

TAB 13

Mary Danyluk *Appellant*

v.

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

INDEXED AS: DANYLUK v. AINSWORTH TECHNOLOGIES INC.

Neutral citation: 2001 SCC 44.

File No.: 27118.

2000: October 31; 2001: July 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

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

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

Mary Danyluk *Appelante*

c.

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

RÉPERTORIÉ : DANYLUK c. AINSWORTH TECHNOLOGIES INC.

Référence neutre : 2001 CSC 44.

N° du greffe : 27118.

2000 : 31 octobre; 2001 : 12 juillet.

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

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

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

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

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

Held: The appeal should be allowed.

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

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

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cases Cited

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

Jurisprudence

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

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

Statutes and Regulations Cited

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

Authors Cited

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

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

Lois et règlements cités

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

Doctrine citée

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

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

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

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

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

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

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

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

The judgment of the Court was delivered by

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

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

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

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

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

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

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

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

Version française du jugement de la Cour rendu par

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

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

I. Facts

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

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

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

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

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

I. Les faits

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6

7

8

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

II. Judgments

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

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

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

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

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

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

II. Les décisions des juridictions inférieures

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11

12

13

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Relevant Statutory Provisions*Employment Standards Act*, R.S.O. 1990, c. E.14

1. In this Act,

. . . .

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

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

. . . .

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

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

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

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

III. Les dispositions législatives pertinentes*Loi sur les normes d’emploi*, L.R.O. 1990, ch. E.14

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

. . . .

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

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

. . . .

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

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

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

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

Director, of administration costs in the amount of 10 per cent of the wages or \$100, whichever is the greater.

. . . .

(7) If an employer fails to apply under section 68 for a review of an order issued by an employment standards officer, the order becomes final and binding against the employer even though a review hearing is held to determine another person's liability under this Act.

. . . .

67. — (1) Where, following a complaint in writing by an employee, an employment standards officer finds that an employer has paid the wages to which an employee is entitled or has found that the employee has no other entitlements or that there are no actions which the employer is to do or is to refrain from doing in order to be in compliance with this Act, the officer may refuse to issue an order to an employer and upon refusing to do so shall advise the employee of the refusal by prepaid letter addressed to the employee at his or her last known address.

(2) An employee who considers himself or herself aggrieved by the refusal to issue an order to an employer or by the issuance of an order that in his or her view does not include all of the wages or other entitlements to which he or she is entitled may apply to the Director in writing within fifteen days of the date of the mailing of the letter mentioned in subsection (1) or the date of the issue of the order or such longer period as the Director may for special reasons allow for a review of the refusal or of the amount of the order.

(3) Upon receipt of an application for review, the Director may appoint an adjudicator who shall hold a hearing.

. . . .

(5) The adjudicator who is conducting the hearing may with necessary modifications exercise the powers conferred on an employment standards officer under this Act and may make an order with respect to the refusal or an order to amend, rescind or affirm the order of the employment standards officer.

. . . .

des deux sommes suivantes qui est la plus élevée, à savoir : 10 pour cent du salaire ou 100 \$.

. . . .

(7) Si un employeur ne fait pas la demande visée à l'article 68 en vue de la révision d'une ordonnance rendue par un agent des normes d'emploi, l'ordonnance devient sans appel et lie l'employeur même si une audience en révision est tenue afin de déterminer l'obligation d'une autre personne aux termes de la présente loi.

. . . .

67 (1) Si, à la suite d'une plainte par écrit d'un employé, l'agent des normes d'emploi conclut que l'employeur a versé à un employé le salaire auquel ce dernier a droit ou a conclu que l'employé n'a droit à rien d'autre ou qu'il n'y a rien que l'employeur doit faire ou s'abstenir de faire pour se conformer à la présente loi, il peut refuser de rendre une ordonnance visant l'employeur. Il en avise l'employé par lettre affranchie à sa dernière adresse connue.

(2) L'employé qui se croit lésé par le refus de l'agent de rendre une ordonnance contre l'employeur ou par une ordonnance qui, à son avis, ne comprend pas le salaire complet auquel il a droit ni ses autres droits peut, dans les quinze jours de la mise à la poste de la lettre visée au paragraphe (1) ou de la date où l'ordonnance a été rendue ou dans le délai plus long que le directeur peut autoriser pour des motifs particuliers, demander au directeur, par écrit, de réviser le refus ou le montant fixé dans l'ordonnance.

(3) Sur réception de la demande de révision, le directeur peut nommer un arbitre de griefs pour tenir une audience.

. . . .

(5) L'arbitre de griefs qui tient l'audience peut exercer, avec les adaptations nécessaires, les pouvoirs que la présente loi confère à un agent des normes d'emploi, et peut rendre une ordonnance à l'égard du refus ou une ordonnance modifiant, annulant ou confirmant l'ordonnance de l'agent des normes d'emploi.

. . . .

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

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

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

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

IV. Analysis

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

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

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

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

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

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

IV. L'analyse

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

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

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

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

20

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

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

21

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

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

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

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

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

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

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

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

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

24

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A. *The Statutory Scheme*

1. The Employment Standards Officer

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

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

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

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

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

A. *Le cadre législatif*

1. L'agent des normes d'emploi

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

25

26

27