

Wayne Penner *Appellant*

v.

Regional Municipality of Niagara Regional Police Services Board, Gary E. Nicholls, Nathan Parker, Paul Koscinski and Roy Federkow *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Urban Alliance on Race Relations, Criminal Lawyers' Association (Ontario), British Columbia Civil Liberties Association, Canadian Police Association and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: PENNER v. NIAGARA (REGIONAL POLICE SERVICES BOARD)

2013 SCC 19

File No.: 33959.

2012: January 11; 2013: April 5.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Civil procedure — Issue estoppel — Administrative law — Police disciplinary proceedings — Complaint alleging police misconduct brought under Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15 (“PSA”) — Civil action for damages arising from same incident also commenced — PSA hearing officer finding no misconduct and dismissing complaint — Motion judge and Court of Appeal exercising discretion to apply issue estoppel to bar civil claims on basis of hearing officer’s decision — Whether public policy rule precluding applicability of issue estoppel to police disciplinary hearings should be created — Whether unfairness arises from application of issue estoppel in this case.

Wayne Penner *Appelant*

c.

Commission régionale de services policiers de la municipalité régionale de Niagara, Gary E. Nicholls, Nathan Parker, Paul Koscinski et Roy Federkow *Intimés*

et

Procureur général de l’Ontario, Alliance urbaine sur les relations interraciales, Criminal Lawyers’ Association (Ontario), Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Association canadienne des policiers et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : PENNER c. NIAGARA (COMMISSION RÉGIONALE DE SERVICES POLICIERS)

2013 CSC 19

N° du greffe : 33959.

2012 : 11 janvier; 2013 : 5 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell et Karakatsanis.

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

Procédure civile — Préclusion découlant d’une question déjà tranchée — Droit administratif — Procédures disciplinaires relatives à la police — Plainte alléguant l’inconduite policière déposée en vertu de la Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15 (« LSP ») — Action civile en réclamation de dommages-intérêts aussi intentée relativement au même incident — Agent d’audience nommé en application de la LSP conclut à l’absence d’inconduite et rejette la plainte — Exercice par le juge des motions et par la Cour d’appel de leur pouvoir discrétionnaire d’appliquer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée pour bloquer les demandes civiles compte tenu de la décision de l’agent d’audience — Faudrait-il créer une règle d’intérêt public pour empêcher l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée relativement aux décisions disciplinaires relatives à la police? — L’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée entraîne-t-elle une iniquité en l’espèce?

P was arrested for disruptive behaviour in an Ontario courtroom. He filed a complaint against two police officers under the *Police Services Act* (“PSA”), alleging unlawful arrest and unnecessary use of force. He also started a civil action claiming damages arising out of the same incident. The hearing officer appointed by the Chief of Police under the PSA found the police officers not guilty of misconduct and dismissed the complaint. That decision was reversed on appeal by the Ontario Civilian Commission on Police Services on the basis that the arrest was unlawful. On further appeal, the Ontario Divisional Court concluded that the officers had legal authority to make the arrest and restored the hearing officer’s decision. The police respondents then successfully moved in the Superior Court of Justice to have many of the claims in the civil action struck on the basis of issue estoppel. While finding several factors weighed against the application of issue estoppel, the Ontario Court of Appeal concluded that applying the doctrine would not work an injustice in this case and dismissed P’s appeal.

Held (LeBel, Abella and Rothstein JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Fish, Cromwell and Karakatsanis JJ.: It is neither necessary nor desirable to create a rule of public policy excluding police disciplinary hearings from the application of issue estoppel. The doctrine of issue estoppel allows for the exercise of discretion to ensure that no injustice results; it calls for a case-by-case review of the circumstances to determine whether its application would be unfair or unjust even where, as here, the preconditions for its application have been met. There is no reason to depart from that approach. However, in the circumstances of this case, it was unfair to P to apply issue estoppel to bar his civil action on the basis of the hearing officer’s decision. The Court of Appeal erred in its analysis of the significant differences between the purpose and scope of the two proceedings, and failed to consider the reasonable expectations of the parties about the impact of the proceedings on their broader legal rights.

The legal framework governing the exercise of the discretion not to apply issue estoppel is set out in

P a été arrêté parce qu’il aurait eu un comportement perturbateur dans une salle d’audience en Ontario. Il a déposé une plainte contre deux agents de police, en vertu de la *Loi sur les services policiers* (« LSP »), pour arrestation illégale et usage de force injustifié. Il a également intenté une action civile en réclamation de dommages-intérêts à l’égard du même incident. L’agent d’audience, nommé en vertu de la LSP par le chef de police, a déclaré les agents de police non coupables d’inconduite et a rejeté la plainte. Cette décision a été infirmée en appel par la Commission civile des services policiers de l’Ontario qui a jugé l’arrestation illégale. Par suite d’un appel supplémentaire, la Cour divisionnaire de l’Ontario a conclu que les agents étaient légalement autorisés à procéder à l’arrestation et a rétabli la décision de l’agent d’audience. Les policiers intimés ont ensuite eu gain de cause devant la Cour supérieure de justice à qui ils demandaient la radiation de plusieurs des demandes de l’action civile par application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Tout en concluant que plusieurs facteurs militaient contre l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que l’application de la doctrine n’emporterait pas d’injustice en l’espèce et a rejeté l’appel de P.

Arrêt (les juges LeBel, Abella et Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Fish, Cromwell et Karakatsanis : Il n’est ni nécessaire ni souhaitable de créer une règle d’intérêt public qui exclurait de l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée les cas résultant d’audiences disciplinaires de la police. La doctrine de la préclusion invite les cours à exercer leur pouvoir discrétionnaire pour éviter l’injustice; elle appelle un examen au cas par cas des circonstances pour déterminer s’il résulterait une iniquité ou une injustice de son application même si, comme en l’espèce, les conditions de son application sont réunies. Il n’y a aucune raison de s’écarter de cette approche. Toutefois, dans les circonstances de l’espèce, il était injuste envers P d’appliquer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée pour bloquer son action civile sur le fondement de la décision de l’agent d’audience. La Cour d’appel a commis une erreur dans son analyse relative aux différences importantes entre les deux instances sur les plans de l’objet et de la portée et elle n’a pas tenu compte des attentes raisonnables des parties relativement à l’incidence des instances sur leurs droits en général.

Le cadre juridique qui régit l’exercice du pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer la préclusion découlant

Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc., 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460. This framework has not been overtaken by this Court's subsequent jurisprudence. While finality is important both to the parties and to the judicial system, unfairness in applying issue estoppel may nonetheless arise. First, the prior proceedings may have been unfair. Second, even where the prior proceedings were conducted fairly, it may be unfair to use the results of that process to preclude the subsequent claim, for example, where there is a significant difference between the purposes, processes or stakes involved in the two proceedings. The text and purpose of the legislative scheme shape the parties' reasonable expectations in relation to the scope and effect of the administrative proceedings. They guide how and to what extent the parties participate in the process. Where the legislative scheme contemplates multiple proceedings and the purposes of those proceedings are widely divergent, the application of the doctrine might not only upset the parties' legitimate and reasonable expectations but may also undermine the efficacy and policy goals of the administrative proceedings, by either encouraging more formality and protraction or discouraging access to the administrative proceedings altogether. These considerations are also relevant to weighing the procedural safeguards available to the parties. A decision whether to take advantage of those procedural protections available in the prior proceeding cannot be divorced from the party's reasonable expectations about what is at stake in those proceedings or the fundamentally different purposes between them. The connections between the relevant considerations must be viewed as a whole.

In this case, the disciplinary hearing was itself fair and P participated in a meaningful way; however, the Court of Appeal failed to fully analyze the fairness of using the results of that process to preclude P's civil action. Nothing in the legislative text gives rise to an expectation that the disciplinary hearing would be conclusive of P's legal rights in his civil action: the standards of proof required, and the purposes of the two proceedings, are significantly different; and, unlike a civil action, the disciplinary process provides no remedy or costs for the complainant. Another important policy consideration arises in this case: the risk of adding to the complexity and length of administrative proceedings by attaching undue weight to their results through applying issue estoppel. P could have participated more fully by hiring counsel, however that would also have meant that the officers would effectively have been forced to face

d'une question déjà tranchée est énoncé dans *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460. Ce cadre n'a pas été supplanté par la jurisprudence subséquente de la Cour. S'il est vrai que le caractère définitif des décisions est important tant pour les parties que pour le système judiciaire, l'application de la préclusion peut tout de même engendrer une iniquité. Premièrement, l'instance antérieure a pu être inéquitable. Deuxièmement, même si l'instance antérieure s'est déroulée de manière juste, il pourrait néanmoins se révéler injuste d'opposer l'issue de la décision en résultant à toute action ultérieure. Par exemple, ce peut être le cas lorsque les objets, la procédure ou les enjeux des deux instances diffèrent grandement. Le libellé et l'objet du régime législatif définissent les attentes raisonnables des parties quant à la portée et à l'effet de l'instance administrative. Ils définissent le rôle des parties dans le déroulement de l'instance et l'étendue de leur apport. Lorsque le régime législatif prévoit des instances multiples dont les objets sont fort différents, l'application de la doctrine risque non seulement de bouleverser les attentes légitimes et raisonnables des parties, mais aussi de nuire à l'efficacité et aux objectifs d'intérêt général du régime administratif, en favorisant le formalisme et les lenteurs, ou en décourageant complètement l'exercice d'un recours administratif. Ces considérations sont également pertinentes pour évaluer les garanties procédurales dont jouissent les parties. La décision d'une partie de se prévaloir ou non des garanties procédurales propres à l'instance antérieure ne saurait être examinée sans que le soient également ses attentes raisonnables quant aux enjeux ou aux objets fondamentalement différents des deux types d'instances. Il convient d'analyser les liens entre les considérations pertinentes à la lumière de l'ensemble.

En l'espèce, l'audience disciplinaire était équitable et P a participé utilement au processus. Toutefois, la Cour d'appel n'a pas analysé de manière exhaustive la question de savoir s'il serait équitable d'opposer l'issue de cette procédure à l'action civile intentée par P. Le texte législatif ne comporte aucun élément susceptible de donner naissance à une attente raisonnable que l'audience disciplinaire soit concluante quant aux droits que P pourrait faire valoir dans le cadre d'une action civile : les normes de preuve exigée et l'objet des deux différentes procédures sont considérablement différents et, contrairement à l'action civile, le processus disciplinaire ne prévoit ni réparation ni dépens en faveur du plaignant. Une autre considération importante d'intérêt public se soulève en l'espèce, à savoir le risque de complexité et de longueur accrues des instances administratives du fait qu'une importance excessive soit accordée à leur issue par l'application

two prosecutors rather than one. This would enhance neither the efficacy nor the fairness to the officers in a disciplinary hearing and potential complainants may not come forward with public complaints in order to avoid prejudicing their civil actions. These are important considerations and the Court of Appeal did not take them into account in assessing the weight of other factors, such as P's status as a party and the procedural protections afforded by the administrative process. Finally, the application of issue estoppel had the effect of using the decision of the Chief of Police's designate to exonerate the Chief in the civil claim and is therefore a serious affront to basic principles of fairness.

Per LeBel, Abella and Rothstein JJ. (dissenting): The doctrine of issue estoppel seeks to protect the finality of litigation by precluding the relitigation of issues that have been conclusively determined in a prior proceeding. The finality of litigation is a fundamental principle assuring the fairness and efficacy of the justice system in Canada. The doctrine of issue estoppel seeks to protect the reasonable expectation of litigants that they can rely on the outcome of a decision made by an authoritative adjudicator, regardless of whether that decision was made in the context of a court or an administrative proceeding. In applying issue estoppel in the context of administrative adjudicative bodies, differences in the process or procedures used by the administrative tribunal, including procedures that do not mirror traditional court procedures, should not be used as an excuse to override the principle of finality. The purposes and procedures may vary, but the principle of finality should be maintained.

The applicable approach to issue estoppel in the context of prior administrative proceedings was most recently articulated by this Court in 2011 in *British Columbia (Workers' Compensation Board) v. Figliola*, 2011 SCC 52, [2011] 3 S.C.R. 422. This is the precedent that governs the application of the doctrine in this case. The key relevant aspect of this precedent is that it moved away from the approach to issue estoppel taken in *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC

de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. P aurait pu participer plus pleinement à l'audience s'il avait retenu les services d'un avocat. Or, cela aurait signifié également que les agents de police se seraient vus obligés de comparaître devant deux poursuivants. Cela ne favoriserait ni l'efficacité de l'audience disciplinaire ni l'équité envers les agents de police. Enfin, des plaignants potentiels pourraient s'abstenir tout simplement de déposer des plaintes pour ne pas compromettre leur action civile. Il s'agit de considérations importantes dont la Cour d'appel n'a pas tenu compte lorsqu'elle a apprécié les autres facteurs telles la participation de P à titre de partie et les garanties procédurales de l'instance administrative. Finalement, l'application de la préclusion a eu pour effet d'utiliser la décision rendue par le délégué du chef de police pour soustraire le chef de police à l'action civile, ce qui choque gravement les principes fondamentaux d'équité.

Les juges LeBel, Abella et Rothstein (dissidents) : La doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée vise à protéger le caractère définitif des décisions en empêchant la remise en cause de questions déjà tranchées de manière concluante lors d'une instance antérieure. Le caractère définitif des litiges est un principe fondamental qui garantit l'équité et l'efficacité du système de justice au Canada. La doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée vise à protéger l'attente raisonnable des parties quant à leur capacité de se fier au résultat d'une décision rendue par un décideur habilité à trancher, peu importe que la décision ait été prise dans le contexte d'une procédure judiciaire ou d'une procédure administrative. Lorsqu'on applique la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée aux entités administratives chargées de trancher des litiges, il est inadmissible d'invoquer les différences entre le processus et les procédures utilisés par ces entités, y compris les procédures qui ne sont pas à l'image celles utilisées par les cours de justice traditionnelles, pour écarter le principe du caractère définitif des décisions. L'objet peut varier d'une instance à l'autre, tout comme les procédures applicables, mais le principe du caractère définitif des litiges doit être maintenu.

La Cour s'est penchée sur cette question le plus récemment en 2011, dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola*, 2011 CSC 52, [2011] 3 R.C.S. 422. Ce précédent régit donc l'application de la doctrine en l'espèce. L'élément essentiel pertinent de ce jugement se retrouve dans la distance qu'il a prise par rapport à l'approche préconisée dans *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, où la Cour avait conclu qu'il

44, [2001] 2 S.C.R. 460, which had held that a different and far wider discretion should apply in the context of administrative tribunals than the “very limited” discretion applied to courts.

The twin principles which underlie the doctrine of issue estoppel — that there should be an end to litigation and that the same party shall not be harassed twice for the same cause — are core principles which focus on achieving fairness and preventing injustice by preserving the finality of litigation. The ultimate goal of issue estoppel is to protect the fairness of finality in decision-making and the avoidance of the relitigation of issues already decided by a decision-maker with the authority to resolve them. As the Court said in *Figliola*, this is the case whether we are dealing with courts or administrative tribunals. An approach that fails to safeguard the finality of litigation undermines these principles and risks uniquely transforming issue estoppel in the case of administrative tribunals into a free-floating inquiry. This revives the *Danyluk* approach that the Court refused to apply in *Figliola*.

This Court’s recent affirmation of the principle of finality underlying issue estoppel in *Figliola* is also crucial to preserving the principles underlying our modern approach to administrative law. The Court’s residual discretion to refuse to apply issue estoppel should not be used to impose a particular model of adjudication in a manner inconsistent with the principles of deference that lie at the core of administrative law. Where an adjudicative tribunal has the authority to make a decision, it would run counter to the principles of deference to uniquely broaden the court’s discretion in a way that would, in most cases, permit an unsuccessful party to circumvent judicial review and turn instead to the courts for a re-adjudication of the merits.

Under the principles set out in *Figliola*, issue estoppel should apply. The difference between the standard of proof required to establish misconduct under the *PSA* and that required in a civil trial is irrelevant in this case. The hearing officer made unequivocal findings that there was virtually no evidence to support P’s claims. That means that there is simply no evidence to support P’s

faut appliquer un pouvoir discrétionnaire différent et beaucoup plus large quant aux décisions des tribunaux administratifs que celui « très limité » qui s’applique quant aux décisions des cours de justice.

Les principes jumeaux qui sous-tendent la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée — soit que tout litige doit avoir une fin et que la même partie ne soit pas harassée deux fois pour la même cause — constituent des principes fondamentaux qui visent avant tout l’atteinte de l’équité et la prévention de l’injustice en préservant le caractère définitif des litiges. L’objectif ultime de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée consiste à protéger l’équité du caractère définitif de la prise de décision et à éviter de nouvelles procédures quant à des questions déjà jugées par un décideur habilité à trancher. Comme la Cour l’a affirmé dans *Figliola*, ce principe tient, peu importe qu’il soit question de cours de justice ou de tribunaux administratifs. Une approche qui ne protège pas le caractère définitif des décisions mine ces principes et risque, en ce qui a trait aux tribunaux administratifs, de transformer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée en une enquête dépourvue de tout encadrement. Cela reviendrait à raviver l’approche préconisée dans *Danyluk* que la Cour a refusé d’appliquer dans *Figliola*.

La confirmation récente par la Cour, dans *Figliola*, du principe du caractère définitif sous-jacent à la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée est également essentielle pour assurer le respect des principes sous-jacents de notre approche moderne du droit administratif. La Cour ne devrait pas se servir de son pouvoir discrétionnaire résiduel de ne pas appliquer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée pour imposer un modèle particulier de décision, à l’encontre du principe de déférence qui est au cœur du droit administratif. Lorsqu’un tribunal chargé de trancher des litiges est investi du pouvoir nécessaire de prendre une décision, on contreviendrait aux principes de déférence en élargissant de manière particulière le pouvoir discrétionnaire des cours de justice de telle sorte que, dans la plupart des cas, cela permettrait à la partie perdante de contourner le contrôle judiciaire et de s’adresser plutôt à une cour de justice pour qu’elle se prononce une nouvelle fois sur le fond de l’affaire.

Suivant les principes énoncés dans *Figliola*, la préclusion découlant d’une question déjà tranchée devrait s’appliquer. La différence entre le fardeau de preuve exigé pour établir une inconduite au sens de la *LSP* et celui dont il faut s’acquitter dans le cadre d’un procès civil n’est pas pertinente en l’espèce. L’agent d’audience a tiré des conclusions de fait non équivoques

claims whatever standard of proof is applied. P should not be allowed to circumvent the clear findings of the hearing officer and put the parties through a duplicative proceeding which would inevitably yield the same result.

The disciplinary hearing conducted by the hearing officer was conducted in accordance with the requirements prescribed by the statute and principles of procedural fairness. The hearing officer's decision was made in circumstances in which P knew the case he had to meet, had a full opportunity to meet it, and lost. Had he won, the hearing officer's decision would have been no less binding and the application of issue estoppel would have assisted him in a subsequent civil action for damages by relieving him of having to prove liability.

Preventing the courts from applying issue estoppel in the context of these disciplinary proceedings means that decisions would not be final or binding and would be open to relitigation and potentially inconsistent results. This would undermine public confidence in the reliability of the complaints process and in the integrity of the administrative decision-making process more broadly.

Nor does the method used to appoint an adjudicator in this case provide a basis for exercising the discretion in a way that precludes the application of issue estoppel. The Chief of Police designated an outside prosecutor and an independent adjudicator. Similar methods of appointment are quite common in other parts of the law and are not seen as an obstacle to independent adjudication. Tenure is not the sole marker and condition of adjudicative independence.

Cases Cited

By Cromwell and Karakatsanis JJ.

Applied: *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460; **referred to:** *Parker v. Niagara Regional Police Service* (2008), 232 O.A.C. 317; *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Dunsmuir v.*

selon lesquelles il n'existait virtuellement aucun élément de preuve pour étayer les allégations de P. Il n'y a donc tout simplement aucun élément de preuve pour étayer les allégations de P quelque soit le fardeau de preuve appliqué. P ne devrait pas pouvoir contourner les conclusions claires de l'agent d'audience et faire subir aux parties une nouvelle procédure qui aboutirait inévitablement au même résultat.

L'audience disciplinaire menée par l'agent d'audience s'est déroulée conformément aux exigences de la loi et aux principes de l'équité procédurale. P connaissait le fardeau de preuve qui lui incombait, il a pleinement eu la possibilité d'établir cette preuve et il a été débouté. S'il avait eu gain de cause, la décision de l'agent d'audience aurait lié tout autant les parties et l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée lui aurait été utile dans le cadre d'une action civile subséquente en dommages-intérêts en le libérant de l'obligation d'établir le préjudice.

Empêcher les tribunaux d'appliquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée dans le contexte de ces procédures disciplinaires signifierait que les décisions ne seraient pas définitives ou ne lieraient pas les parties et qu'elles pourraient être remises en cause et donner lieu à des résultats contradictoires. Cela minerait la confiance du public quant à la fiabilité du processus de plainte et à l'intégrité du processus de prise de décision administrative de manière plus large.

La méthode de nomination de l'arbitre en l'espèce ne devrait pas non plus justifier l'exercice par la cour de son pouvoir discrétionnaire de manière à refuser d'appliquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Le chef de police a désigné un poursuivant de l'extérieur et un arbitre indépendant. Des modes de nomination similaires sont plutôt fréquents dans d'autres domaines du droit et ne sont pas considérés comme un obstacle à l'indépendance du processus décisionnel. Le mandat de longue durée n'est pas le seul critère ou la seule condition de l'indépendance du processus décisionnel.

Jurisprudence

Citée par les juges Cromwell et Karakatsanis

Arrêt appliqué : *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; **arrêts mentionnés :** *Parker c. Niagara Regional Police Service* (2008), 232 O.A.C. 317; *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63,

New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Sharma v. Waterloo Regional Police Service* (2006), 213 O.A.C. 371; *Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321; *Schweneke v. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97; *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1; *Burchill v. Yukon (Commissioner)*, 2002 YKCA 4 (CanLII); *Porter v. York (Regional Municipality) Police*, [2001] O.J. No. 5970 (QL).

By LeBel and Abella JJ. (dissenting)

British Columbia (Workers' Compensation Board) v. Figliola, 2011 SCC 52, [2011] 3 S.C.R. 422; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853; *Parker v. Niagara Regional Police Service* (2008), 232 O.A.C. 317; *EnerNorth Industries Inc., Re*, 2009 ONCA 536, 96 O.R. (3d) 1; *Tsaoussis (Litigation Guardian of) v. Baetz* (1998), 41 O.R. (3d) 257, leave to appeal refused, [1999] 1 S.C.R. xiv; *Revane v. Homersham*, 2006 BCCA 8, 53 B.C.L.R. (4th) 76; *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248; *Boucher v. Stelco Inc.*, 2005 SCC 64, [2005] 3 S.C.R. 279; *Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267; *Schweneke v. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Wong v. Shell Canada Ltd.* (1995), 174 A.R. 287, leave to appeal refused, [1996] 3 S.C.R. xiv; *Porter v. York (Regional Municipality) Police*, [2001] O.J. No. 5970 (QL).

Statutes and Regulations Cited

O. Reg. 123/98, Part V, Sch., s. 2(1)(g)(i), (ii).
Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15, Part II, Part V, ss. 56, 57, 60(4), 64(1), (7) to (10), 68(1), (5), 69(3), (4), (7), (8), (9), 70(1), 71(1), 76, 80, 83(7), (8), 95.
Provincial Offences Act, R.S.O. 1990, c. P.33.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 21.01.
Statutory Powers Procedure Act, R.S.O. 1990, c. S.22, ss. 10, 10.1.

[2003] 3 R.C.S. 77; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Sharma c. Waterloo Regional Police Service* (2006), 213 O.A.C. 371; *Minott c. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321; *Schweneke c. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97; *British Columbia (Minister of Forests) c. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1; *Burchill c. Yukon (Commissioner)*, 2002 YKCA 4 (CanLII); *Porter c. York (Regional Municipality) Police*, [2001] O.J. No. 5970 (QL).

Citée par les juges LeBel et Abella (dissidents)

Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola, 2011 CSC 52, [2011] 3 R.C.S. 422; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Carl Zeiss Stiftung c. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853; *Parker c. Niagara Regional Police Service* (2008), 232 O.A.C. 317; *EnerNorth Industries Inc., Re*, 2009 ONCA 536, 96 O.R. (3d) 1; *Tsaoussis (Litigation Guardian of) c. Baetz* (1998), 41 O.R. (3d) 257, autorisation de pourvoi refusée, [1999] 1 R.C.S. xiv; *Revane c. Homersham*, 2006 BCCA 8, 53 B.C.L.R. (4th) 76; *Angle c. Ministre du Revenu National*, [1975] 2 R.C.S. 248; *Boucher c. Stelco Inc.*, 2005 CSC 64, [2005] 3 R.C.S. 279; *Rasanen c. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267; *Schweneke c. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Wong c. Shell Canada Ltd.* (1995), 174 A.R. 287, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 3 R.C.S. xiv; *Porter c. York (Regional Municipality) Police*, [2001] O.J. No. 5970 (QL).

Lois et règlements cités

Loi sur l'exercice des compétences légales, L.R.O. 1990, ch. S.22, art. 10, 10.1.
Loi sur les infractions provinciales, L.R.O. 1990, ch. P.33.
Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15, partie II, partie V, art. 56, 57, 60(4), 64(1), (7) à (10), 68(1), (5), 69(3), (4), (7), (8), (9), 70(1), 71(1), 76, 80, 83(7), (8), 95.
Règl. de l'Ont. 123/98, partie V, ann., art. 2(1)(g)(i), (ii).
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 21.01.

Authors Cited

Handley, K. R. *Spencer Bower and Handley: Res Judicata*, 4th ed. London: LexisNexis, 2009.

Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2010.

LeSage, Patrick J. *Report on the Police Complaints System in Ontario*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 2005.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Moldaver and Armstrong JJ.A.), 2010 ONCA 616, 102 O.R. (3d) 688, 267 O.A.C. 259, 325 D.L.R. (4th) 488, 94 C.P.C. (6th) 262, [2010] O.J. No. 4046 (QL), 2010 CarswellOnt 7164, affirming a decision of Fedak J., 2009 CarswellOnt 9420. Appeal allowed, LeBel, Abella and Rothstein JJ. dissenting.

Julian N. Falconer, Julian K. Roy and Sunil S. Mathai, for the appellant.

Eugene G. Mazzuca, Kerry Nash and Rafal Szymanski, for the respondents.

Malliha Wilson, Dennis W. Brown, Q.C., and Christopher P. Thompson, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Maureen Whelton and Richard Macklin, for the intervener the Urban Alliance on Race Relations.

Louis Sokolov and Daniel Iny, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Robert D. Holmes, Q.C., for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Ian J. Roland and Michael Fenrick, for the intervener the Canadian Police Association.

Tim Gleason and Sean Dewart, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Doctrine et autres documents cités

Handley, K. R. *Spencer Bower and Handley: Res Judicata*, 4th ed. London : LexisNexis, 2009.

Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2010.

LeSage, Patrick J. *Rapport sur le système ontarien de traitement des plaintes concernant la police*. Toronto : Ministère du Procureur général, 2005.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Moldaver et Armstrong), 2010 ONCA 616, 102 O.R. (3d) 700, 267 O.A.C. 259, 325 D.L.R. (4th) 488, 94 C.P.C. (6th) 262, [2010] O.J. No. 4046 (QL), 2010 CarswellOnt 7164, qui a confirmé une décision du juge Fedak, 2009 CarswellOnt 9420. Pourvoi accueilli, les juges LeBel, Abella et Rothstein sont dissidents.

Julian N. Falconer, Julian K. Roy et Sunil S. Mathai, pour l'appelant.

Eugene G. Mazzuca, Kerry Nash et Rafal Szymanski, pour les intimés.

Malliha Wilson, Dennis W. Brown, c.r., et Christopher P. Thompson, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Maureen Whelton et Richard Macklin, pour l'intervenante l'Alliance urbaine sur les relations interraciales.

Louis Sokolov et Daniel Iny, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Robert D. Holmes, c.r., pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Ian J. Roland et Michael Fenrick, pour l'intervenante l'Association canadienne des policiers.

Tim Gleason et Sean Dewart, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

The judgment of McLachlin C.J. and Fish, Cromwell and Karakatsanis JJ. was delivered by

[1] CROMWELL AND KARAKATSANIS JJ. — This appeal focuses on the discretionary application of issue estoppel. More particularly, the question is whether the Ontario courts erred by striking many of the claims in the appellant’s civil action against the police on the basis that his complaint of police misconduct arising out of the same facts had been dismissed by a police disciplinary tribunal.

[2] The appellant, Wayne Penner, was arrested for disruptive behaviour in an Ontario courtroom. He filed a complaint against two police officers under the *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15 (“PSA”), alleging unlawful arrest and use of unnecessary force. He also started a civil action against the court security officer, the two police officers, their chief of police, and the Regional Municipality of Niagara Regional Police Services Board (“Police Services Board”) in the Superior Court of Justice, claiming damages arising out of the same incident.

[3] Mr. Penner’s complaint under the PSA was referred by the Chief of Police to a disciplinary hearing presided over by a retired police superintendent. The police officers were found not guilty of misconduct. Mr. Penner was a party to the disciplinary hearing and the subsequent appeals to the Ontario Civilian Commission on Police Services (“Commission”) and the Divisional Court.

[4] The respondents applied to have the civil action dismissed on the basis of issue estoppel because, in their view, the disciplinary hearing had finally resolved the key issues underpinning Mr. Penner’s civil claims.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Fish, Cromwell et Karakatsanis rendu par

[1] LES JUGES CROMWELL ET KARAKATSANIS — Le présent pourvoi porte sur l’application discrétionnaire de la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Plus précisément, il s’agit de savoir si les tribunaux ontariens ont commis une erreur en radiant plusieurs des demandes de l’action civile intentée par l’appelant contre la police au motif que sa plainte pour inconduite policière relativement aux mêmes faits avait été rejetée par un tribunal disciplinaire de la police.

[2] L’appelant, Wayne Penner, a été arrêté parce qu’il aurait eu un comportement perturbateur dans une salle d’audience en Ontario. Il a déposé une plainte contre deux agents de police en vertu de la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15 (« LSP »), pour arrestation illégale et usage de force injustifiée. Il a également intenté une action civile contre l’agent de sécurité des tribunaux, les deux agents de police, leur chef de police et la Commission régionale de services policiers de la municipalité régionale de Niagara (« commission de services policiers ») devant la Cour supérieure de justice, afin de réclamer des dommages-intérêts à l’égard du même incident.

[3] Le chef de police a renvoyé la plainte déposée par M. Penner en vertu de la LSP en vue de la tenue d’une audience disciplinaire présidée par un surintendant de police à la retraite. Les agents de police ont été déclarés non coupables d’inconduite. M. Penner était partie à l’audience disciplinaire et aux appels ultérieurs devant la Commission civile des services policiers de l’Ontario (« Commission ») et la Cour divisionnaire.

[4] Les intimés ont demandé que l’action civile soit rejetée pour cause de préclusion découlant d’une question déjà tranchée, l’audience disciplinaire ayant, selon eux, réglé définitivement les principales questions en litige qui sous-tendent l’action civile intentée par M. Penner.

[5] Many of Mr. Penner's civil claims were struck on the basis of issue estoppel. The Ontario Court of Appeal agreed with the motion judge, and determined that the application of issue estoppel would not work an injustice in this case.

[6] On appeal to this Court, the appellant did not seriously challenge that the preconditions of issue estoppel had been met. The issue is whether the Court of Appeal erred in exercising its discretion to apply issue estoppel to bar Mr. Penner's civil claims. Mr. Penner contends that the application of issue estoppel in this context would work an injustice or unfairness because of the public interest in promoting police accountability. He submits that the courts, as guardians of the Constitution and of individual rights and freedoms, must oversee the exercise of police powers: the importance of this judicial oversight requires that issue estoppel not apply to a disciplinary hearing decision under the *PSA*.

[7] The respondents reply that this case turns upon its own exceptional circumstances, that the civil suit represents a collateral attack on the final decision of the complaints process, and that the courts below were right to apply issue estoppel in order to preclude relitigation of the same issues finally decided in the disciplinary proceedings.

[8] We conclude that there is not and should not be a rule of public policy precluding the applicability of issue estoppel to police disciplinary hearings based upon judicial oversight of police accountability. The flexible approach to issue estoppel provides the court with the discretion to refuse to apply issue estoppel if it will work an injustice, even where the preconditions for its application have been met. However, in our respectful view, the Court of Appeal

[5] Plusieurs des demandes de l'action civile ont été radiées par application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. La Cour d'appel de l'Ontario, à l'instar du juge des motions, a conclu que l'application de cette doctrine n'entraînerait aucune injustice en l'espèce.

[6] Devant la Cour, l'appelant ne conteste pas sérieusement l'existence des conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Il s'agit en l'espèce de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a exercé son pouvoir discrétionnaire d'appliquer ou non la préclusion découlant d'une question déjà tranchée pour bloquer l'action civile de M. Penner. Ce dernier soutient que l'application de cette doctrine, dans ce contexte, entraînerait une injustice ou une iniquité, vu l'intérêt du public à ce que la police rende des comptes. Il affirme que les tribunaux, à titre de gardiens de la Constitution et des droits et libertés individuels, doivent surveiller l'exercice par la police de ses pouvoirs. Ainsi, selon lui, l'importance de ce contrôle judiciaire est telle que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne devrait pas s'appliquer à une décision rendue à l'issue d'une audience disciplinaire tenue sous le régime de la *LSP*.

[7] Les intimés répondent que le sort de la présente affaire dépend des faits exceptionnels qu'elle présente, que l'action civile constitue une contestation indirecte d'une décision définitive rendue dans le cadre du processus de plaintes, et que les tribunaux d'instance inférieure ont eu raison d'appliquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée pour empêcher que les questions réglées de manière définitive par le processus disciplinaire soient remises en cause.

[8] Nous concluons qu'il n'existe — et ne devrait exister — aucune règle d'intérêt public empêchant l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée aux décisions rendues à l'issue d'audiences disciplinaires de la police de manière à permettre le contrôle judiciaire des actes de la police. Une approche souple confère au tribunal le pouvoir discrétionnaire de refuser d'appliquer la préclusion s'il en résultait une injustice, même

erred in its analysis of the significant differences between the purpose and scope of the two proceedings, and failed to consider the reasonable expectations of the parties about the impact of the proceedings on their broader legal rights. Further, it is unfair to use the decision of the Chief of Police's designate to exonerate the Chief in a subsequent civil action. In the circumstances of this case, it was unfair to the appellant to apply issue estoppel to bar his civil action. We would allow the appeal.

I. Background

[9] In January 2003, Mr. Penner was sitting in a Provincial Offences Court while his wife was on trial for a traffic ticket issued by Constable Nathan Parker. It was alleged that Mr. Penner disrupted the proceedings, refused to stop interrupting and to leave when asked to do so, and resisted arrest by Constable Nathan Parker. Constables Parker and Koscinski used force to remove him from the courtroom. Once outside the courtroom, they again used force and handcuffed him. Handcuffed, Mr. Penner was then taken to the Niagara Regional Police station by Constable Parker, where he was strip-searched and put into a holding cell. He sustained a black eye, numerous scrapes, a bruised knee, and a sore wrist, elbow and sore ribs. Mr. Penner was escorted by police to a hospital where he was examined and treated for injuries he had sustained during the arrest. Mr. Penner was subsequently returned to the police station and charged with causing a disturbance, breach of probation and resisting arrest. All charges were withdrawn by the Crown some five months later, in June 2003.

[10] After his arrest, Mr. Penner filed a public complaint under ss. 56 and 57 of the *PSA* against Constables Parker and Koscinski, alleging unlawful

si les conditions d'application sont réunies. Nous estimons toutefois que la Cour d'appel a commis une erreur dans son analyse relative aux différences importantes entre les deux instances sur les plans de l'objet et de la portée et qu'elle n'a pas tenu compte des attentes raisonnables des parties relativement à l'incidence des instances sur leurs droits en général. De plus, il est inéquitable d'opposer la décision rendue par le délégué du chef de police pour soustraire le chef de police à une action civile intentée ultérieurement. Dans les circonstances de l'espèce, il était injuste envers l'appellant d'appliquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée pour bloquer son action civile. Nous sommes d'avis d'accueillir l'appel.

I. Contexte factuel

[9] En janvier 2003, M. Penner assistait à une audience de la Cour des infractions provinciales devant laquelle son épouse comparaisait pour une contravention dressée par le constable Nathan Parker. M. Penner aurait perturbé l'instance, n'aurait pas obtempéré à l'ordre de cesser d'interrompre les travaux de la cour et de quitter la salle et aurait tenté de résister à son arrestation par l'agent Parker. Les agents Parker et Koscinski auraient fait usage de force pour le sortir de la salle d'audience. Une fois à l'extérieur, les agents auraient encore fait usage de force et l'ont menotté. Le constable Parker a emmené M. Penner, menottes aux poings, au poste de police régional de Niagara, où ce dernier a été soumis à une fouille à nu et enfermé dans une cellule de détention temporaire. Il a eu un œil tuméfié, de nombreuses éraflures et une ecchymose au genou ainsi que des douleurs au poignet, au coude et aux côtes. Sous escorte policière, M. Penner s'est présenté à l'hôpital, où on l'a examiné et traité pour les blessures subies lors de son arrestation. Il a été reconduit par la suite au poste et accusé d'avoir troublé la paix, de ne pas s'être conformé à une ordonnance de probation et d'avoir résisté à une arrestation. Le ministère public a retiré ces accusations quelque cinq mois plus tard, en juin 2003.

[10] Après son arrestation, M. Penner a déposé une plainte en vertu des art. 56 et 57 de la *LSP* contre les agents Parker et Koscinski, invoquant qu'il y avait

or unnecessary arrest, as well as use of unnecessary force. This led to a disciplinary hearing for both police officers. In addition, in July 2003, Mr. Penner filed a statement of claim in the Ontario Superior Court of Justice in relation to the same arrest, by which a civil action was commenced against the Police Services Board, Constables Parker and Koscinski, the Chief of Police and the Court Security Officer. Mr. Penner claimed damages for unlawful arrest, false imprisonment, use of unnecessary force during and after the arrest, an unnecessary strip-search, failure on the part of other officers to prevent his mistreatment, failure to provide timely medical assistance, improper use of handcuffs, malicious prosecution and failure to co-operate with the investigation of his allegations.

II. Summary of the Complaint Proceedings

A. *Disciplinary Hearing Under the PSA (Decision of Superintendent R. J. Fitches, Dated June 28, 2004; A.R., at pp. 99-116)*

[11] Under the *PSA*, a complaint is referred to the chief of police: s. 60(4). (All statutory references are to the legislation as it existed at the relevant time.) The chief is obliged to have the complaint investigated (with some exceptions not relevant here) and, in light of the results, to order a hearing into the matter if he or she is of the opinion that the officer's conduct could constitute misconduct: s. 64(1) and (7). If a hearing is ordered, it is conducted by the chief or a designate on his or her behalf: ss. 64(7) and 76. The chief also appoints the prosecutor: s. 64(8). The complainant is made a party by statute and has participatory rights (s. 69(3) and (4); *Statutory Powers Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. S.22, ss. 10 and 10.1), but no access to discovery or production of documents beyond what the prosecution relies on, and there is no right to compel the officer in question to testify: *PSA*, s. 69(7). The issue at the hearing is whether the alleged misconduct has been "proved on clear and convincing evidence" (s. 64(10)) and, if so, what penalty is to be imposed on the officer

eu arrestation illégale ou inutile, ainsi qu'usage d'une force injustifiée. La plainte a donné lieu à une audience disciplinaire visant les deux agents. De plus, en juillet 2003, M. Penner a déposé à la Cour supérieure de justice de l'Ontario une déclaration au moyen de laquelle il a intenté une action civile, relativement à la même arrestation, contre la commission de services policiers, les agents Parker et Koscinski, le chef de police et l'agent de sécurité des tribunaux. M. Penner réclamait des dommages-intérêts pour arrestation illégale, détention injustifiée, usage de force injustifiée, pendant et après l'arrestation, fouille à nu arbitraire, défaut d'autres agents de police de prévenir les mauvais traitements qu'il avait subis, défaut de fournir rapidement des soins médicaux, mauvaise utilisation des menottes, poursuite malveillante et défaut de collaborer à l'enquête portant sur ses allégations.

II. Résumé de la procédure relative à la plainte

A. *L'audience disciplinaire tenue sous le régime de la LSP (décision du surintendant R. J. Fitches, datée du 28 juin 2004; d.a., p. 99-116)*

[11] Aux termes de la *LSP*, toute plainte est renvoyée au chef de police : par. 60(4). (Les dispositions indiquées renvoient à la version de la Loi en vigueur à l'époque pertinente.) Le chef de police est tenu de faire mener une enquête sur la plainte (sous réserve de certaines exceptions non pertinentes en l'espèce) et, compte tenu des résultats, d'ordonner la tenue d'une audience sur l'affaire s'il ou elle estime que la conduite de l'agent de police a pu constituer une inconduite : par. 64(1) et (7). Le cas échéant, l'audience est dirigée par le chef de police ou, pour le compte de ce dernier, par un délégué : par. 64(7) et art. 76. Le chef de police désigne également un poursuivant : par. 64(8). Le plaignant est partie à l'audience de par la loi et a le droit d'y participer (par. 69(3) et (4); *Loi sur l'exercice des compétences légales*, L.R.O. 1990, ch. S.22, art. 10 et 10.1). Il ne peut toutefois demander la communication ou la production de documents autres que ceux sur lesquels se fonde la partie poursuivante, ni contraindre l'agent de police en question à témoigner : *LSP*, par. 69(7). À

under ss. 68(1) and (5). No remedy or costs may be awarded to the complainant.

[12] Here, disciplinary charges of unnecessary and unlawful arrest and use of unnecessary force were laid against two police officers: O. Reg. 123/98, Part V, Sch., *Code of Conduct*, s. 2(1)(g)(i) and (ii). The Chief appointed a retired police superintendent of the Ontario Provincial Police to conduct the hearing on his behalf. The hearing took place over the course of several days in 2004. Mr. Penner represented himself. As the complainant, he led evidence, cross-examined witnesses and made submissions. Several individuals who were present in the courtroom at the time of Mr. Penner's arrest gave evidence before the hearing officer at the disciplinary hearing: the prosecutor, clerk of the court, court security officer, two lay people awaiting their own respective trials, Mr. Penner, his wife, and Constables Parker and Koscinski.

[13] The hearing officer rejected much of the Penner's testimony. Instead, he relied primarily on the testimony of other witnesses regarding the events surrounding Mr. Penner's arrest and concluded that Constables Parker and Koscinski had reasonable grounds to arrest Mr. Penner for causing a disturbance in a public place. On the issue of whether the officers had the lawful authority to make an arrest in a courtroom under the *Provincial Offences Act*, R.S.O. 1990, c. P.33, while a Justice of the Peace was presiding, the hearing officer concluded that the prosecutor had failed to provide sufficient evidence to show, "in any clear and cogent way, that Mr. Penner's arrest was not authorized by statute": p. xiii (A.R., at p. 111). The hearing officer therefore dismissed the allegation of unlawful arrest and found the constables not guilty of misconduct on this count.

[14] Turning to the allegation of unnecessary use of force, the hearing officer found that the Constables

l'audience, il s'agit de déterminer si la présumée inconduite est « prouvée sur la foi de preuves claires et convaincantes » (par. 64(10)) et, dans l'affirmative, quelle peine infliger à l'agent de police en vertu des par. 68(1) et (5). Il ne peut être accordé de réparation ni de dépens au plaignant.

[12] En l'espèce, deux agents de police ont été accusés d'infractions disciplinaires pour avoir présumé procédé à une arrestation illégale ou inutile et pour avoir fait usage d'une force injustifiée : Règl. de l'Ont. 123/98, partie V, ann., *Code of Conduct*, sous-al. 2(1)(g)(i) et (ii). Le chef de police a désigné un surintendant à la retraite de la Police provinciale de l'Ontario pour diriger l'audience en son nom. L'audience s'est déroulée sur plusieurs jours en 2004. M. Penner s'est représenté lui-même. À titre de plaignant, il a présenté sa preuve, a contre-interrogé des témoins et a fait des observations. Plusieurs personnes qui se trouvaient dans la salle d'audience lors de l'arrestation de M. Penner ont témoigné à l'audience disciplinaire, à savoir l'avocat de la poursuite, le greffier, l'agent de sécurité des tribunaux, deux personnes qui attendaient chacune la tenue de leur propre procès, M. Penner, son épouse et les agents Parker et Koscinski.

[13] L'agent d'audience a rejeté en grande partie les témoignages des Penner. Il s'est plutôt fondé principalement sur les dépositions d'autres témoins concernant les faits entourant l'arrestation de M. Penner et a conclu que les agents Parker et Koscinski avaient des motifs raisonnables d'arrêter M. Penner pour avoir troublé la paix dans un endroit public. Quant à la question de savoir si les agents de police étaient légalement autorisés à procéder à une arrestation en application de la *Loi sur les infractions provinciales*, L.R.O. 1990, ch. P.33, lors d'une audience présidée par un juge de paix, l'agent d'audience a conclu que le poursuivant n'avait pas réussi à démontrer [TRADUCTION] « de façon claire et convaincante que l'arrestation de M. Penner n'était pas autorisée par la loi » : p. xiii (d.a., p. 111). L'agent d'audience a donc rejeté l'allégation d'arrestation illégale et a déclaré les agents de police non coupables d'inconduite sur ce chef.

[14] Quant à l'allégation d'usage de force injustifiée, l'agent d'audience a conclu que les policiers

used a level of force that was necessary to gain control over Mr. Penner. Relying upon his review of the video record at the police station, he found that there was “no clear, convincing, or cogent evidence whatsoever” of unnecessary force there either: p. xvi (A.R., at p. 114).

B. Appeal Before the Commission (Decision Dated April 22, 2005; A.R., at pp. 117-30)

[15] As a party to the disciplinary hearing, Mr. Penner appealed the decision of the hearing officer to the Commission pursuant to s. 70(1) of the *PSA*. He took the position before the Commission that there were no legal grounds for his arrest.

[16] The Commission concluded that the arrest in the courtroom was unlawful because the Justice of the Peace gave no direction to the Constables to arrest Mr. Penner. The Commission was satisfied that there was clear and convincing evidence that Constables Parker and Koscinski were guilty of misconduct due to an unlawful and unnecessary arrest, and thus any force used was unjustified and unnecessary.

C. Appeal Before the Ontario Superior Court of Justice — Divisional Court (Parker v. Niagara Regional Police Service (2008), 232 O.A.C. 317)

[17] On a further appeal by the constables pursuant to s. 71(1) of the *PSA*, the Divisional Court held that the Commission unreasonably ignored findings of fact made by the hearing officer, and that the Commission was not justified in substituting their own findings. The Divisional Court concluded that the officers had legal authority to make the arrest and restored the hearing officer’s finding that the constables were not guilty of misconduct.

III. History of the Civil Action

[18] Mr. Penner initiated a civil action in July 2003 based on the same events that formed the subject matter of the disciplinary hearing, alleging, among

avaient utilisé le degré de force qui était nécessaire pour maîtriser M. Penner. Après avoir visionné les bandes vidéo enregistrées au poste de police, il a conclu [TRADUCTION] « à l’absence de toute preuve claire, convaincante ou concluante » qu’il y avait eu usage de force injustifiée là aussi : p. xvi (d.a., p. 114).

B. Appel devant la Commission (décision datée du 22 avril 2005; d.a., p. 117-130)

[15] À titre de partie à l’audience disciplinaire, M. Penner a interjeté appel de la décision de l’agent d’audience à la Commission en vertu du par. 70(1) de la *LSP*. Il a prétendu devant elle qu’aucun motif d’ordre juridique ne justifiait son arrestation.

[16] La Commission a conclu que l’arrestation de M. Penner dans la salle d’audience était illégale parce que le juge de paix n’avait pas donné l’ordre aux agents d’y procéder. La Commission était convaincue que la preuve démontrait de façon claire et convaincante que les agents Parker et Koscinski étaient coupables d’inconduite pour avoir procédé à une arrestation illégale et inutile, et partant, toute force dont ils avaient fait usage était injustifiée et inutile.

C. Appel interjeté devant la Cour supérieure de justice de l’Ontario — Cour divisionnaire (Parker c. Niagara Regional Police Service (2008), 232 O.A.C. 317)

[17] Saisie d’un appel supplémentaire interjeté par les agents en vertu du par. 71(1) de la *LSP*, la Cour divisionnaire a jugé que la Commission avait fait fi, déraisonnablement, des conclusions de fait tirées par l’agent d’audience et qu’aucune raison ne justifiait qu’elle y substitue les siennes. La Cour divisionnaire a conclu que les agents de police étaient légalement autorisés à procéder à l’arrestation et a rétabli la conclusion de l’agent d’audience disculpant ces derniers des accusations.

III. Genèse de l’action civile

[18] En juillet 2003, M. Penner a intenté une action civile reposant sur les mêmes faits que ceux sur lesquels portait l’audience disciplinaire. Il alléguait,

other things, unlawful arrest and use of excessive force. After the decision from the disciplinary hearing was reinstated by the Divisional Court in January 2008, the respondents filed a motion to dismiss the civil action on the basis of issue estoppel.

A. *Ontario Superior Court of Justice (Fedak J.; 2009 CarswellOnt 9420)*

[19] The motion judge concluded that Mr. Penner was estopped from bringing these claims. Mr. Penner's civil action raised, among others, the same two questions that were already decided by the disciplinary hearing and restated by the Divisional Court: (1) was the arrest lawful? and (2) was unnecessary force used, either at the court or at the police station? The judge applied the test outlined in *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, and concluded that the three preconditions for issue estoppel had been met.

[20] First, the hearing officer's decision was judicial and the hearing fulfilled the requirements of procedural fairness because Mr. Penner made the complaint, appeared before the decision maker, led evidence, examined witnesses and made written submissions. Second, the decision was final. And third, the same parties to the civil action were also engaged in the disciplinary hearing.

[21] As to the second part of the *Danyluk* test, the motion judge stated that there were no grounds to exercise his discretion to not apply issue estoppel.

[22] We are assuming but not deciding that the decision of the hearing officer was admissible before the motion judge for the purpose of considering issue estoppel. This issue was not addressed in the decisions below. Given our disposition, it is not necessary to decide the issue.

entre autres, l'arrestation illégale et l'usage de force injustifiée. Après que la Cour divisionnaire a rétabli, en janvier 2008, la décision rendue à l'issue de l'audience disciplinaire, les intimés ont déposé une motion visant à faire rejeter l'action civile sur le fondement de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

A. *Cour supérieure de justice (le juge Fedak; 2009 CarswellOnt 9420)*

[19] Selon le juge des motions, M. Penner était préclus d'ester en justice à l'égard de ces réclamations. Son action civile soulevait, entre autres, les deux questions qui avaient déjà été tranchées à l'issue de l'audience disciplinaire, et dont la Cour divisionnaire avait confirmé le résultat : (1) l'arrestation était-elle légale? (2) avait-on fait usage d'une force injustifiée, à l'audience ou au poste de police? Le juge a appliqué le critère énoncé dans l'arrêt *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, et a conclu que les trois conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée étaient réunies.

[20] Premièrement, la décision de l'agent d'audience était de nature judiciaire, et l'audience répondait aux exigences en matière d'équité procédurale en ce que M. Penner avait déposé la plainte, comparu devant le décideur, présenté des éléments de preuve, interrogé des témoins et fait des observations écrites. Deuxièmement, la décision était définitive. Troisièmement, les parties à l'action civile étaient également parties à l'audience disciplinaire.

[21] En ce qui concerne la deuxième partie du critère formulé dans l'arrêt *Danyluk*, le juge des motions a déclaré que rien ne justifiait l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

[22] Nous tenons pour acquis, sans toutefois trancher la question, que la décision de l'agent d'audience pouvait être présentée au juge des motions pour que ce dernier décide si la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'appliquait. Les décisions des instances inférieures sont muettes à cet égard. Vu notre conclusion, il n'est pas nécessaire que nous nous prononcions sur la question.

B. *Ontario Court of Appeal (Laskin J.A., Moldaver and Armstrong J.J.A. Concurring; 2010 ONCA 616, 102 O.R. (3d) 688)*

[23] The Court of Appeal agreed with the motion judge that the three preconditions for issue estoppel had been met. However, the Court of Appeal found that the motion judge erred in failing to explain why there were no grounds to exercise his discretion to not apply issue estoppel. Accordingly, the Court of Appeal considered whether it would be unfair or unjust to apply issue estoppel despite the satisfaction of the three preconditions.

[24] The Court of Appeal acknowledged that the different purposes of the disciplinary hearing and the civil action weighed against the application of issue estoppel. The Court of Appeal concluded that the legislature did not intend to preclude Mr. Penner's civil action simply because he filed a public complaint under the *PSA*: para. 42. Further, the Court of Appeal considered that Mr. Penner had no financial stake in the disciplinary hearing (as the statute does not provide for compensation to a public complainant affected by police misconduct), although the strength of that factor was diminished, in its view, by the potential benefit to Mr. Penner had there been a finding of misconduct. Despite these factors weighing against the application of issue estoppel, the Court of Appeal concluded that they were not determinative considerations in the discretionary analysis.

[25] The Court of Appeal ultimately concluded that applying issue estoppel would not work an injustice and decided against exercising its discretion to not apply the doctrine based on the following factors:

- on issues of reasonable and probable grounds for arrest, as well as the use of excessive force

B. *Cour d'appel de l'Ontario (le juge Laskin, les juges Moldaver et Armstrong souscrivant à ses motifs; 2010 ONCA 616, 102 O.R. (3d) 700)*

[23] La Cour d'appel estimait, à l'instar du juge des motions, que les trois conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée étaient réunies. Toutefois, elle était d'avis que le juge des motions avait commis une erreur en ne motivant pas sa conclusion selon laquelle rien ne justifiait l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer cette doctrine. Par conséquent, la Cour d'appel s'est demandé si appliquer la doctrine aurait un effet inéquitable ou injuste, et ce, même si les trois conditions d'application étaient réunies.

[24] La Cour d'appel a reconnu que les objets différents visés par l'audience disciplinaire et l'action civile militaient contre l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Elle était d'avis que le législateur n'avait pas l'intention d'empêcher quelqu'un dans la situation de M. Penner d'intenter une action civile du seul fait qu'il avait déposé une plainte sous le régime de la *LSP* : par. 42. De plus, la Cour d'appel a estimé que l'audience disciplinaire ne présentait pour M. Penner aucun intérêt financier (car la loi ne prévoit le versement d'aucune indemnité au plaignant touché par l'inconduite d'un agent de police), bien que le poids de ce facteur fût diminué, de l'avis de la cour, par le bénéfice potentiel qu'aurait apporté à M. Penner une éventuelle conclusion d'inconduite. Même si ces facteurs militaient contre l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, la Cour d'appel a conclu qu'ils n'étaient pas déterminants dans l'analyse que commande l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

[25] Finalement, la Cour d'appel a estimé que l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée n'emporterait pas d'injustice et a décidé de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer la doctrine, et ce, en raison des facteurs suivants :

- en ce qui concerne les motifs raisonnables et probables de procéder à une arrestation, ainsi que

during arrest, the hearing officer had as much expertise as a court (para. 45);

- the disciplinary hearing had “all the hallmarks of an ordinary civil trial”, and, in this case, the different standards of proof in police disciplinary hearings and in civil actions are immaterial (paras. 48-51);
- Mr. Penner actively participated in the disciplinary hearing (para. 52); and
- the *PSA* provides an aggrieved party with the right to appeal to the Commission, a right which Mr. Penner exercised (para. 53).

[26] Accordingly, the Court of Appeal dismissed the appeal.

IV. Standard of Review

[27] A discretionary decision of a lower court will be reversible where that court misdirected itself or came to a decision that is so clearly wrong that it amounts to an injustice: *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367, at p. 1375. Reversing a lower court’s discretionary decision is also appropriate where the lower court gives no or insufficient weight to relevant considerations: *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pp. 76-77.

V. Analysis

A. *Issue Estoppel: The Legal Framework*

[28] Relitigation of an issue wastes resources, makes it risky for parties to rely on the results of their prior litigation, unfairly exposes parties to additional costs, raises the spectre of inconsistent adjudicative determinations and, where the initial decision maker is in the administrative law field, may undermine the legislature’s intent in setting

le recours à une force excessive au cours de l’arrestation, l’agent d’audience était tout aussi compétent qu’un tribunal pour trancher (par. 45);

- l’audience disciplinaire présentait [TRADUCTION] « toutes les marques d’un procès civil ordinaire », et, en l’espèce, l’écart entre la norme de preuve applicable à une audience disciplinaire de la police et celle applicable à une action civile est sans importance (par. 48-51);
- M. Penner a participé activement à l’audience disciplinaire (par. 52);
- la *LSP* accorde à la partie déboutée le droit d’interjeter appel à la Commission, un droit que M. Penner a exercé (par. 53).

[26] Par conséquent, la Cour d’appel a rejeté l’appel.

IV. Norme de contrôle

[27] La décision discrétionnaire d’un tribunal de juridiction inférieure est infirmée lorsque celui-ci s’est fondé sur des considérations erronées en droit ou que sa décision est erronée au point de créer une injustice : *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367, p. 1375. La décision discrétionnaire d’une instance inférieure peut également être infirmée à bon droit dans le cas où cette dernière n’accorde pas suffisamment d’importance aux considérations pertinentes ou ne leur en accorde pas du tout : *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 76-77.

V. Analyse

A. *Préclusion découlant d’une question déjà tranchée : le cadre juridique*

[28] La tenue d’une nouvelle instance à l’égard d’une question déjà tranchée gaspille les ressources, fait en sorte qu’il soit risqué pour les parties d’agir sur la foi du jugement obtenu à l’issue de l’instance antérieure, expose inéquitablement les parties à des frais additionnels, soulève le risque d’incohérence décisionnelle et, lorsque le premier décideur exerce

up the administrative scheme. For these reasons, the law has adopted a number of doctrines to limit relitigation.

[29] The one relevant on this appeal is the doctrine of issue estoppel. It balances judicial finality and economy and other considerations of fairness to the parties. It holds that a party may not relitigate an issue that was finally decided in prior judicial proceedings between the same parties or those who stand in their place. However, even if these elements are present, the court retains discretion to not apply issue estoppel when its application would work an injustice.

[30] The principle underpinning this discretion is that “[a] judicial doctrine developed to serve the ends of justice should not be applied mechanically to work an injustice”: *Danyluk*, at para. 1; see also *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, at paras. 52-53.

[31] Issue estoppel, with its residual discretion, applies to administrative tribunal decisions. The legal framework governing the exercise of this discretion is set out in *Danyluk*. In our view, this framework has not been overtaken by this Court’s subsequent jurisprudence. The discretion requires the courts to take into account the range and diversity of structures, mandates and procedures of administrative decision makers; however, the discretion must not be exercised so as to, in effect, sanction collateral attack, or to undermine the integrity of the administrative scheme. As highlighted in this Court’s jurisprudence, particularly since *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, legislation establishing administrative tribunals reflects the policy choices of the legislators and administrative decision making must be treated with respect by the courts. However, as this Court said in *Danyluk*, at para. 67: “The objective is to

une fonction qui relève du droit administratif, risque de contrecarrer l’intention du législateur qui a mis en place le régime administratif. Pour ces motifs, le droit a développé un certain nombre de doctrines visant à limiter la tenue de nouvelles instances.

[29] La doctrine pertinente en l’espèce est celle de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Elle établit un équilibre entre le caractère définitif des décisions et l’économie, d’une part, et d’autres considérations intéressant l’équité envers les parties, d’autre part. Toujours selon cette doctrine, une partie ne peut pas engager une nouvelle instance à l’égard d’une question tranchée de façon définitive à l’issue d’une instance judiciaire antérieure opposant les mêmes parties ou celles qui les remplacent. Toutefois, même si ces éléments sont réunis, la cour de justice conserve le pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée lorsqu’il en découlerait une injustice.

[30] Selon le principe sur lequel repose ce pouvoir discrétionnaire, « [u]ne doctrine élaborée par les tribunaux dans l’intérêt de la justice ne devrait pas être appliquée mécaniquement et donner lieu à une injustice » : *Danyluk*, par. 1; voir également *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, par. 52-53.

[31] La préclusion découlant d’une question déjà tranchée, de même que le pouvoir discrétionnaire qui s’y rattache, s’applique aux décisions des tribunaux administratifs. Le cadre juridique qui régit l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire est énoncé dans *Danyluk*. À notre avis, ce cadre n’a pas été supplanté par la jurisprudence subséquente de la Cour. Lorsque les cours de justice exercent leur pouvoir discrétionnaire, elles doivent tenir compte de l’éventail et de la diversité des structures, des mandats et des règles de procédure qui circonscrivent le travail des décideurs dans la sphère administrative; toutefois, il ne faut pas exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à, dans les faits, sanctionner une attaque collatérale, ou à miner l’intégrité du régime administratif. Comme le souligne la jurisprudence de la Cour, particulièrement depuis *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, les lois qui créent les tribunaux administratifs sont le reflet des choix

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.”

B. No Public Policy Rule Precluding Issue Estoppel With Respect to Police Disciplinary Hearings

[32] The Ontario Court of Appeal applied a conventional analysis of issue estoppel, analyzing the various factors identified in *Danyluk*. Mr. Penner and a number of interveners ask this Court, as a matter of public policy, to prohibit the application of issue estoppel to findings made in a police disciplinary hearing if it prevents a complainant from accessing the courts for damages on the same claims. They submit that the application of issue estoppel to police disciplinary hearings usurps the role of the courts as guardians of the Constitution and the rule of law, and that public policy requires that police accountability be subject to judicial oversight. These submissions were raised overtly for the first time before this Court.

[33] Police oversight is a complex issue that attracts intense public attention and differing public policy responses. Over time, legislative frameworks have been revised with the stated goals of promoting efficient police services and increasing the transparency and accountability of the public complaints process. In a 2006 case, the Ontario Divisional Court concluded that the legislature allowed for “institutional bias” in the manner of appointing a hearing officer under s. 76(1) of the *PSA*: *Sharma v. Waterloo Regional Police Service* (2006), 213 O.A.C. 371, at para. 27. The parties in this case do not contest that this is a legitimate exercise of the legislature’s authority, and the Divisional Court in *Sharma*, at para. 28, concluded that the ability to appoint “retired police officers not associated with

politiques des législateurs et la prise de décision par ces tribunaux doit être traitée avec respect par les cours de justice. Cela dit, comme la Cour l’a affirmé dans *Danyluk*, au par. 67 : « [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 concrète dans une affaire donnée. »

B. Aucune règle d’intérêt public n’interdit l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée dans le cas d’audiences disciplinaires de la police

[32] La Cour d’appel de l’Ontario a procédé à une analyse conventionnelle de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, selon les facteurs énoncés dans *Danyluk*. M. Penner et certains intervenants demandent à la Cour, et ce, dans l’intérêt public, d’interdire l’application de cette doctrine dans le contexte d’une audience disciplinaire de la police si cette application empêche un plaignant d’intenter une action en dommages-intérêts à l’égard des mêmes faits. De leur avis, appliquer la doctrine dans le cas d’une audience disciplinaire de la police a pour effet de nier au tribunal son rôle de gardien de la Constitution et de la primauté du droit. Selon eux également, l’intérêt public exige que la surveillance de l’action policière soit soumise au contrôle judiciaire. Ces arguments sont soulevés ouvertement pour la première fois devant la Cour.

[33] La surveillance de l’action policière est une question complexe qui suscite une vive attention de la part du public et appelle différentes réponses d’intérêt public. Au fil des ans, les cadres législatifs ont été révisés dans les buts exprès de favoriser l’efficacité des services policiers et d’accroître la transparence et la reddition de comptes du processus relatif aux plaintes du public. Dans une décision rendue en 2006, la Cour divisionnaire de l’Ontario a conclu que le législateur avait permis une « partialité institutionnelle » dans la nomination d’un agent d’audience effectuée en vertu du par. 76(1) de la *LSP* : *Sharma c. Waterloo Regional Police Service* (2006), 213 O.A.C. 371, par. 27. En l’espèce, les parties ne contestent pas qu’il s’agit là d’un exercice légitime du pouvoir du législateur,

this force is capable of founding such independence as necessary”. See also the Honourable Patrick J. LeSage, *Report on the Police Complaints System in Ontario* (2005), at pp. 77-78.

[34] The public complaints process incorporates a number of features to enhance public participation and accountability. For instance, pursuant to Part II of the *PSA*, the Commission, as an agency comprised of civilian members, provides independent oversight of police services in Ontario to ensure fairness and accountability to the public. Part V sets out a comprehensive public complaints process by which members of the public can file official complaints against policies or services. Judicial oversight of disciplinary hearings under the *PSA* is available by statutory right of appeal to the Commission and then to the Divisional Court: see ss. 70(1) and 71(1).

[35] We are not persuaded that it is either necessary or desirable to create a rule of public policy excluding police disciplinary hearings from the application of issue estoppel. The doctrine of issue estoppel allows for the exercise of discretion to ensure that no injustice results; it calls for a case-by-case review of the circumstances to determine whether its application would be unfair or unjust.

C. *Discretionary Application of Issue Estoppel*

(1) Approach to the Exercise of Discretion

[36] We agree with the decisions of the courts below that all three preconditions for issue estoppel are established in this case. Thus, this case turns upon the Court of Appeal’s exercise of discretion in determining whether it would be unjust to apply the doctrine of issue estoppel in this case.

et la Cour divisionnaire, dans *Sharma*, au par. 28, était d’avis que la faculté de nommer un « agent de police à la retraite qui n’a aucun lien avec le service permet d’assurer l’indépendance nécessaire ». Voir également l’honorable Patrick J. LeSage, *Rapport sur le système ontarien de traitement des plaintes concernant la police* (2005), p. 84-85.

[34] Le processus de plaintes du public comporte un certain nombre de mécanismes permettant de favoriser la participation du public et la reddition de comptes. Par exemple, aux termes de la partie II de la *LSP*, la Commission, à titre d’organisme composé de membres civils, procède en toute indépendance au contrôle des services policiers en Ontario afin d’assurer l’équité et la reddition de comptes dans l’intérêt du public. La partie V prévoit un processus complet permettant aux membres du public de déposer des plaintes officielles contre des politiques ou des services. Le contrôle des décisions résultant d’audiences disciplinaires tenues sous le régime de la *LSP* est possible, la *LSP* prévoyant un droit d’appel devant la Commission et ensuite devant la Cour divisionnaire : voir par. 70(1) et 71(1).

[35] Nous ne sommes pas convaincus qu’il est nécessaire ni souhaitable de créer une règle d’intérêt public qui exclurait de l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée les cas résultant d’audiences disciplinaires de la police. Cette doctrine invite les cours à exercer leur pouvoir discrétionnaire pour éviter l’injustice; elle appelle un examen au cas par cas des circonstances pour déterminer s’il résulterait une iniquité ou une injustice de son application.

C. *Application discrétionnaire de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée*

(1) Exercice du pouvoir discrétionnaire

[36] Nous souscrivons à la conclusion des tribunaux d’instance inférieure selon laquelle les trois conditions d’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée sont réunies en l’espèce. La présente affaire porte donc sur l’exercice, par la Cour d’appel, de son pouvoir discrétionnaire de déterminer s’il serait injuste d’appliquer cette doctrine en l’espèce.

[37] This Court in *Danyluk*, at paras. 68-80, recognized several factors identified by Laskin J.A. in *Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321 (C.A.), that are relevant to the discretionary analysis in the context of a prior administrative tribunal proceeding.

[38] The list of factors in *Danyluk* merely indicates some circumstances that may be relevant in a particular case to determine whether, on the whole, it is fair to apply issue estoppel. The list is not exhaustive. It is neither a checklist nor an invitation to engage in a mechanical analysis.

[39] Broadly speaking, the factors identified in the jurisprudence illustrate that unfairness may arise in two main ways which overlap and are not mutually exclusive. First, the unfairness of applying issue estoppel may arise from the unfairness of the prior proceedings. Second, even where the prior proceedings were conducted fairly and properly having regard to their purposes, it may nonetheless be unfair to use the results of that process to preclude the subsequent claim.

(a) *Fairness of the Prior Proceedings*

[40] If the prior proceedings were unfair to a party, it will likely compound the unfairness to hold that party to its results for the purposes of a subsequent proceeding. For example, in *Danyluk*, the prior administrative decision resulted from a process in which Ms. Danyluk had not received notice of the other party's allegations or been given a chance to respond to them.

[41] Many of the factors identified in the jurisprudence, including the procedural safeguards, the availability of an appeal, and the expertise of the decision maker, speak to the opportunity to participate in and the fairness of the administrative proceeding. These considerations are important because they address the question of whether there was a fair opportunity for the parties to put forward their position, a fair opportunity to adjudicate the

[37] Dans *Danyluk*, aux par. 68-80, la Cour a repris plusieurs facteurs relevés par le juge Laskin dans *Minott c. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321 (C.A.), qui sont pertinents pour l'analyse préalable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans le contexte où un tribunal administratif s'est déjà prononcé sur la question en litige.

[38] Les facteurs énumérés dans *Danyluk* indiquent simplement certaines circonstances susceptibles d'être pertinentes dans un cas particulier pour déterminer si, dans l'ensemble, il est équitable d'appliquer cette doctrine. Cette liste n'est pas exhaustive. Il ne s'agit ni d'une liste de contrôle ni d'un appel à une analyse mécanique.

[39] De manière générale, les facteurs relevés dans la jurisprudence montrent que l'iniquité peut se manifester de deux façons principales qui se chevauchent et ne s'excluent pas l'une l'autre. Premièrement, l'iniquité de l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée peut résulter de l'iniquité de l'instance antérieure. Deuxièmement, même si l'instance antérieure s'est déroulée de manière juste et régulière, eu égard à son objet, il pourrait néanmoins se révéler injuste d'opposer la décision en résultant à toute action ultérieure.

a) *Caractère équitable de l'instance antérieure*

[40] Si l'instance antérieure a été inéquitable envers une partie, ce serait redoubler l'iniquité que cette partie soit liée par l'issue en résultant aux fins d'une action ultérieure. Par exemple, dans *Danyluk*, la décision administrative antérieure découlait d'un processus dans le cadre duquel M^{me} Danyluk n'avait pas été informée des allégations formulées par l'autre partie et n'avait pas eu la possibilité d'y répondre.

[41] Bon nombre des facteurs établis dans la jurisprudence, dont les garanties procédurales, l'existence d'un droit d'appel et l'expertise du décideur, ont trait à la possibilité de participer à la procédure administrative et au caractère équitable de cette dernière. Ces considérations sont importantes parce qu'elles permettent de déterminer si les parties ont eu une possibilité raisonnable de présenter leur position, si les questions soulevées ont été tranchées

issues in the prior proceedings and a means to have the decision reviewed. If there was not, it may well be unfair to hold the parties to the results of that adjudication for the purposes of different proceedings.

(b) *The Fairness of Using the Results of the Prior Proceedings to Bar Subsequent Proceedings*

[42] The second way in which the operation of issue estoppel may be unfair is not so much concerned with the fairness of the prior proceedings but with the fairness of *using their results* to preclude the subsequent proceedings. Fairness, in this second sense, is a much more nuanced enquiry. On the one hand, a party is expected to raise all appropriate issues and is not permitted multiple opportunities to obtain a favourable judicial determination. Finality is important both to the parties and to the judicial system. However, even if the prior proceeding was conducted fairly and properly having regard to its purpose, injustice may arise from using the results to preclude the subsequent proceedings. This may occur, for example, where there is a significant difference between the purposes, processes or stakes involved in the two proceedings. We recognize that there will always be differences in purpose, process and stakes between administrative and court proceedings. In order to establish unfairness in the second sense we have described, such differences must be significant and assessed in light of this Court's recognition that finality is an objective that is also important in the administrative law context. As Doherty and Feldman J.J.A. wrote in *Schweneke v. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), at para. 39, if courts routinely declined to apply issue estoppel because the procedural protections in the administrative proceedings do not match those available in the courts, issue estoppel would become the exception rather than the rule.

[43] Two factors discussed in *Danyluk* — “the wording of the statute from which the power to issue the administrative order derives” (paras. 68-70)

et s'il est possible de faire réexaminer la décision. Dans la négative, il pourrait se révéler injuste qu'elles se voient liées par la première décision aux fins d'autres actions.

b) *Caractère équitable du fait d'opposer l'issue d'une instance antérieure à une action intentée ultérieurement*

[42] La deuxième façon dont l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée peut se révéler inéquitable n'intéresse pas tant le caractère équitable de l'instance antérieure que celui du *fait d'opposer la décision issue de cette instance* à une autre action. Dans ce deuxième sens, l'équité fait l'objet d'un examen beaucoup plus nuancé. D'une part, une partie est censée soulever toutes les questions pertinentes et ne dispose pas de multiples tentatives pour obtenir un jugement favorable. Le caractère définitif est important tant pour les parties que pour le système judiciaire. En revanche, même si l'instance antérieure s'est déroulée de manière juste et régulière eu égard à son objet, il pourrait se révéler injuste d'empêcher, sur le fondement de l'issue d'une procédure antérieure, la tenue d'une autre instance. Par exemple, ce peut être le cas lorsque les objets, la procédure ou les enjeux des deux instances diffèrent grandement. Nous reconnaissons que la procédure administrative et la procédure judiciaire différeront toujours sur ces plans. Or, pour démontrer qu'il y a iniquité selon ce deuxième sens que nous venons de décrire, il faut un écart considérable, évalué à la lumière de l'importance que revêt également en droit administratif, selon la Cour, le caractère définitif des litiges. Comme l'ont souligné les juges Doherty et Feldman dans *Schweneke c. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), par. 39, si les tribunaux refusaient systématiquement d'appliquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée parce que les garanties procédurales applicables en matière administrative et en matière judiciaire ne correspondent pas, cette doctrine serait l'exception plutôt que la règle.

[43] Deux facteurs analysés dans *Danyluk* — « le libellé du texte de loi accordant le pouvoir de rendre l'ordonnance administrative » (par. 68-70)

and “the purpose of the legislation” (paras. 71-73), including the degree of financial stakes involved — are highly relevant here to the fairness analysis in this second sense. They take into account the intention of the legislature in creating the administrative proceedings and they shape the reasonable expectations of the parties about the scope and effect of the proceedings and their impact on the parties’ broader legal rights: *Minott*, at pp. 341-42.

[44] For example, in *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), a defendant in a civil action relied on the decision of a Deputy Chief Forester to preclude the Crown’s civil action for damages caused by a forest fire. The Court of Appeal upheld the chambers judge’s decision to exercise discretion against applying issue estoppel. As the statute did not contemplate that the Deputy Chief Forester’s decision about the cause of a fire would be a final resolution of that issue, it followed that it “was not within the reasonable expectation of either party at the time of those proceedings” that it would be: *Bugbusters*, at para. 30.

[45] Thus, where the purposes of the two proceedings diverge significantly, applying issue estoppel may be unfair even though the prior proceeding was conducted with scrupulous fairness, having regard to the purposes of the legislative scheme that governs the prior proceeding. For example, where little is at stake for a litigant in the prior proceeding, there may be little incentive to participate in it with full vigour: *Toronto (City)*, at para. 53.

[46] There is also a general policy concern linked to the purpose of the legislative scheme which governs the prior proceeding. To apply issue estoppel based on a proceeding in which a party reasonably expected that little was at stake risks inducing future litigants to either avoid the proceeding altogether or to participate more actively and vigorously than would otherwise make sense. This could undermine the expeditiousness and

et « l’objet de la loi » (par. 71-73), y compris la teneur de l’enjeu financier — sont forts pertinents en l’espèce quant à l’analyse relative à l’équité selon ce deuxième sens. Ces facteurs tiennent compte de l’intention du législateur lorsqu’il a créé le régime administratif et définissent les attentes raisonnables des parties concernant la portée et l’effet de l’instance ainsi que son incidence sur les droits en général des parties au litige : *Minott*, p. 341-342.

[44] Par exemple, dans *British Columbia (Minister of Forests) c. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), le défendeur dans une action civile a invoqué la décision du chef forestier adjoint pour empêcher la Couronne d’intenter une action civile en dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par un incendie de forêt. La Cour d’appel a confirmé la décision du juge en cabinet d’exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser d’appliquer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. La loi ne prévoyant pas que la décision du chef forestier adjoint sur la cause d’un incendie soit définitive, la finalité de cette décision [TRADUCTION] « n’appartenait pas aux attentes raisonnables de l’une ou l’autre des parties à l’instance » : *Bugbusters*, par. 30.

[45] Par conséquent, lorsque l’objet de deux instances diffère grandement, l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée pourrait se révéler injuste, même si l’instance antérieure s’est déroulée dans le respect scrupuleux de l’équité, eu égard à l’objet du régime législatif la régissant. Par exemple, lorsque les enjeux de l’instance antérieure ne sont pas assez importants pour une partie, cette dernière n’aurait guère avantage à offrir une participation vigoureuse et complète : *Toronto (Ville)*, par. 53.

[46] Il existe aussi une considération de politique générale liée à l’objet du régime législatif qui régit l’instance antérieure. En appliquant la préclusion découlant d’une question déjà tranchée dans le cas d’un litige où une partie s’attend raisonnablement à des enjeux peu importants, on risque d’inciter à l’avenir d’éventuelles parties à escamoter complètement ce recours ou à y participer plus activement et vigoureusement que ne le commande le bon sens.

efficiency of administrative regimes and therefore undermine the purpose of creating the tribunal: *Burchill v. Yukon (Commissioner)*, 2002 YKCA 4 (CanLII), at para. 28; *Minott*, at p. 341; and *Danyluk*, at para. 73. In the context of this appeal, it might discourage citizens from filing complaints about police misconduct.

[47] Thus, the text and purpose of the legislative scheme shape the parties' reasonable expectations in relation to the scope and effect of the administrative proceedings. They guide how and to what extent the parties participate in the process. Where the legislative scheme contemplates multiple proceedings and the purposes of those proceedings are widely divergent, the application of the doctrine in such circumstances might not only upset the parties' legitimate and reasonable expectations but may also undermine the efficacy and policy goals of the administrative proceedings by either encouraging more formality and protraction or even discouraging access to the administrative proceedings altogether.

[48] These considerations are also relevant to weighing another factor identified in *Danyluk*: the procedural safeguards available to the parties in the prior administrative process. The consideration of a party's decision whether to take advantage of procedural protections available in the prior proceeding cannot be divorced from the consideration of the party's reasonable expectations about what is at stake in those proceedings or the fundamentally different purposes of the two proceedings. The connections between the relevant considerations must be viewed as a whole.

(2) Fairness of Using the Disciplinary Finding to Preclude a Civil Action in This Case

[49] In our respectful view, the Court of Appeal failed to focus on fairness in the second sense we have just described. We do not quarrel with the finding of the Court of Appeal that the disciplinary hearing was itself fair and that Mr. Penner participated in a

Cette situation nuirait au caractère expéditif et à l'efficacité du régime administratif et compromettrait donc l'objet sous-jacent à la création du tribunal : *Burchill c. Yukon (Commissioner)*, 2002 YKCA 4 (CanLII), par. 28; *Minott*, p. 341; et *Danyluk*, par. 73. Dans le contexte qui nous occupe, cela pourrait décourager des citoyens de déposer des plaintes pour inconduite policière.

[47] Ainsi, le libellé et l'objet du régime législatif définissent les attentes raisonnables des parties quant à la portée et à l'effet de l'instance administrative. Ils définissent le rôle des parties dans le déroulement de l'instance et l'étendue de leur apport. Lorsque le régime législatif prévoit des instances multiples dont les objets sont fort différents, l'application de la doctrine risque non seulement de bouleverser les attentes légitimes et raisonnables des parties, mais aussi de nuire à l'efficacité et aux objectifs d'intérêt général du régime administratif, en favorisant le formalisme et les lenteurs, voire en décourageant complètement l'exercice d'un recours administratif.

[48] Ces considérations sont également pertinentes pour évaluer un autre facteur énoncé dans *Danyluk*, à savoir les garanties procédurales applicables dans le cadre du processus administratif antérieur. La décision d'une partie de se prévaloir ou non des garanties procédurales propres à l'instance antérieure ne saurait être examinée sans que le soient également ses attentes raisonnables quant aux enjeux ou les objets fondamentalement différents des deux types d'instances. Il convient d'analyser les liens entre les considérations pertinentes à la lumière de l'ensemble.

(2) Caractère équitable de l'opposition des conclusions issues de l'enquête disciplinaire à l'action civile en l'espèce

[49] En toute déférence, nous estimons que la Cour d'appel n'a pas axé son examen sur l'équité selon le deuxième sens que nous venons de décrire. Nous ne trouvons rien à redire à ses conclusions selon lesquelles l'audience disciplinaire était équitable

meaningful way. However, while the court thoroughly assessed the fairness of the disciplinary proceeding itself, it failed to fully analyze the fairness of using the results of that process to preclude the appellant's civil claims, having regard to the nature and scope of those earlier proceedings and the parties' reasonable expectations in relation to them.

(a) *The Legislation Establishing the Disciplinary Hearing*

[50] As the Court of Appeal pointed out, “the legislature did not intend to foreclose [Mr. Penner’s] civil action simply because he filed a complaint under the [PSA]”: para. 42. The PSA features statutory privilege provisions, three of which are noteworthy here. Documents generated during the complaint process are inadmissible in civil proceedings: s. 69(9). Persons who carry out duties in the complaint process cannot be forced to testify in civil proceedings about information obtained in the course of their duties: s. 69(8). Finally, persons engaged in the administration of the complaints process are obligated to keep information obtained during the process confidential, subject to certain exceptions: s. 80. These provisions specifically contemplate parallel proceedings in relation to the same subject matter.

[51] Here, as recognized by the Court of Appeal, the legislation does not intend to foreclose parallel proceedings when a member of the public files a complaint. This would shape the reasonable expectations of the parties and the nature and extent of their participation in the process.

[52] Nothing in the legislative text, therefore, could give rise to a reasonable expectation that the disciplinary hearing would be conclusive of Mr. Penner’s legal rights against the constables, the Chief of Police or the Police Services Board in his civil action.

et M. Penner a participé utilement au processus. Toutefois, bien qu’elle ait analysé en détail la procédure disciplinaire en soi pour en déterminer le caractère équitable, elle n’a pas analysé de manière exhaustive la question de savoir s’il serait équitable d’opposer le résultat de cette procédure aux demandes civiles de l’appelant, à la lumière de la nature et de la portée de cette instance antérieure ainsi que des attentes raisonnables des parties à cet égard.

a) *Loi établissant la procédure d’audience disciplinaire*

[50] Comme l’a souligné la Cour d’appel, [TRADUCTION] « l’intention du législateur n’était pas de faire obstacle à [l]’action civile [de M. Penner] au seul motif qu’il a porté plainte en vertu de la [LSP] » : par. 42. La LSP prévoit des dispositions établissant des privilèges, dont trois méritent d’être mentionnées. Les documents préparés au cours du processus de plainte ne sont pas admissibles dans une instance civile : par. 69(9). La personne qui exerce ses fonctions dans le cadre du processus de plainte ne peut être tenue de témoigner dans une instance civile relativement aux renseignements obtenus dans l’exercice de ses fonctions : par. 69(8). Enfin, la personne qui participe à l’administration du processus de plainte doit tenir confidentiel tout renseignement obtenu au cours de ce processus, à quelques exceptions près : art. 80. Ces dispositions prévoient expressément la possibilité d’instances parallèles relativement aux mêmes faits.

[51] En l’espèce, comme l’a reconnu la Cour d’appel, la loi ne vise pas à empêcher la tenue d’instances parallèles dans le cas d’une plainte du public. Cela a une incidence sur les attentes raisonnables des parties ainsi que sur la nature et la portée de leur participation au processus.

[52] Le texte législatif ne comporte donc aucun élément susceptible de donner naissance à une attente raisonnable que l’audience disciplinaire serait concluante quant aux droits que M. Penner pourrait faire valoir contre les agents de police, le chef de police ou la commission de services policiers dans le cadre d’une action civile.

(b) *Reasonable Expectations of the Parties: Different Purposes of the Proceedings and Other Considerations*

[53] The Court of Appeal recognized that the purposes of a police disciplinary proceeding and a civil action were different and that this weighed against the application of issue estoppel.

[54] The police disciplinary hearing is part of the process through which the officers' employer decides whether to impose employment-related discipline on them. By making the complainant a party, the *PSA* promotes transparency and public accountability. However, this process provides no remedy or costs for the complainant. A civil action, on the other hand, provides a forum in which a party that has suffered a wrong may obtain compensation for that wrong.

[55] In addition to the legislative text, several other facts point to the same conclusion about the parties' reasonable expectations about the impact of the disciplinary hearing on the civil action.

[56] First, Mr. Penner's civil action was filed in July 2003, almost a year *before* the hearing officer released his decision on June 28, 2004. In *Danyluk*, the civil proceedings had commenced before the administrative proceedings concluded. Binnie J. reasoned that this weighed against applying issue estoppel because "the respondents were well aware, in law and in fact, that they were expected to respond to parallel and to some extent overlapping proceedings": para. 70.

[57] Second, Hermiston J., in the most pertinent Ontario case on the question of issue estoppel in the police disciplinary hearing context at the time, *Porter v. York (Regional Municipality) Police*, [2001] O.J. No. 5970 (QL) (S.C.J.), stated that an acquittal of an officer at a disciplinary hearing *did not* give rise to issue estoppel in relation to the same issues in a subsequent civil action.

b) *Attentes raisonnables des parties : objets différents des deux types d'instances et autres considérations*

[53] La Cour d'appel a reconnu que les objets visés par une procédure disciplinaire de la police et une action civile diffèrent et que ce fait militait contre l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

[54] L'audience disciplinaire appartient au processus par lequel l'employeur décide de l'opportunité de mesures disciplinaires contre un agent de police. En faisant du plaignant une partie à l'instance, la *LSP* favorise la transparence et la reddition de comptes dans l'intérêt du public. Ce processus ne prévoit toutefois ni réparation ni dépens en faveur du plaignant. En revanche, une action civile fournit une tribune permettant s'il y a lieu à la partie lésée d'être indemnisée.

[55] Outre le texte de loi, plusieurs faits appellent la même conclusion sur les attentes raisonnables des parties quant à l'incidence de l'audience disciplinaire sur l'action civile.

[56] Premièrement, M. Penner a déposé son recours civil en juillet 2003, soit environ un an *avant* que l'agent d'audience rende sa décision, le 28 juin 2004. Dans *Danyluk*, l'action civile avait été intentée avant que la procédure administrative ne prenne fin. Selon le juge Binnie, cette situation militait contre l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée parce que « les intimés savaient parfaitement, en droit et en fait, qu'ils devaient se défendre dans des procédures parallèles se chevauchant dans une certaine mesure » : par. 70.

[57] Deuxièmement, suivant l'opinion du juge Hermiston, dans la décision ontarienne la plus pertinente à l'époque en matière d'audience disciplinaire de la police et de préclusion découlant d'une question déjà tranchée, *Porter c. York (Regional Municipality) Police*, [2001] O.J. No. 5970 (QL) (C.S.J.), l'acquittement d'un agent de police à l'issue d'une audience disciplinaire *ne donne pas* lieu à l'application de cette doctrine relativement aux mêmes questions invoquées dans une action civile intentée ultérieurement.

[58] Third, a person in Mr. Penner’s position might well think it unlikely that a proceeding in which he or she had no personal or financial stake could preclude a claim for significant damages in his or her civil action.

(c) *Financial Stake in the Disciplinary Hearing*

[59] The Court of Appeal noted that the lack of a financial stake in the administrative proceeding, on its own, does not ordinarily resolve how the court should exercise its discretion in applying issue estoppel in a civil action. However, the Court of Appeal went further. With respect to the absence of a financial stake in the outcome of the disciplinary hearing, the court said, at para. 43:

This is an important consideration weighing against applying issue estoppel, but its strength is diminished by the potential indirect benefit to Mr. Penner from the disciplinary proceedings. If, for example, the hearing officer had found that the two police officers did not have reasonable and probable grounds to arrest Mr. Penner or used excessive force on him, those findings would likely have estopped the officers from asserting otherwise in Mr. Penner’s civil action. In other words, issue estoppel works both ways.

[60] In our view, this analysis is flawed. It cannot necessarily be said that issue estoppel “works both ways” here. As the Court of Appeal recognized, because the *PSA* requires that misconduct by a police officer be “proved on clear and convincing evidence” (s. 64(10)), it follows that such a conclusion might, depending upon the nature of the factual findings, properly preclude relitigation of the issue of liability in a civil action where the balance of probabilities — a lower standard of proof — would apply. However, this cannot be said in the case of an acquittal. The prosecutor’s failure to prove the charges by “clear and convincing evidence” does not necessarily mean that those same allegations could not be established on a balance of probabilities. Given the different

[58] Troisièmement, il se peut très bien qu’une personne dans la même situation que M. Penner estime improbable qu’une instance ne présentant pour elle ou lui aucun enjeu personnel ou financier puisse l’empêcher d’intenter une action civile pour réclamer des dommages-intérêts considérables.

c) *Enjeu financier de l’audience disciplinaire*

[59] Selon la Cour d’appel, l’absence d’enjeu financier de la procédure administrative ne règle pas habituellement en soi la question de savoir dans quel sens la cour saisie d’un recours civil devrait exercer son pouvoir discrétionnaire en matière de préclusion découlant d’une question déjà tranchée opposable à une telle action civile. Or, la Cour d’appel n’en est pas restée là et a tenu les propos suivants au sujet de l’absence d’enjeu financier à l’audience disciplinaire :

[TRADUCTION] Il s’agit d’une considération importante qui milite à l’encontre de l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Cependant, son poids est réduit en raison de l’avantage indirect que peut procurer l’instance disciplinaire à M. Penner. Par exemple, si l’agent d’audience avait conclu que les deux agents de police n’avaient eu aucun motif raisonnable et probable d’arrêter M. Penner ou qu’ils avaient employé une force excessive à son encontre, de telles conclusions auraient probablement empêché les agents de soutenir le contraire dans le cadre de l’action civile de M. Penner. En d’autres termes, la préclusion découlant d’une question déjà tranchée joue dans les deux sens. [par. 43]

[60] À notre avis, cette analyse est viciée. On ne peut pas nécessairement dire que la préclusion découlant d’une question déjà tranchée « joue dans les deux sens » en l’espèce. Comme l’a reconnu la Cour d’appel, puisque la *LSP* exige que l’inconduite d’un agent de police soit « prouvée sur la foi de preuves claires et convaincantes » (par. 64(10)), il s’ensuit que la conclusion d’inconduite, selon la nature des constatations de fait, pourrait empêcher que la question de la responsabilité soit réexaminée dans le cadre d’une action civile, où s’appliquerait la prépondérance des probabilités, une norme de preuve moins exigeante. Toutefois, il n’en va pas de même de l’acquiescement. Il ne faut pas déduire du fait que le poursuivant n’a pas prouvé les accusations sur la foi de « preuves claires et convaincantes » qu’elles n’auraient pu être établies

standards of proof, there would have been no reason for a complainant to expect that issue estoppel would apply if the officers were acquitted. Indeed, in *Porter*, at para. 11, the court refused to apply issue estoppel following an acquittal in a police disciplinary hearing because the hearing officer's decision "was determined by a high standard of proof and might have been different if it had been decided based on the lower civil standard". Thus, the parties could not reasonably have contemplated that the acquittal of the officers at the disciplinary hearing would be determinative of the outcome of Mr. Penner's civil action.

[61] By assuming that issue estoppel "works both ways", the Court of Appeal attached too little weight to the fact that Mr. Penner had no financial stake in the disciplinary hearing and wrongly concluded that he had more at stake than he could reasonably have thought at the time.

(d) *Issue Estoppel May Work to Undermine the Purpose of Administrative Proceedings*

[62] Another important policy consideration referred to earlier arises in this case: the risk of adding to the complexity and length of administrative proceedings by attaching undue weight to their results through applying issue estoppel. It is true that Mr. Penner could have participated even more fully in the proceedings by hiring counsel in an attempt to obtain a finding of misconduct so as to assist his civil action. But accepting this line of argument too readily may lead to unintended and undesirable results. It risks turning the administrative process into a proxy for Mr. Penner's civil action. If it is before the hearing officer, and not the court, that an action for damages is to be won or lost, litigants in Mr. Penner's position will have every incentive to mount a full-scale case, which

selon la prépondérance des probabilités. Compte tenu des normes de preuve différentes, le plaignant n'aurait aucun motif de croire que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'appliquerait en cas d'acquiescement des agents de police. En effet, dans *Porter*, la cour a refusé d'appliquer cette doctrine à la suite d'un acquiescement prononcé à l'issue d'une audience disciplinaire de la police parce que l'agent d'audience avait rendu sa décision sur le fondement d'une [TRADUCTION] « norme de preuve exigeante et que sa décision aurait pu se révéler différente si l'agent avait appliqué la norme moins exigeante que commande la procédure civile » : par. 11. Par conséquent, les parties ne pouvaient pas raisonnablement envisager que l'acquiescement des agents de police à l'issue de l'audience disciplinaire serait déterminant pour l'issue de l'action civile intentée par M. Penner.

[61] En tenant pour acquis que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée « joue dans les deux sens », la Cour d'appel a accordé un poids insuffisant au fait que l'audience disciplinaire ne présentait aucun enjeu financier pour M. Penner, et elle a eu tort de conclure que l'enjeu était plus important que ce qu'il aurait raisonnablement pu croire à l'époque.

d) *La préclusion découlant d'une question déjà tranchée risque de compromettre l'objet du régime administratif*

[62] Une autre considération importante d'intérêt public mentionnée précédemment se soulève en l'espèce, à savoir le risque de complexité et de longueur accrues des instances administratives du fait qu'une importance excessive soit accordée à leur issue par l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Certes, M. Penner aurait pu participer plus pleinement à l'audience qu'il ne l'a fait s'il avait retenu les services d'un avocat pour tenter d'obtenir une conclusion d'inconduite qui aurait profité à son action civile. Or, suivre trop facilement un tel raisonnement risque de conduire à des résultats imprévus et non souhaitables. Il se pourrait qu'ainsi le processus administratif se substitue à l'action civile intentée par M. Penner. Si c'est non pas devant le tribunal, mais devant l'agent d'audience qu'une action

would tend to defeat the expeditious operation of the disciplinary hearing.

[63] In the context of this appeal, it would also mean that the officers, who have much at stake in the hearing, would effectively be forced to face two prosecutors rather than one, given the presence of counsel for the complainant. We doubt that this would enhance either the efficacy of the disciplinary hearing, or the fairness to the officers in that hearing. Finally, a further significant risk is that potential complainants will simply not come forward with public complaints in order to avoid prejudicing their civil actions.

(e) *The Role of the Chief of Police*

[64] Under the public complaints process of the PSA at the relevant time, the Chief of Police investigated and determined whether a hearing was required following the submission of a public complaint. The Chief of Police appointed the investigator, the prosecutor and the hearing officer.

[65] It has been recognized that these arrangements are not objectionable for the purposes of a disciplinary hearing (as in *Sharma*). However, in our view, the fact that this decision was made by the designate of the Chief of Police should be taken into account in assessing the fairness of using the results of the disciplinary process to preclude Mr. Penner's civil claims. While this point was not clearly placed before the Court of Appeal, we think it is an important one.

[66] Applying issue estoppel against the complainant here had the effect of permitting the Chief of Police to become the judge of his own case, with the result that his designate's decision had the effect of exonerating the Chief and his police service from civil liability. In our view, applying issue estoppel here is a serious affront to basic principles of fairness.

en dommages-intérêts se décide en fin de compte, les justiciables qui se trouvent dans la situation de M. Penner auront tout intérêt à monter un dossier très étoffé, ce qui irait à l'encontre du caractère expéditif de l'audience disciplinaire.

[63] Dans le contexte du présent pourvoi, cela signifierait également que les agents de police, pour qui l'audience présente un enjeu important, se verraient, dans les faits, obligés de comparaître devant deux poursuivants plutôt qu'un, vu la présence du conseiller juridique du plaignant. Nous doutons que cette situation favorise l'efficacité de l'audience disciplinaire ou l'équité envers les agents de police dans le cadre de ce type d'audience. Enfin, la situation présenterait un autre risque important, soit celui qu'un plaignant potentiel ne s'abstienne tout simplement de déposer une plainte pour ne pas compromettre son action civile.

e) *Le rôle du chef de police*

[64] Suivant la procédure relative aux plaintes du public prévue dans la LSP de l'époque, le chef de police faisait mener une enquête sur toute plainte et déterminait si la tenue d'une audience était justifiée. Il nommait l'enquêteur, le poursuivant et l'agent d'audience.

[65] Il a été reconnu que ces arrangements ne sont pas répréhensibles pour les besoins d'une audience disciplinaire (notamment dans *Sharma*). Nous estimons toutefois que, pour évaluer s'il est équitable d'opposer l'issue du processus disciplinaire aux demandes civiles de M. Penner, il faut tenir compte du fait que cette décision a été rendue par le délégué du chef de police. À notre avis, bien qu'il n'ait pas été présenté clairement à la Cour d'appel, ce point est important.

[66] En l'espèce, l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée contre le plaignant a fait en sorte que le chef de police a jugé sa propre affaire; la décision de son délégué a ainsi eu pour effet de soustraire le chef de police et son service de police à toute responsabilité civile. À notre avis, appliquer la doctrine dans ce cas choque gravement les principes fondamentaux d'équité.

[67] We emphasize that this unfairness does not reside in the Chief of Police carrying out his statutory duties. The parties accept that, given the statutory framework, there is no objection on fairness grounds to the role of the Chief and there is certainly no suggestion that he failed in any way to carry out his statutory duties. Further, no obvious unfairness arises if the disciplinary decision finds police misconduct, as this is a decision against the interests of the chief or the Police Services Board. The unfairness that concerns us only arises at the point that the Chief's (or his designate's) decision that there was no police misconduct in a disciplinary context is used for the quite different purpose of exonerating him, by means of issue estoppel, from civil liability relating to the same matter.

[68] Had the Court of Appeal been given the opportunity to fully consider the importance of these points, our view is that it would have seen that applying issue estoppel against the appellant in the circumstances of this case was fundamentally unfair.

VI. Conclusion

[69] Issue estoppel is about balancing judicial economy and finality and other considerations of fairness to the parties. It is a flexible doctrine that permits the court to respond to the equities of a particular case. We see no reason to depart from that approach and create a rule of public policy to preclude the application of issue estoppel in the context of public complaints against the police.

[70] Given the legislative scheme and the widely divergent purposes and financial stakes in the two proceedings, the parties could not reasonably have contemplated that the acquittal of the officers at the disciplinary hearing would determine the outcome of Mr. Penner's civil action. These are important

[67] Il importe de préciser que l'iniquité ne découle pas de l'exercice, par le chef de police, de ses fonctions prévues par la loi. Les parties en conviennent et, compte tenu du cadre législatif, elles ne soulèvent aucune objection liée à l'équité quant au rôle du chef de police prévu par le cadre législatif, et sont d'accord pour dire que rien ne permet d'affirmer que celui-ci a erré dans l'exercice des fonctions que lui confère la loi. De plus, aucune iniquité flagrante ne ressortirait d'une conclusion d'inconduite policière, puisqu'il s'agirait d'une décision contraire aux intérêts du chef de police ou de la commission de services policiers. L'iniquité qui nous intéresse se manifeste seulement lorsque la décision du chef de police (ou de son délégué) concluant à l'absence d'inconduite policière dans un contexte disciplinaire est utilisée à une fin tout à fait différente, soit pour le soustraire, par le jeu de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, à toute responsabilité civile relativement aux mêmes faits.

[68] À notre avis, si elle avait eu la possibilité d'examiner pleinement l'importance de ces points, la Cour d'appel aurait constaté qu'appliquer cette doctrine contre l'appelant dans les circonstances de l'espèce était fondamentalement inéquitable.

VI. Conclusion

[69] La doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sert à établir un équilibre entre le caractère définitif des décisions et l'économie des ressources d'une part, et d'autres considérations intéressant l'équité envers les parties d'autre part. Il s'agit d'une doctrine souple qui permet au tribunal d'apprécier le caractère équitable d'une affaire donnée. Nous ne voyons aucune raison de nous écarter de cette approche et de créer une règle d'intérêt public visant à empêcher l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée dans le contexte d'une plainte du public contre la police.

[70] Compte tenu du régime législatif et des objets et enjeux financiers fort différents des deux types d'instance, les parties ne pouvaient pas raisonnablement envisager que l'acquiescement des agents de police à l'audience disciplinaire serait déterminant quant à l'issue de l'action civile intentée par

considerations and the Court of Appeal did not take them into account in assessing the weight of other factors, such as Mr. Penner's status as a party and the procedural protections afforded by the administrative process. Further, the application of issue estoppel had the effect of using the decision of the Chief of Police's designate to exonerate the Chief in the civil claim.

[71] Applying issue estoppel against Mr. Penner to preclude his civil claim for damages in the circumstances of this case was fundamentally unfair.

VII. Disposition

[72] We would allow the appeal with costs to the appellant throughout.

The reasons of LeBel, Abella and Rothstein JJ. were delivered by

[73] *LEBEL AND ABELLA JJ.* (dissenting) — Litigation must come to an end, in the interests of the litigants themselves, the justice system and our society. The finality of litigation is a fundamental principle assuring the fairness and efficacy of the justice system in Canada. The doctrine of issue estoppel advances this principle. It seeks to protect the reasonable expectation of litigants that they are able to rely on the outcome of a decision made by an authoritative adjudicator, regardless of whether that decision was made in the context of a court or an administrative proceeding. The purposes of proceedings may vary like the governing procedures, but the principle of finality of litigation should be maintained.

[74] This appeal concerns the proper approach to the discretionary application of issue estoppel in the context of prior administrative proceedings dealing with police conduct.

M. Penner. Il s'agit de considérations importantes dont la Cour d'appel n'a pas tenu compte lorsqu'elle a apprécié les autres facteurs tels que la participation de M. Penner à titre de partie et les garanties procédurales de l'instance administrative. De plus, cette application de la préclusion a eu pour effet d'utiliser la décision rendue par le délégué du chef de police pour soustraire le chef de police à l'action civile.

[71] L'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée contre M. Penner pour bloquer son action civile en dommages-intérêts était fondamentalement inéquitable dans les circonstances de l'espèce.

VII. Dispositif

[72] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens en faveur de l'appelant dans toutes les cours.

Version française des motifs des juges LeBel, Abella et Rothstein rendus par

[73] *LES JUGES LEBEL ET ABELLA* (dissidents) — Tout litige doit avoir une fin, et ce, dans l'intérêt des parties, du système de justice et de notre société. Le caractère définitif des litiges est un principe fondamental qui garantit l'équité et l'efficacité du système de justice au Canada. La doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée vient appuyer ce principe. Elle vise à protéger l'attente raisonnable des parties quant à leur capacité de se fier au résultat d'une décision rendue par un décideur habilité à trancher, peu importe que la décision ait été prise dans le contexte d'une procédure judiciaire ou d'une procédure administrative. L'objet peut varier d'une instance à l'autre, tout comme les procédures applicables, mais le principe du caractère définitif des litiges doit être maintenu.

[74] Le présent pourvoi porte sur l'approche à adopter quant à l'application discrétionnaire de la doctrine de la préclusion lorsqu'une question a déjà été tranchée dans le contexte d'une procédure administrative intentée antérieurement au sujet de la conduite d'un policier.

[75] The applicable approach to issue estoppel was most recently articulated by this Court in 2011 in *British Columbia (Workers' Compensation Board) v. Figliola*, 2011 SCC 52, [2011] 3 S.C.R. 422. This is the precedent, therefore, that governs the application of the doctrine in this case.

[76] The key relevant aspect of this precedent is that it moved away from the approach taken in *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, which enunciated a different test for the discretionary application of issue estoppel in the context of administrative tribunals. In so doing, *Danyluk* said that the approach should be “fairness” and set out a number of factors for assessing how “fairness” applied. In our view, these factors can no longer play the same role, nor be given the same weight, based on this Court’s subsequent jurisprudence starting with *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. These factors have largely been overtaken by the Court’s subsequent jurisprudence. For example, the breach of natural justice factor based on the procedural differences between courts and administrative tribunals and the expertise of the decision maker focus on concepts eschewed by this Court in *Dunsmuir* and *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160. The factors dealing with the wording of the statute and the purpose of the legislation are now referred to as the tribunal’s mandate (*Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471).

[77] The approach of our colleagues is not only inconsistent with recent developments in the law of judicial review, it also raises potential difficulties in the branch of judicial review which is concerned with procedural fairness. Inasmuch as a process is considered to be unfair, the proper way to attack it would be to challenge it, under the principles of natural justice. In addition, the position of our colleagues may also ignore the ability of legislatures

[75] La Cour s’est penchée sur cette question le plus récemment en 2011, dans l’arrêt *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola*, 2011 CSC 52, [2011] 3 R.C.S. 422. Ce précédent régit donc l’application de la doctrine en l’espèce.

[76] L’élément essentiel pertinent de ce jugement se retrouve dans la distance qu’il a prise par rapport à l’approche préconisée dans *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, où la Cour a énoncé un test différent quant à l’application discrétionnaire de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée dans le contexte des décisions administratives. Ce faisant, *Danyluk* précisait que l’approche devait être fondée sur l’« équité » et a énuméré un certain nombre de facteurs à prendre en considération pour juger de l’« équité » appliquée. Selon nous, ces facteurs ne peuvent plus jouer le même rôle, et on ne saurait continuer à leur accorder le même poids, compte tenu de la jurisprudence subséquente de la Cour, à commencer par *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190. En effet, la pertinence de ces facteurs a été considérablement limitée par la jurisprudence en question. Par exemple, le facteur de la violation des règles de justice naturelle, dégagé à partir des différences de nature procédurale entre les cours et les tribunaux administratifs ainsi que de celle relative à l’expertise du décideur, porte principalement à des concepts écartés par la Cour dans *Dunsmuir* et dans *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160. Quant aux facteurs relatifs au libellé et à l’objet du texte législatif, on y réfère désormais en parlant du mandat du tribunal (*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471).

[77] L’approche que préconisent nos collègues est non seulement incompatible avec l’évolution récente du droit relatif au contrôle judiciaire, elle pose aussi des difficultés potentielles dans la branche de ce domaine du droit relative à l’équité procédurale. Dans la mesure où un processus est jugé inéquitable, sur la base des principes de justice naturelle, la façon correcte de l’attaquer consisterait à le contester directement sur la base de ces principes. De plus,

to design administrative processes and define the nature and limits of procedural fairness in the absence of constitutional considerations. Finally, the justice system faces important difficulties in respect of access to civil and criminal justice. To hold that the traditional model of civil and criminal justice is the golden standard against which the fairness of administrative justice is to be measured clearly does not meet the needs of the times from a policy perspective.

[78] The “twin principles” which underlie the doctrine of issue estoppel — “that there should be an end to litigation and . . . that the same party shall not be harassed twice for the same cause” (*Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.), at p. 946) — are core principles which focus on achieving fairness and preventing injustice *by preserving the finality of litigation*. This, as the majority said in *Figliola*, is the case whether we are dealing with courts or administrative tribunals. Our colleagues’ approach undermines these principles and risks transforming issue estoppel into a free-floating inquiry into “fairness” and “injustice” for administrative tribunals and revives an approach that our Court refused to apply in *Figliola*.

I. Background

[79] The appellant, Wayne Penner, filed a public complaint against two police officers alleging that the officers were guilty of police misconduct under the *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15, and the *Code of Conduct* (O. Reg. 123/98, Part V, Sch.). His complaint alleged that the officers made an unlawful arrest and used unnecessary force, both during the arrest and at the police station. Mr. Penner also commenced a civil action in the Ontario Superior Court of Justice seeking damages against the same police officers for unlawful arrest,

la position de nos collègues ignore possiblement la capacité des législateurs de concevoir des processus administratifs et de définir la nature et les limites de l’équité procédurale en l’absence de considérations constitutionnelles. Finalement, des problèmes importants d’accès à la justice tant civile que criminelle se posent pour le système de justice. Soutenir que le modèle traditionnel de justice civile et criminelle constitue la norme par excellence à l’aune de laquelle il faut juger de l’équité de la justice administrative ne sert clairement pas les besoins actuels d’un point de vue de politique juridique.

[78] Les « principes jumeaux » qui sous-tendent la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée — soit que [TRADUCTION] « tout litige doit avoir une fin et [. . .] que la même partie ne doit pas être harassée deux fois pour la même cause » (*Carl Zeiss Stiftung c. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.), p. 946) — constituent des principes fondamentaux qui visent avant tout l’atteinte de l’équité et la prévention de l’injustice *en préservant le caractère définitif des litiges*. Cela demeure vrai, comme l’ont affirmé les juges majoritaires dans *Figliola*, tant à l’égard des cours de justice que des tribunaux administratifs. L’approche préconisée par nos collègues mine ces principes et risque de transformer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée en une enquête dépourvue de tout encadrement sur l’« équité » et l’« injustice » de la procédure des tribunaux administratifs et ravive une approche que la Cour a refusé d’appliquer dans *Figliola*.

I. Contexte factuel

[79] L’appelant, Wayne Penner, a déposé une plainte contre deux agents de police, dans laquelle il alléguait que ceux-ci étaient coupables d’inconduite au sens de la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15, et du *Code of Conduct* (Règl. de l’Ont. 123/98, partie V, ann.). Il alléguait que les agents de police avaient effectué une arrestation illégale et avaient fait usage d’une force excessive tant lors de l’arrestation qu’au poste de police. M. Penner a également intenté une action civile devant la Cour supérieure de justice de l’Ontario pour que les mêmes agents de police

use of unnecessary force, false imprisonment, and malicious prosecution.

[80] In 2004, Mr. Penner’s complaint under the *Police Services Act* proceeded to a disciplinary hearing before a hearing officer, a retired superintendent of the Ontario Provincial Police, who was appointed by the Chief of Police. The hearing took place over the course of several days, during which time 13 witnesses were called, exhibits were filed, including audio and video recordings of the relevant events, and each party including Mr. Penner had the opportunity to make submissions on points of law. Mr. Penner, as the complainant, had the option to retain legal counsel but chose to represent himself. He was active in the proceedings: he testified, participated in cross-examination, and provided written submissions.

[81] The hearing officer gave written reasons for his decision. In his reasons, he dismissed Mr. Penner’s complaint and found the police officers not guilty of any misconduct, rejecting most of Mr. Penner’s evidence, and preferring the testimony of the other witnesses, as well as the audio and video recordings of the events.

[82] He made the following findings of fact:

- he “was unable to see any evidence whatsoever of any excessive or unnecessary force used on Mr. Penner” (A.R., at p. 112 (emphasis added));
- “there is no clear, convincing or cogent evidence whatsoever to indicate that Mr. Penner was the victim of the unnecessary or unlawful application of force while in custody at the police station” (p. 114 (emphasis added)); and
- he was “convinced that Mr. Penner was exhibiting behaviour that would be consistent with escalating hostility” and that therefore “the force that was used during Mr. Penner’s arrest was totally justified” (p. 115 (emphasis added)).

soient condamnés à lui verser des dommages-intérêts pour arrestation illégale, recours à une force excessive, détention injustifiée et poursuite abusive.

[80] En 2004, la plainte de M. Penner, déposée en application de la *Loi sur les services policiers*, a donné lieu à une audience disciplinaire devant un agent d’audience, un surintendant à la retraite de la Police provinciale de l’Ontario, nommé par le chef de police. L’audience s’est déroulée pendant plusieurs jours durant lesquels 13 témoins ont été appelés, des pièces ont été produites — notamment des enregistrements audio et vidéo des événements pertinents — et où chaque partie, y compris M. Penner, a pu présenter des observations sur des questions de droit. À titre de plaignant, M. Penner pouvait retenir les services d’un avocat, mais il a choisi de se représenter lui-même. Il a participé activement à l’instance : il a livré un témoignage, a participé au contre-interrogatoire et a présenté des observations écrites.

[81] L’agent d’audience a motivé sa décision par écrit. Il a rejeté la plainte de M. Penner et a déclaré les agents de police non coupables d’inconduite. Il a rejeté la plus grande partie du témoignage de M. Penner, lui préférant les dépositions des autres témoins, ainsi que les enregistrements audio et vidéo des événements.

[82] L’agent d’audience a tiré les conclusions de fait suivantes :

- il n’a [TRADUCTION] « trouvé aucun élément de preuve démontrant que les agents ont fait usage d’une force inutile ou excessive à l’endroit de M. Penner » (d.a., p. 112 (nous soulignons));
- il a conclu qu’« il n’y a aucune preuve claire, convaincante ou pertinente démontrant que M. Penner a été victime d’un usage excessif ou illégal de la force lorsqu’il a été placé sous garde au poste de police » (p. 114 (nous soulignons));
- il était « convaincu que M. Penner a adopté un comportement qui s’est transformé en hostilité » et que, par conséquent, « le degré de force utilisé lors de l’arrestation de M. Penner était tout à fait justifié » (p. 115 (nous soulignons)).

[83] Mr. Penner appealed on the basis of these findings to the Ontario Civilian Commission on Police Services. The Commission overturned the decision of the hearing officer for the reason that the officers did not have the lawful authority to arrest Mr. Penner in a courtroom presided over by a Justice of the Peace.

[84] The respondents sought judicial review of the Commission's decision in the Ontario Divisional Court. The Divisional Court unanimously found the Commission's decision to be unreasonable and restored the hearing officer's decision (*Parker v. Niagara Regional Police Service* (2008), 232 O.A.C. 317). The Divisional Court found that the findings of fact made by the hearing officer were based on an "ample evidentiary foundation" and that there was "no manifest error, no ignoring of conclusive or relative evidence, nor any indication he misunderstood the evidence or drew erroneous conclusions from it" (para. 28). Mr. Penner did not appeal the decision of the Divisional Court to the Ontario Court of Appeal.

[85] Following the conclusion of the judicial review proceedings, the respondents (who are defendants in the civil action) brought a motion under Rule 21.01 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, to dismiss Mr. Penner's civil claims for unlawful arrest, use of unnecessary force, false imprisonment and malicious prosecution, all on the basis of issue estoppel. The motion judge granted the Rule 21 motion and struck these allegations from Mr. Penner's statement of claim.

[86] The Ontario Court of Appeal dismissed Mr. Penner's appeal (2010 ONCA 616, 102 O.R. (3d) 688). The Court of Appeal agreed with the motion judge that the preconditions for issue estoppel had been met and found that there were no grounds to exercise their discretion not to apply the doctrine in this case.

[83] Invoquant ces conclusions, M. Penner a interjeté appel à la Commission civile des services policiers de l'Ontario. Celle-ci a infirmé la décision de l'agent d'audience au motif que les agents de police n'étaient pas légalement autorisés à arrêter M. Penner dans une salle d'audience pendant qu'un juge de paix présidait la séance.

[84] Les intimés ont alors demandé le contrôle judiciaire de la décision de la Commission devant la Cour divisionnaire de l'Ontario. Cette dernière a conclu à l'unanimité que la décision de la Commission était déraisonnable et a rétabli la décision de l'agent d'audience (*Parker c. Niagara Regional Police Service* (2008), 232 O.A.C. 317). Selon la Cour divisionnaire, les conclusions de fait tirées par l'agent d'audience étaient [TRADUCTION] « fondées amplement sur la preuve » et il n'y avait « aucune erreur manifeste, aucune omission de tenir compte d'éléments de preuve concluants ou pertinents, ni aucune indication qu'il a mal interprété la preuve ou qu'il en a tiré des conclusions erronées » (par. 28). M. Penner n'a pas interjeté appel de la décision de la Cour divisionnaire devant la Cour d'appel de l'Ontario.

[85] Au terme de la procédure de contrôle judiciaire, les intimés (les défendeurs à l'action civile) ont présenté une motion en vertu de la règle 21.01 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, visant à faire rejeter l'action civile intentée par M. Penner pour arrestation illégale, recours à une force excessive, détention injustifiée et poursuite abusive, en invoquant contre toutes ces allégations la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Le juge des motions a accueilli la motion présentée en vertu de la règle 21 et a radié ces allégations de la déclaration de M. Penner.

[86] La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel de M. Penner (2010 ONCA 616, 102 O.R. (3d) 700). Elle a convenu avec le juge des motions que les conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée avaient été réunies et a conclu qu'elle n'avait aucune raison d'exercer son pouvoir discrétionnaire et de refuser d'appliquer cette doctrine dans la présente affaire.

[87] In his appeal to this Court, Mr. Penner does not directly challenge the Court of Appeal’s finding that the preconditions for issue estoppel are satisfied. Rather, his appeal focuses on whether the Court of Appeal properly exercised its discretion to apply issue estoppel and argues that it should have declined to do so.

II. Analysis

A. *The Role of Issue Estoppel*

[88] The doctrine of issue estoppel seeks to protect the finality of litigation by precluding the relitigation of issues that have been conclusively determined in a prior proceeding. It arose as a doctrinal response to the “twin principles . . . that there should be an end to litigation and . . . that the same party shall not be harassed twice for the same cause” (*Carl Zeiss Stiftung*, at p. 946; K. R. Handley, *Spencer Bower and Handley: Res Judicata* (4th ed. 2009), at p. 4; Donald J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (3rd ed. 2010), at pp. 4-7).

[89] These twin principles are often expressed in terms of the public interest in ensuring the finality of litigation, whether it is civil, criminal or administrative, and the individual interests of protecting the parties against the unfairness of repeated suits and prosecutions (see *EnerNorth Industries Inc., Re*, 2009 ONCA 536, 96 O.R. (3d) 1, at para. 53; Handley, at p. 4; Lange, at p. 7). However, it is clear that the overarching goal underlying both principles is to protect the fairness and integrity of the justice system by preventing duplicative proceedings. In other words, these principles are not competing values, but are fundamentally linked. As this Court recently recognized in *Figliola*, the ultimate goal of issue estoppel is not achieved by simply balancing fairness and finality, but in seeking to protect the “fairness of finality in decision-making and the

[87] Dans son pourvoi devant la Cour, M. Penner ne conteste pas directement la conclusion de la Cour d’appel selon laquelle les conditions d’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée ont été réunies. Son pourvoi porte plutôt sur la question de savoir si la Cour d’appel a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire d’appliquer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, et il fait valoir qu’elle aurait dû refuser de le faire.

II. Analyse

A. *Le rôle de la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée*

[88] La doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée vise à protéger le caractère définitif des litiges en empêchant la remise en cause de questions déjà tranchées lors d’une instance antérieure. Elle constitue la réaction théorique aux [TRANSDUCTION] « principes jumeaux [. . .] selon lesquels tout litige doit avoir une fin et [. . .] la même partie ne doit pas être harassée deux fois pour la même cause » (*Carl Zeiss Stiftung*, p. 946; K. R. Handley, *Spencer Bower and Handley : Res Judicata* (4^e éd. 2009), p. 4; Donald J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (3^e éd. 2010), p. 4-7).

[89] Ces principes jumeaux sont souvent définis en fonction de l’intérêt public quant à la sauvegarde du caractère définitif des litiges — que ceux-ci donnent lieu à des recours civils, criminels ou administratifs — et en fonction des intérêts individuels quant à la protection des parties contre l’iniquité des poursuites répétitives (voir *EnerNorth Industries Inc., Re*, 2009 ONCA 536, 96 O.R. (3d) 1, par. 53; Handley, p. 4; Lange, p. 7). Toutefois, il est clair que les deux principes ont pour objectif fondamental de protéger l’équité et l’intégrité du système de justice en empêchant les procédures répétitives. En d’autres termes, ces principes ne sont pas concurrents, mais plutôt fondamentalement liés. Comme l’a reconnu récemment la Cour dans *Figliola*, l’objectif ultime de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée n’est pas atteint simplement en établissant un équilibre entre l’équité et le caractère définitif des

avoidance of the relitigation of issues already decided by a decision-maker with the authority to resolve them” (para. 36 (emphasis added)).

[90] The foundational importance of finality to the judicial system and the individual parties was emphatically explained by Doherty J.A. in *Tsaoussis (Litigation Guardian of) v. Baetz* (1998), 41 O.R. (3d) 257 (C.A.), at pp. 264-65, leave to appeal refused, [1999] 1 S.C.R. xiv:

Finality is an important feature of our justice system, both to the parties involved in any specific litigation and on an institutional level to the community at large. For the parties, it is an economic and psychological necessity. For the community, it places some limitation on the economic burden each legal dispute imposes on the system and it gives decisions produced by the system an authority which they could not hope to have if they were subject to constant reassessment and variation: J.I. Jacob, *The Fabric of English Civil Justice*, Hamlyn Lectures 1987, at pp. 23-24.

The parties and the community require that there be a definite and discernible end to legal disputes. There must be a point at which the parties can proceed on the basis that the matter has been decided and their respective rights and obligations have been finally determined. Without a discernible end point, the parties cannot get on with the rest of their lives secure in the knowledge that the issue has finally been determined, but must suffer the considerable economic and psychological burden of indeterminate proceedings in which their respective rights and obligations are revisited and reviewed as circumstances change.

[91] As a species of *res judicata*, issue estoppel is conceptually related to the doctrines of cause of action estoppel, collateral attack, and abuse of process (Lange, at pp. 1-4). Both individually and together, these doctrines are of fundamental importance to the finality principle — they are “not merely . . . technical rule[s]” but rather, “g[o] to the heart of a system of civil justice that strives for the truth of the matter [and] recognizes that perfection is an unattainable goal and finality is a practical

décisions, mais en cherchant à protéger « l'équité du caractère définitif du processus décisionnel et [à] éviter la remise en cause de questions déjà tranchées par un décideur ayant compétence pour en connaître » (par. 36 (nous soulignons)).

[90] Dans l'arrêt *Tsaoussis (Litigation Guardian of) c. Baetz* (1998), 41 O.R. (3d) 257 (C.A.), p. 264-265, autorisation de pourvoi refusée, [1999] 1 R.C.S. xiv, le juge Doherty a fortement souligné l'importance fondamentale que revêt le caractère définitif pour le système juridique et pour les parties :

[TRADUCTION] Le caractère définitif est une caractéristique importante de notre système de justice, à la fois pour les parties au litige et, sur le plan institutionnel, pour la collectivité en général. Pour les parties, il est nécessaire sur le plan économique et psychologique. Pour la collectivité, il limite en quelque sorte le fardeau économique qu'impose chaque litige au système et confère aux décisions rendues par le système l'autorité qu'elles ne pourraient espérer détenir si elles étaient assujetties à une réévaluation et à une variation constantes : J.I. Jacob, *The Fabric of English Civil Justice*, Hamlyn Lectures 1987, p. 23-24.

Les parties et la collectivité ont besoin que les litiges aient un caractère définitif déterminé et discernable. Les parties doivent pouvoir, à un certain point, savoir que la question a été tranchée et que leurs droits et obligations respectifs ont fait l'objet d'une décision définitive. En l'absence d'une telle issue discernable, les parties ne peuvent pas avoir la certitude que la question a été tranchée définitivement; elles doivent supporter le fardeau économique et psychologique considérable d'instances de durée indéterminée où leurs droits et obligations respectifs sont réexaminés au fur et à mesure que les circonstances changent.

[91] En tant que type de chose jugée, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'apparente sur le plan conceptuel aux doctrines de la préclusion fondée sur la cause d'action, de la règle interdisant les contestations indirectes et de l'abus de procédure (Lange, p. 1-4). Tant individuellement que prises dans leur ensemble, ces doctrines deviennent fondamentales pour assurer le respect du principe du caractère définitif des jugements — elles ne sont [TRADUCTION] « pas de simple[s] règle[s]

necessity” (*Revane v. Homersham*, 2006 BCCA 8, 53 B.C.L.R. (4th) 76, at para. 17).

B. *The Test for Issue Estoppel*

[92] The three preconditions for the operation of issue estoppel were set out by Dickson J. in *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248: (1) whether the same question has been decided; (2) whether the judicial decision which is said to create the estoppel is final; and (3) whether the parties to the decision or their privies were the same in both proceedings (p. 254).

[93] However, as this Court recognized in *Danyluk*, courts retain a residual discretion not to apply issue estoppel in an individual case. Thus, in that case, this Court set out a two-step test for the application of issue estoppel:

The first step is to determine whether the moving party . . . has established the preconditions to the operation of issue estoppel set out by Dickson J. in *Angle*, *supra*. If successful, the court must still determine whether, as a matter of discretion, issue estoppel *ought* to be applied . . . [Emphasis in original; citations omitted; para. 33.]

[94] Although initially developed in the context of prior court proceedings, issue estoppel has long been applied to judicial or quasi-judicial decisions pronounced by administrative boards and tribunals. In the administrative law context, “the more specific objective is to balance fairness to the parties with the protection of the administrative decision-making process, whose integrity would be undermined by

technique[s] », mais « se situe[nt] plutôt au cœur même du système de justice civile qui est voué à la recherche de la vérité [et] qui reconnaît aussi que la perfection est un objectif irréalisable et que le caractère définitif des décisions est nécessaire du point de vue pratique » (*Revane c. Homersham*, 2006 BCCA 8, 53 B.C.L.R. (4th) 76, par. 17).

B. *Le critère régissant la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée*

[92] Le juge Dickson a énoncé dans *Angle c. Ministre du Revenu National*, [1975] 2 R.C.S. 248, les trois conditions d’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée : (1) que la même question ait été décidée; (2) que la décision judiciaire invoquée comme créant la fin de non-recevoir soit finale; (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 fin de non-recevoir est soulevée (p. 254).

[93] Toutefois, comme la Cour l’a reconnu dans *Danyluk*, les tribunaux conservent un pouvoir discrétionnaire résiduel d’appliquer ou non la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée dans un cas individuel. Par conséquent, dans l’affaire mentionnée précédemment, la Cour a énoncé le test suivant à deux volets quant à l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée :

Il s’agit, au cours de la première étape, de déterminer si le requérant [. . .] a établi l’existence des conditions d’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée énoncées par le juge Dickson dans l’arrêt *Angle*, précité. Dans l’affirmative, la cour doit ensuite se demander, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, si cette forme de préclusion *devrait* être appliquée . . . [En italique dans l’original; références omises; par. 33.]

[94] Bien que formulée, au départ, dans le contexte d’une procédure judiciaire antérieure, la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée est appliquée depuis longtemps aux décisions judiciaires ou quasi judiciaires prononcées par les commissions et les tribunaux administratifs. En droit administratif, « l’objectif spécifique poursuivi consiste à assurer l’équilibre entre le respect de l’équité envers les

too readily permitting collateral attack or relitigation of issues once decided” (*Danyluk*, at para. 21).

[95] Consistent with the principles underlying issue estoppel, the fairness to the parties is focused on preventing parties from undergoing the burden of duplicative litigation — the objective of fairness is linked to the principle of finality. Indeed, in *Danyluk*, Binnie J., writing for the Court, focused on the importance of finality in litigation:

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. [para. 18]

[96] In other words, Binnie J. stated, “[a] litigant . . . is only entitled to one bite at the cherry” (para. 18). Underlying the application of issue estoppel in this context is the theory that “estoppel is a doctrine of public policy that is designed to advance the interests of justice” (para. 19).

[97] This Court revisited the exercise of discretion to apply issue estoppel in the context of prior administrative proceedings in *Boucher v. Stelco Inc.*, 2005 SCC 64, [2005] 3 S.C.R. 279. The Court acknowledged the different purposes of the competing procedures. Nevertheless, in that case considerable emphasis was placed on the stability and finality of decisions and the importance of deference and adequate alternative remedies in the administrative context as crucial considerations in determining whether issue estoppel should be applied in a particular case:

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 » (*Danyluk*, par. 21).

[95] Selon les principes sous-jacents à la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, l’équité envers les parties vise à empêcher le fardeau lié aux instances faisant double emploi — l’objectif de l’équité est associé au principe du caractère définitif. En effet, dans *Danyluk*, le juge Binnie, s’exprimant au nom de la Cour, s’est penché sur l’importance du caractère définitif des instances :

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. [par. 18]

[96] Autrement dit, comme l’a indiqué le juge Binnie, « un plaideur n’a droit qu’à une seule tentative » (par. 18). C’est la thèse selon laquelle « la préclusion est une doctrine d’intérêt public qui tend à favoriser les intérêts de la justice » (par. 19) qui sous-tend l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée dans ce contexte.

[97] La Cour a réexaminé, dans *Boucher c. Stelco Inc.*, 2005 CSC 64, [2005] 3 R.C.S. 279, l’exercice du pouvoir discrétionnaire d’appliquer ou non la préclusion découlant d’une question déjà tranchée dans le contexte d’une procédure administrative antérieure. La Cour a reconnu les objectifs différents des procédures concurrentes. Néanmoins, dans cette affaire, la Cour a accordé un poids considérable à la stabilité et au caractère définitif des décisions ainsi qu’à l’importance de la déférence et d’autres recours appropriés en matière administrative, en tant que facteurs cruciaux pour déterminer s’il convient d’appliquer la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée dans un cas particulier :

The situation in which the respondent could find itself if the principles of *res judicata* or issue estoppel were not applied illustrates the danger of a collateral attack and of the failure to avail oneself in a timely manner of the recourses against decisions of administrative bodies or courts of law that are available in the Canadian legal system. The stability and finality of judgments are fundamental objectives and are requisite conditions for ensuring that judicial action is effective and that effect is given to the rights of interested parties. [Emphasis added; para. 35.]

[98] More recently, in *Figliola*, this Court considered the discretionary application of issue estoppel and its related doctrines in administrative proceedings. In that case, the majority emphasized the importance of the underlying principle of finality to the integrity of the justice system, noting that the discretionary application of doctrines such as issue estoppel, “should be guided less by precise doctrinal catechisms and more by the goals of the fairness of finality in decision-making and the avoidance of . . . relitigation” (para. 36).

[99] In *Figliola*, the majority explicitly rejected an approach that suggests that fairness and finality are discrete objectives. Rather, the majority embraced the notion that preserving the finality of administrative adjudication and preventing relitigation better protected the fairness and integrity of the justice system and the interests of justice:

Justice is enhanced by protecting the expectation that parties will not be subjected to the relitigation in a different forum of matters they thought had been conclusively resolved. Forum shopping for a different and better result can be dressed up in many attractive adjectives, but fairness is not among them. [para. 36]

[100] This approach is consistent with the long-standing principles underlying issue estoppel and *res judicata* that emphasize and protect the finality of litigation.

La situation dans laquelle pourrait se trouver l’intimée si ce n’était l’application des règles de la chose jugée ou de la préclusion illustre le danger d’une contestation incidente et du défaut d’exercer en temps utile les recours que connaît le système judiciaire canadien contre la décision d’un organisme administratif ou d’une cour de justice. La stabilité et le caractère définitif des jugements constituent des objectifs fondamentaux et des conditions de l’efficacité de l’action judiciaire comme de l’effectivité des droits des intéressés. [Nous soulignons; par. 35.]

[98] Plus récemment, dans *Figliola*, la Cour s’est penchée sur l’application discrétionnaire de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée et des doctrines connexes dans les procédures administratives. Dans cette affaire, les juges majoritaires ont souligné l’importance du principe sous-jacent du caractère définitif pour l’intégrité du système de justice, faisant remarquer que « ce ne sont pas tant des dogmes doctrinaux précis qui devraient guider [l’application discrétionnaire des doctrines telle la préclusion découlant d’une question déjà tranchée] que les objets de la disposition, qui sont d’assurer l’équité du caractère définitif du processus décisionnel et d’éviter la remise en cause de questions déjà tranchées . . . » (par. 36).

[99] Dans *Figliola*, les juges majoritaires ont rejeté expressément l’approche voulant que l’équité et le caractère définitif des décisions soient des objectifs distincts. Ils ont plutôt décidé que préserver le caractère définitif d’une décision administrative et empêcher les remises en cause protégeait mieux l’équité et l’intégrité du système de justice ainsi que les intérêts de la justice :

La justice est accrue par la protection de l’attente des parties qu’elles ne soient pas sujettes à des instances supplémentaires, devant un forum différent, pour des questions qu’elles estimaient résolues définitivement. Le magasinage de forum pour que l’issue d’un litige soit différente et meilleure peut être maquillé de nombreux qualificatifs attrayants, l’équité n’en fait toutefois pas partie. [par. 36]

[100] Cette approche respecte les principes bien établis sous-jacents à la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée et à celle de la chose jugée qui mettent en valeur et protègent le caractère définitif du litige.

C. *Issue Estoppel and Administrative Decisions*

[101] This Court's recent affirmation of the principle of finality underlying issue estoppel in *Figliola* is crucial to preserving the principles underlying our modern approach to administrative law. Our colleagues' failure to safeguard the finality of litigation also substantially undermines these principles. In applying the doctrine of issue estoppel, there is no reason to treat administrative proceedings differently from court proceedings in the name of "fairness". To do so would undermine the entire system of administrative law.

[102] In *Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267 (C.A.), the purpose of administrative tribunals was described as follows:

[Administrative tribunals] were expressly created as independent bodies for the purpose of being an alternative to the judicial process, including its procedural panoplies. Designed to be less cumbersome, less expensive, less formal and less delayed, these impartial decision-making bodies were to resolve disputes in their area of specialization more expeditiously and more accessibly, but no less effectively or credibly

. . . The methodology of dispute resolution in these tribunals may appear unorthodox to those accustomed only to the court-room's topography, but while unfamiliar to a consumer of judicial justice, it is no less a form and forum of justice to *its* consumers. [Emphasis in original; pp. 279-80.]

[103] In applying issue estoppel in the context of administrative law, differences in the process or procedures used by the administrative body should not be used to override the principle of finality. The different purposes of administrative tribunal proceedings should not be invoked either. Otherwise, every substantive legal issue could be reconsidered in subsequent or concurrent civil proceedings, as it could almost always be said that such proceedings

C. *La doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et les décisions administratives*

[101] La confirmation récente par la Cour, dans *Figliola*, du principe du caractère définitif sous-jacent à la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée est essentielle pour assurer le respect des principes sous-jacents de notre approche moderne du droit administratif. L'approche préconisée par nos collègues en ne sauvegardant pas le caractère définitif des décisions sape aussi gravement ces principes. Lorsqu'on applique la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, il n'existe aucune raison de traiter la procédure administrative différemment de la procédure judiciaire au nom de l'« équité ». Agir ainsi minerait l'ensemble du système de droit administratif.

[102] Dans *Rasanen c. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267 (C.A.), la Cour a décrit de la manière qui suit la raison d'être des tribunaux administratifs :

[TRADUCTION] [Les tribunaux administratifs] ont été expressément créés à titre d'organismes indépendants comme solution de rechange au processus judiciaire et notamment à sa panoplie de procédures. Conçus pour être plus légers, plus accessibles, moins formels et plus expéditifs, ces organismes décisionnels impartiaux devaient trancher les litiges dans leur domaine de spécialisation plus rapidement et plus facilement, mais de manière tout aussi efficace et crédible

. . . La méthode de règlement des litiges devant ces tribunaux peut sembler peu orthodoxe aux personnes habituées à la salle d'audience, mais bien qu'elle soit peu connue des connaisseurs des principes judiciaires, elle constitue tout autant une forme et une tribune de justice pour *ses* usagers. [En italique dans l'original; p. 279-280.]

[103] Lorsqu'on applique la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée dans le contexte du droit administratif, il est inadmissible d'invoquer les différences entre le processus et les procédures judiciaires et ceux utilisés par l'organisme administratif pour écarter le principe du caractère définitif des décisions. On ne saurait non plus invoquer les objectifs différents visés par la procédure des tribunaux administratifs. Autrement, toute question

have different purposes. The discretionary application of issue estoppel in the administrative law context recognizes that the full panoply of protections and procedures may not exist in an administrative proceeding, but that neither a lack of such protections nor the different objectives of an administrative process are, by themselves, sufficient to warrant the exercise of the court's discretion. In other words, the moving party cannot seek to "rely on general fairness concerns which exist whenever the finding relied on emanates from a tribunal whose procedures are summary and whose tasks are narrower than those used and performed by the courts" (*Schweneke v. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), at para. 41).

[104] The majority in *Figliola* consistently referred to tribunal and court decisions together when discussing the applicable principles, including the exercise of discretion, and never distinguished between them. The idea that discretion should be exercised more broadly when dealing with administrative tribunals was found only in the dissent (para. 61).

[105] The policy objectives underlying issue estoppel — avoiding duplicative litigation, inconsistent results, undue costs, and inconclusive proceedings — are enhanced by acknowledging administrative decisions as binding in appropriate circumstances. As this Court recognized in *Figliola*,

[r]espect for the finality of a[n] . . . administrative decision increases fairness and the integrity of . . . administrative tribunals and the administration of justice; on the other hand, relitigation of issues that have been previously decided in an appropriate forum may undermine confidence in this fairness and integrity by creating inconsistent results and unnecessarily

substantive de droit pourrait être réexaminée dans le cadre d'instances civiles ultérieures ou concurrentes, car on peut dire presque dans tous les cas que ces procédures ont des objectifs différents. L'application discrétionnaire de la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en droit administratif reconnaît que toute la panoplie de mesures de protection et de procédures ne se retrouve peut-être pas dans le cadre d'une procédure administrative. Cependant, ni l'absence de telles mesures ni les objectifs différents d'un processus administratif ne suffisent en eux-mêmes pour justifier l'exercice par le tribunal de son pouvoir discrétionnaire. En d'autres termes, la partie requérante ne peut chercher à [TRADUCTION] « s'appuyer sur des préoccupations touchant à l'équité en général qui surgissent chaque fois que la conclusion invoquée est tirée par un tribunal dont les procédures sont sommaires et dont les fonctions sont plus restreintes que celles des cours de justice » (*Schweneke c. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), par. 41).

[104] Dans *Figliola*, les juges majoritaires font constamment référence conjointement aux décisions des tribunaux et des cours de justice lorsqu'ils discutent des principes applicables — y compris l'exercice du pouvoir discrétionnaire — et ils ne font jamais de distinction entre celles-ci. L'idée que ce pouvoir discrétionnaire devrait être plus étendu lorsqu'il est question de tribunaux administratifs n'est évoquée que dans la dissidence (par. 61).

[105] Les objectifs stratégiques sous-jacents à la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée — éviter les instances faisant double emploi, les risques de résultats contradictoires, les frais excessifs et les procédures non décisives — sont renforcés si l'on admet que les décisions administratives sont exécutoires dans des circonstances appropriées. Comme l'a reconnu la Cour dans *Figliola*,

[l]e respect du caractère définitif d'une décision [. . .] administrative renforce l'équité et l'intégrité des tribunaux [. . .] administratifs ainsi que de l'administration de la justice; à l'opposé, la remise en cause de questions déjà tranchées par un forum compétent peut miner la confiance envers l'équité et l'intégrité du système en créant de l'incohérence et en suscitant des recours faisant

duplicative proceedings (*Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, at paras. 38 and 51). [para. 34]

[106] Moreover, the principle of finality underlying issue estoppel is directly linked to the principles of deference in the administrative law. The application of issue estoppel recognizes that “[p]arties should be able to rely particularly on the conclusive nature of administrative decisions . . . since administrative regimes are designed to facilitate the expeditious resolution of disputes” (*Figliola*, at para. 27). It also acknowledges the principle of deference which underlies the judicial review jurisprudence of this Court and the importance and values that it attaches to administrative decisions (see, for example, *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 11). It also gives effect to the “adequate alternative remedy” principle, which requires parties to use the appropriate judicial review or appeal mechanism to challenge the validity or correctness of an administrative decision, by preventing parties from circumventing these processes to seek a different result in a new forum. The broad exercise of the residual discretion not to apply issue estoppel in the present case can hardly be reconciled with the importance of deference to administrative decisions which underlies the judicial review jurisprudence of this Court. In so doing, our colleagues deny the value and importance of administrative adjudication, which this Court has so strongly emphasized on many occasions.

[107] The court’s residual discretion not to apply issue estoppel should not be used to impose a particular model of adjudication in a manner inconsistent with principles of deference that lie at the core of administrative law. Where the legislature has provided a tribunal with the requisite authority to make a decision, and that decision is judicial or quasi-judicial in nature, it would run counter to the principles of deference to broaden the court’s discretion in a manner that would, in most cases,

inutilement double emploi (*Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, par. 38 et 51). [par. 34]

[106] En outre, le principe du caractère définitif des décisions qui sous-tend la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée est directement lié au principe de la déférence en droit administratif. L’application de cette doctrine reconnaît que « les parties devaient pouvoir être assurées du caractère définitif des décisions administratives, en particulier, parce que ces régimes visent à faciliter le règlement rapide des différends » (*Figliola*, par. 27). Elle reconnaît aussi le principe de déférence qui sous-tend la jurisprudence de la Cour en matière de contrôle judiciaire ainsi que l’importance et la valeur accordées aux décisions administratives (voir, par exemple, *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 11). Elle donne aussi effet au principe selon lequel l’existence d’un autre recours approprié oblige les parties de se prévaloir du mécanisme approprié de contrôle judiciaire ou d’appel pour contester la validité ou le bien-fondé d’une décision administrative, en les empêchant de contourner ces processus pour rechercher un résultat différent devant un nouveau forum. En l’espèce, il est difficile de concilier le vaste exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel de ne pas appliquer la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée avec l’importance de la déférence envers les décisions administratives qui est à la base de la jurisprudence de la Cour en matière de contrôle judiciaire. Ce faisant, nos collègues nient ainsi la valeur et l’importance des décisions des tribunaux administratifs, que la Cour a tout particulièrement soulignée à maintes reprises.

[107] Les cours ne devraient pas se servir de leur pouvoir discrétionnaire résiduel de ne pas appliquer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée pour imposer un modèle particulier de décision, à l’encontre du principe de déférence qui est au cœur du droit administratif. Lorsque le législateur confère à un tribunal le pouvoir nécessaire de prendre une décision et que la décision en question est de nature judiciaire ou quasi judiciaire, on contreviendrait au principe de déférence. En effet, on élargirait la portée

permit an unsuccessful party to circumvent judicial review and turn, instead, to the courts for a re-adjudication of the merits. As the Ontario Court of Appeal found in *Schweneke*, an overly broad application of discretion in the administrative context would “swallow whole the rule that makes the doctrine applicable to findings made by tribunals whose processes, although judicial, are less elaborate than those employed in civil litigation” (para. 39).

[108] This leads us to consider how the principles set out in *Figliola* should be applied to this case.

D. Application

[109] The thrust of Mr. Penner’s submissions on appeal is that the police disciplinary proceedings lacked the “hallmarks of an ordinary civil trial”. In particular, he emphasizes that he had limited rights of participation as a public complainant, that the statutory scheme is incompatible with the application of issue estoppel, that the hearing officer lacked true independence, and that the standard of proof in the disciplinary proceedings was higher than a civil trial. For these reasons, he argues, the Court should exercise its discretion not to apply issue estoppel in this case.

[110] Mr. Penner’s submissions are completely inconsistent with this Court’s prior jurisprudence and the approach to issue estoppel recently articulated by this Court in *Figliola*. The Court’s residual discretion not to apply issue estoppel should be governed by the interests of fairness in preserving the finality of litigation. It should not be exercised in a manner that would impose a particular model of adjudication, undermine the integrity of administrative tribunals, and deny

du pouvoir discrétionnaire des cours de justice d’une manière qui, dans la plupart des cas, permettrait à la partie perdante de contourner le contrôle judiciaire et de s’adresser plutôt à une cour de justice pour qu’elle se prononce une nouvelle fois sur le fond de l’affaire. Comme l’a écrit la Cour d’appel de l’Ontario dans *Schweneke*, une application trop large du pouvoir discrétionnaire dans le contexte administratif aurait pour effet [TRADUCTION] d’« écarter complètement la règle qui permet l’application de la doctrine aux conclusions tirées par les tribunaux dont les procédures, quoique de nature judiciaire, sont moins élaborées que celles applicables dans le cadre d’un litige civil » (par. 39).

[108] Ces réflexions nous amènent à examiner la manière dont il convient d’appliquer en l’espèce les principes énoncés dans l’arrêt *Figliola*.

D. Application

[109] Les arguments présentés par M. Penner dans le cadre de l’appel portent pour l’essentiel que les procédures disciplinaires de la police ne possédaient pas [TRADUCTION] « les caractéristiques d’un procès civil ordinaire ». Plus particulièrement, il plaide que ses droits de participation à titre de plaignant étaient limités, que le régime législatif n’est pas compatible avec l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, que l’agent d’audience ne jouissait pas d’une véritable indépendance et que la norme de preuve dans le cadre des procédures disciplinaires était plus élevée qu’en matière civile. Pour ces motifs, soutient-il, la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser, en l’espèce, d’appliquer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée.

[110] Les arguments de M. Penner sont totalement incompatibles avec la jurisprudence antérieure de la Cour et avec l’approche concernant la préclusion découlant d’une question déjà tranchée formulée récemment par notre Cour dans *Figliola*. L’exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel de la Cour de ne pas appliquer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée devrait obéir à un souci d’équité et préserver le caractère définitif d’un litige. Il ne devrait pas être exercé de manière à

their decisions the deference owed to them under the jurisprudence of this Court. Applying these principles to the case before us, there is no reason to exercise our discretion not to apply issue estoppel.

[111] The disciplinary hearing conducted by the hearing officer is designed to be an independent, fair, accountable and binding adjudicative process. It was conducted in accordance with the requirements prescribed by the statute and principles of procedural fairness: see *Police Services Act*, ss. 64(7) to (10), 69; *Statutory Powers Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. S.22. The hearing officer considered sworn testimony and written submissions. Mr. Penner, as a party to the proceedings, had the opportunity to lead evidence, cross-examine witnesses, and make submissions. He had the option to retain legal counsel. Judicial oversight of the proceedings was available under a statutory right of appeal — a right Mr. Penner exercised in this case and which ultimately led to a review of the hearing officer's decision by the Divisional Court.

[112] Thus, the hearing officer's decision was made in circumstances in which Mr. Penner knew the case he had to meet, had a full opportunity to meet it, and lost. Had he won, the hearing officer's decision would have been no less binding.

[113] This *quid pro quo* of issue estoppel, in turn, bears directly on Mr. Penner's argument that the purpose of the proceedings was different and that, because the disciplinary hearing did not permit him to seek damages, he should be permitted to pursue a civil action. As the Court of Appeal found, the different purposes of the two proceedings is not determinative in this case, since Mr. Penner had the opportunity to receive an indirect financial benefit in the disciplinary hearing. Had the hearing officer made a positive finding of police misconduct, the

imposer un modèle particulier de décision, à miner l'intégrité des tribunaux administratifs, et à refuser à leurs décisions la déférence qu'elles commandent selon la jurisprudence de la Cour. En appliquant ces principes en l'espèce, nous constatons qu'il n'y a pas lieu d'exercer notre pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

[111] L'audience disciplinaire menée par l'agent d'audience est conçue pour établir un processus décisionnel indépendant, équitable, responsable et exécutoire. Elle s'est déroulée conformément aux exigences de la loi et aux principes de l'équité procédurale : voir la *Loi sur les services policiers*, par. 64(7) à (10) et art. 69; *Loi sur l'exercice des compétences légales*, L.R.O. 1990, ch. S.22. L'agent d'audience a examiné des témoignages sous serment et des observations écrites. À titre de partie à l'instance, M. Penner a eu la possibilité de présenter des éléments de preuve, de contre-interroger les témoins et de présenter des observations. Il avait le choix de retenir les services d'un avocat. Il pouvait demander le contrôle judiciaire de la procédure en vertu du droit d'appel prévu par la loi — droit que M. Penner a exercé en l'espèce et qui, en fin de compte, a mené au contrôle de la décision de l'agent d'audience par la Cour divisionnaire.

[112] Par conséquent, l'agent d'audience a rendu sa décision dans des circonstances où M. Penner connaissait le fardeau de preuve qui lui incombait, il a pleinement eu la possibilité d'établir cette preuve et il a été débouté. S'il avait eu gain de cause, la décision de l'agent d'audience aurait lié tout autant les parties.

[113] Or, la contrepartie que procure la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée porte directement sur l'argument de M. Penner selon lequel l'instance avait un objet différent et que, parce que l'audience disciplinaire ne lui permettait pas de réclamer des dommages-intérêts, il devrait être autorisé à intenter une action civile. Comme l'a conclu la Cour d'appel, la différence entre les objets des deux instances n'est pas un facteur déterminant en l'espèce, puisque M. Penner a eu la possibilité de tirer un avantage

application of issue estoppel would have assisted the complainant in a subsequent civil action for damages. Essentially, in such a case, the complainant would be relieved of having to prove liability and the civil case would proceed straight to an assessment of damages. In other words, as the Court of Appeal noted, in the present case, “issue estoppel works both ways” (para. 43).

[114] Mr. Penner further relies on specific provisions of the *Police Services Act*, which he states are incompatible with the application of issue estoppel, since they specifically contemplate parallel civil proceedings. He relies, in particular, on ss. 69(8), 69(9) and 80 (now ss. 83(7), 83(8) and 95), which deal with statutory privilege and confidentiality. We do not find this to be persuasive. These provisions of the *Police Services Act* are designed to ensure the integrity of the disciplinary process. They do not suggest that issue estoppel cannot apply to bar civil proceedings. As Lange observes, where legislatures intend issue estoppel not to apply to an administrative decision, there should be clear language in the statute to foreclose this possibility (p. 122).

[115] Even in cases where the wording of the statute specifically contemplates corollary civil rights or remedies, the courts have applied issue estoppel. For example, in *Wong v. Shell Canada Ltd.* (1995), 174 A.R. 287, leave to appeal refused, [1996] 3 S.C.R. xiv, the Alberta Court of Appeal considered whether s. 9(1)(a) of the *Employment Standards Code*, S.A. 1988, c. E-10.2, precluded the application of issue estoppel. Section 9(1)(a) provided that “[n]othing in this Act affects any civil remedy that an employee has against his employer”.

financier indirect dans le cadre de l’audience disciplinaire. Si l’agent d’audience avait conclu à l’inconduite des agents de police, l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée aurait été utile au plaignant dans le cadre d’une action civile subséquente en dommages-intérêts. Pour l’essentiel, dans un tel cas de figure, le plaignant serait libéré de l’obligation d’établir le préjudice et l’instance civile se poursuivrait directement par l’évaluation des dommages-intérêts. Autrement dit, comme l’a indiqué la Cour d’appel en l’espèce, [TRADUCTION] « la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée est applicable dans les deux sens » (par. 43).

[114] M. Penner se fonde aussi sur des dispositions particulières de la *Loi sur les services policiers*, qui, d’après lui, sont incompatibles avec l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée puisqu’elles prévoient expressément des instances civiles parallèles. Il invoque notamment les par. 69(8), 69(9) et l’art. 80 (maintenant les par. 83(7), 83(8) et l’art. 95), qui portent sur le privilège prévu par la loi et la confidentialité. Cet argument n’est pas convaincant. Les dispositions en question de la *Loi sur les services policiers* visent à garantir l’intégrité du processus disciplinaire. Elles ne donnent pas à entendre que la préclusion découlant d’une question déjà tranchée ne peut pas être appliquée pour prononcer l’irrecevabilité d’instances civiles. Comme le fait observer l’auteur Lange, lorsque le législateur a l’intention d’empêcher l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée à une décision administrative, il doit exprimer clairement dans la loi son intention à cet égard (p. 122).

[115] Même lorsque le libellé de la loi prévoit expressément des droits ou des recours civils connexes, les tribunaux ont appliqué la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Par exemple, dans *Wong c. Shell Canada Ltd.* (1995), 174 A.R. 287, autorisation de pourvoi refusée, [1996] 3 R.C.S. xiv, la Cour d’appel de l’Alberta a examiné la question de savoir si l’al. 9(1)(a) du *Employment Standards Code*, S.A. 1988, ch. E-10.2, empêchait l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Selon l’alinéa 9(1)(a),

The employee argued that s. 9(1) of the *Code* was intended to preserve a civil action regardless of the fact that he had sought relief under the *Code* and obtained a final decision. The Court of Appeal rejected this interpretation:

While s. 9(1)(a) does not purport to remove any common law rights, and, in fact, seeks to preserve them, the wording does not preclude the application by the courts of issue estoppel. The legislature has provided the employee with a choice of forum. The employee may commence an action or may pursue remedies under the *Code*. The legislation does not provide that both remedies may be pursued by the employee in respect of the same complaint. [para. 14]

(See also *Rasanen*.)

[116] Similarly, the provisions relied upon by Mr. Penner in this case, which contemplate civil proceedings, do not specifically preclude the application of issue estoppel by a court.

[117] Moreover, to interpret these provisions in a manner that would preclude the application of issue estoppel would be contrary to the purposes of the *Police Services Act*, which is designed to increase public confidence in the provision of police services, including the processing of complaints. Preventing the courts from applying issue estoppel in the context of disciplinary proceedings would run counter to this purpose — decisions would not be final or binding and would be open to relitigation and potentially inconsistent results. This would undermine public confidence in the complaints process and in the integrity of the administrative decision-making process more broadly.

[118] Mr. Penner further takes issue with the independence of the hearing officer in this case. In particular, Mr. Penner submits that because the

[TRADUCTION] « [l]a présente loi n'a pas pour effet de porter atteinte aux recours civils que l'employé peut exercer contre son employeur ». L'employé faisait valoir que le par. 9(1) du *Code* visait à protéger une action civile, sans égard au fait qu'il avait demandé une réparation en vertu du *Code* et obtenu une décision définitive. La Cour d'appel a rejeté cette interprétation :

[TRADUCTION] Bien que l'al. 9(1)(a) ne vise pas à supprimer de droits reconnus par la common law, et qu'il cherche en fait à les préserver, son libellé ne fait pas obstacle à l'application par les tribunaux de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Le législateur donne à l'employé le choix du tribunal à qui il va s'adresser. L'employé peut intenter une action ou exercer les recours prévus dans le *Code*. La loi ne prévoit pas la possibilité que l'employeur exerce les deux recours à l'égard de la même plainte. [par. 14]

(Voir également *Rasanen*.)

[116] Dans le même ordre d'idées, les dispositions — qui prévoient des instances civiles — invoquées par M. Penner en l'espèce n'empêchent pas expressément l'application par un tribunal de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

[117] Qui plus est, interpréter ces dispositions de façon à empêcher l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée contredirait les objectifs de la *Loi sur les services policiers*, qui vise à rehausser la confiance du public dans la prestation de services policiers, notamment le traitement des plaintes. Empêcher les tribunaux d'appliquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée dans le contexte d'une procédure disciplinaire irait à l'encontre de cet objectif — les décisions ne seraient pas définitives ou ne lieraient pas les parties, elles pourraient être remises en cause et donner lieu à des résultats contradictoires. Un résultat semblable minerait la confiance du public dans le processus de traitement des plaintes et, de façon plus générale, dans l'intégrité du processus décisionnel administratif.

[118] M. Penner conteste en outre la question de l'indépendance de l'agent d'audience en l'espèce. Plus particulièrement, M. Penner soutient que,

Police Services Act required that the chief of police appoint the investigator, prosecutor, and hearing officer to handle the complaint, the disciplinary hearing process lacked an independent and unbiased adjudicator. This issue was raised *de novo* on Mr. Penner's appeal to this Court.

[119] The method used to appoint an adjudicator should not provide a basis for the exercise of the court's discretion not to apply issue estoppel in this case.

[120] In 2004, the Government of Ontario commissioned a report from the Honourable Patrick J. LeSage, Q.C., to review the complaints process under the *Police Services Act* (see the Honourable Patrick J. LeSage, *Report on the Police Complaints System in Ontario* (2005)). The LeSage Report was published in 2005 and made a number of recommendations with respect to the investigation and hearing of police complaints. In the Report, LeSage explicitly rejected concerns with respect to the independence of investigators and adjudicators in the complaints process:

I also heard submissions advocating an independent hearings process where the matter has arisen from a public complaint. This would include fully independent prosecutions and fully independent adjudication. I appreciate the demands for greater independence in the hearings process. Indeed, there is much merit to the arguments in support of independence. Conflicts of interest need to be avoided. It would be inappropriate for hearings to be staffed entirely by members of the police service who interact with each other on a daily basis. This problem is especially acute in small police services where outside prosecutors and hearing officers would be necessary. This is already addressed in the current legislation by allowing chiefs of police to appoint prosecutors and hearing officers from outside the police service. [Emphasis added; pp. 77-78.]

[121] In short, the LeSage Report upheld the method used to appoint investigators and adjudicators under the *Police Services Act*. In fact, LeSage

puisque la *Loi sur les services policiers* exige que le chef de police nomme l'enquêteur, le poursuivant et l'agent d'audience pour traiter la plainte, le processus d'audience disciplinaire est privé d'un arbitre indépendant et impartial. M. Penner a soulevé de nouveau cette question dans son pourvoi devant la Cour.

[119] La méthode de nomination de l'arbitre ne devrait pas justifier l'exercice par la cour de son pouvoir discrétionnaire de refuser d'appliquer en l'espèce la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

[120] En 2004, le gouvernement de l'Ontario a demandé à l'honorable Patrick J. LeSage, c.r., de rédiger un rapport sur le processus de traitement des plaintes régi par la *Loi sur les services policiers* (voir l'honorable Patrick J. LeSage, *Rapport sur le système ontarien de traitement des plaintes concernant la police* (2005)). Le rapport LeSage, publié en 2005, contient de nombreuses recommandations concernant l'enquête sur les plaintes concernant la police et l'audition de ces plaintes. Dans son rapport, LeSage a expressément rejeté les préoccupations relatives à l'indépendance des enquêteurs et des arbitres dans le cadre du processus de traitement des plaintes :

D'autres intervenants préconisent l'instauration d'un processus indépendant d'audience en cas de plainte du public. Les poursuites et le processus décisionnel seraient tout à fait indépendants. Je reconnais que l'on réclame une indépendance accrue du processus d'audience. Les arguments en sa faveur sont d'ailleurs convaincants. Il faut éviter les conflits d'intérêts; c'est pourquoi la responsabilité des audiences ne devrait pas être confiée intégralement à des membres du corps de police, qui ont des rapports quotidiens. Ce problème touche particulièrement les petits corps de police, qui devraient faire appel à des poursuivants et à des agents enquêteurs de l'extérieur. La loi actuelle aborde déjà cette situation en permettant aux chefs de police de désigner des poursuivants et des agents enquêteurs qui ne font pas partie du corps de police. [Nous soulignons; p. 84-85.]

[121] Bref, le rapport LeSage a confirmé le mode de nomination des enquêteurs et des arbitres prévu par la *Loi sur les services policiers*. En fait, selon

found that concerns with respect to conflicts of interest and independent adjudication were already sufficiently addressed by the very system of appointment Mr. Penner seeks to challenge in this appeal.

[122] In any event, the Chief of Police played no role in the events that formed the basis of the complaints in this case. He designated an outside prosecutor and an independent adjudicator who was a retired superintendent from another police service. There was no challenge to the hearing officer's impartiality at the disciplinary hearing itself or at any of the proceedings below. There is no evidence that the Chief of Police interfered in any manner with the work of the adjudicator. We must add that similar methods of appointment are quite common in labour law, as well as in other areas of law, and are not seen as an obstacle to independent adjudication. Tenure is not the sole marker and condition of adjudicative independence.

[123] Finally, Mr. Penner argues that issue estoppel should not apply in this case since the burden of proof is different in civil proceedings. The statutory standard of proof under the *Police Services Act* requires that a finding of misconduct against a police officer be “proved on clear and convincing evidence” (s. 64(10); now s. 84(1)). This standard is higher than the balance of probabilities standard required in a civil trial.

[124] Mr. Penner relies on *Porter v. York (Regional Municipality) Police*, [2001] O.J. No. 5970 (QL), where the Ontario Superior Court of Justice reasoned that because the hearing officer's decision “was determined by a high standard of proof and might have been different if it had been decided based on the lower civil standard” (para. 11), issue estoppel should not preclude a subsequent civil action.

l'auteur du rapport, le système de nomination même que M. Penner cherche à contester dans le présent pourvoi avait déjà bien répondu aux préoccupations quant aux conflits d'intérêts et à l'indépendance du processus décisionnel.

[122] Quoi qu'il en soit, le chef de police n'a joué aucun rôle dans les événements à l'origine des plaintes en l'espèce. Il a désigné un poursuivant de l'extérieur et un arbitre indépendant, soit un surintendant à la retraite d'un autre corps de police. L'impartialité de l'agent d'audience à l'audience disciplinaire ou dans le cadre de l'une ou l'autre des procédures tenues devant les instances inférieures n'a pas été contestée. Rien dans la preuve n'indique que le chef de police a entravé de quelque manière que ce soit le travail de l'arbitre. Nous devons ajouter que des modes de nomination similaires sont plutôt fréquents en droit du travail, ainsi que dans d'autres domaines du droit, et ne sont pas considérés comme un obstacle à l'indépendance du processus décisionnel. Le mandat de longue durée n'est pas le seul critère ou la seule condition de l'indépendance du processus décisionnel.

[123] Enfin, M. Penner soutient qu'il ne convient pas d'appliquer la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en l'espèce puisque le fardeau de la preuve est différent dans le cadre des instances civiles. La norme de preuve prévue par la *Loi sur les services policiers* exige que l'inconduite d'un agent de police soit « prouvée sur la foi de preuves claires et convaincantes » (par. 64(10); maintenant par. 84(1)). Il s'agit d'une norme plus élevée que la norme de la prépondérance des probabilités qui est requise en matière civile.

[124] M. Penner invoque la décision *Porter c. York (Regional Municipality) Police*, [2001] O.J. No. 5970 (QL), où la Cour supérieure de justice de l'Ontario a affirmé que, parce que la décision de l'agent d'audience [TRADUCTION] « reposait sur une norme de preuve élevée et qu'elle aurait pu être différente si elle avait été rendue en fonction d'une norme civile moins exigeante » (par. 11), la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne devait pas empêcher une action civile subséquente.

[125] Unlike *Porter*, however, the standard of proof was immaterial to the hearing officer's decision in this case. The hearing officer made unambiguous findings of fact against Mr. Penner. His findings are unequivocal: he found “no . . . evidence whatsoever” to support Mr. Penner's claims (A.R., at p. 114 (emphasis added)). On judicial review, the Divisional Court found that there was no error in these factual findings and that they were supported by “an ample evidentiary foundation” (para. 28). The burden of proof is therefore irrelevant in this case — there is simply *no evidence* to support Mr. Penner's claims on any standard.

[126] We see no reason to allow Mr. Penner to circumvent the clear findings of the hearing officer and put the parties through a duplicative proceeding, which, in this case, would inevitably yield the same result.

[127] We would therefore dismiss the appeal with costs throughout.

Appeal allowed with costs throughout, LEBEL, ABELLA and ROTHSTEIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Falconer Charney, Toronto.

Solicitors for the respondents: Blaney McMurtry, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Urban Alliance on Race Relations: Stevensons, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

[125] Toutefois, contrairement à la situation qui a mené à la décision *Porter*, la norme de preuve n'a pas eu d'incidence sur la décision de l'agent d'audience en l'espèce. Celui-ci a tiré des conclusions de fait claires à l'encontre de M. Penner. Les conclusions de l'agent d'audience sont non équivoques : il n'a constaté [TRADUCTION] « aucun [. . .] élément de preuve » qui étaye les allégations de M. Penner (d.a., p. 114 (nous soulignons)). Lors du contrôle judiciaire, la Cour divisionnaire a conclu que les conclusions de fait n'étaient pas entachées d'erreur et qu'elles étaient [TRADUCTION] « fondées amplement sur la preuve » (par. 28). Le fardeau de la preuve n'est donc pas pertinent en l'espèce — il n'existe tout simplement *aucun élément de preuve* qui étaye les allégations de M. Penner quelque soit la norme de preuve.

[126] Nous ne voyons aucune raison de permettre à M. Penner de contourner les conclusions claires de l'agent d'audience et d'imposer aux parties une instance faisant double emploi qui, en l'espèce, conduirait forcément au même résultat.

[127] Par conséquent, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours, les juges LEBEL, ABELLA et ROTHSTEIN sont dissidents.

Procureurs de l'appellant : Falconer Charney, Toronto.

Procureurs des intimés : Blaney McMurtry, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance urbaine sur les relations interraciales : Stevensons, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Holmes & King, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Police Association: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Dewart Gleason, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Holmes & King, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des policiers : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Dewart Gleason, Toronto.