

T-2463-97

T-2463-97

Air Canada (*Applicant*)**Air Canada** (*demanderesse*)

v.

c.

Arthur E. Lorenz and The Attorney General of Canada (*Respondents*)**Arthur E. Lorenz et Le procureur général du Canada** (*défendeurs*)*INDEXED AS: AIR CANADA v. LORENZ (T.D.)**RÉPERTORIÉ: AIR CANADA c. LORENZ (I^{re} INST.)*

Trial Division, Evans J.—Toronto, August 26; Ottawa, September 10, 1999.

Section de première instance, juge Evans—Toronto, 26 août; Ottawa, 10 septembre 1999.

Administrative law — Judicial review — Lawyer whose practice including labour, employment law, appointed adjudicator of unjust dismissal complaint — After five days of hearing, employer learning adjudicator representing different employee against different employer under analogous provincial legislation — Adjudicator refusing to recuse himself on ground of bias — Hearing stayed two years pending disposition of application — Court should not rule on bias before adjudicator rendering final decision on unjust dismissal complaint — Exercise of Court's discretion to refuse relief on ground premature requiring weighing competing considerations — Factors considered: hardship to applicant, waste, delay, fragmentation of issues, strength of applicant's case, statutory context — Substantial delay antithetical to legislative purpose in creating specialized tribunal to adjudicate unjust dismissal claims — Fragmentation of issues in multiple litigation remaining possibility — Waste reduced by fact proceeding well under way, not plain, obvious adjudicator biased — Bias allegation not equated with constitutional challenge to very existence of tribunal.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Un avocat pratiquant en droit du travail et de l'emploi a été nommé arbitre dans une affaire de congédiement injuste — Après cinq jours d'audience, l'employeur a appris que l'arbitre représentait un employé différent contre un employeur différent dans un litige sous le régime d'une loi provinciale analogue — L'arbitre a refusé de se récuser pour cause de partialité — L'instruction a été suspendue deux ans, jusqu'à ce que la demande soit tranchée — La Cour ne doit pas se prononcer sur la partialité avant que l'arbitre n'ait rendu sa décision finale sur la plainte de congédiement injuste — L'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de refuser tout redressement au motif que la demande est prématurée exigeait la pondération d'éléments contradictoires — Facteurs examinés: le préjudice causé à la demanderesse, le gaspillage, les retards, la division des questions en litige, le bien-fondé des prétentions de la demanderesse, le contexte législatif — Un retard important est incompatible avec l'objet de la loi sous-jacent à la création d'un tribunal spécialisé en matière de plaintes de congédiement injuste — La division des questions en une multitude de litiges demeure une possibilité — La possibilité de gaspillage a été atténuée par le fait que l'instance était enclenchée et qu'il n'était pas manifeste que l'arbitre avait un parti-pris — Une allégation de partialité n'équivaut pas à une contestation constitutionnelle de l'existence même du tribunal.

Labour relations — Judicial review of adjudicator's refusal to recuse himself on ground of bias — Five days into projected 23-day unjust dismissal hearing, employer learning adjudicator lawyer acting for an employee in unjust dismissal case under provincial legislation — That issue never before litigated some evidence labour lawyers not considering practising labour law inconsistent with serving as adjudicator — Hearing delayed nearly two years pending outcome of this application — Absence of right of appeal, inclusion of strong preclusive provision in Labour Code evidencing legislative intention to minimize judicial oversight of proceedings before adjudicator — Inconsistent with unjust dismissal provisions in Code for Court to exercise discretion in way potentially increasing delay, costs of adjudication — Avoidance of delay, fragmentation of issues

Relations du travail — Contrôle judiciaire du refus de l'arbitre de se récuser au motif de partialité — Cinq jours après le début de l'audition d'une plainte de congédiement injuste qui devait durer 23 jours, l'employeur a appris que l'arbitre représentait à titre d'avocat un employé dans une affaire de congédiement injuste sous le régime d'une loi provinciale analogue — Le fait que cette question n'ait jamais fait l'objet d'un litige tend à démontrer que les avocats pratiquant en droit du travail ne considèrent pas que cela est incompatible avec la fonction d'arbitre — Instruction retardée presque deux ans dans l'attente de l'issue de la présente demande — L'absence de droit d'appel et l'inclusion d'une disposition limitative étanche dans le Code du travail démontre l'intention du législateur de réduire au minimum la surveillance judiciaire des

carrying considerable weight in context of statutory scheme — Substantial delay herein, real possibility of fragmentation of issues weighed against reduced possibility of waste, strength of allegation.

This was an application for judicial review of an Adjudicator's refusal to recuse himself. Jacques V. Marchessault, Q.C. was appointed as an adjudicator to hear and determine an unjust dismissal complaint made against Air Canada by Arthur Lorenz. After five days of hearing, Air Canada learned that Mr. Marchessault's practice included labour and employment law and that he was then representing an employee who was pursuing an unjust dismissal complaint under the analogous Quebec legislation against an employer that was not Air Canada. Mr. Marchessault then refused to provide information about that case or any other unjust dismissal cases that he was handling. Mr. Marchessault denied a motion requesting him to recuse himself on the ground of bias, concluding that his conduct did not give rise to a reasonable apprehension of bias. The hearing of Mr. Lorenz's complaint has been stayed for nearly two years pending the disposition of this application for judicial review.

The issue was whether the application was premature.

Held, the application should be dismissed.

It would be inappropriate for the Court to make a ruling before the adjudicator has rendered a final decision on the unjust dismissal complaint. If the adjudicator finds in favour of the employee, Air Canada will be able to apply for judicial review on the ground of bias and, at the same time raise any other reviewable error. If the adjudicator dismisses the complaint then the bias issue will be moot.

It was within the Court's jurisdiction to refuse relief on the ground of prematurity. The exercise of the Court's discretion here turned on a weighing of competing considerations: the possible hardships caused to Air Canada, and the time and resources that will have been wasted, if the bias question is not determined prior to the completion of the proceeding before the adjudicator versus the adverse consequences of delaying the administrative process and of countenancing a multiplicity of litigation.

The applicant submitted that a party should not be subject to the exercise of legal powers by a tribunal whose very authority to hear the dispute the party has called into

instances dont sont saisis les arbitres — La Cour agirait de façon incompatible avec les dispositions du Code en matière de congédiement injuste en exerçant son pouvoir discrétionnaire d'une manière susceptible d'accroître les retards et les coûts liés à l'arbitrage — L'évitement des retards et la division des questions en litige ont beaucoup de poids dans le contexte du régime législatif — En l'espèce, le retard important et la possibilité réelle de division des questions en litige doivent être évaluées par rapport à la possibilité atténuée de gaspillage et au fondement de l'allégation.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire du refus d'un arbitre de se récuser. Jacques V. Marchessault, c.r., a été nommé arbitre pour qu'il se prononce sur la plainte de congédiement injuste déposée contre Air Canada par Arthur Lorenz. Après cinq jours d'audience, Air Canada a appris que M. Marchessault pratiquait en droit du travail et de l'emploi et qu'il représentait à ce moment-là un employé qui avait déposé une plainte de congédiement injuste contre un employeur autre qu'Air Canada en vertu de la loi québécoise analogue. M. Marchessault a alors refusé de fournir des renseignements au sujet de cette affaire ainsi qu'au sujet de toute autre affaire de congédiement injuste dont il s'occupait. M. Marchessault a rejeté une requête demandant sa récusation pour cause de partialité, concluant que sa conduite n'avait pas donné lieu à une crainte raisonnable de partialité. L'audition de la plainte de M. Lorenz a été suspendue pendant presque deux ans, jusqu'à ce que la décision relative à la présente demande de contrôle judiciaire soit rendue.

La question en litige était de savoir si la demande était prématurée.

Jugement: la demande est rejetée.

Il serait inapproprié que la Cour se prononce avant que l'arbitre n'ait rendu une décision finale relativement à la plainte de congédiement injuste. Si l'arbitre donne gain de cause à l'employé, Air Canada pourra présenter une demande de contrôle judiciaire fondée sur la partialité et pourra, par la même occasion, soulever toute autre erreur justifiant le contrôle. Si l'arbitre rejette la plainte, la question de la partialité deviendra sans objet.

La Cour avait compétence pour refuser tout redressement en raison du caractère prématuré de la demande. En l'espèce, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour reposait sur l'examen de deux éléments contradictoires: les préjudices éventuels causés à Air Canada ainsi que le temps et les ressources qui auront été gaspillés si la question de la partialité n'est pas tranchée avant la fin de l'instance dont est saisi l'arbitre versus les conséquences négatives liées au fait de retarder le processus administratif et de favoriser la multiplication des litiges.

La demanderesse a soutenu qu'une partie ne devait pas faire l'objet de l'exercice des pouvoirs conférés par la loi à un tribunal dont la compétence même pour entendre le litige

question. This factor cannot, however, be determinative because otherwise a reviewing court would always have to decide allegations of bias and to award relief when they are upheld, even though raised before the completion of the administrative process. Thus a court would have no discretion to dismiss an application for judicial review for prematurity when bias is alleged. This is not the law.

The hearing was predicted to last for 23 days. Air Canada submitted that if it were required to postpone its challenge to the proceeding on the ground of the adjudicator's apprehended bias until the end of that hearing, and its application was then successful, the resources devoted to the last 18 days of the hearing will have been wasted. This concern is relevant only if Air Canada is found to have dismissed Mr. Lorenz unjustly.

The completion of the hearing before the adjudicator has been delayed by this application for judicial review. Delay should be considered as a factor as it may affect not only the parties in this particular case, but also the conduct of other administrative proceedings. If the Court were to decide Air Canada's allegation of bias prior to the completion of the administrative process, it is likely that participants in other administrative proceedings may resort to judicial review on this ground for the purpose of delaying the proceedings, or forcing the more vulnerable party to surrender or settle.

A determination of Air Canada's bias allegation at this time may also proliferate litigation. If the allegation were found to be misconceived then, when the ultimate decision is made by another adjudicator, an aggrieved party could make a second application for judicial review on other issues. Fragmentation of the issues raised by an administrative proceeding is wasteful of court resources and unduly burdens the administration of public programs.

That no court has heretofore been called upon to rule on the question raised by Air Canada may be some evidence that labour and employment law practitioners do not regard that combining the duties of an adjudicator and a lawyer practising in the area gives rise to a reasonable apprehension of bias, especially when the adjudicator in his legal practice represents both management and employees. However, there was no evidence about the prevalence of the appointment of adjudicators who actively practise labour and employment law. While Air Canada had not established that this was a clear and obvious case of bias, its concerns could not be characterized as frivolous.

a été mise en doute par cette partie. Ce facteur ne peut toutefois pas être déterminant, car, s'il en était autrement, une cour de révision aurait toujours l'obligation de se prononcer sur les allégations de partialité et d'accorder un redressement lorsqu'elle conclurait à leur bien-fondé, même si celles-ci étaient faites avant la fin du processus administratif. Une cour n'aurait donc pas le pouvoir discrétionnaire de rejeter une demande de contrôle judiciaire fondée sur la partialité en raison de son caractère prématuré. Tel n'est pas l'état du droit.

La durée prévue de l'instruction était de 23 jours. Air Canada a soutenu que si elle était obligée de retarder sa contestation de l'instance, qui était fondée sur la crainte de partialité de l'arbitre, jusqu'à la fin de cette instruction et que sa demande était ensuite accueillie, les ressources consacrées aux dix-huit derniers jours de l'instruction auraient été gaspillées. Cette préoccupation n'est pertinente que s'il est conclu qu'Air Canada a congédié injustement M. Lorenz.

L'achèvement de l'instruction devant l'arbitre a été retardé par la présente demande de contrôle judiciaire. Le retard est un facteur dont il faut tenir compte, étant donné qu'il peut toucher non seulement les parties à la présente affaire, mais aussi la conduite d'autres instances administratives. Si la Cour devait se prononcer avant la fin du processus administratif sur les allégations de partialité faites par Air Canada, il est probable que des parties à d'autres instances administratives recourent à la demande de contrôle judiciaire fondée sur ce motif en vue de retarder les procédures ou de forcer les parties plus vulnérables à abandonner ou à régler le litige.

Le fait de se prononcer maintenant sur l'allégation de partialité faite par Air Canada est également susceptible de donner lieu à la multiplication des procédures. Si l'allégation était alors jugée mal fondée, une partie s'estimant lésée par la décision finale rendue par un autre arbitre pourrait déposer une seconde demande de contrôle judiciaire, relativement à d'autres questions. La division des questions en litige soulevées lors d'une instance administrative constitue un gaspillage des ressources judiciaires et impose un fardeau indu pour l'administration des programmes publics.

Le fait qu'aucune cour n'ait dû se prononcer jusqu'à maintenant sur la question soulevée par Air Canada peut tendre à démontrer que les praticiens en droit du travail et de l'emploi ne considèrent pas que le fait que la même personne ait la fonction d'arbitre et celle d'avocat praticien dans ce domaine donne lieu à une crainte raisonnable de partialité, surtout lorsque l'arbitre représente tant la direction que les employés dans sa pratique du droit. Il n'y avait cependant aucune preuve au sujet de la proportion des nominations d'arbitres qui pratiquent activement en droit du travail et de l'emploi. Bien qu'Air Canada n'ait pas démontré qu'il s'agissait d'un cas manifeste de partialité, ses préoccupations ne peuvent pas être qualifiées de frivoles.

The absence of a right of appeal and the inclusion of a strong preclusive provision in the Code evidence a legislative intention to keep to a minimum judicial oversight of the proceedings before adjudicators. It would seem inconsistent with the unjust dismissal provisions in the Code for the Court to exercise its discretion in a way that potentially increases delays and the costs of adjudication. The avoidance of delay and fragmentation of the issues should be regarded in the context of this statutory scheme as carrying considerable weight.

The factual and legal matrices of each case makes generalization difficult. It has been said that a court should only intervene before the tribunal has rendered its final decision in “exceptional circumstances” on an application for judicial review alleging bias where there is no right of appeal from that tribunal to another administrative body. There was no authority for the proposition that an allegation of bias *ipso facto* constitutes “exceptional circumstances” justifying judicial review before the tribunal has rendered its final decision. The jurisdictional nature of a ground of review does not in itself deprive a reviewing court of its discretion in the exercise of its supervisory jurisdiction.

Substantial delay is antithetical to the legislative purpose underlying the creation of a specialized tribunal to adjudicate unjust dismissal claims. Fragmentation of the issues in multiple litigation remains a real possibility. The possibility of waste was reduced by the fact that the proceeding before the adjudicator was already well under way, even though the hearing had only gone for about a quarter of its projected length, and by the fact that it was not plain and obvious that the adjudicator was biased. A non-frivolous allegation of bias that falls short of a cast-iron case does not *per se* constitute “exceptional circumstances” even when the hearing before the tribunal is still some way from completion, and there is no broad right of appeal from the tribunal. Nor is such a bias allegation to be equated with a constitutional attack on the “very existence of a tribunal”.

L'absence de droit d'appel et l'inclusion d'une disposition limitative étanche dans le Code démontre l'intention du législateur de ne conserver qu'un examen judiciaire minimal des instances dont sont saisis les arbitres. La Cour semblerait agir de façon incompatible avec les dispositions du Code en matière de congédiement injuste en exerçant son pouvoir discrétionnaire d'une manière susceptible d'accroître les retards et les coûts liés à l'arbitrage. L'évitement des retards et la division des questions en litige doivent être considérés comme ayant beaucoup de poids dans le contexte de ce régime législatif.

Le fondement factuel et juridique de chaque affaire rend difficile toute généralisation. Il a été dit que, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire invoquant la partialité et lorsqu'il n'existe aucun droit d'appel des décisions du tribunal auprès d'un autre organisme administratif, une cour ne devait intervenir avant que le tribunal ait rendu sa décision finale que dans des «circonstances exceptionnelles». Il n'y avait aucun arrêt appuyant la proposition qu'une allégation de partialité constitue *ipso facto* des «circonstances exceptionnelles» qui justifient le contrôle judiciaire avant que le tribunal n'ait rendu sa décision finale. Le fait qu'un motif de contrôle touche à la compétence ne prive pas en soi une cour de révision de sa discrétion dans l'exercice de son pouvoir de surveillance.

Un retard important est incompatible avec l'objet de la loi qui est sous-jacent à la création d'un tribunal spécialisé dont le rôle est de se prononcer sur les demandes relatives au congédiement injuste. La division des questions en une multitude de litiges demeure une possibilité réelle. La possibilité de gaspillage était atténuée par le fait que l'instance dont était saisi l'arbitre était déjà bien enclenchée, même si l'instruction n'en était qu'au quart de sa durée prévue, et par le fait qu'il n'était pas manifeste que l'arbitre avait un parti-pris. Une allégation non frivole de partialité qui n'est pas appuyée par une preuve blindée ne constitue pas en soi des «circonstances exceptionnelles», même lorsque la fin de l'audience devant le tribunal n'est pas proche et qu'il n'y a aucun droit d'appel de portée générale contre les décisions du tribunal. Une telle allégation de partialité n'équivaut pas non plus à une contestation constitutionnelle à l'encontre de «l'existence même du tribunal».

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 240 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 9, s. 15), 242(1), 243.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

Con-Way Central Express Inc. v. Armstrong et al. (1997), 153 F.T.R. 161 (F.C.T.D.).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 240 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 15), 242(1), 243.

JURISPRUDENCE

DÉCISION NON SUIVIE:

Con-Way Central Express Inc. c. Armstrong et al. (1997), 153 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.).

DISTINGUISHED:

Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities), [1992] 1 S.C.R. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241; *Howe v. Institute of Chartered Accountants of Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 483 (C.A.).

CONSIDERED:

Woloshyn v. Yukon Teachers Assn., [1999] Y.J. No. 69 (S.C.) (QL); *Refrigeration Workers Union, Local 516 and Labour Relations Board of British Columbia et al.*, *Re* (1986), 27 D.L.R. (4th) 676; [1986] 4 W.W.R. 223; 2 B.C.L.R. (2d) 1; 19 Admin. L.R. 73 (B.C.C.A.); *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; (1991), 64 C.C.C. (3d) 513; 5 C.R.R. (2d) 31; 5 M.P.L.R. (2d) 113; 128 N.R. 1; 39 Q.A.C. 241; *Zündel v. Citron*, [1999] 3 F.C. 409 (T.D.); *Coopers & Lybrand Ltd. v. Wacyk* (1996), 23 C.C.E.L. (2d) 165; 94 O.A.C. 292 (Ont. Div. Ct.).

REFERRED TO:

Bell v. Ontario Human Rights Commission, [1971] S.C.R. 756; (1971), 18 D.L.R. (3d) 1; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; (1979), 96 D.L.R. (3d) 14; [1979] 3 W.W.R. 676; 26 N.R. 364; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *Ontario College of Art v. Ontario (Human Rights Commission)* (1993), 11 O.R. (3d) 798; 99 D.L.R. (4th) 738; 63 O.A.C. 393 (Div. Ct.); *Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Citizenship) et al.* (1993), 62 O.A.C. 1 (Ont. Div. Ct.); *Cannon v. Canada (Assistant Commissioner, RCMP)*, [1998] 2 F.C. 104 (T.D.); *Bissett v. Canada (Minister of Labour)*, [1995] 3 F.C. 762; (1995), 102 F.T.R. 172 (T.D.); *Pfeiffer v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)*, [1996] 3 F.C. 584; (1996), 42 C.B.R. (3d) 245; 116 F.T.R. 173 (T.D.); *University of Toronto v. Canadian Union of Education Workers, Local 2* (1988), 28 O.A.C. 295 (Ont. Div. Ct.).

APPLICATION for judicial review of an Adjudicator's refusal to recuse himself from hearing an unjust dismissal complaint five days into a projected 23-day hearing on the ground of bias because he was a lawyer whose practice included labour and employment law. Application dismissed as premature.

APPEARANCES:

Richard J. Charney for applicant.
Guy Lemay for respondent A. E. Lorenz.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities), [1992] 1 R.C.S. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241; *Howe v. Institute of Chartered Accountants of Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 483 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Woloshyn v. Yukon Teachers Assn., [1999] Y.J. No. 69 (C.S.) (QL); *Refrigeration Workers Union, Local 516 and Labour Relations Board of British Columbia et al.*, *Re* (1986), 27 D.L.R. (4th) 676; [1986] 4 W.W.R. 223; 2 B.C.L.R. (2d) 1; 19 Admin. L.R. 73 (C.A.C.-B.); *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; (1991), 64 C.C.C. (3d) 513; 5 C.R.R. (2d) 31; 5 M.P.L.R. (2d) 113; 128 N.R. 1; 39 Q.A.C. 241; *Zündel c. Citron*, [1999] 3 C.F. 409 (1^{re} inst.); *Coopers & Lybrand Ltd. v. Wacyk* (1996), 23 C.C.E.L. (2d) 165; 94 O.A.C. 292 (C. div. Ont.).

DÉCISIONS CITÉES:

Bell c. Ontario Human Rights Commission, [1971] R.C.S. 756; (1971), 18 D.L.R. (3d) 1; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; (1979), 96 D.L.R. (3d) 14; [1979] 3 W.W.R. 676; 26 N.R. 364; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *Ontario College of Art v. Ontario (Human Rights Commission)* (1993), 11 O.R. (3d) 798; 99 D.L.R. (4th) 738; 63 O.A.C. 393 (C. div.); *Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Citizenship) et al.* (1993), 62 O.A.C. 1 (C. div. Ont.); *Cannon c. Canada (Commissaire adjoint, GRC)*, [1998] 2 C.F. 104 (1^{re} inst.); *Bissett c. Canada (Ministre du Travail)*, [1995] 3 C.F. 762; (1995), 102 F.T.R. 172 (1^{re} inst.); *Pfeiffer c. Canada (Surintendant des faillites)*, [1996] 3 C.F. 584; (1996), 42 C.B.R. (3d) 245; 116 F.T.R. 173 (1^{re} inst.); *University of Toronto v. Canadian Union of Education Workers, Local 2* (1988), 28 O.A.C. 295 (C. div. Ont.).

DEMANDE de contrôle judiciaire du refus d'un arbitre de se récuser dans le cadre de l'audition d'une plainte de congédiement injuste cinq jours après le début d'une instruction d'une durée prévue de 23 jours pour cause de partialité parce qu'il pratiquait à titre d'avocat en droit du travail et de l'emploi. Demande rejetée en raison de son caractère prématuré.

ONT COMPARU:

Richard J. Charney pour la demanderesse.
Guy Lemay pour le défendeur A. E. Lorenz.

Joanne Fox and Scott McCrossin for respondent
Attorney General of Canada.

Joanne Fox et Scott McCrossin pour le défendeur
Procureur général du Canada.

SOLICITORS OF RECORD:

Heenan Blaikie, Toronto, for applicant.
Lavery, de Billy, Montréal, for respondent A. E.
Lorenz.
Deputy Attorney General of Canada for respon-
dent Attorney General of Canada.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Heenan Blaikie, Toronto, pour la demanderesse.
Lavery, de Billy, Montréal, pour le défendeur
A. E. Lorenz.
Le sous-procureur général du Canada pour le
défendeur Procureur général du Canada.

*The following are the reasons for order rendered in
English by*

*Ce qui suit est la version française des motifs de
l'ordonnance rendus par*

EVANS J.:

LE JUGE EVANS:

A. INTRODUCTION

A. INTRODUCTION

[1] In this application for judicial review Air Canada asks the Court to answer the following question. Is an adjudicator appointed under the *Canada Labour Code* [R.S.C., 1985, c. L-2] to determine an unjust dismissal complaint disqualified by bias because as a practising lawyer he was at that time representing a client in an unjust dismissal claim under provincial employment standards legislation against another employer?

[1] Dans la présente demande de contrôle judiciaire, Air Canada demande à la Cour de répondre à la question suivante. Un arbitre nommé en vertu du *Code canadien du travail* [L.R.C. (1985), ch. L-2] pour trancher une plainte de congédiement injuste est-il inhabile à siéger pour cause de partialité au motif que, à titre d'avocat praticien, il représentait à ce moment-là un client ayant fait une demande fondée sur le congédiement injuste contre un autre employeur en vertu d'une loi provinciale en matière de normes du travail?

[2] Counsel submitted that these facts give rise to a reasonable apprehension of bias. An informed observer who had thought the matter through carefully and practically would reasonably think that the adjudicator might fashion an award that would assist him as a precedent in the case where he was acting as counsel. Accordingly, the Court should call an immediate halt to the proceeding before the adjudicator.

[2] L'avocat a soutenu que ces faits donnaient lieu à une crainte raisonnable de partialité. Un observateur informé qui aurait examiné la question de façon attentive et pratique penserait raisonnablement que l'arbitre pourrait formuler une décision dont il se servirait en tant que précédent dans l'affaire où il agit à titre d'avocat. Par conséquent, la Cour devrait suspendre immédiatement l'instance dont l'arbitre est saisi.

[3] Having heard full argument on this interesting question I have nonetheless decided that it would be inappropriate for the Court to make a ruling before the adjudicator has rendered a final decision on the unjust dismissal complaint. Air Canada has put the bias objection on the record and, if the adjudicator finds in favour of the employee, Air Canada will be able to apply for judicial review on the ground of bias and, at

[3] Après avoir entendu les arguments des parties sur cette question intéressante, j'ai néanmoins conclu qu'il serait inapproprié que la Cour se prononce avant que l'arbitre n'ait rendu une décision finale relativement à la plainte de congédiement injuste. Air Canada a fait inscrire au dossier son opposition fondée sur la partialité et, si l'arbitre donne gain de cause à l'employé, Air Canada pourra présenter une demande de

the same time, raise any other reviewable error that it believes that the adjudicator's award contains. Of course, if the adjudicator dismisses the complaint then the bias issue becomes moot.

B. FACTUAL BACKGROUND

[4] In April of 1997 Jacques V. Marchessault, Q.C. was appointed by Human Resources Canada under subsection 242(1) of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2 as an adjudicator to hear and determine an unjust dismissal complaint made against Air Canada by Arthur E. Lorenz, who had been a senior counsel in Air Canada's legal department.

[5] Five days of hearing were held in October 1997 on the preliminary issue of whether Mr. Lorenz was a "manager" and, as such, excluded from the Code's unjust dismissal provisions. Shortly before the hearing was to resume in early November counsel for Air Canada learned that Mr. Marchessault's practice included labour and employment law and that he was then representing an employee who was pursuing an unjust dismissal complaint under the analogous Quebec legislation against an employer that was not Air Canada.

[6] Counsel for Air Canada asked Mr. Marchessault for information about the case in which he was acting as counsel and about any other unjust dismissal cases that he was also then handling. Mr. Marchessault refused.

[7] Counsel then made a motion requesting Mr. Marchessault to recuse himself on the ground of bias. In a reasoned decision extending over five and a half single-spaced pages Mr. Marchessault reviewed the case law and concluded that his conduct did not give rise to a reasonable apprehension of bias. He declined to recuse himself.

[8] The hearing of Mr. Lorenz's complaint was stayed pending the disposition of this application for judicial review. Interlocutory motions were filed and

contrôle judiciaire fondée sur la partialité et pourra, par la même occasion, soulever toute autre erreur justifiant le contrôle que comporte la décision de l'arbitre, selon elle. Si l'arbitre rejette la plainte, la question de la partialité deviendra naturellement sans objet.

B. LES FAITS

[4] En avril 1997, Jacques V. Marchessault, c.r., a été nommé arbitre par Ressources humaines Canada en vertu du paragraphe 242(1) du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, pour qu'il se prononce sur la plainte de congédiement injuste faite contre Air Canada par Arthur E. Lorenz, qui avait été avocat principal dans le service juridique d'Air Canada.

[5] Cinq jours d'audience ont été tenus en octobre 1997 sur la question préliminaire de savoir si M. Lorenz était un «cadre» et si, à ce titre, il était exclu de l'application des dispositions du Code en matière de congédiement injuste. Peu de temps après la reprise de l'instruction au début de novembre, l'avocat d'Air Canada a appris que M. Marchessault pratiquait en droit du travail et de l'emploi et qu'il représentait à ce moment-là un employé qui avait fait une plainte de congédiement injuste contre un employeur autre qu'Air Canada en vertu de la loi québécoise analogue.

[6] L'avocat d'Air Canada a demandé à M. Marchessault des renseignements au sujet de l'affaire dans laquelle il agissait à titre d'avocat ainsi qu'au sujet de toute autre affaire de congédiement injuste dont il s'occupait également à l'époque. M. Marchessault a refusé.

[7] L'avocat a alors présenté une requête demandant à M. Marchessault de se récuser pour cause de partialité. Dans une décision motivée d'une longueur de plus de cinq pages et demi à simple interligne, M. Marchessault a examiné la jurisprudence et a conclu que sa conduite n'avait pas donné lieu à une crainte raisonnable de partialité. Il a refusé de se récuser.

[8] L'audition de la plainte de M. Lorenz a été suspendue dans l'attente de la décision relative à la présente demande de contrôle judiciaire. Des requêtes

affiants were cross-examined. Nearly two years have elapsed since any progress was made in the hearing of Mr. Lorenz's complaint. Whether Mr. Marchessault is currently representing a client or clients in unjust dismissal complaints I do not know.

C. ANALYSIS

[9] I invited counsel to make their submissions on whether this application for judicial review should be dismissed for prematurity as part of their argument on the merits, and not as a preliminary objection. Hearing the case in its entirety has provided a valuable context within which to consider the exercise of my discretion over the grant of relief.

[10] However, this does not necessarily mean that the allegation of bias should be decided before the Court considers the exercise of its remedial discretion. As Vertes J. in *Woloshyn v. Yukon Teachers Assn.*, [1999] Y.J. No. 69 (S.C.) (QL) pointed out, it would seem quite inappropriate to compel an applicant to complete an administrative hearing before a tribunal which a reviewing court has found to be disqualified by bias.

[11] But it does not follow, either, that an applicant is entitled to have a bias question determined at any time of its choosing, simply for the asking. The time and resources put into preparing the written submissions and making the oral argument are not necessarily wasted if it is not. Should the matter be brought back to the Court on the issue of bias after the tribunal has rendered its final decision, counsel will already have done most of the necessary work.

[12] It was agreed by counsel that it is within the jurisdiction of the Court on an application for judicial review alleging bias to refuse relief on the ground of prematurity. Counsel for the Attorney General submitted that it was only in the most unusual and

incidentes ont été présentées, et les auteurs des affidavits ont été contre-interrogés. Près de deux ans se sont écoulés sans que l'audition de la plainte de M. Lorenz ne progresse de quelque façon. J'ignore si M. Marchessault représente actuellement un ou des clients dans le cadre de plaintes pour congédiement injuste.

C. ANALYSE

[9] J'ai invité les avocats à présenter leurs observations sur la question de savoir si la présente demande de contrôle judiciaire devait être rejetée en raison de son caractère prématuré dans le cadre de leurs arguments au fond, et non dans le cadre d'une opposition préliminaire. Le fait d'entendre l'affaire en entier m'a fourni un contexte utile, dans lequel je peux décider si j'exerce mon pouvoir discrétionnaire en matière de redressement.

[10] Cela ne signifie toutefois pas nécessairement que l'allégation de partialité doive faire l'objet d'une décision avant que la Cour ne se prononce sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en matière de redressement. Comme le juge Vertes l'a souligné dans la décision *Woloshyn v. Yukon Teachers Assn.*, [1999] Y.J. n° 69 (C.S.) (QL), il semblerait vraiment inapproprié d'obliger un demandeur à terminer une instruction administrative devant un tribunal qu'une cour de révision a jugé inhabile à siéger pour cause de partialité.

[11] Mais il ne s'ensuit pas non plus qu'un demandeur a le droit de faire trancher une question de partialité à n'importe quel moment de son choix, sur simple demande. Le temps et les ressources consacrés à la préparation des observations écrites et à la présentation des arguments oraux ne sont pas nécessairement perdus si cette question n'est pas tranchée. Si l'affaire devait être déférée de nouveau à la Cour sur la question de la partialité après la décision finale du tribunal, l'avocat aura déjà effectué la majeure partie du travail nécessaire.

[12] Les avocats ont convenu que, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire fondée sur la partialité, la Cour avait compétence pour refuser tout redressement en raison du caractère prématuré de la demande. L'avocate du procureur général a fait valoir

exceptional cases that the Court will intervene in an administrative proceeding before the final decision has been rendered. Counsel for Air Canada, on the other hand, maintained that allegations of bias stand apart from most other grounds of review, and that the courts are less reluctant to intervene on this ground than on others before the administrative process is complete.

[13] As a general rule it is much more difficult nowadays for a litigant to persuade a court to intervene before the applicant has exhausted the available administrative remedies than it was when *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756 was decided.

[14] Thus, relief may be refused on the ground that a litigant has not taken advantage of a right of appeal to an administrative tribunal when this is an adequate alternative remedy to an application for judicial review, even when the ground of review is the wrongful denial of a participatory right in breach of the duty of fairness (*Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561), or even a substantive jurisdictional error (*Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3).

[15] Courts are similarly reluctant to intervene to review an interim or interlocutory decision prior to the conclusion of the proceeding before the administrative tribunal. There are a number of cases in which relief has been refused when the applicant has challenged the proceeding of a human rights tribunal prior to its rendering a final decision, including some involving allegations of bias: see, for example, *Ontario College of Art v. Ontario (Human Rights Commission)* (1993), 11 O.R. (3d) 798 (Div. Ct.).

[16] In other cases, however, the Court has found that an allegation of bias against a tribunal should be determined without requiring the applicant to complete the administrative hearing and await a decision: *Great*

que ce n'est que dans les cas les plus inusités et exceptionnels que la Cour interviendra dans une instance administrative avant que la décision finale ne soit rendue. L'avocat d'Air Canada a, pour sa part, soutenu que les allégations de partialité constituaient une exception à la plupart des autres motifs de contrôle et que les tribunaux hésitaient moins à intervenir pour ce motif que pour d'autres motifs avant que le processus administratif ne soit terminé.

[13] En règle générale, il est beaucoup plus difficile de nos jours pour une partie de convaincre une cour d'intervenir avant que le demandeur n'ait épuisé les recours administratifs disponibles que cela l'était lorsque l'arrêt *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756, a été rendu.

[14] Par conséquent, un redressement peut être refusé au motif qu'une partie ne s'est pas prévalu de son droit d'appel auprès d'un tribunal administratif lorsque celui-ci constitue un recours subsidiaire adéquat à une demande de contrôle judiciaire, même lorsque le motif de contrôle est la privation injuste d'un droit de participation en contravention de l'obligation d'équité (*Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561), ou même lorsque le motif est une erreur grave touchant à la compétence (*Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3).

[15] De la même manière, les cours hésitent à modifier une décision provisoire ou interlocutoire avant la fin de l'instance dont est saisi un tribunal administratif. Il existe plusieurs décisions ayant refusé le redressement demandé dans les cas où le demandeur avait contesté la procédure suivie par un tribunal des droits de la personne antérieurement à la prise de sa décision finale, dont des décisions portant sur des allégations de partialité: voir, par exemple, *Ontario College of Art v. Ontario (Human Rights Commission)* (1993), 11 O.R. (3d) 798 (C. div.).

[16] Dans d'autres affaires, toutefois, la Cour a conclu qu'il fallait se prononcer sur les allégations de partialité contre un tribunal sans exiger du demandeur qu'il termine l'audience administrative et attende la

Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Citizenship) et al. (1993), 62 O.A.C. 1 (Ont. Div. Ct.). More recently, there was found to be a reasonable apprehension of bias with respect to one of the members of a Canadian Human Rights Tribunal. The Tribunal was prohibited from proceeding with the hearing as it was then constituted, even though the hearing had lasted for approximately 40 days and was expected to take more than a few days to complete: *Zündel v. Citron*, [1999] 3 F.C. 409 (T.D.). However, the question of the prematurity of granting relief seems not to have been addressed by the Court, perhaps because the Court permitted the Tribunal to continue without the disqualified member.

[17] I should make it clear that, unlike the cases cited above (with the exception of *Zündel*), there is in this case no broad statutory right of appeal from the adjudicator to another administrative tribunal or to this Court. Nor is this a case where non-intervention can be justified by the policy of curial deference to the expertise of administrative tribunals. Despite *dicta* to the contrary in *Refrigeration Workers Union, Local 516 and Labour Relations Board of British Columbia et al., Re* (1986), 27 D.L.R. (4th) 676 (B.C.C.A.), at pages 681-682, whether Mr. Marchessault is disqualified for bias must be decided independently by a reviewing court on a standard of correctness. Nor is this a case where a better record will be compiled for the conduct of the judicial review on the ground of bias if it is postponed until after the adjudicator has rendered his final decision.

[18] Rather, the exercise of the Court's discretion here turns principally on a weighing of two competing considerations. On the one hand are the possible hardships caused to Air Canada, and the time and resources that will have been wasted, if the bias question is not determined prior to the completion of the proceeding before the adjudicator. On the other hand, there are the adverse consequences of delaying the administrative process and of countenancing a multiplicity of litigation.

décision: *Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Citizenship) et al.* (1993), 62 O.A.C. 1 (C. div. Ont.). Plus récemment, on a conclu qu'il y avait une crainte raisonnable de partialité relativement à l'un des membres d'un tribunal canadien des droits de la personne. On a interdit au tribunal de tenir l'instruction avec la même formation, même si l'instruction avait duré environ 40 jours et ne devait se terminer que plusieurs jours après: *Zündel c. Citron*, [1999] 3 C.F. 409 (1^{re} inst.). La question du caractère prématuré de l'octroi d'un redressement ne semble toutefois pas avoir été abordée par la Cour, peut-être parce que la Cour a permis au tribunal de poursuivre en l'absence du membre inhabile à siéger.

[17] Je dois souligner que, contrairement aux affaires susmentionnées (à l'exception de *Zündel*), il n'y a en l'espèce aucun droit d'appel de portée générale conféré par la loi d'une décision de l'arbitre auprès d'un autre tribunal administratif ou de la Cour. Il ne s'agit pas non plus d'une affaire où l'absence d'intervention peut être justifiée par le principe de la retenue judiciaire face à l'expertise des tribunaux administratifs. Malgré les remarques incidentes contraires dans l'arrêt *Refrigeration Workers Union, Local 516 and Labour Relations Board of British Columbia et al., Re* (1986), 27 D.L.R. (4th) 676 (C.A.C.-B.), aux pages 681 et 682, la question de savoir si M. Marchessault est inhabile à siéger doit être tranchée de façon indépendante par une cour de révision appliquant la norme de la décision correcte. Il ne s'agit pas non plus d'une affaire où le dossier sera plus étoffé pour les fins du contrôle judiciaire relativement à la question de la partialité si ce dernier est retardé jusqu'à ce que l'arbitre ait rendu sa décision finale.

[18] Au contraire, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour repose principalement sur l'examen de deux éléments contradictoires. D'une part, il y a les préjudices éventuels causés à Air Canada ainsi que le temps et les ressources qui auront été gaspillés si la question de la partialité n'est pas tranchée avant la fin de l'instance dont est saisi l'arbitre. D'autre part, il y a les conséquences négatives liées au fait de retarder le processus administratif et de favoriser l'existence d'une multitude de litiges.

(i) The factors to be considered

(a) hardship to the applicant

[19] Counsel submitted that an allegation of bias casts a cloud over the legitimacy of the entire proceeding before the adjudicator, and to require Air Canada to push through to the end without having this question resolved would impose serious hardships. A party should not be subject to the exercise of legal powers by a tribunal whose very authority to hear the dispute the party has called into question.

[20] This factor cannot be determinative, however, because otherwise a reviewing court would always have to decide allegations of bias and to award relief when they are upheld, even though raised before the completion of the administrative process. This would mean, in effect, that a court would have no discretion to dismiss an application for judicial review for prematurity when bias is alleged or, putting it another way, an allegation of bias always constitutes “exceptional circumstances” justifying judicial intervention before the administrative process is complete. In my opinion this is not the law.

[21] Further, counsel argued, even if the adjudicator ultimately decides in favour of Air Canada he may make rulings in his reasons that are adverse to it, which it has no means of challenging, whether by an application for judicial review or otherwise. This does not seem to me to be a particularly pressing concern.

(b) waste

[22] Air Canada raised the bias allegation on what would have been the sixth day of a hearing that is predicted to last for a total of 23 days. If Air Canada is required to postpone its challenge to the proceeding on the ground of the adjudicator’s apprehended bias until the end of that hearing, and its application is then successful, the resources devoted to the last 18 days of the hearing will have been wasted.

(i) Les facteurs devant être examinés

a) le préjudice subi par la demanderesse

[19] L’avocat a soutenu qu’une allégation de partialité remettait en cause la légitimité de toute l’instance dont est saisi l’arbitre et que le fait d’obliger Air Canada à continuer jusqu’à la fin sans que cette question ne soit résolue aurait pour effet de causer de graves préjudices. Une partie ne devrait pas faire l’objet de l’exercice des pouvoirs conférés par la loi à un tribunal dont la compétence même pour entendre le litige a été mise en doute par cette partie.

[20] Ce facteur ne peut toutefois pas être déterminant, car, s’il en était autrement, une cour de révision aurait toujours l’obligation de se prononcer sur les allégations de partialité et d’accorder un redressement lorsqu’elle conclurait à leur bien-fondé, même si celles-ci étaient faites avant la fin du processus administratif. En pratique, cela signifierait qu’une cour n’a pas le pouvoir discrétionnaire de rejeter une demande de contrôle judiciaire fondée sur la partialité en raison de son caractère prématuré ou, autrement dit, qu’une allégation de partialité constitue toujours une «circonstance exceptionnelle» qui justifie l’intervention judiciaire avant la fin du processus administratif. Je suis d’avis que tel n’est pas l’état du droit.

[21] L’avocat a également prétendu que, même si l’arbitre donnait finalement gain de cause à Air Canada, il était susceptible de rendre des décisions qui seraient défavorables à cette dernière dans le cadre de ses motifs et que celle-ci n’aurait aucun moyen de contester, que ce soit par voie de demande de contrôle judiciaire ou autrement. Cela ne me semble pas être une préoccupation particulièrement urgente.

b) le gaspillage

[22] Air Canada a soulevé la question de la partialité lors de ce qui aurait été le sixième jour d’une instruction dont la durée totale prévue est de 23 jours en tout. Si Air Canada est obligée de retarder sa contestation de l’instance, qui est fondée sur la crainte de partialité de l’arbitre, jusqu’à la fin de cette instruction et que sa demande est ensuite accueillie, les ressources consacrées aux 18 derniers jours de l’instruction auront été gaspillées.

[23] This concern is only relevant, however, if Air Canada is found to have dismissed Mr. Lorenz unjustly, something that is still in the realm of the unknown.

(c) delay

[24] There is no doubt that the completion of the hearing before the adjudicator has been delayed by Air Canada's application for judicial review: the last day on which the merits of Mr. Lorenz's complaint was heard was in October 1997, nearly two years ago. Thus, if Air Canada's application is unsuccessful on the merits, it will nonetheless have delayed the determination of the substantive issues in Mr. Lorenz's complaint.

[25] Delay should be considered as a factor as it may affect not only the parties in this particular case, but also the conduct of other administrative proceedings. If the Court were to decide Air Canada's allegation of bias prior to the completion of the administrative process it is all too likely that participants in other administrative proceedings may resort to judicial review on this ground for the purpose of delaying the proceedings, or forcing the more vulnerable party to surrender or settle.

(d) fragmentation

[26] A determination of Air Canada's bias allegation at this time may also proliferate litigation. If the allegation were found to be misconceived then, when the ultimate decision is made by another adjudicator, an aggrieved party could make a second application for judicial review on other issues. Fragmentation of the issues raised by an administrative proceeding is wasteful of court resources and unduly burdens the administration of public programs.

(e) strength of the case

[27] The potential harmful consequences of deciding or not deciding the merits of this application for judicial review prior to the determination of the

[23] Cette préoccupation n'est cependant pertinente que s'il est conclu qu'Air Canada a congédié injustement M. Lorenz, ce qu'on ne sait toujours pas.

c) le retard

[24] Il ne fait aucun doute que l'achèvement de l'instruction devant l'arbitre a été retardé par la demande de contrôle judiciaire présentée par Air Canada: le dernier jour où la plainte de M. Lorenz a été entendue sur le fond était en octobre 1997, il y a presque deux ans. Par conséquent, si la demande d'Air Canada est rejetée quant au fond, elle aura néanmoins retardé la décision sur les questions de fond soulevées par la plainte de M. Lorenz.

[25] Le retard est un facteur dont il faut tenir compte, étant donné qu'il peut toucher non seulement les parties à la présente affaire, mais aussi la conduite d'autres instances administratives. Si la Cour devait se prononcer avant la fin du processus administratif sur les allégations de partialité faites par Air Canada, il n'est que trop probable que des parties à d'autres instances administratives recourent à la demande de contrôle judiciaire fondée sur ce motif en vue de retarder les procédures ou de forcer les parties plus vulnérables à abandonner ou à régler le litige.

d) la division

[26] Le fait de se prononcer maintenant sur l'allégation de partialité faite par Air Canada est également susceptible de donner lieu à la multiplication des procédures. Si l'allégation était alors jugée mal fondée, une partie s'estimant lésée par la décision finale rendue par un autre arbitre pourrait déposer une seconde demande de contrôle judiciaire, relativement à d'autres questions. La division des questions soulevées lors d'une instance administrative constitue un gaspillage des ressources judiciaires et impose un fardeau indû pour l'administration des programmes publics.

e) le bien-fondé des prétentions

[27] Les effets préjudiciables du fait de décider ou non du bien-fondé de la présente demande de contrôle judiciaire avant l'issue du processus administratif

administrative process are largely premised on the eventual success or failure of the allegation of bias. It is therefore appropriate to consider the strength of the case made by the applicant.

[28] Counsel for Air Canada conceded that the question on which he has asked the Court to rule is largely one of first impression. While there is no authority directly on point, he argued that in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, the Supreme Court of Canada expressed the view that, in the absence of adequate safeguards, the appointment of part-time judges who continued their legal practice breached the constitutional requirement of institutional impartiality and independence.

[29] It is an open question whether similar concerns are applicable to specialized administrative tribunals. For example, a consequence of a finding that Mr. Marchessault was disqualified by bias from acting as an adjudicator in this case would be that lawyers practising labour and employment law would be generally ineligible for an appointment under section 240 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15] of the *Canada Labour Code*. This might result in the loss of a valuable source of relevant expertise. However, in the absence of any evidence about the frequency with which adjudicators are appointed from the ranks of practising labour and employment lawyers I can make no finding on this point.

[30] Of course, a claim is not doomed to failure by virtue of its legal novelty or the practical fall out from its success. Nonetheless, the fact is that no court appears to have been called upon before to rule on the question raised by Air Canada in this proceeding. This may be some evidence that at least labour and employment law practitioners do not regard combining the duties of an adjudicator and a lawyer practising in the area as giving rise to a reasonable apprehension of bias, especially when, as here, the adjudicator in his legal practice represents both management and employees.

reposit en grande partie sur le succès ou l'échec de l'allégation de partialité. Il est donc opportun d'examiner le bien-fondé des prétentions de la demanderesse.

[28] L'avocat d'Air Canada a reconnu que la question sur laquelle il a demandé à la Cour de se prononcer est en grande partie fondée sur une première impression. Bien qu'il n'y ait aucun arrêt portant directement sur cette question, il a prétendu que, dans l'arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, la Cour suprême du Canada avait exprimé l'avis qu'en l'absence de mesures de protection adéquates, la nomination de juges à temps partiel qui continuaient à pratiquer le droit ne respectait pas l'exigence constitutionnelle d'impartialité institutionnelle et d'indépendance.

[29] La question de savoir si les préoccupations de cette nature s'appliquent aux tribunaux administratifs spécialisés est discutable. Par exemple, la conclusion que M. Marchessault est inhabile à siéger en tant qu'arbitre en l'espèce aurait pour effet que les avocats qui pratiquent en droit du travail et de l'emploi ne seraient généralement pas admissibles à être nommés en vertu de l'article 240 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 15] du *Code canadien du travail*. Cela pourrait entraîner la perte d'une source précieuse d'expertise pertinente. Cependant, en l'absence de preuve relative à la fréquence où les arbitres sont choisis parmi les avocats pratiquant en droit du travail et de l'emploi, je ne peux tirer aucune conclusion sur cette question.

[30] Bien entendu, une demande n'est pas automatiquement rejetée en raison de sa nouveauté en droit ou des conséquences pratiques de son succès. Il n'en demeure pas moins qu'aucune cour ne paraît avoir déjà dû se prononcer sur la question soulevée par Air Canada en l'espèce. Cela peut tendre à démontrer qu'au moins certains praticiens en droit du travail et de l'emploi ne considèrent pas que le fait que la même personne ait la fonction d'arbitre et celle d'avocat praticien dans ce domaine donne lieu à une crainte raisonnable de partialité, surtout lorsque, comme en l'espèce, l'arbitre représente tant la direction que les employés dans sa pratique du droit.

[31] However, I should state again that there was no evidence before me about the prevalence of the appointment of adjudicators who actively practise labour and employment law. Hence, I do not know how often this occurs. Indeed, the only evidence in the record on the issue is the expression of surprise by a partner in the law firm representing Air Canada in this matter that an adjudicator was also actively practising labour and employment law. This suggests that it may be unusual for adjudicators also to represent clients in this area of the law.

[32] Air Canada did not satisfy me that this is a clear and obvious case of bias. On the other hand, it clearly cannot be characterized as frivolous either. The concerns expressed in *Lippé, supra*, and, to a lesser extent, codes of ethics from other jurisdictions put into evidence by counsel, suggest that Air Canada's allegation of bias is by no means fanciful.

(f) statutory context

[33] The factors outlined above must be evaluated, not only on the basis of the facts of the particular case, but also in the context of the statutory scheme from which the application for judicial review arises. Parliament conferred on adjudicators, appointed *ad hoc*, jurisdiction to determine unjust dismissal complaints in order to minimize the expense and delays that dismissed employees, often still out of work and typically far from being among the highest income earners, could have expected to encounter in the courts. The absence of a right of appeal and the inclusion of a strong preclusive provision in the Code (section 243) evidence a legislative intention to keep to a minimum judicial oversight of the proceedings before adjudicators.

[34] While timing may not have quite the same significance in unjust dismissal cases as it does in industrial disputes and contested union certifications, it would seem quite inconsistent with the unjust dismissal provisions in the Code for the Court to

[31] Je dois cependant répéter que je n'étais saisi d'aucune preuve au sujet de la proportion des nominations d'arbitres qui pratiquent activement en droit du travail et de l'emploi. Je ne sais donc pas à quelle fréquence cela se produit. En effet, le seul élément de preuve qui figure au dossier sur cette question est la surprise manifestée par un associé du bureau d'avocats représentant Air Canada en l'espèce relativement au fait que l'arbitre pratiquait aussi de façon active en droit du travail et de l'emploi. Cela indique qu'il est peut-être inhabituel pour les arbitres de représenter par ailleurs des clients dans ce domaine de droit.

[32] Air Canada ne m'a pas convaincu qu'il s'agissait d'un cas manifeste de partialité. Par ailleurs, il est clair que cette question ne peut pas non plus être qualifiée de frivole. Les préoccupations exprimées dans l'arrêt *Lippé*, précité, et, dans une moindre mesure, les codes de déontologie que l'on retrouve dans d'autres juridictions et qui ont été produits en preuve par l'avocat indiquent que l'allégation de partialité faite par Air Canada n'était aucunement exagérée.

f) le contexte législatif

[33] Les facteurs susmentionnés doivent être évalués non seulement à la lumière des faits de l'espèce, mais aussi dans le contexte du régime législatif dont découle la demande de contrôle judiciaire. Le législateur a conféré aux arbitres, qui sont nommés *ad hoc*, la compétence pour trancher les plaintes de congédiement injuste afin de minimiser les frais et les délais auxquels auraient pu s'attendre à faire face auprès des tribunaux les employés congédiés, qui sont souvent sans emploi et qui sont généralement loin de se situer parmi ceux qui gagnent les revenus les plus élevés. L'absence de droit d'appel et l'inclusion d'une disposition limitative étanche dans le Code (article 243) démontre l'intention du législateur de ne conserver qu'un examen judiciaire minimal des instances dont sont saisis les arbitres.

[34] Bien que le facteur temps n'ait peut-être pas tout à fait la même importance dans les affaires de congédiement injuste que dans les litiges industriels et les accréditations syndicales contestées, la Cour semblerait vraiment agir de façon incompatible avec

exercise its discretion in a way that potentially increases delays and the costs of adjudication.

[35] Accordingly, in my opinion the avoidance of delay and fragmentation of the issues are factors that should be regarded in the context of this statutory scheme as carrying considerable weight. Thus, even when an adjudicator is impugned for bias, it will be the rare case indeed when the Court should determine the merits of the claim prior to the release of the adjudicator's ultimate decision, such as when the allegation reveals a very clear case of bias and the issue arises at the outset of a hearing that is scheduled to last for a significant length of time.

(ii) The jurisprudence

[36] Previous jurisprudence involving judicial discretion can provide valuable guidance on the test to be applied and the general approach to be taken to the exercise of that discretion. It can also identify the factors that a judge should take into account when making a decision. However, an examination of the actual disposition of particular cases is apt to yield only limited and indirect assistance on the way in which the discretion ought to be exercised in a given case. The factual and legal matrices of each case makes generalization difficult.

[37] There is judicial authority on the test to be applied on an application for judicial review when the applicant has alleged that an administrative tribunal was biased, and there is no right of appeal from that tribunal to another administrative body. Thus, it has been said that a court should only intervene before the tribunal has rendered its final decision in "exceptional circumstances" (*University of Toronto v. Canadian Union of Education Workers, Local 2* (1988), 28 O.A.C. 295 (Ont. Div. Ct.), at page 306), in "exceptional or extraordinary circumstances" (*Ontario College of Art v. Ontario (Human Rights Commission)*, *supra*, at page 799), or where the attack is on the "very existence of the tribunal" (*Pfeiffer v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)*, [1996] 3 F.C. 584

les dispositions du Code en matière de congédiement injuste en exerçant son pouvoir discrétionnaire de manière susceptible d'accroître les retards et les coûts liés à l'arbitrage.

[35] Je suis donc d'avis que l'évitement des retards et la division des questions en litige constituent des facteurs qui doivent être considérés comme ayant beaucoup de poids dans le contexte de ce régime législatif. Par conséquent, lorsque la compétence d'un arbitre est contestée pour cause de partialité, ce n'est que très rarement, en fait, que la Cour devra déterminer le bien-fondé de la demande avant le prononcé de la décision finale de cet arbitre, comme lorsque l'allégation indique l'existence d'un cas très manifeste de partialité et que la question est soulevée au début d'une instruction que l'on prévoit durer longtemps.

(ii) La jurisprudence

[36] Les décisions antérieures portant sur le pouvoir discrétionnaire peuvent fournir des indications utiles quant au critère à appliquer et à la méthode devant généralement être suivie relativement à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Elles peuvent également indiquer les facteurs dont un juge doit tenir compte lorsqu'il rend une décision. Toutefois, l'examen du dispositif de décisions particulières ne peut, en soi, fournir qu'une aide limitée et indirecte à l'égard de la manière dont le pouvoir discrétionnaire devrait être exercé dans une affaire donnée. Le fondement factuel et juridique de chaque affaire rend difficile toute généralisation.

[37] Il y a des arrêts portant sur le critère à appliquer à l'égard d'une demande de contrôle judiciaire lorsque le demandeur prétend qu'un tribunal administratif était partial et qu'il n'existe aucun droit d'appel des décisions de ce tribunal auprès d'un autre organisme administratif. Il a ainsi été dit qu'une cour ne devait intervenir avant que le tribunal n'ait rendu sa décision finale que dans des [TRADUCTION] «circonstances exceptionnelles» (*University of Toronto v. Canadian Union of Education Workers, Local 2* (1988), 28 O.A.C. 295 (C. div. Ont.), à la page 306), dans des [TRADUCTION] «circonstances exceptionnelles ou extraordinaires» (*Ontario College of Art v. Ontario (Human Rights Commission)*), précité, à la page 799), ou lorsque la question est dirigée à l'encontre de

(T.D.), page 596).

[38] In other words, the test applied when other grounds of review are asserted is equally applicable to allegations of bias. However, judicial review for bias does not engage the policy either of curial deference to the expertise of the tribunal, or of postponing review until a complete factual record is compiled. Accordingly, I accept that the burden of demonstrating the existence of “exceptional circumstances” may be somewhat easier to discharge when the impartiality of the tribunal is impeached in judicial review proceedings before the administrative process has run its course than it is when the applicant alleges other reviewable errors.

[39] Nonetheless, I find no authority for the proposition that an allegation of bias *ipso facto* constitutes “exceptional circumstances” justifying judicial review before the tribunal has rendered its final decision. With respect, I cannot agree with the proposition advanced by my colleague Muldoon J. in *Con-Way Central Express Inc. v. Armstrong et al.* (1997), 153 F.T.R. 161 (F.C.T.D.), at page 163 that the fact that an application for judicial review raises “a question of jurisdiction” brings it within the “special circumstances” category.

[40] Although a case in which the applicant had a right of appeal to another tribunal, *Canadian Pacific, supra*, would appear clearly to indicate that the “jurisdictional” nature of a ground of review does not in itself deprive a reviewing court of its discretion in the exercise of its supervisory jurisdiction.

[41] Counsel for Air Canada also relied on the statement by Cory J. in *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, at page 645 that when “a reasonable apprehension of bias has been established”, the ensuing decision of the tribunal “cannot be simply voidable and rendered valid as a result of the

«l’existence même du tribunal» (*Pfeiffer c. Canada (Surintendant des faillites)*, [1996] 3 C.F. 584 (1^{re} inst.), à la page 596).

[38] En d’autres termes, le critère utilisé lorsque d’autres motifs de contrôle sont invoqués s’applique de la même manière aux allégations de partialité. Cependant, le contrôle judiciaire pour cause de partialité ne rend pas applicable le principe de la retenue judiciaire face à l’expertise du tribunal, ni celui voulant que le contrôle soit retardé jusqu’à ce que tous les faits figurent au dossier. Par conséquent, je conviens qu’il peut être un peu plus facile de relever le fardeau de démontrer l’existence de «circonstances exceptionnelles» lorsque l’impartialité du tribunal est contestée par voie de demande de contrôle judiciaire présentée avant la fin du processus administratif que lorsque le demandeur invoque d’autres erreurs justifiant le contrôle.

[39] Je ne trouve néanmoins aucun arrêt appuyant la proposition qu’une allégation de partialité constitue *ipso facto* des «circonstances exceptionnelles» qui justifient un contrôle judiciaire avant que le tribunal n’ait rendu sa décision finale. Avec égards, je ne peux pas souscrire à la proposition mise de l’avant par mon collègue le juge Muldoon dans *Con-Way Central Express Inc. c. Armstrong et al.* (1997), 153 F.T.R. 161 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 163, selon laquelle le fait qu’une demande de contrôle judiciaire soulève «une question de compétence» la situe dans la catégorie des «circonstances spéciales».

[40] Même un arrêt où le demandeur avait un droit d’appel auprès d’un autre tribunal, soit l’arrêt *Canadien Pacifique*, précité, paraît indiquer clairement que le fait que le motif de contrôle touche à la compétence ne prive pas en soi une cour de révision de sa discrétion dans l’exercice de son pouvoir de surveillance.

[41] L’avocat d’Air Canada a également invoqué la déclaration faite par le juge Cory dans l’arrêt *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, à la page 645, selon laquelle «du moment que la crainte raisonnable de partialité est établie», la décision du tribunal y faisant suite «ne peut être simple-

subsequent decision of the tribunal”. However, these comments are not relevant to the issue in this case where no finding of bias has been made; they do not speak to the discretion of the Court to dismiss an application for prematurity without determining whether a reasonable apprehension of bias existed.

[42] Counsel for Air Canada sought to distinguish the cases in which the Court had declined to intervene on grounds of prematurity where bias was alleged and where there was no right to an administrative appeal. For example, in the *Ontario College of Art* case, *supra*, the bias alleged was that of the officer appointed by the Ontario Human Rights Commission to investigate the complaint, not of the board of inquiry appointed to adjudicate it. The board was presumably capable of taking into account in its determination any possible bias by Commission staff.

[43] In *Coopers & Lybrand Ltd. v. Wacyk* (1996), 23 C.C.E.L. (2d) 165 (Ont. Div. Ct.), counsel pointed out, the application for judicial review had been filed 13 months after the impugned decision had been made. However, the Court did not mention in its discussion of the prematurity issue the late filing of the application as a reason for refusing relief. Instead, it simply relied on the case law establishing that only in exceptional circumstances will relief be granted before the tribunal has made its final decision. Obviously, the allegation of bias and the absence of any right of appeal from the tribunal were regarded as insufficient in *Coopers & Lybrand* to constitute “exceptional circumstances”.

[44] A reviewing court may also be more willing to intervene when the applicant alleges that the tribunal’s enabling statute is constitutionally flawed: *Pfeiffer v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)*, *supra*; *Cannon v. Canada (Assistant Commissioner, RCMP)*, [1998] 2 F.C. 104 (T.D.). However, even in these

ment annulable et être validée ensuite par la décision subséquente du tribunal». Ces observations ne sont toutefois pas pertinentes à l’égard de la question en litige en l’espèce puisqu’aucune conclusion de partialité n’a été tirée; elles ne s’appliquent pas au pouvoir discrétionnaire de la Cour de rejeter une demande en raison de son caractère prématuré sans déterminer si une crainte raisonnable de partialité existait.

[42] L’avocat d’Air Canada a tenté de faire la distinction d’avec les décisions dans lesquelles la Cour avait refusé d’intervenir en raison du caractère prématuré lorsque la partialité était alléguée et qu’il n’y avait aucun droit d’appel administratif. Par exemple, dans l’affaire *Ontario College of Art*, précitée, l’allégation portait sur la partialité de l’agent nommé par la Commission des droits de la personne de l’Ontario pour enquêter sur la plainte, et non sur celle de la commission d’enquête nommée pour se prononcer sur cette plainte. Il était présumé que la commission était capable de tenir compte, dans sa décision, de toute partialité possible de la part de son personnel.

[43] L’avocat a fait remarquer que, dans l’affaire *Coopers & Lybrand Ltd. v. Wacyk* (1996), 23 C.C.E.L. (2d) 165 (C. div. Ont.), la demande de contrôle judiciaire avait été déposée 13 mois après que la décision contestée eut été rendue. Lorsqu’elle a examiné la question du caractère prématuré, la Cour n’a toutefois pas indiqué que le dépôt tardif de la demande constituait un motif pour refuser le redressement. La Cour s’est plutôt contentée de s’appuyer sur les décisions ayant établi qu’un redressement ne devait être accordé avant que le tribunal ait rendu sa décision finale que dans des circonstances exceptionnelles. Il est évident que l’allégation de partialité et l’absence de droit d’appel contre les décisions du tribunal ont été considérées comme insuffisantes dans *Coopers & Lybrand* pour constituer des «circonstances exceptionnelles».

[44] Une cour de révision peut aussi être plus encline à intervenir dans les cas où le demandeur prétend que la loi habilitante du tribunal n’est pas conforme à la Constitution: *Pfeiffer c. Canada (Surintendant des faillites)*, précité; *Cannon c. Canada (Commissaire adjoint, GRC)*, [1998] 2 C.F. 104

circumstances a challenge may be dismissed for prematurity if more factual material is required in order properly to address the question of the tribunal's independence: *Bissett v. Canada (Minister of Labour)*, [1995] 3 F.C. 762 (T.D.).

[45] Counsel for Air Canada also relied heavily on the dissenting judgment in *Howe v. Institute of Chartered Accountants of Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 483 (C.A.), at pages 502-507, where Laskin J.A. held that a failure to disclose the report of an investigation of a complaint to a professional regulatory body constituted a breach of the duty of fairness and that the application for judicial review was not premature. However, in that case it was also said (at page 506) that:

There would be no fragmenting or protracting of the proceedings since the hearing has not started.

[46] This is not, of course, the situation in our case where five days of hearings have already been held. Moreover, to the extent that Laskin J.A.'s judgment rested on an assumption that courts should generally be ready to intervene whenever a jurisdictional error is alleged, including a denial of procedural fairness, it has been weakened by the subsequent decision of the Supreme Court of Canada in the *Canadian Pacific* case, *supra*.

D. CONCLUSION

[47] It is not, of course, disputed that Air Canada has a right to a fair hearing before an adjudicator that is free from any reasonable apprehension of bias. The question, here, however, is the point in the administrative process at which the applicant is entitled to a determination of its allegation and the grant of relief if it is upheld.

[48] In my opinion the substantial delay that has arisen from this application for judicial review is a vivid illustration of the dangers of a practice that, in all but truly exceptional circumstances, does not seek

(1^{re} inst.). Cependant, même dans de tels cas, une contestation peut être rejetée en raison de son caractère prématuré si plus de documents factuels sont requis afin d'examiner correctement la question de l'indépendance du tribunal: *Bissett c. Canada (Ministre du travail)*, [1995] 3 C.F. 762 (1^{re} inst.).

[45] L'avocat d'Air Canada a également insisté fortement sur les motifs dissidents du juge Laskin dans l'arrêt *Howe v. Institute of Chartered Accountants of Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 483 (C.A.), aux pages 502 à 507, où celui-ci a conclu que l'omission de divulguer le rapport d'enquête sur une plainte à un organisme de réglementation professionnel constituait un manquement à l'obligation d'équité et que la demande de contrôle judiciaire n'était pas prématurée. Cependant, il a aussi été dit dans cet arrêt (à la page 506) que:

[TRADUCTION] Il n'y aurait aucune division ni prolongation des procédures puisque l'instruction n'avait pas commencé.

[46] Cela n'est évidemment pas le cas dans la présente affaire, où cinq jours d'audience ont déjà eu lieu. De plus, dans la mesure où les motifs du juge Laskin reposaient sur la prémisse que les tribunaux doivent généralement être prêts à intervenir chaque fois qu'une erreur de compétence est alléguée, y compris la privation de l'équité procédurale, ces motifs ont été atténués par la décision rendue par la suite par la Cour suprême du Canada dans *Canadien Pacifique*, précité.

D. CONCLUSION

[47] On ne conteste naturellement pas le droit d'Air Canada d'avoir une audience équitable devant un arbitre qui ne fait pas l'objet d'une crainte raisonnable de partialité. La question qui se pose toutefois en l'espèce est de savoir à quel moment, dans le processus administratif, le demandeur a droit à une décision sur son allégation et à l'octroi d'un redressement s'il a gain de cause.

[48] Je suis d'avis que le retard important qui a découlé de la présente demande de contrôle judiciaire constitue un exemple frappant des dangers d'une pratique qui, sauf dans des cas vraiment exceptionnels,

firmly to discourage applications for judicial review before an administrative tribunal has rendered its decision. Delay of this kind is antithetical to the legislative purpose underlying the creation of a specialized tribunal to adjudicate the claims of dismissed employees that their dismissal was unjust. Fragmentation of the issues in multiple litigation remains a real possibility.

[49] The fact that the proceeding before the adjudicator was already well under way mitigates the waste factor in the exercise of discretion, even though the hearing had only gone for about a quarter of its projected length. The possibility of waste is also reduced by the fact that it cannot be said that it is plain and obvious in law that the adjudicator's activities disqualified him on the ground of bias.

[50] A non-frivolous allegation of bias that falls short of a cast-iron case does not *per se* constitute "exceptional circumstances", even when the hearing before the tribunal is still some way from completion, and there is no broad right of appeal from the tribunal. Nor is it to be equated with a constitutional attack on the "very existence of a tribunal" considered in *Pfeiffer v. Canada (Superintendent of Bankruptcy)*, *supra*.

[51] For these reasons the application for judicial review is dismissed.

ne cherche pas à décourager fortement la présentation de demandes de contrôle judiciaire avant que le tribunal administratif n'ait rendu sa décision. Un retard de ce genre est incompatible avec l'objet de la loi qui est sous-jacent à la création d'un tribunal spécialisé dont le rôle est de se prononcer sur les demandes présentées par les employés congédiés au motif que leur congédiement était injuste. La division des questions en une multitude de litiges demeure une possibilité réelle.

[49] Le fait que l'instance dont était saisi l'arbitre était bien enclenchée atténue le facteur du gaspillage dans le cadre de l'exercice du pouvoir discrétionnaire, même si l'audience n'en était qu'au quart de sa durée prévue. La possibilité de gaspillage est également atténuée par le fait qu'on ne peut pas dire qu'il est manifeste en droit que les actes de l'arbitre le rendaient inhabile à siéger pour cause de partialité.

[50] Une allégation non frivole de partialité qui n'est pas appuyée par une preuve blindée ne constitue pas en soi des «circonstances exceptionnelles», même lorsque la fin de l'instruction devant le tribunal n'est pas proche et qu'il n'y a aucun droit d'appel de portée générale contre les décisions du tribunal. Une telle allégation n'équivaut pas non plus à la contestation constitutionnelle à l'encontre de «l'existence même du tribunal» qui a été examinée dans l'arrêt *Pfeiffer c. Canada (Surintendant des faillites)*, précité.

[51] Pour les présents motifs, la demande de contrôle judiciaire est rejetée.