

ANNEXE 7

Minister of Labour for Ontario *Appellant*

v.

**Canadian Union of Public Employees
and Service Employees International
Union** *Respondents*

and

**Canadian Bar Association and National
Academy of Arbitrators (Canadian
Region)** *Interveners*

**INDEXED AS: C.U.P.E. v. ONTARIO (MINISTER OF
LABOUR)**

Neutral citation: 2003 SCC 29.

File No.: 28396.

2002: October 8; 2003: May 16.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Labour relations — Hospital labour disputes — Appointment of board of arbitration — Legislation requiring disputes over collective agreements in hospitals and nursing homes to be resolved by compulsory arbitration — Minister of Labour appointing retired judges to chair arbitration boards — Whether Minister required to select arbitrators qualified by expertise and acceptance in labour relations community — Whether retired judges, as a class, biased against labour — Hospital Labour Disputes Arbitration Act, R.S.O. 1990, c. H.14, s. 6(5).

Administrative law — Judicial review — Appointment of board of arbitration — Legislation requiring disputes over collective agreements in hospitals and nursing homes to be resolved by compulsory arbitration — Minister of Labour appointing retired judges to chair arbitration boards — Whether appointment process for selecting chairs of arbitration boards violates natural justice or infringes institutional independence

Ministre du Travail de l'Ontario *Appelant*

c.

**Syndicat canadien de la fonction publique
et Union internationale des employés des
services** *Intimés*

et

**Association du Barreau canadien et
National Academy of Arbitrators (Canadian
Region)** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : S.C.F.P. c. ONTARIO (MINISTRE DU
TRAVAIL)**

Référence neutre : 2003 CSC 29.

N° du greffe : 28396.

2002 : 8 octobre; 2003 : 16 mai.

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

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

Relations de travail — Conflits de travail dans des hôpitaux — Constitution d'un conseil d'arbitrage — Loi exigeant que le règlement des différends en matière de convention collective qui surviennent dans les hôpitaux et les maisons de soins infirmiers soit assujéti à l'arbitrage obligatoire — Désignation par le ministre du Travail de juges retraités à la présidence des conseils d'arbitrage — Le ministre était-il tenu de choisir des arbitres ayant une expertise et étant acceptés dans le milieu des relations du travail? — En tant que catégorie, les juges retraités ont-ils un parti pris contre les travailleurs et les travailleuses? — Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux, L.R.O. 1990, ch. H.14, art. 6(5).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Constitution d'un conseil d'arbitrage — Loi exigeant que le règlement des différends en matière de convention collective qui surviennent dans les hôpitaux et les maisons de soins infirmiers soit assujéti à l'arbitrage obligatoire — Désignation par le ministre du Travail de juges retraités à la présidence des conseils d'arbitrage — Le processus de désignation des présidents des conseils d'arbitrage

and impartiality of arbitration boards — Whether appointment process breached legitimate expectations of unions — Whether appointments caused reasonable apprehension of bias — Whether Minister disqualified or required to delegate task of making appointments because of interest in arbitrations — Whether Minister's appointments patently unreasonable — Hospital Labour Disputes Arbitration Act, R.S.O. 1990, c. H.14, s. 6(5).

Since 1965, Ontario's hospitals, nursing homes and their employees have been required to resolve disputes over collective agreements by compulsory arbitration under the *Hospital Labour Disputes Arbitration Act* ("HLDAA"). If the parties cannot agree on a mutually acceptable arbitrator, a panel of three members is struck, two designated by the parties and the third chosen by the two designates or, if they fail to agree, appointed by the Minister of Labour. Amendments to the *Labour Relations Act* in 1979 facilitated the formation and use of a list of arbitrators with expertise acceptable to both management and the unions. A similar register of arbitrators was dropped from the HLDAA in 1980 but a normal practice was for senior officials of the Ministry of Labour, under delegated authority, to identify appropriate arbitrators. Following the 1995 provincial election, a reorganization of public sector institutions, including schools and hospitals, led to Bill 136. The Bill contained the proposed *Public Sector Dispute Resolution Act, 1997* which included a Dispute Resolution Commission. Organized labour opposed many aspects of the Bill, including the proposed commission. When the Minister announced a return to the sector-based system of appointing arbitrators, the unions believed the selection of HLDAA chairpersons would thereafter be limited to mutually agreed candidates.

In early 1998, the Minister appointed four retired judges to chair several arbitration boards. They were not appointed by mutual agreement nor were they on the "agreed" list compiled under s. 49(10) of the *Labour Relations Act, 1995*. The unions were not consulted. The President of the Ontario Federation of Labour complained to the Minister that the understanding about a return to the *status quo* had been breached without consultation. The unions objected that retired judges lack expertise,

contrevient-il à la justice naturelle ou compromet-il l'indépendance et l'impartialité institutionnelles des conseils d'arbitrage? — Le processus de désignation a-t-il frustré les attentes légitimes des syndicats? — Les désignations ont-elles suscité une crainte raisonnable de partialité? — Le ministre était-il inhabile à faire les désignations et était-il tenu de déléguer la tâche de les faire en raison de l'intérêt qu'il aurait dans les arbitrages? — Les désignations ministérielles étaient-elles manifestement déraisonnables? — Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux, L.R.O. 1990, ch. H.14, art. 6(5).

Depuis 1965, en Ontario, la *Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux* (« LACTH ») oblige les hôpitaux, les maisons de soins infirmiers et leurs employés à soumettre à l'arbitrage leurs différends en matière de convention collective. Dans le cas où les parties ne s'entendent pas sur le choix d'un arbitre qui leur est acceptable, il y a alors formation d'un conseil d'arbitrage composé de trois membres, dont deux sont désignés par les parties alors que le troisième est choisi par les deux membres désignés par les parties, ou encore par le ministre du Travail si les parties n'arrivent pas à s'entendre. Les modifications apportées à la *Labour Relations Act* en 1979 facilitaient l'établissement et l'utilisation d'une liste d'arbitres ayant une expertise et acceptables à la fois par le patronat et les syndicats. Un registre d'arbitres similaire a été retiré de la LACTH en 1980, mais les hauts fonctionnaires du ministère du Travail, qui exercent les pouvoirs qui leur sont délégués, avaient coutume de désigner des arbitres compétents. À la suite de l'élection de 1995, une réorganisation des institutions du secteur public, y compris les écoles et les hôpitaux, a abouti au projet de loi 136. Ce projet de loi renfermait le projet de *Loi de 1997 sur le règlement des différends dans le secteur public* qui prévoyait notamment la création d'une commission de règlement des différends. Le mouvement syndical s'est opposé à maints éléments du projet de loi, dont le projet de création de cette commission. Lorsque le ministre a annoncé un retour au système sectoriel de désignation des arbitres, les syndicats ont cru que le choix des présidents visés par la LACTH serait désormais limité aux candidats sur lesquels les parties se seraient entendues.

Au début de 1998, le ministre a désigné quatre juges retraités à la présidence de plusieurs conseils d'arbitrage. Leur désignation ne résultait pas d'un commun accord et leur nom ne figurait pas non plus sur une liste « convenue » dressée en vertu du par. 49(10) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*. Les syndicats n'ont pas été consultés. Le président de la Fédération du travail de l'Ontario s'est plaint auprès du ministre que l'entente concernant un retour au statu quo avait été violée sans

experience, tenure and independence from government. They also complained the Minister had breached procedural fairness by not delegating the task of making appointments to senior officials. The four judges initially appointed declined to act but other retired judges accepted the appointments. The unions sought declarations that the Minister's actions denied natural justice and lacked institutional independence and impartiality. The Divisional Court dismissed the application for judicial review. The Court of Appeal allowed the unions' appeal, concluding that the Minister had created a reasonable apprehension of bias and interfered with the independence and impartiality of the arbitrators, as well as defeating the legitimate expectation of the unions contrary to the requirements of natural justice. The Minister was ordered not to make any further appointments "unless such appointments are made from the long-standing and established roster of experienced labour relations arbitrators" compiled under s. 49(10) of the *Labour Relations Act, 1995*.

Held (McLachlin C.J. and Major and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be dismissed for reasons that differ somewhat from those of the Court of Appeal. The Minister is required, in the exercise of his power of appointment under s. 6(5) of the *HLDA*, to be satisfied that prospective chairpersons are not only independent and impartial but possess appropriate labour relations expertise and are recognized in the labour relations community as generally acceptable to both management and labour.

Per Gonthier, Iacobucci, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.: The Minister, as a matter of law, was required to exercise his power of appointment in a manner consistent with the purpose and objects of the statute that conferred the power. A fundamental purpose and object of the *HLDA* was to provide an adequate substitute for strikes and lock-outs. To achieve the statutory purpose, as the Minister himself wrote on February 2, 1998, "the parties must perceive the system as neutral and credible". This view was fully supported by the *HLDA*'s legislative history.

The Minister was not required to proceed with the selection of chairpersons by way of "mutual agreement" or from the s. 49(10) roster. Nor were retired judges as a "class" reasonably seen as biased against labour. Nevertheless, the Minister was required by the *HLDA*, properly interpreted, to select arbitrators from candidates

qu'il y ait eu des consultations. Les syndicats ont fait valoir que les juges retraités sont dénués d'expertise et d'expérience et qu'ils ne sont ni inamovibles ni indépendants du gouvernement. Ils se sont en outre plaints du fait que le ministre avait manqué à l'équité procédurale en ne déléguant pas à des hauts fonctionnaires la tâche de faire des désignations. Les quatre juges désignés initialement ont refusé d'agir en qualité d'arbitres, mais d'autres juges retraités ont accepté les désignations. Les syndicats ont sollicité un jugement déclarant que les actes du ministre constituaient un déni de justice naturelle et étaient caractérisés par l'absence d'indépendance et d'impartialité institutionnelles. La Cour divisionnaire a rejeté la demande de contrôle judiciaire. La Cour d'appel a accueilli l'appel des syndicats, concluant que le ministre avait suscité une crainte raisonnable de partialité et porté atteinte à l'indépendance et à l'impartialité des arbitres, ainsi qu'à l'expectative légitime des syndicats, contrairement aux exigences de la justice naturelle. Le ministre s'est vu interdire de faire d'autres désignations « à moins que ces désignations ne soient faites à partir de la liste traditionnelle d'arbitres expérimentés en relations du travail », dressée en vertu du par. 49(10) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Major et Bastarache sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté pour des raisons qui diffèrent quelque peu de celles de la Cour d'appel. Dans l'exercice de son pouvoir de désignation conféré par le par. 6(5) *LACTH*, le ministre doit être convaincu que les candidats à la présidence sont non seulement indépendants et impartiaux, mais également qu'ils ont une expertise appropriée en matière de relations du travail et sont reconnus, dans le milieu des relations du travail, comme étant généralement acceptables à la fois par le patronat et par les syndicats.

Les juges Gonthier, Iacobucci, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps : Le ministre était tenu, en droit, d'exercer son pouvoir de désignation d'une manière conforme aux fins et aux objets de la loi qui lui conférait ce pouvoir. L'un des objets fondamentaux de la *LACTH* était de prévoir un moyen adéquat de remplacer la grève et le lock-out. Pour que cet objet de la Loi puisse être réalisé, « les parties doivent percevoir le système comme étant neutre et crédible », comme l'écrivait le ministre lui-même le 2 février 1998. Ce point de vue était entièrement étayé par l'historique législatif de la *LACTH*.

Le ministre n'était pas tenu de choisir les présidents des conseils d'arbitrage d'un « commun accord » ou à partir de la liste dressée en vertu du par. 49(10). En tant que « catégorie », les juges retraités ne pouvaient pas non plus être raisonnablement perçus comme ayant un parti pris contre les travailleurs et les travailleuses. Néanmoins,

who were qualified not only by their impartiality, but by their expertise and general acceptance in the labour relations community.

Section 6(5) of the *HLDA* contemplates the appointment of "a person who is, in the opinion of the Minister, qualified to act". The Minister's discretion is constrained by the scheme and object of the Act as a whole, which is to create a "neutral and credible" substitute for the right to strike and lock-out. Labour arbitration has traditionally rested on a consensual basis, with the arbitrator chosen by the parties or being acceptable to both parties. Although the s. 6(5) power is expressed in broad terms, the Minister is nevertheless required, in the exercise of that power, to have regard to relevant labour relations expertise, independence, impartiality and general acceptability within the labour relations community. These criteria are neither vague nor uncertain. The livelihood of a significant group of professional labour arbitrators depends on their recognized ability to fulfill them. The result is a perfectly manageable framework within which the legislature intended to give the Minister broad but not unlimited scope within which to make appointments in furtherance of the *HLDA*'s object and purposes. The Minister, under the *HLDA*, is not given a broad policy function. His narrow role is simply to substitute for the parties in naming a third arbitrator in case of their disagreement and, given the context, background and purpose of the Act, his rejection of labour relations expertise and general acceptability as relevant factors was patently unreasonable.

Although, as a member of Cabinet, the Minister was committed to public sector rationalization and had a perceived interest in the appointment process and the outcome of the arbitrations, the legislature specifically conferred the power of appointment on the Minister and, absent a constitutional challenge, clear and unequivocal statutory language conferring that authority prevailed over the common law rule against bias. The Minister's power to delegate the appointment process under s. 9.2(1) of the *HLDA* was permissive only and to take away his authority to make his own choice would amount to a judicial amendment of the legislation.

The Minister satisfied any duty to consult with the unions about the change in the appointments process.

la *LACTH*, correctement interprétée, exigeait que le ministre désigne comme arbitres des personnes compétentes en raison non seulement de leur impartialité, mais aussi de leur expertise et de leur acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail.

Le paragraphe 6(5) *LACTH* prévoit la désignation d'une « personne qui, [de l'avis du ministre], est compétente pour agir en cette qualité [d'arbitre] ». Le pouvoir discrétionnaire du ministre est limité par l'économie et l'objet de la *LACTH* dans son ensemble, laquelle loi établit un système qui, d'après l'intention du législateur, doit servir de moyen « neutre et crédible » de remplacer le droit de grève et de lock-out. L'arbitrage en matière de relations du travail repose traditionnellement sur le consentement, l'arbitre étant choisi par les parties ou étant acceptable par chacune d'elles. Bien que le pouvoir conféré au par. 6(5) soit énoncé en termes généraux, le ministre est néanmoins tenu, en exerçant ce pouvoir, de prendre en considération l'expertise pertinente en matière de relations du travail ainsi que l'indépendance, l'impartialité et l'acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail. Ces critères ne sont ni vagues ni incertains. Un grand nombre d'arbitres professionnels en droit du travail dépendent, pour leur subsistance, de leur capacité reconnue de satisfaire à ceux-ci. Il en résulte un cadre tout à fait acceptable à l'intérieur duquel le législateur a voulu accorder au ministre une liberté d'action considérable, mais non illimitée, pour faire des désignations conformes aux fins et aux objets de la *LACTH*. La *LACTH* n'attribue pas au ministre une fonction d'orientation générale. Son rôle limité consiste simplement à remplacer les parties pour désigner un troisième arbitre en cas de désaccord de leur part, et compte tenu du cadre, du contexte et de l'objet de la Loi, son rejet de l'expertise en matière de relations du travail et de l'acceptabilité générale comme facteurs pertinents était manifestement déraisonnable.

Même si, en sa qualité de membre du Cabinet, le ministre était un défenseur de la rationalisation du secteur public et était perçu comme ayant un intérêt dans le processus de désignation et dans l'issue des arbitrages, le législateur lui a expressément conféré le pouvoir de désignation, et en l'absence de contestation constitutionnelle, le texte clair et non équivoque qui confère ce pouvoir prime sur la règle de common law interdisant la partialité. Le pouvoir de déléguer la tâche de faire des désignations, que le par. 9.2(1) *LACTH* confère au ministre, est seulement facultatif, et il y aurait modification judiciaire de la Loi si on lui retirait son pouvoir de faire ses propres choix.

Le ministre s'est acquitté de toute obligation qui pouvait lui incomber de consulter les syndicats au sujet de

There were extensive meetings during which the Minister signalled that the process was subject to reform and that retired judges were potential candidates for appointments. The unions made clear their opposition. Section 6(5) of the *HLDA* did not impose on the Minister a procedural requirement to consult with the parties to each arbitration nor does the evidence establish a firm practice of appointing from a list or by mutual agreement. A general, ambiguous promise to continue an existing system subject to reform does not suffice under the doctrine of legitimate expectation to bind the Minister's exercise of his or her discretion.

The Court of Appeal had concluded that the Minister's approach tainted both the independence and impartiality of the *HLDA* arbitration boards to which the retired judges had been appointed. This conclusion was not justified. The *HLDA* commands the use of *ad hoc* arbitration boards. Such boards are not characterized by financial security or security of tenure beyond the life of the arbitration itself. The independence of arbitrators is guaranteed by training, experience and mutual acceptability. Since s. 6(5) requires the appointment of individuals qualified by training, experience and mutual acceptability, the proper exercise of the appointment power would lead to a tribunal which would satisfy reasonable concerns about institutional independence.

Impartiality raises different considerations. The Court of Appeal did not suggest that the retired judges were in fact biased or partial but concluded that they might reasonably be seen to be "inimical to the interests of labour, at least in the eyes of the appellants". The test, however, is not directed to the subjective perspective of one of the parties but to the reasonable, detached and informed observer. Retired judges as a class have no greater interest than other citizens in the outcome of the arbitrations and there are no substantial grounds to think they would do the bidding of the Minister or favour employers so as to improve the prospect of future appointments. A fully informed, reasonable person would not stigmatize retired judges, as a class, with an anti-labour bias. Allegations of individual bias must be dealt with on a case-by-case basis.

la modification du processus de désignation. Il y a eu de nombreuses rencontres au cours desquelles le ministre a indiqué que le processus faisait l'objet d'une réforme et que les juges retraités étaient des candidats potentiels pour les désignations. Les syndicats ont exprimé clairement leur opposition. Le paragraphe 6(5) *LACTH* n'impose pas au ministre l'obligation procédurale de consulter les parties à chaque arbitrage, et la preuve n'établit pas non plus l'existence d'une pratique bien établie consistant à faire les désignations à partir d'une liste ou à les faire d'un commun accord. Selon la règle de l'expectative légitime, une promesse générale et équivoque de maintenir le système existant, sous réserve d'une réforme, n'est pas suffisante pour obliger le ministre à exercer son pouvoir discrétionnaire.

La Cour d'appel a conclu que l'approche du ministre compromettait à la fois l'indépendance et l'impartialité des conseils d'arbitrage constitués en vertu de la *LACTH*, pour lesquels des juges retraités avaient été désignés. Cette conclusion n'était pas justifiée. La *LACTH* commande le recours à des conseils d'arbitrage *ad hoc*. Ces conseils ne sont pas caractérisés par une sécurité financière ou une inamovibilité continuant d'exister après la fin de l'arbitrage même. L'indépendance des arbitres est garantie par leur formation, leur expérience et leur acceptabilité par les parties. Vu que le par. 6(5) exige la désignation de personnes compétentes en raison de leur formation, de leur expérience et de leur acceptabilité par les parties, l'exercice approprié du pouvoir de désignation permettra de constituer un tribunal administratif qui répondra aux préoccupations raisonnables concernant l'indépendance institutionnelle.

L'impartialité fait intervenir des considérations différentes. La Cour d'appel n'a pas indiqué que les juges retraités avaient, en fait, des préjugés ou un parti pris, mais elle a conclu qu'ils pourraient raisonnablement être perçus comme étant « hostiles aux intérêts des travailleurs et des travailleuses, du moins aux yeux des appelants ». Toutefois, ce critère est axé non pas sur le point de vue subjectif de l'une des parties, mais sur celui de l'observateur raisonnable, neutre et renseigné. En tant que catégorie, les juges retraités n'ont pas plus d'intérêt que les autres citoyens dans l'issue des arbitrages, et il n'y a aucun motif sérieux de penser qu'ils se plieraient à la volonté du ministre ou favoriseraient les employeurs afin d'améliorer leurs chances de désignation future. Une personne raisonnable et bien renseignée ne reprocherait pas aux juges retraités, en tant que catégorie, d'avoir un parti pris contre les travailleurs et les travailleuses. Les allégations de partialité de la part d'une personne doivent être examinées cas par cas.

The appropriate standard of review is patent unreasonableness. The pragmatic and functional approach applies to the judicial review of the exercise of a ministerial discretion and factors such as the existence of a privative clause, the Minister's expertise in labour relations, the nature of the question before the Minister and the wording of s. 6(5) all call for considerable deference. A patently unreasonable appointment is one whose defect is immediate, obvious and so flawed in terms of implementing the legislative intent that no amount of curial deference can justify letting it stand.

The appointments were not patently unreasonable simply because the Minister did not restrict himself to the s. 49(10) list of arbitrators. Some arbitrators on the list were unacceptable to the unions and some acceptable arbitrators were not on the list, confirming the reasonableness of the Minister's view that candidates could qualify without being on the list. However, in assessing whether the appointments were patently unreasonable, the courts are entitled to have regard to the importance of the factors the Minister altogether excluded from his consideration. In this case, the Minister expressly excluded relevant factors that went to the heart of the legislative scheme. The matters before the boards required the familiarity and expertise of a labour arbitrator. Expertise and neutrality foster general acceptability. Appointment of an inexperienced and inexperienced chairperson who is not seen as generally acceptable in the labour relations community is a defect in approach that is both immediate and obvious. Having regard to the legislative intent manifested in the *HLDA*, the Minister's approach to the s. 6(5) appointments was patently unreasonable. The qualifications of specific appointees will have to be assessed on a case-by-case basis if challenged.

The appeal is thus dismissed on the limited ground that appointments that excluded from consideration labour relations expertise and general acceptability in the labour relations community were patently unreasonable.

Per McLachlin C.J. and Major and Bastarache JJ. (dissenting): The appropriate standard of review for the exercise of the Minister's appointment power under s. 6(5) of the *HLDA* is patent unreasonableness. The pragmatic and functional approach focusses on the particular provision being invoked. The Minister exercised power under

La norme de contrôle applicable est celle du caractère manifestement déraisonnable. L'approche pragmatique et fonctionnelle s'applique au contrôle judiciaire de l'exercice d'un pouvoir ministériel discrétionnaire, et des facteurs comme l'existence d'une clause privative, l'expertise que le ministre possède en matière de relations du travail, la nature de la question soumise au ministre et le libellé du par. 6(5) commandent tous une très grande déférence. Une désignation manifestement déraisonnable est celle qui comporte un défaut flagrant et évident et qui est à ce point viciée, pour ce qui est de mettre à exécution l'intention du législateur, qu'aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de la maintenir.

Les désignations n'étaient pas manifestement déraisonnables simplement parce que le ministre ne s'en est pas tenu à la liste d'arbitres dressée en vertu du par. 49(10). Certains arbitres inscrits sur la liste étaient inacceptables par les syndicats, alors que d'autres arbitres acceptables n'étaient pas inscrits sur cette liste, ce qui confirme le caractère raisonnable de l'opinion du ministre selon laquelle des candidats non inscrits sur la liste pouvaient tout de même remplir les conditions requises pour être désignés. Cependant, en déterminant si les désignations étaient manifestement déraisonnables, les tribunaux judiciaires ont le droit de tenir compte de l'importance des facteurs que le ministre n'a pas voulu prendre en considération. En l'espèce, le ministre a expressément exclu des facteurs pertinents qui allaient directement au cœur du régime législatif. Les questions soumises aux conseils requéraient les connaissances et l'expertise d'un arbitre en droit du travail. L'expertise et la neutralité favorisent l'acceptabilité générale. La désignation au poste de président d'une personne inexperte ou inexpérimentée qui n'est pas perçue comme étant généralement acceptable dans le milieu des relations du travail comporte un défaut à la fois flagrant et évident. Compte tenu de l'intention du législateur qui ressort de la *LACTH*, l'approche que le ministre a adoptée en matière de désignations fondées sur le par. 6(5) était manifestement déraisonnable. Si elles sont contestées, les qualifications de certaines personnes désignées devront être évaluées cas par cas.

Le pourvoi est donc rejeté uniquement en raison du caractère manifestement déraisonnable des désignations faites sans tenir compte de l'expertise en matière de relations du travail et de l'acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail.

La juge en chef McLachlin et les juges Major et Bastarache (dissidents) : La norme de contrôle applicable à l'exercice par le ministre du pouvoir de désignation que lui confère le par. 6(5) *LACTH* est celle du caractère manifestement déraisonnable. L'approche pragmatique et fonctionnelle met l'accent sur la disposition qui est

a single statute, his enabling legislation, and, absent a constitutional challenge, the patent unreasonableness standard need not make room for a review of statutory interpretation of enabling legislation on a correctness basis. There is no basis for dividing the Minister's decision into component questions subject to different standards of review, nor should the Minister's power be viewed as due less deference because it is circumscribed by legislation. Not every administrative action involves a distinct and identifiable exercise of statutory interpretation. Where, as here, the factors indicate that the question raised by the provision is one intended by the legislators to be left to the exclusive decision of the administrative decision maker, it simply is not one for the courts to make. The presence of a privative clause is compelling evidence that deference is due. The Minister knows more about labour relations than the courts and will be taken to have expertise. Deference is owed to expert decision makers designated by the legislature. The fact-based nature of the question before the Minister also points to deference and empowering the Minister, rather than an apolitical actor, suggests a legislative intent of political accountability.

The Minister did not make appointments that were patently unreasonable. A contextual approach to statutory interpretation of the enabling legislation is necessary for determining the criteria relevant to exercise of the discretion. In some cases, the criteria are spelled out in the legislation, regulations or guidelines or found in the specific purposes of the relevant Act. In others, the relevant factors may be unwritten and derived from the purpose and context of the statute. In this case, there are no relevant regulations, guidelines, or other instruments, and the statute does not say much. The Act stipulates that appointees must be qualified in the opinion of the Minister, expressly contemplating the importance of the Minister's opinion. Labour relations expertise, independence and impartiality, reflected in broad acceptability, are not necessarily dominant or obvious factors and should not be imposed as specific restrictions on the Minister's discretion. The Minister developed an opinion and determined that judging experience was a relevant qualification. The Act called for the Minister to reach his own opinion, not to consider a specific determining factor. Given how much work it takes to identify labour relations experience and broad acceptability as factors and to imply them into s. 6(5), weighing them less heavily than another unwritten qualification, namely judicial experience, does not vitiate the appointments as patently

invoquée. Le ministre a exercé son pouvoir en vertu d'une seule loi, à savoir sa loi habilitante, et en l'absence de contestation constitutionnelle, il n'est pas nécessaire que la norme du caractère manifestement déraisonnable ouvre la porte au contrôle de l'interprétation de la loi habilitante selon la norme de la décision correcte. Rien ne justifie de diviser la décision du ministre en différentes questions assujetties à des normes de contrôle différentes. Il n'y a pas lieu non plus de considérer que le pouvoir du ministre a droit à moins de déférence du fait qu'il est circonscrit par la Loi. Les actions administratives ne comportent pas toutes un exercice distinct et identifiable d'interprétation législative. Lorsque, comme en l'espèce, les facteurs en présence indiquent que la question soulevée par la disposition en cause est une question que le législateur a voulu assujettir au pouvoir décisionnel exclusif de l'instance administrative, il n'appartient tout simplement pas aux tribunaux judiciaires de se prononcer sur cette question. La présence d'une clause privative atteste persuasivement que l'on doit faire montre de déférence. Le ministre a une meilleure connaissance des relations du travail que les tribunaux judiciaires et l'on considérera qu'il a une expertise. Les décideurs spécialisés désignés par le législateur ont droit à la déférence. La nature contextuelle de la question soumise au ministre milite elle aussi en faveur de la déférence et le fait d'habiliter le ministre, au lieu d'un acteur apolitique, indique que le législateur a voulu qu'il y ait responsabilité politique.

Les désignations faites par le ministre n'étaient pas manifestement déraisonnables. Pour déterminer les critères pertinents relativement à l'exercice du pouvoir discrétionnaire, il faut interpréter la loi habilitante selon une méthode contextuelle. Dans certains cas, les critères sont énumérés dans la loi, les règlements ou les lignes directrices applicables, ou encore ressortent des objets particuliers de la loi pertinente. Dans d'autres cas, les facteurs pertinents peuvent être tacites et émaner de l'objet et du contexte de la loi en cause. En l'espèce, il n'y a aucun règlement, aucune ligne directrice ni aucun autre instrument pertinents et la loi applicable ne dit pas grand-chose. La Loi précise que les personnes désignées doivent être compétentes de l'avis du ministre et prévoit ainsi expressément que l'avis du ministre est important. L'expertise en relations du travail, l'indépendance et l'impartialité, que traduit la notion d'acceptabilité générale, ne sont pas nécessairement des facteurs dominants ou évidents et ne doivent pas constituer des restrictions particulières au pouvoir discrétionnaire du ministre. Le ministre s'est formé une opinion et a décidé que l'expérience en tant que juge était une condition requise pertinente. La Loi exigeait que le ministre forme sa propre opinion et non qu'il prenne en considération un facteur déterminant particulier. Compte tenu de la somme de travail nécessaire pour relever les facteurs que sont l'expérience en

unreasonable. It takes significant searching or testing to find the alleged defect or even the factors said to constrain the Minister. It is therefore difficult to characterize the appointments as immediately or obviously defective, not in accordance with reason, clearly irrational, or so flawed that no amount of curial deference could justify letting them stand based on a failure to consider these factors. Recognition of the seriousness of quashing a decision as patently unreasonable is crucial to maintaining the discipline of judicial restraint and deference, and our intervention is not warranted in these circumstances.

Concerns about institutional independence and institutional impartiality do not render the Minister's appointments patently unreasonable. The Act requires that the tribunals be *ad hoc* and retired judges as a class cannot reasonably be seen as so partial that appointing them took the Minister outside the bounds of his statutory discretion. The possibility of a successful challenge to a particular board is not foreclosed but the constraints on the Minister's discretion do not permit a general inquiry into the independence and impartiality of the boards on the basis of the appointment process in the absence of a direct challenge to the boards actually appointed.

Cases Cited

By Binnie J.

Applied: *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; **distinguished:** *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; **referred to:** *Air Canada v. British Columbia (Attorney General)*, [1986] 2 S.C.R. 539; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC

relations du travail et l'acceptabilité générale et pour supposer qu'ils sont prévus au par. 6(5), le fait de leur accorder moins d'importance qu'à une autre condition requise également tacite, à savoir l'expérience judiciaire, ne vicie pas les désignations en les rendant manifestement déraisonnables. Il faut procéder à un examen ou à une analyse pour déceler le défaut allégué ou même les facteurs qui, dit-on, restreignent la liberté d'action du ministre. Il est donc difficile de considérer que les désignations ministérielles comportent un défaut flagrant ou évident, qu'elles sont non conformes à la raison ou clairement irrationnelles ou qu'elles sont à ce point viciées qu'aucun degré de déférence judiciaire ne pourrait justifier de les maintenir pour le motif que ces facteurs n'ont pas été pris en considération. Si on veut maintenir le principe de la retenue et de la déférence judiciaires, il est essentiel de reconnaître la gravité d'annuler une décision pour le motif qu'elle est manifestement déraisonnable; nous ne sommes pas justifiés à intervenir dans ces circonstances.

Les préoccupations relatives à l'indépendance et à l'impartialité institutionnelles ne rendent pas manifestement déraisonnables les désignations faites par le ministre. La Loi exige que les tribunaux administratifs soient *ad hoc*, et en tant que catégorie, les juges retraités ne peuvent pas être raisonnablement perçus comme étant à ce point partiaux qu'en les désignant le ministre a excédé le pouvoir discrétionnaire que lui confère la Loi. La possibilité de s'attaquer avec succès à un conseil en particulier n'est pas écartée, mais en l'absence d'une contestation mettant directement en cause l'indépendance ou l'impartialité de conseils réellement constitués, les contraintes auxquelles est soumis le pouvoir ministériel discrétionnaire ne permettent pas de procéder à un examen général de l'impartialité et de l'indépendance des conseils, qui serait fondé sur le processus de désignation suivi.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts appliqués: *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; **distinction d'avec les arrêts:** *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; **arrêts mentionnés:** *Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1986] 2 R.C.S. 539; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control*

- 52; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *Brousseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301; *McMaster University and McMaster University Faculty Assn., Re* (1990), 13 L.A.C. (4th) 199; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *In re Preston*, [1985] A.C. 835; *Pasiecznyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *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; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Oakwood Development Ltd. v. Rural Municipality of St. François Xavier*, [1985] 2 S.C.R. 164; *Reference re Bill 30, an Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; *R. v. Gagné*, [1992] 1 S.C.R. 259; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Katz v. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 S.C.R. 405; 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324, leave to appeal refused, [1994] 1 S.C.R. x; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15.
- and Licensing Branch*), [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *Brousseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301; *McMaster University and McMaster University Faculty Assn., Re* (1990), 13 L.A.C. (4th) 199; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Council of Civil Service Unions c. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *In re Preston*, [1985] A.C. 835; *Pasiecznyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *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; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Oakwood Development Ltd. c. Municipalité rurale de St. François Xavier*, [1985] 2 R.C.S. 164; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; *R. c. Gagné*, [1992] 1 R.C.S. 259; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Katz c. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 R.C.S. 405; 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324, autorisation de pourvoi refusée, [1994] 1 R.C.S. x; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15.

By Bastarache J. (dissenting)

Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 1 S.C.R. 982; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Toronto Catholic District School Board v. Ontario English Catholic Teachers' Assn. (Toronto Elementary Unit)* (2001), 55 O.R. (3d) 737, leave to appeal refused, [2002] 2 S.C.R. ix; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Ivanhoe Inc. v. UFCW, Local 500*, [2001] 2 S.C.R. 566, 2001 SCC 47; *Ajax (Town) v. CAW, Local 222*, [2000] 1 S.C.R. 538, 2000 SCC 23; *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; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70; *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793; *Katz v. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 S.C.R. 405; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Back to School Act (Toronto and Windsor) 2001, S.O. 2001, c. 1, s. 11(4), (5).
Hospital Labour Disputes Arbitration Act, R.S.O. 1990, c. H.14, ss. 4, 5(1), 6(5), (12), 7, 9.2(1), 11(1).
Labour Relations Act, R.S.O. 1960, c. 202.
Labour Relations Act, R.S.O. 1970, c. 232 [am. 1979, c. 32, s. 1].

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] 1 R.C.S. 982; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Toronto Catholic District School Board c. Ontario English Catholic Teachers' Assn. (Toronto Elementary Unit)* (2001), 55 O.R. (3d) 737, autorisation de pourvoi refusée, [2002] 2 R.C.S. ix; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 566, 2001 CSC 47; *Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222*, [2000] 1 R.C.S. 538, 2000 CSC 23; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70; *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793; *Katz c. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 R.C.S. 405; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Labour Relations Act, R.S.O. 1960, ch. 202.
Labour Relations Act, R.S.O. 1970, ch. 232 [mod. 1979, ch. 32, art. 1].
Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 49(10).
Loi de 2001 sur le retour à l'école (Toronto et Windsor), L.O. 2001, ch. 1, art. 11(4), (5).

Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 49(10).
Teachers' Collective Bargaining Act, R.S.N. 1990, c. T-3, ss. 17(2), 22(2).
Teachers' Collective Bargaining Act, R.S.N.S. 1989, c. 460, s. 26(2).
Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, s. 64(1).
Universities Act, R.S.A. 2000, c. U-3, s. 32(e).

Authors Cited

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated August 2002).
 de Smith, Stanley A. *Constitutional and Administrative Law*, 4th ed. By Harry Street and Rodney Brazier. Harmondsworth, Eng.: Penguin Books, 1981.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.
 Ontario. Department of Labour, Research Branch. "The Impact of the Ontario Hospital Labour Disputes Arbitration Act, 1965: A Statistical Analysis", report prepared by Keith McLeod, November 1970.
 Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates*, No. 218, 1st Sess., 36th Parl., August 25, 1997, pp. 11462, 11464.
 Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates*, No. R-69, Standing Committee on Resources Development, September 23, 1997, p. R-2577.
 Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, No. 35, 3rd Sess., 27th Leg., March 3, 1965, p. 935.
 Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, No. 53, 3rd Sess., 27th Leg., March 22, 1965, p. 1497.
 Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, No. 134, 2nd Sess., 29th Leg., December 14, 1972, p. 5760.
 Ontario. *Royal Commission Report on Compulsory Arbitration in Disputes Affecting Hospitals and Their Employees*. Toronto: The Commission, 1964.
 Pépin, Gilles, et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1982.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 51 O.R. (3d) 417, 194 D.L.R. (4th) 265, 138 O.A.C. 256, 26 Admin. L.R. (3d) 55, 5 C.C.E.L. (3d) 8, [2000] O.J. No. 4361 (QL), allowing an appeal from a judgment of the Divisional Court (1999), 117 O.A.C. 340, [1999] O.J. No. 358

Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux, L.R.O. 1990, ch. H.14, art. 4, 5(1), 6(5), (12), 7, 9.2(1), 11(1).
Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 64(1).
Teachers' Collective Bargaining Act, R.S.N. 1990, ch. T-3, art. 17(2), 22(2).
Teachers' Collective Bargaining Act, R.S.N.S. 1989, ch. 460, art. 26(2).
Universities Act, R.S.A. 2000, ch. U-3, art. 32(e).

Doctrine citée

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated August 2002).
 de Smith, Stanley A. *Constitutional and Administrative Law*, 4th ed. By Harry Street and Rodney Brazier. Harmondsworth, Eng.: Penguin Books, 1981.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford : Hart Publishing, 1997, 279.
 Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats*, n° 218, 1^{re} sess., 36^e lég., 25 août 1997, p. 11462, 11464.
 Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats*, n° R-69, Comité permanent du développement des ressources, 23 septembre 1997, p. R-2577.
 Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, No. 35, 3rd Sess., 27th Leg., March 3, 1965, p. 935.
 Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, No. 53, 3rd Sess., 27th Leg., March 22, 1965, p. 1497.
 Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, No. 134, 2nd Sess., 29th Leg., December 14, 1972, p. 5760.
 Ontario. Ministère du Travail de l'Ontario, Direction de la recherche. « The Impact of the Ontario Hospital Labour Disputes Arbitration Act, 1965 : A Statistical Analysis », rapport préparé par Keith McLeod, novembre 1970.
 Ontario. *Royal Commission Report on Compulsory Arbitration in Disputes Affecting Hospitals and Their Employees*. Toronto : The Commission, 1964.
 Pépin, Gilles, et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1982.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2000), 51 O.R. (3d) 417, 194 D.L.R. (4th) 265, 138 O.A.C. 256, 26 Admin. L.R. (3d) 55, 5 C.C.E.L. (3d) 8, [2000] O.J. No. 4361 (QL), qui a accueilli l'appel interjeté contre un jugement de la Cour divisionnaire (1999), 117 O.A.C. 340, [1999]

(QL). Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Major and Bastarache JJ. dissenting.

Leslie McIntosh, for the appellant.

Howard Goldblatt, Steven Barrett and Vanessa Payne, for the respondents.

J. Gregory Richards, Jeff G. Cowan and Susan Philpott, for the intervener the Canadian Bar Association.

Michel G. Picher and Barbara A. McIsaac, Q.C., for the intervener the National Academy of Arbitrators (Canadian Region).

The reasons of McLachlin C.J. and Major and Bastarache JJ. were delivered by

1

BASTARACHE J. (dissenting) — I adopt Binnie J.'s recital of the facts and judicial history. In my view, however, the Minister of Labour ("Minister") did not make appointments that were patently unreasonable. In reaching that decision, I would adopt a somewhat different approach to that of Binnie J. with regard to judicial review for abuse of discretion. I also object to Binnie J.'s conclusion that the impartiality and independence of boards can be challenged on the sole basis of the appointment process without any direct attack on a board actually constituted.

2

With regard to judicial review for abuse of discretion, as I shall explain, the balance of factors in this case militates unambiguously for the patent unreasonableness standard of review. This deferential standard applies fully to each appointment. In reviewing discretionary appointments, I think it unhelpful and inappropriate, under the pragmatic and functional approach, to separate the Minister's interpretation of the scope of his power under s. 6(5) of the *Hospital Labour Disputes Arbitration Act*, R.S.O. 1990, c. H.14 ("HLDAA"), from the ultimate appointments. Instead, what that approach requires is to assess the entire discretionary

O.J. No. 358 (QL). Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges Major et Bastarache sont dissidents.

Leslie McIntosh, pour l'appellant.

Howard Goldblatt, Steven Barrett et Vanessa Payne, pour les intimés.

J. Gregory Richards, Jeff G. Cowan et Susan Philpott, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Michel G. Picher et Barbara A. McIsaac, c.r., pour l'intervenante National Academy of Arbitrators (Canadian Region).

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Major et Bastarache rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) — Je souscris à l'exposé des faits et à l'historique des procédures judiciaires figurant dans le motifs du juge Binnie. J'estime, cependant, que les désignations faites par le ministre du Travail (« ministre ») n'étaient pas manifestement déraisonnables. L'approche que j'utilise pour arriver à cette conclusion diffère quelque peu de celle du juge Binnie en ce qui concerne le contrôle judiciaire pour abus de pouvoir discrétionnaire. Je m'oppose également à la conclusion du juge Binnie voulant que l'impartialité et l'indépendance des conseils puissent être mises en doute en raison seulement du processus de désignation suivi, sans que le conseil réellement constitué ne soit directement contesté.

Comme je l'expliquerai, en ce qui concerne le contrôle judiciaire pour abus de pouvoir discrétionnaire, l'importance relative des facteurs en présence milite sans équivoque en faveur de l'application de la norme de contrôle du caractère manifestement déraisonnable. Cette norme qui commande la déférence s'applique parfaitement à chaque désignation. Je pense qu'en appliquant l'approche pragmatique et fonctionnelle à l'examen des désignations discrétionnaires, il n'est ni utile ni approprié de dissocier des désignations que le ministre a faites, en définitive, de son interprétation de l'étendue du pouvoir qui lui est conféré par le par. 6(5) de la *Loi sur*

decision against the standard of patent unreasonableness.

Moreover, the constraints on the exercise of the Minister's discretion do not permit a general inquiry into the independence and impartiality of the boards on the basis of the appointment process in the absence of a direct challenge to the independence or impartiality of boards actually appointed. The respondents' attack on the institutional independence or impartiality of the boards must be levied against a particular board. This attack is not appropriately an argument as to whether the Minister abused his discretion.

I do, however, accept Binnie J.'s analysis and conclusion that the Minister satisfied his duty of procedural fairness.

I. What is the Standard of Review for the Appointment Power?

I do not share Binnie J.'s appreciation of the potential confusion in determining, as separate exercises, the content of the duty of procedural fairness and the standard of review. Both exercises examine the context of an administrative decision. The same factor may be salient for both exercises. Nevertheless, the two inquiries proceed separately and serve different objectives. The content of the duty of procedural fairness seeks to ensure the appropriate relationship between the citizen and the administrative decision maker. In contrast, the standard of review speaks to the relationship between the administrative decision maker and the judiciary. In the former case, there is no need to determine a degree of deference.

Binnie J. and I agree ultimately on the appropriate standard of review. This agreement masks, however, some disagreement on the pragmatic and functional approach adopted by this Court.

l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux, L.R.O. 1990, ch. H.14 (« *LACTH* »). Cette approche exige plutôt l'appréciation de l'ensemble de la décision discrétionnaire selon la norme du caractère manifestement déraisonnable.

De plus, en l'absence d'une contestation mettant directement en cause l'indépendance ou l'impartialité de conseils réellement constitués, les contraintes auxquelles est soumis l'exercice du pouvoir ministériel discrétionnaire ne permettent pas de procéder à un examen général de l'impartialité et de l'indépendance des conseils, qui serait fondé sur le processus de désignation suivi. La contestation des intimés, qui met en cause l'indépendance ou l'impartialité institutionnelles des conseils, doit viser un conseil particulier. La présente contestation n'est pas une façon appropriée de se demander si le ministre a abusé de son pouvoir discrétionnaire.

J'accepte toutefois l'analyse et la conclusion du juge Binnie selon lesquelles le ministre s'est acquitté de son obligation d'équité procédurale.

I. Quelle norme de contrôle s'applique au pouvoir de désignation?

Je ne partage pas l'avis du juge Binnie selon lequel le fait de déterminer séparément le contenu de l'obligation d'équité procédurale et la norme de contrôle applicable risque d'engendrer une certaine confusion. Dans les deux cas, il y a examen du contexte d'une décision administrative. Le même facteur peut également ressortir dans les deux cas. Les deux examens sont néanmoins effectués séparément et visent des objectifs différents. L'obligation d'équité procédurale a pour objet d'assurer l'existence de bons rapports entre les citoyens et l'instance décisionnelle administrative. Par contre, la norme de contrôle concerne les rapports entre l'instance décisionnelle administrative et le pouvoir judiciaire. Dans le premier cas, il n'est pas nécessaire d'établir un degré de déférence.

En définitive, le juge Binnie et moi nous entendons sur la norme de contrôle applicable. Cette entente cache toutefois un désaccord au sujet de l'approche pragmatique et fonctionnelle adoptée par la Cour.

3

4

5

6

7

As this Court recognized in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 28, this approach focusses on "the particular, individual provision being invoked and interpreted by the tribunal". The result is that some provisions within the same statute may require greater deference than others, depending on the factors. It does not follow, however, that exercise of a discretionary power under a single provision, such as s. 6(5) in this appeal, should be viewed as "the product of a number of issues or determinations" (Binnie J.'s reasons, at para. 97) with the decision maker's statutory interpretation singled out for closer scrutiny. Binnie J.'s citations to this Court's decision in *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157 ("CBC"), support the impression that a single administrative decision contains within it parts that are independently reviewable on a more or, more likely, less deferential standard. That appeal related to the standard of review for an agency's decision that required it to interpret a statute other than its enabling legislation. The passage from the plurality, to which Binnie J. refers, concludes that where the standard of review for a decision as a whole is patent unreasonableness, the correctness of the interpretation of an external statute may nevertheless affect the overall reasonableness of that decision. That authority is not apparently relevant to a case such as the present appeal, where the Minister exercises a power under a single statute, his enabling legislation. Given the present context, reference to that authority can only suggest, wrongly, that even in these circumstances a patent unreasonableness standard must make room, within the broader decision, for review of statutory interpretation on a correctness basis. The obvious exception, where a legal question will take a different standard from the global decision, is when an agency's decision engages constitutional issues. Constitutional questions will necessarily be reviewable on a correctness standard. Special cases like *CBC* will be dealt with on a case-by-case basis. In this case, however, the main issue is that of deciding whether the Minister failed to consider proper

Comme la Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 28, cette approche met l'accent sur « la disposition particulière invoquée et interprétée par le tribunal ». Par conséquent, selon les facteurs, certaines dispositions d'une même loi peuvent commander plus de déférence que d'autres. Toutefois, il ne s'ensuit pas que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en vertu d'une seule disposition, comme le par. 6(5) en l'espèce, devrait être perçu comme étant « le fruit d'un certain nombre de questions ou de décisions » (motifs du juge Binnie, par. 97), ni qu'il y a lieu d'examiner de plus près l'interprétation que le décideur a donnée de la loi en cause. Les passages de l'arrêt *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157 (« SRC »), que cite le juge Binnie, tendent à confirmer l'impression qu'une même décision administrative comporte des parties qui peuvent être contrôlées indépendamment selon une norme qui commande plus ou moins de déférence ou qui est plus susceptible de commander moins de déférence. Ce pourvoi concernait la norme de contrôle applicable à la décision d'un organisme qui l'a obligé à interpréter une loi autre que sa loi habilitante. Dans le passage mentionné par le juge Binnie, les juges majoritaires concluent que, dans le cas où la norme de contrôle applicable à l'ensemble d'une décision est celle du caractère manifestement déraisonnable, la justesse de l'interprétation d'une loi non constitutive peut néanmoins influencer sur le caractère raisonnable global de cette décision. Ce précédent n'est manifestement pas pertinent dans un cas comme la présente affaire où le ministre exerce son pouvoir en vertu d'une seule loi, à savoir sa loi habilitante. Compte tenu du présent contexte, le renvoi à ce précédent ne peut qu'indiquer à tort que, même dans ces circonstances, la norme du caractère manifestement déraisonnable doit, en ce qui concerne l'ensemble de la décision, ouvrir la porte au contrôle de l'interprétation de la loi selon la norme de la décision correcte. L'exception évidente, où il sera nécessaire d'appliquer à une question de droit une norme différente de celle applicable à l'ensemble de la décision, est le cas où la décision d'un organisme fait intervenir des questions d'ordre constitutionnel,

factors when making appointments under s. 6(5). It is a single issue.

It is true that some enabling statutes distinguish between the agency's factual and legal determinations. Such statutes may contemplate an appeal from the agency's legal determinations while protecting, with a privative clause, findings of fact. See e.g. *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, s. 64(1). Yet, where there is no basis for dividing a decision into component questions — here the privative clause in s. 7 of the *HLDA* expressly shields the entire appointment —, the single appropriate standard of review, and the deference it dictates, apply to all aspects of the decision. There is no basis for the view that an expert decision maker given due deference with regard to a discretionary appointment power is due less deference because the power is circumscribed by legislation, the suggestion being that there is a statutory interpretation aspect to his or her decision. The authorities that Binnie J. cites for the self-evident proposition that a discretion is never untrammelled and that "there is always a perspective within which a statute is intended to operate" (*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.)) do not indicate that each administrative action necessarily involves a distinct and identifiable exercise of statutory interpretation.

Indeed, it is worth recalling the basis on which the *CBC* case that Binnie J. cites, *supra*, discusses the standard for an agency's interpretation of an external statute. The key factor in the analysis in that case was the Canada Labour Relations Board's expertise. The concern was that the Board did not have expertise respecting the interpretation of the external statute. What was lacking was expertise as experience,

qui pourront nécessairement faire l'objet d'un contrôle fondé sur la norme de la décision correcte. Des cas particuliers comme l'affaire *SRC* seront traités au cas par cas. En l'espèce, cependant, la principale question qui se pose est de savoir si, en faisant des désignations en vertu du par. 6(5), le ministre a omis de prendre en considération des facteurs pertinents. Il s'agit là d'une seule question.

Il est vrai que certaines lois habilitantes établissent une distinction entre les décisions qu'un organisme prend sur le plan du droit et celles qu'il prend sur le plan des faits. Ces lois peuvent prévoir un droit d'interjeter appel contre les décisions de l'organisme portant sur des questions de droit, tout en protégeant, au moyen d'une clause privative, ses conclusions de fait. Voir, par exemple, la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, par. 64(1). Pourtant, lorsque rien ne justifie de diviser une décision en différentes questions — en l'espèce, la clause privative de l'art. 7 *LACTH* protège expressément la désignation en entier —, la seule norme de contrôle applicable et la déférence qu'elle commande visent tous les aspects de la décision. Rien ne justifie de considérer que, dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, un décideur spécialisé a droit à moins de déférence du fait que ce pouvoir est circonscrit par la loi, l'idée étant que sa décision comporte un volet « interprétation législative ». La jurisprudence que le juge Binnie cite à l'appui de la proposition évidente voulant qu'un pouvoir discrétionnaire ne soit jamais illimité et qu' [TRADUCTION] « une loi [soit] toujours censée s'appliquer dans une certaine optique » (*Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 140; *Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.)), n'indique pas que toute action administrative comporte nécessairement un exercice distinct et identifiable d'interprétation législative.

En réalité, il vaut la peine de se rappeler la raison pour laquelle l'arrêt *SRC*, précité, que cite le juge Binnie, analyse la norme de contrôle applicable à l'interprétation qu'un organisme donne d'une loi autre que sa loi constitutive. Le facteur clé de l'analyse dans cette affaire était l'expertise du Conseil canadien des relations du travail. On craignait que le Conseil n'ait pas l'expertise voulue pour

8

9

the kind that a board acquires from applying a statute repeatedly over time. The nature of this expertise as experience is made clear by Iacobucci J.'s caveat: "I would leave open the possibility that, in cases where the external statute is linked to the tribunal's mandate and is frequently encountered by it, a measure of deference may be appropriate" (*CBC*, *supra*, at para. 48; see also *Toronto Catholic District School Board v. Ontario English Catholic Teachers' Assn. (Toronto Elementary Unit)* (2001), 55 O.R. (3d) 737 (C.A.), leave to appeal refused June 20, 2002, [2002] 2 S.C.R. ix). Since the Minister has expertise at applying his own statute, it is difficult to see the relevance of discussing the interpretation of the external statute in *CBC*. Where the standard of review for a decision is patent unreasonableness, there is no reason to scrutinize more closely the decision maker's interpretation of its own statute.

interpréter l'autre loi en question. Il lui manquait l'expertise constituée par l'expérience qu'un tel organisme acquiert à force d'appliquer une loi. Le juge Iacobucci définit clairement la nature de cette expertise constituée par l'expérience lorsqu'il fait remarquer « qu'une certaine retenue peut être indiquée dans des cas où la loi non constitutive se rapporte au mandat du tribunal et où celui-ci est souvent appelé à l'examiner » (*SRC*, précité, par. 48; voir aussi *Toronto Catholic District School Board c. Ontario English Catholic Teachers' Assn. (Toronto Elementary Unit)* (2001), 55 O.R. (3d) 737 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée le 20 juin 2002, [2002] 2 R.C.S. ix). Vu que le ministre a l'expertise voulue pour appliquer sa loi habilitante, on voit difficilement l'utilité d'analyser l'interprétation de la loi non constitutive dans l'affaire *SRC*. Dans le cas où la norme de contrôle applicable à une décision est celle du caractère manifestement déraisonnable, rien ne justifie d'examiner de plus près l'interprétation que le décideur donne de sa loi habilitante.

10

Indeed, this Court developed the patent unreasonableness standard in the context of agencies engaged in interpreting their enabling legislation. The reviewing court's question will often be whether the statute can bear the agency's interpretation. This frequently requires of the reviewing court that it defer to the agency's interpretation of the enabling legislation. As L'Heureux-Dubé J. wrote for this Court in *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, at p. 775, the patent unreasonableness standard ensures "that review of the correctness of an administrative interpretation does not serve, as it has in the past, as a screen for intervention based on the merits of a given decision". See also *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227.

En fait, la Cour a établi la norme du caractère manifestement déraisonnable dans le contexte d'organismes qui interprétaient leur loi habilitante. La question que se pose souvent le tribunal qui effectue un contrôle judiciaire est de savoir si la loi peut être interprétée de la façon dont l'a fait l'organisme en cause. Pour répondre à cette question, le tribunal qui effectue le contrôle judiciaire doit souvent s'en remettre à l'interprétation que l'organisme donne de sa loi habilitante. Comme la juge L'Heureux-Dubé l'écrivait, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, p. 775, la norme du caractère manifestement déraisonnable permet d'« éviter qu'un contrôle de la justesse de l'interprétation administrative ne serve de paravent, comme ce fut le cas dans le passé, à un interventionnisme axé sur le bien-fondé d'une décision donnée. » Voir aussi *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.

Where, as here, the factors indicate that the question raised by the provision is one intended by the legislators to be left to the exclusive decision of the administrative decision maker (*Pushpanathan*, *supra*, at para. 26; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, at para. 18, *per* Sopinka J.), it is not one for the courts to make. Assignment of such questions to the decision maker does not serve merely to permit experienced persons to compile the record for the inevitable judicial review proceedings in a superior court. This is particularly clear in the present case, where the decision maker's — the Minister's — function is only to name a chairperson so that arbitration may proceed expeditiously. For the statutory scheme to function, the parties must believe, as a general rule, that where their disagreement requires the Minister to name a chairperson, that chairperson is validly chosen and the arbitration must proceed.

The difficulty may stem from Binnie J.'s importing a practical sense of how decisions are actually made into the specialized judicial review context. Obviously, one could divide nearly every administrative decision into preliminary determinations. Even a purely legal question of statutory interpretation relies on the prior factual determination that the decision maker was reading the correct version of the Act and not some other document. In the course of selecting a chairperson for an arbitral board, the Minister made choices concerning for instance which officials to consult and determined how many options were open to him. But for judicial review to be workable, courts generally operate on the assumption that they can isolate a single decision to be reviewed. They then determine one standard of review for that decision. For present purposes, it is unworkable to view the Minister's naming of an individual as comprising multiple determinations.

Admittedly, the pragmatic and functional approach may require different standards of review

Lorsque, comme en l'espèce, les facteurs en présence indiquent que la question soulevée par la disposition en cause est une question que le législateur a voulu assujettir au pouvoir décisionnel exclusif de l'instance administrative (*Pushpanathan*, précité, par. 26; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, par. 18, le juge Sopinka), il n'appartient pas aux tribunaux judiciaires de se prononcer sur cette question. Le fait de confier au décideur le soin de trancher ces questions ne vise pas simplement à permettre à des personnes expérimentées de constituer le dossier nécessaire aux fins de l'inévitable contrôle judiciaire par une cour supérieure. Cela est particulièrement évident dans la présente affaire où l'unique fonction du décideur — à savoir le ministre — est de désigner un président ou une présidente afin que l'arbitrage puisse se dérouler promptement. Pour que le régime législatif fonctionne, les parties doivent croire qu'en règle générale, lorsque leur désaccord force le ministre à désigner une personne à la présidence, cette désignation est valide et l'arbitrage doit avoir lieu.

Le fait que le juge Binnie donne une explication pratique de la manière dont les décisions sont effectivement prises dans le contexte spécial du contrôle judiciaire peut constituer le problème. Manifestement, presque toute décision administrative pourrait être divisée en décisions préliminaires. Même une question purement juridique d'interprétation législative repose sur la décision factuelle préalable que le décideur interprétait la bonne version de la loi en cause, et non quelque autre document. En désignant une personne à la présidence d'un conseil d'arbitrage, le ministre a fait des choix concernant, par exemple, les fonctionnaires à consulter et a décidé combien de possibilités s'offraient à lui. Mais pour que le contrôle judiciaire soit possible, les cours de justice tiennent généralement pour acquis qu'elles peuvent isoler une décision pour la contrôler. Ils déterminent ensuite la norme de contrôle qui sera appliquée à cette décision. Pour les besoins du présent pourvoi, considérer que la désignation ministérielle d'une personne comporte maintes décisions pose des problèmes insurmontables.

Certes, l'approche pragmatique et fonctionnelle peut exiger l'application de normes de contrôle

11

12

13

for different questions. This recognizes that the diversity of the contemporary administrative state includes different types of decision makers. Parliament and the provincial legislatures have not structured or qualified every agency to determine finally the same types of question. But judicial review would become grossly unwieldy and complex if each decision was to be viewed as a multiplicity of preliminary determinations.

différentes à des questions différentes. On reconnaît ainsi que la diversité qui caractérise l'État administratif contemporain comprend l'existence de différents types de décideurs. Le Parlement et les législatures provinciales n'ont pas structuré les organismes de manière à ce qu'ils puissent tous, en définitive, trancher le même genre de questions et ils ne les a pas non plus tous autorisés à le faire. Cependant, le contrôle judiciaire deviendrait excessivement lourd et complexe si chaque décision devait être considérée comme comportant maintes décisions préliminaires.

- 14 The question, then, is the standard of review for the exercise of the Minister's appointment power under s. 6(5) of the *HLDA*. In my view, *Pushpanathan*, *supra*, and this Court's subsequent jurisprudence indicate unambiguously that the appropriate standard is patent unreasonableness.

La question qui se pose est donc celle de la norme de contrôle applicable à l'exercice du pouvoir ministériel de désignation conféré par le par. 6(5) *LACTH*. À mon avis, l'arrêt *Pushpanathan*, précité, et la jurisprudence subséquente de la Cour indiquent sans équivoque que la norme applicable est celle du caractère manifestement déraisonnable.

- 15 First, as Binnie J. notes, a privative clause (s. 7) precludes judicial review of a ministerial appointment. As noted in *Pushpanathan*, *supra*, at para. 30, the presence of a privative clause "is compelling evidence that the court ought to show deference to the [administrative decision maker's] decision".

En premier lieu, comme le souligne le juge Binnie, une clause privative (art. 7) empêche le contrôle judiciaire d'une désignation ministérielle. Comme on le précise l'arrêt *Pushpanathan*, précité, par. 30, la présence d'une clause privative « atteste persuasivement que la cour doit faire montre de retenue à l'égard de la décision » de l'instance décisionnelle administrative.

- 16 As Iacobucci J. noted in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 50, the second and third factors, expertise and the purpose of the provision and the Act as a whole, often overlap. I will discuss them together. I agree with Binnie J. that the Minister and his officials know more about labour relations than do the courts. This Court has recently confirmed in a labour context that courts owe deference to the expert decision makers designated by the legislature: *Ivanhoe inc. v. UFCW, Local 500*, [2001] 2 S.C.R. 566, 2001 SCC 47; *Ajax (Town) v. CAW, Local 222*, [2000] 1 S.C.R. 538, 2000 SCC 23. Although, as Binnie J. notes, the Minister is asked to make an appointment on behalf of the parties, the particular provision at issue does not simply refer to a "qualified" person. Rather, s. 6(5) states that an appointee is to be qualified "in the opinion of the

Comme le juge Iacobucci l'a fait remarquer dans l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 50, les deuxième et troisième facteurs, à savoir l'expertise et l'objet de la disposition et de la loi dans son ensemble, se confondent souvent. Je vais analyser ces facteurs ensemble. Je partage l'avis du juge Binnie selon lequel le ministre et ses fonctionnaires ont une meilleure connaissance des relations du travail que les tribunaux judiciaires. La Cour confirmait récemment, dans un contexte de relations du travail, que les tribunaux judiciaires doivent faire montre de déférence à l'égard des décideurs spécialisés désignés par le législateur : *Ivanhoe inc. c. TUAC, section locale 500*, [2001] 2 R.C.S. 566, 2001 CSC 47; *Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222*, [2000] 1 R.C.S. 538, 2000 CSC 23. Bien que, comme le souligne le juge Binnie, on demande au

Minister". I shall return to this important distinction in my discussion below of the relevant considerations. This specific language in the enabling provision demands deference: *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, at para. 30, where the legislation at issue referred, as in the present appeal, to the opinion of the Minister. See also *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41, at para. 57, *per* Binnie J.

I wish to emphasize the importance of expertise in determining the standard of review. Iacobucci J. has stated that expertise "is the most important of the factors that a court must consider in settling on a standard of review": *Southam, supra*, at para. 50. Expertise is the "substantive rationale for deference" (D. Dyzenhaus, "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 290). The concept of the specialization of duties requires that deference be shown to decisions of specialized tribunals on matters falling within their expertise: *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at p. 591, *per* Iacobucci J.; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at pp. 1745-46, *per* Gonthier J. This concept obviously applies to full-time tribunals composed of members possessing special qualifications or who presumptively acquire expertise during their lengthy terms (*Southam, supra*; *Pezim, supra*; *National Corn Growers, supra*; *New Brunswick Liquor Corp., supra*). Yet other decision makers are also to be accorded deference on the basis of an expertise superior to that of the reviewing court. In *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11, at paras. 50-53, this Court held that the collegial composition of the New Brunswick Judicial Council,

ministre de faire une désignation au nom des parties, la disposition en cause ne renvoie simplement pas à une personne « compétente ». Le paragraphe 6(5) précise plutôt que la personne désignée doit être compétente « à son avis », c'est-à-dire de l'avis du ministre. Je reviendrai sur cette importante distinction dans l'analyse que je ferai des éléments pertinents qui doivent être pris en considération. Ce libellé particulier de la disposition habilitante commande la déférence : voir l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 30, où la loi en cause mentionnait, comme en l'espèce, l'avis du ministre. Voir aussi *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41, par. 57, le juge Binnie.

Je tiens à souligner l'importance de l'expertise en ce qui concerne la détermination de la norme de contrôle applicable. Le juge Iacobucci a affirmé que l'expertise « est le facteur le plus important qu'une cour doit examiner pour arrêter la norme de contrôle applicable » : *Southam*, précité, par. 50. L'expertise constitue la [TRADUCTION] « justification fondamentale de la déférence » (D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 290). Le concept de la spécialisation des fonctions commande la déférence à l'égard des décisions que des tribunaux administratifs spécialisés rendent sur des questions relevant de leur champ d'expertise : *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, p. 591, le juge Iacobucci; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, p. 1745-1746, le juge Gonthier. Ce concept s'applique manifestement aux tribunaux administratifs à temps plein composés de membres qui possèdent des compétences particulières ou qui sont présumés avoir acquis une expertise au cours de leurs longs mandats (*Southam, Pezim, National Corn Growers* et *Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précités). Pourtant, d'autres décideurs ont également droit à la déférence en raison de leur expertise plus grande que celle du tribunal qui effectue le contrôle judiciaire. Dans

among other factors, amounted to some expertise deserving deference, even though no member of the Council necessarily had qualifications any different from those of the reviewing judge. In *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, at para. 32, the Court noted that the fact of being a lay person could, in the context of a lawyers' Discipline Committee, amount to a certain expertise distinct from that of a court in the sense that a lay person may better understand how particular forms of conduct and choice of sanctions would affect the general public's perception of the legal profession and confidence in the administration of justice. As for Ministers exercising discretion, this Court's jurisprudence makes clear that they will be taken to have expertise, by virtue of their position, their ability to weigh policy concerns, and their access to information: *Suresh*, *supra*, at para. 31; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 59. In this case, in particular, the labour relations context is one more appropriately left to management by the legislatures and the executive than by the courts. As LeBel J. recently noted, "[t]he management of labour relations requires a delicate exercise in reconciling conflicting values and interests. The relevant political, social and economic considerations lie largely beyond the area of expertise of courts": *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70, at para. 239. In the present case, then, the formal rationale for deference provided by the legislative text "in the opinion of the Minister" overlaps with the substantive rationale for deference, the fact that the Minister actually is better positioned to make the assessment than any reviewing court.

l'arrêt *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11, par. 50-53, la Cour a statué que la composition collégiale du Conseil de la magistrature du Nouveau-Brunswick, notamment, représentait une expertise justifiant la déférence, même si aucun membre du Conseil ne possédait nécessairement des compétences différentes de celles du juge effectuant le contrôle judiciaire. Dans l'arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, par. 32, la Cour a fait remarquer que le fait d'être un non-juriste pouvait, dans le contexte d'un comité de discipline pour les avocats, représenter une certaine expertise différente de celle d'un tribunal judiciaire, en ce sens qu'un non-juriste peut mieux comprendre en quoi certains comportements et certains choix de sanctions pourraient affecter l'image de la profession juridique dans le public en général et sa confiance dans l'administration de la justice. En ce qui concerne l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un ministre, la jurisprudence de la Cour établit clairement que l'on considérera que le ministre a une expertise en raison du poste qu'il occupe, de son aptitude à évaluer des préoccupations de politique générale et de l'accès qu'il a à des sources d'information : *Suresh*, précité, par. 31; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 59. En l'espèce particulièrement, il convient davantage que le soin de gérer les relations du travail relève des pouvoirs législatif et exécutif que du pouvoir judiciaire. Comme l'a récemment fait remarquer le juge LeBel, « [l]a gestion des relations du travail exige un exercice délicat de conciliation des valeurs et intérêts divergents. Les considérations politiques, sociales et économiques pertinentes débordent largement du domaine d'expertise des tribunaux » : *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70, par. 239. Donc, en l'espèce, la justification officielle de la déférence qu'expriment les mots « à son avis », c'est-à-dire de l'avis du ministre, se confond avec sa justification fondamentale, à savoir que le ministre est vraiment mieux placé pour procéder à l'évaluation qu'un tribunal qui effectue un contrôle judiciaire.

18

Finally, the fourth factor, the nature of the question, also points to deference. Appointment of a

Enfin, le quatrième facteur, à savoir la nature de la question, milite lui aussi en faveur de la

particular arbitrator to a particular hospital labour dispute is "highly fact-based and contextual": *Suresh, supra*, at para. 31. More generally, discretionary decision makers are given "substantial leeway" and are presumptively due deference: *Baker, supra*, at para. 56. Furthermore, empowering the Minister, as opposed to an apolitical figure such as the Chief Justice of the province, suggests a legislative intent that political accountability also play a role in policing appointments and the integrity of hospitals interest arbitration. See *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12, at para. 50, per Major J.

The Minister's appointments are thus reviewable only on the most deferential, patent unreasonableness standard, and it is this standard I shall now apply.

II. Was Appointing Retired Judges Patently Unreasonable?

A. The Standard of Patent Unreasonableness

Before answering this question, it is helpful to review some of the ways that this Court has articulated the test for patent unreasonableness. These are not independent, alternative tests. They are simply ways of getting at the single question: What makes something patently unreasonable?

In *Suresh, supra*, at para. 41, this Court indicated that a patently unreasonable decision is one that is unreasonable on its face, unsupported by evidence, or vitiated by failure to consider the proper factors or apply the appropriate procedures. This linkage of the nominate grounds for abuse of discretion with the patent unreasonableness standard demonstrates the unified approach to review of discretionary decision making set out by L'Heureux-Dubé J. in *Baker, supra*. Other formulations of the test for patent unreasonableness are also helpful. Most relevantly in this appeal, other formulations assist in

déférence. La désignation d'un arbitre pour un conflit de travail dans un hôpital est « largement contextuelle et tributaire des faits » : *Suresh*, précité, par. 31. De manière plus générale, les décideurs discrétionnaires disposent d'« une grande liberté d'action » et sont présumés avoir droit à la déférence : *Baker*, précité, par. 56. En outre, le fait d'habiliter le ministre, au lieu d'une personnalité apolitique comme le juge en chef de la province, indique que le législateur a voulu que la responsabilité politique joue elle aussi un rôle dans la surveillance des désignations et le maintien de l'intégrité des arbitrages de différends dans les hôpitaux. Voir *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12, par. 50, le juge Major.

Les désignations ministérielles ne peuvent ainsi faire l'objet d'un contrôle que selon la norme commandant la plus grande déférence, à savoir la norme du caractère manifestement déraisonnable, et c'est cette norme que je vais maintenant appliquer.

II. La désignation de juges retraités était-elle manifestement déraisonnable?

A. La norme du caractère manifestement déraisonnable

Avant de répondre à cette question, il est utile d'examiner certaines façons dont la Cour a formulé le critère du caractère manifestement déraisonnable. Il s'agit non pas de critères indépendants ou de rechange, mais simplement de façons d'exprimer la seule question qui se pose : qu'est-ce qui fait qu'une chose est manifestement déraisonnable?

Dans l'arrêt *Suresh*, précité, par. 41, la Cour a indiqué qu'une décision manifestement déraisonnable est une décision déraisonnable à première vue qui n'est pas étayée par la preuve ni viciée par l'omission de tenir compte des facteurs pertinents ou d'appliquer la procédure appropriée. Cette corrélation entre les causes énumérées d'abus de pouvoir discrétionnaire et la norme du caractère manifestement déraisonnable démontre l'approche unifiée que la juge L'Heureux-Dubé a exposée, dans l'arrêt *Baker*, précité, relativement au contrôle du processus décisionnel discrétionnaire. D'autres

19

20

21

construing the terms "vitiated by failure to consider the proper factors". A reweighing or reconsideration of factors that were originally considered will not suffice to vitiate the decision. Furthermore, it is not necessarily sufficient that a new relevant factor be invoked to vitiate the ministerial decision.

formulations du critère du caractère manifestement déraisonnable sont également utiles. Fait très pertinent en l'espèce, d'autres formulations aident à interpréter les mots « viciée par l'omission de tenir compte des facteurs pertinents ». La réévaluation ou le réexamen des éléments pris en considération initialement ne suffit pas pour que la décision soit viciée. Il ne suffit pas nécessairement non plus d'invoquer un nouveau facteur pertinent pour que la décision ministérielle soit viciée.

- 22 In *Ryan, supra*, Iacobucci J. writes that "[a] decision that is patently unreasonable is so flawed that no amount of curial deference can justify letting it stand" (para. 52).

Dans l'arrêt *Ryan*, précité, le juge Iacobucci écrit qu'« [u]ne décision qui est manifestement déraisonnable est à ce point viciée qu'aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de la maintenir » (par. 52).

- 23 In *Southam, supra*, Iacobucci J. distinguishes the reasonableness *simpliciter* standard from that of patent unreasonableness. He states that the difference lies "in the immediacy or obviousness of the defect. If the defect is apparent on the face of the tribunal's reasons, then the tribunal's decision is patently unreasonable." A decision is not patently unreasonable, he says, "if it takes some significant searching or testing to find the defect". He says too that "once the lines of the problem have come into focus, . . . the unreasonableness will be evident" (para. 57). Another way of getting at the evident quality of the unreasonableness is to say that once identified, a defect rendering a decision patently unreasonable "can be explained simply and easily" (*Ryan, supra*, at para. 52).

Dans l'arrêt *Southam*, précité, le juge Iacobucci établit une distinction entre la norme de la décision raisonnable *simpliciter* et celle du caractère manifestement déraisonnable. Selon lui, la différence réside « dans le caractère flagrant ou évident du défaut. Si le défaut est manifeste au vu des motifs du tribunal, la décision de celui-ci est alors manifestement déraisonnable. » Une décision n'est pas manifestement déraisonnable, dit-il, « s'il faut procéder à un examen ou à une analyse en profondeur pour déceler le défaut ». Il ajoute qu'« une fois que les contours du problème sont devenus apparents, [. . .] [le] caractère déraisonnable ressortira » (par. 57). Une autre façon d'appréhender l'aspect manifeste du caractère déraisonnable consiste à dire que, dès qu'il est relevé, le défaut qui rend une décision manifestement déraisonnable « peut être expliqué simplement et facilement » (*Ryan*, précité, par. 52).

- 24 In *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941 ("PSAC"), Cory J. states that the "very strict test" of patent unreasonableness is whether the decision is "clearly irrational, that is to say evidently not in accordance with reason" (pp. 963-64).

Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) v. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941 (« AFPC »), le juge Cory affirme que le « critère très strict » du caractère manifestement déraisonnable consiste à se demander si une décision est « clairement irrationnelle, c'est-à-dire, de toute évidence non conforme à la raison » (p. 963-964).

- 25 These formulations indicate the high degree of deference in the patent unreasonableness standard. Even where a reasonableness *simpliciter* standard applies, the question is not what decision the

Il ressort de ces formulations que la norme du caractère manifestement déraisonnable commande une grande déférence. Même lorsque la norme de la décision raisonnable *simpliciter* s'applique, la

reviewing judge would have made in the shoes of the administrative decision maker: *Southam, supra*, at paras 79-80, *per* Iacobucci J. This is even more the case when the standard is patent unreasonableness. Indeed, this Court has stated explicitly that a reviewing court's role is not to reweigh the factors considered by the discretionary decision maker: *Suresh, supra*, at paras. 37-41. Nor is the goal to review the decision or action on its merits: *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793, at para. 53, *per* L'Heureux-Dubé J.

Having set out this background on the standard, I turn now to apply that standard to the Minister's appointments of chairpersons.

B. *Application of the Standard*

Binnie J. concludes that the appointments were patently unreasonable because the Minister's approach excluded relevant criteria (labour relations experience and broad acceptability) and substituted another criterion (prior judicial experience).

This assessment requires that we determine the relevant criteria for exercise of the discretion, or at least whether the Minister relied upon irrelevant criteria or failed to consider a relevant and important criterion. I agree with Binnie J. that a contextual approach to statutory interpretation of the enabling legislation is necessary for determining the relevant criteria. We disagree, however, as to what the essential criteria ultimately turn out to be. We disagree as to which factor or factors must be given primary importance for an appointment to survive review as not "clearly irrational" or patently unreasonable.

In the clearest of cases, the criteria constraining the exercise of a discretion will be spelled out in the legislation itself. In other cases, the relevant factors to consider will be specified in regulations

question n'est pas de savoir quelle décision aurait rendue le juge qui effectue le contrôle s'il avait été à la place de l'instance décisionnelle administrative : *Southam*, précité, par. 79-80, le juge Iacobucci. Cela est d'autant plus vrai lorsque la norme applicable est celle du caractère manifestement déraisonnable. En fait, la Cour a précisé que le rôle du tribunal qui effectue un contrôle judiciaire n'est pas de réévaluer les facteurs considérés par le décideur discrétionnaire : *Suresh*, précité, par. 37-41. L'objectif n'est pas non plus de contrôler la décision ou l'action quant au fond : *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793, par. 53, la juge L'Heureux-Dubé.

Après avoir exposé le contexte dans lequel elle s'applique, je vais maintenant appliquer la norme aux désignations ministérielles des présidents.

B. *Application de la norme*

Le juge Binnie conclut que les désignations étaient manifestement déraisonnables parce que l'approche adoptée par le ministre excluait les critères pertinents (expertise en matière de relations du travail et acceptabilité générale) et leur substituait un autre critère (expérience judiciaire antérieure).

Cette appréciation oblige à déterminer les critères pertinents pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire, ou du moins à se demander si le ministre s'est fondé sur des critères non pertinents ou encore s'il a omis de prendre en considération un critère pertinent et important. Je partage l'avis du juge Binnie selon lequel, pour déterminer les critères pertinents, il faut interpréter la loi habilitante selon une méthode contextuelle. Nous sommes, toutefois, en désaccord sur ce qui, en définitive, s'est révélé être les critères essentiels. Nous ne nous entendons pas sur la question de savoir à quel facteur (ou quels facteurs) il faut accorder une importance primordiale pour qu'une désignation résiste au contrôle pour le motif qu'elle n'est ni « clairement irrationnelle » ni manifestement déraisonnable.

Dans les cas les plus évidents, la loi elle-même énumère les critères qui limitent l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Dans d'autres cas, des règlements ou des lignes directrices précisent les

26

27

28

29

or guidelines. For example, in *Baker, supra*, this Court quashed the immigration officer's decision. In making the decision, the officer had failed to consider a factor expressly included in the relevant guidelines issued by the Minister of Citizenship and Immigration. Other indications of the important considerations were found in the specific purposes of the relevant Act and in international instruments (*Baker, supra*, at para. 67). In that appeal, the appropriate standard of review was the less deferential standard of reasonableness *simpliciter*. In other words, *Baker* says nothing one way or the other as to whether the failure to weigh heavily the interests of the children — a factor explicitly stated in the relevant documents — would have vitiated the decision as patently unreasonable. In yet another category of cases, the relevant factors may be unwritten, derived from the purpose and context of the statute. For example, in *Roncarelli, supra*, this Court reasonably inferred that denying or revoking a liquor permit for reasons irrelevant to the sale of liquor in a restaurant lay beyond the scope of the discretion conferred upon the Commission by the *Alcoholic Liquor Act*. Note, however, that it was an irrelevant factor that was inferred in *Roncarelli*. A statute cannot reasonably spell out and exclude in advance every irrelevant, bad faith or abusive consideration. It is much simpler for a legislator to spell out the relevant factors, and we often expect it to have done so. I would caution, then, against reviewing courts too easily concluding that implied factors are relevant and that failure, first to perceive them at all, and second to consider them, vitiates a decision. What, then, are the relevant factors in this case?

éléments pertinents qui doivent être considérés. Par exemple, dans l'arrêt *Baker*, précité, la Cour a annulé la décision de l'agent d'immigration. En rendant sa décision, celui-ci n'avait pas tenu compte d'un facteur explicitement prévu dans les lignes directrices pertinentes du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. D'autres indications des éléments importants devant être pris en considération ressortaient des objets particuliers de la loi applicable, et des instruments internationaux (*Baker*, précité, par. 67). Dans ce pourvoi, la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable *simpliciter*, qui commande moins de déférence. Autrement dit, l'arrêt *Baker* ne dit absolument rien au sujet de la question de savoir si l'omission d'accorder de l'importance aux intérêts des enfants — facteur prévu explicitement dans les documents pertinents — aurait vicié la décision en la rendant manifestement déraisonnable. Là encore, dans une autre catégorie de cas, les facteurs pertinents peuvent être tacites et émaner de l'objet et du contexte de la loi en cause. Par exemple, dans l'arrêt *Roncarelli*, précité, la Cour a raisonnablement inféré que le refus ou la révocation d'un permis d'alcool, pour des raisons n'ayant rien à voir avec la vente d'alcool dans un restaurant, outrepassait le pouvoir discrétionnaire conféré à la Commission par la *Loi des liqueurs alcooliques*. Cependant, il y a lieu de noter que l'on a inféré un facteur non pertinent dans l'arrêt *Roncarelli*. Une loi ne peut pas raisonnablement énumérer et exclure d'avance tout facteur non pertinent, caractérisé par la mauvaise foi ou encore abusif. Il est beaucoup plus simple pour le législateur d'énumérer les facteurs pertinents et c'est ce à quoi nous nous attendons souvent. Par conséquent, je déconseille aux tribunaux qui effectuent un contrôle judiciaire de conclure trop facilement que des facteurs implicites sont pertinents et que le défaut, premièrement, de les percevoir et, deuxièmement, de les prendre en considération, a pour effet de vicier une décision. Quels sont donc les facteurs pertinents en l'espèce?

30

In this case, the statute does not say very much. It stipulates that appointees must be "qualified to act". It also states, significantly, that it is "in the opinion of the Minister" that such persons must be qualified

Dans la présente affaire, la loi applicable ne dit pas grand-chose. Elle prévoit que les personnes désignées doivent être « compétentes pour agir en cette qualité [d'arbitre]. » Fait révélateur,

to act. In other words, the statute expressly contemplates that the Minister's opinion is important. I have already noted these words in determining the appropriate degree of deference. There are no relevant regulations, guidelines, or other instruments. Are there other relevant factors? In other words, can the reviewing court infer other factors relevant to the Minister in appointing a chairperson under s. 6(5) from the legislative context?

Binnie J. states that the "need for labour relations expertise, independence and impartiality, reflected in broad acceptability, has been a constant refrain of successive Ministers of Labour" (para. 177). I am not persuaded that either repetition of this need by Ministers of Labour or the context in which particular labour relations expertise and broad acceptability may have appeared essential constitutes a basis for implying dominant factors, as if they were stipulated in regulations or guidelines. Nor are these factors obvious, like the fact, in *Roncarelli, supra*, that discretion to renew a liquor licence must not be wielded to punish a person who posts bail for fellow members of a religious minority.

I have already noted that a patently unreasonable decision is one marked by the immediacy or obviousness of the defect. Where the alleged defect is failure to consider relevant factors, I think it important that those factors must themselves be immediately identifiable or obvious. In accordance with their duty, counsel for the respondents have assiduously compiled a record that presents the need for labour relations expertise and broad acceptability in its best light. They have collected excerpts from various reports, the legislative history of the *HLDA*, and statements by Ministers of Labour. The fact that these materials are neatly compiled in the respondents' record makes the significance of those

elle prévoit également que c'est « à son avis », c'est-à-dire de l'avis du ministre, que ces personnes doivent être compétentes pour agir en qualité d'arbitre. En d'autres termes, la loi prévoit expressément que l'avis du ministre est important. J'ai déjà souligné ces mots en déterminant le degré de déférence approprié. Il n'y a aucun règlement, aucune ligne directrice ni aucun autre instrument pertinents. Y a-t-il d'autres facteurs pertinents? En d'autres termes, le tribunal qui effectue le contrôle judiciaire peut-il inférer du contexte législatif l'existence d'autres facteurs pertinents aux fins de désignation ministérielle d'un président ou d'une présidente en vertu du par. 6(5)?

Le juge Binnie dit que « les ministres du Travail qui se sont succédé [...] ont constamment réitéré le besoin d'expertise en relations du travail, d'indépendance et d'impartialité, que traduit la notion d'acceptabilité générale » (par. 177). Je ne suis pas convaincu que le fait que des ministres du Travail aient réitéré ce besoin, ou le contexte dans lequel une expertise particulière en matière de relations du travail et une acceptabilité générale peuvent avoir paru essentielles, justifie de supposer l'existence de facteurs dominants, comme s'ils étaient prévus dans des règlements ou des lignes directrices. Ces facteurs ne sont pas évidents non plus, comme le fait, dans l'arrêt *Roncarelli*, précité, que le pouvoir discrétionnaire de renouveler un permis d'alcool ne doit pas servir à punir une personne qui fournit un cautionnement pour des membres de la minorité religieuse à laquelle elle appartient.

J'ai déjà fait remarquer qu'une décision manifestement déraisonnable est caractérisée par le caractère flagrant ou évident du défaut qu'elle comporte. Lorsque le défaut allégué est l'omission de tenir compte de facteurs pertinents, je pense qu'il est important que ces facteurs soient eux-mêmes flagrants ou évidents. Conformément à leur devoir, les avocats des intimés ont pris soin de constituer un dossier présentant sous son aspect le plus favorable le besoin d'acceptabilité générale et d'expertise en matière de relations du travail. Ils ont rassemblé des extraits de divers rapports, l'historique législatif de la *LACTH* ainsi que des déclarations de ministres du Travail. Le fait que

31

32

criteria obvious, or at least much more obvious, than it has ever been. I do not dispute that the respondents made a good case for the importance of reading those factors into the statute, but doing so was a difficult task. In my view, the general affirmations and aspirations Binnie J. refers to in para. 110 came nowhere near the evidentiary threshold for imposing a specific restriction on the wide discretion set out in s. 6(5). Would the factors Binnie J. relies upon have been obvious to a new Minister of Labour called on to exercise his discretion under s. 6(5)? Could the Minister have been expected to compile a thorough history of the *HLDA* before acting? I do not believe so.

33

Binnie J. states that there is no need to impute to the Minister a knowledge of the *HLDA*'s legislative history, because the Minister himself summarized the legislative intent in a letter. My difficulty with this comment is that the reviewing court's exercise is simply to determine what is required by the enabling statute. If, as I suggest, we could not reasonably expect that the bare text of s. 6(5) would give to a subsequent Minister of Labour an appreciation of all the factors that Binnie J. finds relevant, this is significant. Binnie J. also characterizes that letter of February 2, 1998, as having "defined" the Minister's mandate (para. 183). I do not think that statements by the Minister expressing his opinion as to his own role should be taken as constraining his discretion or as, effectively, writing new conditions into the statute. The Minister could not eliminate relevant statutory criteria by making a statement or writing a letter; I do not think that by the same means he can add any. The Minister's own letter does not constrain his discretion or define his mandate in the same way that, in *Baker*, official guidelines, the specific purposes of the Act, and the pertinent international instruments framed the relevant considerations for the administrative official. Indeed, the letter of February 2, 1998, is not inconsistent with the Minister's eventual appointments: the Minister was of the opinion that the parties must perceive the process as

ces documents soient soigneusement réunis dans le dossier des intimés rend l'importance de ces critères évidente ou, du moins, beaucoup plus évidente qu'elle ne l'a jamais été. Je ne conteste pas que les intimés ont bien démontré, non sans peine, l'importance de considérer que la loi en cause inclut ces facteurs. À mon avis, les affirmations et les aspirations générales que le juge Binnie mentionne au par. 110 sont loin de correspondre à la norme de preuve requise pour assujettir à une restriction particulière le large pouvoir discrétionnaire prévu au par. 6(5). Les facteurs sur lesquels s'appuie le juge Binnie auraient-ils été évidents aux yeux d'un nouveau ministre du Travail appelé à exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 6(5)? Pouvait-on s'attendre à ce que le ministre fasse l'historique complet de la *LACTH* avant d'agir? Je ne le crois pas.

Selon le juge Binnie, il n'est pas nécessaire de supposer que le ministre a une connaissance de l'historique de la *LACTH*, étant donné qu'il a lui-même résumé l'intention du législateur dans une lettre. Selon moi, le problème que pose ce commentaire réside dans le fait que le tribunal qui effectue le contrôle judiciaire est simplement tenu de déterminer ce qu'exige la loi habilitante. Cela serait important si, comme je l'indique, nous ne pouvions pas raisonnablement nous attendre à ce que le seul texte du par. 6(5) fournisse à un ministre du Travail subséquent une appréciation de tous les facteurs jugés pertinents par le juge Binnie. Le juge Binnie considère aussi que la lettre du 2 février 1998 « définissait » le mandat du ministre (par. 183). Je ne crois pas qu'il y ait lieu de considérer que les affirmations dans lesquelles le ministre exprime son avis au sujet de son propre rôle limitent son pouvoir discrétionnaire ou qu'elles ont pour effet d'ajouter d'autres conditions dans la Loi. Le ministre ne pouvait pas éliminer des critères légaux pertinents au moyen d'une affirmation ou d'une lettre; je ne crois pas non plus qu'il puisse en ajouter de la même façon. La lettre que le ministre a rédigée ne limite pas son pouvoir discrétionnaire ou ne définit pas son mandat de la même façon que, dans l'affaire *Baker*, les lignes directrices officielles, les objets particuliers de la Loi et les instruments internationaux pertinents énonçaient

credible; he was also, evidently, of the opinion that the persons he appointed were qualified to act.

Binnie J. notes that the parties brought our attention to subsequent provincial legislation, the *Back to School Act (Toronto and Windsor)*, 2001, S.O. 2001, c. 1, that explicitly enables a Minister to appoint a replacement arbitrator lacking certain characteristics. The unions suggested that where the legislature wishes to rule out relevant experience and the other *indicia* of an objectively qualified chairperson, it knows how to do so. I note that such a provision also shows that, where the legislature so intends, it knows how to specify in some detail the positive or negative attributes of potential chairpersons. In any event, it is an error, in my view, to assume, *a contrario*, that the term "in the opinion of the Minister, qualified to act" in the *HLDA* requires the presence of characteristics that may be dispensed with under the later, unrelated statute.

The Minister in the present appeal developed an opinion as to who was qualified to act. He determined that judging experience was relevant. He valued professional experience as an impartial decision maker. He recognized that judges are typically generalists who quickly learn the necessary substance within the context of each case. The Minister clearly gave experience in the health field less weight than some would have preferred; this is because he was dealing with parties unable to agree on a mutually acceptable qualified person and thought experience as an impartial decision maker was more crucial. All we can presume is that, all things considered, he found independence and experience at judicially resolving disputes to be more important. The *HLDA* called for the

les éléments pertinents que le fonctionnaire de l'organisme administratif devait prendre en considération. En fait, la lettre du 2 février 1998 n'est pas incompatible avec les désignations que le ministre a faites en définitive : le ministre était d'avis que les parties doivent percevoir le processus comme étant crédible; de toute évidence, il estimait aussi que les personnes qu'il a désignées étaient compétentes pour agir en qualité d'arbitre.

Le juge Binnie fait observer que les parties ont attiré notre attention sur une loi provinciale subséquente, la *Loi de 2001 sur le retour à l'école (Toronto et Windsor)*, L.O. 2001, ch. 1, qui habilite explicitement un ministre à nommer un nouvel arbitre qui ne possède pas certains attributs. Les syndicats ont indiqué que, lorsque le législateur souhaite écarter l'expérience pertinente et les autres indices d'un président objectivement compétent, il sait comment s'y prendre. Je souligne qu'une telle disposition démontre également que, lorsque le législateur le souhaite, il sait comment préciser en détail les attributs positifs ou négatifs des présidents potentiels. De toute manière, j'estime qu'il est erroné de présumer au contraire que la condition « à son avis [c'est-à-dire de l'avis du ministre], est compétente pour agir en cette qualité », imposée dans la *LACTH*, exige la présence d'attributs dont il est possible de se passer en vertu de la loi susmentionnée qui n'a aucun lien avec la *LACTH*.

En l'espèce, le ministre s'est formé une opinion quant aux personnes qui étaient compétentes pour agir en qualité d'arbitre. Il a décidé que l'expérience en tant que juge était pertinente. Il a accordé de l'importance à l'expérience professionnelle acquise en tant que décideur impartial. Il a reconnu que les juges sont ordinairement des généralistes qui comprennent rapidement quels éléments de fond doivent être pris en considération dans chaque cas. Il est évident que le ministre a accordé moins d'importance à l'expérience acquise dans le domaine de la santé que l'auraient préféré certaines personnes, et ce, parce qu'il traitait avec des parties incapables de s'entendre sur le choix d'une personne compétente qui leur serait acceptable, et qu'il croyait que l'expérience en tant que décideur impartial était

34

35

Minister to reach his own opinion, not to consider a specific determining factor. In my view, Binnie J. has effectively read out of the provision one of its most important elements, that it is in the Minister's opinion, not viewed objectively by some constant standard, that persons are to be qualified. This is not to say that the opinion of the Minister is totally unfettered, as I will explain later in these reasons.

36

Given how much work it takes even to identify the factors at issue in this appeal (labour relations experience and broad acceptability) and to imply them into s. 6(5), I am reluctant to conclude that weighing them less heavily than another factor, also unwritten (judicial experience), vitiated the appointments as patently unreasonable. Using the language of Iacobucci J. in *Southam*, at para. 57, cited above, I would say that the Minister's appointments were not patently unreasonable because "it takes some significant searching or testing to find the defect", if there is one. More problematic for Binnie J.'s approach, in my view, is the fact that it takes "some significant searching" even to find the factors said to constrain the Minister. It is difficult to characterize the Minister's appointments as immediately or obviously defective, particularly when the factors are not themselves immediately or obviously ascertainable. The flaw cannot be explained simply and easily. Or to draw on Cory J.'s approach in *PSAC*, *supra*, at pp. 963-64, it is difficult to argue that the appointments were "evidently not in accordance with reason" or "clearly irrational". Turning to *Ryan*, when the compelling rationale for curial deference is borne in mind — in particular the Minister's superior expertise at labour relations — it becomes difficult to say that the appointments are "so flawed that no amount of curial deference" could justify letting them stand. Returning, finally, to *Suresh*, a failure to consider the proper factors, even if I were to accept them as determinative, fails to vitiate the Minister's decision because the factors themselves were not

plus cruciale. Tout ce que nous pouvons présumer, c'est que, tout compte fait, il a jugé plus importantes l'indépendance et l'expérience en matière de règlement judiciaire des conflits. La *LACTH* exigeait que le ministre forme sa propre opinion et non qu'il prenne en considération un facteur déterminant particulier. J'estime qu'en réalité le juge Binnie a fait abstraction de l'un des plus importants éléments de cette loi, à savoir que les personnes doivent être compétentes de l'avis du ministre et non d'un point de vue objectif conforme à une norme fixe. Cela ne signifie pas que l'avis du ministre n'est assujéti à aucune limite, comme je l'expliquerai plus loin.

Compte tenu de la somme de travail qui est nécessaire ne serait-ce que pour relever les facteurs en cause dans le présent pourvoi (expérience en relations du travail et acceptabilité générale) et supposer qu'ils sont prévus au par. 6(5), j'hésite à conclure que le fait de leur accorder moins d'importance qu'à un autre facteur, également tacite (l'expérience judiciaire), a vicié les désignations en les rendant manifestement déraisonnables. Pour reprendre les propos tenus par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Southam*, précité, par. 57, je dirais que les désignations ministérielles n'étaient pas manifestement déraisonnables parce qu'« il faut procéder à un examen ou à une analyse en profondeur pour déceler le défaut » qu'elles comportent, à supposer que ce soit le cas. J'estime que la plus grande difficulté que soulève l'approche du juge Binnie est le fait qu'il faut procéder à « un examen en profondeur » ne serait-ce que pour déceler les facteurs qui, dit-on, restreignent la liberté d'action du ministre. Il est difficile de considérer que les désignations ministérielles comportent un défaut flagrant ou évident, particulièrement si les facteurs eux-mêmes ne sont pas flagrants ou évidents. Le défaut ne peut pas être expliqué simplement et facilement. Ou, pour reprendre l'approche du juge Cory dans l'arrêt *AFPC*, précité, p. 963, il est difficile de soutenir que les désignations étaient « de toute évidence non conforme[s] à la raison » ou « clairement irrationnelle[s] ». Quand à l'arrêt *Ryan*, si l'on tient compte de la justification impérieuse de la déférence judiciaire — notamment la plus grande expertise du ministre en matière de

obvious and uncontroversial. These are all different ways of expressing the conclusion that the appointments were not patently unreasonable.

This is not to say that others would have made the same appointments, nor is it to speculate whether, if polled, the electorate would or would not approve. But in light of the statutory scheme, the context, and the deference due the Minister, I cannot say that the appointments satisfied the "very strict test" (*PSAC*, *supra*, at p. 964) marking them as patently unreasonable. Moreover, the legislation requires us to give weight to the Minister's opinion of the factors, or at least of what would make someone qualified to act.

Arguments made by both the appellant and the respondents impel me to make two related further comments.

First, my conclusion respecting the appointments challenged in this appeal does not endorse the appellant's submission that the sole factors that would disqualify a person from appointment as a chairperson under s. 6(5) are those explicitly set out in s. 6(12) of the *HLDA*. That subsection precludes the Minister from appointing a person who has a pecuniary interest in the matters before the board or who has acted as counsel for one of the parties within the previous six months. I do not accept the appellant's argument that this is an exhaustive listing of all disqualifying factors or factors that would render an appointment patently unreasonable.

relations du travail —, il devient difficile d'affirmer que les désignations sont « à ce point viciée[s] qu'aucun degré de déférence judiciaire » ne pourrait justifier de les maintenir. Enfin, pour revenir à l'arrêt *Suresh*, l'omission de prendre en considération les facteurs pertinents, même si je devais les reconnaître comme déterminants, ne vicie pas la décision du ministre parce que les facteurs eux-mêmes n'étaient pas évidents et ne soulevaient aucune controverse. Voilà autant de manières différentes de conclure que les désignations n'étaient pas manifestement déraisonnables.

Cela ne signifie pas que d'autres auraient fait les mêmes désignations, et il ne s'agit pas non plus d'émettre des hypothèses quant à savoir si l'électorat les approuverait s'il était consulté. Cependant, compte tenu du régime législatif, du contexte et de la déférence à laquelle a droit le ministre, je ne puis affirmer que les désignations satisfaisaient au « critère très strict » (*AFPC*, précité, p. 964) qui permettrait de les qualifier de manifestement déraisonnables. La Loi nous oblige, en outre, à accorder de l'importance à l'avis du ministre concernant les facteurs ou concernant du moins ce qui rendrait une personne compétente pour agir en qualité d'arbitre.

Les arguments avancés à la fois par l'appellant et par les intimés m'incitent à faire deux autres remarques connexes.

En premier lieu, en tirant ma conclusion relative aux désignations contestées en l'espèce, je ne retiens pas l'argument de l'appellant selon lequel les seuls facteurs qui rendraient une personne inhabile à être désignée à la présidence en vertu du par. 6(5) sont ceux qui sont explicitement énoncés au par. 6(12) *LACTH*. Ce paragraphe interdit au ministre de désigner une personne qui a un intérêt pécuniaire dans les questions dont le conseil est saisi ou qui a exercé des fonctions d'avocat pour l'une des parties au cours des six mois précédents. Je ne retiens pas l'argument de l'appellant voulant qu'il s'agisse là d'une liste exhaustive de tous les facteurs qui rendent une personne inhabile à être désignée ou des facteurs qui rendraient une désignation manifestement déraisonnable.

37

38

39

40 Second, as the respondents note, it is of course the case that the Minister's discretion to appoint is not unfettered and must be exercised within the scope of the Act: *Baker, supra*; *Padfield, supra*; *Roncarelli, supra*. My conclusions here do not authorize the Minister to decide to appoint only members of his own political caucus, hospital CEOs, or union business agents. These extreme examples are not, however, the facts before us in this appeal.

III. Can the Unions Challenge the Boards' Independence and Impartiality Here?

41 Having decided that the appointments were patently unreasonable on the basis of irrelevant considerations, Binnie J. goes on to consider an alternative argument. He considers whether the Minister's appointments were also patently unreasonable on the basis that they resulted in arbitration boards possibly perceived as lacking institutional independence and impartiality.

42 Binnie J. addresses this argument primarily on the basis that the Court of Appeal declared that the Minister "created a reasonable apprehension of bias and interfered with the independence and impartiality of boards of arbitration . . . contrary to the principles and requirement of fairness and natural justice" (para. 186).

43 I agree with Binnie J. that neither concerns about institutional independence (the *ad hoc* tribunals' lack of security of tenure) nor institutional impartiality (appointment of persons from the class of retired judges) render the Minister's exercise of his appointment power patently unreasonable. The statutory scheme requires that the tribunals be *ad hoc*, constituted to resolve a particular dispute. Retired judges as a class cannot reasonably be seen as so partial that finding them to be "qualified to act" took the Minister outside the bounds of his

En second lieu, comme le font remarquer les intimés, il va de soi que le pouvoir de désignation discrétionnaire du ministre n'est pas illimité et qu'il doit être exercé conformément à la Loi : *Baker, Padfield* et *Roncarelli*, précités. Mes conclusions en l'espèce n'autorisent pas le ministre à désigner seulement des membres de son caucus politique, des directeurs généraux d'hôpitaux ou des agents d'affaires syndicaux. De tels exemples extrêmes ne correspondent toutefois pas aux faits dont nous sommes saisis en l'espèce.

III. Les syndicats peuvent-ils mettre en doute l'indépendance et l'impartialité des conseils en l'espèce?

Après avoir décidé que les désignations étaient manifestement déraisonnables pour le motif qu'elles reposaient sur des facteurs non pertinents, le juge Binnie examine ensuite un argument subsidiaire. Il se demande si les désignations ministérielles étaient également manifestement déraisonnables pour le motif qu'elles ont entraîné la constitution de conseils d'arbitrage susceptibles d'être perçus comme étant dépourvus d'indépendance et d'impartialité institutionnelles.

Le juge Binnie examine cet argument principalement à la lumière du fait que la Cour d'appel a déclaré que le ministre [TRADUCTION] « a suscité une crainte raisonnable de partialité et compromis l'indépendance et l'impartialité des conseils d'arbitrage [...] contrairement aux principes et à l'obligation d'équité et de justice naturelle » (par. 186).

Je partage l'avis du juge Binnie selon lequel ni les préoccupations relatives à l'indépendance institutionnelle (l'inamovibilité des tribunaux administratifs *ad hoc*) ni celles relatives à l'impartialité institutionnelle (la désignation de personnes faisant partie de la catégorie des juges retraités) ne rendent manifestement déraisonnable l'exercice par le ministre de son pouvoir de désignation. Le régime législatif exige que les tribunaux administratifs soient *ad hoc*, c'est-à-dire constitués pour résoudre un différend particulier. En tant que catégorie,

statutory discretion: *Baker, supra; Padfield, supra; Roncarelli, supra.*

I also agree with Binnie J. that the unsuccessful challenge to the institutional independence and impartiality of the boards as a group does not foreclose the possibility of a successful challenge to a particular board by a party on the basis of particular facts. Indeed, in my view, it is awkward to raise arguments relating to the boards' independence and impartiality in the context of a challenge to the exercise of the Minister's discretion. In exercising his power of appointment under s. 6(5), the Minister cannot be expected to anticipate and avoid the full set of factors that might, in the context of a particular board, run afoul of the duty of procedural fairness that will bear upon that board. Even for strategic purposes, I would have thought it best for the respondents to save arguments about the natural justice requirements of the boards for any eventual challenge to a particular board. As this Court has noted, attacks on the independence or impartiality of a board are most convincingly made with evidence of how that board operates in practice: *Katz v. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 S.C.R. 405, at para. 1; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at paras. 117-23, *per* Sopinka J. My opinion on this point finds support in the decision of Binnie J. not to apply retrospectively a finding that the boards constituted by the Minister were not impartial.

I note in passing that, in framing the allegations concerning the boards' independence and impartiality as a claim that the Minister exercised his power patently unreasonably, Binnie J. is generous. He presents this line of argument in by far its most favourable light. A reading of the respondents' factum easily suggests that they were making

les juges retraités ne peuvent pas être raisonnablement perçus comme étant à ce point partiaux qu'en les qualifiant de « compétents pour agir » en qualité d'arbitre le ministre a excédé le pouvoir discrétionnaire que lui confère la Loi : *Baker, Padfield et Roncarelli*, précités.

Je conviens également avec le juge Binnie que l'échec de la contestation mettant en cause l'indépendance et l'impartialité institutionnelles des conseils, en tant que catégorie, n'empêche pas une partie de mettre en doute avec succès l'indépendance et l'impartialité institutionnelles d'un conseil en se fondant sur des faits particuliers. En fait, j'estime qu'il est malencontreux d'avancer des arguments concernant l'indépendance et l'impartialité des conseils dans le cadre d'une contestation de l'exercice du pouvoir ministériel discrétionnaire. On ne peut pas s'attendre à ce que, en exerçant le pouvoir de désignation que lui confère le par. 6(5), le ministre prévienne et évite tous les facteurs qui, dans le cas d'un conseil particulier, sont susceptibles de contrecarrer l'obligation d'équité procédurale qui incombe à ce conseil. Même pour des raisons stratégiques, je pense qu'il aurait mieux valu que les intimés réservent les arguments portant sur les exigences de la justice naturelle auxquelles les conseils doivent satisfaire pour attaquer éventuellement un conseil particulier. Comme la Cour l'a souligné, les contestations mettant en cause l'indépendance et l'impartialité d'un conseil sont très convaincantes lorsqu'elles s'accompagnent d'une preuve de la manière dont le conseil fonctionne en pratique : *Katz c. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 R.C.S. 405, par. 1; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, par. 117-123, le juge Sopinka. Mon opinion à ce sujet est étayée par la décision du juge Binnie de ne pas appliquer rétroactivement la conclusion que les conseils constitués par le ministre n'étaient pas impartiaux.

Je note en passant qu'en formulant les allégations concernant l'indépendance et l'impartialité des conseils sous la forme d'une prétention que le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière manifestement déraisonnable, le juge Binnie fait preuve de générosité. Il présente ce type d'argument sous son aspect de loin le plus favorable. Il n'y a pas

44

45

the argument that if the Minister appointed boards that would themselves, in operation, fall short of the demands of natural justice, he thereby breached his own duty of procedural fairness. This is certainly the implication from the respondents' arguments, in this context, that the duty of fairness required the Minister to exercise his appointment power in conformity with the principles of natural justice. As Binnie J. discusses, however, there is no sound argument in this case that the Minister acted unfairly in the sense of violating his duty of procedural fairness.

- 46 To conclude, a reviewing court should not, in my view, find too readily that a discretionary decision was patently unreasonable. To do so dilutes the value of the patent unreasonableness standard and promotes inappropriate judicial intervention. Recognition of the seriousness of quashing a decision as patently unreasonable is crucial to maintaining the discipline of judicial restraint and deference. This is especially the case where there were few indicators in the enabling legislation of the scope of the power and in an area where this Court has repeatedly counselled deference towards political and other expertise. I do not think that the Minister's appointments demand our intervention.

- 47 For the reasons given, I would allow this appeal.

The judgment of Gonthier, Iacobucci, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ. was delivered by

- 48 BINNIE J. — In 1965, the Ontario legislature determined that collective bargaining rights must yield to the paramount needs of patient care. The result is that, at present, to avoid disruption in essential services, about 200,000 hospital and nursing home workers in Ontario and their several hundred employers around the province are required to resolve their differences over wages, benefits and other terms of their collective agreements through

de doute, à la lecture du mémoire des intimés, que ceux-ci prétendaient que si le ministre constituait des conseils qui, en pratique, ne satisferaient pas aux exigences de la justice naturelle, il manquerait, de ce fait, à sa propre obligation d'équité procédurale. Dans ce contexte, l'argumentation des intimés laisse certainement supposer que, de par son obligation d'équité, le ministre devait exercer son pouvoir de désignation conformément aux principes de justice naturelle. Comme l'affirme cependant le juge Binnie, rien ne justifie en l'espèce de soutenir que le ministre a agi injustement au sens d'avoir violé l'obligation d'équité procédurale qui lui incombait.

En conclusion, j'estime que le tribunal qui effectue un contrôle judiciaire ne doit pas conclure trop facilement qu'une décision discrétionnaire était manifestement déraisonnable. Agir de cette façon atténue l'importance de la norme du caractère manifestement déraisonnable et favorise une intervention judiciaire inappropriée. Si on veut maintenir le principe de la retenue et de la déférence judiciaires, il est essentiel de reconnaître la gravité d'annuler une décision pour le motif qu'elle est manifestement déraisonnable. Cela d'autant plus vrai lorsque la loi habilitante comporte peu d'éléments indiquant la portée du pouvoir conféré et lorsqu'il est question d'un domaine où la Cour a conseillé à maintes reprises de faire montre de déférence à l'égard de l'expertise politique et autre. Je ne crois pas que les désignations ministérielles requièrent notre intervention.

Pour les motifs exposés, j'accueillerais le présent pourvoi.

Version française du jugement des juges Gonthier, Iacobucci, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps rendu par

LE JUGE BINNIE — En 1965, l'Assemblée législative de l'Ontario a décidé que le droit à la négociation collective devait céder le pas aux besoins primordiaux en matière de soins aux malades. Il s'ensuit qu'à l'heure actuelle, pour éviter l'interruption des services essentiels, environ 200 000 employés d'hôpitaux et de maisons de soins infirmiers en Ontario, ainsi que leurs centaines d'employeurs dans la province, sont tenus de soumettre

compulsory arbitration. The Ontario Court of Appeal, in a unanimous judgment, concluded that the appointment by the Minister of Labour of retired judges in February 1998 as chairpersons of the boards of compulsory arbitration could “reasonably be seen as an attempt to seize control of the bargaining process” and “to replace mutually acceptable arbitrators with a class of persons seen to be inimical to the interests of labour” ((2000), 51 O.R. (3d) 417, at para. 101). The Minister, that court concluded, as a member of the provincial government, had a “significant financial interest” in the outcome of the very arbitration whose chairpersons he selected (para. 21). He was ordered not to make any further appointments “unless such appointments are made from the long-standing and established roster of experienced labour relations arbitrators” compiled under s. 49(10) of the Ontario *Labour Relations Act*, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 49(10) (para. 105).

I would dismiss the appeal, albeit for reasons that differ somewhat from those of the Court of Appeal. The Minister, as a matter of law, was required to exercise his power of appointment in a manner consistent with the purpose and objects of the statute that conferred the power. A fundamental purpose and object of the *Hospital Labour Disputes Arbitration Act*, R.S.O. 1990, c. H.14 (“*HLDA*”), was to provide an adequate substitute for strikes and lockouts. To achieve the statutory purpose, as the Minister himself wrote on February 2, 1998, “the parties must perceive the system as neutral and credible”. I would reject the unions’ contention that the Minister was required to proceed with the selection of chairpersons by way of “mutual agreement” or from the s. 49(10) roster. Nor do I think that retired judges as a “class” could reasonably be seen as biased against labour. I would nevertheless affirm the fundamental principle underpinning the Court of Appeal’s judgment that the *HLDA* required the Minister to select arbitrators from candidates who were qualified not only by their impartiality, but by their

à l’arbitrage leurs différends relatifs aux salaires, aux avantages sociaux et aux autres conditions de leurs conventions collectives. Dans un arrêt unanime, la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que la désignation par le ministre du Travail, en février 1998, de juges retraités à la présidence des conseils d’arbitrage obligatoire pouvait [TRADUCTION] « raisonnablement être perçue comme une tentative de contrôler le processus de négociation » et « de substituer aux arbitres acceptables par les parties une catégorie de personnes perçues comme étant hostiles aux intérêts des travailleurs et des travailleuses » ((2000), 51 O.R. (3d) 417, par. 101). La cour a conclu que le ministre, en sa qualité de membre du gouvernement provincial, avait un [TRADUCTION] « intérêt financier important » dans l’issue des arbitrages mêmes dont il avait choisi les présidents (par. 21). Elle lui a interdit de faire d’autres désignations [TRADUCTION] « à moins que ces désignations ne soient faites à partir de la liste traditionnelle d’arbitres expérimentés en relations du travail », dressée en vertu du par. 49(10) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* de l’Ontario, L.O. 1995, ch. 1, ann. A (par. 105).

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi, bien que ce soit pour des motifs différant quelque peu de ceux de la Cour d’appel. Le ministre était tenu, en droit, d’exercer son pouvoir de désignation d’une manière conforme aux fins et aux objets de la loi qui lui conférait ce pouvoir. L’un des objets fondamentaux de la *Loi sur l’arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux*, L.R.O. 1990, ch. H.14 (« *LACTH* »), était de prévoir un moyen adéquat de remplacer la grève et le lock-out. Pour que cet objet de la Loi puisse être réalisé, [TRADUCTION] « les parties doivent percevoir le système comme étant neutre et crédible », comme l’écrivait le ministre lui-même le 2 février 1998. Je suis d’avis de rejeter l’argument des syndicats selon lequel le ministre devait choisir les présidents des conseils d’arbitrage d’un « commun accord » ou à partir de la liste dressée en vertu du par. 49(10). Je ne pense pas non plus que, en tant que « catégorie », les juges retraités puissent raisonnablement être perçus comme ayant un parti pris contre les travailleurs et les travailleuses. Je suis néanmoins d’avis de confirmer le principe fondamental qui sous-tend l’arrêt de la Cour

expertise and general acceptance in the labour relations community.

d'appel, à savoir que la *LACTH* exigeait que le ministre désigne comme arbitres des personnes compétentes en raison non seulement de leur impartialité, mais aussi de leur expertise et de leur acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail.

50 The context here is very important. The *HLDA* is not a broad policy vehicle. The Minister is given a narrow role. He is merely to substitute for the parties in naming a third arbitrator in case of their disagreement.

Le contexte est très important en l'espèce. La *LACTH* n'est pas un instrument d'orientation général. Le ministre se voit confier un rôle limité. Il est simplement substitué aux parties pour désigner un troisième arbitre en cas de désaccord de leur part.

51 Given the context of the legislation, reinforced by its background and purpose disclosed in the legislative history, I do not think that any Minister, acting reasonably, could have rejected these limitations on his statutory mandate. His approach to his power of appointment on these occasions was, with respect, patently unreasonable.

Compte tenu du cadre dans lequel s'inscrit la Loi, que renforcent le contexte et l'objet ressortant de son historique législatif, je ne crois pas qu'un ministre, agissant de manière raisonnable, aurait pu rejeter les limites imposées à son mandat légal. En toute déférence, l'approche qu'il a adoptée relativement à son pouvoir de désignation dans les cas en question était manifestement déraisonnable.

I. Facts

I. Les faits

A. *The Legislative Framework*

A. *Le cadre législatif*

52 The *HLDA* requires the hundreds of hospital boards and nursing homes within Ontario to bargain in good faith with the unions (if any) representing their respective employees to conclude a voluntary collective agreement. In the event the parties fail to reach an acceptable collective agreement, the *HLDA* prohibits strikes or lockouts (s. 11(1)). Compulsory arbitration is imposed (s. 4). It takes place before a single arbitrator if the parties can agree (s. 5(1)), or before an arbitral panel of three members, two of whom are appointed by the parties, and a third member to be chosen by the other two members. If the designated members fail to agree on a third member, the *HLDA* provides in s. 6(5) that "the Minister shall appoint as a third member a person who is, in the opinion of the Minister, qualified to act".

Aux termes de la *LACTH*, les centaines de conseils d'hôpitaux et de maisons de soins infirmiers situés en Ontario et les syndicats (s'il en est) représentant leurs employés respectifs sont tenus de négocier de bonne foi afin de conclure de leur plein gré une convention collective. Si les parties ne parviennent pas à conclure une convention collective acceptable, la *LACTH* leur interdit de recourir à la grève ou au lock-out (par. 11(1)) et les oblige à aller en arbitrage (art. 4). L'arbitrage obligatoire se déroule devant un seul arbitre lorsque les parties peuvent s'entendre sur ce point (par. 5(1)), ou devant un conseil d'arbitrage composé de trois membres, dont deux sont désignés par les parties alors que le troisième est choisi par les deux membres désignés par les parties. Si les membres désignés ne s'entendent pas sur la désignation du troisième membre, le par. 6(5) *LACTH* prévoit que « [l]e ministre désigne comme troisième membre une personne qui, à son avis, est compétente pour agir en cette qualité. »

53 A distinction must be drawn between "grievance arbitration", where the arbitrator(s) are required

Il faut faire la distinction entre les « arbitrages de griefs », où les arbitres doivent interpréter une

to interpret a collective agreement previously arrived at, and "interest arbitration" in which the arbitrator(s) decide upon the terms of the collective agreement itself. The former is adjudicative; the latter is more or less legislative. According to the evidence of Professor Joseph Weiler, who has been actively involved in labour disputes since 1975, experience has shown that successful "interest" arbitrators come to their task familiar with the "current issues in labour relations" and the "bargaining history of the parties to various collective agreements in relevant public sector industries". Further, "[t]hey are familiar with seniority, compensation and job evaluation systems, work preservation practices, and other work rules. In short, they can readily understand how their judgments in arbitration awards will affect the workplace realities of employees, unions, and management. They do not have to start each arbitration by being 'educated' by the parties as to the intricacies of their particular workplaces."

B. *Legislative History*

Evidence of a statute's history, including excerpts from the legislative record, is admissible as relevant to the background and purpose of the legislation.

Until 1965, hospital workers in Ontario were covered in the ordinary way by the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1960, c. 202. They had the right to bargain collectively and, if no agreement was made, to strike. In the early 1960s, a significant strike occurred at the Trenton Memorial Hospital, which lasted from October 31, 1963 to February 5, 1964. The attendant controversy, fed by an earlier strike at a Windsor hospital, led to the establishment of the Royal Commission on Compulsory Arbitration in Disputes Affecting Hospitals and Their Employees "to inquire into and report upon the feasibility and desirability of applying compulsory arbitration in the settlement of disputes between Labour and Management over the negotiation and settlement of terms of collective

convention collective déjà conclue, et les « arbitrages de différends », où les arbitres fixent les conditions de la convention collective elle-même. La première forme d'arbitrage est de nature décisionnelle alors que la seconde est de nature plus ou moins législative. Suivant le témoignage du professeur Joseph Weiler qui s'intéresse de près aux conflits de travail depuis 1975, l'expérience démontre que les bons arbitres de « différends » sont bien au fait [TRADUCTION] « des enjeux actuels en matière de relations du travail » et « de l'histoire des négociations menées par les parties à diverses conventions collectives dans des entreprises pertinentes du secteur public ». De plus, [TRADUCTION] « [i]ls ont une bonne connaissance des régimes d'ancienneté, de rémunération et d'évaluation des emplois, des pratiques de maintien des emplois et des autres règles concernant l'exécution du travail. Bref, ils peuvent comprendre facilement l'influence que leurs sentences arbitrales auront sur les réalités du milieu de travail des employés, des syndicats et du patronat. Les parties n'ont pas, au début de chaque arbitrage, à leur "enseigner" les subtilités de leurs milieux de travail particuliers. »

B. *L'historique législatif*

L'historique d'une loi, y compris des extraits du dossier législatif, est admissible en preuve en raison de sa pertinence quant au contexte et à l'objet de cette loi.

Jusqu'en 1965, les employés d'hôpitaux de l'Ontario étaient normalement régis par la *Labour Relations Act*, R.S.O. 1960, ch. 202. Ils avaient le droit de négocier collectivement et, à défaut de parvenir à une entente, de faire la grève. Au début des années 60, le Trenton Memorial Hospital a connu une grève importante qui a duré du 31 octobre 1963 au 5 février 1964. La controverse en ayant résulté, alimentée par une grève antérieure dans un hôpital de Windsor, a entraîné la mise sur pied de la Royal Commission on Compulsory Arbitration in Disputes Affecting Hospitals and Their Employees, chargée [TRADUCTION] « [d']enquêter et [de] faire rapport sur la possibilité et l'opportunité d'assujettir à l'arbitrage obligatoire les différends syndicaux-patronaux qui surviennent en matière de négociation

54

55

agreements affecting hospitals and their employees" (p. 5 of its Report).

56

The Commission, consisting of labour and management representatives and chaired by a County Court judge experienced in labour relations, heard submissions from a wide spectrum of opinions in the labour relations community, including reluctant encouragement towards compulsory arbitration from Professors H. W. Arthurs and J. H. G. Crispo, who wrote (at p. 16 of the Report):

At the present time, unless the parties voluntarily agree to arbitrate their differences, a strike or lockout is the only alternative to settlement. However, hostile community opinion added to the normal risks of economic warfare, may force one party to accept an unjust or unrealistic settlement rather than wage war. The party which yields its just or realistic claim in the public interest is thus unfairly disadvantaged. Such settlements are bound to sow resentment which will yield a rich crop of future antagonisms. In this particular context, compulsory arbitration may actually strengthen collective bargaining.

57

With similar reluctance, a majority of the Commissioners (the labour designate dissenting) recommended compulsory arbitration "when patient care is adversely affected" (p. 50) or either party had been convicted of bad faith bargaining. The reluctance was made explicit in their report (at pp. 43-44):

The members of this Commission have had experience sitting as arbitrators in negotiations disputes where their decisions were binding upon the parties We think it [is] undisputable . . . from our experience that the parties themselves are in a much better position to arrive at a proper and reasonable decision in these contract disputes than a board of arbitration no matter how much evidence the board hears or how carefully it considers the problems with which it is confronted.

58

Concluding, however, that hospitals were in a "special category" like police and firefighters, a majority of the Commissioners recommended the creation of a tripartite board, with representatives

et d'établissement des conditions des conventions collectives touchant les hôpitaux et leurs employés » (p. 5 de son rapport).

La Commission, composée de représentants syndicaux et patronaux et présidée par un juge de comté expérimenté en relations du travail, a entendu des arguments reflétant un large éventail d'opinions répandues dans le milieu des relations du travail, y compris l'appui peu enthousiaste donné à l'arbitrage obligatoire par les professeurs H. W. Arthurs et J. H. G. Crispo, qui ont écrit (à la p. 16 du rapport) :

[TRADUCTION] À l'heure actuelle, à moins que les parties ne conviennent de soumettre leurs différends à l'arbitrage, la grève ou le lock-out constituent la seule possibilité qui s'offre à défaut d'un règlement. L'opinion hostile de la collectivité, conjuguée aux risques normaux d'une lutte économique, peut toutefois forcer une partie à accepter un règlement injuste ou irréaliste au lieu de déclencher une bataille salariale. La partie qui, dans l'intérêt public, abandonne une demande juste et réaliste se trouve donc injustement désavantagée. Ces règlements sèment inévitablement un ressentiment propice au déclenchement de nombreux autres affrontements. Dans ce contexte particulier, l'arbitrage obligatoire peut, en fait, renforcer la négociation collective.

Les commissaires majoritaires (le membre désigné par la partie syndicale étant dissident) ont manifesté la même réticence en recommandant l'arbitrage obligatoire [TRADUCTION] « lorsque les soins apportés aux malades s'en ressentent » (p. 50) ou que l'une ou l'autre partie a été reconnue coupable d'avoir négocié de mauvaise foi. Cette réticence est explicite dans leur rapport (aux p. 43 et 44) :

[TRADUCTION] Les membres de la Commission ont déjà arbitré des différends en matière de négociation où leur décision liaient les parties [. . .] D'après notre expérience, nous croyons qu'il est [. . .] incontestable que les parties elles-mêmes sont beaucoup mieux en mesure qu'un conseil d'arbitrage de régler de manière convenable et raisonnable ces différends en matière de convention collective, et ce, peu importe le nombre de témoignages que le conseil entend ou le soin avec lequel il examine les problèmes qui se posent.

Concluant toutefois que les hôpitaux, comme la police et les pompiers, tombent dans une [TRADUCTION] « catégorie spéciale », les commissaires majoritaires ont recommandé la création d'un

of labour and management, as well as an independent chair, based on the *explicit* assumption that "the nominees of labour and management, presumably knowledgeable in hospital affairs, would be a safeguard against unreasonable awards. Only chairmen experienced in hospital affairs would be appointed" (Report, at p. 51 (emphasis added)).

The Commissioners' emphasis on industry expertise was echoed in their recommendation to strengthen conciliation services with experienced people (at p. 55):

The conciliation officer and the chairman of the conciliation board should be carefully selected from those qualified and experienced in hospital affairs. This policy, we believe, has been followed by the Department of Labour. [Emphasis added.]

The dissenting member of the Commission stated, somewhat prophetically (at p. 58):

... there is considerable evidence that compulsory arbitration simply cannot be made to work if the parties are not willing that it should.

The government of the day concluded that *any* strike at a hospital (defined to include nursing homes) must inevitably affect patient care (the "paramount" consideration) and proposed that the *HLDA* extend compulsory arbitration to prohibit *all* hospital strikes or lockouts, i.e., well beyond the more limited role foreseen in the Commissioners' recommendations.

In the debate on the bill, the Minister of Labour told the legislature that "[s]ound labour relations are the product of mutual agreement" (*Legislature of Ontario Debates*, No. 35, 3rd Sess., 27th Leg., March 3, 1965, at p. 935). He brushed aside opposition concerns about the possibility a Minister could "pack" an arbitration board, given the

conseil tripartite comprenant un représentant pour chacune des parties syndicale et patronale ainsi qu'un président indépendant, en tenant *explicitement* pour acquis que [TRADUCTION] « les personnes désignées par les parties syndicale et patronale, qui ont vraisemblablement une bonne connaissance du secteur hospitalier, constitueraient un rempart contre les sentences arbitrales déraisonnables. Seules seraient désignées à la présidence des personnes ayant de l'expérience en matière hospitalière » (rapport, p. 51 (je souligne)).

L'insistance des commissaires sur l'expertise en matière hospitalière se retrouve dans leur recommandation de renforcer les services de conciliation en recourant à des personnes expérimentées (à la p. 55) :

[TRADUCTION] Le conciliateur et le président de la commission de conciliation doivent être soigneusement choisis parmi les personnes compétentes qui ont de l'expérience en matière hospitalière. Cette politique a été, croyons-nous, suivie par le ministère du Travail. [Je souligne.]

Le membre dissident de la Commission a affirmé, d'une manière quelque peu prophétique, ce qui suit (à la p. 58) :

[TRADUCTION] ... une preuve abondante indique que l'arbitrage obligatoire ne peut tout simplement pas fonctionner contre le gré des parties.

Le gouvernement de l'époque a conclu que *toute* grève dans un hôpital (dont la définition inclut les maisons de soins infirmiers) compromet forcément les soins apportés aux malades (l'élément « primordial » devant être pris en considération) et a proposé que la *LACTH* étende l'arbitrage obligatoire de manière à interdire *toute* grève ou *tout* lock-out dans les hôpitaux, c'est-à-dire bien au-delà du rôle plus limité que lui réservaient les commissaires dans leur recommandation.

Au cours du débat sur le projet de loi, le ministre du Travail a déclaré à l'Assemblée législative que [TRADUCTION] « [l']établissement de saines relations du travail repose sur commun accord » (*Legislature of Ontario Debates*, n° 35, 3^e sess., 27^e lég., 3 mars 1965, p. 935). Il a écarté du revers de la main les craintes de l'opposition qu'un ministre

59

60

61

62

government was a "vitally interested party financially in labour disputes in hospitals" (*Legislature of Ontario Debates*, No. 53, 3rd Sess., 27th Leg., March 22, 1965, at p. 1497), emphasizing the government's intention was to protect patients, not employers, and thereby to supplement, not hinder, free collective bargaining. The *HLDA* became law on April 14, 1965.

C. The 1972 Amendment

63 Despite the prohibition on strikes and lockouts, problems persisted in the hospital sector. There were threats of strikes and several short walk-outs. A report prepared for the Minister of Labour in 1970 noted that "[t]hese are part of a continuing protest by union members generated by concern over their ability to achieve their bargaining goals while operating under the Act. All unions in the hospital industry are either demanding changes in or abolition of [the *HLDA*]" K. McLeod, "The Impact of the Ontario Hospital Labour Disputes Arbitration Act, 1965: A Statistical Analysis", Ontario Department of Labour, Research Branch, November 1970, at p. 1.

64 Delays in making collective agreements were endemic. The Minister proposed a series of amendments to make compulsory arbitration speedier and more effective. Amongst other things, he assured the Legislature that *HLDA* arbitrators would have relevant expertise as well as impartiality, stating "the bill provides for the [arbitration] commission to maintain a list of qualified arbitrators willing to act in hospital cases. This bill will improve the quality of decision-making in these cases by providing a roster of knowledgeable arbitrators experienced in the hospital sector" (*Legislature of Ontario Debates*, No. 134, 2nd Sess., 29th Leg., December 14, 1972, at p. 5760 (emphasis added)). Although s. 6(5) as originally enacted in 1972 included reference to a "register of arbitrators", the reference was deleted from the *HLDA* in 1980.

puisse « noyauter » un conseil d'arbitrage étant donné que le gouvernement était [TRADUCTION] « une partie ayant un intérêt financier très important dans les conflits de travail en milieu hospitalier » (*Legislature of Ontario Debates*, n° 53, 3^e sess., 27^e lég., 22 mars 1965, p. 1497), soulignant que l'intention du gouvernement était de protéger les malades et non les employeurs, et ainsi, de compléter et non d'entraver la libre négociation collective. La *LACTH* a été adoptée le 14 avril 1965.

C. La modification de 1972

Malgré l'interdiction des grèves et des lock-out, les problèmes ont persisté dans le secteur hospitalier. Il y eut des menaces de grève et plusieurs débrayages de courte durée. Un rapport préparé, en 1970, pour le ministre du Travail indique que [TRADUCTION] « [c]es tactiques s'inscrivent dans un mouvement continu de protestation des syndiqués, qui découle de leur crainte d'être incapables d'atteindre leurs objectifs de négociation en respectant la Loi. Tous les syndicats du secteur hospitalier demandent de modifier ou d'abolir la [*LACTH*] » (K. McLeod, « The Impact of the Ontario Hospital Labour Disputes Arbitration Act, 1965 : A Statistical Analysis », ministère du Travail de l'Ontario, Direction de la recherche, novembre 1970, p. 1).

Les retards dans la conclusion des conventions collectives étaient endémiques. Le ministre a proposé une série de modifications destinées à accélérer l'arbitrage obligatoire et à en accroître l'efficacité. Il a notamment assuré à l'Assemblée législative que les arbitres désignés en vertu de la *LACTH* seraient impartiaux et auraient l'expertise voulue, déclarant que [TRADUCTION] « le projet de loi prévoit que le conseil [d'arbitrage] dressera une liste d'arbitres compétents disposés à agir dans les affaires mettant en cause des hôpitaux. Ce projet de loi améliorera la qualité du processus décisionnel dans ces cas en prévoyant l'établissement d'une liste d'arbitres compétents qui ont de l'expérience dans le secteur hospitalier » (*Legislature of Ontario Debates*, n° 134, 2^e sess., 29^e lég., 14 décembre 1972, p. 5760 (je souligne)). Bien que, dans sa version originale de 1972, le par. 6(5) ait mentionné notamment un « *register of arbitrators* » (registre des arbitres), cette mention a été retirée de la *LACTH* en 1980.

D. 1979 — *The Roster of Arbitrators*

In 1979, the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, c. 232, was amended to facilitate the approval of qualified arbitrators under what is now s. 49 of the *Labour Relations Act*, 1995 which largely concerns itself with grievance arbitrations, and provides in subs. (10) as follows:

(10) The Minister may establish a list of approved arbitrators and, for the purpose of advising him or her with respect to persons qualified to act as arbitrators and matters relating to arbitration, the Minister may constitute a labour-management advisory committee composed of a chair to be designated by the Minister and six members, three of whom shall represent employers and three of whom shall represent trade unions, and their remuneration and expenses shall be as the Lieutenant Governor in Council determines. [Emphasis added.]

The Labour Management Advisory Committee ("LMAC") was duly formed. The Court of Appeal found that, since its inception, LMAC "has ensured that all persons on the list have expertise in the area of labour adjudication and are acceptable to both management and union. In addition to evaluating everyone seeking to be added to the list of arbitrators, LMAC plans and monitors an Arbitrator Development Program. Many persons are required to successfully complete this program before becoming eligible to be placed on the list. LMAC also conducts ongoing reviews of all the arbitrators on the list to ensure their continued acceptability. Its recommendations regarding additions to and removals from the list are invariably accepted by the Minister" (para. 12).

A contentious factual issue is the extent to which successive Ministers of Labour limited their appointments under s. 6(5) of the *HLDA* to the s. 49(10) roster. There is nothing in the legislative history to suggest that the s. 49(10) list under the *Labour Relations Act* was intended by the legislature to substitute for the "register of arbitrators" dropped from the *HLDA* in 1980. However, the unions contend that the third member of "interest" arbitration boards under the *HLDA* ordinarily came from this list, even though the main focus of the roster was

D. 1979 — *La liste d'arbitres*

En 1979, la *Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, ch. 232, a été modifiée de manière à faciliter l'agrément d'arbitres compétents au sens de la disposition devenue l'art. 49 de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, qui traite surtout de l'arbitrage de griefs et prévoit ce qui suit, au par. (10) :

(10) Le ministre peut dresser une liste d'arbitres agréés. Dans le but de le conseiller sur les personnes ayant les qualités requises pour remplir les fonctions d'arbitre et sur les questions relatives à l'arbitrage, il peut constituer un comité consultatif syndical-patronal, composé d'un président désigné par le ministre et de six membres dont trois représentent des employeurs et trois représentent des syndicats. Le lieutenant-gouverneur en conseil fixe la rémunération et les indemnités des membres du comité. [Je souligne.]

Le comité consultatif syndical-patronal (« CCSP ») a été dûment constitué. La Cour d'appel a conclu que, depuis sa création, le CCSP [TRADUCTION] « a veillé à ce que toutes les personnes inscrites sur la liste aient une expertise en matière d'arbitrage de conflits de travail et soient acceptables à la fois par le patronat et les syndicats. En plus d'évaluer chaque personne qui demande à être ajoutée à la liste d'arbitres, le CCSP planifie et supervise un programme de formation des arbitres, que de nombreux candidats doivent suivre et réussir pour pouvoir être inscrits sur la liste. Le CCSP procède également à l'évaluation continue de tous les arbitres inscrits sur la liste afin de s'assurer qu'ils sont toujours acceptables. Ses recommandations concernant des ajouts à la liste ou des retraites de celle-ci sont toujours entérinées par le ministre » (par. 12).

Sur le plan des faits, on ne s'entend pas sur la mesure dans laquelle les ministres du Travail qui se sont succédé ont limité leurs désignations fondées sur le par. 6(5) *LACTH* aux personnes inscrites sur la liste dressée en vertu du par. 49(10). Rien dans l'historique législatif n'indique que le législateur a voulu substituer la liste prévue au par. 49(10) de la *Loi sur les relations de travail* au « registre des arbitres » retiré de la *LACTH* en 1980. Les syndicats soutiennent cependant que le troisième membre des conseils d'arbitrage de « différends »

65

66

67

grievance (not interest) arbitrations. The Minister asserts that the roster was only one of many sources from which "interest" arbitrators were appointed. When the text of s. 6(5) was modified in the 1980 consolidation of Ontario statutes, there was no incorporation by reference to s. 49(10). The Court of Appeal, after reviewing the extensive evidentiary record, concluded that: "First, the main purpose of the machinery set up in 1979 was to produce persons qualified to do rights or grievance arbitrations who would be acceptable to both sides. Second, some of the persons so qualified are also skilled in interest arbitration. [Third,] for some years the vast majority of interest arbitrators has been appointed by the Minister or his or her delegate from amongst this second group. [Fourth], those appointed to chair interest arbitrations who were not from the group or roster were persons who were skilled and experienced in interest arbitration and were quite acceptable to the unions involved. They included such persons as Paul Weiler, Ray Illing, former Justice George Adams and [former] Chief Justice Alan Gold" (para. 16).

constitués en vertu de la *LACTH* était habituellement choisi à partir de cette liste, même si celle-ci était destinée principalement aux arbitrages de griefs (et non de différends). Le ministre affirme que la liste n'était qu'un des nombreux moyens utilisés pour désigner les arbitres de « différends ». Lorsque le libellé du par. 6(5) a été modifié dans le cadre de la refonte des lois de l'Ontario en 1980, il n'y a pas eu d'incorporation par renvoi au par. 49(10). Après avoir examiné la preuve abondante versée au dossier, la Cour d'appel a tiré les conclusions suivantes : [TRADUCTION] « Premièrement, le but principal du mécanisme établi en 1979 était de former des personnes compétentes — et acceptables par les deux parties — pour procéder aux arbitrages de droits ou de griefs. Deuxièmement, parmi ces personnes compétentes, il s'en trouve qui sont également qualifiées pour procéder à l'arbitrage de différends. [Troisièmement,] depuis un certain nombre d'années, la grande majorité des arbitres de différends désignés par le ministre ou son délégataire provient de ce second groupe de personnes. [Quatrièmement], les personnes désignées pour présider des arbitrages de différends, qui n'appartenaient pas à ce groupe ou qui n'étaient pas inscrites sur la liste, étaient qualifiées et expérimentées en la matière et étaient tout à fait acceptables par les syndicats en cause. Parmi ces personnes, on compte notamment Paul Weiler, Ray Illing, l'ancien juge George Adams et [l'ancien] juge en chef Alan Gold » (par. 16).

68 The evidence showed that in the normal course of government operations, senior officials, acting under delegated authority from the Ministers, would generally identify an appropriate arbitrator. This had the effect of distancing the Minister somewhat from the actual selection process.

E. *The 1997 Legislation*

69 Following the election of a new Progressive Conservative government in Ontario in 1995, a massive reorganization of municipalities, school boards, police stations, fire halls and other public sector institutions was undertaken. About 450,000 public sector employees were affected. As then Minister of

La preuve a démontré que, dans le cours normal des activités gouvernementales, les hauts fonctionnaires, qui exercent les pouvoirs qui leur sont délégués par les ministres, désignent généralement un arbitre compétent. Cela permet d'établir une certaine distance entre le ministre et le processus de sélection proprement dit.

E. *La loi de 1997*

L'élection, en 1995, d'un nouveau gouvernement progressiste-conservateur en Ontario, a marqué le début d'une réorganisation majeure des municipalités, des conseils scolaires, des postes de police, des casernes de pompiers et d'autres institutions du secteur public. Environ 450 000 employés du secteur

Labour, Elizabeth Witmer, explained on second reading of Bill 136 on August 25, 1997:

More than 3,300 collective agreements could be part of the transition as municipalities, school boards and health care facilities merge, amalgamate or reorganize. School boards alone will decrease from 129 to just 72 at the beginning of the year. By January 1, Ontario will have reduced its number of municipalities from 815 to about 650, and in Toronto alone the Health Services Restructuring Commission has recommended that the 39 hospitals currently operating in 46 separate facilities be reduced to 24 organizations operating 31 inpatient sites and four outpatient sites.

As you can appreciate, special processes are needed to ensure that these employees, whether they are unionized or not, are treated as fairly as possible as the changes unfold.

(Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates*, No. 218, August 25, 1997, at p. 11462)

As part of Bill 136, the government proposed the *Public Sector Dispute Resolution Act, 1997* to cover the fire, police and hospital/nursing home sectors. The centrepiece was to be a Dispute Resolution Commission, which the Minister was reported as saying would require members "with expertise in labor relations" (*The Record*, Kitchener-Waterloo, June 5, 1997, at p. B5) including academics and possibly judges. Quite apart from managing the effects of massive restructuring, the Commission was expected to address the problem of delay. The Minister claimed that

[o]n average, arbitrated police agreements are concluded approximately 13 months after the expiry of the previous agreement. In the fire sector the figure is even longer, 20 months, and in the hospital sector agreements are finalized nearly two years after the expiry of a contract. This stands in stark contrast to the private sector where, as I indicated, it is all concluded within four months on average. This means that in some cases

public étaient touchés. Comme l'expliquait la ministre du Travail de l'époque, Elizabeth Witmer, lors de la deuxième lecture du projet de loi 136, le 25 août 1997 :

[TRADUCTION] Plus de 3 300 conventions collectives pourraient être touchées au cours du processus de regroupement, de fusion ou de réorganisation des municipalités, des conseils scolaires et des établissements de santé. Au début de l'année, à eux seuls les conseils scolaires verront leur nombre passer de 129 à 72 seulement. Dès le 1^{er} janvier, l'Ontario aura fait passer de 815 à environ 650 le nombre de ses municipalités, et pour la seule ville de Toronto, la Commission de restructuration des services de santé a recommandé que les 39 hôpitaux qui, à l'heure actuelle, sont exploités dans 46 établissements distincts soient ramenés à 24 organisations exploitant 31 centres pour malades hospitalisés et 4 cliniques de consultation externes.

Comme vous pouvez le constater, des mécanismes spéciaux seront nécessaires pour assurer que ces employés, syndiqués ou non, seront traités aussi équitablement que possible au cours de ces changements.

(Assemblée législative de l'Ontario, *Journal des débats*, n° 218, 25 août 1997, p. 11462)

Dans le cadre du projet de loi 136, le gouvernement a proposé la *Loi de 1997 sur le règlement des différends dans le secteur public* destinée à régir les secteurs des incendies et de la police, ainsi que celui des hôpitaux et des maisons de soins infirmiers. L'élément essentiel de cette loi serait la création d'une commission de règlement des différends qui, d'après ce qu'aurait déclaré la ministre, devrait être composée de membres [TRADUCTION] « ayant une expertise en matière de relations du travail » (*The Record*, Kitchener-Waterloo, 5 juin 1997, p. B5), y compris des professeurs d'université et éventuellement des juges. En plus de gérer les effets d'une restructuration majeure, la commission était censée aborder le problème des délais. La ministre a fait valoir que

[TRADUCTION] [e]n moyenne, la conclusion par voie d'arbitrage des conventions des policiers a lieu environ 13 mois après l'expiration de la convention précédente. En ce qui concerne les pompiers, le délai est même plus long, à savoir 20 mois, et dans le secteur hospitalier, les conventions sont conclues près de deux ans après l'expiration de la convention collective précédente. Cette situation contraste nettement avec celle du secteur privé où,

the employers and unions are learning the final result of an arbitration after the term of the arbitrated contract is over.

(Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates*, No. 218, August 25, 1997, at p. 11464)

71

Organized labour strongly opposed many aspects of Bill 136 and the respondents in particular dismissed the proposed Dispute Resolution Commission as a move to replace experienced and mutually acceptable interest arbitrators with government-appointed commissioners who lacked independence and impartiality. Union leaders were quoted in the press as saying that a "government-appointed dispute resolution commission would be management-oriented and likely to gut existing contracts" (Canadian Press, September 18, 1997). Massive strike action was threatened. Following negotiations between the government and the unions, the government dropped its proposed Dispute Resolution Commission. On September 23, 1997, during the hearings before the Standing Committee on Resources Development, the Minister announced "a return to the sector-based system of appointing arbitrators" (Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates*, No. R-69, Standing Committee on Resources Development, September 23, 1997, at p. R-2577). The unions took such assurances to mean that the government was going to return to what they claimed to be the *status quo ante*. Thus, in a letter dated January 7, 1998, the President of the Canadian Union of Public Employees ("CUPE") wrote to the Minister to "confirm" that the unions were to be consulted about the appointments and to request assurances that the government would only choose arbitrators from the s. 49(10) roster. He received no response.

72

On February 2, 1998, the Minister of Labour, now James Flaherty, wrote to the Ontario

comme je l'ai indiqué, tout se règle en moyenne en l'espace de quatre mois. Cela signifie que, dans certains cas, les employeurs et les syndicats prennent connaissance du résultat final d'un arbitrage après l'expiration de la convention collective conclue par voie d'arbitrage.

(Assemblée législative de l'Ontario, *Journal des débats*, n° 218, 25 août 1997, p. 11464)

Le mouvement syndical s'est fortement opposé à maints éléments du projet de loi 136 et les intimés ont notamment rejeté le projet de création d'une commission de règlement des différends qu'ils percevaient comme une mesure destinée à remplacer des arbitres de différends expérimentés et acceptables par les parties par des commissaires désignés par le gouvernement et dépourvus d'indépendance et d'impartialité. La presse a rapporté les propos de chefs syndicaux selon lesquels [TRADUCTION] « une commission de règlement des différends dont les membres seraient désignés par le gouvernement privilégierait la partie patronale et serait portée à annuler les conventions collectives existantes » (Presse canadienne, 18 septembre 1997). Une menace de grève généralisée planait. À la suite de négociations avec les syndicats, le gouvernement abandonne son projet de création d'une commission de règlement des différends. Le 23 septembre 1997, pendant les audiences du Comité permanent du développement des ressources, le ministre a annoncé [TRADUCTION] « un retour au système sectoriel de désignation des arbitres » (Assemblée législative de l'Ontario, *Journal des débats*, n° R-69, Comité permanent du développement des ressources, 23 septembre 1997, p. R-2577). Pour les syndicats, cette promesse signifiait que le gouvernement reviendrait à ce qu'ils considéraient comme le statu quo. C'est ainsi que, dans une lettre datée du 7 janvier 1998, le président du Syndicat canadien de la fonction publique (« SCFP ») a « confirmé » au ministre que les syndicats devraient être consultés au sujet des désignations et a sollicité une promesse que le gouvernement ne choisirait les arbitres qu'à partir de la liste dressée en vertu du par. 49(10). Sa lettre est restée sans réponse.

Le 2 février 1998, le ministre du Travail de l'époque, James Flaherty, écrivait à l'Ontario

Labour-Management Arbitrators' Association to outline the purpose of the changes to Bill 136:

The Act reforms compulsory interest arbitration processes to stress negotiated solutions instead of arbitrated contracts, provide for expedited time lines and alternate dispute resolution mechanisms, and require arbitrators to consider criteria such as the employer's ability to pay, the economic situation in the municipality and province, and the extent to which services may have to be reduced if current funding and taxation levels remain unchanged.

Although the Minister speaks here of "reforms", the legislature did not, in the end, amend the provisions of the *HLDAA* at issue in this case.

F. *The Contested Appointments*

Early in 1998, the Minister decided to make his s. 6(5) appointments from amongst retired judges, a possibility earlier signalled to the parties by his predecessor, Elizabeth Witmer, in her June 5, 1997 press interview about the proposed Dispute Resolution Commission. One of the Minister's senior officials testified that he was instructed "to identify retired members of the judiciary who might be available to serve in the capacity of interest arbitrators".

On February 20, 1998, Labour Minister Flaherty appointed four retired judges — the Honourable Mr. Charles Dubin, the Honourable Mr. Lloyd Houlden, the Honourable Mr. Robert Reid and the Honourable Mr. McLeod Craig — to chair boards of interest arbitration to resolve a number of outstanding labour disputes at Ontario hospitals. The judges were not on the s. 49(10) roster, nor were the unions consulted about the appointments. A background statement was issued by the Ministry of Labour on the same day entitled "Interest Arbitration in the Hospital Sector", which noted:

Labour-Management Arbitrators' Association pour lui exposer le but des amendements apportés au projet de loi 136 :

[TRADUCTION] La Loi réforme le processus d'arbitrage obligatoire des différends de manière à privilégier les solutions négociées plutôt que les conventions collectives conclues par voie d'arbitrage, à raccourcir les délais et à établir d'autres mécanismes de règlement des différends, en plus d'obliger les arbitres à tenir compte de critères tels que la capacité de payer de l'employeur, la situation économique de la municipalité et de la province ainsi que la mesure dans laquelle les services peuvent devoir être réduits si les niveaux actuels de financement et de taxation sont maintenus.

Même si le ministre parle ici de « réforme », l'Assemblée législative n'a pas, en fin de compte, modifié les dispositions de la *LACTH* qui sont en cause en l'espèce.

F. *Les désignations contestées*

Au début de 1998, le ministre a décidé de faire ses désignations fondées sur le par. 6(5) parmi des juges retraités, une possibilité que celle qui l'avait précédé, Elizabeth Witmer, avait déjà laissé entrevoir aux parties lors d'une entrevue accordée à la presse, le 5 juin 1997, au sujet du projet de création d'une commission de règlement des différends. Un des hauts fonctionnaires du ministre a témoigné qu'on lui avait demandé [TRADUCTION] « de trouver des membres retraités de la magistrature qui pourraient être disposés à agir en qualité d'arbitres de différends ».

Le 20 février 1998, le ministre du Travail Flaherty a désigné à la présidence de conseils d'arbitrage de différends quatre juges retraités — les honorables Charles Dubin, Lloyd Houlden, Robert Reid et McLeod Craig — qui seraient chargés de résoudre un certain nombre de conflits de travail touchant des hôpitaux ontariens. Ces juges n'étaient pas inscrits sur la liste dressée en vertu du par. 49(10) et les syndicats n'avaient pas été consultés au sujet de ces désignations. Un énoncé de données de base, publié le même jour par le ministère du Travail et intitulé « Arbitrage de différends dans le secteur hospitalier », précisait ce qui suit :

73

74

75

During this period of significant restructuring in the broader public sector . . . it is essential that parties to an arbitration have complete confidence in the objectivity and neutrality of arbitrators appointed by the Minister.

On March 10, 1998, the President of the Ontario Federation of Labour ("OFL") wrote to the Minister alleging that the appointments breached the "understanding" about a return to the *status quo* "without even the pretence of consultation". Professor Joseph Weiler testified about the negative union reaction to the appointments of retired judges "as a class or group":

This reaction is not due to the merits of any individual former judge but rather to retired judges as a class or group, given the view and experience of unions concerning the role of the judiciary in labour relations. These retired judges do not have tenure as arbitrators and therefore do not have the kind of independence from government that they previously enjoyed when they served on the bench. They also have no expertise in industrial relations. Certainly they lack the deep and wide experience possessed by arbitrators familiar with the industrial relations community of Ontario.

76

The four judges initially appointed declined to act. The Honourable Charles Dubin, for example, who had for many years acted as counsel to the Ontario Labour Relations Board, wrote to the parties to explain that, while he could not act because his firm had a conflict in the particular case, it was nevertheless his practice not to act as arbitrator unless he could assure himself that "[his] appointment was satisfactory to all parties". However, a number of other retired judges felt it appropriate to accept the appointments.

77

The unions further complained of a breach of procedural fairness. The Minister, they say, should not have abandoned a practice of delegating the task of the appointments to senior officials without, at least, full consultation.

Au cours de cette importante période de restructuration dans le secteur parapublic [. . .] il est primordial que les parties à l'arbitrage soient entièrement assurées que les arbitres désignés par le ministre agiront de façon objective et impartiale.

Le 10 mars 1998, le président de la Fédération du travail de l'Ontario («FTO») a écrit au ministre que ces désignations violaient [TRADUCTION] «[l']entente» concernant un retour au statu quo «sans qu'on ait même feint de procéder à des consultations». Le professeur Joseph Weiler a témoigné au sujet de la réaction syndicale négative aux désignations de juges retraités «en tant que catégorie ou groupe» :

[TRADUCTION] Cette réaction est attribuable non pas aux qualités d'un ancien juge en particulier, mais plutôt au fait qu'il s'agit de désignations de juges retraités en tant que catégorie ou groupe, compte tenu de l'opinion et de l'expérience des syndicats concernant le rôle du pouvoir judiciaire dans le domaine des relations du travail. En leur qualité d'arbitres, ces juges retraités ne sont pas inamovibles et ne sont donc pas aussi indépendants du gouvernement qu'ils étaient lorsqu'ils siégeaient comme juges. Ils n'ont également aucune expertise en matière de relations du travail. Ils n'ont sûrement pas la longue et vaste expérience que possèdent les arbitres qui connaissent bien le milieu des relations du travail en Ontario.

Les quatre juges désignés initialement ont refusé d'agir en qualité d'arbitres. Par exemple, l'honorable Charles Dubin qui, pendant de nombreuses années, avait agi comme avocat-conseil auprès de la Commission des relations de travail de l'Ontario a écrit aux parties pour leur expliquer que, même s'il ne pouvait pas agir parce que son cabinet était en conflit dans l'affaire en cause, il avait néanmoins coutume de ne pas agir en qualité d'arbitre à moins de pouvoir s'assurer que [TRADUCTION] «[s]a désignation convenait à toutes les parties». Un certain nombre d'autres juges retraités ont cependant jugé bon d'accepter les désignations.

Les syndicats se sont en outre plaints d'un manquement à l'équité procédurale. Selon eux, le ministre n'aurait pas dû abandonner la pratique consistant à déléguer à des hauts fonctionnaires la tâche de faire des désignations, sans avoir au moins procédé à des consultations complètes.

Although the Minister took the view that his new practice of appointing retired judges to chair *HLDA* arbitral boards was entirely neutral, it was apparently welcomed by hospital employers. The Court of Appeal found that "in every arbitration involving CUPE in which a chair had been appointed, the employer requested a new appointment. In all cases, the new appointment was a retired judge. Further, since the Minister began appointing retired judges, employers have advised CUPE that they are not prepared to accept anyone on the roster and have refused to propose names of potential chairs. Consequently, there have been no consensual appointments of chairs in CUPE cases since at least February 1998" (para. 33). This finding laid the basis for the Court of Appeal's conclusion, as mentioned, that the appointment of retired judges "must reasonably be seen as an attempt to seize control of the [collective] bargaining process" (para. 101).

G. *The Proceedings*

If the unions had sought judicial review of the specific appointments, it would have enabled the courts to deal with the legal issues raised by their challenge (including the independence and impartiality of particular appointees) on a case-by-case basis. Instead, the unions sought general relief by way of the series of general declarations already mentioned. The Minister was agreeable to this somewhat difficult procedure because, as his counsel explained, he did not want to be regarded as throwing technical roadblocks in the path of judicial review of his decisions. He did not, at least in this Court, seek to have the proceedings stopped on the basis of the privative clause in s. 7 of the *HLDA*, perhaps because the challenge related broadly to the appointments process rather than to the composition of particular boards. As counsel for the unions put it in the oral hearing in this Court:

Bien que le ministre ait jugé tout à fait neutre sa nouvelle pratique consistant à désigner des juges retraités à la présidence des conseils d'arbitrage formés en vertu de la *LACTH*, cette pratique a apparemment été bien accueillie par les hôpitaux employeurs. La Cour d'appel a conclu que [TRADUCTION] « dans tout arbitrage mettant en cause le SCFP, où un président avait été désigné, l'employeur avait sollicité une nouvelle désignation. Dans tous les cas, la nouvelle désignation était celle d'un juge retraité. En outre, depuis que le ministre a commencé à désigner des juges retraités, les employeurs ont informé le SCFP qu'ils ne sont pas disposés à accepter quiconque est inscrit sur la liste et ont refusé de proposer des noms de candidats potentiels à la présidence. En conséquence, depuis au moins février 1998, il n'y a eu aucune désignation consensuelle de présidents dans les affaires mettant en cause le SCFP » (par. 33). La Cour d'appel s'est fondée sur cette conclusion pour statuer, comme nous l'avons vu, que la désignation de juges retraités [TRADUCTION] « doit raisonnablement être perçue comme une tentative de contrôler le processus de négociation [collective] » (par. 101).

G. *Les procédures*

Si les syndicats avaient demandé le contrôle judiciaire des désignations en cause, les tribunaux judiciaires auraient pu aborder, au cas par cas, les questions de droit soulevées par leur contestation (dont celles de l'indépendance et de l'impartialité de certaines personnes désignées). Les syndicats ont plutôt sollicité une réparation globale au moyen de la série de déclarations générales mentionnées précédemment. Le ministre était favorable à cette procédure quelque peu complexe parce que, comme l'a expliqué son avocat, il ne souhaitait pas être perçu comme érigeant des obstacles procéduraux destinés à empêcher le contrôle judiciaire de ses décisions. Il n'a pas, du moins devant notre Cour, invoqué la clause privative de l'art. 7 *LACTH* pour demander l'arrêt des procédures, peut-être parce que la contestation portait sur le processus de désignation en général plutôt que sur la composition de certains conseils. Comme l'a affirmé l'avocat des syndicats lors de l'audience devant la Cour :

78

79

... it's not that retired judges were appointed. It is that the process by which individuals, who had been identified as mutually acceptable and credible, were, in one fell swoop, removed from participation in the arbitration process, and replaced by an entirely different group of individuals for whom, as the record subsequently established, experience in interest arbitration, experience in labour relations and experience in hospital funding was not a factor, in terms of their appointment.

- 80 The way these proceedings were formulated creates certain difficulties in the matter of remedy, as discussed below.

H. *The Subsequent Legislation*

- 81 The parties to the appeal in this Court drew our attention to the *Back to School Act (Toronto and Windsor) 2001*, S.O. 2001, c. 1, apparently enacted in response to the decision of the Ontario Court of Appeal in this case, which provides in s. 11(4) and (5):

11. . . .

(4) In appointing a replacement arbitrator, the Minister may appoint a person who,

- (a) has no previous experience as an arbitrator;
- (b) has not previously been or is not recognized as a person mutually acceptable to both trade unions and employers;
- (c) is not a member of a class of persons which has been or is recognized as comprising individuals who are mutually acceptable to both trade unions and employers.

(5) In appointing a replacement arbitrator, the Minister may depart from any past practice concerning the appointment of arbitrators or chairs of arbitration boards, whether established before or after this Act comes into force, without notice to or consultation with any employers or trade unions.

- 82 The Minister says the subsequent legislation is irrelevant. The unions say only that this subsequent legislation manifests an explicit legislative intent to exclude the otherwise crucially relevant criteria of expertise and general acceptability. In their view, the new legislation shows the *HLDAA* as the Minister would like it to be, but is not. They say the new

[TRANSLATION] ... ce n'est pas le fait d'avoir désigné des juges retraités. C'est la méthode utilisée pour empêcher des personnes reconnues de part et d'autre comme étant acceptables et crédibles de participer au processus d'arbitrage et les remplacer d'un seul coup par un groupe totalement différent de personnes à l'égard desquelles, comme l'a démontré subséquemment le dossier, ni l'expérience en arbitrage de différends ni l'expérience en matière de relations du travail et de financement hospitalier ne comptaient pour qu'elles puissent être désignées.

Comme nous le verrons plus loin, la façon dont ces procédures ont été formulées pose certaines difficultés sur le plan de la réparation.

H. *La mesure législative subséquente*

Les parties au pourvoi devant notre Cour ont attiré notre attention sur la *Loi de 2001 sur le retour à l'école (Toronto et Windsor)*, L.O. 2001, ch. 1, apparemment adoptée à la suite de la décision rendue en l'espèce par la Cour d'appel de l'Ontario. Cette loi prévoit ceci, aux par. 11(4) et (5) :

11. . . .

(4) Lorsqu'il nomme un nouvel arbitre, le ministre peut nommer une personne :

- a) qui n'a pas d'expérience comme arbitre;
- b) qui n'a jamais été reconnue comme une personne acceptable à la fois par les syndicats et les employeurs ou qui n'est pas reconnue comme telle;
- c) qui n'appartient pas à une catégorie de personnes qui a été ou qui est reconnue comme étant composée de particuliers qui sont acceptables à la fois par les syndicats et les employeurs.

(5) Lorsqu'il nomme un nouvel arbitre, le ministre peut s'écarter de tout précédent concernant la nomination d'arbitres ou de présidents de conseil d'arbitrage, que ce précédent ait été établi avant ou après l'entrée en vigueur de la présente loi, sans préavis et sans consultation de tout employeur ou syndicat.

Le ministre affirme que la mesure législative subséquente n'est pas pertinente. Les syndicats prétendent simplement que cette mesure législative traduit l'intention explicite du législateur d'exclure les critères d'expertise et d'acceptabilité générale qui ont par ailleurs une pertinence cruciale. À leur avis, la nouvelle mesure législative présente la *LACTH*

Act is a clear and unmistakable departure from the *HLDA* statutory scheme at issue in this appeal.

II. Relevant Statutory Provisions

Hospital Labour Disputes Arbitration Act, R.S.O. 1990, c. H.14

6. . . .

(5) Where the two members appointed by or on behalf of the parties fail within ten days after the appointment of the second of them to agree upon the third member, notice of such failure shall be given forthwith to the Minister by the parties, the two members or either of them and the Minister shall appoint as a third member a person who is, in the opinion of the Minister, qualified to act.

7. Where a person has been appointed as a single arbitrator or the three members have been appointed to a board of arbitration, it shall be presumed conclusively that the board has been established in accordance with this Act and no application shall be made, taken or heard for judicial review or to question the establishment of the board or the appointment of the member or members, or to review, prohibit or restrain any of its proceedings.

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

49. . . .

(10) The Minister may establish a list of approved arbitrators and, for the purpose of advising him or her with respect to persons qualified to act as arbitrators and matters relating to arbitration, the Minister may constitute a labour-management advisory committee composed of a chair to be designated by the Minister and six members, three of whom shall represent employers and three of whom shall represent trade unions, and their remuneration and expenses shall be as the Lieutenant Governor in Council determines.

III. Judgments

A. *Ontario Divisional Court* (1999), 117 O.A.C. 340

Southey J. noted that the respondents' claims were based on the Minister's abandonment of the roster, the Minister's personal appointments of chairs of

comme le ministre voudrait qu'elle soit, mais elle n'est pas ainsi. Ils affirment que la nouvelle loi marque une rupture claire et manifeste avec le régime de la *LACTH* qui est en cause dans le présent pourvoi.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux, L.R.O. 1990, ch. H.14

6 . . .

(5) Si les deux membres du conseil désignés par les parties ou en leur nom, dans les dix jours de la désignation du deuxième d'entre eux, ne s'entendent pas sur la désignation d'un troisième, les parties, les deux membres du conseil ou l'un d'eux en avisent sans délai le ministre. Le ministre désigne comme troisième membre une personne qui, à son avis, est compétente pour agir en cette qualité.

7 Si une personne a été désignée arbitre unique ou que les trois membres ont été désignés à un conseil d'arbitrage, la création du conseil est présumée, de façon irréfragable, s'être effectuée conformément à la présente loi. Est irrecevable une requête en révision judiciaire ou une requête en contestation de la création du conseil ou de la désignation de son ou ses membres, ou une requête visant à faire réviser, interdire ou restreindre ses travaux.

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

49. . . .

(10) Le ministre peut dresser une liste d'arbitres agréés. Dans le but de le conseiller sur les personnes ayant les qualités requises pour remplir les fonctions d'arbitre et sur les questions relatives à l'arbitrage, il peut constituer un comité consultatif syndical-patronal, composé d'un président désigné par le ministre et de six membres dont trois représentent des employeurs et trois représentent des syndicats. Le lieutenant-gouverneur en conseil fixe la rémunération et les indemnités des membres du comité.

III. Les jugements

A. *Cour divisionnaire de l'Ontario* (1999), 117 O.A.C. 340

Le juge Southey fait observer que les demandes des intimés s'appuyaient sur le fait que le ministre avait abandonné la liste, qu'il avait personnellement

83

84

boards, and the Minister's failure to comply with an understanding respecting the appointment process allegedly reached by the parties while amendments to Bill 136 were being discussed. As the respondents had not claimed any breach of *Canadian Charter of Rights and Freedoms* rights, he concluded that "actions of the Minister, if authorized by statute, cannot be successfully attacked as being a denial of natural justice or lacking in institutional independence or impartiality" (para. 16). In his view, the actions of the Minister in appointing retired judges to chair arbitration boards fell squarely within the authority given to him by statute.

B. *Ontario Court of Appeal* (2000), 51 O.R. (3d) 417

85 Writing for a unanimous Court of Appeal, Austin J.A. for the court stated, at para. 2:

The central issue in this appeal is whether the Minister, in changing the process [i.e., from making appointments from the s. 49 roster], violated the principles of natural justice by interfering with the impartiality and independence of the arbitrators and raising a reasonable apprehension of bias, and/or interfering with the legitimate expectations of the appellants.

86 In answering this question in the affirmative, Austin J.A. observed that the content of collective agreements between union and hospital does not involve "interpretation but rather fundamental matters determining the working conditions of union members. As such they are of vital concern to those members. Such matters are not essentially legal but practical and require the familiarity and expertise of a labour arbitrator rather than the skills of a lawyer or a judge" (para. 75).

87 Austin J.A. further noted that the government of Ontario has a substantial financial interest in the outcome of the arbitrations. The pre-existing system

désigné les présidents des conseils et qu'il n'avait pas respecté une entente concernant le processus de désignation à laquelle les parties seraient parvenues lors des discussions portant sur les amendements apportés au projet de loi 136. Vu que les intimés n'avaient invoqué aucune violation des droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*, il a conclu que [TRADUCTION] « dans la mesure où le ministre a agi conformément à la loi, ses actes ne peuvent pas être contestés avec succès pour cause de déni de justice naturelle ou d'absence d'indépendance ou d'impartialité institutionnelle » (par. 16). À son avis, en désignant des juges retraités à la présidence des conseils d'arbitrage, le ministre a clairement agi conformément au pouvoir que lui confère la loi.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2000), 51 O.R. (3d) 417

Dans l'arrêt unanime qu'il a rédigé au nom de la Cour d'appel, le juge Austin affirme ce qui suit, au par. 2 :

[TRADUCTION] La principale question qui se pose en l'espèce est de savoir si, en modifiant le processus [c'est-à-dire en abandonnant la désignation à partir de la liste dressée en vertu de l'art. 49], le ministre a violé les principes de justice naturelle en compromettant l'impartialité et l'indépendance des arbitres et en suscitant une crainte raisonnable de partialité, ou encore en frustrant les attentes légitimes des appelants.

En répondant par l'affirmative à cette question, le juge Austin a fait remarquer que le contenu d'une convention collective devant être conclue par un syndicat et un hôpital fait non pas intervenir un processus [TRADUCTION] « d'interprétation, mais plutôt des questions fondamentales déterminantes sur le plan des conditions de travail des syndiqués. À ce titre, elles revêtent une importance capitale pour ces syndiqués. De telles questions sont pratiques et non pas essentiellement juridiques, et requièrent les connaissances et l'expertise d'un arbitre en droit du travail plutôt que les compétences d'un avocat ou d'un juge » (par. 75).

Le juge Austin a ajouté que le gouvernement de l'Ontario a un intérêt financier important dans l'issue des arbitrages. Le système précédent semblait

appeared to have worked reasonably well and must be regarded as having been successful.

In his view, retired judges generally lack the expertise of the prior arbitrators, are not independent, have no security, have no assurance that they will be appointed to future arbitrations, and must decide questions in which the person who appointed them has a substantial financial interest. He held that abandoning the established practice gave rise to a reasonable apprehension of bias and an appearance of interference with the institutional independence and the institutional impartiality of the boards.

Accordingly, the appeal was allowed.

IV. *Analysis*

The Minister argues that the wording of his power of appointment makes it clear that he and not the courts was intended to have the last word on appointments to chair compulsory arbitration boards in hospital and nursing home disputes. He says that the *HLDA* does not condition his power on following any particular process, and it was open to him, in furtherance of government policy, to proceed as he did. Thus viewed, the central issue in this case is statutory interpretation. The *HLDA* enacts quite a complex scheme that covers 11 pages of the statute book. The s. 6(5) power of appointment is an important element of the scheme, but it is only an element, and the *HLDA*, as any statute, must be read as a whole to ascertain the true legislative intent.

The Minister does not claim an absolute and untrammelled discretion. He recognizes, as Rand J. stated more than 40 years ago in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140, that "there is always a perspective within which a statute is intended to operate".

avoir fonctionné raisonnablement bien et devait être considéré comme ayant donné de bons résultats.

À son avis, les juges retraités n'ont généralement pas l'expertise des anciens arbitres, ne sont pas indépendants, n'ont aucune sécurité ni aucune garantie qu'ils seront désignés pour d'autres arbitrages, et doivent trancher des questions dans lesquelles la personne qui les a désignés a un intérêt financier important. Il a conclu que l'abandon de la pratique établie a suscité une crainte raisonnable de partialité et engendré une apparence d'atteinte à l'indépendance et à l'impartialité institutionnelles des conseils.

En conséquence, l'appel a été accueilli.

IV. *Analyse*

Le ministre fait valoir que la manière dont est libellé son pouvoir de désignation indique clairement que, dans le cas des différends qui surviennent dans les hôpitaux et les maisons de soins infirmiers, c'est lui, et non les tribunaux judiciaires, qui est censé avoir le dernier mot en ce qui concerne les désignations à la présidence des conseils d'arbitrage obligatoire. Selon lui, la *LACTH* ne l'oblige pas à suivre un processus particulier dans l'exercice de son pouvoir, et il pouvait agir comme il l'a fait en appliquant la politique du gouvernement. Vue sous cet angle, la principale question qui se pose en l'espèce est une question d'interprétation législative. La *LACTH* établit un régime assez complexe qui occupe 11 pages du recueil de lois. Le pouvoir de désignation prévu au par. 6(5) est un élément important de ce régime, mais n'est qu'un élément et, comme cela doit être fait pour toute loi, il faut interpréter la *LACTH* dans son ensemble pour déterminer l'intention véritable du législateur.

Le ministre ne prétend pas avoir un pouvoir discrétionnaire absolu et sans entraves. Il reconnaît, comme l'a fait le juge Rand, il y a plus de 40 ans, dans l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 140, qu'[TRADUCTION] « [u]ne loi est toujours censée s'appliquer dans une certaine optique ».

88

89

90

91

92

The decision in *Roncarelli*, despite the many factual differences, foreshadows, in part, the legal controversy in this case. There, as here, the governing statute conferred a broad discretion which the decision maker was accused of exercising to achieve an improper purpose. In that case, the improper purpose was to injure financially (by the cancellation of a liquor licence) a Montreal restaurateur whose activities in support of the Jehovah's Witnesses were regarded by the provincial government as troublesome. Here, the allegations of improper purpose behind the unions' challenge are that the Minister used his power of appointment to influence outcomes rather than process, to protect employers rather than patients, and, as stated by the Court of Appeal, to change the appointments process in a way "reasonably" seen by the unions as "an attempt to seize control of the bargaining process" (para. 101). Still, the Minister points to a number of reasons for his conduct which, unlike the situation in *Roncarelli*, were closely associated with the purpose of the statute, including, in particular, the chronic delay and cost associated with *HLDA* arbitrations. He was looking for "[p]eople who had spent their professional lives as neutrals".

93

The exercise of a discretion, stated Rand J. in *Roncarelli*, "is to be based upon a weighing of considerations pertinent to the object of the [statute's] administration" (p. 140). Here, as in that case, it is alleged that the decision maker took into account irrelevant considerations (e.g., membership in the "class" of retired judges) and ignored pertinent considerations (e.g., relevant expertise and broad acceptability of a proposed chairperson in the labour relations community).

94

In this case, the "perspective within which a statute is intended to operate" is that of a legislative measure that seeks to achieve industrial peace by substituting compulsory arbitration for the right to strike or lockout. The "perspective" is another way of describing the policy and objects of the statute.

Malgré les nombreuses différences qu'il présente sur le plan des faits, l'arrêt *Roncarelli* laisse présager en partie la controverse juridique en l'espèce. Là comme ici, la loi applicable accordait au décideur un large pouvoir discrétionnaire qu'il était accusé d'avoir exercé dans le but de réaliser un objectif illégitime. Dans cette affaire, l'objectif illégitime était de nuire financièrement (par l'annulation d'un permis d'alcool) à un restaurateur montréalais dont l'appui donné aux Témoins de Jéhovah était mal vu par le gouvernement provincial. En l'espèce, les allégations d'objectif illégitime qui sous-tendent la contestation des syndicats veulent que le ministre se soit servi de son pouvoir de désignation pour influencer les résultats plutôt que le processus, pour protéger les employeurs au lieu des malades et, comme l'a dit la Cour d'appel, pour modifier le processus de désignation d'une façon [TRADUCTION] « raisonnablement » perçue par les syndicats comme étant « une tentative de contrôler le processus de négociation » (par. 101). Le ministre justifie pourtant sa conduite par un certain nombre de raisons qui, contrairement à la situation dans l'affaire *Roncarelli*, avaient un lien étroit avec l'objet de la Loi, dont les délais chroniques et le coût des arbitrages fondés sur la *LACTH*. Il cherchait [TRADUCTION] « [d]es personnes qui avaient été neutres pendant toute leur vie professionnelle ».

L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, de faire remarquer le juge Rand dans l'arrêt *Roncarelli*, [TRADUCTION] « doit se fonder sur l'examen des considérations reliées à l'objet de [l']administration [de la loi en cause] » (p. 140). En l'espèce, comme dans cette affaire, on allègue que le décideur a pris en considération des éléments non pertinents (par exemple, l'appartenance à la « catégorie » des juges retraités) et qu'il n'a pas tenu compte d'éléments pertinents (tels que l'expertise de la personne proposée à la présidence, et son acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail).

En l'espèce, l'optique dans laquelle la loi est censée s'appliquer est celle d'une mesure législative destinée à maintenir la paix industrielle en substituant l'arbitrage obligatoire au droit de grève ou de lock-out. L'« optique » est une autre façon de décrire la politique générale et les objets de la loi.

In the language of Lord Reid in *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.), at p. 1030:

... if the Minister, by reason of his having misconstrued the Act or for any other reason, so uses his discretion as to thwart or run counter to the policy and objects of the Act, then our law would be very defective if persons aggrieved were not entitled to the protection of the court. [Emphasis added.]

Lord Reid added that “the policy and objects of the Act must be determined by construing the Act as a whole and construction is always a matter of law for the court” (p. 1030). See also: *Air Canada v. British Columbia (Attorney General)*, [1986] 2 S.C.R. 539; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 56; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41; G. Pépin and Y. Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2nd ed. 1982), at p. 264; D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at para. 13:1221.

This appeal thus brings to the fore the importance of the scheme and purpose of an Act in construing the particular words used by the legislature to disclose its true intent. It also requires us to consider whether the legislative intent disclosed in this case is sufficient to override the principles of natural justice that would otherwise be implied by the courts to limit the discretion of the statutory decision maker, and, if so, in what respect.

A. Some Preliminary Observations

Given the range and variety of the unions’ objections, it might be useful to do a little organization at the outset.

Although the net result of a s. 6(5) appointment is the naming of a particular individual as a chairperson, the appointment is inevitably the product of a number of issues or determinations, some of them

Lord Reid s’est exprimé en ces termes dans l’arrêt *Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.), p. 1030 :

[TRADUCTION] ... si, parce qu’il a mal interprété la Loi ou pour toute autre raison, le ministre exerce son pouvoir discrétionnaire de façon à contrecarrer la politique générale ou les objets de la Loi ou à aller à l’encontre de ceux-ci, alors notre droit accusera une grave lacune si les personnes qui en subissent des préjudices n’ont pas droit à la protection de la cour. [Je souligne.]

Lord Reid a ajouté que [TRADUCTION] « pour déterminer la politique générale et les objets de la Loi, il faut interpréter la Loi dans son ensemble et l’interprétation est toujours une question de droit qui relève de la cour » (p. 1030). Voir aussi : *Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1986] 2 R.C.S. 539; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 56; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41; G. Pépin et Y. Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2^e éd. 1982), p. 264; D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), par. 13:1221.

Le présent pourvoi fait donc ressortir l’importance de l’économie et de l’objet de la loi lorsqu’il s’agit d’interpréter les termes particuliers que le législateur a utilisés pour exprimer son intention véritable. Il nous oblige également à nous demander si — et le cas échéant, à quel égard — l’intention du législateur exprimée en l’espèce suffit pour l’emporter sur les principes de justice naturelle qui, pour les tribunaux judiciaires, seraient par ailleurs censés limiter le pouvoir discrétionnaire du décideur légal.

A. Quelques observations préliminaires

Compte tenu du nombre et de la diversité des objections formulées par les syndicats, il pourrait être utile, au départ, de mettre un peu d’ordre dans tout cela.

Bien qu’elle aboutisse à la nomination d’un président ou d’une présidente, la désignation fondée sur le par. 6(5) est inévitablement le fruit d’un certain nombre de questions ou de décisions, dont

95

96

97

having to do with procedural fairness (e.g., do I first have to consult with the parties?), some of them legal (e.g., to what extent is my choice constrained by the *HLDA*?), some of them factual (e.g., what qualifications am I looking for?), and others of mixed fact and law (e.g., is this individual "qualified" within the range of choice permitted to me by the *HLDA*?). The court's task on judicial review is not to isolate these issues and subject each of them to differing standards of review. The unions' attack is properly aimed at the ultimate s. 6(5) appointments themselves. Nevertheless, as a practical matter (and practicality is a welcome virtue in this area of the law), it is convenient to group these issues in order to facilitate the judicial review of the s. 6(5) decision.

certaines ont trait à l'équité procédurale (par exemple, dois-je d'abord consulter les parties?), au droit (par exemple, dans quelle mesure la *LACTH* limite-t-elle le choix que je peux faire?) et aux faits (par exemple, quelle sont les qualifications que je recherche?), alors que d'autres ont un caractère mixte de droit et de fait (par exemple, le candidat en question est-il une personne « compétente » que la *LACTH* m'autorise à choisir?). Dans le cadre d'un contrôle judiciaire, il n'appartient pas à la cour d'isoler ces questions et d'appliquer à chacune de celles-ci des normes de contrôle différentes. Ce à quoi s'en prennent à juste titre les syndicats, ce sont les désignations mêmes qui, en définitive, sont faites en vertu du par. 6(5). En pratique (le sens pratique étant une vertu appréciée dans ce domaine du droit), il convient néanmoins de regrouper ces questions pour faciliter le contrôle judiciaire de la décision fondée sur le par. 6(5).

98

The first order of business is to examine the legislative scheme of the *HLDA* in general and s. 6(5) in particular. As Beetz J. pointed out, "[t]o a large extent judicial review of administrative action is a specialized branch of statutory interpretation": *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1087 (emphasis deleted), quoting S. A. de Smith, H. Street and R. Brazier, *Constitutional and Administrative Law* (4th ed. 1981), at p. 558. The court's mandate on judicial review is to keep the statutory decision maker within the boundaries the legislature intended.

La première étape consiste à étudier le régime général établi par la *LACTH* et, plus particulièrement, le par. 6(5) de cette loi. Comme l'a fait observer le juge Beetz dans *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, p. 1087, en citant l'ouvrage de S. A. de Smith, H. Street et R. Brazier, intitulé *Constitutional and Administrative Law* (4^e éd. 1981), p. 558, [TRADUCTION] « [d]ans une large mesure, l'examen judiciaire d'un acte administratif est une division spécialisée de l'interprétation des lois » (soulignement omis). Le mandat de la cour en matière de contrôle judiciaire consiste à veiller à ce que le décideur légal respecte les limites prévues par le législateur.

99

In performing that mandate, of course, administrative law supplies certain inferences and presumptions. For example, as this Court recently affirmed in *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52, at para. 21, "courts generally infer that Parliament or the legislature intended the tribunal's process to comport with principles of natural justice". More broadly, it is presumed that the legislature intended the statutory decision maker to function within the established principles and constraints of administrative law.

Il va sans dire que le droit administratif fournit certaines inférences et présomptions utiles pour exécuter ce mandat. Ainsi, comme la Cour l'affirmait récemment dans l'arrêt *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52, par. 21, « les tribunaux judiciaires infèrent généralement que le Parlement ou la législature voulait que les procédures du tribunal administratif soient conformes aux principes de justice naturelle ». De manière plus générale, on présume que l'intention du législateur était que le décideur légal respecte les principes et les contraintes du droit administratif.

The second order of business is to isolate the Minister's acts or omissions relevant to procedural fairness, a broad category which extends to, and to some extent overlaps, the traditional principles of natural justice: *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, *per* Laskin C.J., at p. 325. The unions, for example, question whether the Minister was right to refuse to consult with them before making the appointments. These questions go to the procedural framework within which the Minister made the s. 6(5) appointments, but are distinct from the s. 6(5) appointments themselves. It is for the courts, not the Minister, to provide the legal answer to procedural fairness questions. It is only the ultimate exercise of the Minister's discretionary s. 6(5) power of appointment itself that is subject to the "pragmatic and functional" analysis, intended to assess the degree of deference intended by the legislature to be paid by the courts to the statutory decision maker, which is what we call the "standard of review".

The third order of business, accordingly, is to determine the degree of judicial deference which, having regard to the *HLDA* and all the relevant circumstances, the Minister is entitled to receive in the exercise of his discretionary s. 6(5) power. In assessing the Minister's appointments, the court may need to take into consideration some of the determinations made by the Minister as input into the exercise of his discretion. For example, if, as I believe, the Minister is entitled to make any appointment that is not patently unreasonable, his interpretation of the scope of his power of appointment under s. 6(5) will affect the reasonableness of his ultimate appointment: *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at para. 49.

The content of procedural fairness goes to the manner in which the Minister went about making his decision, whereas the standard of review is applied to the end product of his deliberations.

La deuxième étape consiste à isoler les actes ou omissions du ministre qui touchent à l'équité procédurale, une catégorie générale qui comprend et, dans une certaine mesure, chevauche les principes traditionnels de la justice naturelle : *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, p. 325, le juge en chef Laskin. Par exemple, les syndicats se demandent si le ministre a eu raison de refuser de les consulter avant de faire les désignations. Ces questions concernent le cadre procédural à l'intérieur duquel le ministre a fait les désignations fondées sur le par. 6(5), sans toutefois porter sur les désignations mêmes qui ont été faites en vertu de ce paragraphe. Il appartient aux tribunaux judiciaires et non au ministre de donner une réponse juridique aux questions d'équité procédurale. Seul l'exercice en dernière analyse du pouvoir discrétionnaire de désignation conféré au ministre par le par. 6(5) est assujéti à l'analyse « pragmatique et fonctionnelle » qui vise à déterminer le degré de déférence dont le législateur a voulu que les tribunaux judiciaires fassent montre à l'égard du décideur légal, lequel degré constitue ce qu'on appelle la « norme de contrôle ».

La troisième étape consiste donc à déterminer le degré de déférence judiciaire auquel, compte tenu de la *LACTH* et de toutes les circonstances pertinentes, le ministre a droit dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le par. 6(5). Lorsqu'elle apprécie les désignations ministérielles, la cour peut devoir tenir compte de certaines décisions que le ministre a prises en exerçant son pouvoir discrétionnaire. Par exemple, si, comme je le crois, le ministre a le droit de faire toute désignation qui n'est pas manifestement déraisonnable, son interprétation de l'étendue du pouvoir de désignation que lui confère le par. 6(5) influera sur le caractère raisonnable de la désignation qu'il fera en définitive : *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, par. 49.

L'équité procédurale concerne la manière dont le ministre est parvenu à sa décision, tandis que la norme de contrôle s'applique au résultat de ses délibérations.

100

101

102

103

On occasion, a measure of confusion may arise in attempting to keep separate these different lines of enquiry. Inevitably some of the same "factors" that are looked at in determining the requirements of procedural fairness are also looked at in considering the "standard of review" of the discretionary decision itself. Thus in *Baker, supra*, a case involving the judicial review of a Minister's rejection of an application for permanent residence in Canada on human and compassionate grounds, the Court looked at "all the circumstances" on both accounts, but overlapping factors included the nature of the decision being made (procedural fairness, at para. 23; standard of review, at para. 61); the statutory scheme (procedural fairness, at para. 24; standard of review, at para. 60); and the expertise of the decision maker (procedural fairness, at para. 27; standard of review, at para. 59). Other factors, of course, did not overlap. In procedural fairness, for example, the Court was concerned with "the importance of the decision to the individual or individuals affected" (para. 25), whereas determining the standard of review included such factors as the existence of a privative clause (para. 58). The point is that, while there are some common "factors", the object of the court's inquiry in each case is different.

B. Issues

104

With these preliminary observations, I turn to the issues that arise for determination in the resolution of this appeal:

- (1) the statutory interpretation of s. 6(5) of the *HLDA*;
- (2) procedural fairness issues:
 - (a) the Minister's alleged lack of impartiality;
 - (b) the Minister's alleged failure to consult with the unions about the change in the process of appointments;
 - (c) the alleged violation of the doctrine of legitimate expectation in refusing to

La tentative de maintenir séparés ces différents genres de questions peut parfois engendrer une certaine confusion. Force est de constater que certains « facteurs » utilisés pour déterminer les exigences de l'équité procédurale servent également à déterminer la « norme de contrôle » applicable à la décision discrétionnaire elle-même. Ainsi, dans l'affaire *Baker*, précitée, qui portait sur le contrôle judiciaire du rejet par le ministre d'une demande de résidence permanente au Canada fondée sur des raisons d'ordre humanitaire, la Cour a examiné « toutes les circonstances » à ces deux égards, mais il y avait chevauchement de certains facteurs, dont la nature de la décision rendue (équité procédurale, par. 23; norme de contrôle, par. 61), le régime législatif (équité procédurale, par. 24; norme de contrôle, par. 60), et l'expertise du décideur (équité procédurale, par. 27; norme de contrôle, par. 59). Il est évident que d'autres facteurs ne se recoupaient pas. En ce qui concerne l'équité procédurale notamment, la Cour s'est intéressée à « l'importance de la décision pour les personnes visées » (par. 25), tandis que, pour déterminer la norme de contrôle applicable, elle a pris en considération des facteurs comme l'existence d'une clause privative (par. 58). Il reste que, même s'il existe certains « facteurs » communs, l'objet de l'examen du tribunal judiciaire diffère d'un cas à l'autre.

B. Les questions en litige

Ces observations préliminaires étant faites, j'aborde maintenant les questions qui doivent être tranchées en l'espèce :

- (1) l'interprétation du par. 6(5) *LACTH*;
- (2) les questions d'équité procédurale :
 - a) l'allégation de partialité de la part du ministre;
 - b) l'allégation voulant que le ministre n'ait pas consulté les syndicats au sujet de la modification du processus de désignation;
 - c) l'allégation de violation de la règle de l'expectative légitime en raison du refus

- | | |
|--|--|
| <p>nominate only arbitrators who had been mutually agreed upon;</p> <p>(3) an assessment of the standard of review of the Minister's appointments;</p> <p>(4) when does a decision rise to the level of <i>patent</i> unreasonableness?</p> <p>(5) whether the applicable standard of review was violated by the Minister's rejection of</p> <p style="padding-left: 20px;">(a) the s. 49(10) list as a requisite of appointment, or</p> <p style="padding-left: 20px;">(b) expertise and "broad acceptability within the labour relations community" as criteria for the selection of chairpersons;</p> <p>(6) whether the Court of Appeal erred in finding that the arbitration boards, by reason of the impugned ministerial approach to s. 6(5) appointments, lacked the requisite institutional independence and impartiality;</p> <p>(7) the appropriateness of the remedy granted by the Court of Appeal.</p> | <p>de désigner uniquement des arbitres sur lesquels les parties s'étaient entendues;</p> <p>(3) l'appréciation de la norme de contrôle applicable aux désignations ministérielles;</p> <p>(4) quand une décision devient-elle <i>manifestement</i> déraisonnable?</p> <p>(5) la question de savoir si la norme de contrôle applicable a été violée en raison du rejet par le ministre :</p> <p style="padding-left: 20px;">a) de la liste dressée en vertu du par. 49(10), qui doit être utilisée pour faire des désignations; ou</p> <p style="padding-left: 20px;">b) de l'expertise et de « l'acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail » comme critères de sélection du président ou de la présidente;</p> <p>(6) la question de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en concluant qu'en raison de l'approche contestée que le ministre a adoptée en matière de désignations fondées sur le par. 6(5), les conseils d'arbitrage étaient dépourvus de l'indépendance et de l'impartialité institutionnelles requises;</p> <p>(7) le caractère convenable de la réparation accordée par la Cour d'appel.</p> |
|--|--|

I will deal with each of these issues in turn.

Je vais examiner successivement chacune de ces questions. 105

(1) The Statutory Interpretation of Section 6(5) of the *HLDA*

(1) L'interprétation du par. 6(5) *LACTH*

The appropriate approach to statutory interpretation is that "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament" (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, frequently cited with approval in this Court, e.g., *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paras. 21 and 23; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 33). This contextual approach accords with the previously

En matière d'interprétation législative, il convient d'adopter l'approche suivante : [TRADUCTION] « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87. La Cour a souvent cité et approuvé ce passage, notamment dans les arrêts *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21 et 23, et *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 33). Cette 106

mentioned *dictum* of Rand J. in *Roncarelli*, *supra*, that “there is always a perspective within which a statute is intended [by the legislature] to operate” (p. 140), and Lord Reid’s caution in *Padfield*, *supra*, that the particular wording of a ministerial power is to be read in light of “the policy and objects of the Act” (p. 1030).

approche contextuelle concorde avec la remarque susmentionnée du juge Rand dans l’arrêt *Roncarelli*, précité, selon laquelle [TRADUCTION] « [u]ne loi est toujours censée s’appliquer dans une certaine optique [voulue par le législateur] » (p. 140), et avec la mise en garde de lord Reid dans l’arrêt *Padfield*, précité, voulant que le libellé d’un pouvoir ministériel doive être interprété à la lumière de [TRADUCTION] « la politique générale et [d]es objets de la Loi » (p. 1030).

107 The *HLDDA* contemplates the appointment of “a person who is, in the opinion of the Minister, qualified to act”. The Minister is a senior member of the government with a vital interest in industrial peace in the province. His work in pursuit of that objective in the hospital sector, supported by his officials, should not be micro-managed by the courts. Still, as Rand J. said in *Roncarelli*, *supra*, at p. 140, the discretionary power is not “absolute and untrammelled”. The discretion is constrained by the scheme and object of the *HLDDA* as a whole, which the legislature intended to serve as a “neutral and credible” substitute for the right to strike and lock-out.

La *LACTH* prévoit la désignation d’« une personne qui, à son avis [c’est-à-dire de l’avis du ministre], est compétente pour agir en cette qualité [d’arbitre] ». Le ministre est un membre supérieur du gouvernement et a un intérêt essentiel dans le maintien de la paix industrielle dans la province. Les tribunaux judiciaires ne devraient pas intervenir à outrance dans les efforts qu’il déploie, avec l’appui de ses fonctionnaires, pour atteindre cet objectif dans le secteur hospitalier. Pourtant, comme l’a affirmé le juge Rand dans l’arrêt *Roncarelli*, précité, p. 140, le pouvoir discrétionnaire n’est pas [TRADUCTION] « absolu et sans entraves ». Ce pouvoir discrétionnaire est limité par l’économie et l’objet de la *LACTH* dans son ensemble, laquelle loi établit un système qui, d’après l’intention du législateur, doit servir de moyen « neutre et crédible » de remplacer le droit de grève et de lock-out.

108 Compulsory arbitration is a fairly well-understood beast in the jungle of labour relations. Dickson C.J., dissenting on other grounds in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, pointed out, at p. 380:

Dans la jungle des relations du travail, l’arbitrage obligatoire est une bête que l’on comprend assez bien. Le juge en chef Dickson, dissident pour d’autres motifs dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, a fait remarquer, à la p. 380 :

The purpose of such a mechanism [compulsory arbitration] is to ensure that the loss in bargaining power through legislative prohibition of strikes is balanced by access to a system which is capable of resolving in a fair, effective and expeditious manner disputes which arise between employees and employers.

Le but d’un tel mécanisme [l’arbitrage obligatoire] est d’assurer que la perte du pouvoir de négociation par suite de l’interdiction législative des grèves est compensée par l’accès à un système qui permet de résoudre équitablement, efficacement et promptement les différends mettant aux prises employés et employeurs.

109 Labour arbitration as a dispute-resolution mechanism has traditionally and functionally rested on a consensual basis, with the arbitrator chosen by the parties or being acceptable to both parties. The intervenor, National Academy of Arbitrators (Canadian Region), contended that “[a]rbitration

L’arbitrage en matière de relations du travail en tant que mécanisme de règlement des différends repose traditionnellement et fonctionnellement sur le consentement, l’arbitre étant choisi par les parties ou étant acceptable par chacune d’elles. L’intervenante, la National Academy of Arbitrators

which is, or is seen to be, political rather than rigorously quasi-judicial is no longer arbitration". Moreover, the intervenor contends:

If arbitrators are, or are perceived to be, a surrogate of either party or of government, or appointed to serve the interests of either party or of government, the system loses the trust and confidence of the parties, elements essential to industrial relations peace and stability. . . . A lack of confidence in arbitration would invite labour unrest and the disruption of services, the very problem impartial interest arbitration was designed to prevent.

As the Ontario legislature has considered the *HLDAA* over the years, it has demonstrated an awareness of the fact that workers who feel unfairly treated can manifest their grievances with slowdowns or other job actions, including illegal walk-outs. Ministers emphasized that the purpose of the *HLDAA* was to protect patients, not to tilt the balance between employers and employees one way or the other. The "background and purpose" of the *HLDAA* includes the 1964 Report of the Royal Commission on Compulsory Arbitration in Disputes Affecting Hospitals and Their Employees, which led to the *HLDAA*, and recommended that "[o]nly chairmen experienced in hospital affairs would be appointed" (Report, at p. 51). The Minister proposing the 1972 amendment told the Ontario Legislature that the "quality of decision-making" would be improved by "knowledgeable arbitrators experienced in the hospital sector" (*Legislature of Ontario Debates*, December 14, 1972, at p. 5760). The 1979 amendment to the *Labour Relations Act* established what is now renumbered as the s. 49(10) roster of arbitrators who were considered to be impartial and knowledgeable in labour arbitrations (not necessarily hospital matters). Interest arbitrators were frequently, though by no means always, drawn from this roster between the early 1980s and 1997. The anchors that were seen to justify the parties' confidence in *HLDAA* arbitrations were impartiality, independence, expertise and general acceptability in the labour relations community. An individual who combines relevant expertise with independence

(Canadian Region), a fait valoir que [TRADUCTION] « [l']arbitrage qui est ou qui est perçu comme étant politique plutôt que rigoureusement quasi judiciaire n'est plus un arbitrage ». L'intervenante ajoute ceci :

[TRADUCTION] Si l'arbitre est l'agent de l'une ou l'autre partie ou du gouvernement ou s'il est perçu comme tel, ou encore s'il est désigné pour servir les intérêts de l'une ou l'autre partie ou du gouvernement, le système s'aliène la confiance des parties qui est essentielle à la paix et à la stabilité des relations du travail [...] L'absence de confiance dans l'arbitrage entraînerait des conflits de travail et l'interruption des services, lesquels représentent le problème même que l'arbitrage impartial des différends vise à prévenir.

Au fil des ans, l'Assemblée législative de l'Ontario a étudié la *LACTH* et a démontré qu'elle était consciente du fait que des travailleurs qui se sentent injustement traités peuvent exprimer leur mécontentement par des ralentissements de travail ou par d'autres moyens de pression, y compris les débrayages illégaux. Les ministres ont souligné que la *LACTH* avait pour objet de protéger les malades et non de faire pencher la balance en faveur des employeurs ou des employés. Au chapitre « du contexte et de l'objet » de la *LACTH*, il y a le rapport déposé en 1964 par la Royal Commission on Compulsory Arbitration in Disputes Affecting Hospitals and their Employees qui a abouti à la *LACTH* et qui recommandait, à la p. 51, que [TRADUCTION] « [s]eules [soient] désignées à la présidence des personnes ayant de l'expérience en matière hospitalière ». En proposant la modification de 1972, le ministre a affirmé devant l'Assemblée législative de l'Ontario que la désignation [TRADUCTION] « d'arbitres compétents qui ont de l'expérience dans le secteur hospitalier » contribuerait à améliorer la « qualité du processus décisionnel » (*Legislature of Ontario Debates*, 14 décembre 1972, p. 5760). La modification apportée en 1979 à la *Labour Relations Act* a établi la liste — maintenant prévue au par. 49(10) — d'arbitres jugés impartiaux et compétents en matière d'arbitrage de conflits de travail (mais pas nécessairement en matière hospitalière). Depuis le début des années 1980 jusqu'en 1997, les arbitres de différends étaient souvent — quoique pas toujours — choisis à partir de

and impartiality can reasonably be expected to be experienced in the field, thus known to and broadly acceptable to both unions and management.

111 I conclude, therefore, that, although the s. 6(5) power is expressed in broad terms, the legislature intended the Minister, in making his selection, to have regard to relevant labour relations expertise as well as independence, impartiality and general acceptability within the labour relations community. By "general acceptability", I do not mean that a particular candidate must be acceptable to all parties all the time, or to the parties to a particular HLDAA dispute. I mean only that the candidate has a track record in labour relations and is generally seen in the labour relations community as widely acceptable to both unions and management by reason of his or her independence, neutrality and proven expertise.

112 I do not consider these criteria to be vague or uncertain. The practice of labour relations in this country has developed into a highly sophisticated business. The livelihood of a significant group of professional labour arbitrators depends on their recognized ability to fulfill these criteria. Some of them not only enjoy national reputations for their skills in resolving industrial conflicts but are retired judges. From the Minister's perspective, there exists not only a large pool of recognized candidates, but the HLDAA allows generous latitude to his selection (i.e., a candidate "who is, in the opinion of the Minister, qualified"). The result is a perfectly manageable framework within which the legislature intended to give the Minister broad but not unlimited scope within which to make appointments in furtherance of the HLDAA's object and purposes.

cette liste. Les qualités qui semblaient justifier la confiance des parties dans l'arbitrage fondé sur la LACTH étaient l'impartialité, l'indépendance, l'expertise et l'acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail. On peut raisonnablement s'attendre à ce qu'une personne qui cumule expertise pertinente, indépendance et impartialité ait de l'expérience dans le domaine concerné et qu'elle soit ainsi connue et généralement acceptable tant par les syndicats que par le patronat.

Je conclus donc que, même si le pouvoir conféré au par. 6(5) est énoncé en termes généraux, le législateur a voulu qu'en faisant son choix le ministre prenne en considération l'expertise pertinente en matière de relations du travail ainsi que l'indépendance, l'impartialité et l'acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail. Lorsque je parle d'« acceptabilité générale », je ne veux pas dire que les candidats doivent toujours être acceptables par toutes les parties ou encore par les parties à un différend particulier visé par la LACTH. J'entends seulement par là que les candidats ont de l'expérience en matière de relations du travail et sont généralement perçus dans le milieu des relations du travail comme jouissant d'une grande acceptabilité auprès des syndicats et du patronat en raison de leur indépendance, de leur neutralité et de leur expertise confirmée.

Je ne considère pas que ces critères sont vagues ou incertains. Les relations du travail au pays sont devenues un domaine très spécialisé. Un grand nombre d'arbitres professionnels en droit du travail dépendent, pour leur subsistance, de leur capacité reconnue de satisfaire à ces critères. En plus d'être réputés à l'échelle nationale pour leur aptitude à résoudre des conflits de travail, certains d'entre eux sont des juges retraités. Du point de vue du ministre, non seulement y a-t-il une réserve importante de candidats reconnus, mais encore la LACTH lui accorde une grande latitude pour faire son choix (c'est-à-dire pour choisir le candidat « qui, à son avis, est compéten[t] »). Il en résulte un cadre tout à fait acceptable à l'intérieur duquel le législateur a voulu accorder au ministre une liberté d'action considérable, mais non illimitée, pour faire des désignations conformes aux fins et aux objets de la LACTH.

(2) Procedural Fairness

Under this heading, I group the challenges to the Minister's impartiality, the allegation that he violated procedural fairness by allegedly changing the "system" of appointments without prior consultation, and his alleged violation of the doctrine of legitimate expectation.

(a) *Was the Minister Impartial in the Exercise of the Power of Appointment?*

The unions say the Minister could not, as a member of a cost-cutting government, make the appointments impartially. He was therefore disqualified and ought to have delegated the appointments to senior officials.

The Minister says that he is not responsible for health costs or hospital administration. He is, however, a member of Cabinet and committed to government policy which, in 1997, included public sector "rationalization" and pay restraint. He was elected on a platform called "the Common Sense Revolution" and people would reasonably think he was committed to carrying it out.

The Ontario Court of Appeal concluded that the Minister had a "significant and direct interest" in the outcome of the arbitral awards (para. 21). As Austin J.A. pointed out, "[a]pproximately 75 per cent to 80 per cent of hospital budgets relate to labour costs and the government's primary method for controlling expenditures is wage control. Although nursing homes have sources of income that are not available to hospitals, they too are substantially dependent upon the government for funding" (para. 21). The Minister's response is that here, unlike in cases such as *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856 (C.A.), at pp. 869-71 and 884, neither he nor his government was a party to hospital sector arbitral proceedings. In the *MacBain* case, the Canadian Human Rights Commission appointed the members of the *ad hoc* tribunal to adjudicate the very dispute between the Commission and the person complained about. The Minister argues that his interest in hospital finance

(2) L'équité procédurale

Je regroupe sous cette rubrique les allégations de partialité de la part du ministre, l'allégation voulant qu'il ait manqué à l'équité procédurale en modifiant le « système » de désignation sans consultation préalable, et l'allégation voulant qu'il ait violé la règle de l'expectative légitime.

a) *Le ministre a-t-il été impartial dans l'exercice de son pouvoir de désignation?*

Les syndicats soutiennent que, à titre de membre d'un gouvernement prônant la réduction des dépenses, le ministre n'était pas en mesure de faire les désignations de manière impartiale. Il était donc inhabile à faire les désignations et il aurait dû confier à des hauts fonctionnaires le soin de le faire à sa place.

Le ministre affirme qu'il n'est responsable ni des coûts en matière de santé ni de l'administration des hôpitaux. Il fait néanmoins partie du Cabinet et est un défenseur de la politique du gouvernement qui, en 1997, consistait notamment à « rationaliser » le secteur public et à contrôler les salaires. Il a été élu en raison de la « Révolution du Bon Sens » qu'il promettait et la population pouvait raisonnablement penser qu'il était résolu à tenir cette promesse.

La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le ministre avait un [TRADUCTION] « intérêt important et direct » dans l'issue des arbitrages (par. 21). Comme l'a fait remarquer le juge Austin, [TRADUCTION] « [e]nviron 75 à 80 pour 100 du budget des hôpitaux est consacré à la masse salariale et le contrôle des salaires représente le principal moyen dont le gouvernement dispose pour contrôler les dépenses. Même si les maisons de soins infirmiers ont des sources de revenus dont ne disposent pas les hôpitaux, elles dépendent largement elles aussi du financement gouvernemental » (par. 21). Le ministre répond qu'en l'espèce, contrairement à des affaires comme *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856 (C.A.), p. 869-871 et 884, ni lui ni son gouvernement n'ont participé aux procédures d'arbitrage dans le secteur hospitalier. Dans l'affaire *MacBain*, la Commission canadienne des droits de la personne avait désigné les membres du tribunal

113

114

115

116

is not "directly at stake" (*Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at para. 100) and "too attenuated and remote to give rise to a reasonable apprehension of bias" (*Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869, at p. 891). The local hospital boards could absorb higher unit labour costs by reducing services, thus keeping public funding requirements more or less constant. This approach, I think, is unrealistic. It underestimates the Minister's collective responsibility with his colleagues at a time of pitched confrontation with the unions over reductions in public sector staffing and financing. At the very least, there was an appearance that he had a significant interest in outcomes as well as process.

ad hoc chargé de se prononcer sur le conflit même qui opposait la Commission à la personne visée par la plainte en question. Le ministre soutient que son intérêt en matière de financement hospitalier n'est pas « directement en jeu » (*Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, par. 100) et qu'il est « trop minime et trop éloigné pour donner lieu à une crainte raisonnable de partialité » (*Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869, p. 891). Les conseils d'hôpitaux locaux pourraient éponger une hausse des coûts unitaires de main-d'œuvre en réduisant les services, et ainsi stabiliser plus ou moins les besoins de financement public. J'estime que cette approche n'est pas réaliste. Elle sous-estime la solidarité du ministre avec ses collègues à une époque d'affrontements intenses avec les syndicats au sujet des réductions de personnel et de financement dans le secteur public. Le ministre paraissait tout au moins avoir un intérêt important autant dans le processus que dans l'issue du processus.

117

The legal answer to this branch of the unions' argument, however, is that the legislature specifically conferred the power of appointment on the Minister. Absent a constitutional challenge, a statutory regime expressed in clear and unequivocal language on this specific point prevails over common law principles of natural justice, as recently affirmed by this Court in *Ocean Port Hotel, supra*. In that case, the members of the provincial liquor licensing appeal board, who were empowered to impose penalties on liquor licences for non-compliance with the Act, were appointed to serve "at the pleasure" of the executive. Some licencees successfully argued before the British Columbia Court of Appeal that "at pleasure" appointees lacked the security of tenure necessary to ensure their independence. The Board's decisions were therefore set aside. On further appeal to this Court, however, it was held, *per* McLachlin C.J., that "like all principles of natural justice, the degree of independence required of tribunal members may be ousted by express statutory language or necessary implication" (para. 22 (emphasis added)). Affirming the rule of interpretation that "courts generally infer that Parliament or the legislature intended the tribunal's process to comport with principles of natural justice" (para. 21), the Court never-

Cependant, la réponse juridique à ce volet de l'argumentation des syndicats est que le législateur a expressément conféré le pouvoir de désignation au ministre. En l'absence de contestation constitutionnelle, un régime législatif qui porte sur ce sujet précis et qui est énoncé en des termes clairs et non équivoques prime sur les principes de justice naturelle de la common law, comme l'a récemment affirmé notre Cour dans l'arrêt *Ocean Port Hotel*, précité. Dans cette affaire, les membres de la commission d'appel des permis d'alcool provinciale, habilités à infliger des peines aux titulaires de permis d'alcool qui ne se conformaient pas à la Loi, étaient nommés « à titre amovible » par l'exécutif. Certains titulaires de permis ont fait valoir avec succès devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique que les personnes désignées « à titre amovible » étaient privées de l'immovibilité nécessaire pour garantir leur indépendance. Les décisions de la commission ont donc été annulées. Cependant, à la suite du pourvoi formé devant notre Cour, il a été décidé, sous la plume de la juge en chef McLachlin, que « comme pour tous les principes de justice naturelle, le degré d'indépendance requis des membres du tribunal administratif peut être écarté par les termes express de la loi ou par déduction nécessaire » (par. 22 (je

theless concluded that “[i]t is not open to a court to apply a common law rule in the face of clear statutory direction” (para. 22 (emphasis added)). Further, “[w]here the intention of the legislature, as here, is unequivocal, there is no room to import common law doctrines of independence” (para. 27 (emphasis added)).

The courts will equally give effect in a proper case to exclusion by necessary implication. In *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301, for example, the legislature had clearly and unequivocally conferred both investigatory and adjudicative functions on members of the Alberta Securities Commission. In the absence of any constitutional challenge, the Court affirmed that the overlap of functions was permissible, provided the official in question did not go beyond “fulfilling his statutory duties” (p. 315).

Ocean Port Hotel, *supra*, involved adjudication of licensing violations in the context of government liquor policy. As was stated at para. 33, “[The Board] is first and foremost a licensing body. The suspension complained of was an incident of the Board’s licensing function. . . . The exercise of power here at issue falls squarely within the executive power of the provincial government.”

Here, the context is quite different. The government has the power to legislate workers back to work but the *HLDA* holds out the promise of a “neutral and credible” process to reconcile the interests of the employer and employees. As arbitrator O. B. Shime observed in *McMaster University and McMaster University Faculty Assn.*, *Re* (1990), 13 L.A.C. (4th) 199, at p. 204:

souligne)). Confirmant la règle d’interprétation selon laquelle « les tribunaux judiciaires infèrent généralement que le Parlement ou la législature voulait que les procédures du tribunal administratif soient conformes aux principes de justice naturelle » (par. 21), la Cour a néanmoins conclu qu’« [i]l n’est pas loisible à un tribunal judiciaire d’appliquer une règle de common law alors qu’il est en présence d’une directive législative claire » (par. 22 (je souligne)). De plus, « [l]orsque, comme en l’espèce, l’intention du législateur est sans équivoque, il n’y a pas lieu d’importer les théories de common law en matière d’indépendance » (par. 27 (je souligne)).

Lorsque le cas s’y prête, les tribunaux judiciaires appliquent également le principe de l’exclusion par déduction nécessaire. Par exemple, dans l’affaire *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301, le législateur avait confié clairement et sans équivoque des fonctions d’enquête et de décision aux membres de l’Alberta Securities Commission. En l’absence de contestation constitutionnelle, la Cour a affirmé que le cumul de fonctions était acceptable pourvu que le fonctionnaire en cause ait seulement « exercé les fonctions que lui impose la loi » (p. 315).

L’arrêt *Ocean Port Hotel*, précité, concernait une décision relative à des violations de permis rendue conformément à une politique gouvernementale en matière d’alcool. Comme le précise le par. 33, « [la] fonction première [de la commission] est l’octroi de permis. La suspension qui a fait l’objet de la plainte se rattache à l’exercice de cette fonction. . . . L’exercice du pouvoir en cause procède carrément du pouvoir exécutif du gouvernement provincial. »

Le contexte en l’espèce est totalement différent. Le gouvernement peut légiférer pour forcer le retour au travail, mais la *LACTH* promet un processus « neutre et crédible » permettant de concilier les intérêts de l’employeur et ceux des employés. Comme l’a fait remarquer l’arbitre O. B. Shime, à la p. 204 de la décision *McMaster University and McMaster University Faculty Assn.*, *Re* (1990), 13 L.A.C. (4th) 199 :

118

119

120

Arbitrator/selectors have always maintained an independence from government policies in public sector wage determinations and have never adopted positions which would in effect make them agents of the government for the purpose of imposing government policy.

[TRANSLATION] Les arbitres et les arbitres des dernières offres ont toujours conservé leur indépendance par rapport aux politiques gouvernementales en matière de détermination de la rémunération dans le secteur public, et n'ont jamais adopté un point de vue qui en feraient des mandataires du gouvernement chargés d'appliquer une politique gouvernementale.

- 121 In the case of tribunals established, as here, to adjudicate "interest" disputes between parties, it is particularly important to insist on clear and unequivocal legislative language before finding a legislative intent to oust the requirement of impartiality either expressly or by necessary implication.

Dans les cas semblables à la présente affaire où des tribunaux administratifs sont constitués pour régler des « différends » entre des parties, il est particulièrement important d'exiger un langage législatif clair et non équivoque pour conclure que le législateur a voulu écarter, soit expressément, soit par déduction nécessaire, l'exigence d'impartialité.

- 122 In this case, however, the legislature's choice of the Minister as the proper authority to exercise the power of appointment is clear and unequivocal.

En l'espèce, cependant, le choix par le législateur du ministre comme étant la personne compétente pour exercer le pouvoir de désignation est clair et non équivoque.

- 123 The unions contend that the Minister could have avoided the appearance of a conflict of interest. Over the years, the direct involvement of Ministers in s. 6(5) appointments was somewhat diminished by delegation of the selection of the third arbitrator to a senior public servant, whose recommendation was then, in most cases, accepted by the Minister. An express power of delegation is found in s. 9.2(1), but it is expressed as permissive, not mandatory. The practice of delegation, where followed, may have had as much to do with departmental efficiency as with sensitivity over the Minister's direct involvement. It was not a requirement.

Les syndicats prétendent que le ministre aurait pu éviter l'apparence de conflit d'intérêts. Au fil des ans, la délégation du pouvoir de choisir le troisième arbitre à un haut fonctionnaire dont la recommandation était, dans la plupart des cas, entérinée par le ministre a contribué à diminuer quelque peu la participation directe des ministres aux désignations fondées sur le par. 6(5). Le paragraphe 9.2(1) accorde expressément un pouvoir de délégation, mais celui-ci est énoncé de manière facultative et non impérative. Dans les cas où elle a été suivie, la pratique consistant à déléguer le pouvoir de désignation peut avoir répondu autant à un souci d'efficacité ministérielle qu'à un souci d'éviter la participation directe du ministre. Ce n'était pas une exigence.

- 124 In some provinces, the selection of a chairperson in public sector labour disputes is distanced from the Minister by being conferred on a Chief Justice or other disinterested authority. See, e.g., *Universities Act*, R.S.A. 2000, c. U-3, s. 32(e); *Teachers' Collective Bargaining Act*, R.S.N. 1990, c. T-3, ss. 17(2) and 22(2); and *Teachers' Collective Bargaining Act*, R.S.N.S. 1989, c. 460, s. 26(2). This was clearly not an option that recommended itself to the Ontario legislature in the case of the *HLDA*.

Dans certaines provinces, on dissocie le ministre du choix d'une personne à la présidence d'un conseil d'arbitrage de conflit de travail dans le secteur public en confiant à un juge en chef ou à une autre personne compétente neutre le soin de l'effectuer. Voir, par exemple, *Universities Act*, R.S.A. 2000, ch. U-3, al. 32e), *Teachers' Collective Bargaining Act*, R.S.N. 1990, ch. T-3, par. 17(2) et 22(2), et *Teachers' Collective Bargaining Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 460, par. 26(2). Le législateur de l'Ontario n'a manifestement pas jugé cette option acceptable dans le cas de la *LACTH*.

Even in 1965, when the *HLDA* was enacted, provincial funding of health care was such that it was anticipated by opposition members of the legislature that Ministers of Labour would be interested (or would at least have the appearance of an interest) in outcomes as well as process. The legislature nevertheless proceeded to confer the power, perhaps to keep the Minister politically accountable for its exercise. For the court to require the Minister to delegate the choice to an official in his Ministry in the face of the text of s. 6(5) would amount, I think, to a judicial amendment of the legislation.

I therefore conclude that the Minister's perceived interest in the outcome of s. 6(5) arbitrations does not bar him from exercising a statutory power of appointment conferred on him in clear and unequivocal language.

(b) *The Minister's Alleged Failure to Consult with the Unions About the Change in the Process of Appointments*

The unions claim that they were the beneficiaries of a long-standing appointments process that was regarded by the parties as entrenched and was unfairly changed "in one fell swoop" to the unions' detriment without notice or consultation. If established, such circumstance might well give rise to a claim of breach of procedural fairness. As stated by Le Dain J. in *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 653:

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. . . .

The issue here is consultation. The unions say that when the Minister changed an entrenched appointments process, his decision was of an administrative nature and affected the vital interest of union members, namely the earning of their livelihood. Their interest was not remote, but directly engaged by the selection of those to be put in power

Même en 1965, au moment de l'adoption de la *LACTH*, le financement provincial des soins de santé était tel que les membres de l'opposition à l'Assemblée législative prévoyaient que les ministres du Travail auraient un intérêt (ou du moins l'apparence d'un intérêt) autant dans l'issue du processus que dans le processus même. Le législateur a néanmoins conféré le pouvoir en question, peut-être pour que le ministre demeure politiquement responsable de son exercice. J'estime que, compte tenu du libellé du par. 6(5), il y aurait modification judiciaire de la Loi si un tribunal judiciaire obligeait le ministre à déléguer son pouvoir de désignation à un fonctionnaire de son ministère. 125

Je conclus donc que la perception selon laquelle le ministre a un intérêt dans l'issue des arbitrages fondés sur le par. 6(5) ne l'empêche pas d'exercer le pouvoir de désignation que la Loi lui confère de manière claire et non équivoque. 126

b) *L'allégation voulant que le ministre n'ait pas consulté les syndicats au sujet de la modification du processus de désignation*

Les syndicats font valoir qu'ils bénéficiaient depuis longtemps d'un processus de désignation que les parties considéraient comme bien enraciné, et que ce processus a été « d'un seul coup » injustement modifié à leur détriment, sans préavis ni consultation. S'il est établi, ce fait pourrait donner lieu à un recours pour manquement à l'équité procédurale. Comme l'a affirmé le juge Le Dain dans l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, p. 653 : 127

Cette 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. . . .

C'est la question de la consultation qui est en litige dans la présente affaire. Les syndicats prétendent que, lorsque le ministre a modifié un processus de désignation bien enraciné, sa décision était de nature administrative et touchait l'intérêt essentiel que leurs membres ont à gagner leur vie. Loin d'être éloigné, cet intérêt qu'ils avaient était 128

over the terms of their collective agreement. They consider the situation to be comparable to the facts in *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374 (H.L.).

directement touché par le choix des personnes qui exerceraient un pouvoir sur la détermination des conditions de leur convention collective. Ils jugent cette situation comparable aux faits de l'arrêt *Council of Civil Service Unions c. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374 (H.L.).

129

Assuming the existence of a duty to consult in these circumstances, I think it was satisfied. All parties agree that there were extensive meetings at the time of Bill 136. Discussions were intense, sometimes strident, and at the highest levels. Both the Minister of Labour and the Deputy Minister signalled that the appointments process was subject to "reform" and that retired judges were potential candidates for s. 6(5) appointments. The unions made clear their opposition to anything short of a system based on mutual agreement. There was thus some notice of the proposed change and an opportunity to comment. I do not think, as a matter of general legal principle, that s. 6(5) imposed on the Minister a procedural requirement to consult with the parties to each arbitration from and after the general consultations in the fall of 1997. There was no history of such consultation in the past. As CUPE's witness Julie Davis testified:

En supposant qu'une obligation de consulter existe dans ces cas, je crois que l'on s'en est acquitté. Toutes les parties reconnaissent que de nombreuses rencontres ont eu lieu à l'époque du projet de loi 136. Les discussions étaient animées, parfois mouvementées, et ont été tenues aux niveaux les plus élevés. Le ministre du Travail et le sous-ministre ont tous deux indiqué que le processus de désignation faisait l'objet d'une « réforme » et que les juges retraités étaient des candidats potentiels pour les désignations fondées sur le par. 6(5). Les syndicats se sont clairement opposés à tout système qui ne serait pas le fruit d'un commun accord. On a donc donné un avis du projet de modification ainsi que l'occasion de le commenter. Je ne pense pas que, depuis les consultations générales de l'automne 1997, le par. 6(5) impose au ministre l'obligation procédurale de consulter les parties à chaque arbitrage, et ce, à titre de principe juridique général. Aucune consultation semblable n'avait eu lieu dans le passé. Comme l'a affirmé le témoin du SCFP, Julie Davis :

[TRANSLATION]

Q. And I take it there that it was understood that it would not be necessary to consult first before appointing someone like Adams or Gold who was not on the list, so long as they had this expertise and wide acceptability?

Q. Et là j'imagine qu'il était entendu qu'il ne serait pas nécessaire de consulter avant de désigner une personne comme M. Adams ou M. Gold, qui n'était pas inscrite sur la liste, pourvu qu'elle ait cette expertise et qu'elle jouisse d'une grande acceptabilité?

A. That they could be appointed, yes. We didn't dispute people of that calibre; that's true.

R. Qu'ils pourraient être désignés, oui. Il est vrai qu'on ne contestait pas la désignation de personnes de ce calibre.

130

It is evident from the cross-examinations filed in this case that the choice of hospital arbitrators was one of the flashpoints of the confrontation from June 1997 to February 1998 and continued to be so after the initial set of appointments of retired judges. The unions did not achieve their objective but they had no difficulty in making themselves heard. There was, with respect

Il ressort clairement des contre-interrogatoires déposés en l'espèce que le choix des arbitres dans le secteur hospitalier a été l'un des éléments déclencheurs de l'affrontement qui a duré de juin 1997 à février 1998, et qu'il a continué d'en être ainsi après la première série de désignations de juges retraités. Les syndicats n'ont pas atteint leur objectif, mais ils n'ont eu aucune difficulté à se faire entendre. Il n'y

to the “changed process”, no refusal of consultation.

- (c) *The Alleged Violation of the Doctrine of Legitimate Expectation in Refusing to Nominate Only Arbitrators Who Had Been Mutually Agreed Upon*

The doctrine of legitimate expectation is “an extension of the rules of natural justice and procedural fairness”: *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 557. It looks to the conduct of a Minister or other public authority in the exercise of a discretionary power including established practices, conduct or representations that can be characterized as clear, unambiguous and unqualified, that has induced in the complainants (here the unions) a reasonable expectation that they will retain a benefit or be consulted before a contrary decision is taken. To be “legitimate”, such expectations must not conflict with a statutory duty. See: *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *Baker, supra*; *Mount Sinai, supra*, at para. 29; *Brown and Evans, supra*, at para. 7:2431. Where the conditions for its application are satisfied, the Court may grant appropriate procedural remedies to respond to the “legitimate” expectation.

The Court of Appeal concluded, at para. 105, that “the Minister interfered with the legitimate expectations of the appellants and other affected unions, contrary to the principles and requirements of fairness and natural justice” and ordered the Minister to restrict his appointments to the s. 49(10) roster.

In my view, with respect, the conditions precedent to the application of the doctrine are not established in this case. The evidence of past practice is equivocal, and as a result the evidence of a promise to “return to” past practice is also equivocal. What Minister Elizabeth Witmer meant by “a return to the sector-based system of appointing arbitrators” (*Standing Committee on Resources Development, supra*, at p. R-2577), and what she was understood by the unions to mean, depends on what they now

a eu, au sujet du « processus modifié », aucun refus de procéder à des consultations.

- c) *L’allégation de violation de la règle de l’expectative légitime en raison du refus de désigner uniquement des arbitres sur lesquels les parties s’étaient entendues*

La règle de l’expectative légitime est « le prolongement des règles de justice naturelle et de l’équité procédurale » : *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 557. Elle s’attache à la conduite d’un ministre ou d’une autre autorité publique dans l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire — y compris les pratiques établies, la conduite ou les affirmations qui peuvent être qualifiées de claires, nettes et explicites — qui a fait naître chez les plaignants (en l’espèce, les syndicats) l’expectative raisonnable qu’ils conserveront un avantage ou qu’ils seront consultés avant que soit rendue une décision contraire. Pour être « légitime », une telle expectative ne doit pas être incompatible avec une obligation imposée par la loi. Voir : *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Baker*, précité; *Mont-Sinai*, précité, par. 29; *Brown et Evans, op. cit.*, par. 7:2431. Lorsque les conditions d’application de la règle sont remplies, la cour peut accorder une réparation procédurale convenable pour répondre à l’expectative « légitime ».

La Cour d’appel a conclu, au par. 105, que [TRADUCTION] « le ministre a contrecarré les attentes légitimes des appelants et des autres syndicats touchés, contrairement aux principes et aux exigences de l’équité et de la justice naturelle », et lui a ordonné de ne désigner que des personnes inscrites sur la liste dressée en vertu du par. 49(10).

J’estime, en toute déférence, que l’existence des conditions préalables à l’application de cette règle n’est pas établie en l’espèce. La preuve de la pratique suivie antérieurement est équivoque et, partant, la preuve d’une promesse de « retour » à l’ancien système est, elle aussi, équivoque. Ce que la ministre Elizabeth Witmer entendait par [TRADUCTION] « retour au système sectoriel de désignation des arbitres » (*Comité permanent du développement des ressources, op. cit.*, p. R-2577), et ce que les

131

132

133

say were their respective prior understandings of "the system". The Minister says the "sector-based system" was the *HLDA*, including the broad latitude afforded to him by s. 6(5). The unions say the "sector-based system" was the s. 49(10) roster.

syndicats ont compris, dépend de la compréhension qu'ils affirment maintenant avoir respectivement eue du « système » dans le passé. Le ministre prétend que le « système sectoriel » était celui de la *LACTH* — avec la grande latitude que lui accorde le par. 6(5). Les syndicats rétorquent que le « système sectoriel » était celui de la liste dressée en vertu du par. 49(10).

134

The evidence shows, I think, that the "system" varied, both from Minister to Minister, and during the tenure of particular Ministers. Between 1982 and 1997 (considered by both parties to be the relevant period), the appointments of *HLDA* chairpersons from the s. 49(10) list dropped from 100 percent in 1982/83 to a low of 66 percent in 1985/86 (and 66 percent again in 1986/87). The Deputy Minister testified that "in [1986/87], there were 58 ministerial appointments and of those 19 of the appointees were not on the list and in [1987/88], there were 80 ministerial appointments and 26 were not on the list" (emphasis added). The use of the s. 49(10) roster rose to 98 percent in 1996/97 before dropping back to 90 percent in 1997/98. CUPE witness Julie Davis testified that her union gladly accepted chairpersons such as Harry Waisglass and Ray Illing who were not on the s. 49(10) list:

So we wouldn't have even questioned their appointment, whether they were on the list or not on the list, because we know them to be, as I said, well-respected people who understand workplace issues and labour relations — in a labour relations context and had high credibility in terms of being able to work with workplace parties.

À mon avis, la preuve démontre que le « système » a changé d'un ministre à l'autre, et pendant le mandat de certains ministres. Entre 1982 et 1997 (période que les deux parties jugent pertinente), le pourcentage des personnes inscrites sur la liste dressée en vertu du par. 49(10) qui ont été désignées à la présidence de conseils d'arbitrage constitués en application de la *LACTH*, qui était de 100 pour 100 en 1982-1983, est tombé à 66 pour 100 en 1985-1986 (demeurant à 66 pour 100 en 1986-1987). Le sous-ministre a témoigné que, [TRADUCTION] « [en 1986-1987], le ministre a désigné 58 personnes dont 19 n'étaient pas inscrites sur la liste, et [qu'en 1987-1988], il en a désigné 80 dont 26 n'étaient pas inscrites sur la liste » (je souligne). Le pourcentage de cas où la liste dressée en vertu du par. 49(10) a été utilisée a atteint 98 pour 100 en 1996-1997, pour ensuite tomber à 90 pour 100 en 1997-1998. Le témoin du SCFP, Julie Davis, a déclaré que son syndicat avait bien accueilli des présidents comme Harry Waisglass et Ray Illing, qui n'étaient pas inscrits sur la liste dressée en vertu du par. 49(10) :

[TRADUCTION] Ainsi, nous n'aurions même pas contesté leur désignation, qu'ils aient ou non figuré sur la liste, parce que nous savons que ce sont, comme je l'ai dit, des personnes très respectées qui comprennent les enjeux du milieu de travail et des relations du travail — dans un contexte de relations du travail, et qui jouissaient d'une grande crédibilité sur le plan de leur capacité de travailler avec les parties en cause.

135

As previously noted, there is no mention in the *HLDA* of s. 49(10) even though numerous other sections of the *Labour Relations Act, 1995* are explicitly referenced. Whether or not successive Ministers or their delegates limited themselves to the list seems to have been a matter of policy and individual preference. I agree that the evidence

Comme nous l'avons vu, il n'y a aucune mention du par. 49(10) dans la *LACTH* même si on y trouve des renvois explicites à de nombreux autres articles de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*. Le fait que les ministres qui se sont succédé ou leurs délégués s'en soient tenus ou ne s'en soient pas tenus à la liste semble avoir été une question de politi-

shows frequent resort of successive Ministers to the s. 49(10) list, but it equally shows considerable variation, which suggests that successive Ministers did not consider such resort to be obligatory. Moreover, as stated, not everyone on the s. 49(10) list, which was addressed primarily to “grievance” arbitrators, was thought by the parties to be suitable for “interest arbitrations”. CUPE’s witness, Julie Davis, in her reply affidavit, affirmed that “we were concerned that the Ministry might appoint arbitrators from the roster who have little or no experience in mediation”. There thus appears to be no compelling basis in the evidence to restrict the *HLDA* to the roster of candidates compiled under s. 49(10) of the *Labour Relations Act, 1995*.

The evidentiary basis of the unions’ contention that chairpersons were to be selected on the basis of mutual agreement is their contention that the Minister made routine resort to the s. 49(10) roster in which the unions had a voice through LMAC. If, as I have concluded, the s. 49(10) argument does not succeed on the facts, the unions’ related argument that appointments were subject to mutual acceptability falls with it. For reasons already discussed, I believe that s. 6(5) contemplates the appointment of chairpersons broadly acceptable to labour and management, but that is different from the veto claimed by the unions on a case-by-case basis.

The evidence of an alleged promise to return to the *status quo* was equivocal. In her press release dated September 18, 1997, announcing the government’s retreat on Bill 136, the Minister stated:

The union movement has requested a return to the current legislative provision governing the appointment of arbitrators. Our amendments would do that. [Emphasis added.]

que générale et de préférence individuelle. Certes, la preuve démontre que les ministres qui se sont succédé ont souvent eu recours à la liste dressée en vertu du par. 49(10), mais elle témoigne également d’une grande fluctuation qui indique que les ministres ne se considéraient pas tenus d’y recourir. De plus, je le répète, les parties ne considéraient pas que les personnes inscrites sur la liste dressée en vertu du par. 49(10) — qui était destinée surtout à l’arbitrage de « griefs » — étaient toutes aptes à faire des « arbitrages de différends ». Le témoin du SCFP, Julie Davis, a confirmé dans sa réponse sous forme d’affidavit que [TRADUCTION] « nous étions préoccupés par la possibilité que le ministre désigne éventuellement des arbitres inscrits sur la liste qui avaient peu ou pas d’expérience en matière de médiation ». Rien dans la preuve ne semble donc commander de limiter l’application de la *LACTH* à la liste de candidats dressée en vertu du par. 49(10) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*.

Les syndicats font valoir, à l’appui de leur affirmation selon laquelle les présidents et présidentes devaient être choisis d’un commun accord, que le ministre avait coutume de recourir à la liste dressée en vertu du par. 49(10), au sujet de laquelle ils pouvaient se faire entendre par l’intermédiaire du CCSP. Si, comme je l’ai conclu, l’argument fondé sur le par. 49(10) doit être rejeté à la lumière des faits, l’argument connexe des syndicats selon lequel les désignations devaient être acceptables par les parties échouera également. Pour les motifs déjà exposés, je crois que le par. 6(5) prévoit la désignation de présidents généralement acceptables par les syndicats et le patronat, ce qui est toutefois différent du veto dont les syndicats veulent se prévaloir dans chaque cas.

La preuve qu’il y aurait eu promesse de retour au statu quo était équivoque. Dans le communiqué de presse daté du 18 septembre 1997, où elle annonçait le retrait du projet de loi 136 par le gouvernement, la ministre déclarait :

[TRADUCTION] Le mouvement syndical a demandé le retour à la disposition législative actuelle qui régit la désignation des arbitres. C’est ce que feraient nos modifications. [Je souligne.]

138

On September 23, 1997, the Minister told the legislative Standing Committee:

After a very productive and lengthy consultation, the government has decided it will not proceed with establishing a dispute resolution commission to conduct interest arbitration in the police, fire and hospital sectors. Instead, the government is proposing a return to the sector-based system of appointing arbitrators to resolve disputes in these three particular areas and reforming the existing arbitration systems as they are set out in the Fire Protection and Prevention Act, the Police Services Act and the Hospital Labour Disputes Arbitration Act. [Emphasis added.]

(Standing Committee on Resources Development, *supra*, at p. R-2577)

At least to some extent, the Minister gave with one hand (a "return" to the "sector-based system" instead of a Dispute Resolution Commission) what she took away with the other (the existing system would be "reformed").

139

With respect to meetings between the unions and government representatives at the time of Bill 136, the Deputy Minister of Labour testified:

Union representatives expressed concern at the lack of any assurances about how the appointments would be made. A lengthy and heated discussion took place about this issue. I recall the following exchange between Howard Goldblatt (speaking for the union representatives) and John Lewis and me (speaking for government representatives):

Q: Will you seek our agreement before adding anyone to the pool?

A: No.

Q: Will you consult with us before adding someone to the pool?

A: No.

Q: Let's determine the list of arbitrators right now.

A: No.

140

In her June 5, 1997 press interview, then Minister Witmer had indicated that academics and judges

Le 23 septembre 1997, la ministre déclarait devant le Comité législatif permanent :

[TRADUCTION] Après avoir procédé à une longue et très fructueuse consultation, le gouvernement a décidé de ne pas créer une commission de règlement des différends qui serait chargée d'arbitrer les différends dans les secteurs de la police, des pompiers et des hôpitaux. Le gouvernement propose plutôt un retour au système sectoriel de désignation des arbitres pour régler les différends dans ces trois secteurs particuliers et une réforme des systèmes d'arbitrage existants énoncés dans la Loi sur la prévention et la protection contre l'incendie, la Loi sur les services policiers et la Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux. [Je souligne.]

(Comité permanent du développement des ressources, *op. cit.*, p. R-2577)

La ministre a, dans une certaine mesure du moins, donné d'une main (le « retour » au « système sectoriel » au lieu d'une commission de règlement des différends) ce qu'elle a repris de l'autre (la « réforme » du système existant).

Au sujet des rencontres ayant eu lieu entre les syndicats et les représentants du gouvernement à l'époque du projet de loi 136, le sous-ministre du Travail a fait le témoignage suivant :

[TRADUCTION] Les représentants syndicaux se sont dits préoccupés par l'absence de promesse concernant le mode de désignation. Une discussion longue et animée a eu lieu à ce sujet. Je me souviens de l'échange suivant entre Howard Goldblatt (au nom des représentants syndicaux) et John Lewis et moi (au nom des représentants du gouvernement) :

Q. Nous demanderez-vous notre accord avant d'ajouter un nom à la réserve de candidats?

R. Non.

Q. Nous consulterez-vous avant d'ajouter une personne à la réserve de candidats?

R. Non.

Q. Dressons immédiatement la liste d'arbitres.

R. Non.

Dans l'entrevue qu'elle accordait à la presse le 5 juin 1997, la ministre Witmer avait indiqué que

might be used to staff the dispute resolution commission (*The Record*, Kitchener-Waterloo, June 5, 1997, p. B5).

The Deputy Minister further testified that in his meetings with union representatives on September 20, 1997, he

expressly stated that union representatives would see some new faces whom they had not seen before. I indicated that my personal best guess was that there would not be many such people, but that union representatives should expect such appointments.

Two possible “new faces” expressly mentioned were George Adams and Alan Gold, both of whom are retired judges.

The unions rely on an alleged “understanding” which was described in a letter to the Minister dated March 10, 1998 from Wayne Samuelson, President of the OFL:

The understanding between labour and government [in the discussions about Bill 136] was that the government would not add to the existing roster of accepted and experienced labour arbitrators without consultation, and would appoint interest arbitrators only from those on the list of arbitrators who had conducted interest arbitrations in the past, unless the appointment was of an individual who had broad experience as an interest arbitrator and enjoyed wide acceptability in the labour relations community. [Emphasis added.]

Apart from whether or not there was such a roster, the importance of this statement by the unions, speaking through the OFL, is that it would be quite acceptable to appoint “an individual who had broad experience as an interest arbitrator and enjoyed wide acceptability in the labour relations community” apparently regardless of whether such an individual was on the s. 49(10) list or any other “list”.

On April 6, 1998, Mr. Samuelson of the OFL again wrote to the Minister basing his complaint on the Minister’s statement that:

des professeurs d’université et des juges pourraient éventuellement siéger à la commission de règlement des différends (*The Record*, Kitchener-Waterloo, 5 juin 1997, p. B5).

Le sous-ministre a ajouté qu’au moment où il avait rencontré les représentants syndicaux le 20 septembre 1997, il avait

[TRADUCTION] précisé que les représentants syndicaux verraient de nouveaux visages qu’ils n’avaient jamais vus auparavant. J’ai indiqué que, d’après moi, il n’y en aurait pas beaucoup, mais que les représentants syndicaux devraient s’attendre à ce genre de désignations.

Les deux « nouveaux visages » possibles, mentionnés expressément, étaient George Adams et Alan Gold, tous deux juges retraités.

Les syndicats s’appuient sur une « entente » qui serait intervenue et que le président de la FTO, Wayne Samuelson, décrit dans une lettre adressée au ministre le 10 mars 1998 :

[TRADUCTION] L’entente intervenue entre les syndicats et le gouvernement (lors des discussions portant sur le projet de loi 136), prévoyait que le gouvernement n’ajouterait aucun nom, sans consulter, à la liste existante d’arbitres en droit du travail acceptés et expérimentés, et qu’il désignerait les arbitres de différends uniquement parmi les personnes — inscrites sur cette liste — qui avaient déjà effectué des arbitrages de différends, sauf si la personne désignée possédait une vaste expérience comme arbitre de différends et si elle jouissait d’une grande acceptabilité dans le milieu des relations du travail. [Je souligne.]

Outre la question de savoir si une telle liste existait, l’importance de cette assertion des syndicats faite par l’entremise de la FTO réside dans le fait qu’il serait tout à fait acceptable de désigner « la personne [...] posséd[ant] une vaste expérience comme arbitre de différends et [...] jouiss[ant] d’une grande acceptabilité dans le milieu des relations du travail », peu importe, semble-t-il, que cette personne soit ou non inscrite sur la liste dressée en vertu du par. 49(10) ou sur toute autre « liste ».

Le 6 avril 1998, M. Samuelson de la FTO a de nouveau écrit au ministre en appuyant sa plainte sur la déclaration du ministre selon laquelle

141

142

143

144

The police and hospital sectors will continue under existing systems for appointment of arbitrators.

According to Mr. Samuelson:

This is as explicit and precise a statement as anyone could have hoped for. Indeed, this is precisely the point raised at our meeting with you at the OFL offices on March 10, 1998, and repeated in my letter to you of the same date, namely, that the understanding between labour and government was that the government would appoint interest arbitrators only from those on the list of arbitrators who had conducted interest arbitrations in the past.

This resurrects the s. 49(10) roster argument. Mr. Samuelson continued:

We further understood that should the government find it necessary to add further names to the existing roster of accepted and experienced labour arbitrators, it would only appoint persons with broad experience as an arbitrator. Should this latter case be necessary, it was agreed that the government would engage in genuine consultations on the matter.

145 Mr. Samuelson undoubtedly felt betrayed by the turn of events and attempted to make the best of a difficult situation. The evidence in support of the various agreements and "understandings" he alleges is not clear and it is certainly not unqualified or unambiguous. To bind the exercise of the Minister's discretion the evidence of the promise or undertaking by the Minister or on his behalf must generally be such as, in a private law context, would be sufficiently certain and precise as to give rise to a claim for breach of contract or estoppel by representation: *In re Preston*, [1985] A.C. 835 (H.L.), at p. 866, *per* Lord Templeman.

146 In my view, the evidence does not establish a firm "practice" in the past of appointing from a *HLDA* list, or from the s. 49(10) list, or proceeding by way of "mutual agreement". A general promise "to continue under the existing system" where the reference to the system itself is ambiguous, and in any event

[TRANSLATION] [l]es secteurs de la police et des hôpitaux continueront d'être régis par le système existant de désignation des arbitres.

Selon M. Samuelson,

[TRANSLATION] [c]'est la déclaration la plus précise et la plus explicite que l'on pouvait espérer. En effet, il s'agit exactement de la question soulevée lors de notre rencontre du 10 mars 1998 dans les bureaux de la FTO, et réitérée dans la lettre que je vous adressais le même jour, à savoir que l'entente intervenue entre les syndicats et le gouvernement prévoyait que ce dernier désignerait les arbitres de différends uniquement parmi les personnes — inscrites sur la liste — qui avaient déjà effectué des arbitrages de différends.

Cela a pour effet de raviver l'argument fondé sur la liste dressée en vertu du par. 49(10). Monsieur Samuelson a ajouté :

[TRANSLATION] Nous avons en outre compris que, si le gouvernement jugeait nécessaire d'ajouter d'autres noms à la liste existante d'arbitres en droit du travail acceptés et expérimentés, il ne désignerait que les personnes possédant une vaste expérience comme arbitre. Il était entendu que, si cela s'avérait nécessaire, le gouvernement procéderait à de véritables consultations à ce sujet.

Monsieur Samuelson s'est sans doute senti trahi par la tournure des événements et a tenté de tirer le meilleur parti possible de cette situation délicate. La preuve présentée à l'appui des divers accords et « ententes » dont il allègue l'existence n'est pas claire et n'est sûrement pas nette ou explicite non plus. Pour obliger le ministre à exercer son pouvoir discrétionnaire, la preuve d'un engagement ou d'une promesse de sa part ou de la part d'une autre personne agissant en son nom doit généralement être telle que, dans un contexte de droit privé, elle serait assez indiscutable et précise pour donner lieu à une action pour inexécution de contrat ou à la préclusion résultant d'une affirmation : *In re Preston*, [1985] A.C. 835 (H.L.), p. 866, *per* Lord Templeman.

À mon avis, la preuve n'établit pas l'existence, dans le passé, d'une « pratique » bien établie consistant à faire les désignations à partir d'une liste dressée en vertu de la *LACTH* ou de celle dressée en vertu du par. 49(10), ou encore à les faire « d'un commun accord ». Une promesse générale de « maintenir le

was stated by the Minister to be subject to reform, cannot bind the Minister's exercise of his or her s. 6(5) discretion as urged by the unions under the doctrine of legitimate expectation.

I therefore turn to the attack on the appointments as such and, as a necessary preliminary step, the determination of the appropriate standard of review.

(3) The Standard of Review of the Minister's Appointments

The Court's response to the unions' challenge to the Minister's appointments will be conditioned in part on the answer to the *Bibeault* question:

Did the legislator intend [*these* appointments] to be within the jurisdiction conferred on the [Minister]?

(*Bibeault*, *supra*, at p. 1087; see also *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, at para. 16.)

To put the *Bibeault* question in its proper perspective, the courts have enlarged the inquiry beyond the specific formula of words conferring the statutory power. This "pragmatic and functional" approach to ascertain the legislative intent requires an assessment and balancing of relevant factors, including (1) whether the legislation that confers the power contains a privative clause; (2) the relative expertise as between the court and the statutory decision maker; (3) the purpose of the particular provision and the legislation as a whole; and (4) the nature of the question before the decision maker: see *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *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; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, at para. 30; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, at para. 26; and *Law Society of New Brunswick v.*

système existant » — alors que la mention du système lui-même est ambiguë et que le système était, en tout état de cause, sujet à une réforme, selon le ministre — ne saurait obliger le ministre à exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 6(5), comme le font valoir les syndicats, qui invoquent la règle de l'expectative légitime.

J'aborde donc la contestation des désignations proprement dites et, à titre d'étape préliminaire nécessaire, la détermination de la norme de contrôle applicable. 147

(3) La norme de contrôle applicable aux désignations ministérielles

La réponse que la Cour donnera à la contestation par les syndicats des désignations ministérielles dépendra en partie de celle donnée à la question posée dans l'arrêt *Bibeault* : 148

Le législateur a-t-il voulu [que ces désignations] relève[nt] de la compétence conférée au [ministre]?

(*Bibeault*, précité, p. 1087; voir également *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, par. 16.)

Afin de replacer la question de l'arrêt *Bibeault* dans son contexte, les tribunaux judiciaires ont poussé leur examen au-delà de la formulation utilisée pour conférer le pouvoir légal. Cette méthode « pragmatique et fonctionnelle » qui sert à déterminer l'intention du législateur exige l'appréciation et la conciliation de facteurs pertinents, notamment : (1) la présence ou l'absence d'une clause privative dans la loi conférant le pouvoir; (2) l'expertise du tribunal judiciaire relativement à celle du décideur légal; (3) l'objet de la disposition en cause et de la loi dans son ensemble; (4) la nature de la question soumise au décideur : voir *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *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; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 30; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 149

Ryan, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, at para. 27. The examination of these four factors, and the “weighing up” of contextual elements to identify the appropriate standard of review, is not a mechanical exercise. Given the immense range of discretionary decision makers and administrative bodies, the test is necessarily flexible, and proceeds by principled analysis rather than categories, seeking the polar star of legislative intent.

150 The Court has also affirmed that the “pragmatic and functional approach” applies to the judicial review not only of administrative tribunals but of decisions of Ministers: *Baker*, *supra*; *Mount Sinai*, *supra*, at para. 54; *Dr. Q*, *supra*, at para. 21; *Ryan*, *supra*, at para. 21.

151 I would affirm at the outset that the precise wording of the power of appointment of “a person who is, in the opinion of the Minister, qualified to act” (s. 6(5)) is a strong legislative signal, coupled with the privative clause (s. 7), that the Minister is to be afforded a broad latitude in making his selection.

152 The Minister, with the assistance of his officials, knows more about labour relations and its practitioners (including potential arbitrators) than do the courts. The question before him was one of selection amongst candidates he regarded as qualified. These factors call for considerable deference. The Minister says his appointments should be upheld unless they can be shown to be patently unreasonable. As was said in *Mount Sinai*, *supra*, in the concurring reasons, at para. 58:

Decisions of Ministers of the Crown in the exercise of discretionary powers in the administrative context should generally receive the highest standard of deference, namely patent unreasonableness. This case shows why. The broad regulatory purpose of the ministerial permit is to regulate the provision of health services “in the public interest”. This favours a high degree of deference, as does the expertise of the Minister and his advisors, not to mention the position of the Minister in the upper echelon of decision makers under statutory and prerogative powers.

[2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 26; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, par. 27. L’examen de ces quatre facteurs, comme l’« évaluation » des éléments contextuels effectuée pour déterminer la norme de contrôle applicable, n’a rien de machinal. Compte tenu de la vaste gamme de décideurs discrétionnaires et d’organismes administratifs, le critère est forcément souple et fait appel à une analyse fondée sur des principes — plutôt qu’à des catégories — pour déterminer l’intention du législateur, qui doit nous guider.

La Cour a également confirmé que « la méthode pragmatique et fonctionnelle » s’applique au contrôle judiciaire des décisions non seulement des tribunaux administratifs mais aussi des ministres : *Baker*, précité; *Mont-Sinai*, précité, par. 54; *Dr. Q*, précité, par. 21; *Ryan*, précité, par. 21.

Je confirme, au départ, que la formulation utilisée pour conférer le pouvoir du ministre de désigner « une personne qui, à son avis, est compétente pour agir en cette qualité [d’arbitre] » (par. 6(5)), combinée à la clause privative (art. 7), est une solide indication du législateur que le ministre doit jouir d’une grande latitude dans l’exercice de son choix.

Le ministre, aidé de ses fonctionnaires, a une meilleure connaissance du domaine des relations du travail et de ses praticiens (y compris les arbitres potentiels) que les tribunaux judiciaires. Il s’agissait pour lui d’exercer un choix parmi les candidats qu’il considérait compétents. Ces facteurs commandent une grande déférence. Le ministre soutient que ses désignations devraient être maintenues à moins qu’on puisse démontrer qu’elles sont manifestement déraisonnables. Comme l’indiquent les motifs concordants de l’arrêt *Mont-Sinai*, précité, par. 58 :

La norme de retenue la plus élevée, celle du caractère manifestement déraisonnable, doit généralement être appliquée aux décisions que prennent des ministres en exerçant des pouvoirs discrétionnaires en contexte administratif. La présente affaire montre pourquoi il doit en être ainsi. Le permis délivré par le ministre a pour objet général de régir la prestation de services de santé conformément à « l’intérêt public ». Cela favorise l’adoption d’une norme de retenue élevée, tout comme le fait l’expertise du ministre et de ses conseillers, sans compter la

The exercise of the power turns on the Minister's appreciation of the public interest, which is a function of public policy in its fullest sense.

Against the strong pull of these factors towards the highest degree of deference, the unions stake their case on the purpose of s. 6(5) and the *HLDA* as a whole. In the weighing-up exercise, they say, the clearest guidance in this case to legislative intent is to focus on the job s. 6(5) was designed to do. The legal context is different from *Mount Sinai*. The Minister is not promulgating broad policy. He is asked to make an appointment which the parties, had they been able to agree, could have made for themselves. The specialized purpose of the *HLDA* — to provide an adequate substitution for strikes and lockouts, and thereby to achieve industrial peace — provides a relatively narrow context, say the unions, within which the words of s. 6(5) must be understood. In this respect, they point to the standard of reasonableness *simpliciter* adopted in *Baker, supra*, at para. 62.

I accept the unions' distinction between this case and *Mount Sinai*, but a ministerial discretion need not be wide open to attract the protection of the patent unreasonableness standard. On the other hand, *Baker* was an unusual case because the decision was effectively delegated to lower ranking officials whose discretion was itself circumscribed in some detail by ministerial guidelines (paras. 13-17); see *Suresh, supra*, at paras. 36-37. It thus provides little authority for withholding the highest standard of deference from appointments that were clearly and unequivocally made by the Minister of Labour himself.

Nor is the Court's recent decision in *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11, of particular assistance to the unions. In that case, this Court, *per* Arbour J., reviewed "the interpretation given by the [Judicial]

position élevée que ce dernier occupe dans la hiérarchie des décideurs qui exercent une prérogative ou un pouvoir conféré par la loi. L'exercice du pouvoir dépend de ce que le ministre considère être dans l'intérêt public, ce qui est un excellent exemple de mesure touchant l'intérêt public.

À l'argument voulant que ces facteurs commandent fortement le plus haut degré de déférence, les syndicats opposent l'objet du par. 6(5) et de la *LACTH* dans son ensemble. Ils prétendent qu'en procédant à l'évaluation le meilleur moyen de déterminer l'intention du législateur en l'espèce est de se concentrer sur ce que le par. 6(5) avait pour but de réaliser. Le contexte juridique est différent de celui de l'affaire *Mont-Sinai*. Le ministre n'édicte pas une politique générale. On lui demande de faire une désignation que les parties, si elles avaient pu s'entendre, auraient pu faire elles-mêmes. L'objet spécial de la *LACTH* — qui est de prévoir un moyen adéquat de remplacer la grève et le lock-out et de maintenir ainsi la paix industrielle — crée, au dire des syndicats, un contexte relativement étroit dans lequel les termes du par. 6(5) doivent être interprétés. À cet égard, ils attirent l'attention sur la norme de la décision raisonnable *simpliciter* adoptée dans l'arrêt *Baker*, précité, par. 62.

J'accepte la distinction que les syndicats établissent entre la présente affaire et l'affaire *Mont-Sinai*, mais un pouvoir ministériel discrétionnaire n'a pas à être très large pour que la protection de la norme du caractère manifestement déraisonnable s'applique. Par ailleurs, l'affaire *Baker* était inhabituelle du fait que le soin de prendre une décision était délégué, en réalité, à des fonctionnaires subalternes dont le pouvoir discrétionnaire était lui-même assez circonscrit par des lignes directrices du ministère (par. 13-17); voir *Suresh*, précité, par. 36-37. Ainsi, l'arrêt *Mont-Sinai* ne justifie guère le refus d'appliquer la norme de retenue la plus élevée aux désignations faites clairement et sans équivoque par le ministre du Travail lui-même.

L'arrêt récent de notre Cour *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11, n'est pas non plus d'un grand secours aux syndicats. Dans cette affaire, la Cour, sous la plume de la juge Arbour, a

153

154

155

Council to the scope of its mandate based on its interpretation of s. 6.11(4) of its enabling statute" according to the reasonableness *simpliciter* standard of review (para. 67). That having been done, however, Arbour J. moved to the "ultimate decision of the Council to recommend the removal", which she characterized as a question of mixed law and fact, and determined that the appropriate standard of review in *that* respect was patent unreasonableness (paras. 68-69). In that case, the decision maker's interpretation of its enabling statute had emerged as a distinct issue before all levels of court, and it was convenient to deal with the legal determination and the ultimate decision separately. Here, these issues are bundled.

156 This does not mean, however, that the limited nature of the Minister's mandate under s. 6(5) will be overlooked in the application of a patent unreasonableness standard. It must be an important factor, in this context, in assessing the reasonableness of his s. 6(5) appointments. As was pointed out in *Canadian Broadcasting Corp.*, *supra*, per Iacobucci J., at para. 49:

While the Board may have to be correct in an isolated interpretation of external legislation, the standard of review of the decision as a whole, if that decision is otherwise within its jurisdiction, will be one of patent unreasonableness. Of course, the correctness of the interpretation of the external statute may affect the overall reasonableness of the decision. Whether this is the case will depend on the impact of the statutory provision on the outcome of the decision as a whole.

In that case a CBC journalist, who was also president of the union representing CBC writers and performers, wrote an anti-free trade article in the union newspaper during the 1988 federal "free trade" election campaign. The CBC claimed that this publication was an act of partisan politics which compromised CBC journalistic ethics. The CBC forced him to choose between on-air journalism and the

examiné, en fonction de la norme de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter*, « la façon dont le Conseil [de la magistrature] a conçu la portée de son mandat selon son interprétation du par. 6.11(4) de sa loi habilitante » (par. 67). Toutefois, la juge Arbour s'est ensuite penchée sur la « décision finale du Conseil de recommander la révocation », qu'elle a qualifiée de question mixte de droit et de fait, et a décidé que la norme de contrôle applicable à *cet* égard était celle du caractère manifestement déraisonnable (par. 68-69). Dans cette affaire, l'interprétation que le décideur avait donnée de sa loi habilitante avait été une question distincte devant toutes les instances, et il convenait de traiter séparément la décision portant sur une question de droit et celle qui a été prise en définitive. En l'espèce, ces questions sont groupées.

Toutefois, cela ne signifie pas que, dans l'application de la norme du caractère manifestement déraisonnable, il ne sera pas tenu compte du caractère limité du mandat que le par. 6(5) confie au ministre. Dans ce contexte, il faut accorder de l'importance à ce facteur en appréciant le caractère raisonnable de ses désignations fondées sur le par. 6(5). Comme le juge Iacobucci l'a souligné dans l'arrêt *Société Radio-Canada*, précité, par. 49 :

Bien que le Conseil puisse être soumis à la norme du caractère correct dans l'interprétation isolée d'une loi autre que sa loi constitutive, la norme de contrôle applicable à l'ensemble de la décision, à supposer que celle-ci soit par ailleurs conforme à la compétence du Conseil, sera celle du caractère manifestement déraisonnable. Évidemment, la justesse de l'interprétation de la loi non constitutive pourra influencer sur le caractère raisonnable global de la décision, mais cela tiendra à l'effet de la disposition législative en question sur la décision dans son ensemble.

Dans cette affaire, un journaliste de la SRC, également président du syndicat représentant les auteurs et les artistes, était l'auteur d'un article contre le libre-échange paru dans le bulletin du syndicat, au cours de la campagne électorale fédérale de 1988 qui avait été axée notamment sur le libre-échange. La SRC a prétendu que cette publication constituait un acte de politique partisane

presidency of the union. He chose journalism. The union complained about the CBC's conduct to the Canada Labour Relations Board. In assessing the union's complaint, the Board was required to consider the CBC's mandate set out in the *Broadcasting Act* (an "external" statute). On an application for judicial review to the Federal Court of Appeal, the Board's interpretation of the *Broadcasting Act* was an issue bound up with its determination of an unfair labour practice under s. 94(1)(a) of the *Canada Labour Code* (the Board's "enabling" statute). The Court treated the first issue as input to the second issue, which was in fact the decision sought to be judicially reviewed.

I conclude, therefore, that the answer to the *Bibeault* question in this case is that the legislature intended the Minister's s. 6(5) appointments to prevail unless his selection is shown to be patently unreasonable.

(4) When Does a Decision Rise to the Level of Patent Unreasonableness?

On what basis can the Minister's appointments be said not only to depart from a reasonableness standard, but to fail even the most deferential standard of *patent* unreasonableness?

In *Southam*, *supra*, Iacobucci J. described, at para. 57, how reasonableness *simpliciter* differs from patent unreasonableness:

The difference between "unreasonable" and "patently unreasonable" lies in the immediacy or obviousness of the defect. If the defect is apparent on the face of the tribunal's reasons, then the tribunal's decision is patently unreasonable. But if it takes some significant searching or testing to find the defect, then the decision is

qui allait à l'encontre de son code de déontologie journalistique. Forcée par la SRC à choisir entre son poste de journaliste à la radio et la présidence du syndicat, la personne en question a opté pour le journalisme. Le syndicat s'est plaint de la conduite de la SRC auprès du Conseil canadien des relations du travail. En examinant la plainte du syndicat, le Conseil devait tenir compte du mandat de la SRC énoncé dans la *Loi sur la radiodiffusion* (une loi « non constitutive »). Lors d'une demande de contrôle judiciaire adressée à la Cour d'appel fédérale, la question de l'interprétation que le Conseil avait donnée de la *Loi sur la radiodiffusion* était liée à sa décision — fondée sur l'al. 94(1)a) du *Code canadien du travail* (la loi « habilitante » du Conseil) — qu'il y avait eu pratique déloyale. La cour a considéré que la première question était utile pour trancher la seconde question qui était, en réalité, la décision visée par la demande de contrôle judiciaire.

Je conclus donc que la réponse qui doit être donnée, en l'espèce, à la question de l'arrêt *Bibeault* est que le législateur a voulu que les désignations ministérielles fondées sur le par. 6(5) soient maintenues, sauf s'il est démontré que le ministre a fait un choix manifestement déraisonnable. 157

(4) Quand une décision devient-elle manifestement déraisonnable?

Comment peut-on dire que les désignations ministérielles s'écartent non seulement de la norme de la décision raisonnable, mais encore qu'elles ne satisfont même pas à la norme du caractère *manifestement* déraisonnable qui commande la plus grande déférence? 158

Dans l'arrêt *Southam*, précité, par. 57, le juge Iacobucci a décrit ainsi la différence entre la décision raisonnable *simpliciter* et la décision manifestement déraisonnable : 159

La différence entre « déraisonnable » et « manifestement déraisonnable » réside dans le caractère flagrant ou évident du défaut. Si le défaut est manifeste au vu des motifs du tribunal, la décision de celui-ci est alors manifestement déraisonnable. Cependant, s'il faut procéder à un examen ou à une analyse en profondeur pour

unreasonable but not patently unreasonable. As Cory J. observed in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941, at p. 963, "[i]n the Shorter Oxford English Dictionary 'patently', an adverb, is defined as 'openly, evidently, clearly'". This is not to say, of course, that judges reviewing a decision on the standard of patent unreasonableness may not examine the record. If the decision under review is sufficiently difficult, then perhaps a great deal of reading and thinking will be required before the judge will be able to grasp the dimensions of the problem. . . . But once the lines of the problem have come into focus, if the decision is patently unreasonable, then the unreasonableness will be evident.

- 160 The Court recently returned to the distinction between reasonableness *simpliciter* and patent unreasonableness in *Ryan*, at para. 52:

In *Southam*, *supra*, at para. 57, the Court described the difference between an unreasonable decision and a patently unreasonable one as rooted "in the immediacy or obviousness of the defect". Another way to say this is that a patently unreasonable defect, once identified, can be explained simply and easily, leaving no real possibility of doubting that the decision is defective. . . . A decision that is patently unreasonable is so flawed that no amount of curial deference can justify letting it stand.

- 161 The term "patent unreasonableness" predates *Bibeault* (1988), and the birth of the pragmatic and functional approach: see *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382, and *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227. It was intended to identify a highly deferential standard of review to protect administrative decision makers from excessive judicial intervention. In that sense, it was incorporated as the most deferential standard in the subsequent case law: see, e.g., *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Baker*, *supra*, at para. 56, and *Suresh*, *supra*, at para. 29. Patent unreasonableness simply

décélérer le défaut, la décision est alors déraisonnable mais non manifestement déraisonnable. Comme l'a fait observer le juge Cory dans *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, à la p. 963, « [d]ans le Grand Larousse de la langue française, l'adjectif manifeste est ainsi défini: "Se dit d'une chose que l'on ne peut contester, qui est tout à fait évidente" ». Cela ne veut pas dire, évidemment, que les juges qui contrôlent une décision en regard de la norme du caractère manifestement déraisonnable ne peuvent pas examiner le dossier. Si la décision contrôlée par un juge est assez complexe, il est possible qu'il lui faille faire beaucoup de lecture et de réflexion avant d'être en mesure de saisir toutes les dimensions du problème. [. . .] Mais une fois que les contours du problème sont devenus apparents, si la décision est manifestement déraisonnable, son caractère déraisonnable ressortira.

La Cour est revenue récemment, dans l'arrêt *Ryan*, précité, par. 52, sur la distinction entre la décision raisonnable *simpliciter* et la décision manifestement déraisonnable :

Dans *Southam*, précité, par. 57, la Cour explique que la différence entre une décision déraisonnable et une décision manifestement déraisonnable réside « dans le caractère flagrant ou évident du défaut ». Autrement dit, dès qu'un défaut manifestement déraisonnable a été relevé, il peut être expliqué simplement et facilement, de façon à écarter toute possibilité réelle de douter que la décision est viciée. [. . .] Une décision qui est manifestement déraisonnable est à ce point viciée qu'aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de la maintenir.

L'expression « décision (ou caractère) manifestement déraisonnable » est plus ancienne que l'arrêt *Bibeault* (1988) et l'analyse pragmatique et fonctionnelle : voir *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382, et *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227. Elle devait servir à décrire une norme de contrôle commandant une très grande déférence qui permettrait de soustraire les instances décisionnelles administratives à l'intervention excessive des tribunaux judiciaires. C'est dans ce sens que la jurisprudence subséquente en a fait la norme commandant la plus grande déférence : voir, par exemple,

identifies the point where, as stated in *Ryan, supra*, “no amount of curial deference can justify letting [the decision] stand” (para. 52).

When reviewing a decision on the less deferential reasonableness *simpliciter* standard, judges may obviously have to let stand what they perceive to be an incorrect decision.

If we could conclude on this record that different Ministers of Labour, acting reasonably, could have come to different conclusions about the need for expertise and general acceptability in the labour relations community to chair *HLDA* boards, and that this Minister's approach was within such a range of reasonable opinions, we would be guided by the legislative intent, as assessed under the pragmatic and functional test, to defer to his choices.

However, applying the more deferential patent unreasonableness standard, a judge should intervene if persuaded that there is no room for reasonable disagreement as to the decision maker's failure to comply with the legislative intent. In a sense, like the correctness standard, the patently unreasonable standard admits only one answer. A correctness approach means that there is only one proper answer. A patently unreasonable one means that there could have been many appropriate answers, but not the one reached by the decision maker.

A patently unreasonable appointment, then, is one whose defect is “immedia[te] or obviou[s]” (*Southam, supra*, at para. 57), and so flawed in terms of implementing the legislative intent that no

National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations), [1990] 2 R.C.S. 1324; *Baker*, précité, par. 56; *Suresh*, précité, par. 29. Le caractère manifestement déraisonnable décrit simplement le point où, comme le précise l'arrêt *Ryan*, précité, « aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de [...] maintenir [la décision] » (par. 52).

Lorsqu'ils contrôlent une décision selon la norme de la décision raisonnable *simpliciter* qui commande moins de déférence, les juges peuvent évidemment devoir maintenir une décision qu'ils considèrent incorrecte.

Si, à la lecture du dossier, nous pouvions conclure, d'une part, que différents ministres du Travail, agissant raisonnablement, auraient pu arriver à différentes conclusions sur la nécessité de satisfaire à des critères d'expertise et d'acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail pour pouvoir présider un conseil établi en vertu de la *LACTH*, et d'autre part, que l'approche adoptée, en l'espèce, par le ministre se situait dans cette fourchette d'opinions raisonnables, alors le recours à la méthode pragmatique et fonctionnelle pour déterminer l'intention du législateur nous amènerait à nous en remettre aux choix qu'il a faits.

Cependant, lorsqu'il applique la norme du caractère manifestement déraisonnable qui commande plus de déférence, le juge doit intervenir s'il est convaincu qu'il n'y a pas de place pour un désaccord raisonnable concernant l'omission du décideur de respecter l'intention du législateur. Dans un sens, une seule réponse est possible tant selon la norme de la décision correcte que selon celle du caractère manifestement déraisonnable. La méthode de la décision correcte signifie qu'il n'y a qu'une seule réponse appropriée. La méthode du caractère manifestement déraisonnable signifie que de nombreuses réponses appropriées étaient possibles, sauf celle donnée par le décideur.

Une désignation manifestement déraisonnable est donc celle qui comporte un défaut « flagrant ou évident » (*Southam*, précité, par. 57) et qui est à ce point viciée, pour ce qui est de mettre à exécution

amount of curial deference can properly justify letting it stand (*Ryan, supra*, at para. 52).

l'intention du législateur, qu'aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier logiquement de la maintenir (*Ryan*, précité, par. 52).

(5) Were the Minister's Appointments Challenged in This Case Patently Unreasonable?

(5) Les désignations ministérielles contestées en l'espèce étaient-elles manifestement déraisonnables?

166 Under this heading, I group the unions' two-pronged attack on the substance of the Minister's appointments, namely (a) that he did not restrict himself to the list of arbitrators established under s. 49(10) of the *Labour Relations Act, 1995*, and (b) that he rejected labour relations expertise and broad acceptability within the labour relations community as criteria for selection of chairpersons.

Sous cette rubrique, je vais examiner les deux arguments de fond que les syndicats ont invoqués à l'encontre des désignations ministérielles, à savoir a) que le ministre ne s'en est pas tenu à la liste d'arbitres dressée en vertu du par. 49(10) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, et b) qu'il a rejeté l'expertise en matière de relations du travail et l'acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail comme critères de sélection des présidents ou présidentes.

(a) *The Minister Did Not Restrict His Selections to the Section 49(10) List*

a) *Le ministre ne s'en est pas tenu à la liste dressée en vertu du par. 49(10) pour faire ses choix*

167 The Court of Appeal prohibited the Minister making s. 6(5) appointments "unless such appointments are made from the long-standing and established roster of experienced labour relations arbitrators" (para. 105). It seems the court was referring to the s. 49(10) list.

La Cour d'appel a interdit au ministre de faire des désignations fondées sur le par. 6(5) [TRADUCTION] « à moins que ces désignations ne soient faites à partir de la liste traditionnelle d'arbitres expérimentés en relations du travail » (par. 105). La cour semblait alors parler de la liste dressée en vertu du par. 49(10).

168 In a preceding discussion, I concluded that the Minister was not required, by reason of the doctrine of legitimate expectation, to limit his appointments to the s. 49(10) list, but the question at this later stage is whether it was patently unreasonable of him, as a matter of law, not to do so.

J'ai conclu précédemment que la règle de l'expectative légitime, n'obligeait pas le ministre à s'en tenir à la liste dressée en vertu du par. 49(10) pour faire ses désignations, mais la question à cette étape-ci est de savoir si, en droit, il était manifestement déraisonnable qu'il ne le fasse pas.

169 The principal CUPE witness, Julie Davis, in cross-examination, conceded that some of the arbitrators who are in fact on the s. 49(10) list were unacceptable to her union. The witness for the respondent Service Employees International Union, Marcelle Goldenberg, went even further in her affidavit:

Le principal témoin du SCFP, Julie Davis, a reconnu en contre-interrogatoire que certains arbitres effectivement inscrits sur la liste dressée en vertu du par. 49(10) étaient inacceptables par son syndicat. Marcelle Goldenberg, témoin de l'intimée l'Union internationale des employés des services, est même allée plus loin dans son affidavit :

It is my understanding that a significant number of all arbitrators on the [s. 49(10)] roster (including both those who were required to complete the Arbitrator Development Program and those who were placed

[TRADUCTION] Si je comprends bien, un nombre important d'arbitres inscrits sur la liste [dressée en vertu du par. 49(10)] (y compris ceux qui ont dû suivre et réussir le programme de formation des arbitres et ceux qui ont

directly on the roster) fail to meet the criteria of acceptability at their first review [four years after appointment] and are purged from the list.

Just as being on the s. 49(10) list is no guarantee of acceptability, so the unions' acceptance of non-s. 49(10) candidates, including Professor Weiler and Ray Illing, confirm the reasonableness of the Minister's view that candidates can qualify for s. 6(5) appointments without being on the s. 49(10) list.

The unions, speaking through the OFL, said that they would be satisfied with any individual "who had broad experience as an interest arbitrator and enjoyed wide acceptability in the labour relations community" (see para. 142 above). It would not be at all unreasonable for the Minister to adopt the same position. The Minister, accordingly, cannot be faulted for refusing to limit his selection to the s. 49(10) roster.

(b) *Rejecting the Criteria of "Labour Relations Expertise and Broad Acceptability Within the Labour Relations Community"*

Earlier in these reasons, I referred to Justice Rand's *dictum* in *Roncarelli* that the exercise of a discretion "is to be based upon a weighing of considerations pertinent to the object of the [statute's] administration" (p. 140). I propose briefly to supplement that *dictum* by reference to our more recent case law, then consider it in relation to the test for "patent unreasonableness" on the facts of this case.

(i) Exclusion from Consideration of Relevant Criteria

The principle that a statutory decision maker is required to take into consideration relevant criteria, as well as to exclude from consideration

été inscrits directement sur la liste) ne satisfont pas aux critères d'acceptabilité au moment de leur première évaluation [quatre ans après leur désignation] et sont rayés de la liste.

Tout comme le seul fait d'être inscrit sur la liste dressée en vertu du par. 49(10) n'est pas une garantie d'acceptabilité, l'acceptation par les syndicats de candidats non inscrits sur cette liste, dont le professeur Weiler et Ray Illing, confirme le caractère raisonnable de l'opinion du ministre selon laquelle des candidats non inscrits sur la liste dressée en vertu du par. 49(10) peuvent tout de même remplir les conditions requises pour être désignés en vertu du par. 6(5).

Les syndicats, par l'intermédiaire de la FTO, ont déclaré que toute personne [TRADUCTION] « posséd[ant] une vaste expérience comme arbitre de différends et [...] jouiss[ant] d'une grande acceptabilité dans le milieu des relations du travail » leur conviendrait (voir par. 142 ci-dessus). Il ne serait nullement déraisonnable que le ministre soit du même avis. En conséquence, on ne saurait reprocher au ministre d'avoir refusé de s'en tenir à la liste dressée en vertu du par. 49(10) pour faire ses choix.

b) *Le rejet des critères « d'expertise en matière de relations du travail et d'acceptabilité générale dans le milieu des relations du travail »*

Plus tôt dans les présents motifs, j'ai mentionné la remarque du juge Rand dans l'arrêt *Roncarelli*, selon laquelle l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire [TRADUCTION] « doit se fonder sur l'examen des considérations reliées à l'objet de [l']administration [de la loi en cause] » (p. 140). Je me propose de compléter brièvement cette remarque par un renvoi à notre jurisprudence plus récente, pour ensuite l'examiner en fonction du critère du « caractère manifestement déraisonnable » et à la lumière des faits de la présente affaire.

(i) L'exclusion de critères pertinents comme facteurs à prendre en considération

Le principe voulant que le décideur légal soit tenu de prendre en considération les critères pertinents, tout comme il se doit d'exclure ceux qui ne

170

171

172

irrelevant criteria, has been reaffirmed on numerous occasions. In *Oakwood Development Ltd. v. Rural Municipality of St. François Xavier*, [1985] 2 S.C.R. 164, the issue was whether a municipal Council erred in refusing to consider an application for the subdivision of some land prone to flooding. Although the Council had considered that fact, it failed to consider the severity of those floods and excluded consideration of any possible solutions to the problem. Wilson J. stated, at pp. 174-75:

More specifically, was [the Council] entitled to consider the potential flooding problem and make it the ground of its decision to refuse approval of the subdivision? As Rand J. said in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140, any discretionary administrative decision must "be based upon a weighing of considerations pertinent to the object of the administration". For the reasons already given I am of the view that the Council was entitled to take the flooding problem into consideration. The issue does not, however, end there. As Lord Denning pointed out in *Baldwin & Francis Ltd. v. Patents Appeal Tribunal*, [1959] A.C. 663, at p. 693, the failure of an administrative decision-maker to take into account a highly relevant consideration is just as erroneous as the improper importation of an extraneous consideration. . . . The respondent municipality, therefore, must be seen not only to have restricted its gaze to factors within its statutory mandate but must also be seen to have turned its mind to all the factors relevant to the proper fulfilment of its statutory decision-making function.

173 Again, in *Reference re Bill 30, an Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, at p. 1191, Wilson J. noted:

It is, however, well established today that a statutory power to make regulations is not unfettered. It is constrained by the policies and objectives inherent in the enabling statute. A power to regulate is not a power to prohibit. It cannot be used to frustrate the very legislative scheme under which the power is conferred.

174 In my view, as will be seen, the appointment of retired judges as a class to chair *HLDAA* arbitration boards had the effect of frustrating "the very

le sont pas, a été réitéré à maintes reprises. Dans l'arrêt *Oakwood Development Ltd. c. Municipalité rurale de St. François Xavier*, [1985] 2 R.C.S. 164, il s'agissait de déterminer si un conseil municipal avait commis une erreur en refusant d'étudier une demande de lotissement de terres inondables. Bien que le conseil ait tenu compte de ce fait, il n'avait pas considéré la gravité des inondations et avait exclu toute solution possible au problème comme facteur à prendre en considération. La juge Wilson a affirmé, aux p. 174-175 :

Plus précisément, le conseil était-il autorisé à tenir compte de la possibilité d'inondations et à fonder sur cette possibilité sa décision de rejeter la demande d'autorisation de lotissement? Comme le fait remarquer le juge Rand dans l'arrêt *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, à la p. 140, toute décision administrative résultant de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire doit [TRADUCTION] « se fonder sur l'examen des considérations reliées à l'objet de cette administration ». Pour les motifs que j'ai déjà exposés, j'estime que le conseil avait le droit de tenir compte du problème posé par la possibilité d'inondations. Cela ne règle toutefois pas le litige. Comme lord Denning l'a affirmé dans l'arrêt *Baldwin & Francis Ltd. v. Patents Appeal Tribunal*, [1959] A.C. 663, à la p. 693, l'omission d'un organe de décision administrative de tenir compte d'un élément très important constitue une erreur au même titre que la prise en considération inappropriée d'un facteur étranger à l'affaire. [...] Il faut donc non seulement que la municipalité intimée ait tenu compte uniquement de facteurs qui relèvent de la compétence que lui a conférée la loi, mais aussi qu'elle ait pris en considération tous les facteurs dont elle doit tenir compte pour bien remplir la fonction de prise de décisions qu'elle a aux termes de la loi.

Puis, dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, la juge Wilson a fait observer, à la p. 1191 :

Toutefois, il est bien établi de nos jours qu'un pouvoir légal de réglementation n'est pas illimité. Il est limité par les politiques et les objectifs inhérents à la loi habilitante. Un pouvoir de réglementation n'est pas un pouvoir d'interdiction. Il ne saurait être utilisé pour contrecarrer l'économie même de la loi qui le confère.

J'estime, comme nous le verrons, que la désignation de juges retraités, en tant que catégorie, à la présidence de conseils d'arbitrage établis en vertu de la

legislative scheme under which the power is conferred". See also *Baker*, *supra*, at para. 73.

More recently, in *Suresh*, at paras. 37-38, the Court restated this basic principle of administrative law:

Baker does not authorize courts reviewing decisions on the discretionary end of the spectrum to engage in a new weighing process, but draws on an established line of cases concerning the failure of ministerial delegates to consider and weigh implied limitations and/or patently relevant factors. . . .

. . . The court's task, if called upon to review the Minister's decision, is to determine whether the Minister has exercised her decision-making power within the constraints imposed by Parliament's legislation and the Constitution. If the Minister has considered the appropriate factors in conformity with these constraints, the court must uphold his decision. It cannot set it aside even if it would have weighed the factors differently and arrived at a different conclusion. [Emphasis added.]

In applying the *patent* unreasonableness test, we are not to reweigh the factors. But we are entitled to have regard to the importance of the factors that have been excluded altogether from consideration. Not every relevant factor excluded by the Minister from his consideration will be fatal under the *patent* unreasonableness standard. The problem here, as stated, is that the Minister expressly excluded factors that were not only relevant but went straight to the heart of the *HLDA* legislative scheme.

(ii) Application of These Principles to the Facts of This Case

The task before the arbitration boards was not to apply existing collective agreements to a fact situation (as in a grievance arbitration) but to write the essential and most controversial terms of the collective agreement itself. The need for labour relations expertise, independence and impartiality, reflected in broad acceptability, has been a constant refrain of successive Ministers of Labour to the Ontario legislature since the *HLDA* was

LACTH a eu pour effet de contrecarrer « l'économie même de la loi qui [. . .] confère le [pouvoir] ». Voir également l'arrêt *Baker*, précité, par. 73.

Plus récemment, dans l'arrêt *Suresh*, précité, par. 37-38, notre Cour a réitéré ce principe fondamental du droit administratif :

[L'arrêt *Baker*] n'a pas pour effet d'autoriser les tribunaux siégeant en révision de décisions de nature discrétionnaire à utiliser un nouveau processus d'évaluation, mais il repose plutôt sur une jurisprudence établie concernant l'omission d'un délégué du ministre de prendre en considération et d'évaluer des restrictions tacites ou des facteurs manifestement pertinents . . .

. . . Enfin, le rôle du tribunal appelé à contrôler la décision du ministre consiste à déterminer si celui-ci a exercé son pouvoir discrétionnaire conformément aux limites imposées par les lois du Parlement et la Constitution. Si le ministre a tenu compte des facteurs pertinents et respecté ces limites, le tribunal doit confirmer sa décision. Il ne peut l'annuler, même s'il aurait évalué les facteurs différemment et serait arrivé à une autre conclusion. [Je souligne.]

En appliquant le critère du caractère *manifestement* déraisonnable, nous ne devons pas réévaluer les facteurs en cause. Nous avons cependant le droit de tenir compte de l'importance des facteurs qui ont été totalement soustraits à la prise en considération. Selon la norme du caractère manifestement déraisonnable, les facteurs pertinents que le ministre n'a pas voulu prendre en considération n'ont pas tous un effet irrémédiable. Comme nous l'avons vu, le problème qui se pose en l'espèce est que le ministre a expressément exclu des facteurs qui étaient non seulement pertinents, mais qui allaient directement au cœur du régime de la *LACTH*.

(ii) Application de ces principes aux faits de la présente affaire

Les conseils d'arbitrage devaient non pas appliquer des conventions collectives existantes à une situation de fait (comme dans le cas de l'arbitrage de griefs), mais plutôt rédiger les conditions essentielles les plus controversées de la convention collective elle-même. Depuis l'adoption de la *LACTH* en 1965 et de ses diverses modifications subséquentes, les ministres du Travail qui se sont succédé à l'Assemblée législative de l'Ontario ont

175

176

177

introduced in 1965, and its various amendments thereafter.

178 I do not impute to the Minister a knowledge of the *HLDA*'s legislative history. He himself aptly summarized the legislative intent when he wrote on February 2, 1998 that "the parties must perceive the [*HLDA*] system as neutral and credible" (emphasis added).

179 His reading of the legislative intent is reinforced by the evidence of practice and experience in the labour relations field. I accept, as did the Court of Appeal, the testimony in this respect of Professor Joseph Weiler, whose affidavit was filed on behalf of the unions (at para. 36):

The independence and impartiality of arbitrators is guaranteed not by their remoteness, security of tenure, financial security or administrative security, but by training, experience and mutual acceptability. [Emphasis added.]

180 I agree too with the observation of the Ontario Court of Appeal in this case that the matters before a *HLDA* "interest" arbitration were "not essentially legal but practical and require the familiarity and expertise of a labour arbitrator rather than the skills of a lawyer or a judge" (para. 75).

181 Given the role and function of the *HLDA*, as confirmed by its legislative history, we look in vain for some indication in the record that the Minister was alive to these labour relations requirements.

182 Instead, there is an active disclaimer of any such requirement, by the Minister's senior advisor charged with the search for retired judges, who made clear in his cross-examination the Minister's rejection of both expertise and broad acceptability as qualifications:

Q. And you didn't ask about any experience in the health care field?

constamment réitéré le besoin d'expertise en relations du travail, d'indépendance et d'impartialité, que traduit la notion d'acceptabilité générale.

Je ne suppose pas que le ministre avait une connaissance de l'historique de la *LACTH*. Il a lui-même bien résumé l'intention du législateur lorsqu'il a écrit, le 2 février 1998, que [TRADUCTION] « les parties doivent percevoir le système [établi par la *LACTH*] comme étant neutre et crédible » (je souligne).

Son interprétation de l'intention du législateur est renforcée par la preuve de la pratique et de l'expérience dans le domaine des relations du travail. À l'instar de la Cour d'appel, j'accepte le témoignage fait à cet égard par le professeur Joseph Weiler, qui a déposé son affidavit au nom des syndicats (au par. 36) :

[TRADUCTION] L'indépendance et l'impartialité des arbitres ne sont garanties ni par le fait qu'ils ne sont pas touchés par le différend soumis à leur arbitrage, ni par leur inamovibilité et leur sécurité financière ou administrative, mais plutôt par leur formation, leur expérience et leur acceptabilité par les parties. [Je souligne.]

Je souscris également à l'observation de la Cour d'appel de l'Ontario, en l'espèce, voulant que les questions soumises à un conseil d'arbitrage de « différends » soient [TRADUCTION] « pratiques et non pas essentiellement juridiques, et requièrent les connaissances et l'expertise d'un arbitre en droit du travail plutôt que les compétences d'un avocat ou d'un juge » (par. 75).

Compte tenu du rôle et de la fonction de la *LACTH*, que confirme son historique législatif, rien dans le dossier n'indique d'une manière ou d'une autre que le ministre était au fait de ces exigences en matière de relations du travail.

Au contraire, le conseiller principal du ministre, chargé de trouver des juges retraités, a nié énergiquement l'existence de telles exigences et a clairement affirmé, en contre-interrogatoire, que le ministre rejetait l'expertise et l'acceptabilité générale comme qualifications requises :

[TRADUCTION]

Q. Et vous n'avez pas posé de questions au sujet d'une expérience dans le domaine des soins de santé?

A. No. This was not about finding people who had any past experience, relationships or — we weren't trying to come through to find people who would understand —

Q. Anything to do with the health field?

A. The health field or the labour field through some past involvement.

We were looking for neutral decision makers to provide mediation and arbitration.

I accept as correct the Minister's February 2, 1998 statement that the *HLDA* process must be "perceive[d] . . . as neutral and credible". I also accept that neutrality, and the perception of neutrality, is bound up with an arbitrator's "training, experience and mutual acceptability" (as Professor Weiler testified). I conclude as well that the Minister's approach was antithetical to credibility because he excluded key criteria (labour relations expertise and broad acceptability) and substituted another criterion (prior judicial experience) which, while relevant, was not sufficient to comply with his legislative mandate even as he, in his February 2, 1998 letter, defined his mandate.

Speaking broadly, "the perspective" within which the *HLDA* was intended by the legislature to operate (*Roncarelli*, at p. 140) is to secure industrial peace in hospitals and nursing homes. The *HLDA* imposes a compulsory yet mutually tolerable procedure (if properly administered) to resolve the differences between employers and employees without disrupting patient care. In that context, appointment of an inexperienced and inexperienced chairperson who is not seen as broadly acceptable in the labour relations community is a defect in approach that is both immediate and obvious. In my view, with respect, having regard to what I believe to be the legislative intent manifested in the *HLDA*, the Minister's approach to the s. 6(5) appointments was patently unreasonable.

R. Non. Il ne s'agissait pas de trouver des gens qui avaient de l'expérience, des relations ou — nous ne tentions pas de trouver des gens qui comprendraient —

Q. Quelque chose à voir avec le domaine de la santé?

R. Le domaine de la santé ou le domaine des relations du travail en raison d'une participation antérieure.

Nous cherchions des décideurs neutres qui feraient de la médiation et de l'arbitrage.

Je considère juste l'affirmation du ministre datée du 2 février 1998, selon laquelle le processus établi par la *LACTH* doit être [TRADUCTION] « per[çu] [. . .] comme étant neutre et crédible ». Je conviens également que la neutralité — et la perception de neutralité — dépend [TRADUCTION] « [de la] formation, [de l']expérience et [de l']acceptabilité [d'un arbitre] par les parties » (comme l'a témoigné le professeur Weiler). Je conclus aussi que l'approche adoptée par le ministre était l'antithèse de la crédibilité du fait qu'il a exclu des critères clés (expertise en matière de relations du travail et acceptabilité générale) et leur a substitué un autre critère (expérience judiciaire antérieure) qui, bien que pertinent, ne permettait pas au ministre de se conformer à son mandat législatif, même selon la définition qu'il en donne dans sa lettre du 2 février 1998.

De manière générale, [TRADUCTION] « l'optique » dans laquelle le législateur a voulu que la *LACTH* s'applique (*Roncarelli*, précité, p. 140) est de maintenir la paix industrielle dans les hôpitaux et les maisons de soins infirmiers. La *LACTH* prescrit une procédure — obligatoire mais néanmoins tolérable par les parties (si elle est bien suivie) — de règlement des différends entre les employeurs et les employés, sans qu'il y ait interruption des soins aux malades. Dans ce contexte, la désignation au poste de président d'une personne inexperte ou inexpérimentée qui n'est pas perçue comme étant généralement acceptable dans le milieu des relations du travail comporte un défaut à la fois flagrant et évident. J'estime, en toute déférence, que, compte tenu de ce que je crois être l'intention du législateur qui ressort de la *LACTH*, l'approche que le ministre a adoptée en matière de désignations fondées sur le par. 6(5) était manifestement déraisonnable.

183

184

185

This is not to say that specific s. 6(5) appointees of the Minister do not also possess labour relations expertise and broad acceptability, coincidentally as it were, despite the Minister's documented lack of interest in these qualifications. We would properly exercise our discretion to decline to interfere, as did the Court of Appeal, with such (coincidentally) appropriate appointments. Thus the qualifications of specific s. 6(5) appointees will, if challenged, have to be assessed on a case-by-case basis. I will discuss this point further when I come to the issue of remedy.

(6) Did the Court of Appeal Err in Finding that the Arbitration Boards, By Reason of the Impugned Ministerial Approach to Section 6(5) Appointments, Lacked the Requisite Institutional Independence and Impartiality?

186

Having determined that the Minister's approach to the s. 6(5) appointments was patently unreasonable on other grounds, it is not, strictly speaking, necessary to address this further ground of appeal. I do so, however, for two reasons. Firstly, it is on this ground that the Court of Appeal granted the following declaration:

1. THIS COURT DECLARES that the Minister created a reasonable apprehension of bias and interfered with the independence and impartiality of boards of arbitration established under the *Hospital Labour Disputes Arbitration Act*, R.S.O. 1990, c. H.14 ("HLDAA"), contrary to the principles and requirement of fairness and natural justice.

187

Secondly, as will be seen when I address the issue of remedy, I propose to leave open (as did the Court of Appeal) the possibility of specific challenges by the parties to particular s. 6(5) appointments on a case-by-case basis. I would not want our Court's silence on this ground of attack, in light of its acceptance by the Court of Appeal, to encourage (or prolong) further litigation on this point. The parties have fought the issue of the independence

Malgré le manque d'intérêt attesté du ministre pour ces qualifications, cela ne veut pas dire que les personnes désignées par le ministre en application du par. 6(5) n'ont pas non plus une expertise en matière de relations du travail et ne jouissent pas d'une acceptabilité générale, car il s'en trouve parmi elles qui remplissent ces conditions. Dans l'exercice de notre pouvoir discrétionnaire, nous pourrions légitimement refuser, comme l'a fait la Cour d'appel, d'intervenir à l'égard de ces désignations (par hasard) appropriées. Par conséquent, si elles sont contestées, les qualifications de certaines personnes désignées en vertu du par. 6(5) devront être évaluées cas par cas. Je m'attarderai davantage sur ce point au moment d'examiner la question de la réparation.

(6) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant qu'en raison de l'approche contestée que le ministre a adoptée en matière de désignations fondées sur le par. 6(5), les conseils d'arbitrage étaient dépourvus de l'indépendance et de l'impartialité institutionnelles requises?

Après avoir décidé que l'approche que le ministre a adoptée en matière de désignations fondées sur le par. 6(5) était manifestement déraisonnable pour d'autres motifs, il n'est pas nécessaire, à vrai dire, d'examiner cet autre moyen d'appel. Je le fais toutefois pour deux raisons. En premier lieu, c'est pour ce motif que la Cour d'appel a rendu le jugement déclaratoire suivant :

[TRADUCTION] 1. LA COUR DÉCLARE que le ministre a suscité une crainte raisonnable de partialité et compromis l'indépendance et l'impartialité des conseils d'arbitrage établis en vertu de la *Loi sur l'arbitrage des conflits de travail dans les hôpitaux*, L.R.O. 1990, ch. H.14 (« LACTH »), contrairement aux principes et à l'obligation d'équité et de justice naturelle.

En second lieu, comme nous le verrons lorsque j'examinerai la question de la réparation, je propose (comme l'a fait la Cour d'appel) de laisser aux parties la possibilité de contester expressément, cas par cas, certaines désignations fondées sur le par. 6(5). Cependant, je ne voudrais pas que, compte tenu de l'acceptation par la Cour d'appel de ce moyen de contestation, le fait que notre Cour ne se prononce sur ce moyen contribue à encourager (ou à

and impartiality of the resulting arbitration boards, which is an objection generic to all of the impugned s. 6(5) appointments, for almost four years. Now that the issue has arrived at this Court, where it was fully argued, we should, I think, provide as much help as we can to assist the parties to resolve their outstanding differences without prolonging the delay and expense.

The unions contend that the appointment of retired judges created arbitration boards that were neither impartial nor independent of the Minister, and that s. 6(5) did not authorize appointments that resulted in a tribunal that failed to meet the minimum standards of natural justice.

It is now clear that the independence as well as the impartiality of the decision maker is a component of natural justice: *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, at p. 332, *per* Gonthier J.; *Matsqui Indian Band*, *supra*, at para. 79, *per* Lamer C.J.; and *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at pp. 283-84. As the purpose of the independence requirement is to establish a protected platform for impartial decision making, I will deal first with this objection.

(a) *Institutional Independence*

The *HLDAA* commands the use of *ad hoc* arbitration boards. The unions argue that such boards, in the context of "interest arbitrators", are flawed because they lack the usual indices of institutional independence such as security of tenure, financial security and administrative independence that rest on "objective conditions or guarantees": *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 689, and *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 115. However, as explained above, the Court cannot substitute a different tribunal for the one designed by the legislature. An *ad hoc* tribunal is by definition constituted on a case-by-case

prolonger) un autre litige à cet égard. Les parties se livrent bataille, depuis presque quatre ans, sur la question de l'indépendance et de l'impartialité des conseils d'arbitrage constitués de la manière reprochée, cette question constituant l'objection commune à toutes les désignations contestées qui ont été faites en vertu du par. 6(5). Maintenant que cette question a été soumise à notre Cour, où elle a été débattue à fond, j'estime que nous devrions aider, autant que possible, les parties à résoudre leurs divergences d'opinions sans prolonger les délais ni poursuivre les dépenses.

Les syndicats soutiennent que la désignation de juges retraités a engendré des conseils d'arbitrage qui n'étaient ni impartiaux ni indépendants du ministre, et que le par. 6(5) n'autorisait pas les désignations menant à la constitution d'un tribunal administratif ne respectant pas les normes minimales de justice naturelle.

Il est maintenant évident que l'indépendance et l'impartialité du décideur sont des composantes de la justice naturelle : *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, p. 332, le juge Gonthier; *Bande indienne de Matsqui*, précité, par. 79, le juge en chef Lamer; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, p. 283-284. Je vais d'abord examiner l'objection fondée sur l'exigence d'indépendance, étant donné que cette exigence vise à établir un écran de protection favorisant la prise de décisions impartiales.

a) *L'indépendance institutionnelle*

La *LACTH* commande le recours à des conseils d'arbitrage *ad hoc*. Les syndicats soutiennent que, dans le cas des « arbitres de différends », de tels conseils sont viciés parce qu'ils sont dépourvus des signes habituels d'indépendance institutionnelle comme l'immovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative qui reposent sur des « conditions ou garanties objectives » : *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 689, et *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 115. Cependant, comme je l'expliquais plus haut, la Cour ne peut pas substituer un autre tribunal administratif à celui conçu par le législateur. Par

188

189

190

basis. Security of tenure does not survive the termination of the arbitration, and financial security is similarly circumscribed. Administrative independence has little formal protection. Professional labour arbitrators (including those on the s. 49(10) list) function successfully in such a structure even though there may be no guarantee of continuing work from any particular employer or union.

191 In addition to the *HLDA*'s statutory command, the Court's assessment of structural independence should take into account the success with which *ad hoc* tribunals have long operated in labour relations in general and under the *HLDA*'s scheme of compulsory arbitrations (prior to the appointments in question) in particular: *Katz v. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 S.C.R. 405, at para. 1. In this regard, as mentioned, Professor Joseph Weiler testified that: "The independence and impartiality of arbitrators is guaranteed not by their remoteness, security of tenure, financial security or administrative security but by training, experience and mutual acceptability".

192 Accepting Professor Weiler's evidence on this point, it follows that if, as I have concluded, s. 6(5) requires the appointment of individuals as chairpersons who are qualified by training, experience and mutual acceptability, the proper exercise of the appointment power would lead to a tribunal which, in the context of labour relations, would satisfy reasonable concerns about institutional independence.

193 Accordingly, having regard both to general labour relations experience, as well as the explicit legislative provisions in the *HLDA*, I would not give effect to the unions' generic objection directed to the issue of institutional independence. If additional facts are raised on a case-by-case challenge, they will have to be addressed at that time.

définition, un tribunal *ad hoc* est constitué cas par cas. L'inamovibilité ne subsiste pas à la fin de l'arbitrage et la sécurité financière est limitée de façon similaire. L'indépendance administrative bénéficie de peu de protection formelle. Les arbitres professionnels en droit du travail (y compris ceux inscrits sur la liste dressée en vertu du par. 49(10)) réussissent à fonctionner dans une telle structure même s'ils n'ont peut-être aucune garantie de travail permanent de la part d'un employeur ou d'un syndicat particulier.

En plus de l'exigence imposée par la *LACTH*, la Cour devrait, pour apprécier l'indépendance structurelle, tenir compte du succès que les tribunaux *ad hoc* connaissent depuis longtemps dans le domaine des relations du travail en général, et qu'ils connaissent aussi depuis longtemps (avant les désignations contestées) dans le domaine des arbitrages obligatoires fondés sur la *LACTH* en particulier : *Katz c. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 R.C.S. 405, par. 1. À ce propos, comme nous l'avons vu, le professeur Joseph Weiler a témoigné que [TRADUCTION] « [l']indépendance et l'impartialité des arbitres ne sont garanties ni par le fait qu'ils ne sont pas touchés par le différend soumis à leur arbitrage, ni par leur inamovibilité et leur sécurité financière ou administrative, mais plutôt par leur formation, leur expérience et leur acceptabilité par les parties ».

Si l'on retient le témoignage du professeur Weiler à ce propos, il s'ensuit que, si, comme je l'ai conclu, le par. 6(5) exige la désignation de présidents compétents en raison de leur formation, de leur expérience et de leur acceptabilité par les parties, l'exercice approprié du pouvoir de désignation permettra de constituer un tribunal administratif qui, dans le contexte des relations du travail, répondra aux préoccupations raisonnables concernant l'indépendance institutionnelle.

En conséquence, compte tenu à la fois du critère de l'expérience générale en matière de relations du travail et des dispositions explicites de la *LACTH*, je suis d'avis de ne pas retenir l'objection commune formulée par les syndicats au sujet de l'indépendance institutionnelle. Si des faits additionnels sont soulevés dans le cadre d'une contestation sur une base individuelle, il faudra les examiner à ce moment là.

(b) *Impartiality*

Impartiality, on the other hand, raises different considerations. The *HLDA* did not command the appointment of retired judges. Nor does the *HLDA* contemplate biased arbitrators.

The test for institutional impartiality is whether a well-informed person, viewing the matter realistically and practically and having thought the matter through, could form a reasonable apprehension of bias in a substantial number of cases (2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, at para. 44; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 143, and *Matsqui Indian Band*, *supra*, at para. 67).

The Minister does not contest the requirement that his s. 6(5) appointees be impartial. He was, as stated, looking for "[p]eople who had spent their professional lives as neutrals".

Allegations of individual bias must necessarily be dealt with on a case-by-case basis. I am dealing here only with the general proposition that the Minister's appointment of retired judges to chair *HLDA* boards did, by the fact of their appointment alone, doom the impartiality of the resulting boards.

To be sure, the unions now say that their challenge is not directed so much to the appointment of retired judges as to the sudden change of appointments process without prior consultation. Nevertheless, they still rely on the evidence of Professor Joseph Weiler who says that judges as a class have historically not been seen to be sympathetic or particularly fair to the cause of labour.

"Impartiality" is a state of mind. Some of the cases draw a distinction between an allegation of bias (or prejudice), i.e., that the s. 6(5) appointees come to their task with something less than an open mind, a predisposition for or against one of the parties, or a leaning towards a particular outcome, and an allegation of partiality. The allegation of

b) *L'impartialité*

Par contre, l'impartialité fait intervenir des considérations différentes. La *LACTH* n'exigeait pas la désignation de juges retraités. Et elle ne prévoit pas non plus la désignation d'arbitres partiaux.

Le critère de l'impartialité institutionnelle consiste à se demander si une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique pourrait éprouver une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas (2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, par. 44; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 143; *Bande indienne de Matsqui*, précité, par. 67).

Le ministre ne conteste pas que les personnes qu'il désigne en vertu du par. 6(5) doivent être impartiales. Comme nous l'avons vu, il cherchait [TRADUCTION] « [d]es personnes qui avaient été neutres pendant toute leur vie professionnelle ».

Les allégations de partialité de la part d'une personne doivent nécessairement être examinées cas par cas. Je ne parle ici que de la proposition générale selon laquelle la désignation par le ministre de juges retraités à la présidence des conseils établis en vertu de la *LACTH* compromettrait, à elle seule, l'impartialité des conseils qui en résulteraient.

Certes, les syndicats affirment maintenant que leur contestation ne vise pas tant la désignation de juges retraités que le changement soudain, sans consultation préalable, du processus de désignation. Ils s'appuient néanmoins encore sur le témoignage du professeur Joseph Weiler, selon lequel les juges, en tant que catégorie, ne sont pas traditionnellement perçus comme étant favorables à la cause des travailleurs et des travailleuses ou comme étant particulièrement équitables à leur sujet.

L'« impartialité » est un état d'esprit. Certains arrêts établissent une distinction entre, d'une part, une allégation de préjugés consistant à reprocher aux personnes désignées en vertu du par. 6(5) de ne pas avoir l'esprit ouvert et d'avoir des opinions favorables ou défavorables à l'une des parties ou encore une préférence pour un résultat particulier,

194

195

196

197

198

199

partiality, according to these cases, takes the attack a significant step further by suggesting that the appointees are not only biased but will allow, either consciously or unconsciously, their biases to influence the decision they will be called on to make: *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at paras. 105 *et seq.*, per Cory J.; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, at paras. 9-10; *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), at p. 336, leave to appeal refused, [1994] 1 S.C.R. x. The Court of Appeal did not suggest that the retired judges were in fact prejudiced or partial but concluded that they might reasonably be seen to be "inimical to the interests of labour, at least in the eyes of the appellants" (para. 101). I agree with the Minister that the proper test is not so narrowly focussed. The test is not directed to the subjective perspective of one of the parties but to the reasonable detached and informed observer, i.e., "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude": *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394.

et d'autre part, une allégation de partialité. D'après ces arrêts, l'allégation de partialité va beaucoup plus loin en laissant entendre que les personnes désignées ont non seulement des idées préconçues, mais que, consciemment ou inconsciemment, elles laisseront ces idées préconçues influencer la décision qu'elles seront appelées à rendre : *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 105 et suiv., le juge Cory; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 9-10; *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), p. 336, autorisation d'appel refusée [1994] 1 R.C.S. x. La Cour d'appel n'a pas indiqué que les juges retraités avaient, en fait, des préjugés ou un parti pris, mais elle a conclu qu'ils pourraient raisonnablement être perçus comme étant [TRADUCTION] « hostiles aux intérêts des travailleurs et des travailleuses, du moins aux yeux des appelants » (par. 101). Je partage l'avis du ministre selon lequel le critère applicable n'a pas une portée aussi étroite. Ce critère est axé non pas sur le point de vue subjectif de l'une des parties, mais sur celui de l'observateur raisonnable, neutre et renseigné, c'est-à-dire qu'il s'agit de se demander « à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique » (*Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, p. 394).

200 The unions contend that this Court should defer to the Court of Appeal's findings of fact. Reliance is placed on the observation of Gonthier J. that "[t]he principle of non-intervention on questions of fact is also applicable to a second appellate court such as this Court *vis-à-vis* a first appellate court" (*St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15, at para. 37). However, we are not thusly inhibited if the Court of Appeal applied the wrong test. The correct viewpoint is that of an informed observer who is detached from a personal interest in the controversy.

Les syndicats soutiennent que la Cour devrait s'en remettre aux conclusions de fait de la Cour d'appel. Ils s'appuient sur l'observation du juge Gonthier voulant que « [l]e principe de non-intervention dans les questions de fait s'applique aussi à un second niveau d'appel, comme notre Cour par rapport à une première cour d'appel » (*St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15, par. 37). Cependant, nous ne sommes pas liés par ce principe de non-intervention lorsque la Cour d'appel a appliqué le mauvais critère. Le bon point de vue est celui de l'observateur renseigné qui n'a aucun intérêt personnel dans la controverse.

201 The fact is that retired judges as a class have no interest in the outcome of hospital collective bargaining disputes beyond that of other citizens. They pay provincial taxes at the same rates and aspire to a reasonable level of health care. They have personal experience of public sector pay restraint. They

Force est de constater que, en tant que catégorie, les juges retraités n'ont pas plus d'intérêt que les autres citoyens dans l'issue des différends concernant les négociations collectives en milieu hospitalier. Ils sont assujettis aux mêmes taux d'impôt provincial que les autres citoyens et, comme eux, ils

probably harbour as many different views of public sector wage policy as there are retired judges.

There are no "substantial grounds" (*Committee for Justice and Liberty*, *supra*, at p. 395) to think that retired superior court judges, who enjoy a federal pension, would do the bidding of the provincial Minister, or make decisions to please the employers so as to improve the prospect of future appointments. Undoubtedly, there have been some judges predisposed toward management in the past, as well as some judges predisposed toward labour, but I do not think the fully informed, reasonable person would tar the entire class of presently retired judges with the stigma of an anti-labour bias.

The unions refute any "class" objection by their ready acceptance of retired judges Alan Gold and George Adams as chairpersons of "interest" arbitrations. The potential problem with some retired judges is not partiality but expertise.

While I would therefore reject this branch of the unions' challenge, I accept, of course, that a challenge might be made to the impartiality of a particular retired judge to a particular *ad hoc* tribunal, as indeed the impartiality of any other appointee could be questioned on a case-by-case basis.

(7) The Proper Remedy

The remedy of the Court of Appeal was predicated on its conclusion that the Minister created a reasonable apprehension of bias and interfered with the independence and impartiality of the *HLDA* boards of arbitration, as well as the legitimate expectation of the unions contrary to the requirements of natural justice.

aspirent à des soins de santé raisonnables. Ils ont personnellement vécu le contrôle des salaires dans le secteur public. Le nombre d'opinions différentes qu'ils ont au sujet de la politique salariale dans le secteur public est probablement aussi élevé que celui des juges retraités.

Il n'y a aucun « motif sérieux » (*Committee for Justice and Liberty*, précité, p. 395) de penser que des juges de cour supérieure retraités, qui bénéficient d'une pension du gouvernement fédéral, se plieraient à la volonté du ministre provincial ou rendraient des décisions destinées à plaire aux employeurs afin d'améliorer leurs chances de désignation future. Il est indubitable que, dans le passé, il y eu des juges enclins à privilégier les employeurs et aussi des juges enclins à privilégier les travailleurs et travailleuses, mais je ne crois pas qu'une personne raisonnable et bien renseignée reprocherait à toute la catégorie des juges présentement retraités d'avoir un parti pris contre les travailleurs et les travailleuses.

Les syndicats réfutent toute objection fondée sur une « catégorie » du fait qu'ils acceptent volontiers que les juges retraités Alan Gold et George Adams président des arbitrages de « différends ». Le problème que peut poser le recours à certains juges retraités n'est pas tant un problème de partialité qu'un problème d'expertise.

Bien que je sois, par conséquent, d'avis de rejeter cet aspect de la contestation des syndicats, il va sans dire que je reconnais qu'il serait possible de contester l'impartialité d'un juge retraité nommé à un tribunal *ad hoc* particulier, tout comme il serait sûrement possible de contester, cas par cas, l'impartialité de toute autre personne désignée.

(7) La réparation convenable

La réparation accordée par la Cour d'appel reposait sur sa conclusion que le ministre avait suscité une crainte raisonnable de partialité et porté atteinte à l'indépendance et à l'impartialité des conseils d'arbitrage établis en vertu de la *LACTH*, ainsi qu'à l'expectative légitime des syndicats, contrairement aux exigences de la justice naturelle.

202

203

204

205

206 I have indicated my reasons for respectful disagreement with the scope of that decision, while agreeing with the Court of Appeal's fundamental concern about the Minister's non-compliance with the legislative intent reflected in the *HLDA* to appoint persons who were not only impartial and independent but possessed expertise and who were generally seen as acceptable to both labour and management in the labour relations community. I also share the Court of Appeal's reluctance, in a judicial review which did not focus on the circumstances of individual appointments, to give effect to the unions' request to set aside the Minister's appointments.

207 It is common ground that some retired judges *do* have the necessary labour relations background (e.g., former judges Gold and Adams) and, of course, the fact they also happen to be members of the "class" of retired judges would not, in their case, be a ground of disqualification.

208 In accordance with these reasons, the appeal should therefore be dismissed, but paragraphs 1, 2 and 3 of the order of the Court of Appeal should be varied to read:

1. The Court declares that the Minister is required, in the exercise of his power of appointment under s. 6(5) of the *HLDA*, to be satisfied that prospective chairpersons are not only independent and impartial but possess appropriate labour relations expertise and are recognized in the labour relations community as generally acceptable to both management and labour.

2. This order speaks from the date hereof and does not invalidate completed arbitration awards.

3. Any challenges to continuing arbitrations, including those chaired by retired judges appointed by the Minister under s. 6(5) of the *HLDA*, are subject to judicial review on a case-by-case basis.

J'ai indiqué les motifs de mon désaccord avec la portée de cette décision, tout en partageant la préoccupation fondamentale de la Cour d'appel concernant le non-respect, par le ministre, de l'intention du législateur — qui ressort de la *LACTH* — de désigner des personnes qui sont non seulement impartiales et indépendantes, mais qui ont une expertise et qui sont généralement perçues, dans le milieu des relations du travail, comme étant acceptables à la fois par les syndicats et par le patronat. À l'instar de la Cour d'appel, j'hésite à accéder à la demande des syndicats d'annuler les désignations ministérielles dans le cadre d'un contrôle judiciaire non axé sur les circonstances de chacune des désignations.

Nul ne conteste que certains juges retraités possèdent *effectivement* les antécédents requis en matière de relations du travail (par exemple, les anciens juges Gold et Adams), et il est évident que, dans leur cas, le fait d'appartenir également à la « catégorie » des juges retraités ne serait pas un motif d'incapacité.

Conformément à ces motifs, il y a lieu de rejeter le pourvoi, mais également de modifier de la façon suivante les paragraphes 1, 2 et 3 de l'ordonnance de la Cour d'appel :

1. La Cour déclare que, dans l'exercice de son pouvoir de désignation conféré par le par. 6(5) *LACTH*, le ministre doit être convaincu que les candidats à la présidence sont non seulement indépendants et impartiaux, mais également qu'ils ont une expertise appropriée en matière de relations du travail et sont reconnus, dans le milieu des relations du travail, comme étant généralement acceptables à la fois par le patronat et par les syndicats.

2. La présente ordonnance prend effet à compter de la date des présentes et n'invalide pas les sentences arbitrales déjà rendues.

3. Toute contestation des arbitrages en cours, y compris ceux présidés par des juges retraités désignés par le ministre conformément au par. 6(5) *LACTH*, pourra faire l'objet d'un contrôle judiciaire sur une base individuelle.

V. Conclusion

Except as aforesaid, the appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs, McLACHLIN C.J. and MAJOR and BASTARACHE JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondents: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervenor the Canadian Bar Association: Koskie Minsky, Toronto.

Solicitor for the intervenor the National Academy of Arbitrators (Canadian Region): Michel G. Picher, Toronto.

V. Conclusion

Sous réserve de ce qui précède, le pourvoi est 209
rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens, la juge en chef McLACHLIN et les juges MAJOR et BASTARACHE sont dissidents.

Procureur de l'appellant : Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs des intimés : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Koskie Minsky, Toronto.

Procureur de l'intervenante National Academy of Arbitrators (Canadian Region) : Michel G. Picher, Toronto.

