contract.

*Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25

92(1) Where an employee has presented a grievance up to and including the final level in the grievance process with respect to

- (a) the interpretation or application in respect of him of a provision of a collective agreement or an arbitral award, or
- (b) disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty,

and his grievance has not been dealt with to his satisfaction, he may, subject to subsection (2), refer the grievance to adjudication.

*Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25, as amended

97(2.1) Where an adjudicator determines that an employee has been discharged or otherwise disciplined by the employer for cause and the collective agreement or arbitral award does not contain a specific penalty for the infraction that resulted in the employee being discharged or otherwise disciplined, the adjudicator may substitute such other penalty for the discharge or discipline as to the adjudicator seems just and reasonable in all the circumstances.

100.1(2) An employee who is not included in a bargaining unit may, in the manner, form and within such time as may be prescribed, present to the employer a

[173] Je souscris aux motifs de mes collègues concernant le respect de la justice naturelle. Je suis également d'avis de rejeter le pourvoi.

## ANNEXE

### Dispositions législatives

*Loi sur la Fonction publique*, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1

20 Sous réserve de la présente loi ou de toute autre loi, la cessation d'emploi d'un administrateur général ou d'un employé est régie par les règles contractuelles ordinaires.

*Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25

92(1) Lorsqu'un employé a porté son grief au plus haut palier de la procédure applicable aux griefs, en ce qui concerne

- a) l'interprétation ou l'application à son égard d'une disposition d'une convention collective ou d'une sentence arbitrale, ou
- b) une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une peine pécuniaire,

et que son grief n'a pas été réglé de façon satisfaisante pour lui, il peut, sous réserve du paragraphe (2), renvoyer ce grief à l'arbitrage.

*Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, et modifications

97(2.1) Lorsqu'un arbitre décide qu'un employé a été congédié ou qu'une mesure disciplinaire a été autrement prise contre lui par l'employeur pour motif et que la convention collective ou la sentence arbitrale ne contient pas une peine spécifique pour l'infraction en raison de laquelle l'employé a été congédié ou s'est vu imposer autrement une mesure disciplinaire, l'arbitre peut substituer une autre peine pour le congédiement ou la mesure disciplinaire qui semble juste et raisonnable à l'arbitre dans toutes les circonstances.

100.1(2) Un employé qui ne fait pas partie d'une unité de négociation peut, de la manière, au moyen de la formule et dans le délai qui peuvent être prescrits, présenter

grievance with respect to discharge, suspension or a financial penalty.

**100.1(3)** Where an employee has presented a grievance in accordance with subsection (2) and the grievance has not been dealt with to the employee's satisfaction, the employee may refer the grievance to the Board who shall, in the manner and within such time as may be prescribed, refer the grievance to an adjudicator appointed by the Board.

. . .

**100.1(5)** Sections 19, 97, 98.1, 101, 108 and 111 apply *mutatis mutandis* to an adjudicator to whom a grievance has been referred in accordance with subsection (3) and in relation to any decision rendered by such adjudicator.

. . .

**101(1)** Except as provided in this Act, every order, award, direction, decision, declaration or ruling of the Board, an arbitration tribunal or an adjudicator is final and shall not be questioned or reviewed in any court.

**101(2)** No order shall be made or process entered, and no proceedings shall be taken in any court, whether by way of injunction, judicial review, or otherwise, to question, review, prohibit or restrain the Board, an arbitration tribunal or an adjudicator in any of its or his proceedings.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Stewart McKelvey, Fredericton.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.*

un grief à l'employeur à l'égard du congédiement, de la suspension ou d'une peine pécuniaire.

**100.1(3)** Lorsqu'un employé a présenté un grief conformément au paragraphe (2) et que le grief n'a pas été traité à la satisfaction de l'employé, l'employé peut renvoyer le grief à la Commission qui doit, de la manière et dans le délai qui peuvent être prescrits, renvoyer le grief à un arbitre nommé par la Commission.

. . .

**100.1(5)** Les articles 19, 97, 98.1, 101, 108 et 111 s'appliquent *mutatis mutandis* à un arbitre à qui un grief a été renvoyé conformément au paragraphe (3) et relativement à toute décision rendue par cet arbitre.

. . .

**101(1)** Sous réserve des dispositions contraires de la présente loi, toute ordonnance, sentence, directive, décision ou déclaration de la Commission, d'un tribunal d'arbitrage ou d'un arbitre, est définitive et ne peut être contestée devant aucun tribunal ni révisée par aucun tribunal.

**101(2)** Aucune ordonnance ne peut être rendue, aucune action intentée et aucune procédure entamée devant un tribunal, par voie d'injonction, de recours en révision, ou autrement, pour contester, réviser, supprimer ou restreindre les pouvoirs de la Commission, d'un tribunal d'arbitrage ou d'un arbitre dans l'une quelconque de leurs procédures.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant : Stewart McKelvey, Fredericton.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*